

O MÍNIMO EXISTENCIAL, O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E A CRISE NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

The existential minimum, the principle of reserve for contingencies and the crisis in the Brazilian prison system

Luciana Maria Leite MIRANDA¹
Fernando Bonfim Duque ESTRADA²
Julyana Moreira da SILVA³

RESUMO

Este artigo tem por objetivo promover o debate em torno da crise que se encontra o sistema carcerário brasileiro, eis que, ou os presos têm seus direitos mínimos desrespeitados institucionalmente, principalmente o mínimo existencial, ou a sociedade observa a impunidade, quando a cidade não possui, ou quando cadeias e presídios são interditados pelas péssimas condições de insalubridade e superlotação e há prisão domiciliar. O mínimo existencial, é a mínima condição para o ser humano viver de forma digna, é desrespeitado a todo o momento, e esse desrespeito é a realidade da execução penal, que não observa o patamar mínimo. A reserva do possível, que no Brasil tomou o significado de disponibilidade de recursos, é altamente utilizada pelo Estado quando demandado em juízo para cumprir seu papel, como se fosse um escudo. E por fim, se confrontará o mínimo existencial e a reserva do possível, observando a inoponibilidade da reserva do possível frente ao mínimo existencial, a prioridade orçamentária do mínimo

PALAVRAS-CHAVE

Mínimo existencial, reserva do possível, crise no sistema carcerário no Brasil.

ABSTRACT

The article aims to promote debate on the crisis that is the Brazilian prison system, behold, that prisoners have their rights infringed upon minimum institutionally, especially the existential minimum, or society observes impunity, when the city does not have or when jails and prisons are banned by the poor condition of unsanitary and overcrowded and there is house arrest. The existential minimum, which is the minimum condition for the human being to live with dignity is disrespected at all times, and this disrespect is the reality of criminal enforcement that does not observe even this minimum. The reserve possible that Brazil has taken the meaning of resource availability is highly used by the state when sued in court to fulfill one's duty, like a shield. And finally, will face the existential minimum and reserve possible, observing the minimum existential unenforceability against reserve possible, the budgetary priority of the existential minimum and existence of resources in the Fund National Penitentiary.

KEYWORDS

Existential minimum, reserve possible, crisis in the prison system in Brazil

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN. Estagiária da 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Caarapó/MS; Lucianaleitemiranda@gmail.com

² Bacharel em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN. Especialista em Metodologia do Ensino Superior pela mesma instituição. Especialista em Direito Público pela rede LFG/ANHANGUERA. Especializando em Direito Processual Penal pela rede LFG/ANHANGUERA Procurador de Entidades Públicas - Procuradoria Geral do Estado de MS, Professor no curso de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN, Advogado e Presidente da 4ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil/OABMS.

³ Graduada em Letras pelo Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN. Mestre em Educação pela Universidade Católica Dom Bosco. Professora do Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar a problemática referente ao mínimo existencial e a reserva do possível levando em conta a crise no sistema carcerário no Brasil, agravado pelo domínio das facções criminosas em alguns presídios, o nível de reincidência é altíssimo, há superlotações, e não é conferido aos presos, na maioria dos casos, o mínimo existencial, que é indispensável para uma existência digna.

O mínimo existencial, condição mínima para que o indivíduo viva de forma digna, é protegido por vários tratados internacionais, porém mesmo com essa proteção, a realidade da execução penal no Brasil é muito diferente do que a delineada no papel, em que essas normas protetivas não são praticadas, com prisões que mais se parecem com masmorras e que estão à beira da falência.

Assim, a reserva do possível, termo surgido na Alemanha, relacionou-se ao que o indivíduo poderia razoavelmente esperar do Estado, aqui no Brasil tomou sentido diverso, sendo a indisponibilidade de recursos para atender às necessidades da população, é amplamente utilizada pelo Estado quando demandado em juízo.

Finalizaremos com o confronto da reserva do possível e do mínimo existencial, considerando a inoponibilidade do mínimo existencial frente à reserva do possível, a prioridade orçamentária do mínimo existencial e existência de recursos no Fundo Penitenciário Nacional.

2. MÍNIMO EXISTENCIAL

Para André de Carvalho Ramos, “os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna”.⁴

Não há como falar em dignidade humana sem a afirmação dos direitos humanos, desse modo, existem diversos tratados internacionais que o protegem.

Tomás de Aquino inspirado no cristianismo, em que Deus se fez em forma de homem para salvar e redimir a humanidade, reconheceu essa dignidade inerente a todos os seres humanos e que nos separa dos demais seres e objetos, visto que, por ser a imagem e semelhança de Deus, o homem é o centro da criação, é a substância individual da natureza racional. Assim, para ele, o intelecto e a semelhança de Deus, geram a dignidade do ser humano.

⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 37.

Para Kant:

Tudo tem um preço ou uma dignidade: aquilo que tem um preço é substituível e tem equivalente; já aquilo que não admite equivalente, possui uma dignidade. Assim, as coisas possuem preço; **os indivíduos possuem dignidade.**

[...] a dignidade da pessoa humana consiste que cada indivíduo é um fim em si mesmo, com autonomia para se comportar de acordo com seu arbítrio, nunca um meio ou instrumento para a consecução de resultados, não possuindo preço⁵. (Grifo nosso).

Contido nas condições mínimas de sobrevivência do elemento positivo da dignidade, está o núcleo essencial do princípio da dignidade humana, composto pelo mínimo existencial, que é a condição mínima para que o indivíduo viva de forma digna.

O mínimo existencial é considerado um direito as condições mínimas de existência humana digna e que exige prestações positivas por parte do Estado e, para Ricardo Lobo Torres, sem esse mínimo desaparecem as condições iniciais de liberdade e cessa a possibilidade de existência do homem e a **“dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”**⁶.(Grifo nosso).

Para Ana Paula de Barcellos:

[...] o mínimo existencial é formado pelas condições básicas para a existência e corresponde à parte do princípio da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica e simétrica, podendo ser exigida judicialmente em caso de inobservância⁷.

No Estado Alemão, no qual surgiu o tema, o mínimo existencial abrange prestações básicas como alimentação, vestuário, abrigo, saúde e outros meios indispensáveis para sua satisfação.

No tocante ao tema proposto por este trabalho, o mínimo existencial no sistema carcerário é caracterizado pelas condições mínimas asseguradas ao recluso visando manter sua dignidade, porque esta não foi atingida pela pena

⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril, v. XXV, 1974, p. 41 (Col. Os Pensadores).

⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar/ago 2012, p. 02.

⁷ BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248.

privativa de liberdade.

Nessa esteira, a Constituição Federal garante o direito a integridade física e moral dos presos⁸, o direito ao cumprimento da pena em estabelecimentos distintos de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado⁹ e o direito das presas de permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação¹⁰. A Constituição veda, ainda, as penas cruéis¹¹.

O Brasil é signatário de vários tratados internacionais de direitos humanos, que remetem ao mínimo existencial, e estão em plena vigência, *verbi gratia*, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e Tratados que tratam exclusivamente do direito dos investigados, condenados e presos, como a Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (e Protocolo Adicional), a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, Convenção Relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra, as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros e as Regras de Tóquio (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de liberdade).

A Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, conhecida como a Lei de Execução Penal¹², que está em vigor há mais de 30 anos, exemplifica um rol de direitos aos reclusos, como o direito de ser alojado em cela individual com área mínima de 6m² (seis metros quadrados), que deve conter dormitório, aparelho sanitário e lavatório e ser dotada de condições de aeração e controle térmico, o direito à alimentação, vestuário e instalações higiênicas, o direito de atendimento à saúde (que deve compreender atendimento médico, odontológico e farmacêutico), o direito à instrução educacional e o direito à assistência jurídica (caso não tenha condições de contratar um advogado)¹³.

Contudo, mesmo com a Constituição da República, com os Tratados Internacionais e com a Lei de Execução Penal, assegurando direitos mínimos fundamentais aos presos, a realidade é bem diferente do que a delineada no papel, e é o que veremos a seguir.

⁸ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.btm, acesso em 07/04/2015, Artigo 5º, inciso XLIX da Constituição Federal, data de acesso 07/04/2015.

⁹ *Idem*, artigo 5º, inciso XLVIII da CF, data de acesso 07/04/2015.

¹⁰ *Idem*, artigo 5º, inciso L da CF data de acesso 07/04/2015.

¹¹ *Idem*, artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”, data de acesso 07/04/2015.

¹² Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210/compilado.btm. Data de acesso 08/04/2015.

¹³ Lei n° 7.210/1984, artigos. 10, 11, 12, 14, 15, 17, 22 e 88.

3. REALIDADE DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

De acordo com a senadora Ana Rita (PT-ES 2011-2015),¹⁴ há uma seletividade no perfil da massa encarcerada, pois tem nítido recorte de classe, gênero, etnia e faixa etária, uma vez que 60% dos presidiários são afrodescendentes, 58% jovens com idade entre 18 e 24 anos e 77% não passaram do ensino fundamental, eis que 5,6% são analfabetos, 13% são apenas alfabetizados e 46% tem apenas o ensino fundamental incompleto, o que, segundo a senadora, demonstra que no Brasil temos uma máquina estatal de prender e criminalizar a população negra, pobre, jovem e de periferia.

É cediço que o sistema carcerário nacional está à beira de um colapso, fato notório e que durante a reunião do 12º Congresso sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal da Organização das Nações Unidas em 2010, levou o então presidente à época do Supremo Tribunal Federal, César Peluso, a declarar que “o sistema prisional brasileiro está próximo da falência total.”¹⁵ Insta mencionar, que a declaração do ex-ministro do STF, já conta com mais de 05 anos, e a situação piorou muito desde então.

É o que aponta o Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil¹⁶, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2014, e assinala que a população carcerária no Brasil conta com 567.655 presos, e o número de vagas é de apenas 357.219, há então, 210.436 pessoas presas a mais do que o número de vagas.

Agora, somando-se à prisão domiciliar,¹⁷ o número de detentos sobe para 715.655, o déficit de vagas sobe para 358.219. E o pior, caso hipoteticamente forem cumpridos todos os mandados de prisão que foram expedidos, o déficit de vagas subirá para 732.427.

Como resultado deste lastimoso quadro, o Brasil é hoje o 3º país com maior população carcerária do mundo (contando a prisão domiciliar). Com efeito, diante da precariedade e a falta de vagas nos presídios e delegacias, os presos são mantidos amontoados, e há superlotação constante.

Como visto, não obstante o princípio da dignidade da pessoa humana estar assegurado pela Constituição Federal e o mínimo existencial ser o seu núcleo essencial, em muitas situações, o próprio Estado o viola. Por conseguinte, aquele que deveria assegurar as condições mínimas de sobrevivência no cárcere, acaba sendo, em muitos casos, o maior infrator.

¹⁴ RITA, Ana. *Revista Jurídica Consulex*, Matéria É hora de mudar, ano XVIII, n. 410, de 16 de fevereiro de 2014, p. 34/35.

¹⁵ Disponível em <http://oglobo.globo.com/politica/cezar-peluso-que-assumira-presidencia-do-stf-diz-que-sistema-prisional-esta-perto-da-falencia-3022641#ixzz3XmRcsi41>, data de acesso 10/04/2015.

¹⁶ Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf, data de acesso 10/04/2015.

¹⁷ Em muitos casos a prisão domiciliar é oriunda da inadequação ou falta de vagas nos regimes aberto e semiaberto, onde o reeducando não pode ficar em um regime mais gravoso como o fechado, e lhe é concedido a prisão domiciliar.

No relatório de Inspeção do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária¹⁸, realizado em 2009, no Presídio de Casa de Custódia de Viana e no presídio de celas metálicas de Serra, foi encontrada a seguinte situação na casa de Custódia de Viana:

O presídio, com lotação prevista para 370 presos, possuía, no dia da visita, 1.177 detentos, distribuídos em três pavilhões. [...]

Não há luz elétrica. Não há chuveiros. A água é fornecida somente ao final do dia. Durante a noite, os pavilhões são iluminados com holofotes direcionados das muralhas. **O estado de higiene é de causar nojo. Colônias de moscas, mosquitos, insetos e ratos são visualizáveis por quaisquer visitantes. Restos de alimentos são encontráveis em meio ao pátio. Larvas foram fotografadas em várias áreas do presídio.** Não há qualquer atividade laboral.

A segurança inexistente para presos ou visitantes. **Nos últimos anos, há denúncias de vários corpos de presos espartilhados. Quando os corpos são achados — ou ao menos partes deles — a administração reconhece as mortes. Quando não são encontrados, a administração afirma supor ter havido fuga.** Visitamos os pavilhões cercados por guardas armados. Tentaram nos impedir a visita alegando problemas de segurança. (grifo nosso).

A situação é bem semelhante no presídio de Serra:

O local tem capacidade para 144 presos e tinha quase quatrocentos. Cada container tinha cerca de 40 presos. O local é absolutamente insalubre. A temperatura, no verão, passa de 45 graus, segundo vários depoimentos.

Sob as celas encontramos um rio de esgoto (a manilha estava quebrada há semanas). Na água preta e fétida encontravam-se insetos, larvas, roedores, garrafas de refrigerantes, restos de marmitas, restos de comida, sujeiras de todos os tipos. A profundidade daquele rio de fezes e dejetos chegava a quarenta centímetros, aproximadamente. O cheiro era de causar náuseas. Todos nós chegamos à conclusão que nunca havíamos visto tão alto grau de degradação. **Poucas vezes na história, seres humanos foram submetidos a tanto desrespeito.**

¹⁸ Disponível em <http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagementFileDownload.EZTSvc.asp?Docum entID=%7B9846E847-3594-4E9D-BF9D-251E59771475%7D&ServiceInstUID=%7B4.AB01622-7C49-420B 9F76-15.A4137F 1CCD%7D>, data de acesso 11/04/2015.

Vencendo a repugnância do odor, aproximamo-nos dos presos. Novas denúncias de comida podre e de violências. **Encontramos um preso com um tiro no olho e outro com marcas de bala na barriga.** Marcas de balas na parte externa dos containers são comuns. A promiscuidade impera. Violências entre presos e contra presos foram denunciadas. (Sem grifo no original).

Na cadeia pública feminina de Indaiatuba/SP, segundo o Relatório do Departamento de Vigilância Sanitária,¹⁹ a quantidade de vagas era apenas 36 e havia 199 pessoas detidas, onde cada colchão de solteiro era dividido por três detentas, outras dormiam no banheiro por falta de espaço. Reclamavam da falta de produtos de higiene e limpeza das celas, e por não terem material de higiene pessoal, usavam miolo de pão como absorvente.

A CPI do Sistema Carcerário²⁰ descreveu que na Cadeia Pública em Contagem/MG, há apenas um banheiro para 70 homens e, para que coubessem mais pessoas, teve suas paredes derrubadas, e a privada ficou no meio da cela à mostra, obrigando os apenados a passar pelo vexame de ficarem como em uma vitrine enquanto usam o banheiro.

Nas comarcas do interior, que não dispõem de casa de albergado e colônia penal agrícola, ao reeducando, pela pena ser branda e fácil de cumprir, não lhe é aplicado, as funções da pena, retributiva (retribuir o mal do crime com o mal da pena) e de prevenção especial (para que não volte a delinquir e a falácia da ressocialização).

Contudo, há de se chamar a atenção, que não há cabimento colocar a culpa pelos índices alarmantes de violência urbana e reincidência exclusivamente no agente delinquente, e nem há a necessidade de se elaborar mais leis como solucionadoras do problema, pois estas já existem ao monte e não apresentaram resultados satisfatórios.

Tem que se atacar a raiz do problema, a mesma sociedade que quer punição, não se preocupa com as condições desumanas, a que estão expostas o recluso, retirando-lhe toda a dignidade e não conferindo meios para mudança de vida, como cursos profissionalizantes e educação básica.

Segundo Ana Paula de Barcellos em qualquer sistema prisional do mundo, sempre será possível observar eventuais violações aos direitos dos presos, sendo essa uma exceção. Contudo, a doutrinadora diz que no Brasil, a regra é a violação e “não se trata de um desvio episódico ou localizado, mas do padrão geral observado no país como um todo. O tratamento adequado

¹⁹ Disponível em <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/contenudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=3109&idPagina=3260>, data de acesso 08/04/2015.

²⁰ Disponível em http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf?sequence=5, data de acesso 10/04/2015.

eventualmente conferido a um preso é que constitui a exceção²¹”.

Assevera ainda:

A dignidade, portanto, não seria algo inerente a todo ser humano, mas circunstancial e vinculada ao comportamento do indivíduo, (o preso cometeu crime ou esta sendo acusado por crimes), logo, por conta de seu comportamento reprovável, ele já não seria titular da dignidade e, portanto, não teria direito realmente a ser tratado de forma digna.

De acordo com a lógica dessa concepção, **a sociedade poderia até vir a melhorar as condições do sistema prisional, e alguns esforços nesse sentido até poderiam ser louváveis, depois, claro, que outras necessidades sociais – essas sim ligadas a indivíduos dotados de dignidade – se encontrem atendidas.** Ou seja: os direitos dos presos não seriam propriamente direitos e o debate acerca deles estaria confinado ao espaço da benevolência²². (Grifos nossos).

Ainda que não seja o senso comum assegurar o mínimo existencial ao recluso, não haverá penas que privem o ser humano de sua dignidade. Para Ives Gandra da Silva Martins, “todos os cidadãos submetidos à pena privativa de liberdade devem ter seus direitos fundamentais básicos assegurados (saúde, educação, integridade física e psíquica, ressocialização)”²³.

Com efeito, as precariedades do sistema carcerário aos quais estes indivíduos estão sujeitos, revelam uma omissão do Estado em relação à prestação de alimentos, integridade física e moral, saúde e segurança, que são indispensáveis a uma vida digna. Assim, os presos têm a liberdade restringida, mas não devem perder a dignidade, atributo incondicionado e inerente a todos os seres humanos²⁴ em patamar de igualdade.

Contudo, essa mesma sociedade não pode esquecer, que um dia o recluso voltará ao seu convívio, eis que não há prisão perpétua no Brasil, e não há falar em ressocialização, quando coloca o apenado em um ambiente extremamente hostil, sem o seus direitos mínimos providos, como os casos acima citados, e esperar que ele volte readaptado.

²¹ Barcellos, Ana Paula de. *Violência Urbana, condições das prisões e dignidade humana*. Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte, ano 2010, n. 254, maio 2010 / ago. 2011, p. 02.

²² *Id.* p. 03/04.

²³ MARTINS, 2012, p. 142.

²⁴ Nesse sentido os ensinamentos de SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

4. RESERVA DO POSSÍVEL

A teoria da reserva do possível surge no Direito como uma forma de limitar a atuação do Estado no âmbito da efetivação de direitos sociais e fundamentais. Atribui-se sua origem a uma decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht* ou *BVerfG*), conhecida como *numerus clausus* de vagas nas universidades [que significa o número exato de vagas, que são fechadas e não podem ser aumentadas e nem reduzidas], em que dois estudantes de medicina que tinham sido aprovados no vestibular, mas não classificados, utilizaram na sua pretensão para cursar o ensino superior o artigo 12 da Lei Fundamental que dizia que todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o lugar de formação.²⁵

Na decisão do Tribunal Constitucional a pretensão foi negada, e a Corte entendeu que não era razoável impor ao Estado a obrigação de acesso a todos os que pretendessem cursar medicina, e não cabia requerer além daquilo que o Estado já prestou, dentro da sua capacidade e cumprindo com os deveres constitucionais.

Dessa feita, o direito de acesso estaria sujeito ao limite daquilo que o indivíduo poderia razoavelmente esperar do Estado, e não houve violação neste caso, segundo o tribunal, pois o Estado alemão atuou dentro da chamada reserva do possível.

No Brasil, ganhou força na doutrina o sentido dado não à razoabilidade da pretensão, mas somente a disponibilidade ou não de recursos, tomando significado da reserva do financeiramente possível.

Desse modo, Ana Paula de Barcellos estabelece a relação entre a reserva do possível e disponibilidade financeira, e afirma que a “expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas²⁶”.

Importa salientar que, no ordenamento jurídico alemão, a reserva do possível relacionou-se a exigências de prestações dentro do limite da razoabilidade, contudo, no Brasil, que possui um contexto cultural e socioeconômico muito diferente daquele país²⁷, há essa interpretação diferente.

Discorrendo sobre o assunto assevera Ricardo Lobo Torres:

²⁵ Cf. SANTOS, Rebeca Mazzuchell dos. *O conceito da reserva do possível nas decisões judiciais. Cadernos de iniciação científica. Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 7, p. 79, 2010

²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais da dignidade humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 276.

²⁷ De acordo com o Índice de Desenvolvimento Humano (que mede o progresso de uma nação, a partir de três dimensões: renda, saúde e educação), a Alemanha aparece em 6º lugar, enquanto o Brasil ocupa a 79ª posição. Disponível em <http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/Ranking-IDH-Global-2013.aspx>, data de acesso 20/04/2015.

A desinterpretação, operada no Brasil pela doutrina e pela jurisprudência, do conceito de reserva do possível, serviu para alargar desmesuradamente a judicialização da política orçamentária até o campo dos direitos sociais, ao confundi-los com os fundamentais. Reserva do possível no Brasil passou a ser reserva fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira, que pode compreender a existência de dotação orçamentária ou de dinheiro sonante na caixa do Tesouro²⁸.

Analisando a reserva do possível aplicada no Brasil, assevera Ana Carolina Lopes Olsen:

A reserva do possível surge como um excelente escudo contra a efetividade dos direitos fundamentais a prestações positivas, como os direitos sociais, por nada poderia ser feito, ainda que houvesse “vontade política”, face à escassez de recursos. Interessante que estes recursos nunca são escassos para outros fins, de modo que a própria noção de escassez merece ser investigada, e não tomada como uma verdade irrefutável²⁹.

Com efeito, quando o Estado é demandado em juízo para efetivar os direitos fundamentais e assegurar o mínimo existencial, e no tocante ao presente trabalho, assegurar o mínimo necessário à existência digna dos presos, *verbia gratia*, com construções ou reformas de presídio ou delegacias, utiliza o argumento da reserva do possível.

Alega que a tarefa de estipular alocações de recursos públicos para satisfazer prestações estatais é da discricionariedade legislativa no orçamento e, executiva em seu implemento, assim, essas prestações encontram limite material na reserva do possível.

5. MÍNIMO EXISTENCIAL VERSUS RESERVA DO POSSÍVEL

É notório que diante das necessidades ilimitadas da sociedade, todos os direitos fundamentais não possam ser atendidos pelo Estado de forma completa, fato esse, que não pode ser ignorado, pois os recursos são limitados.

Em contrapartida, ao se aceitar o argumento altamente utilizado pelo

²⁸ TORRES, 2012, p. 10.

²⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais. Efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 209.

Estado da teoria da reserva do possível, os condenados à pena privativa de liberdade terão que permanecer vivendo de forma desumana, sem o mínimo necessário a existir de forma digna?

Assim, entram em confronto o mínimo existencial e a reserva do possível. Dessa feita, quais as possibilidades de solução, diante do caso concreto? É o que será explanado a seguir, levando em consideração três argumentos: a inoponibilidade da reserva do possível frente ao mínimo existencial; prioridade orçamentária do mínimo existencial e existência de recursos no Fundo Penitenciário Nacional.

De enceto, o mínimo existencial não pode sofrer condicionamento, pois, é imprescindível a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, então, o mínimo existencial é um limite à reserva do possível, sendo que, por conseguinte, este sofre inoponibilidade frente àquele.

Para Ricardo Lobo Torres:

A “reserva do possível” não é aplicável ao mínimo existencial, que se vincula à reserva orçamentária e às garantias institucionais da liberdade, podendo ser controlado pelo Judiciário nos casos de omissão administrativa ou legislativa³⁰.

No mesmo entendimento são os ensinamentos de Vidal Serrano Nunes Junior:

Em conclusão, concatenando-se análise do direito positivo brasileiro aos pressupostos de realidade aos quais é aplicado, temos que **a teoria da reserva do possível – em regra, evocada como argumento fazendário para objetar a realização de direitos essenciais à dignidade – é de aplicação excepcional, circunscrita a discussões atinentes à realização de direitos sociais que extrapolem o conceito de mínimo vital** e que não estejam incorporadas por normas constitucionais atributivas de direitos públicos a seus destinatários³¹. (Sem grifo no original).

Caminha no mesmo sentido Emerson Garcia:

Tratando-se de impossibilidade jurídica, o que

³⁰ Torres, 2012, p. 09.

³¹ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 29.

decorreria não da ausência de receita, mas da ausência de previsão orçamentária para a realização da despesa, deverá prevalecer o entendimento que prestigie a observância do mínimo existencial. Restando incontroverso o descompasso entre a lei orçamentária e os valores que integram a dignidade da pessoa humana, entendemos deva esta prevalecer, com o conseqüente afastamento do princípio da legalidade da despesa pública. Não fosse assim, seria tarefa assaz difícil compelir o Poder Público a observar os mais mezinhos direitos assegurados na Constituição da República e na legislação infraconstitucional, o que terminaria por tornar legítimo aquilo que, na essência, não é³².

Assim, restou cristalino que para se assegurar o mínimo necessário à sobrevivência com dignidade, o mínimo existencial prevalece sobre a reserva do possível.

A reserva do possível ligada no direito pátrio às limitações orçamentárias e financeiras restringe o integral cumprimento dos direitos fundamentais e sociais constitucionalmente previstos. Assim, com recursos limitados, as demandas tem que ser gradativamente atendidas por intermédio de planejamento governamental e seleção de prioridades.

Deste modo, na previsão orçamentária deve vir primeiro, ser o alvo prioritário, o mínimo existencial, somente depois de assegurar o mínimo é que poderá ser previstos os demais gastos. É como em um orçamento doméstico, onde não se pode comprar caviar e comê-lo somente uma vez, e deixar de comprar para as refeições diárias o alimento básico, como arroz e feijão.

No entendimento de Ana Paula de Barcellos, a reserva do possível é capaz de conviver com o mínimo existencial.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. **Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos.** Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos

³² GARCLA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 480, 30 out. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5847>>. Acesso em: 30 abr. de 2015.

recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível³³. (Sem grifos no original).

Várias ações civis públicas são ajuizadas de diversas partes do país, as quais indicam o problema da superlotação, tratamento desumano, cruel, degradante, instalações insalubres, tortura, falta de higiene, entre outros, e isto é realidade na maioria dos presídios e delegacias do Brasil e persiste há anos, e o Estado não tomou uma medida hábil para saná-las.

Desse modo, não há cabimento a alegação da reserva do possível, eis que persistindo há algum tempo os problemas apontados, o Estado já deveria ter incluído os gastos necessários para reparar as ilegalidades, em previsões orçamentárias pretéritas.

Ainda que não tenha sido alvo prioritário de previsões orçamentárias anteriores, mesmo assim, ainda existem recursos que podem ser utilizados e que estão parados pela burocracia no Fundo Penitenciário Nacional (Funpen).

O Fundo Penitenciário Nacional é constituído com recursos que possuem origem nas dotações orçamentárias da União, custas judiciais recolhidas em favor da União, arrecadação dos concursos de prognósticos, recursos confiscados ou provenientes da alienação dos bens perdidos em favor da União Federal, multas decorrentes de sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado, fianças quebradas ou perdidas, e rendimentos decorrentes da aplicação de seu patrimônio³⁴ e parte da arrecadação das loterias federais.

Os recursos do Fundo são aplicados em construção, reforma, ampliação de estabelecimentos penais, formação, aperfeiçoamento e especialização do serviço penitenciário; aquisição de material permanente, equipamentos e veículos especializados imprescindíveis ao funcionamento dos estabelecimentos penais; formação educacional e cultural do preso e do internado; programas de assistência jurídica aos presos e internados carentes; e demais ações que visam o aprimoramento do sistema penitenciário em âmbito nacional.

No ano de 2011, o Funpen arrecadou cerca de R\$ 3 bilhões, segundo a última atualização em número divulgada em 2012, sendo que repassou apenas às unidades federativas R\$1,9 bilhão.

Como os recursos entram e poucos saem, as disponibilidades vão

³³ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 245/246.

³⁴ Disponível em <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={C0BE0432-C046-47D6-916A-9A3CF77E3AF5}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B962415EA-0D31-4F48-ACAF-D9ED8FB27E6E%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>, data de acesso 15/04/2015.

umentando, em 2012 esse valor alcançou R\$ 1,4 bilhão e passando para R\$ 1,8 bilhão em 2013, e atualmente, segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes³⁵, tem um saldo de R\$1,7 bilhão, sem ser utilizado.

A burocracia para liberação de verbas é tamanha, que levou o Ministro Gilmar Mendes a dizer durante palestra na Escola Superior de Magistratura do Rio Grande do Sul, realizada em 13/03/2015, que “é mais fácil ganhar na loteria do que receber liberação para construir presídio³⁶”. Na ocasião, discorreu que no Paraná se travou a execução de projeto de construção de uma nova casa prisional pelo desacordo na elaboração de vagas para estacionamento.

Segundo reportagem da Revista Veja, uma resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), tida por especialistas como muito rigorosa, entre vários despropósitos, exige que toda penitenciária tenha um determinado número de vagas em estacionamentos, uma metragem específica para a sala do diretor, salão de cabeleireiro e barbearia, além de infraestrutura médica, laboratórios de diagnóstico e salas para raio X. Isso, é óbvio, dificultam e até tornam inviáveis vários projetos³⁷.

Deste modo, verifica-se que há recursos disponíveis para construção e reformas de presídios e demais aplicações supracitadas, porém, a burocracia impede essa liberação.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de o Brasil ter positivado na Constituição Federal direitos fundamentais, e ali inseridos o núcleo essencial, composto pelo mínimo existencial, e promulgado normas infraconstitucionais, além de ser signatário de tratados internacionais sobre o tema, há muito que se avançar em relação à garantia dos direitos fundamentais aos detentos. As condições desumanas dos presídios brasileiros, conforme consta dos relatórios e da própria posição do STF, demonstram o descaso da sociedade em assegurar ao detento o mínimo necessário à sobrevivência com dignidade. A dignidade estaria mais atrelada ao que a pessoa fez e como agiu, do que à sua condição preexistente de ser humano.

Contudo, importa salientar, que não se trata de conferir privilégios ou regalias aos presos, em detrimento das demais pessoas que necessitam de recursos e que estão em liberdade, mas sim, em assegurar o mínimo necessário à manutenção da dignidade humana e condições de sobrevivência aos que estão em custódia do Estado, para benefício da própria sociedade, diminuindo assim, a

³⁵ Disponível em <http://www.ajuris.org.br/2015/03/13/gilmar-mendes-e-mais-facil-ganhar-na-loteria-que-receber-liberacao-para-construir-presidio/>, data de acesso 01/05/2015.

³⁶ *Id.* Data de acesso 01/05/2015.

³⁷ Disponível em <http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/tag/fundo-penitenciario-nacional/>, data de acesso 20/04/2015.

violência urbana.

Resta evidente, que a sociedade, impulsionada pela mídia, pede sempre punições mais severas àqueles que cometem uma infração penal. Todavia, quando o afasta da sociedade, o coloca em um ambiente insalubre e violento, desumano, não se atentando para os direitos fundamentais de toda pessoa humana, sem exceções.

O mínimo existencial é o mínimo necessário para o indivíduo viver de forma digna; nem os presos podem sofrer limitações nesse sentido. Desse modo, não há cabimento a alegação da reserva do possível, eis que persistindo há algum tempo os problemas apontados, o Estado já deveria ter incluído os gastos necessários para reparar as ilegalidades, em previsões orçamentárias pretéritas.

A situação dos presídios no Brasil evidencia que não foram asseguradas as condições mínimas para uma vida digna e o pleito para assegurar essas condições não pode ser visto como supérfluo, ou sem razoabilidade, eis que um dos objetivos do Estado brasileiro é garantir a dignidade da pessoa humana.

Ainda que assim não fosse, fica evidente segundo doutrina majoritária que o mínimo existencial prevalece sobre a reserva do possível, não podendo o Estado alegar esse escudo para não aplicar, nas previsões orçamentárias, recursos necessários para cumprir o mínimo existencial ao preso. E ainda, há recursos no Fundo Penitenciário Nacional para serem aplicados na construção e reforma de presídios, cursos escolares e profissionalizantes, melhoria na qualidade de vida dos reclusos, e que certamente baixariam os índices de reincidência, e que estão obstados pela burocracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *Violência Urbana*, condições das prisões e dignidade humana. Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte, ano 2010, n. 254, maio 2010 / ago. 2011.

_____. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais da dignidade humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GARCIA, Emerson. *O direito à educação e suas perspectivas de efetividade*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 480, 30 out. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5847>>.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril, v. XXV, 1974 (Col. Os Pensadores).

MARTINS, Ives Gandra da Silva, et al. *Tratado de direito constitucional*, v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo:

Verbatim, 2009.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais*. Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RITA, Ana. Revista Jurídica Consulex. *Matéria É hora de mudar*. Ano XVIII, n. 410, de 16 de fevereiro de 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar/ago 2012.

Recebido em: 30.11.2015

Aceito em: 02.02.2016