

MÁRIO HENRIQUE ALBERTON

**Princípio da proibição de retrocesso à esfera penal:
o encarceramento em massa como problema de hermenêutica
dos direitos fundamentais**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica

Linha de Pesquisa: Função Política do Direito

Orientador: Prof. Dr. Valter Foletto Santin

JACAREZINHO – PARANÁ

2012

MÁRIO HENRIQUE ALBERTON

Princípio da proibição de retrocesso à esfera penal: o encarceramento em massa como problema de hermenêutica dos direitos fundamentais

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do Título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciências Jurídicas, nível de mestrado da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, em 20 de dezembro de 2012.

Banca examinadora:

Presidente: Prof. Dr. Valter Foletto Santin – Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP

Membro: Prof. Dr. Maurício Gonçalves Saliba - Universidade Estadual do Norte do Paraná - UNEP

Membro: Prof. Dr. Jairo José Gênova – Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM

Coordenador do Programa de Mestrado: Prof. Dr. Vladimir Brega Filho

Jacarezinho, 20 de dezembro de 2012.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a meus pais, Ivete Silvestre Alberton e Aroldo Alberton (in memorian), e filhos, Iara Takaki Alberton e Miguel Takaki Alberton.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha esposa Alessandra Takaki Alberton, companheira e mãe dedicada, que com seu esforço me possibilitou levar adiante os estudos.

Aos meus irmãos Aroldo Alberton Júnior, João Luís Alberton, José Ricardo Alberton e André Luís Alberton, que fizeram do meu mundo algo sempre mais plural.

A meus tios e padrinhos (in memoriam) Renato Correa e Irene Silvestre Correa, que sempre me ampararam.

Ao Prof. Dr. Valter Foleto Santin, pela orientação e o amigável convívio.

Ao Prof. Dr. Vladimir Brega Filho, pela seriedade e o desprendimento com que coordena o Programa de Mestrado.

A todos os professores do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP, que marcam com seu conhecimento, esforço e humildade todos os que por aqui passam, em especial aos Profs. Drs. Gilberto Giacóia, Reinéro Antônio Lérias, Maurício Gonçalves Saliba e Pietro Alarcón.

A todos os amigos e amigas da turma de 2010, Lucão, Zizão, Willyão, Marcão, Thadeu, Floresta(n), Rodrigo, Diego, Flávia, Marina, Natasha, Rogério, Luciano, Ivan e, em especial, Winnícus Pereira Góes, Vinícus Secafen Mingati e Andreza Cristina Mantovani, que fizeram do curso um ambiente de fraternidade e companheirismo.

À Natalina, pela dedicação e amizade.

“Se é evidente a insensatez ou crueldade de matar um homem perdido, também será claro para nós que ainda é mais cruel pôr esse homem numa prisão para o depravar definitivamente.”

Leon Tolstoi

A aprovação da presente dissertação não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

Sumário

INTRODUÇÃO	11
1 A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PROBLEMA DO ENCARCERAMENTO EM MASSA.....	14
1.1 A base material da hermenêutica constitucional: os direitos fundamentais como limitadores do poder punitivo	14
1.1.1 Direitos Fundamentais no constitucionalismo moderno	17
1.2 Das dimensões dos direitos fundamentais	21
1.2.1 Direitos fundamentais como direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais	21
1.2.2 Direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta dimensões	22
1.3 Os direitos e garantias fundamentais afetos à esfera penal na Constituição de 1988 e nos tratados de direitos internacionais.....	28
1.4 Da vinculação do poder público aos direitos fundamentais	31
1.4.1 As perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais.....	31
1.4.2 Possibilidades e limites à restrição dos direitos fundamentais.....	34
2 PROIBIÇÃO DE RETROCESSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	39
2.1 Os Princípios, as regras e a proibição de retrocesso	40
2.2 Princípio da proibição de retrocesso.....	43
2.2.1 Origem do princípio da proibição de retrocesso no direito comparado.....	44
2.2.2 O marco normativo e o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais	47
2.2.3 Reserva do possível.....	50
2.3 Princípio da proibição de retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro	51
2.3.1 Entendimento doutrinário.....	51
2.3.2 Princípio da proibição de retrocesso na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	57
2.4 O risco do panprincipiologismo	59
2.4.1 Proibição de retrocesso e princípio da dignidade da pessoa humana.....	60
2.4.2 Princípio da proibição de retrocesso e princípio do Estado democrático de direito.....	61
3 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO À ESFERA PENAL	65
3.1 Definição de retrocesso	65

3.2 Do fundamento histórico: da identidade entre o processo de erosão dos direitos fundamentais sociais e de liberdade	67
3.3 Do fundamento jurídico da aplicação do princípio da proibição de retrocesso à esfera penal	75
3.4 Efeitos práticos da aplicação do princípio da proibição de retrocesso à esfera penal.....	84
3.4.1 Dos direitos fundamentais de <i>status</i> negativo afetos à esfera penal.....	84
3.4.2 Dos direitos fundamentais de <i>status</i> positivo afetos à esfera penal	89
CONCLUSÃO	101
REFERÊNCIAS.....	103

ALBERTON, Mário Henrique. *Princípio da proibição de retrocesso à esfera penal: o encarceramento em massa como problema de hermenêutica dos direitos fundamentais*. 119 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, 2012.

RESUMO

O desrespeito aos direitos fundamentais afetos à esfera penal contrasta com o avanço, ainda que incipiente, de tais direitos em outras áreas de atuação do Estado brasileiro, como saúde, previdência, etc. Essa disparidade talvez possa ser explicada, também, pela falta de elementos que permitam projetar para a esfera penal a força vinculativa de alguns princípios constitucionais, notadamente, o princípio da proibição de retrocesso. Tal princípio foi inicialmente formulado para proteger direitos sociais (saúde, educação, previdência, trabalho) em face da ação erosiva do estado neoliberal. Como todo princípio, atua como mandamento de otimização, no sentido de garantir, o máximo possível, os direitos fundamentais. Não sendo isso viável, o Estado deve manter o nível dos direitos já conquistados ou, ao menos, o núcleo essencial desses direitos, sendo esse o conteúdo necessário para que os mesmos possam ser usufruídos, sob pena de ter de oferecer alternativas ou compensações. O presente trabalho investiga a possibilidade de aplicação do princípio da proibição de retrocesso à esfera penal, a fim de que possa servir como meio de garantia de direitos fundamentais eventualmente desrespeitados pela ação do poder punitivo estatal. Se a hermenêutica jurídica é hoje considerada como um ato de construção e não só de aplicação da norma jurídica, e todos os presos provisórios ou já definitivamente condenados têm contra si uma decisão judicial que foi precedida de um ato hermenêutico, então o problema do desrespeito aos direitos fundamentais afetos à esfera penal, causado principalmente pelo fenômeno do encarceramento em massa, é também hermenêutico. Pretende-se contribuir com o debate acerca da racionalização de meios que garantam esses direitos ou, ao menos, o seu mínimo essencial. O princípio da proibição de retrocesso permite essa garantia, ou impõe ao Estado o dever de oferecer alternativas ou compensações, podendo funcionar como uma forma de se buscar alternativas à pena de prisão.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica; Direitos Fundamentais; Princípio da Proibição de Retrocesso; Direito Penal.

ALBERTON, Mário Henrique. *Principle of ban setback: mass incarceration as a problem of interpretation of fundamental human rights*. 119 f. Dissertation (Master of Juridical Science) - University of Northern Parana. Jacarezinho, 2012.

ABSTRACT

The disrespect to the fundamental human rights subjected to the study of criminal sphere contrasts with the advance, although incipient, of these rights in others Brazilian Government actuation fields, such as health, social security, etc. This disparity maybe can be explained, also, by the lack of elements that allow projecting to the penal sphere the binding strength of some constitutional principles, notably, the principle of ban setback. Such principle was initially formulated to protect the social rights (health, education, welfare, work) from the erosive action of the neo-liberal state. Like every principle, it acts as a commandment for optimization, in the sense that must guarantee, as much as possible, the fundamental rights usufructs. If not possible, the Government must keep the rights already achieved, or, at least, the essential nucleus of such rights, being the necessary tenor that grants their usufruct, under penalty of adjudicating alternatives or compensations. The present work investigates the possibility of application of the ban setback principle to the criminal sphere, ensuring the fundamental rights which may be eventually disrespected by the punitive action of the State. If the legal hermeneutic is nowadays considered as a construct act and not only the application of the legal norm, and all the temporary or definitively doomed arrested people have against they a legal decision preceded by an hermeneutic act, then the problem of the disrespect to the fundamental rights regard to the criminal sphere, caused mainly by the phenomenon of the mass incarceration, is also hermeneutic. This work intends to contribute with the discussion about the rationalization of the ways for ensuring the fundamental rights, or at least, their minimal essential. The principle of ban setback allows this guarantee, or imposes to the State the obligation of offering alternatives or compensations, which may work as way to search for alternatives to the prison sentence.

KEY-WORDS: Hermeneutics; Fundamental Rights; Ban Setback Principle; Criminal Law.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo investigar a possibilidade de aplicação do princípio da proibição de retrocesso aos ramos da ciência do direito (penal, processual penal e penitenciário) incumbidos de regular as ações e impedir o avanço do poder punitivo que resulta no fenômeno do encarceramento em massa.

Tal princípio foi inicialmente formulado para proteger direitos sociais da erosão causada pelas políticas econômicas do Estado neoliberal, a partir de 1970. Sua função é garantir que direitos fundamentais não possam ser suprimidos ou restringidos sem que sejam oferecidas alternativas ou compensações. Além disso, contém a ideia de progressividade, ou seja, de sempre buscar a elevação do nível dos direitos já conquistados.

No presente trabalho, pretende-se estender à esfera penal os fundamentos do princípio da proibição de retrocesso, com objetivo de impedir com que o avanço do poder punitivo estatal venha a suprimir ou restringir os direitos fundamentais, notadamente quanto ao fenômeno do encarceramento em massa verificado em nossos dias.

Para que isso seja possível, a crítica deve considerar esse fenômeno em sua totalidade, desde o discurso que apregoa a necessidade de edição de leis penais mais rigorosas até o que advoga a supressão de benefícios processuais e o endurecimento das condições de cumprimento de pena, pois seria pouco realista a proposta que visasse analisar o problema carcerário apenas sob o ponto de vista da ineficiência estatal em construir mais presídios.

O trabalho é dividido em três capítulos.

No primeiro, aborda-se a importância do ato hermenêutico como meio de construção da realidade, conforme apregoa a nova hermenêutica, cujo fundamento está no respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana concretamente considerada. O estudo desses direitos faz-se já nesse capítulo, iniciando com uma rápida diferenciação entre direitos de liberdade (civis e políticos) e direitos sociais, econômicos e culturais. Após, faz-se a abordagem das quatro dimensões dos direitos fundamentais, por meio do estudo histórico do processo de reconhecimento desses direitos pelos Estados nacionais e em tratados de direitos internacionais. Estuda-se, ainda, o conceito de direitos fundamentais, vinculando-os

a ideia de direitos humanos, de modo a serem entendidos como direitos humanos fundamentais. Por fim, apontam-se alguns dispositivos constitucionais e de tratados de direitos internacionais que contemplam direitos e garantias afetos à esfera penal para, em seguida, estudar-se a vinculação do poder público a esses direitos.

Pretende-se demonstrar que o problema do encarceramento em massa pode ser considerado também como questão de hermenêutica jurídica. Com efeito, parte-se da constatação de que a superpopulação carcerária é resultado de uma hermenêutica jurídica que não respeita os direitos fundamentais da pessoa humana. Ao se exigir que as decisões estatais afetas à esfera penal devam estar condicionadas, necessariamente, ao respeito a tais direitos, indica-se que a solução ao problema carcerário é um problema hermenêutico.

Ocorre que o ato interpretativo é feito com base em regras e princípios existentes no ordenamento jurídico. Assim, inicia-se o segundo capítulo fazendo a diferenciação entre essas duas espécies de normas jurídicas, a fim de delimitar o âmbito de incidência das mesmas e demonstrar que também as regras são importantes meios de impedir retrocessos, podendo ser por vezes consideradas como a expressão mais bem acabada de um princípio.

Mas, como o objetivo do trabalho é investigar a possibilidade de aplicação de um princípio e não de uma regra à esfera penal, parte-se para a análise o princípio da proibição de retrocesso em seu conceito tradicional, como princípio aplicado à garantia dos direitos fundamentais sociais. De início, abordam-se questões sobre origem, conceito, fundamentos e elementos que o caracterizam. Em seguida, faz-se um estudo acerca da aceitação desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro, abordando estudos doutrinários e algumas decisões jurisprudenciais que o admitem. Finalizando esse capítulo, aponta-se o conteúdo autônomo do princípio da proibição de retrocesso em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana e do estado democrático de direito, a fim de afastar o risco do que se denomina panprincipiologismo: processo de inflação de princípios constitucionais que conduz ao enfraquecimento da força normativa dos mesmos.

No terceiro capítulo, faz-se um estudo sobre o que poderia ser considerado retrocesso à esfera penal, para, em seguida, buscar a fundamentação do referido princípio ao direito penal, processual e penitenciário, o que é feito sob os prismas histórico e jurídico. Sob o prisma histórico, demonstra-se que a erosão dos direitos sociais e dos direitos de liberdade se deveu a um mesmo fenômeno: o

desmonte do Estado de bem estar social. E, sob o ponto de vista jurídico, demonstra-se não haver diferença ontológica, nem de regime jurídico, no Brasil, entre direitos sociais e direitos de liberdade, a ponto de justificar a aplicação de tal princípio apenas aos direitos sociais.

Em seguida, busca-se demonstrar algumas aplicações práticas do princípio da proibição de retrocesso à esfera penal. No que toca aos direitos de liberdade e direitos sociais afetos a essa esfera jurídica, acredita-se que referido princípio poderá ser aplicado como mandado de otimização para a criação de novos marcos normativos que visam impor limites à atuação do poder punitivo estatal, bem como para evitar que os marcos normativos já existentes possam ser suprimidos ou reduzidos por ação desse poder. Em caso de não ser isso possível, impõem-se ao Estado o dever de garantir o núcleo essencial dos direitos fundamentais, sob pena de ter de oferecer alternativas ou compensações.

Assim, aplicando tal princípio aos problemas gerados pelo processo de encarceramento em massa, o Estado deverá buscar a otimização dos direitos e garantias que impedem a criminalização exacerbada de condutas e a supressão de benefícios processuais e de cumprimento de pena, ou que assegurem condições materiais dignas às pessoas presas. Em não sendo isso possível, deve preservar os marcos normativos já existentes, no sentido de não permitir que sejam suprimidos ou restringidos por ação do poder público. Em caso de se constatar, por exemplo, que não estão garantidos os direitos dos presos, o Estado ver-se-á obrigado a oferecer alternativas ao cumprimento de pena em estabelecimentos fechados, ou compensações às pessoas que sofreram algum dano em razão das más condições carcerárias, pois, ainda que o Estado esteja autorizado a restringir, nos exatos limites da lei e da sentença, a liberdade de alguém que fora condenado pela prática de um crime, tal restrição não pode se estender à vida ou à saúde da pessoa.

1 A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PROBLEMA DO ENCARCERAMENTO EM MASSA

1.1 A base material da hermenêutica constitucional: os direitos fundamentais como limitadores do poder punitivo

Sob o prisma ontológico, Palmer atribui importância fundamental ao processo hermenêutico, afirmando que até mesmo o ato de existir pode ser considerado como um ato de interpretação. Citando Joachim Wach, diz que seria possível conceber a existência humana até mesmo sem a linguagem, mas não sem uma compreensão mútua entre os seres humanos, ou seja, sem interpretação. Explica que a hermenêutica como exercício de interpretação tem raízes teológicas, no sentido de buscar o significado dos enunciados bíblicos. Em sentido lato, o autor define hermenêutica como o estudo da compreensão das obras humanas (2011, p. 18-22).

Em sentido estrito, Gadamer afirma que a “hermenêutica é o método universal das ciências históricas” (2006, p. 12). A importância do elemento histórico acaba por impedir que o ato hermenêutico exista fora da História. Tanto que o autor não vê importância na discussão entre a hermenêutica dogmática e a hermenêutica histórica, pois, segundo ele, “só há consciência hermenêutica sob determinadas condições históricas” (2002, p. 20).

Brega Filho afirma que “a característica principal da interpretação constitucional é a sua concretização¹, dada a existência no texto constitucional de cláusulas abstratas e genéricas de princípios” (2002, p. 43), o que, segundo Bonavides, exige do intérprete “uma certa diligência criativa, complementar e aditiva para lograr a completude e fazer a integração da norma na esfera de eficácia e juridicidade do próprio ordenamento” (2000, p. 544).

Barroso e Barcellos esclarecem que a principal característica da nova interpretação constitucional diz respeito a que “as cláusulas constitucionais, por

¹Cfr. Huber: “*Concretizar* significa, [...], dilatar os conteúdos constitucionais, exauri-los, aperfeiçoá-los, executando os programas normativos no decurso do tempo e ao compasso das mudanças ocorridas na Sociedade”. (*apud* Bonavides, 2000, p. 558)

conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam a um sentido unívoco e objetivo” (2008, p. 332).

Por isso, texto e norma não se confundem. Para Guastini, o texto é composto por disposições e enunciados, em estado bruto, apenas sintático. A norma será o resultado da interpretação do texto (2012, p. 25-26).

Para Grau, a norma é o produto da interpretação não só do texto normativo, mas de tudo o que integra o contexto fático em que está inserido o texto normativo, concretizando a norma de decisão, que é a norma jurídica aplicada ao caso concreto. Por isso, considera ainda que a norma não pode ser interpretada em tiras, no sentido de ser considerada de forma isolada no ordenamento jurídico (2009, (2009, p. 86, 97, 98, 103, 120, 132).

Guastini salienta que, sob o prisma ontológico, texto normativo e norma são entidades homogêneas, sendo aquele o enunciado das fontes e esta o enunciado do discurso do intérprete. Valendo-se da metáfora do ato de traduzir, diz que, “na interpretação jurídica, o intérprete produz um enunciado pertencente à sua linguagem que ele assume ser sinônimo de um enunciado distinto pertencente à linguagem das fontes” (2005, p. 27).

Daí a importância de que o intérprete tome consciência em relação a suas próprias opiniões e preconceitos, a fim de poder diminuir o impacto dessas concepções prévias com aquilo que está a interpretar (GADAMER, 2006, p. 64). Streck lembra que “Quem não consegue suspender seus pré-juízos, acaba produzindo um prejuízo ao direito” (2011, p. 399).

Há que se ter consciência, ainda, de que o pensamento hermenêutico é uma reflexão que se faz sobre e a partir de uma dada experiência. No caso do direito penal, deve-se partir do próprio direito penal, mas sob um ponto de vista crítico, no sentido de conhecer os limites de suas previsões e a insegurança de seus projetos, do dogmatismo diante da experiência da vida concreta (MESSUTI, 2003, p. 81).

Assim, uma das formas de evitar com que o ato hermenêutico não seja a expressão apenas do subjetivismo do intérprete consiste em exigir-lhe que explicita os motivos de sua compreensão, “oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso” (STRECK, 2011, p. 399).

Corroborando a hipótese ora sustentada, Prado e Casara afirmam que o principal obstáculo à concretização de medidas judiciais que visem preservar a dignidade da pessoa humana frente ao fenômeno do encarceramento em massa tem natureza hermenêutica, pois é “no momento da interpretação/aplicação da norma que se impede a diminuição do sofrimento do apenado ou que se decreta ou se mantém prisões cautelares desnecessárias” (2010, p. 354). Os autores referem, ainda, que a insistência dos atores jurídicos, em especial no Poder Judiciário, em reconhecer o cárcere como resposta preferencial aos desvios sociais criminalizados, passa a ser um problema hermenêutico² na medida em que essa postura vai de encontro à tendência emancipatória da Constituição brasileira (2010, p. 354).

Assim, se o ato hermenêutico é aqui considerado em seu potencial de construir a norma jurídica e não apenas de aplicar o texto normativo, de modo a conformar a realidade, o intérprete não pode prescindir da busca pelo ideal de justiça, que se materializa no respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de se abrir brecha ao totalitarismo e ao irracionalismo (SALGADO, 2003, p. 202).

Para Bonavides, os direitos fundamentais devem funcionar como uma bússola do intérprete constitucional (BONAVIDES, 2002, p. 553, 585).

Do mesmo modo, para Canotilho, o conteúdo material do ato hermenêutico deve ser buscado no catálogo de direitos humanos fundamentais explicitamente previstos na Constituição ou implicitamente extraídos do regime e dos princípios por ela adotados (2003, p. 74).

Ao enfrentar a crítica à legitimação das interpretações da sociedade aberta, Häberle afirma que a Democracia não se opera apenas no contexto do poder exercido pelos órgãos estatais legitimados pela outorga do poder popular, mas “se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais” (1997, p. 36).

Portanto, ao se abordar a possibilidade de aplicação do princípio da proibição de retrocesso à esfera penal, notadamente quanto ao processo de encarceramento em massa, há que se buscar na teoria dos direitos fundamentais o

² Cfr. Palmer: “A palavra *hermeios* referia-se ao sacerdote do oráculo de Delfos. Esta palavra, o verbo *hermeneuin* e o substantivo *hermeneia*, remetem para o deus-mensageiro-alado Hermes, de cujo nome as palavras aparentemente derivam (ou vice-versa)” (2011, p. 24).

substrato material para limitar o poder punitivo do Estado. Como visto anteriormente, faz-se isso, partindo do pressuposto de que o problema ora suscitado é também hermenêutico, uma vez que através da interpretação dos textos normativos e dos fatos tem-se o potencial de construir a realidade. No caso, a realidade carcerária.

1.1.1 Direitos Fundamentais no constitucionalismo moderno

Barroso explica que, apesar de as ideias centrais da teoria constitucional terem origem na *polis* grega, o termo constitucionalismo passou a ser usado há pouco mais de duzentos anos, estando associado aos processos revolucionários francês e americano e à influência inglesa (2010, p. 4 e 5).

Segundo a tradição inglesa, o constitucionalismo é tido como um modo de confirmar a existência de ‘privilégios e liberdades’ radicados em ‘velhas leis’ de direito. Para a experiência norte americana, o constitucionalismo visa garantir direitos e limitar os poderes, estabelecendo as regras do jogo entre os poderes constituídos e a sociedade. Por fim, para a experiência constitucional francesa, a principal função do constitucionalismo é a de permitir “criar uma nova ordem política e social, prescritivamente dirigida para o futuro” (CANOTILHO, 2003, p. 52).

A influência dessas experiências é sintetizada por Barroso, que considera a Constituição como um instrumento do processo civilizatório, com a “finalidade de *conservar* as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e *avançar* na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados” (2009, p. 46), pois, conforme ensina Otero, “toda história da humanidade se resume a uma permanente luta pela *progressiva* consciência e afirmação dos direitos do ser humano como pessoa” (2009, p. 7).

Canotilho assinala que o direito constitucional é a teoria (ou ideologia) que considera indispensável limitar o poder estatal à garantia dos direitos, de modo a atribuir a esses uma dimensão estruturante da organização política e social de uma comunidade (2003, p. 51).

Nesse sentido, o constitucionalismo moderno distancia-se da noção de um poder constituinte autônomo, incondicionado e livre. Ainda que seja a

expressão maior do poder político e jurídico conformador da realidade, o poder constituinte não pode deixar de limitar a sua própria vontade a padrões e modelos culturais, éticos e sociais radicados na própria consciência jurídica geral da comunidade e na observância de princípios de justiça e de direito internacional, mormente quanto à independência, à autodeterminação dos povos e ao respeito aos direitos fundamentais, de modo a permitir falar-se em um *caráter evolutivo* desse poder (CANOTILHO, 2003, p. 80-81).

Com efeito, Canotilho lembra que uma das principais contribuições do constitucionalismo moderno foi a de subtrair à livre disponibilidade do Estado a titularidade e exercício dos direitos fundamentais (2003, p. 1440).

Diz ainda que os direitos fundamentais sustentam antropologicamente o sistema de direitos e garantias individuais, de modo a reconduzir a ideia de homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrado (CANOTILHO, 2003, p. 248), exigindo-se a sua participação em todo esse processo. Assim, assumem forma de direitos subjetivos de liberdade, criando um espaço pessoal de participação e associação contra o exercício do poder antidemocrático, bem como de direitos subjetivos a prestações sociais, econômicas e culturais, como dimensões impositivas ao preenchimento desses direitos (2003, p. 290-291).

Salgado define os direitos fundamentais como sendo os valores considerados principais da nossa cultura, que passam, por isso, a ser declarados e positivados como forma de reconhecimento universal dos Estados que assim o fazem (2003, p. 196).

Em verdade, são os direitos humanos e não propriamente fundamentais que constituem uma ordem jurídica superior, “capaz de servir como fundamento universal para todo o sistema jurídico” (CAMBI, 2009, p. 37). Nesse sentido, sustenta-se que os direitos fundamentais se diferenciariam dos direitos humanos por estarem devidamente reconhecidos nas Constituições de cada país, obtendo um maior grau de densidade normativa e de comprometimento estatal (HÖFFE, 2005, p. 417; LUÑO, 2007, p. 46-47).

Embora se reconheça a diferença entre direitos naturais (que estariam associados ao período das concepções filosóficas ligadas à ideia de uma ordem superior de direitos inerentes ao homem enquanto imagem e semelhança de deus, entre os séculos XV e XVII), direitos humanos (que se vinculam à ideia de

direitos ligados ao racionalismo moderno, a partir do século XVIII, e, por isso, tiveram sua positivação já nas declarações de direito do liberalismo e, mais recentemente, nos tratados de direito internacionais) e direitos fundamentais (como direitos devidamente positivados nas Constituições de cada país, assumindo assim um maior grau de densidade normativa e de comprometimento estatal (HÖFFE, 2005, p. 417; LUÑO, 2007, p. 46-47), opta-se aqui pela conceituação que integre essas espécies de direitos, para conceituá-los como direitos humanos fundamentais, o que se faz com base nos seguintes argumentos.

Diga-se, de início, que a positivação dos direitos fundamentais encontra seus antecedentes históricos no mesmo período em que se passou a discutir doutrinariamente a existência dos direitos naturais do homem. E tal se deu não por outra razão senão a de limitar o poder absolutista que então imperava (LUÑO, 2007, p. 33-34). Embora versassem basicamente sobre como limitar os poderes do rei perante a nobreza e o clero, os documentos firmados à época foram de fundamental importância para o desenvolvimento do conceito de direitos fundamentais e a consequente projeção de tais direitos às demais pessoas (SARLET, 2009, p. 41).

Sendo certo que a positivação dos direitos fundamentais não pode ser considerada como mero ato de caráter declarativo de reconhecimento de alguns direitos e valores que antecedem ao próprio Estado, pois tal fenômeno tem natureza constitutiva, na medida em que garante certa independência de seu conteúdo material, sem a necessidade de fazer remissão a fontes legitimadoras que não ao próprio ordenamento jurídico positivo (LUÑO, 2007, p. 50), não se pode perder de vista que “a positivação-jurídico constitucional não dissolve nem consome quer o momento de *jusnaturalização* quer as *raízes fundamentais* dos direitos fundamentais” (CANOTILHO, 2003, p. 378).

Ademais, no que toca ao processo de reconhecimento dos direitos fundamentais no texto constitucional, pode-se dizer que poucos serão os direitos humanos reconhecidos em tratados internacionais que não terão caráter formalmente fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, devido ao que Sarlet denomina por princípio de abertura material do catálogo de direito fundamentais, adotado na Constituição brasileira em seu artigo 5.º, § 2.º (2009, p. 86), que estabelece que os direitos e garantias expressos na constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, visto que nosso

país é signatário da maior parte dos documentos internacionais de direitos humanos (PIOVESAN, 2010, p. 367).

Ainda, não se pode perder de vista que o regime jurídico adotado pela Constituição brasileira em relação à incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico pátrio permite afirmar que todos os dispositivos desses diplomas assumem, automaticamente, natureza de norma constitucional (PIOVESAN, 2010b, p. 112).

Por outro lado, não se pode descartar a existência de direitos fundamentais que não estejam devidamente positivados. Assim, os direitos fundamentais continuam sendo conceituados sob os pontos de vista formal e material. Do ponto de vista formal, os direitos fundamentais são aqueles aos quais a Constituição atribui tal status (formal) e que, por isso, recebem um grau mais elevado de garantia ou de segurança – ou impondo a imutabilidade, ou estabelecendo procedimentos mais rígidos para sua alteração. Do ponto de vista material, os direitos fundamentais “são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais” (SARLET, 2009, p. 80).

Sendo assim, sem desconsiderar a importância que assume a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais, registre-se que, para o objeto do presente trabalho e em vista do que foi exposto, qualquer referência a direitos fundamentais deve ser entendida como sendo aos direitos humanos fundamentais, termo esse que, inclusive, é utilizado por Streck (2012, p. 384).

Saliente-se ainda que o reconhecimento da existência de direitos fundamentais implícitos decorrentes do regime de democracia social e dos princípios adotados pela Constituição brasileira importa também na existência de um constante processo histórico de construção desses direitos, não apenas no momento de elaboração dos dispositivos constitucionais pelo legislador constituinte, mas na concretização do programa constitucional que caracteriza o Estado de direito constitucional (SARLET, 2009, p. 84).

Para uma melhor visão acerca da evolução do conceito de direitos fundamentais em relação a seus antecedentes históricos, segue a análise de suas dimensões.

1.2 Das dimensões dos direitos fundamentais

1.2.1 Direitos fundamentais como direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais

Antes de se ingressar na análise das dimensões dos direitos fundamentais, cumpre esclarecer, para fins analíticos, que esses direitos podem ser divididos em duas categorias: de *status* negativo e de *status* positivo.

Os direitos fundamentais de *status* negativo exigem apenas uma abstenção estatal, de modo a respeitar a esfera da liberdade individual das pessoas, enquanto os de *status* positivo exigem uma prestação normativa ou material, visando assegurar as condições para o gozo desses direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 393).

A origem dessa diferenciação estaria na Declaração de Direitos de 1789, que foi intitulada de *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Canotilho explica que os direitos do homem pertenciam ao ser humano enquanto tal e os direitos do cidadão, ao homem enquanto ser social. Reside aí a clássica separação entre direitos civis e políticos, que representa nada mais do que a ideia de separação entre sociedade civil e Estado, pressupondo-se aquela apartada da vida política e hostil a qualquer intervenção estatal. Os direitos políticos seriam atribuídos apenas ao cidadão ativo. Os direitos civis consistiriam nas liberdades individuais inerentes a cada pessoa (CANOTILHO, 2003, p. 393-398).

Mais tarde, passou-se a atribuir *status* positivo aos direitos políticos, que foram denominados de liberdades públicas, ou direito de participação. Os direitos individuais foram rotulados de direitos de liberdade, ou apenas liberdade, mantendo seu *status* negativo. Por outro lado, do *status* positivo dos direitos fundamentais derivou-se outra espécie de direitos, os direitos à prestação, que hoje são designados por direitos econômicos, sociais e culturais (CANOTILHO, 2003, p. 393-398).

Essa diferenciação, ainda que sumária, é indispensável ao desenvolvimento do presente trabalho, em vista de que o princípio da proibição de retrocesso foi inicialmente formulado para proteger os direitos a prestações materiais

e não os direitos de liberdade. Assim, ao longo do trabalho, será feita análise mais aprofundada dessas espécies de direitos fundamentais, pois a viabilidade científica da proposta perpassa pela equiparação das mesmas, argumento esse que será desenvolvido de forma difusa ao longo do presente capítulo e de modo mais concentrado nos capítulos seguintes.

Por ora, cumpre repisar, com base na teoria de Alexy, que tanto os direitos de liberdade quanto os direitos sociais, econômicos e culturais podem assumir status negativo ou positivo, sendo que a diferenciação supra referida considera a preponderância e não a exclusividade de um status sobre o outro. Assim, os direitos fundamentais podem ter natureza tanto de direitos de defesa como de direitos prestacionais – esses últimos entendidos como direitos à proteção e à participação, de cunho jurídico e normativo, e direitos a prestações materiais, de natureza fática (SARLET, 2009, p. 166, 167).

Mas até se chegar a essa conceituação, foi necessário trilhar importante caminho para a conquista desses direitos, o que será objeto de análise no tópico seguinte, por meio do estudo das dimensões ou gerações dos direitos fundamentais.

1.2.2 Direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta dimensões

Sarlet ensina que os direitos fundamentais passaram por processo de constante mutação, tanto quanto à forma como em relação a sua eficácia, titularidade e efetivação. Segundo o autor, pode-se falar na existência de três dimensões (ou gerações) de direitos fundamentais, havendo já quem defenda a existência da quarta, quinta e até de uma sexta (2009, p. 46).

Para o objeto do presente trabalho, interessa o estudo das quatro primeiras dimensões dos direitos fundamentais.

Saliente-se que a divisão dos direitos fundamentais em dimensões, ou gerações, deve assumir caráter eminentemente analítico, no intuito de que se possa compreendê-los à luz de sua evolução histórica ligada às transformações

políticas e sociais do Estado moderno, e não como uma ordem sucessiva e condicionante da concretização desses direitos. Vale dizer: a concretização dos direitos fundamentais não está condicionada à satisfação dos direitos fundamentais das gerações precedentes, sendo que, conforme assenta Brega Filho, “a indivisibilidade dos direitos fundamentais faz com que tenhamos que tratar os direitos fundamentais das várias gerações de forma igual, pois se cuida de um mesmo gênero de direitos” (2002, p. 24-28, p. 62).

Os direitos fundamentais de primeira dimensão estão vinculados ao nascimento do Estado liberal, que via na liberdade dos indivíduos o bem maior a ser protegido. O conceito de liberdade, fortemente influenciado pela teoria kantiana, exigia apenas uma abstenção estatal para que sua função precípua fosse realizada (SARLET, 2009, p. 46).

Lívia Vaz assinala que “Embora o Estado liberal [...] tenha estabelecido alicerces para o avanço dos direitos fundamentais dos cidadãos, nessa etapa, o ente estatal perseguia fins mínimos, vinculando-se à não intervenção na esfera de liberdade dos particulares” (2011, p. 82).

Sarlet lembra que, no rol desses direitos, encontram-se os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. O autor acrescenta que, posteriormente, houve um complemento ao leque dos direitos de liberdade, notadamente quanto aos direitos relacionados aos exercícios das liberdades democráticas, como a liberdade de expressão coletiva (liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e de participação política (direito ao voto e capacidade eleitoral passiva), derivando o que hoje se conhece por direitos civis e políticos, conforme visto acima (2009, p. 47).

O autor não olvida de que mesmo os direitos de igualdade eram vistos sob o ponto de vista estritamente formal. Como exemplo, cita ainda algumas garantias processuais, como o devido processo legal, o *habeas corpus*, o direito de petição. Citando Bonavides, diz que tais direitos integram o rol dos direitos civis e políticos, “que continuam a integrar os catálogos das Constituições no liminar do terceiro milênio” (2009, p. 47).

Com efeito, Silva explica que o período no qual foram formuladas as primeiras declarações instituidoras dos direitos de liberdade³, estava impregnado por

³ Refere-se à Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), de 1628, mas principalmente à Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 12.1.1776; à Constituição dos EUA, de 1787, aprovada pela Convenção de

ideais da nova classe que surgia, a qual buscava uma liberdade de atuação política em relação à nobreza e ao clero (2008, p. 159).

No mesmo sentido, Luño diz que a maior parte dos textos constitucionais deste período são produtos de uma forte teoria individualista e que não se estendiam a todos os homens, senão ao homem burguês. Como prova disso, lembra que as constituições da época não permitiam o sufrágio a todos os indivíduos (2007, p. 37).

Não escapa à crítica de Müller que, desde o início de sua formação “o estado constitucional liberal teve como tarefa a estabilização de uma *desigualdade nos conteúdos*, juridicamente assegurada, [...], por intermédio de uma *igualdade jurídica formal*” (2007, p. 176).

Os problemas sociais gerados pelo impacto da industrialização e o surgimento de ideais políticos que passaram a questionar a natureza estritamente formal do direito de liberdade e de igualdade, frente às privações reais da vida cotidiana da classe trabalhadora, propiciaram o aparecimento de teorias que reivindicavam os direitos fundamentais de segunda dimensão, que buscavam a igualdade material dos indivíduos como pressuposto para o exercício das liberdades (SILVA, 2008, p. 159).

Luño explica que durante o século XIX o proletariado vai adquirindo protagonismo histórico, à medida que avança o processo de industrialização, e quando desenvolve uma consciência de classe passa a reivindicar alguns direitos econômicos, sociais e culturais, vinculados ao ideal de igualdade (2007, p. 38).

Silva afirma que o primeiro documento a contrapor os direitos de liberdade (de origem burguesa e natureza negativa) aos direitos de igualdade material (de viés socialista e de natureza positiva), foi o Manifesto do Partido Comunista de 1848⁴, o qual, segundo o autor, foi comparado por Harold Laski, no que toca aos direitos sociais, à Declaração de Direitos do Povo da Virgínia de 1776 e à Declaração de Direito de 1789 (2008, p. 159), documentos esses que são considerados marcos iniciais dos direitos fundamentais constitucionais (SARLET, 2009, p. 43).

Filadélfia; e à Declaração do Homem e do Cidadão, de 1789, aprovada pela Assembleia Constituinte francesa. Vide também SARLET, (2009, p. 41-44).

⁴ Ao que é acompanhado por Luño: “Bajo este aspecto se puede considerar como la carta de estos nuevos derechos el *Manifiesto comunista*, redactado por Marx Engels en el año 1848” (2007, p. 38).

No mesmo ano do manifesto de Marx e Engels, os acontecimentos políticos, sociais e econômicos que se verificaram no início do século XIX e apontavam para o esgotamento do Estado liberal tal qual se apresentava à época, fazem surgir, na França, a Constituição da segunda república, que buscava projetar os princípios do processo revolucionário de 1789 para a esfera social e econômica, tendo sido denominada de “Declaração da Igualdade” (ao lado da Declaração da Liberdade, de 1793) (LUÑO, 2007, p. 38, 39).

Segundo Pisier, a encíclica papal *Rerum novarum*, de Leão XIII, publicada no ano de 1891, também passou a divulgar a necessidade de se buscar, ao lado dos direitos de liberdade formal, os meios materiais para o gozo dessa liberdade. A autora esclarece que o objetivo da Igreja não era o de repercutir ideais socialistas, mas provocar um reformismo que possibilitasse o resgate de valores cristãos (2004, p. 158).

Em 1918 é promulgada, na recém fundada União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, a declaração de direitos do povo trabalhador e explorado. Luño assinala que, embora essa declaração tenha ignorado o reconhecimento de qualquer direito de cunho individual, na medida em que tudo limitava esses direitos, em última análise, aos interesses da coletividade, a ideia gestada nas revoluções burguesas, de haver necessidade de uma declaração formal de direitos, acabou por prevalecer definitivamente (LUÑO, 2007, p. 39).

O primeiro documento formal que ousou conciliar os direitos de liberdade com os direitos sociais foi a Constituição Mexicana de 1917, superando assim os polos opostos do individualismo e do coletivismo. Contudo, Luño diz ter sido a Constituição de Weimar, de 1919, o texto mais importante e o que mais exprimiu o novo ideal dos direitos fundamentais, ao reservar expressamente uma parte em que se formulava os direitos e deveres fundamentais dos alemães, reconhecendo, ao lado dos direitos individuais tradicionais, direitos sociais que versavam sobre a proteção da família, da educação e do trabalho (2007, p. 39-40).

Barroso cita também o *New Deal* nos Estados Unidos da América, que aplicou um conjunto de políticas públicas intervencionistas e de proteção dos direitos sociais, ao longo da década de 1930. No Brasil, o autor refere que a Constituição de 1934 foi “a primeira a dedicar um capítulo à ordem econômica e social” (2010, p. 66).

Para Sarlet, os direitos fundamentais das duas primeiras dimensões são facilmente encontrados na Constituição brasileira, “que acolheu tanto os direitos tradicionais da vida, liberdade e propriedade, quanto o princípio da igualdade e os direitos e garantias políticos, consagrando, por igual, os direitos sociais da segunda dimensão” (SARLET, 2009, p. 66, 67). Estes direitos estão previstos no artigo 6.º, o qual prevê expressamente o direito à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, bem como em outros dispositivos.

No que toca aos direitos fundamentais de terceira dimensão, atribui-se seu surgimento ao impacto dos avanços tecnológicos, ao estado crônico de beligerância e ao processo de descolonização do segundo pós-guerra. Esses direitos são também denominados direitos de solidariedade e fraternidade e se diferenciam dos direitos de primeira e segunda dimensões pela sua titularidade, que passa a ter natureza difusa ou coletiva, visto ser atribuída aos seres humanos enquanto gênero ou grupo social e não mais como pessoas individualmente consideradas (SARLET, 2009, p. 49).

Em nosso ordenamento, os interesses ou direitos difusos têm definição no texto normativo do artigo 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), assim entendidos como sendo “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Os direitos coletivos, por seu turno, têm definição no inciso II, do mesmo dispositivo, como sendo “os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Assim, dentre esses direitos pode-se citar o “direito à paz, autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem com o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação” (SARLET, 2009, p. 48), que podem ser encontrados no artigo 4.º, incs. I, III e IV, VI e VII, artigo 5., inciso XXXII e XXXIII e artigo 225 da Constituição brasileira.

O fenômeno de internacionalização dos direitos fundamentais, a que Luño conceitua como sendo “um processo ligado ao reconhecimento da subjetividade jurídica do indivíduo pelo Direito Internacional” (2007, p. 41), fez surgir a quarta dimensão desses direitos.

Bonavides expõe que “A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social” (2000, p. 524). O autor situa entre esses direitos, o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, deles dependendo a sociedade aberta do futuro (2000, p. 525).

Dentro dessa perspectiva, Piovesan pondera que a declaração universal dos direitos do homem reúne a concepção de direitos civis e políticos, de cunho liberal, aos direitos econômicos, sociais e culturais, introduzindo assim “uma extraordinária inovação, ao combinar o discurso liberal da cidadania com o discurso social, de forma a elencar tanto direitos civis e políticos (arts. 3.º a 21) como direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22 a 28)” (2010b, p. 144, 145), corroborando o entendimento que já se desenhava desde a promulgação da Constituição mexicana.

Tais direitos mereceram tratamento específico em dois tratados internacionais de direitos humanos, tendo sido adotados pela XXI Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966. Mas só foram integrados ao ordenamento jurídico brasileiro em 6 de julho de 1992, por meio do decreto 591, que trata do pacto dos direitos econômicos, sociais e culturais, e decreto 592, que trata do pacto dos direitos civis e políticos.

Como se vê, a evolução histórica dos direitos fundamentais aponta para uma crescente necessidade de afirmação e proteção desses direitos em face do aparato estatal, o que passa, necessariamente, por considerá-los em sua integralidade e não mais de forma fragmentada e individualizada.

Assim, considerando que um dos principais óbices à aplicação do princípio da proibição de retrocesso à esfera penal está no fato de que tal princípio aplicar-se-ia apenas aos direitos a prestações materiais, relacionados aos direitos sociais, econômicos e culturais, já é possível depreender que tal posicionamento não se coaduna com a necessidade de proteção integral dos direitos fundamentais, amplamente consagrada nos tratados internacionais de direitos humanos. Tal constatação constitui um indício de viabilidade da proposta ora sustentada.

1.3 Os direitos e garantias fundamentais afetos à esfera penal na Constituição de 1988 e nos tratados de direitos internacionais

A ênfase que ora se pretende atribuir à vertente penal dos direitos fundamentais é de ordem estritamente analítica, visto não ser apropriado separar tais direitos segundo o ramo da ciência jurídica ao qual estão mais ligados, já que, como se viu no tópico anterior, a efetivação dos mesmos depende de uma fundamentação amparada no ordenamento jurídico como um todo.

Não obstante, é possível afirmar que, em determinadas áreas do saber jurídico, alguns direitos fundamentais se elevarão em relação a outros. Assim, no direito trabalhista, tem-se a proteção precípua dos direitos fundamentais ligados à relação de emprego; no direito civil, dos direitos ligados à personalidade, ao patrimônio, às relações civis em geral. No direito penal, encontram-se os direitos fundamentais afetos à liberdade e a segurança, sem desconsiderar os direitos ligados à igualdade, que se traduzem tanto nas garantias de acesso por meio de procedimentos normativamente previstos, quanto na de prestações materiais.

Portanto, para facilitar a análise, são alistados a seguir alguns direitos fundamentais ligados à esfera penal e que se encontram devidamente positivados em nosso ordenamento jurídico, na Constituição, em tratados internacionais e em leis ordinárias.

Do rol de direitos e garantias fundamentais previstos no artigo 5.º da Constituição, tocante aos direitos de liberdade, pode-se citar os seguintes: permissão de se fazer tudo o que a lei não proíbe (inciso II); proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante (inciso III); inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (inciso XII); proibição de tribunal de exceção (inciso XXXVII); a legalidade, a reserva de lei, a irretroatividade de lei penal mais rigorosa (inciso XXXIX e XL); proibição de penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (inciso XLVII).

No que toca aos direitos à prestação normativa ou material, pode-se citar o dever de o Estado respeitar a integridade física e moral dos presos (inciso XLIX), que lhe impõe a obrigação de garantir condições materiais dignas aos mesmos; direito das presidiárias às condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (inciso L), obrigando o Estado a providenciar os meios para que isso ocorra, como providenciar berçário etc.; direito ao cumprimento de pena de acordo com a natureza do delito (inciso XLVIII), o que obriga ao Estado editar leis que regulamentem a progressão de regimes, a separação dos presos conforme a gravidade do delito etc.

Cita-se, ainda, a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos (inciso LVI); proibição de submissão a identificação criminal da pessoa civilmente identificada (inciso LVIII); publicidade dos atos processuais, salvo se a intimidade ou o interesse social o exigirem (inciso LX); proibição de prisão, salvo em flagrante delito ou por ordem fundamentada da autoridade judiciária competente (inciso LXII), quando não for cabível liberdade provisória (inciso LXVI) ou a substituição por medida cautelar diversa da prisão preventiva; direito do preso de permanecer calado e de ter a assistência da família e do advogado, além da identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (inciso LXIII, LXVI e LXV); proibição de prisão civil por dívida, salvo no caso de inadimplência por dívida alimentícia (inciso LXVII); direito a *habeas corpus*, mandado de segurança individual, *habeas data*, e mandado de injunção (inciso LXVIII, LXIX, LXXI e LXXII); direito de indenização do condenado por erro judiciário ou por ficar preso além do tempo fixado na sentença; direito à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (inciso LXXVIII).

No que toca ao direito à segurança, pode-se citar os comandos constitucionais que impõe ao legislador o dever de punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5.º, XLI, CF), o que se desdobra na obrigação de criminalizar ou dispensar tratamento mais rigoroso a determinadas condutas, como a inafiançabilidade e imprescritibilidade do crime de racismo (inciso XLII) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; a inafiançabilidade e a insuscetibilidade de graça ou anistia aos crimes de tortura, tráfico ilícito de drogas, terrorismo e os crimes definidos em lei como hediondos (inciso XLIII); a responsabilização penal dos infratores que atentem contra o meio ambiente (artigo 225, § 3.º); a punição severa

do abuso, da violência e da exploração sexual da criança e do adolescente (artigo 227, § 4.º) (FELDENS, 2012, p.79-81, 101, 103).

Em sede de tratados internacionais, pode-se citar o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, que reconhece expressamente o direito à vida e faz restrições à aplicação da pena de morte, que só será cabível em casos de crimes graves em decorrência de sentença de tribunal competente, permitindo o indulto ou a comutação da pena e impedindo que seja aplicada contra pessoas menores de 18 anos e mulheres grávidas.

Importante destacar que outro tratado internacional, o Pacto de São José da Costa Rica, adotado no âmbito da Organização dos Estados Americanos, quando da realização da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, que, devido ao regime autoritário que perdurou até 1985, foi integrado ao ordenamento jurídico brasileiro somente em 6 de novembro de 1992, por meio do Decreto 678, proibiu o reestabelecimento da pena de morte aos países que já a tivessem abolido, bem como a sua aplicação a crimes que, à época da assinatura do Pacto, não a comportavam (BREGA FILHO, 2002, p.18).

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, já referido acima, proíbe a tortura, as penas cruéis, desumanas ou degradantes, a escravidão, a servidão e os trabalhos forçados, à exceção, neste último caso, de serem aplicados como pena em razão de condenação criminal. Reconhece ainda o direito à liberdade, impondo regras para sua restrição, bem como à segurança. Impõe uma série de deveres a serem observados pelos Estados partes no caso de pessoas que respondam a processos criminais, estejam custodiadas ou cumprindo pena privativa de liberdade, como o de que “toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana” (artigo 10, inciso 1).

Esses pactos reconhecem, no preâmbulo, que o ideal do ser humano livre, no gozo das liberdades civis e políticas, e liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se propiciem as condições necessárias ao gozo dos direitos civis e políticos, assim como dos direitos econômicos, sociais e culturais, numa clara referência à integralidade dos direitos de liberdade aos direitos sociais.

Antes de se abordar a possibilidade de aplicação do princípio da proibição de retrocesso para assegurar esses direitos, o que será feito nos capítulos

seguintes, faz-se necessário o estudo acerca da vinculação do poder público aos direitos fundamentais.

1.4 Da vinculação do poder público aos direitos fundamentais

1.4.1 As perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

Como se viu, os direitos fundamentais assumem função central na estruturação do Estado democrático de direito, ligados à dignidade da pessoa humana como valor fundante da ordem jurídica (NETTO, 2011, p. 34).

Ramos lembra que, no direito português, a vinculação do legislador e demais autoridades aos direitos fundamentais decorre diretamente da regra constitucional do artigo 18/1, a qual estabelece que os “preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas” (2009, p. 37).

Para Sarlet, embora não exista dispositivo constitucional no ordenamento jurídico brasileiro semelhante ao ora referido no ordenamento português, é possível atribuir ao artigo 5.º, § 1.º, da Constituição Federal, o mesmo sentido do artigo 18/1 da Constituição portuguesa, pois tal dispositivo determina que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata, o que obriga o poder público observar os limites impostos por tais direitos (2009, p. 366).

É certo que essa vinculação é oposta também ao particular, que deve agir de modo a respeitar os direitos de outrem, sob pena de, não o fazendo, ser responsabilizado perante a ordem jurídica. Assim, pode-se dizer que os direitos fundamentais irradiam efeitos tanto verticais – do indivíduo em relação ao Estado –, quanto horizontais – do indivíduo em relação a outros indivíduos (FREITAS, p. 41-57).

Segundo Sarlet, os direitos fundamentais, em seu efeito irradiante, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, apontando para uma necessidade de interpretação segundo esses direitos e o princípio da dignidade da pessoa humana. A eficácia atribuída aos

direitos fundamentais diz respeito ao dever geral de efetivação e proteção imposto ao Estado, no sentido de zelar, inclusive preventivamente, por esses direitos, contra atos próprios, de outros Estados e de particulares (2009, p. 147-151).

Diga-se, contudo, que o presente trabalho trata precipuamente da eficácia vertical dos direitos fundamentais, posto que aborda a possibilidade de que tais direitos sejam opostos em face do Estado, no sentido de garantir o respeito ao direito de liberdade do cidadão comum, assim como a dignidade humana dos presos provisórios e definitivos, por meio da aplicação do princípio da proibição de retrocesso à esfera penal.

Novais esclarece que a eficácia irradiante vertical dos direitos fundamentais oferece um conteúdo de proteção multifuncional que se desenvolve em torno de suas perspectivas objetiva e subjetiva. Com base em Häberle, afirma que os direitos fundamentais podem ser considerados sob o viés individual de seus titulares ou das relações da vida (2003, p. 56, 61).

Com efeito, Sarlet afirma que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais está vinculada, justamente, ao processo de mutação por que passaram esses direitos, no sentido de não estarem restritos à esfera privada da vida das pessoas e assumirem natureza difusa de direitos de terceira geração (2009, p. 151).

Sob a perspectiva objetiva, os direitos fundamentais impõem limites à atuação do Estado, vinculando seus poderes à esfera de proteção desses direitos. E, como exemplo desse efeito irradiante emanado da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, Novais cita, justamente, a hipótese de o Estado não poder valer-se da tortura como meio persecutório, independentemente do direito subjetivamente considerado (2003, p. 69).

Para Novais, não se trata apenas de vincular a atuação estatal a um dever de abstenção sobre a esfera da liberdade individual das pessoas, como se daria na hipótese de se proteger os clássicos direitos de liberdade do liberalismo econômico, mas de impor deveres positivos ao Estado, obrigando-o a criar os pressupostos materiais e normativos à fruição dos direitos de liberdade, o que corrobora, uma vez mais, a ideia de que também os direitos de liberdade assumem status positivo. Ainda para o autor, trata-se de se buscar uma progressiva consagração constitucional dos chamados direitos sociais e também uma

reinterpretação *social* dos tradicionais direitos de liberdade, a qual não mais se exerce apenas perante o Estado, mas através do Estado (2003, p. 56, 65).

Novais vê ainda, na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, além de um sentido de orientação substancial aos deveres estatais, também a garantia de um padrão mínimo de realização, o que, não sendo atingido, representará a violação de um comando constitucional que proíbe o Estado de ser deficitário quanto a esses direitos. Isto conferirá ao particular a pretensão subjetiva de exigir que se garantam os pressupostos mínimos necessários ao exercício da liberdade (2003, p. 77).

Já para Luiz Freitas, não há, necessariamente, uma correspondência biunívoca entre a imposição de um dever objetivo ao Estado e uma atribuição de um direito subjetivo ao particular, no que diz respeito à perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais. Como exemplo, cita algumas garantias institucionais constantes do artigo 5.º da Constituição Federal, tais como as garantias do direito de propriedade (inciso XXII), do direito de herança (inciso XXX) e de defesa do consumidor (inciso XXXII). Para o autor, nesses casos a norma constitucional se traduz no dever de o legislador infraconstitucional configurar tais direitos e o sistema de defesa do consumidor, sendo que a perspectiva subjetiva somente se produzirá a partir das normas ordinárias que conformarem tais direitos, atribuindo-lhes conteúdo específico, extensão e limites próprios (2007, p. 27-28).

Mas não se pode considerar como regra a não correspondência entre as perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. Isto porque, não só a perspectiva objetiva gerará, quase sempre, um direito subjetivo ao particular em face do Estado, como, na grande maioria dos casos, será a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais que definirá os limites objetivos de atuação estatal. Vale dizer: os efeitos objetivos, como normas de competência negativa opostas ao Estado, conforme visto acima, decorrem, em regra, do direito subjetivo do particular. O que não anula os efeitos adicionais autônomos da perspectiva objetiva, como sua dimensão difusa, a sua eficácia irradiante, os deveres de proteção do consumidor, do menor, da mulher atribuídos ao Estado, bem como aspectos importantes que auxiliam na interpretação de normas procedimentais e na sua formatação (SARLET, 2009, p. 145-150).

Assim, do ponto de vista subjetivo, Sarlet lembra que os direitos fundamentais visam à garantia precípua da pessoa humana individualmente

considerada, sendo que, até mesmo os direitos fundamentais de natureza coletiva ou difusa trazem em si essa compreensão. Significa dizer que a eficácia subjetiva dos direitos fundamentais visa antes a realização das pretensões do que propriamente a sua proteção normativa. E isso é extraído da força normativa que os direitos fundamentais encerram, independentemente de previsão legal, em vista de sua natureza material, bem como da importância que assumem em face da organização social e do ordenamento jurídico, o que torna possível a sua exigibilidade (SARLET, 2009, p. 154).

No mesmo sentido, Novais afirma que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais atribui ao particular a possibilidade de uso ou exercício do direito fundamental e de provocar a tutela estatal para assegurar tais direitos (NOVAIS, 2003, p. 56).

Sarlet pondera, com base em Alexy, haver hoje em dia uma presunção em favor da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, que encontra fundamento em três pontos. O primeiro afirma que a finalidade principal dos direitos fundamentais, mesmo sob o prisma da coletividade, é a preservação do indivíduo. O segundo ponto guarda relação com a necessária otimização dos direitos fundamentais, que encontra maior grau de realização no terreno da subjetivação do que na previsão de obrigações de cunho meramente objetivo. Por fim, a subjetivação dos direitos fundamentais guarda relação direta com a autonomia do indivíduo, na qualidade de expressão do valor maior da dignidade da pessoa humana (2009, 154-155).

Assim, concluída a abordagem das dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, nota-se que sua eficácia vertical irradiante impõe limites à atuação estatal a partir da perspectiva individual da pessoa humana. Todavia, tal imposição não impede a possibilidade de limitação desses direitos por parte do Estado, o que será abordado no tópico seguinte.

1.4.2 Possibilidades e limites à restrição dos direitos fundamentais

Não é possível conceber a ideia de um direito fundamental absoluto, que não comporte restrições, salvo no caso do direito fundamental de não ser

torturado ou submetido a tratamento desumano ou degradante (FREITAS, 2007, p. 77).

Em todas as outras hipóteses, a natureza relativa dos direitos fundamentais é traço inerente à necessidade que tem o ser humano de viver em sociedade. A liberdade total reconduziria o homem ao estado de natureza e impediria a coesão social.

Sob o prisma da teoria dos direitos fundamentais, a possibilidade de restrição dos mesmos é explicada, basicamente, pelas teorias interna, externa e da ponderação.

Para a teoria interna, as restrições aos direitos fundamentais são imanentes ao conteúdo desses direitos. Os defensores dessa teoria chegam mesmo a diferenciar os termos *limites* de *restrições*. Os limites seriam o que a doutrina convencionou chamar limites imanentes ao conteúdo dos direitos fundamentais, enquanto que restrições “é expressão reservada àquelas delimitações ao conteúdo inicialmente dado pela norma constitucional ao direito fundamental, por ação posterior de norma ordinária ou constitucional contemporânea” (FREITAS, p. 78).

Já para a teoria externa, o conteúdo dos direitos fundamentais é ilimitado e, uma vez que considera os direitos fundamentais como pré estatais, qualquer restrição a eles deve ser feita por meio de lei formal e material (FREITAS, 2007, p. 139).

Novais esclarece que a teoria externa permite um controle constitucionalmente adequado e efetivo das restrições aos direitos fundamentais, pois diferencia o âmbito de proteção do direito fundamental do seu âmbito de garantia efetiva, bem como separa do conteúdo os limites desses direitos (2003, p. 298). Por isso, Luiz Freitas conclui que, com base na teoria externa, “o que é limitado ou restringido não é o direito em si, mas sim sua proteção que se qualifica como um bem (*bem de proteção*), resultando íntegras todas as pretensões que integram esse direito” (2007, p. 142).

Alexy considera que a concepção apresentada pela teoria externa tende a partir de uma visão individualista do Estado e da sociedade, enquanto que a da teoria interna enfatizaria o papel do indivíduo como membro ou participante de uma sociedade (2012, p. 278).

Inaugurando a teoria da ponderação, Alexy refere que as normas permissivas de direitos fundamentais têm prevalência sobre as proibitivas. O autor

diferencia os direitos fundamentais garantidos sem reserva dos direitos fundamentais garantidos com reserva. No caso dos direitos fundamentais garantidos sem reserva, o dispositivo constitucional não faz nenhuma restrição direta, nem ressalva, à possibilidade de que tal possa ser feito por lei infraconstitucional (2012, p. 124-1). Em havendo essa previsão, tratar-se-á de direito fundamental garantido com reserva. Nesse caso, esta poderá ser simples, quando atribui a possibilidade de restrição na forma da lei, ou qualificada, no caso em que o próprio dispositivo constitucional restringe o direito fundamental ou impõe parâmetros para que o legislador ordinário o faça (FREITAS, 2007, p. 86).

Nesse sentido, Alexy conclui, com base em Dürig, ser perfeitamente possível imaginar casos nos quais se coloca em dúvida se a criminalização de uma conduta é justificável do ponto de vista dos direitos fundamentais. Nesses casos, torna-se inevitável a ponderação entre os direitos fundamentais afetados, tanto para avaliar a intensidade do grau da ilicitude da conduta, quanto para se saber se a importância daquilo que é protegido pela norma restritiva justifica a restrição do direito fundamental (2012, p. 128-129).

Assim, Alexy refere que tanto o critério da teoria interna quanto da teoria externa não estão livres de sopesamento ou ponderação. No caso da teoria interna, o autor aponta a dificuldade de se estabelecer a legitimidade de uma restrição a direitos fundamentais decorrente de normas proibitivas de direito penal, quando tal restrição não encontra amparo em um conceito social ou ético amplamente aceito. Assim, sugere que a resposta deve ser buscada no argumento de que aquilo que as leis penais protegem, como a vida das pessoas, “é [ou deve ser], em todos os casos e a partir da perspectiva do direito constitucional, mais importante que aquilo que é protegido pela norma de direito fundamental que sofre restrição” (2012, p. 126-127).

Do mesmo modo, o critério da teoria externa necessitaria de uma ponderação acerca das reservas estabelecidas pelo texto constitucional e pelo legislador ordinário, visto que o legislador não pode dispor dos direitos fundamentais da forma como lhe aprouver, mas, ao contrário, esses direitos estabelecem critério para avaliação da adequação constitucional à legislação ordinária, em razão de seus efeitos irradiantes de sua dimensão objetiva. (FREITAS, 2007, p. 159).

Luiz Freitas refere que, considerando não haver no direito brasileiro, dispositivo constitucional que limite a possibilidade de restrição dos direitos

fundamentais, como é o caso do ordenamento português, espanhol e alemão, em que há cláusula geral de restrição, eles estarão sempre propensos a serem restringidos pelo legislador ordinário, em vista da permissão do artigo 5.º, II da Constituição brasileira, que prevê a possibilidade de que se faça tudo o que a lei não proíbe. O autor cita como exemplo, o próprio Código Penal e demais diplomas que restringem genericamente a liberdade individual das pessoas. Ressalta ainda que, em alguns casos, como quando impõe ao legislador ordinário o dever de incriminar determinadas condutas ou garantir posições jurídicas, o relativo poder do legislador transmuta-se em dever, pois é a própria Constituição que estabelece que o conceito jurídico versado em seu dispositivo seja devidamente preenchido por lei ordinária, como nos crimes hediondos e na liberdade provisória (2007, p. 163, 164).

Como visto no tópico anterior, se a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais permite que o particular oponha ao Estado o dever de proteção suficiente e idônea de determinados bens jurídicos, o que inclui a possibilidade de criminalizar determinadas condutas, o resultado disso será o conflito entre os direitos fundamentais restringidos pela norma penal e o direito fundamental à segurança coletiva, o que tende a motivar juízos passíveis de tensões. Novais esclarece que, em razão dessa dificuldade em se estabelecer, de antemão, uma determinação segura sobre como o Estado deva agir – embora isso seja possível em determinados casos, o que permitirá a dedução de pretensões subjetivas ao cidadão extraídas de determinações concretas –, a regra é que a única pretensão subjetiva que se pode extrair da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, no caso da criminalização das condutas, refere a que as medidas tomadas pelos poderes públicos não sejam completamente inidôneas ou insuficientes (2003, p. 92-93).

No que tange à reserva de lei qualificada, em que a própria Constituição estabelece expressamente limites aos limites dos direitos fundamentais, a margem de atuação do legislador estará adstrita às hipóteses restritivas previstas no texto constitucional. Como exemplo, cita-se o voto do Ministro Cesar Peluso, quando do julgamento do habeas corpus 82.959, em que se declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime aos crimes considerados ou equiparados a hediondos. Com efeito, extrai-se do voto, o argumento de que a Constituição, ao estabelecer reservas qualificadas, consistentes na vedação de liberdade provisória sob fiança, anistia e graça, aos

crimes considerados ou equiparados a hediondos, não previu a progressão de regime, sendo defeso, portanto, ao legislador ordinário fazê-lo.

Especificamente quanto ao direito dos sentenciados, cumpre observar que o artigo 3.º da Lei de Execuções penais apregoa expressamente que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, de modo que o Estado está obrigado a observar os exatos limites das restrições impostas pela sentença e pela lei, averiguando ainda se tais restrições estão autorizadas pela norma constitucional.

Com base na teoria dos direitos fundamentais, fixam-se os principais pontos que devem nortear o desenvolvimento do presente trabalho, deixando claro que a restrição ou a supressão de direitos fundamentais deve observar os limites impostos pelas teorias interna e externa, de modo que se respeitem os limites imanentes e os marcos normativos já existentes, bem como se realize a ponderação entre os direitos fundamentais eventualmente colidentes, o que é especialmente importante para que se balizem a necessidade ou não de criminalização de condutas ou de restrição de liberdades e garantias afetos à esfera penal.

2 PROIBIÇÃO DE RETROCESSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No capítulo anterior abordou-se o problema do encarceramento em massa como uma questão de hermenêutica jurídica, aqui considerada não só como exercício de aplicação, mas, também, de construção da norma jurídica em seu potencial de conformar a realidade. Nesse sentido, apontou-se para a necessidade de que o conteúdo do ato interpretativo seja extraído dos direitos fundamentais, vinculando assim a atuação estatal ao respeito desses direitos. Demonstrou-se que os direitos fundamentais assumem tanto status negativo quanto positivo, à medida em que exigem do Estado uma abstenção ou uma prestação, que pode ser, no caso desta última, de ordem normativa ou material. Foram explicitados, ainda, alguns dispositivos constitucionais e de tratados internacionais de direitos humanos que preveem direitos fundamentais afetos à esfera penal, destacando-se a obrigação estatal em respeitar tais direitos, seja do cidadão comum seja das pessoas presas em geral.

Por fim, com base na teoria dos efeitos irradiantes dos direitos fundamentais, aplicada à esfera penal, demonstrou-se que o poder estatal de criminalizar condutas deve passar, em última análise, pelo crivo da ponderação dos direitos afetados pela criminalização, e que o único dever *prima facie* atribuído ao Estado quanto a esse fato está em que suas ações não sejam completamente inidôneas ou insuficientes na proteção desses direitos. Do mesmo modo, demonstrou-se que o Estado deve ater-se aos limites expressamente previstos na Constituição, quando esta trata de apontar as reservas qualificadas aos direitos fundamentais, entendidas como sendo as restrições expressas no próprio texto constitucional.

Assim, procurou-se estreitar a porta de entrada do processo de encarceramento em massa, que se inicia, justamente, pela criminalização de condutas e pelo tratamento mais rigoroso que se atribui a algumas delas. Sem isso, de nada adiantaria querer aplicar o princípio da proibição de retrocesso à fase de custódia ou de cumprimento de pena, no intuito de garantir direitos fundamentais dos presos, se tais direitos não irradiassem efeitos no sentido de impedir a criminalização exagerada e o tratamento mais rigoroso de condutas humanas potencialmente danosas.

Com isso, pretendeu-se demonstrar que a hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais é prolífica para construção de um discurso que visa proteger o direito dos cidadãos em geral e dos presos provisórios e definitivos em especial, do processo de erosão causado pelo avanço do poder punitivo que culmina no encarceramento em massa.

Ocorre que a hermenêutica jurídica não se desenvolve de forma espontânea, senão por meio de princípios e regras existentes no ordenamento jurídico, que servirão como veículos condutores da linguagem jurídica da qual se vale o intérprete para expressar sua compreensão acerca de determinado objeto interpretado, construindo a norma de decisão ao caso concreto. Portanto, nesse capítulo será abordado o princípio da proibição de retrocesso em sua forma tradicional, aplicado aos direitos sociais. Antes, faz-se necessário abordar a diferença entre princípios e regras, a fim de possibilitar o melhor entendimento acerca do objeto do presente trabalho.

2.1 Os Princípios, as regras e a proibição de retrocesso

Streck nos lembra que o Direito é formado por princípios e regras, sendo, ambos, normas (2011, p. 145). Assim, não seria possível falar em princípios sem antes fixar os limites que os diferenciam das regras.

Guastini ensina que “os princípios caracterizam-se relativamente a (outras) normas pelo lugar que ocupam no ordenamento jurídico como um todo e/ou em algum setor específico” (2005, p. 186). Citando Luzzati, esclarece que “Os princípios são aquelas normas consideradas pelo legislador, pela doutrina, e/ou pela jurisprudência como o *fundamento* [...] de um conjunto de outras normas” (2005, p. 187). Diz ainda, com base em Ross, que os princípios são verdadeiras fontes reais do direito, ao lado das fontes oficiais (a lei, o costume, eventualmente os precedentes judiciais), pois são aceitos pelos juízes como vinculantes (2005, 127).

Para Streck, “A diferença entre a regra e o princípio é que este está contido naquela, atravessando-a, resgatando o mundo prático” (2011, p. 145), de modo que toda regra terá seu fundamento em algum princípio.

Guastini esclarece que “a questão de se uma norma tem ou não tem valor de ‘princípio’ não é uma questão de fato, e a resposta é sempre opinável” (2005, p. 187). Afirma que uma norma poderá ter natureza de princípio **i)** se se constitui como fundamento de outras normas, quer por ser mais geral, quer por ter viés teleológico, ou, ainda, por emanar alguma competência; ou **ii)** se seu enunciado for dotado de significado mais elástico e/ou indeterminado, enquanto que as regras seriam, segundo esse critério linguístico, “enunciados de significado (relativamente) preciso” (2005, p. 188).

José de Melo Alexandrino considera a distinção entre regras e princípios como “mera *questão de grau*, na medida em que também as regras são complexas e portadoras de uma textura aberta” (2006, p. 55).

Segundo Alexy, para quem a diferença entre regras e princípios não se resume a uma questão de grau, mas também de qualidade, os princípios são...

[...] *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (2011, p. 90).

Por outro lado, as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (2011, p. 91).

Assim, para o autor os princípios não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, que determinam que algo seja realizado na maior medida, “mas não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas” (2011, p. 104). As regras são aplicadas de modo *tudo ou nada*, por meio do raciocínio *se, então*, enquanto que a aplicação de um princípio não exclui (ou não integralmente) outro que tenha a mesma relevância, tampouco sua aplicação se restringiria a um simples exercício de lógica (2011, p. 106).

Ávila desenvolve estudo no sentido de atingir uma compreensão que permita uma maior integração entre princípios e regras. Para o autor, não será de todo correto afirmar que as regras “possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*” (2012, p. 43), e os princípios “apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra aplicável ao caso concreto” (2012, p. 43). Isto porque,

primeiramente, “o conteúdo normativo de qualquer norma – quer regra, quer princípio – depende de possibilidades normativas e fáticas a serem verificadas no processo mesmo de aplicação” (2012, p. 44).

Diz que...

[...] apesar de os princípios não possuírem um caráter frontalmente descritivo de comportamento, [...] sua interpretação pode [...] indicar as espécies de comportamentos a serem adotados, especialmente se for feita uma reconstrução dos casos mais importantes (2012, p. 47-48).

Contudo, Ávila não olvida em defender que a reprovabilidade de violação de uma regra deve ser mais intensa que a de um princípio, em vista de que “no caso das regras, o grau de conhecimento do dever a ser cumprido é muito maior do que aquele presente no caso dos princípios, devido ao caráter imediatamente descritivo e comportamental” (2012, p. 111).

Diferenciar regras de princípios ganha particular importância ao objeto do presente trabalho, uma vez que não seria produtivo sobrevalorar o papel dos princípios, na tarefa de impedir retrocessos, quando isto já pode ser feito por meio da aplicação de regras vigentes em nosso ordenamento jurídico. Até porque, não levar em conta que determinadas regras são a expressão mais bem acabada de alguns princípios seria, isto sim, um retrocesso, pois se estaria ignorando o longo período de evolução histórica para que se chegasse ao grau de elaboração de determinados princípios expressos em regras.

Nesse sentido, Alexy sustenta o caráter duplo das normas definidoras de direitos fundamentais. Quando, por uma disposição de direito fundamental, é fixada alguma determinação em relação às exigências de determinados princípios colidentes, tratar-se-á não só de estabelecer um princípio, mas também uma regra (2012, p. 139-140).

Segundo Calil de Freitas, para Alexy, as disposições jusfundamentais comportam tanto normas do tipo princípio, quanto do tipo regra, “e, quando à formulação de uma norma jusfundamental se inclui uma cláusula restritiva referida a princípios, um mesmo e único dispositivo combina tanto a condição de regra quanto de princípio” (2007, p. 31).

E a seara penal é repleta de exemplos. Fragoso ensina que as normas penais, ao mesmo tempo em que estabelecem sanções e impõem limites de validade, também fixam regras para aplicação dos princípios a serem obedecidos em

determinada matéria, como é o caso do princípio da legalidade e da reserva legal (artigo 1.º, CP), da culpabilidade (arts. 19 e 29); bem como para impor limites à interpretação, como no caso de interpretação analógica (artigo 121, § 2.º, I a IV); ou que se sirvam à interpretação de outra norma (FRAGOSO, 1995, p. 73, 74), como no caso do artigo 12 do Código Penal de 1940, que estabelece que as regras deste Código aplicam-se aos fatos incriminados em lei especial, “se esta não dispuser de modo diverso”.

Interessante notar que o artigo 13 do anteprojeto do Código Penal pretende modificar essa regra de interpretação, para estabelecer que “As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, incluindo o Código Penal Militar e o Código Eleitoral” (BRASIL, 2012, p. 5). Trata-se de aplicação de um princípio hermenêutico como regra. Vale dizer: de algo que podia ser considerado de pouca objetividade, para algo de aplicação imperativa.

Na esfera penal, a mudança sugerida pode proporcionar o fim da celeuma hoje existente acerca da aplicabilidade das regras do Código Penal (e Processual Penal) às leis especiais, representando importante avanço no sentido de dar maior segurança jurídica aos direitos fundamentais protegidos por essas regras de interpretação.

Outro importante exemplo é trazido por Freitas, no tocante à importância de se prever como regra uma garantia ou um direito fundamental. O autor destaca a norma constitucional que estabelece que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante, afirmando tratar-se de uma regra que atribui conteúdo definitivo ao princípio da dignidade da pessoa humana, e que, por isso, deve ser observada sem maiores ponderações (2007, p. 183-184).

Analisada a diferença entre regras e princípios, pode-se avançar ao estudo da possibilidade de aplicação do princípio da proibição de retrocesso à esfera penal. Para tanto, faz-se a análise do referido princípio em sua forma tradicional, ou seja, aplicado aos direitos sociais, para, depois, verificar-se a possibilidade de que venha a ser aplicado à esfera penal.

2.2 Princípio da proibição de retrocesso

2.2.1 Origem do princípio da proibição de retrocesso no direito comparado

O princípio da proibição de retrocesso surge como reação do constitucionalismo moderno ao processo de erosão dos direitos sociais, verificado a partir da substituição do Estado de bem estar social pelo Estado neoliberal, a partir de 1970 (DERBLI, p. 15-41).

Miozzo esclarece que o princípio da proibição de retrocesso “foi inicialmente desenvolvido pela doutrina e jurisprudência estrangeiras, sobretudo na Alemanha e em Portugal” (2010, p. 88), mas que “vem ganhando cada vez mais notoriedade, especialmente no direito lusitano, e passa a adquirir foros de visibilidade também no Brasil – não sem objeções – e em outras ordens jurídicas” (2010, p. 88).

Derbli aponta que, na Alemanha, o princípio da proibição de retrocesso surge por obra da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Segundo o autor, naquele país, o fundamento desse princípio não foi extraído da cláusula geral do Estado social de direito, como em Portugal e Brasil, mas sim da garantia fundamental da propriedade, que passou a ser estendida à proteção de “quaisquer direitos subjetivos privados de natureza patrimonial e não apenas de propriedade como direito real” (2007, p. 141). Pondera que a razão desse entendimento pode ser encontrada no fato de que o conceito de propriedade já havia sofrido significativa mutação, se comparado com sua definição tradicional, de direito sobre uma coisa. É isso em razão das duas guerras mundiais pelas quais passou aquele país, o que fez surgir um conceito funcional e não propriamente real de propriedade, assim entendido como o direito sobre os rendimentos próprios do trabalho ou de benefícios e proventos sociais (2007, p. 141).

Sarlet afirma que, segundo esse entendimento, as posições jurídicas patrimoniais de natureza pública (v.g, direito a um benefício social), se restarem cumpridas algumas exigências (contraprestação do indivíduo, fruição por ele próprio e necessidade da própria existência do titular), são equiparáveis às posições jurídicas de natureza privada (propriedade sobre um bem, p. ex.), e assim não podem ser restringidas ou suprimidas por ações erosivas do Estado (2009, p. 441-442).

Derbli lembra que, sob essa perspectiva, a proibição de retrocesso aos direitos sociais abrange não só os direitos adquiridos, mas também as garantias de expectativa de direito, por estar ligado mais à ideia de segurança jurídica (2007, p. 144).

Em Portugal, tal princípio foi inicialmente elaborado por Canotilho, que lhe deu extensão um tanto diversa, atribuindo dimensão subjetiva aos direitos sociais, econômicos e culturais, mesmo que não fossem conceituados como direitos fundamentais e independentemente de limitações de ordem fática ou econômica (DERBLI, 2007, p. 145). Mais tarde, o mestre de Coimbra acabaria revendo seu posicionamento, até por influência alemã, para admitir que tal princípio nada pode fazer em face de crises econômicas, senão limitar a reversibilidade dos direitos adquiridos e do núcleo essencial de existência mínima inerente à dignidade da pessoa humana (2003, p. 339).

Cumprir observar que, em Portugal, o conceito de direito adquirido é mais abrangente que no Brasil, pois abarca também as hipóteses que, por aqui, seriam consideradas meras expectativas de direito. De modo que a importação desse princípio ao ordenamento jurídico brasileiro deve considerar tal distinção para contrabalançar a menor extensão que poderia ter por aqui (RAMOS, 49-50).

Netto discorre que, no âmbito da jurisprudência portuguesa, o princípio da proibição de retrocesso tem sua gênese atrelada ao célebre acórdão relatado por Vital Moreira (AC 39/84), cuja ação de titularidade do presidente da república versava sobre a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais que haviam revogado outros dispositivos que tratavam de organizar o serviço de saúde. Importa notar que referida decisão não proibiu o legislador de modificar ou reformar o serviço nacional de saúde, mas apenas de extingui-lo ou revogá-lo⁵, conforme se percebe do excerto abaixo:

Impõe-se a conclusão: após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar essa lei, repondo o estado de coisas anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir alterá-los ou reformá-los nos limites constitucionalmente admitidos; mas não pode vir extingui-los ou revogá-los (NETTO, 2011, p. 101).

⁵ Neste caso, o Tribunal Constitucional português declarou inconstitucional o artigo 17º do Decreto-Lei n. 254/82, de 29 de Junho, que revogava os arts. 18º a 61º, 64º e 65º da Lei 56.779, de 15 de Setembro, que organizava o Serviço Nacional de Saúde.

A autora faz referência, ainda, aos seguintes acórdãos: AC 330/89 – sobre taxas moderadoras na saúde; AC 148/94 – sobre as propinas do ensino universitário; no AC 509/02 – sobre o rendimento mínimo de inserção; e AC 590/04 sobre crédito jovem bonificado; mas salienta que, nesses casos, o princípio da proibição de retrocesso não foi tomado como razão fundamental de decidir, o que só se viu no AC 39/84 (2011, p. 101-104).

Com efeito, em Portugal, o princípio da proibição de retrocesso pode ser extraído da norma expressa nos itens 2 e 3, do artigo 18, que trata da força jurídica das normas de direito fundamental, estabelecendo que a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, não podendo ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais⁶.

Marcilene Ramos aponta para o surgimento de alguns elementos categorizadores do princípio da proibição de retrocesso também na Itália. Pontua a autora que, de longa data, a doutrina constitucional de Balladore Pallieri já preconizava que, “uma vez dada execução à norma constitucional, o legislador ordinário não pode retornar sobre os seus passos”⁷, sinalizando, já em 1956, quando a obra do constitucionalista italiano foi publicada, para um entendimento de não retrocesso das políticas sociais, notadamente, aos serviços de saúde. Neste sentido, refere que a finalidade precípua do princípio da proibição de retrocesso está ligada à efetividade dos direitos fundamentais sociais, tanto que é designado também pelo epíteto de “*princípio da irreversibilidade dos direitos fundamentais sociais constitucionalmente consagrados*” (2009, p. 21).

Derbli cita o pronunciamento de Gustavo Zagrebelsky, o qual, ao discorrer sobre a experiência da Corte Constitucional da Itália exarou que...

⁶ Em transcrição literal o art 18.º é composto dos seguintes itens: 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

⁷ Excerto extraído do corpo do acórdão do AC 39/84, do Tribunal Constitucional Português, no qual se faz referência à obra do referido autor.

[...] mesmo que se entenda que os direitos sociais previstos na Constituição não sejam direitos subjetivos e, por isso, gerem apenas uma obrigação política para o legislador, as normas constitucionais que impõem o progressivo desenvolvimento dessa categoria de direitos gerarão a vedação de que a lei dê “marcha à ré” e retorne a estágio anterior de sua concretização (2007, p. 165).

Feita essa abordagem acerca do princípio da proibição de retrocesso no direito comparado, especialmente na Alemanha, Portugal e Itália, apontando, desde já, sua principal finalidade, que é a de proteger um certo nível de direitos fundamentais sociais em face do poder erosivo do Estado, preservando a segurança do ordenamento jurídico e o marco normativo desses direitos, pode-se passar ao estudo dos dois principais elementos que o caracterizam.

2.2.2 O marco normativo e o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais

Canotilho vincula a existência do princípio da proibição de retrocesso ao princípio da democracia econômica e social, e diz que ele contém uma...

[...] imposição obrigatória dirigida aos órgãos de direcção política (legislativo, executivo) no sentido de desenvolverem uma actividade económica e social conformadora das estruturas socioeconómicas, de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática (2003, p. 340).

Para o autor, a ideia de proibição de retrocesso “limita a reversibilidade dos *direitos adquiridos* [...] e do *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana” (2003, p. 338). Referindo-se exclusivamente aos direitos sociais, que demandam, via de regra, um marco normativo para sua concretização, diz que:

[...] o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (‘leis da segurança social, ‘lei do subsídio de desemprego’, ‘lei do serviço de saúde’) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura a simples desse núcleo essencial (2003, 338-40).

Netto diz que o primeiro desses marcos normativos será o de legislar para concretizar, pelo menos, o núcleo essencial, visando assegurar exequibilidade às normas constitucionais (2010, p. 175).

A autora esclarece que o Tribunal Constitucional português, quando do julgamento do acórdão 39/84, inaugurou a ideia de que o princípio da proibição de retrocesso exprime esse duplo aspecto, positivo e negativo, ao deixar exarado que “o direito à saúde, assim como os demais direitos sociais, teriam uma vertente negativa, que vedaria condutas lesivas, e uma vertente positiva, que permitiria exigir do Estado a atividade e as prestações necessárias para sua salvaguarda” (2010, p. 103). Para ela, ainda que a vinculação positiva do legislador com a obrigação de implementar e ampliar direitos fundamentais assumia feição prática de mais difícil delimitação, seja por sua verificação, seja pelos instrumentos disponíveis para tanto, “é de extrema relevância para os direitos sociais que, como direitos a prestações, necessitam do estabelecimento de um marco normativo garantidor de sua eficácia prestacional” (2010, p. 172).

Cristina Queiroz considera que uma vez em vigor a legislação protetora dos direitos fundamentais...

[...] a ação do Estado, que se consubstanciava um ‘dever de legislar’, transforma-se num dever mais abrangente: o de não *eliminar* ou *revogar* essa *lei*” (2010, p. 70). Ou, num sentido mais concreto, “uma vez consagradas legalmente as ‘prestações sociais’ (v.g., de assistência social) o legislador não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações (2010, p. 67).

A autora conclui que os direitos de natureza prestacional “estabelecem, [...], uma proibição de ‘retroceder’: ‘(os direitos fundamentais) não de assegurar jurídico-constitucionalmente o *status quo* alcançado sob o ponto de vista do Estado social” (2006, p. 68).

Miozzo também se refere ao duplo aspecto positivo e negativo do referido princípio, que pode ser entendido como uma imposição de progresso ou dever de progressividade, que caracterizam sua vertente positiva, assim como uma proibição de retroceder ou um dever de não regressividade, que caracteriza sua vertente negativa, de abstenção estatal (2010, p. 110).

Contudo, a exigência de um marco normativo aos direitos sociais sofre crítica no sentido de poder inviabilizar a eficácia das normas constitucionais protetoras desses direitos, sob o risco de se lhe atribuir natureza apenas

programática, a depender da vontade do legislador ordinário, o que não pode ser aceito em sede de direitos fundamentais, mormente no atual estágio do constitucionalismo moderno. Neste sentido, Luño esclarece que o Tribunal Constitucional espanhol tem interpretado o conceito de conteúdo essencial sob duas acepções, que são complementares. A primeira considera a natureza jurídica desses direitos como preexistente ao momento legislativo, de modo que permita aos especialistas em direito responder se o conteúdo regulado pelo legislador se ajusta ou não ao que se entende por esse tipo de direito; a segunda acepção corresponde aos direitos fundamentais juridicamente protegidos, “no sentido de que se lesionaria o conteúdo essencial quando o direito estiver submetido a limitações que o tornam impraticável, dificultam-no mais que o razoável ou o despojam da necessária proteção” (2007, p. 77).

Canotilho refere que a Constituição portuguesa garante um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias nela previstos, contra leis restritivas, caracterizando como “como reduto último de defesa” (2003, p. 518). Para o autor, essa proteção deve ser aplicada, também, aos direitos sociais, visto que, pelo princípio da universalidade, todas as pessoas tem um direito fundamental a núcleo essencial, antes mesmo de qualquer marco normativo (2003, p. 518). E cita, como exemplo, “o ‘rendimento mínimo garantido’, as ‘prestações de assistência social básica’, o ‘subsídio de desemprego’ [...] sempre que eles constituam o *standard* mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito” (2003, p. 518).

Com base no princípio da proibição de retrocesso, fica claro que os direitos fundamentais, por sua própria natureza material, trazem imposições intrínsecas que podem ser opostas em face do poder público e de particulares, sendo que o poder público não poderá restringi-los para aquém do núcleo essencial, que deve ser entendido como o conteúdo necessário e suficiente para que o direito fundamental não se torne impraticável, de difícil fruição ou fragilizado.

Cristina Queiroz reforça a ideia de que a imposição ao poder público do dever de respeitar um núcleo mínimo de direitos fundamentais não significa que o princípio da proibição de retrocesso se restrinja a isso, mas também que, em caso de violação desse núcleo, o poder público estará obrigado a apresentar alternativas ou compensações. A autora conclui que, sob esse prisma, os direitos sociais passam a integrar o regime jurídico dos direitos de defesa, no sentido e exigir do Estado uma abstenção sobre a esfera de proteção desses direitos já consagrados,

não podendo suprimi-los ou restringi-los sem alternativas ou compensações (2006, p. 120).

Um dos objetivos do presente trabalho será transpor esse raciocínio à esfera de proteção dos direitos de liberdade, no sentido de impedir supressão de garantias cujo núcleo essencial esteja constitucionalmente garantido ou legislativamente concretizado, seja pela própria natureza do conteúdo essencial desses direitos, seja em razão de marcos normativos que imponham limites ao poder punitivo.

2.2.3 Reserva do possível

A cláusula da reserva do possível trata de vincular a obrigação do Estado em assegurar a concretização dos direitos fundamentais à variável do financeiramente disponível.

Para Ramos...

[...] a cláusula restritiva da reserva do possível constitui limite fático e jurídico à efetivação dos direitos sociais, apresentando-se sob duas faces: por um lado o Estado possui uma capacidade limitada de recursos materiais disponíveis, e por outro lado, deve ter capacidade jurídica de dispor de seus recursos existentes (2009, p. 60).

Netto adverte que a reserva do possível pode “comparecer como justificativa para a debilitação dos direitos sociais, sendo forte argumento favorável ao retrocesso em matéria de direitos sociais” (2010, p. 158).

No mesmo sentido, Sarlet diz que...

[...] no que diz com os direitos sociais a prestações, seu ‘custo’ assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas (2009, p. 287).

Cristina Queiroz confirma que os tribunais constitucionais “de há muito [...] se têm vindo a debruçar sobre o problema” (2006, p. 68). Cita que na Itália, “a jurisprudência enunciou o princípio segundo o qual o legislador, devido a

razões de contrapeso, poderia reduzir os benefícios previstos em leis mais “progressistas” (2006, p. 68). Segundo a autora, o Tribunal Constitucional italiano vale-se da expressão ‘reserva do possível’ em substituição a ‘proibição de retrocesso’, ponderando não se tratar, contudo, de uma insindicabilidade jurisdicional quanto às opções legislativas no sentido da densificação ou não dos direitos sociais, “mas na ‘graduabilidade’ da respectiva concretização e realização, tendo em conta as exigências de ‘equilíbrio financeiro’ inderrogáveis expressas no Orçamento do Estado” (2006, p. 69).

Isto porque, conforme lembra Ramos, o fato de o poder público ser o destinatário precípua do mandamento de concretização dos direitos fundamentais sociais, não lhe permite opor seus habituais argumentos de insuficiência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para tratar da aplicação desses recursos, pois “há que se ter presente que está em jogo a preservação do bem maior: a vida humana” (2009, p. 61).

Por isso, a reserva do possível deve ser interpretada de modo a não inviabilizar a efetivação dos direitos fundamentais. Conforme visto acima, a própria ideia de garantia de um núcleo mínimo de direitos surgiu para que tal argumento não pudesse ser oposto pelo poder público, que, por isso, estará sempre obrigado a garantir esse mínimo existencial dos direitos fundamentais ou oferecer alternativas ou compensações.

Em se tratando de direitos de liberdade, o raciocínio deve ser o mesmo. Com efeito, para Sarlet, embora o ‘fator custo’ nunca foi invocado como elemento impeditivo à efetivação dos direitos de liberdade pela via jurisdicional, tais direitos exigem, por vezes, um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, que vão implicar em custo para sua implantação (2009, p. 285).

2.3 Princípio da proibição de retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro

2.3.1 Entendimento doutrinário

Derbli constata serem ainda rarefeitas, na doutrina brasileira, as obras que tratam da existência do princípio da proibição de retrocesso. Não obstante, o autor vai buscar na clássica obra de José Afonso da Silva, sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, o pensamento seminal acerca do tema. Derbli credita ao eminente constitucionalista paulista a paternidade da ideia de proibição de retrocesso em terras tupiniquins, pois já é possível extrair de suas lições a vedação constitucional imposta ao legislador sobre qual caminho não se deve seguir (2007, p. 168).

O autor refere ainda à obra de Luis Roberto Barroso, o qual afirma tratar-se de princípio implícito, que impõe um mandamento constitucional ao legislador, de não suprimir direitos sociais que foram concretizados pela edição de uma lei (2007, p. 169).

Assim também, Agostinho e Brega ponderam que a Constituição brasileira não prevê expressamente a existência do princípio da proibição de retrocesso social, o qual pode ser extraído “de forma implícita, por meio de uma análise do conteúdo material dos direitos fundamentais e sociais” (2011, p. 174).

Derbli esclarece que, mais recentemente, Barroso voltou ao tema, em artigo no qual trata da nova interpretação constitucional o do papel dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro, em coautoria com Ana Paula Barcellos, oportunidade em que afirma que o princípio da proibição de retrocesso trata-se de uma derivação da eficácia negativa dos princípios de direitos fundamentais e que “autoriza que sejam declaradas inválidas todas as normas ou atos que contravenham os efeitos pretendidos pela norma.” (2007, p. 369-370). Para os autores:

[...] o que a vedação de retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente (2007, p. 370).

Rechaçando a categorização atribuída por esses autores ao princípio da proibição de retrocesso, por considerá-lo como uma derivação da eficácia negativa dos princípios constitucionais, Derbli pondera que o caráter negativo do referido princípio é apenas prevalente e não exclusivo, visto que “a proibição de retrocesso social não se traduz em mera manutenção do *status quo*,

antes significando também a obrigação de avanço social” (2007, p. 202). Para o autor, também não se pode reduzir tal princípio a mera modalidade de eficácia jurídica dos princípios constitucionais, porque tal “raciocínio peca ao excluir da proibição de retrocesso social a concretização das *regras* constitucionais que definem direitos fundamentais” (2007, p. 203). O que vai ao encontro à abordagem feita no presente trabalho, que não desconsidera o potencial das regras de impedirem retrocessos, conforme visto no início deste capítulo.

Avançando no tema, Sarlet lembra que a problemática da proibição de retrocesso guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica. Na mesma linha da constitucionalista portuguesa Cristina Queiroz, ele afirma que o surgimento do princípio da proibição de retrocesso está ligado ao fato de que o Estado democrático de direito deve estar fundamentado em uma ideia de segurança jurídica, que estaria ameaçada mesmo em um governo de leis, por representar estas, muitas vezes, os anseios exclusivos dos grupos que se alternam no poder. Afirma que o direito à segurança jurídica é apenas uma das dimensões de um direito geral de segurança, que abrangeria, também, um direito à segurança pessoal e social e à proteção, por meio de prestações normativas e materiais. Assim, o autor considera que, sob o ponto de vista mais amplo, o princípio da proibição de retrocesso está ligado à limitação constitucional imposta pelo respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, bem como ao respeito às cláusulas pétreas e aos limites implícitos ao poder de reforma, que estão vinculados, basicamente ao conteúdo material dos direitos fundamentais. Do ponto de vista mais estrito, Sarlet considera que o princípio da proibição de retrocesso está implicitamente contemplado nos princípios do Estado democrático de direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica além de uma segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, contra atos de cunho retrocessivo de um modo geral (2009, p. 433-457).

Streck corrobora a existência do princípio da proibição de retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro, dizendo que cabe à Constituição não somente a tarefa de olhar para o futuro, mas de proteger os direitos já conquistados. Para o autor, que faz referência, inclusive, à decisão do Tribunal Constitucional Português acima referida (39/84), com base na principiologia constitucional (explícita ou

implícita), “é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que, legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade” (2011, p. 319).

A ausência de dispositivo constitucional expresso que contemple a proibição de retrocesso como princípio constitucional não é óbice a que se conclua pela existência do mesmo. Com efeito, Ávila ensina que “não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro” (2012, p. 34).

Como princípio implícito, Miozzo refere que, no ordenamento jurídico brasileiro, tal princípio pode ser extraído das normas programáticas do artigo 3.º, II da Constituição Federal, que impõe a realização progressiva dos direitos fundamentais, ao estabelecer como um dos objetivos fundamentais da República a garantia do desenvolvimento nacional. Nas palavras do autor, apesar de o dispositivo trazer um conceito vago, diz que “o *progresso*, de um modo geral, é um objetivo fundamental que deve guiar o Estado em sua atuação” (2005, p. 9). Trata-se pois de extrair o princípio da proibição de retrocesso de uma norma que estatui um direito fundamental de quarta geração.

Com efeito, José Afonso da Silva atribui às normas constitucionais programáticas a natureza de princípios constitucionais (mas não o contrário):

As normas programáticas são de grande importância, como dissemos, porque procuram dizer *para onde* e *como* se vai, buscando atribuir *fins* ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico. Essa característica teleológica lhes confere relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica, com bem assinala Natoli, tendente a instaurar um regime de democracia substancial, ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (1999, p. 141).

O eminente constitucionalista afirma, ainda, que as normas programáticas “se resolvem, *prima facie*, num vínculo ao Poder Legislativo, quer lhe assinalem somente certo fim a atingir, quer estabeleçam, desde logo, restrições, limites, observâncias de diretrizes, critério ou esquemas gerais” (1999, p. 159).

Piovesan diz inferir-se “desses dispositivos quão acentuada é a preocupação da Constituição em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo da justiça social” (2010, p. 27). Lembra que a Declaração sobre o direito ao desenvolvimento de 1986, em seu artigo 2.º, consagra

que “A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deve ser ativa participante e beneficiária do direito ao desenvolvimento”, e que tal direito, para a Declaração de Viena, de 1993, é tido como um direito universal e inalienável, reconhecendo ainda a relação de interdependência entre a democracia, o desenvolvimento e os direitos humanos (PIOVESAN, 2010b, p. 120-121).

E não poderia ser outra a interpretação, mormente quando se considera que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de direito, tendo como fundamento, além da soberania e do pluralismo político, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1.º e incisos). É certo que tais dispositivos estão a impor ao Estado brasileiro a finalidade de garantir progressivamente esses direitos fundamentais, como objetivos a serem perseguidos pelo poder público, em todas as suas esferas de atuação.

Com efeito, ao comentar esses dispositivos, Silva consiga ser a primeira vez que uma Constituição estabelece, expressamente, os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, “entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana” (2008, p. 105-106).

Assim, não seria fora de propósito argumentar que o princípio da proibição de retrocesso possa ser extraído também de todos os demais incisos do artigo de lei supracitado. Tanto que Sarlet, justificando a existência desse princípio também no artigo 3.º da Constituição Federal, indaga até que ponto “pode o legislador infraconstitucional (assim como os demais órgãos estatais, quando for o caso) voltar atrás no que diz com a implementação dos direitos fundamentais sociais, assim como dos objetivos estabelecidos pelo constituinte” (2009, p. 178).

Isto porque, se o que caracteriza um princípio constitucional é a sua natureza teleológica e seu menor grau de imposição comportamental, dependendo, por isso, de uma maior relação com outras normas e atos de interpretação para a determinação da conduta devida (ÁVILA, 2001, p. 21), sendo certo que, conforme ensina Luño, a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais deve ser entendida como uma garantia institucional que faz referência aos fins objetivamente estabelecidos pela Constituição, e em função dos quais, precisamente, se

reconhece os direitos e liberdades fundamentais (2007, p. 78), não há dúvida de que a cabeça desse dispositivo, ao trazer as principais finalidades a serem buscadas pelo Estado brasileiro, estabelecendo os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, nada mais está a dizer que se deve buscar um constante progresso no sentido de (i) construir uma sociedade livre justa e solidária; (ii) garantir o desenvolvimento nacional; (iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e (iv) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo cor idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Sarlet ainda considera a existência implícita do princípio da proibição de retrocesso no enunciado normativo do § 1.º, do artigo 5.º da Constituição da República, que estatui a maximização da proteção dos direitos fundamentais, concluindo que:

[...] a indispensável otimização da eficácia e efetividade do direito à segurança jurídica (e, portanto, sempre também do princípio da segurança jurídica), reclama que se dê ao mesmo a maior proteção possível, o que, por seu turno, exige uma proteção também contra medidas de caráter retrocessivo, inclusive na acepção aqui desenvolvida (2009, p. 446).

Derbli também fundamenta a existência do princípio da proibição de retrocesso em alguns dispositivos constitucionais, notadamente no artigo 5.º, §§ 1.º e 2.º, artigo 7º, *caput*, e artigo 3.º, inciso I e III, e artigo 170, *caput* e incisos VII e VIII (2007, p. 222).

Sarlet pondera que referido princípio pode ser encontrado, outrossim, em tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que reconhecem direitos fundamentais e impõe aos Estados signatários o dever de implantá-los de forma progressiva (2009, p. 447-448).

Não por acaso, é justamente no Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, já referido no primeiro capítulo, que se vai encontrar o dispositivo expresso acerca do compromisso assumido pelo Estado brasileiro de se adotar medidas que visem assegurar, *progressivamente*, o pleno exercício dos direitos reconhecidos nesse diploma. É o teor do citado dispositivo:

Artigo 2.º

1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício e dos

direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Assim também a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê em seu artigo 26, que os Estados signatários comprometem-se a adotar providências a fim de alcançar, progressivamente, a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, por vias legislativas ou por outros meios apropriados.

Piovesan lembra que, em 1988, “a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou um Protocolo Adicional à Convenção, concernente aos direitos sociais, econômicos e culturais (Protocolo de San Salvador)” (2011, p.127), que entrou em vigor por meio do Decreto 3.321 em 30 de dezembro de 1999, o qual repete em seu artigo 1.º, o compromisso de implementação progressiva dos direitos nele consagrados.

Desta forma, é possível concluir pela existência do princípio da proibição de retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro, a considerar os objetivos da República Federativa do Brasil, expressos no artigo 3.º da Constituição, bem como a cláusula da abertura material dos direitos fundamentais expressa no parágrafos 1º e 2.º, do artigo 5.º da Constituição Federal, que preveem a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais e a proteção dos direitos e garantias decorrentes dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, além de estabelecerem a natureza constitucional das normas de direitos humanos expressas nesses tratados. Do que se conclui que o princípio da proibição de retrocesso pode ser extraído, também, dos dispositivos dos tratados de direitos humanos internalizados no ordenamento brasileiro, que impõem ao Estado o dever de implementar progressivamente os direitos econômicos, sociais e culturais.

2.3.2 Princípio da proibição de retrocesso na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O princípio da proibição de retrocesso tem aceitação incipiente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o que pode ser percebido por meio da manifestação de alguns de seus ministros.

No julgamento do mandado de segurança n. 24875, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, em que se discutia a pretensão de imunidade de “proventos à incidência do teto sobre o adicional por tempo de serviço, no percentual máximo de 35% e sobre o acréscimo de 20% a que se refere o art. 184, III, da Lei 1711/52, combinado com o art. 250 da Lei 8.112/90”, o ministro Celso de Mello, acompanhando o voto do relator, que deu parcial provimento à ordem, no sentido de conferir caráter de irredutibilidade aos provimentos de magistrados, consignou, embora sob o epíteto de postulado normativo e não de princípio constitucional⁸, a proibição de retrocesso social para manter o marco normativo dos proventos em questão.

Assim também no julgamento ação direta de inconstitucionalidade n. 3104, de relatoria da ministra Carmem Lúcia, em que se discutia a irredutibilidade de benefícios previdenciários, o ministro Carlos Ayres Britto consignou, embora sob a proteção das cláusulas pétreas, que a impossibilidade de supressão dos direitos individuais por elas protegidos representa um avanço político, social, econômico e fraternal, pois impede retrocesso no nível desses direitos.

O mesmo ministro Ayres Britto, quando do julgamento do recurso extraordinário n.º 351750, em que se discutia a possibilidade de reparação por dano moral ao consumidor em razão de atraso de voo, agora fazendo referência aos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção econômica do consumidor, afirma que tais princípios apontam para uma proibição de retrocesso dos direitos sociais conquistados, pois, “uma vez obtido um determinado grau de realização dos direitos sociais e econômicos, passam eles a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo”.

Agostinho e Brega informam que, em acórdão da lavra do ministro Celso de Melo, “mencionou-se a necessidade de respeito ao princípio da proibição de retrocesso em face do direito à saúde, especificamente no que diz respeito ao

⁸ Cfr. Ávila: “Se os princípios forem definidos como normas que estabelecem um dever-ser ideal, que podem ser cumpridas em vários graus e, no caso de conflito, podem ter uma dimensão de peso maior ou menor, os postulados não são princípios: eles não estabelecem um dever-ser ideal, não são cumpridos de maneira gradual e, muito menos, possuem peso móvel e circunstancial. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, com aplicação estruturante e constante relativamente a outras variáveis” (2012, p. 142-144).

fornecimento de medicamentos e tratamento médico” (2011, p. 176). Referida decisão foi divulgada no informativo 582, de 12 a 16 de abril de 2010, e faz expressa referência ao princípio da proibição de retrocesso:

Para além de todas as considerações que venho fazer, há, ainda, Senhor Presidente, um outro parâmetro constitucional que merece ser invocado. Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de carácter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive [...]. Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses — de todo inócua na espécie — em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

Assim, é possível perceber que o princípio da proibição de retrocesso vem sendo gradativamente aceito pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pelas mãos de alguns de seus ministros, que o utilizam para controle de constitucionalidade de ações ou omissões estatais que visam reduzir ou suprimir direitos fundamentais já concretizados ou que violem o núcleo essencial desses direitos, sem que se ofereçam alternativas ou compensações.

Para finalizar o presente capítulo e afastar qualquer dúvida quanto ao carácter autónomo do princípio da proibição de retrocesso, há que se cotejá-lo com o princípio da dignidade da pessoa humana e o do Estado democrático de direito, a fim de se evitar o que Streck denomina de panprincipiologismo.

2.4 O risco do panprincipiologismo

Para permitir o avanço do presente estudo, não pode haver dúvida acerca do conteúdo autónomo do princípio da proibição de retrocesso em relação a outros princípios constitucionais, sob pena de se incorrer no que Streck denomina de “panprincipiologismo”: processo voluntarista que se transforma em uma verdadeira fábrica de princípios e acaba por fragilizar o próprio Direito (2011, p. 146).

E tal se apresenta na questão de saber qual vantagem o princípio da proibição de retrocesso pode acrescentar à hermenêutica jurídica, que já não pode ser

extraída da própria hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana e do Estado democrático de direito.

2.4.1 Proibição de retrocesso e princípio da dignidade da pessoa humana

Registre-se que a referência ao princípio da dignidade da pessoa humana pretende apenas considerar certos aspectos que o igualam ao princípio da proibição de retrocesso, e não realizar um estudo aprofundado sobre o mesmo.

Neste sentido, Barroso expõe que referido princípio também reclama um núcleo essencial a fim de evitar a total supressão dos direitos fundamentais (2010b, p.15). Sob esse prisma, o princípio da proibição de retrocesso em nada poderia contribuir no sentido de acrescer à hermenêutica constitucional, posto ter a mesma natureza e reclamar a existência de um núcleo essencial.

Registre-se, contudo, que o princípio da proibição de retrocesso não impõe ao legislador o dever de apenas garantir o mínimo existencial. Conforme visto acima, tal princípio tem uma vertente positiva e outra negativa. A positiva consubstancia-se num dever de progresso, ou seja, de sempre buscar a ampliação dos direitos e garantias fundamentais. A vertente negativa refere a que não se deve revogar leis que fixem o marco normativo de determinados direitos ou praticar ações que os reduzam ou suprimam, sem que sejam oferecidas alternativas ou compensações (MIOZZO, 2010, p. 110).

Interessa assinalar o debate travado por Sarlet e Derbli, para saber se o princípio da proibição de retrocesso se esgotaria no princípio da dignidade da pessoa humana. Os argumentos por eles lançados contribuem sobremaneira para a melhor compreensão da função do princípio da proibição de retrocesso. O debate tem início porque Derbli pretende buscar um fundamento próprio ao princípio da proibição de retrocesso, o que, segundo ele, não teria sido alcançado pela obra de Sarlet, visto que este fundamentaria referido princípio na dignidade da pessoa humana e na segurança jurídica.

Para Derbli, o princípio da proibição de retrocesso não se esgota no da dignidade da pessoa humana, porque sua incidência não se limita a proteger o mínimo essencial, mas sim impedir “o retorno na concretização dos direitos sociais,

ainda que não digam com as prestações mínimas indispensáveis à sobrevivência dos indivíduos” (2007, p. 210). Conclui dizendo ser um exagero considerar qualquer afronta do legislador aos direitos fundamentais como diretamente contrária ao princípio da dignidade da pessoa humana, “como se o mencionado princípio fosse a panacéia para todos os males da sociedade” (2007, p. 211). Portanto, o princípio da proibição de retrocesso encontraria seu fundamento para além do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao comentar os argumentos de Derbli, Sarlet pondera que, embora considere a íntima relação entre esses princípios, não é correto atribuir-lhe o pensamento de que o princípio da proibição de retrocesso seja desprovido de conteúdo autônomo e substantivo como princípio implícito, pois jamais advogou que “a garantia do mínimo existencial (que igualmente guarda relação, mas não se confunde com a dignidade da pessoa humana) seja a única a ser protegida com base na proibição de retrocesso” (2009, p. 446).

Diferentemente do que lhe atribui Derbli, Sarlet diz que considera a “garantia do mínimo existencial apenas a última barreira contra o legislador (não a primeira e única!)” (2009, p. 446).

O debate entre os dois autores é de fundamental importância para que se compreenda que a finalidade buscada pelo princípio da proibição de retrocesso não se esgota no mínimo essencial à dignidade humana, mas concentra-se, primeiramente, em ampliar o rol de direitos conquistados e garantir as posições jurídicas concretizadas nas prestações normativas e materiais em face do Estado. Somente em caso de não ser isso possível, em vista de insuperáveis limitações fáticas, é que se imporá a garantia do mínimo essencial ou o oferecimento de alternativas ou compensações à redução ou à supressão do mesmo.

Visto isso, faz-se necessário, uma vez mais, justificar a existência do princípio da proibição de retrocesso como princípio autônomo, em face do princípio do Estado democrático de direito, e de seus subprincípios da legalidade, segurança jurídica, da proibição de excesso e da proteção jurídica e das garantias processuais.

2.4.2 Princípio da proibição de retrocesso e princípio do Estado democrático de direito

Como se viu, a aplicação do princípio da proibição de retrocesso aos direitos sociais, no Brasil, pode ser fundamentado no princípio do Estado democrático de direito (SARLET, 2009, p. 433-457).

Assim, surge a questão de se saber se o conteúdo do princípio da proibição de retrocesso já não se esgota no do princípio do Estado democrático de direito. Para tanto, faz-se mister analisar, primeiramente, o conteúdo desse princípio.

Canotilho refere-se aos subprincípios do princípio do Estado democrático de direito, que são: legalidade, segurança jurídica e confiança, além da proibição de excesso e da proteção jurídica e das garantias processuais (2003, p. 258).

Os subprincípios supra referidos espraiam-se por todas as esferas do Direito, especialmente, a esfera penal, em que a legalidade, a segurança jurídica, a proibição de excesso e as garantias processuais se fazem mais prementes, pois, conforme salienta Canotilho, o princípio fundamental do Estado democrático de direito “não é o de que o que a constituição não proíbe é permitido [...] mas sim o de que os *órgãos do estado só tem competência para fazer aquilo que a constituição lhes permite*” (CANOTILHO, 2003, p. 247).

Neste sentido, o princípio da legalidade, do qual decorre o princípio da reserva legal, é de fundamental importância à garantia dos direitos fundamentais atingidos pelo avanço do poder punitivo, pois limita a possibilidade de restrição desses direitos e garantias apenas à lei, e desta, à observância dos direitos fundamentais.

Do mesmo modo, o princípio da segurança jurídica e da confiança impõe que essas restrições legais sejam claras, taxativas e com densidade suficientemente concreta para permitir a sua pronta compreensão, por parte do cidadão e do Estado, o que implica que a eficácia da lei não poderá ser retroativa tampouco opaca. No âmbito judicial, o princípio da segurança jurídica impõe que os atos judiciais sejam devidamente fundamentados na lei e nas circunstâncias fáticas do caso concreto, o que importa dizer que toda restrição deve ser concretamente fundamentada (CANOTILHO, 2003, p. 256).

Ainda, o subprincípio da proibição de excesso, ou da proporcionalidade em sentido lato, impõe o controle hermenêutico de todo ato do poder público, pelos critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em

sentido estrito, servindo como instrumento capaz de invalidar atos que sejam contrários ao fim do direito e dos princípios constitucionais em que se alicerçam os direitos fundamentais, o que vem sendo objeto de constante utilização pelo poder judiciário.

O quarto e último subprincípio do Estado democrático de direito citado por Canotilho é o da *proteção jurídica e das garantias processuais*, segundo o qual “a garantia dos direitos fundamentais só pode ser efetiva quando, no caso de violação destes, houver uma instância independente que restabeleça a sua integridade” (2003, p. 274). O autor traz importante contribuição à almejada estabilização das relações sociais por meio do direito, visto que desenvolve estudo no sentido de impor ao Estado o dever de oferecer os meios processuais de garantias aos direitos fundamentais (processo judicial, processo penal e processo administrativo, tribunais e juízes naturais, etc.). Relata ainda acerca da obrigação de indenizar o administrado em caso de violação desses direitos, denominando de princípio da responsabilidade do Estado e princípio de compensação de prejuízos (CANOTILHO, 2003, p. 274-278), o que assume particular relevância ao objeto do presente trabalho, pois se discute, ao fim, a possibilidade de indenização ao preso que sofra danos em decorrência da situação degradante do cárcere.

Contudo, embora os princípios referidos sirvam como fundamento ao princípio da proibição de retrocesso e abarquem várias das situações às quais esse poderia ser aplicado, é certa a existência do conteúdo autônomo desse princípio.

Com efeito, não se pode dizer que o princípio da legalidade impeça que direitos já conquistados venham a ser restringidos por meio de lei. Aliás, é, principalmente, o efeito erosivo das leis que o princípio da proibição de retrocesso pretende impedir.

Do mesmo modo, o princípio da segurança jurídica apenas garante estabilidade ao ordenamento jurídico, por meio da preservação de direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada etc, mas não impede que se processem verdadeiros retrocessos no nível de direitos fundamentais, por meio de leis de efeitos prospectivos (DERBLI, p. 211-217).

Exemplo do que ora se sustenta, na esfera penal, foi a edição da Lei 8.072/90, que suprimiu a garantia de progressão de regime aos condenados por crimes considerados ou equiparados a hediondos, sem que tal ato tenha sido contestado com base no princípio da legalidade ou da segurança jurídica.

Quanto ao princípio da proibição de excesso, é certo que se trata mais de postulado normativo do que de princípio constitucional propriamente dito, em vista de não ter natureza teleológica⁹. E não se pode dizer que essa natureza falte ao princípio da proibição de retrocesso, pois ele é extraído, justamente, das normas que estabelecem os objetivos e as finalidades da República Federativa do Brasil.

No que se refere ao quarto e último subprincípio do Estado democrático de direito, o da *proteção jurídica e das garantias processuais*, que proporciona a efetivação dos direitos fundamentais por meio da garantia de julgamento por instâncias independentes que podem restabelecer sua integralidade, sob pena de impor ao Estado o dever de reparar o dano ao titular do direito violado, tal princípio não esgota o conteúdo do princípio da proibição de retrocesso, por ocupar-se de questões que surgem com a não satisfação de determinado direito, assumindo assim natureza residual.

No próximo capítulo, pretende-se fundamentar a possibilidade de aplicação do princípio da proibição de retrocesso à esfera penal, o que será feito com base em fundamento histórico e jurídico. Do ponto de vista histórico, demonstrar-se-á que o processo político de erosão dos direitos sociais é o mesmo que motivou a erosão dos direitos afetos à esfera penal, não havendo razão, portanto, sob esse prisma, a que tal princípio seja aplicado somente aos direitos sociais e não aos direitos de liberdade. Do ponto de vista jurídico, aponta-se que a diferenciação conceitual entre direitos de liberdade e direitos sociais é apenas analítica e não ontológica, não havendo, assim, qualquer fundamento que justifique a aplicação do referido princípio apenas à proteção dos direitos sociais. Demonstrar-se-á, ainda, que o princípio da proibição de retrocesso à esfera penal pode ser extraído do Pacto de São José da Costa Rica. Por fim, buscam-se algumas aplicações práticas ao princípio da proibição de retrocesso.

⁹ Sobre a diferença entre princípio e postulado normativo, vide nota de rodapé n. 8.

3 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO À ESFERA PENAL

3.1 Definição de retrocesso

Ao se propor um estudo sobre a possibilidade de aplicação do princípio da proibição de retrocesso à esfera penal, que envolve os três ramos do Direito cuja função é regular o exercício do poder de punir do Estado (direito penal, processual penal e penitenciário), há que se definir, inicialmente, o que poderá ser considerado retrocesso para efeitos penais.

Höffe constata que a primeira grande 'onda de justiça' e de 'positivismo dos direitos humanos' começou com a formação de um direito penal que protege as liberdades fundamentais, por meio da ameaça de pena a quem ouse violá-las, mas sem perder de vista que esse mesmo direito penal contém determinações de séculos que não se compatibilizam com os direitos humanos fundamentais (2006, p. 418).

Assim, pode-se considerar retrocesso tanto a ação indevida do Estado na esfera de proteção dos direitos fundamentais, quanto a sua inação em proteger determinados bens jurídicos em razão da falta de prestação normativa ou material. De modo que, tanto o excesso como a falta de leis que criminalizem condutas, bem como a falta de dispositivos que regulamentem procedimentos penais ou a forma de concessão de benefícios processuais, além da ação do poder público que venha a revogar leis que o façam, ou, por fim, a inação em prestar o auxílio material para que a pessoa que estiver sendo processada ou cumprindo pena possa ter garantidos todos seus direitos fundamentais, podem ser considerado retrocesso penal.

Sendo patente a natureza ambivalente do direito penal, ao poder servir como instrumento de proteção e, ao mesmo tempo, de violação dos direitos humanos fundamentais, há que repisar que a crítica que ora se pretende construir por meio do presente trabalho se volta contra o fenômeno do encarceramento em massa.

Para não se incorrer em reducionismos, registre-se que esse fenômeno representa a última fase de um processo mais amplo, que tem sua

gênese na atuação seletiva do sistema penal e no conseqüente recrutamento das pessoas que integrarão o contingente carcerário entre a parcela da população, econômica e socialmente, mais vulnerável, acabando por reproduzir as desigualdades estruturais da sociedade (BARATTA, 1999, p. 175-177).

Segundo dados do sistema de informações penitenciárias do Ministério da Justiça, do total de 471.254 pessoas presas no sistema penitenciário brasileiro (que desconsidera as 43.328 presas nas cadeias administradas pelas secretarias de segurança pública dos Estados e as 10.159, da carceragem da polícia federal), 216.870 não completaram o ensino fundamental, 59.101 concluíram apenas o ensino fundamental, 52.907 não concluíram o ensino médio, 36.353 concluíram o ensino médio, 3.766 não concluíram o ensino superior, o que ocorreu com apenas 1.910.

Portanto, ainda que o problema do encarceramento em massa seja tratado aqui como questão de hermenêutica jurídica, não pode haver dúvida acerca da necessidade de se mudar a política penal no Brasil, o que passa por todas as esferas de atuação do Estado, não se olvidando que a melhor forma de combate ao crime é o investimento em políticas sociais inclusivas, o que Santin considera como forma primária de prevenção do crime, sob pena de se legitimar o aumento indesejado da repressão estatal (2004, p. 94).

Outrossim, há que levar em conta a total falência da prisão como meio de garantir as almejadas prevenções geral e especial da pena, no sentido de dissuadir o corpo social e o próprio apenado da prática de novos crimes. Nesse sentido, Giacóia e Hammerschmidt assinalam que os males produzidos pela prisão degradam psicológica e socialmente o interno. Como exemplo, citam a atrofia intelectual, desvios de atitude, transtornos psicossomáticos (sexuais, fanatismo, insegurança etc.), depressão, ansiedade, medo, insônia, pesadelos, alucinações. Dizem que a prisão, por sua própria natureza, é um lugar onde se esconde, mente, se dissimula, se faz criar um automatismo de astúcia. Lembram ainda o papel da prisão como meio facilitador da formação de associações criminosas, o que é potencializado, justamente, pelo afastamento e pela ruptura de vínculos que sustentam a estrutura psíquica das pessoas (2012, p. 97).

Trata-se de uma constatação que põe em xeque a crença no encarceramento como meio de garantir maior segurança à população.

Nesse sentido, o Conselho Federal de Psicologia publicou um estudo em que propõe o enfrentamento da questão carcerária em duas frentes. A primeira, por meio de investimento no ser humano, no intuito de integrá-lo à sociedade e sentir-se responsável para com os demais. A segunda, pelo rompimento do paradigma do encarceramento como resposta ao desvio, privilegiando uma política que dê suporte às pessoas a que se sintam motivadas a fortalecer ou recuperar o laço social que as une a seus familiares e amigos (2008, p. 9).

Considerando que a hermenêutica jurídica desenvolvida com base no respeito aos direitos humanos fundamentais tem o potencial de contribuir para transformar a atual situação do sistema carcerário brasileiro, a partir da aplicação de um princípio constitucional que visa evitar retrocessos, é certo que isso somente será possível, se o conceito de retrocesso levar em conta que o direito penal deve ser a última *ratio* em matéria de solução de conflitos sociais, e de que sejam privilegiadas as políticas sociais inclusivas, o que conduz à superação do paradigma que considera a prisão como meio mais eficaz de resposta penal ao delito.

Para tanto, não se pode perder de vista que o enfrentamento da questão carcerária deve ser tratado como “uma batalha por mudança na correlação de forças e que, necessariamente, passa pela construção de uma cultura democrática” (PRADO; CASARA, 2010, p. 355-356).

Feitas essas considerações, prossegue-se no estudo acerca da possibilidade de aplicação do princípio da proibição de retrocesso à esfera penal. Inicialmente, o argumento será construído com base na análise histórica do processo de erosão dos direitos sociais e de liberdade. Após, a análise volta-se para o fundamento jurídico. Por fim, serão abordadas algumas situações práticas em que o referido princípio possa ser aplicado.

3.2 Do fundamento histórico: da identidade entre o processo de erosão dos direitos fundamentais sociais e de liberdade

No primeiro capítulo foi feita análise das quatro dimensões dos direitos fundamentais. Embora a preocupação precípua tenha sido demonstrar uma

evolução conceitual das categorias dos direitos fundamentais, apontou-se também que a conquista desses direitos não ocorreu sem o condicionamento das estruturas econômica e social vigentes em cada época.

No presente tópico, a análise será voltada ao período da segunda metade do século XX até os dias atuais, quando foram implantadas, de forma mais efetiva, as políticas prestacionais do Estado de bem estar social, que acabaram sendo substituídas pelas políticas neoliberais.

Hirsch afirma que as políticas do Estado de bem estar social “criaram historicamente uma certa generalização da cidadania, atravessando as fronteiras de classe e de sexo. Elas fundaram material e juridicamente a “Nação”, pelo menos quase unificada” (2010, p. 87). O autor refere que essa forma de Estado foi produto da concorrência que os países capitalistas travaram com os países do campo socialistas, o que “obrigou as classes dominantes dos países capitalistas desenvolvidos a fazer concessões sociais, que se evidenciaram como outro mecanismo para estabilizar o novo regime de acumulação” (2010, p. 144).

Não escapa à sua análise que as conquistas sociais verificadas nesse período “foram a base para a implantação de uma hegemonia de classe, na medida em que a classe dominante pode levantar a reivindicação de uma direção política nacional-popular, passando por cima de todas as divisões sociais” (2010, p. 87). Esclarece, ainda, que “As representações políticas da classe trabalhadora, antes marcada pelo selo das associações dos ‘companheiros sem pátria’, converteram-se continuamente em apoios do Estado nacional” (2010, p. 87).

Para Pisier, o Estado de bem estar social, ao mesmo tempo em que conseguiu implantar políticas que visavam beneficiar um grande número de pessoas, não deixou de contemplar o individualismo próprio dos estados capitalistas liberais, na medida em que a divisão dos bens sociais não visava a atingir um bem comum, mas sim garantir o direito individual de cada cidadão, como “uma espécie de vitória progressiva das social-democracias” (2004, p. 165). Refere ainda que a expressão Estado de bem estar social “designa [...] o conjunto dos dados econômicos e sociais que serviu para justificar a extensão do intervencionismo estatal nos domínios tradicionalmente reservados para a iniciativa privada” (2004, p. 165).

No mesmo sentido, Hirsch aponta os seguintes fatos históricos para identificar o surgimento do Estado de bem estar social, a cujo movimento designa de *fordismo*:

Em seus primórdios, encontra-se a crise econômica mundial dos anos trinta e as rupturas catastróficas que a seguiram: o 'New Deal' de Roosevelt nos Estados Unidos, o fascismo europeu, a dominação nazista na Alemanha e finalmente a II Guerra Mundial. Um fato decisivo que condicionou seu surgimento foi a Revolução Russa de Outubro, o estabelecimento do "campo socialista" e o correspondente conflito Leste-Oeste. Através desses acontecimentos, modificaram-se, de maneira fundamental, as estruturas da sociedade, as correlações de força sociais e os sistemas políticos em vastas regiões do mundo. As transformações que seguiram a crise econômica mundial dos anos trinta criaram as condições políticas e sociais para que a nova formação "fordista" do capitalismo pudesse se impor em longas e às vezes sangrentas lutas (2010, p. 138).

Conquanto não represente uma ruptura com o modo de produção do sistema capitalista, o Estado do bem estar social altera profundamente a relação entre Estado e sociedade.

Netto, na esteira do pensamento de Jorge Reis Novais, explica que "o Estado passou a atuar sobre a sociedade e a economia com finalidades sociais e de desenvolvimento econômico; para além das garantias formais, perseguia-se a tutela substantiva de condições sócio-econômicas para os indivíduos" (2011, p. 30).

Valendo-se dos ensinamentos de Carlos Bernal Pulido, referida autora esclarece que, para o Estado social, a pessoa passa a ser vista como portadora de necessidades básicas, "às quais nem sempre pode prover sem contar com a atuação estatal, e cuja satisfação se configura como pressuposto inafastável da liberdade" (2011, p. 30-32).

Com o surgimento do Estado de bem estar social e a sua tarefa de assegurar, ao menos, as condições mínimas de existência, as pessoas passam a ter a pretensão de exigir atitudes positivas do Estado, que deveria assim não mais se abster, mas implementar políticas públicas visando a concretização e a manutenção dos direitos sociais.

Para Bonavides...

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valorização da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos

valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude” (2000, p. 519).

A implantação das políticas sociais do Estado de bem estar não se concretizou de forma simétrica em todos os países capitalistas, mas antes seguiu o ritmo do grau de dependência econômica, política e cultural de cada país em relação ao centro do poder capitalista mundial. Ou seja, quanto maior o grau de desenvolvimento das forças produtivas, de autonomia política e cultural de cada país, tanto mais se verificou a efetivação de políticas sociais e, *a contrario sensu*, quanto maior o grau de dependência, menor foi o nível de conquista dos direitos sociais. Deste modo, não seria fora de propósito ponderar que, em muitos países capitalistas periféricos, as políticas prestacionais do Estado de bem estar social sequer foram implementadas (STRECK, 2011, p. 27).

No caso do Brasil, tem-se, até mesmo, que o Estado liberal, inaugurado pelas revoluções burguesas do fim do século XVIII, fora implementado com considerável atraso e de forma incompleta, pois o país não se desvencilhara da herança patrimonialista deixada pelos anos de dominação da coroa portuguesa e, após a independência, por um governo local que pouco ou nada modificou essa situação. Segundo Lopes...

[...] é preciso esclarecer que o liberalismo, no Brasil, nada tem a ver com o liberalismo norte-americano, por exemplo: ali, liberal é o defensor das liberdades civis e públicas, dos direitos humanos, sociais e civis. Aqui, o liberalismo tendo a confundir-se exclusivamente com o liberalismo econômico, o *laissez-faire*, ou, num clima de profundas desigualdades como o nosso, num *salve-se quem puder* (2011, p. 209).

Assim, esse atraso se verificou também quanto à implantação do Estado de bem estar social, a ponto de Streck afirmar que, no Brasil, “*não houve o Estado Social*” (2011, p. 27).

Não obstante essa disparidade entre países centrais e periféricos, quanto à implantação das políticas sociais, o fato é que, a partir da década de 1970, o Estado de bem estar social foi sendo substituído pelo Estado neoliberal.

Derbli aponta para o esgotamento do Estado de bem estar social como o principal motivo para o surgimento do princípio da proibição de retrocesso na Alemanha. Segundo o autor:

As constantes transformações do mundo e o avanço da globalização interferiram decisivamente nos sistemas de prestações sociais dos Estados, gerando crescentes incerteza e segurança acerca de quais – e em que medida – direitos sociais de cunho prestacional seriam assegurados em face da ação do legislador. Tornou-se, pois, maior o clamor por justiça social e segurança, sobretudo no campo da seguridade social, onde foram sensíveis, em todo o mundo, as alterações nos regimes de previdência (2007, p. 140).

Embora seja um equívoco supor que o intervencionismo do Estado neoliberal, mormente na esfera de restrição dos direitos de garantias individuais, tenha nascido com o fim do Estado providência, já que essa forma de estado “é um ‘estado de segurança’ no duplo sentido da palavra: como estado de ‘bem-estar’ e como ‘estado burocrático de controle e vigilância” (HIRSCH, 2010, p. 144); não há como negar que o avanço das políticas punitivistas, tal qual se vê, seja fruto do desmantelamento do Estado de bem-estar social e sua consequente substituição pelo Estado neoliberal.

Na América Latina, o modelo neoliberal passou a ser implementado, com mais intensidade, a partir da realização do Consenso de Washington, no ano de 1989.

A vertente criminal do pacote importado do consenso de Washington denomina-se *lei e ordem*, cujo laboratório havia sido os bairros pobres e guetos da cidade de Nova Iorque, de onde os marginalizados foram removidos para os presídios de segurança máxima, não sem antes serem devidamente processados e condenados pelas mais diversas condutas, muitas das quais, insignificantes, que passaram a ser consideradas crimes em razão do discurso da tolerância zero (WACQUANT, 2001).

Para Nilo Batista,

A implantação do empreendimento neoliberal, ao longo dos anos 90, significou, como todos reconhecem, uma desaceleração econômica acompanhada da destruição de segmentos inteiros de nosso parque industrial, desemprego massivo, flexibilização de garantias trabalhistas, incremento de subempregos e do desmonte de programas assistenciais públicos, com graves consequências sociais. A superação do estado previdenciário – alardeada pelo ex-presidente da República como “o fim da era Vargas” – não deixaria de acompanhar-se da superação do sistema penal por ele constituído no quadro do capitalismo industrial, com suas conhecidas características: centralidade da pena privativa de liberdade, orientada no entanto por utopias ressocializadoras incompatíveis com o sepultamento em vida do condenado (progressividade), educação para o trabalho (institutos industriais, penitenciárias agrícolas) etc (2003, p. 82).

Neste sentido, Franco corrobora a ideia de que a derrocada do Estado providência e o conseqüente processo de globalização econômica produziu o efeito de flexibilização e desregulamentação dos direitos e garantias sociais, simultaneamente ao processo de criminalização de novas condutas, com a exacerbação das sanções penais, a relativização de princípios constitucionais relevantes, como o emprego deliberado de conceitos indeterminados, ambíguos ou porosos, ou a lassidão das exigências da culpabilidade, a policização da justiça, o abuso de prisões cautelares, a redução das garantias processuais, a inversão do ônus da prova para a defesa. Para o autor, esse processo visa difundir o medo e o conformismo em relação aos excluídos do processo de globalização e assim buscar sua preservação por meio do significado simbólico da punição àqueles que não foram leais ao sistema de mercado (2007, p. 568-569).

Ao analisar esse fenômeno, Capella traça o seguinte paralelo entre as funções assistencial e repressiva do Estado neoliberal:

As estratégias desreguladoras no âmbito laboral consiste em substituir as funções assistenciais até agora prestadas por instituições públicas por uma utilização do voluntariado social e de certas ONGs com estes fins. Se trata, em definitivo, de reduzir o custo da assistência social publicamente garantida substituindo o trabalho caro dos funcionários públicos pelo trabalho praticamente gratuito dos voluntários. Isso conduz, em definitivo, a uma diminuição das prestações assistenciais totais.

[...]

Uma espécie de estado de exceção personalizado, que se aplica sobretudo às categorias sociais mais pobres, adelgando o sistema de garantias e deixando amplo espaço ao arbítrio da repressão governativa contra sujeitos que não tem fácil acesso a meios de defesa e sobretudo à ágora pública (2002, p. 276-277).

Bauman, em estudo realizado sobre a obra de Thomas Mathiesen (*Prison on Trial*), constata que o fenômeno do aumento do poder punitivo - com o conseqüente aprisionamento em massa - não expressa, necessariamente, o aumento da prática de condutas criminosas, senão uma política do Estado para resolver os conflitos sociais próprios de uma sociedade excludente, por meio do sistema punitivo.

O que sugere a acentuada aceleração da punição através do encarceramento, em outras palavras, é que há novos e amplos setores da população visados por uma razão ou outra como ameaça à ordem social e que sua expulsão forçada do intercâmbio social através da prisão é vista como um método eficiente de neutralizar a ameaça ou acalmar a ansiedade pública provocada por essa ameaça (1999, p. 122).

Não por acaso, é nesse período que, no Brasil, se constata o aumento vertiginoso da população carcerária, que passa de 110.000 em 1994 para mais de 500.000 nos dias de hoje. A evolução dos dados nos últimos onze anos pode ser percebida por meio da tabela abaixo, que expressa a relação entre número de presos, de vagas e o déficit entre eles¹⁰.

Tabela 1. Evolução quantitativa de pessoas presas em presídios brasileiros, de 2000 a 2010.

Ano	Número de presos	Número de vagas	Déficit de vagas
2000	232.755	135.710	97.045
2001	233.859	141.297	92.562
2002	239.345	156.432	82.913
2003	308.304	179.489	128.815
2004	336.358	211.255	125.103
2005	361.402	206.559	154.843
2006	401.236	234.244	166.992
2007	422.590	262.690	159.900
2008	451.429	296.428	155.001
2009	473.262	294.684	178.578
2010	496.251	298.275	197.976
2011	514.582	306.497	208.085

Trata-se de um fenômeno não exclusivamente brasileiro, que é percebido mesmo nos países que, historicamente, não privilegiavam a prisão como meio de imposição da sanção penal¹¹.

¹⁰ Tabela elaborada com base nos dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias, do Ministério da Justiça. Até Dez/2011, o número de presos no sistema penitenciário brasileiro era de 514.582 pessoas, perfazendo a proporção de 269,79 por 100.000 habitantes, dos quais 43.328 em cadeias públicas.

¹¹ Cfr. Bauman: “De acordo com os mais recentes dados meticulosamente coletados por Nils Christie, os Estados Unidos estão notoriamente à frente e bem distantes do resto (embora os seus recordes estejam sendo rapidamente alcançados pela nova Federação Russa): no total, mais de 2 por cento da população dos EUA estavam sob controle do sistema penal. O índice de crescimento é mais impressionante. Em 1979 havia 230 prisioneiros para cada grupo de 100.000 habitantes – em 1.º janeiro de 1997 já eram 649. (...) Mesmo na Noruega, conhecida por ser particularmente reticente em recorrer a sentenças de prisão, a proporção de prisioneiros subiu de menos de 40 por 100.000 habitantes no início da década de 1960 para 64 por 100.000 agora. Na Holanda a proporção subiu de 30 para 86 por 100.000 no mesmo período; na Inglaterra e Gales a proporção agora chegou a 114 prisioneiros por 100.000 habitantes e esses países precisam de uma nova prisão a cada semana para abrigar o aumento que parece não ter fim” (1999, p. 123).

A política repressiva do estado moderno ganhou mais força a partir dos atentados de 11 de setembro de 2001. Para Chomsky, os atentados às Torres Gêmeas e ao Pentágono serviram como pretexto para o império norte americano *acelerar* sua agenda particular (2002, p. 36), que compreende, como se vê agora, implementar sua hegemonia de controle social a todos os países, com especial atenção àqueles que integram - o que eles próprios denominaram - o eixo do mal.

Piovesan salienta que o impacto dos atentados de 11 de setembro quanto à restrição dos direitos e liberdade pode ser percebido na aprovação, nos mais diversos países, de legislação que amplia aplicação da pena de morte e demais penas e afronta o devido processo legal, o direito a um julgamento justo, como no caso da aprovação de projeto de lei pelo Congresso norte americano que atribui a comissões militares a competência para o julgamento de acusados por terrorismo, e dá ao presidente da república o poder de interpretar o significado e o alcance das Convenções de Genebra, podendo definir, inclusive, os métodos de interrogatórios aceitáveis (2011, p. 60).

O país que idealizou e que vem propagando a ideia do avanço do poder punitivo em nível mundial é o mesmo que, sistematicamente, vem se recusando a ratificar, a partir de 1966, todos os tratados internacionais de direito humanos, conforme esclarece Comparato:

O último tratado internacional de direitos humanos integralmente ratificado pelos Estados Unidos foi o Pacto aprovado pelas Nações Unidas em 1966, sobre direitos civis e políticos. O Pacto gêmeo sobre direitos econômicos, sociais e culturais teve sua ratificação rejeitada pelo Congresso norte-americano. A partir de então, os Estados Unidos vêm-se recusando, sistematicamente, a se submeter às normas internacionais de proteção aos direitos humanos, por considerarem que isto implica uma limitação de sua soberania. Assim foi com os Protocolos de 1977 às Convenções de Genebra de 1949, com a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres de 1979, com a Convenção sobre o Direito do Mar de 1982, com o Protocolo Adicional de 1988 à Convenção Americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, com o Segundo Protocolo de 1989 ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, com a Convenção sobre os direitos da criança de 1989, com a Convenção sobre a Diversidade Biológica de 1992, com a Convenção de Ottawa de 1997, sobre a proibição de uso, armazenagem, produção e transferência de minas antipessoais, com a Convenção de Roma que instituiu o Tribunal Internacional, em 17 de julho de 1998 (2003, p. 532-533).

E conclui o citado autor, que os Estados Unidos “vão-se tornando assim, definitivamente, um Estado fora da lei no plano internacional” (2003, p. 533).

O paralelo feito aqui, entre a erosão dos direitos sociais e dos direitos de liberdade pelas políticas do estado neoliberal, se justifica porque, conforme lembra Nilo Batista:

O fato de que o empreendimento neoliberal esteja diretamente ligado a uma expansão qualitativamente distinta do sistema penal, necessária ao controle dos contingentes humanos que ele mesmo marginalizou, já não é, [...], tão limpidamente reconhecido, mesmo por intelectuais, lideranças e partidos políticos críticos do ponto de vista econômico-social (2003, p. 82).

Destarte, se o desmonte do Estado do bem estar social guarda relação direta com a ameaça de diminuição ou supressão dos direitos sociais e com o fenômeno do aumento do poder punitivo, faz-se mister que o princípio da proibição de retrocesso, que surgiu para impedir violações a direitos sociais, seja também aplicado para proteger os direitos fundamentais afetos à esfera penal.

A relativa autonomia que o Brasil vem conquistando em outras áreas das relações internacionais, muitas vezes se confrontando com os interesses da potência norte americana (condenação ao golpe de estado na Venezuela em abril de 2002; criação da Unasul para intermediar conflitos entre países sul americanos; condenação ao golpe de estado em Honduras, em junho 2008; intermediação de acordo nuclear com o Irã; e, mais recentemente, reconhecimento das fronteiras do Estado Palestino), deve ser transposta, outrossim, às políticas públicas destinadas à esfera penal.

Não se trata de mera opção política, mas de necessidade premente de legitimação do Estado brasileiro, com base em princípios universais de direitos humanos fundamentais, no intuito de evitar a continuação do processo de segregação e eliminação de uma considerável parcela de sua população.

No próximo tópico, será abordado o fundamento jurídico da aplicação do princípio da proibição de retrocesso à esfera penal, que considerará a identidade ontológica bem como do regime jurídico entre direitos sociais e de liberdade.

3.3 Do fundamento jurídico da aplicação do princípio da proibição de retrocesso à esfera penal

Demonstrado o fundamento histórico para que o princípio da proibição de retrocesso possa ser aplicado à esfera penal, acredita-se que o último obstáculo à proposta do presente trabalho encontra-se em superar a diferença entre direitos sociais e direitos de liberdade, pois, do contrário, isto poderia inviabilizar a projeção do princípio da proibição de retrocesso à esfera penal.

Isto porque, a perdurar essa diferenciação, os direitos de liberdade não necessitariam de maior proteção, em vista de já estarem devidamente assegurados pelo regime especial de proteção dos direitos fundamentais, que lhes garantiria eficácia jurídica e densidade normativa suficientes para gerarem efeitos no ordenamento jurídico brasileiro. Por outro lado, somente os direitos sociais demandariam maior proteção, por dependerem de um marco normativo e de prestações materiais por parte do Estado para que pudessem ser efetivados, conforme ensina Canotilho (2003, p. 398-403).

Contudo, como se vê adiante, no caso específico do ordenamento jurídico brasileiro, tal diferenciação entre direitos sociais e direitos de liberdade não ultrapassa a esfera analítica, servindo mais para uma diferenciação conceitual do que propriamente real.

De início, cumpre observar que o fato de o princípio da proibição de retrocesso ter surgido para proteger direitos sociais e não haver quem advogue, especificamente, sua aplicação aos direitos de liberdade, não é óbice a que isso venha ocorrer, para que seja aplicado à esfera penal, pois, como todo e qualquer fenômeno jurídico, referido princípio é produto direto das condições materiais objetivas então existentes no momento de seu surgimento, que podem ser assim expostas.

O primeiro ponto a ser considerado refere-se a que o princípio da proibição de retrocesso surge em países que experimentaram, por longos anos, políticas prestacionais do Estado de bem estar social e que, por isso, aumentaram significativamente o nível dos direitos sociais usufruídos de sua população. Assim, a primeira explicação para que referido princípio tenha sido aplicado, tão somente, à proteção dos direitos sociais, pode estar no fato de haver necessidade de maior preservação desses direitos, por representarem a tônica do Estado prestacional. Ainda, no cenário do Estado de bem estar social a efetivação dos direitos sociais,

econômicos e culturais tem influência direta na preservação dos direitos de liberdade, seja pela integralização desses direitos, seja pela prevenção de litígios penais cuja ocorrência é facilitada pelas condições sociais e econômicas precárias, como bem demonstram Sen e Kliksberg (2010, p. 292).

Some-se a isso o fato de que, em Portugal e Espanha, por exemplo, os direitos sociais seguem o regime geral de proteção, enquanto que os direitos de liberdade seguem o regime especial. Neste sentido, Canotilho esclarece que a diferença básica entre esses regimes está, justamente, em que o regime especial imprime uma *força vinculante* e uma *densidade aplicativa* mais imediatas (2003, p. 398). Tal fato justifica uma maior preocupação em se criar mecanismos de proteção dos direitos fundamentais sociais, para compensar a diferença de tratamento em relação aos direitos de liberdade, em vista de haver regimes jurídicos diversos para essas duas espécies de direitos fundamentais.

Do mesmo modo, anote-se que, na Alemanha, os direitos sociais não constam expressamente da Constituição, o que não acontece aos direitos de liberdade (DERBLI, 2007, p. 204-205). Isso certamente motivou a que os direitos sociais tivessem uma fundamentação no princípio da segurança jurídica, que é o molde tedesco do princípio da proibição de retrocesso lusitano.

Cumprir observar, contudo, que a diferenciação do regime jurídico dos direitos fundamentais de liberdade e o dos direitos sociais, bem como a não previsão desses últimos no texto constitucional, não encontram eco no ordenamento jurídico brasileiro, conforme salienta Sarlet (2009, p. 449).

Freitas corrobora esse entendimento ao afirmar que a Constituição brasileira não contém qualquer norma que assegure regime especial e preferencial aos direitos de liberdade (2007, p. 147).

Saliente-se que a diferenciação de tratamento entre direitos sociais e de liberdade é mitigada pela jurisprudência mesmo dos países que a adotam. Em Portugal, já se percebia no acórdão 39/84, que inaugurou a aplicação do princípio da proibição de retrocesso nesse país, a referência a que “os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjetivos, inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas” (RAMOS, 2009, p. 61), o que acabava por aproximá-los do regime especial dos direitos de liberdade adotado alhures.

Portanto, acredita-se estar afastado qualquer argumento que pudesse impedir, já na origem, a viabilidade científica da hipótese ora sustentada, de aplicação do princípio da proibição de retrocesso aos direitos de liberdade. Isto porque, demonstrou-se que a motivação inicial para que o princípio da proibição de retrocesso tivesse sido aplicado somente aos direitos sociais, guarda relação com fatores históricos (prevalência da necessidade de se preservar direitos sociais em comparação aos direitos de liberdade) e jurídicos (adoção de regimes jurídicos diversos e de previsões constitucionais díspares) dos países em que teve origem referido princípio, e não com uma eventual impossibilidade ontológica de que tal princípio possa ser aplicado aos direitos de liberdade.

Com efeito, mesmo na França, em que sequer se cogitou, até aqui, da existência do referido princípio, o Conselho Constitucional inaugurou jurisprudência, desde a decisão DC 83-165, de 20.01.1984, que considera a proibição de retrocesso “no domínio das liberdades fundamentais [...] considerando que não é possível a revogação total de uma lei, em tais matérias, sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente” (RAMOS, 2009, p. 139).

No caso do Brasil, Sarlet esclarece não ser possível encontrar na Constituição brasileira qualquer diferença ou primazia entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, sendo que os direitos sociais são equiparáveis, “no que diz com sua função precípua e estrutura jurídica, aos direitos de defesa” (2009, p. 423).

O autor lembra, ainda, que uma interpretação que não equipare essas espécies de direito conduzirá à exclusão dos direitos sociais (e também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos) do rol de cláusulas pétreas do artigo 60, § 4.º, inciso IV, de nossa lei Fundamental, o que advogaria contrariamente ao caráter fundamental desses direitos (2009, p. 423).

Neste sentido, também a constitucionalista portuguesa Cristina Queiroz afasta as diferenças conceituais que separam os direitos sociais dos direitos de liberdade. Primeiro, aborda a questão de que, também os direitos sociais têm sua face abstencionista, ou seja, impõe ao Estado um dever de não agir. Isto porque, a proibição de retrocesso determina que, uma vez consagrados os direitos sociais, o legislador não pode mais eliminá-los sem alternativas ou compensações. Por outro lado, afirma que, mesmo os direitos ditos negativos exigem ações positivas por parte do Estado (2006, p. 120).

Sarlet também considera que...

[...] todos os direitos fundamentais (inclusive os assim chamados direitos de defesa), [...], são, decerto modo, sempre direitos positivos, no sentido de que também os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral exigem – para a sua realização – um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, que abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para a sua proteção e implementação. Assim, não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar ‘um custo’, de tal sorte que esta circunstância não poderia ser limitada aos direitos sociais de cunho prestacional (2009, p. 285).

Do mesmo modo, como se viu no primeiro capítulo, a primeira identificação entre essas duas espécies de direitos ocorreu já desde a promulgação da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, inovando no sentido de “parificar, em grau de importância, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos sociais e culturais; e [...] afirmar a inter-relação, indivisibilidade e interdependência de tais direitos” (PIOVESAN, 2010b, p. 118).

Citando Thomas Buergenthal, Piovesan lembra que os direitos assegurados no Pacto de São José da Costa Rica impõem aos Estados signatários, obrigações negativas e positivas. De um lado, há a obrigação de não violar direitos individuais; por exemplo, há o dever de não torturar um indivíduo ou de não privá-lo de um julgamento justo. Mas a obrigação do Estado vai além desse dever negativo e pode requerer a adoção de medidas afirmativas necessárias e razoáveis, em determinadas circunstâncias, para assegurar o pleno exercício dos direitos garantidos pela Convenção Americana (2011, p. 128).

De fato, em todos os documentos internacionais citados neste trabalho há expressa referência a que os direitos de liberdade somente podem ser garantidos se estiverem assegurados os direitos de igualdade. Numa clara referência à integralidade desses direitos, consta do preâmbulo do Pacto de São Salvador que...

[...] as diferentes categorias de direito constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pelo qual exigem uma tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da realização de outros.

Portanto, se não há diferença ontológica tampouco jurídica entre direitos sociais e direitos de liberdade, também não pode haver óbice, sob esse aspecto, a que o princípio da proibição de retrocesso seja aplicado aos direitos de liberdade, até porque, conforme consta da *Declaração Universal dos Direitos do*

Homem, não há liberdade sem igualdade nem igualdade sem liberdade (PIOVESAN, 2010b, p. 118).

Com efeito, Sarlet lembra que o fenômeno de supressão de direitos, que se caracteriza em retrocesso social, “não se manifesta apenas na seara dos direitos sociais” (2009, p. 437). Por isso, o autor afirma sua posição “em prol da possibilidade de uma aplicação da proibição de retrocesso a todos os direitos fundamentais” (2009, p. 451).

Derbli diverge do mestre gaúcho, e advoga a aplicação do princípio da proibição de retrocesso apenas aos direitos sociais. O que pode ser extraído da definição que dá ao referido princípio, conceituando-o como sendo a...

[...] garantia contra a ação erosiva do grau de concretização infraconstitucional de um direito social fundamental definido em uma regra ou em um princípio constitucional, praticada diretamente pelo legislador, ou mesmo indiretamente pelo titular do Poder Constituinte Reformador, atribuindo-se a esse direito social o *status* negativo jusfundamental e, com isso, modalidades de eficácia jurídico geralmente atribuídas aos direitos de defesa (2007, p. 86).

Por esse raciocínio, a aplicação do princípio da proibição de retrocesso à esfera penal, que trata precipuamente dos direitos de defesa propriamente ditos, ligados à esfera da liberdade dos indivíduos, não teria maiores aplicações práticas, visto que tais direitos já seriam, por si só, oponíveis em face do Estado, por não dependerem de qualquer ação estatal que os reconheça ou lhes dê densidade, diferentemente do que se exigiria para a concretização dos direitos sociais. Tanto assim que Derbli busca equiparar o *status* dos direitos sociais ao dos direito de liberdade, afirmando que aqueles passam a assumir *status* negativo a partir do momento em que são concretizados pela ação do Estado, quer por meio de um marco normativo, quer de uma prestação material.

É possível extrair do pensamento de Derbli que o principal argumento que o conduz a restringir a aplicação do princípio da proibição de retrocesso, apenas, aos direitos sociais, reside no fato de a Constituição brasileira estar impregnada de um dirigismo constitucional que se volta para “a realização da justiça social, mesmo porque a garantia das liberdades fundamentais já se encontra mais do que consagrada no constitucionalismo moderno” (2007, p. 203).

Em face disso, torna-se necessário levantar dois pontos em que se baseia a pretensão de se aplicar à esfera penal o referido princípio, o que vai de encontro, nesse particular, ao que sustenta Derbli.

O primeiro ponto diz respeito a que, também os direitos de liberdade sofrem a erosão do poder legiferante, conforme assinalado por Sarlet, mormente em época de crescente aumento do poder punitivo, a ponto de, em muitos casos, terem seu núcleo essencial totalmente suprimido, como é o caso, por exemplo, da introdução do regime disciplinar diferenciado em nosso ordenamento jurídico, ou da proibição genérica de liberdade provisória a pessoas que são acusadas de determinados crimes, ou à submissão de presos a condições totalmente degradantes em razão do fenômeno de encarceramento em massa. Por esses exemplos, não se pode dizer que os direitos de liberdade não mereçam a proteção de um princípio que lhes garantam as posições jurídicas já alcançadas ou, ao menos, o mínimo essencial à fruição desses direitos, o que pode ser cumprido pelo princípio em questão.

De fato, embora Derbli restrinja a aplicação do princípio da proibição de retrocesso aos direitos sociais, afirma não haver controvérsia “quanto à inclusão dos direitos de liberdade e da personalidade no conceito de mínimo existencial [...], em especial no que tange à vedação de submissão do indivíduo a constrangimentos físicos ou morais, ofensas e humilhações” (2007, p. 91).

O segundo ponto diz respeito ao fato de que os direitos de liberdade, assim como os direitos sociais, que também podem ter seu conteúdo material extraído diretamente de normas e princípios constitucionais e seguem o mesmo regime jurídico de proteção na Constituição brasileira, acabam exigindo, por vezes, uma prestação jurisdicional para que possam ser exercidos – o que é admitido pelo próprio Derbli que, com base na teoria do *status* de Jellineck, conclui que “mesmo a liberdade demanda custos e atuações comissivas do poder estatal” (2007, p. 89).

Nesta esteira, diga-se que tais atuações não se restringem às prestações materiais, mas também normativas, judiciais e administrativas, no domínio designado de organização e procedimento, a fim de que os direitos fundamentais passem a ganhar maior densidade e atinjam “padrões mínimos de exercício efetivo de liberdades por parte da generalidade dos cidadãos, criando as

condições de concretização e observância das garantias constitucionais” (NOVAIS, 2003, p. 82, 83).

Nesses casos, os direitos de liberdade passam a também desafiar uma prestação positiva por parte do Estado, sendo que, uma vez conquistado um maior grau de densidade, reforça-se seu *status* defensivo em face de restrições legais a essas prestações, que não devem ser suprimidas por ato revocatório estatal, a não ser que se ofereçam compensações ou alternativas, a fim de preservar-lhes, ao menos, o conteúdo essencial (FREITAS, 2007, p. 201).

Freitas é também da opinião de que não apenas os direitos sociais podem ser atingidos por retrocesso, não sendo certo atribuir somente a essa espécie de direito a proteção do princípio da proibição de retrocesso, mas todo e qualquer direito fundamental, naquilo que tenha sido objeto de desenvolvimento legislativo (2007, p. 216-217).

Nesse sentido, Sarlet conclui que, embora todas as normas definidoras de liberdade e garantias (e não apenas dos direitos de liberdade ou direitos negativos em geral) são sempre normas de eficácia plena, não necessitando, portanto, de uma regulamentação legal para irradiarem efeitos, não se pode desconsiderar que uma determinada regulação legal não seja relevante para a conformação concreta ou mesmo para a proteção (efetivação) dos direitos fundamentais. Assim, ao refutar o argumento de Derbli de que os direitos de liberdade não necessitariam de maior proteção, Sarlet arremata que “uma medida legal que viesse a suprimir ou esvaziar o significativamente tal concretização já implementada haveria de ser questionada com base na proibição de retrocesso” (2009, p. 445-446).

E não se perca de vista que, no âmbito penal, o princípio da proibição de retrocesso, como princípio implícito, pode ser extraído do disposto no artigo 5.º, § 2.º do Pacto de São José da Costa Rica:

Artigo 5.º

1. [...].

2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.

Com efeito, segundo Comparato, em razão desse dispositivo, em matéria de direitos humanos, “não se admite regressões, por meio de revogação normativa, ainda que efetuada por diplomas jurídicos de hierarquia superior àquele em que foram tais direitos anteriormente declarados”(2003, p. 289). E exemplifica, asseverando que: “Se, por exemplo, a pena de morte é abolida por norma constitucional, o advento de nova Constituição não pode restabelecê-la” (2003, p. 289).

Vale ressaltar que a proibição de restabelecimento da pena capital, pelos Estados que a aboliram, é expressamente prevista no artigo 4.º, item 3, do Pacto:

Artigo 4º - Direito à vida

1. (omissis).

2. (omissis).

3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.

E não se olvide que essas normas passaram a integrar nosso ordenamento jurídico, com natureza de norma Constitucional, por força do disposto no § 2.º, do artigo 5.º da Constituição da República. Segundo Piovesan...

[...] ao prescrever que ‘os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais’, a *contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos (2010, p. 52).

Deste modo, considera-se que o princípio da proibição de retrocesso pode ser aplicado ao direito penal porque i) há identidade histórica entre o fenômeno de erosão dos direitos sociais e dos direitos de liberdade; ii) não há diferença ontológica entre essas espécies de direitos fundamentais, tanto que seguem o mesmo regime jurídico constitucional, necessitam de marco normativo para obter maior densidade e são passíveis de sofrer erosões pelas ações estatais; iii) pode ser extraído do artigo 4, item 3 e artigo 5.º, item 2. do Pacto de São José da Costa Rica, que têm natureza de norma constitucional, os quais impõem ao Estado brasileiro o compromisso de adotar medidas que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício e dos direitos neles reconhecidos, bem como impedem o restabelecimento da pena de morte.

3.4 Efeitos práticos da aplicação do princípio da proibição de retrocesso à esfera penal

Sustenta-se aqui que o princípio da proibição de retrocesso pode ter aplicação prática na esfera penal, naquilo que se pode exigir do Estado uma abstenção sobre o âmbito de liberdade do indivíduo, bem como uma ação positiva, de natureza normativa ou material, para garantir ou concretizar algum direito fundamental.

Os efeitos práticos da aplicação do princípio da proibição de retrocesso à esfera penal devem ser os mesmos gerados à esfera dos direitos sociais, seja por não haver diferença ontológica entre direitos sociais e direitos de liberdade, seja porque, também na esfera penal, notadamente quanto à garantia de condições dignas para o cumprimento de pena criminal, se faz indispensável o atendimento aos direitos sociais dos presos. Assim, também na esfera penal, o Estado deve: i) fazer progredir (ou otimizar) o nível dos direitos fundamentais; ii) preservar o marco normativo já alcançado; iii) não sendo isso possível, garantir o núcleo essencial ou, em última hipótese, oferecer garantias ou compensações.

3.4.1 Dos direitos fundamentais de *status* negativo afetos à esfera penal

Aprofundando um pouco mais o conceito que considera os direitos fundamentais segundo o status positivo ou negativo preponderante para se alcançar a sua satisfação, Alexy subdivide esses últimos (os direitos fundamentais de *status* negativo) em três grupos:

O primeiro grupo é composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas *ações* do titular do direito; o segundo grupo, de direitos a que o Estado não afete determinadas *características* ou *situações* do titular do direito; o terceiro grupo, de direito a que o Estado não elimine determinadas *posições jurídicas* do titular do direito (2012, p. 198).

No primeiro grupo, que o autor diz ser “composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito” (2012, p. 198), encontram-se os direitos do cidadão comum, que pode gozar livremente de

tudo aquilo que não está proibido por lei. Se é certo que os direitos fundamentais podem ser legalmente restringidos, há que se considerar que a liberdade do legislador, para tanto, deve observar os critérios complementares das teorias interna, externo e da ponderação vistos no primeiro capítulo.

No caso da teoria interna, deve-se observar os limites imanentes no próprio conteúdo essencial dos direitos fundamentais, o que é determinado, em última instância, pelo núcleo essencial desses direitos. Para a teoria externa, o legislador está adstrito aos limites constitucionalmente previstos (reserva qualificada) bem como aos marcos normativos da legislação ordinária (reserva simples). Pelo critério da teoria da ponderação, há que se sopesar, ainda, os direitos fundamentais afetados, para saber se a garantia de um direito justifica o sacrifício de outro.

Como exemplo de restrição que poderá ser contrária a essas teorias, pode-se citar a hipótese da prisão por sentença condenatória recorrível. Pela redação original do Código de Processo Penal de 1941¹², o Estado impunha ao réu condenado, como pressuposto de cabimento do recurso de apelação, o dever de recolher-se à prisão. Tratava-se, pois, de uma restrição legal ao direito fundamental de liberdade, que sacrificava o direito à presunção de inocência, por exigir o cumprimento antecipado da pena imposta na sentença.

A partir da edição da Lei 5.941, de 22 de novembro de 1973, tal exigência deixou de ser imposta ao réu primário e possuidor de bons antecedentes¹³.

Apesar de tal dispositivo ter sido revogado pela Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, abolindo, portanto, a exigência de recolhimento à prisão do condenado por sentença penal recorrível, seja ou não primário e possuidor de bons antecedentes, é certo que qualquer tentativa de restabelecimento da prisão por sentença condenatória recorrível¹⁴, mesmo por meio de emenda à Constituição ou por se ter concluído pela prevalência do direito fundamental da segurança coletiva em face do direito individual do condenado, não passaria pelo crivo do princípio da

¹² Artigo 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se á prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto.

¹³ Esta Lei ficou conhecida como Lei Fleury, em referência ao chefe do DOPS de São Paulo, Sérgio Paranhos Fleury, a quem visava beneficiar, em razão das inúmeras condenações por torturas de presos políticos.

¹⁴ Como propõe, inclusive, o senador da república José Sarney, por meio do Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 38, de 07 de março de 2012, ainda que sob a roupagem de prisão hipótese de prisão preventiva, que pretende alterar o artigo 283 do Código de Processo Penal para permitir a renovação do decreto de prisão preventiva no momento da prolação da sentença penal condenatória recorrível, pela prática de crimes de lesão corporal seguida de morte, homicídio ou latrocínio.

proibição de retrocesso, quanto inconstitucionalidade de tal medida, por representar a volta de um instituto já superado e que suprime o direito fundamental da presunção de inocência, tratando-se de invasão indevida do Estado na esfera da liberdade da pessoa humana, em sua vertente difusa de direito fundamental de terceira dimensão.

Outro exemplo que não passaria pelo crivo do princípio da proibição de retrocesso, diz respeito à tentativa de se restabelecer a internação compulsória de dependentes químicos, como medida a ser determinada pelo juiz criminal, como prevê o Projeto de Lei 7663/10, de autoria do deputado Osmar Terra e relatoria do deputado Givaldo Carimbão, que visa incluir o artigo 23-A ao artigo 23 da Lei 11.343/06. Com base no entendimento até aqui desenvolvido, tal medida acaba por suprimir o direito fundamental de liberdade, ao impor restrição que atenta contra a autonomia individual da pessoa humana de dispor de sua saúde e de seu próprio corpo como bem lhe aprouver, ainda que de maneira moralmente reprovável.

Saliente-se que a internação compulsória já está prevista como medida cautelar diversa da prisão preventiva, no inciso VII do artigo 319 do Código de Processo Penal, que permite ao juiz decretar a “internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (artigo 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração”. Trata-se de hipótese que permite antecipar a aplicação cautelar de medida de segurança, com base em um argumento *ex lege* de ser o agente acusado da autoria de crime praticado mediante violência ou grave ameaça, além do risco de reiteração e da constatação da inimputabilidade ou semi imputabilidade penal.

A internação compulsória acaba por violar marcos normativos que asseguram o direito à autonomia individual da pessoa, bem como suprimir o núcleo essencial do direito de liberdade, da ampla defesa e do devido processo legal, além de resgatar práticas de há muito superadas no tratamento de pessoas que apresentam distúrbios mentais.

Prosseguindo na definição de Alexy, tem-se que, no segundo grupo de direitos de defesa, de que o Estado não afete determinadas *características* ou *situações* do titular do direito, Alexy cita, por exemplo, o direito de viver e ser saudável (2012, p. 199).

Assim, transportando referido grupo de direitos de defesa ao objeto do presente estudo, é possível sustentar que esses direitos poderão ser opostos também pelo preso provisório ou definitivo, por expressa disposição constitucional do inciso XLIX, que lhes garante o respeito à integridade física e moral.

Insere-se, também, nesse grupo de direitos de defesa a hipótese prevista do inciso L, do artigo 5.º da Constituição brasileira, que assegura às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, bem como no inciso XLVII, que proíbe a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis; ou no inciso XLVIII, que impõe o cumprimento de pena de acordo com a natureza do delito.

Nesses casos, ainda que se deva exigir do Estado também uma prestação normativa e material para a densificação desses direitos, é certo que se tratam, precipuamente, de direitos de defesa, que não poderão ser violados por ação ou omissão estatal. Assim, na hipótese de não haver as condições necessárias no presídio, que respeitem marcos normativos existentes, o Estado não poderá executar o título penal, já que, assim agindo, estaria praticando ato contrário à lei e aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Pois, ainda que o Estado possa restringir a liberdade de alguém que seja acusado ou condenado de crime, é certo que essa limitação não pode se estender à vida ou à saúde da pessoa. A constatação de insalubridade ou falta de condições do ambiente carcerário deve conduzir a que o Estado ofereça alternativas ou compensações ao cumprimento da pena privativa de liberdade, não se podendo sustentar a necessidade de segregação com base em um suposto direito à segurança coletiva, sob pena de se abrir brecha a medidas de viés totalitário (ZAFFARONI et. al, 2011, p. 634).

Quanto ao terceiro grupo de direitos de defesa, “a que o Estado não elimine determinadas *posições jurídicas* do titular do direito”, Alexy refere ao direito do cidadão de que o Estado não derogue determinada lei (2012, p. 201).

Neste sentido, os direitos de defesa se equiparam mais uma vez aos direitos prestacionais, por não haver dúvida de que, também eles passam a ter maior densidade a partir de um marco normativo, irradiando efeitos no sentido de proibir a revogação das leis que os tornem mais consistentes, o que ocorre também aos direitos prestacionais, que assumem natureza defensiva após terem

conquistado um marco normativo por meio de uma lei, conforme visto ao longo do presente trabalho.

Com exemplo desses direitos de defesa, podem ser citadas as situações de leis que regulam o modo como o Estado deve agir para restringir a liberdade do indivíduo, como as que disciplinam o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório na esfera penal, ou que impõem requisitos à prisão preventiva, à concessão de liberdade provisória, de medidas cautelares diversas da prisão preventiva, à remição de pena, à progressão de regime etc.

Todas essas normas representam marcos normativos que densificam o conteúdo dos direitos fundamentais dos cidadãos em geral e dos presos em especial, e não podem ser simplesmente revogadas. Tome-se como exemplo o instituto da prisão preventiva e sua face reversa, a liberdade provisória.

A liberdade provisória está constitucionalmente prevista no artigo 5.º, LXVI da Constituição Federal, o qual estabelece que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Trata-se, conforme ensina Silva, de norma constitucional de eficácia plena, posto não depender de lei ordinária para que possa irradiar todos seus efeitos (SILVA, 1999, p. 191).

Não obstante, é fora de dúvida que a existência de uma lei que discipline as hipóteses de prisão preventiva e de liberdade provisória, confere maior densidade ao direito de liberdade, na medida em que delimita as circunstâncias fáticas em que a medida cautelar segregatória poderá ser imposta, ao mesmo tempo em que desautoriza a imposição *ex lege* de tal medida, o que restringe o âmbito de atuação do Estado sobre a esfera da liberdade. Assim, qualquer lei que viesse a revogar as hipóteses de cabimento de prisão preventiva e de liberdade provisória, no sentido de ampliar as possibilidades daquela e restringir as dessa, deveria ser considerada inconstitucional, com base no princípio da proibição de retrocesso, por violar o marco normativo já existente de proteção do direito de liberdade.

Com efeito, quando do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 3112-2, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowsky, em que se discutiu a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 10.826/2003 (estatuto do desarmamento), entre os quais, o artigo 21¹⁵, que proibia liberdade provisória aos

¹⁵ Artigo 21. Os crimes previstos nos artigos 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória.

delitos tipificados nos artigos 16, 17 e 18, o ministro Cezar Peluso, acompanhando o voto do relator, considerou referida proibição como sendo “um caso de retrocesso à prisão preventiva obrigatória”.

O mesmo se diga em relação ao instituto da progressão de regime previsto no artigo 112 da Lei de execuções penais (Lei 7210/84) e artigos 33 e seguintes do Código Penal. Tais dispositivos, ao fixarem regras para o cumprimento de pena, passaram a dar maior densidade ao direito fundamental de liberdade, na medida em que permitem seja procedida à individualização da pena do sentenciado (art. 5.º inc. XLVI, CF). Nessa esteira, serve como exemplo, uma vez mais, o HC 82959, em que declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime aos condenados por crimes considerados ou equiparados a hediondos. O ministro Gilmar Mendes entendeu que o dispositivo em questão suprimia o núcleo essencial dos direitos fundamentais da individualização da pena e da ressocialização do condenado. Segundo o ministro, o núcleo essencial “destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais”. E, valendo-se das lições de Maria Lúcia Karam, concluiu que a imposição de um regime único e inflexível para o cumprimento da pena privativa de liberdade, com vedação de progressividade em sua execução, atinge o próprio núcleo do princípio individualizador, retirando-lhe indevidamente sua eficácia e diminuindo a razão de ser da norma do inciso XLVI, artigo 5.º, da Constituição brasileira.

Assim, embora sob outra denominação (princípio do núcleo essencial) ou com base em um conceito histórico de retrocesso, resta demonstrado que já se lançou mão da ideia que fundamenta a aplicação do princípio da proibição de retrocesso à esfera penal, para declarar a inconstitucionalidade de dispositivo legal que suprimiam o marco normativo da liberdade provisória e do benefício da progressão de regime a determinados crimes. Assim, acredita-se que tal princípio possa ser aplicado para proteger o marco normativo ou, ao menos, o núcleo mínimo dos direitos de defesa afetos à esfera penal.

3.4.2 Dos direitos fundamentais de *status* positivo afetos à esfera penal

No que toca ao *status* positivo dos direitos fundamentais, Alexy o divide em dois grupos: “aquele cujo objeto é uma ação fática e aquele cujo objeto é uma ação normativa” (2012, p. 201). Cita, como exemplo de direitos positivos do primeiro grupo, o direito a um mínimo existencial e a pretensão individual do cidadão à criação de vagas nas universidades.

Por analogia à hipótese levantada por Alexy, acerca do direito subjetivo do cidadão em exigir do Estado a criação de vagas em universidades, poder-se-á sustentar o direito subjetivo do apenado ou do preso provisório à criação de vagas em presídios e cadeias públicas. Já prevendo o impacto dos respeitáveis argumentos que possam surgir, no sentido de ser mais proveitoso criarem-se vaga em escola que num presídio¹⁶, tem-se que, em verdade, um direito não deve excluir o outro. Ou seja, na impossibilidade de se oferecer o número adequado de vagas em presídios e cadeias públicas ou as condições necessárias à ressocialização do condenado, o Estado deve oferecer alternativas ou compensações, independentemente de ter que garantir os direitos fundamentais afetos à outras áreas, como saúde e educação da população em geral.

Do contrário, a segregação cautelar ou o cumprimento de pena em condições desumanas se perpetuaria, sob o fundamento de uma suposta hierarquia de direitos feita com base na qualidade jurídica de seu titular, o que deve ser, desde já, rechaçado.

Com efeito, sustenta-se que, se houver constatação, por exemplo, por relatório de inspeção do Ministério da Justiça¹⁷, de Secretarias Estaduais ou de

¹⁶ Em notícia publicada na página do Ministério da Justiça, em 25/07/2012, veiculou-se que o custo de criação de cada vaga no sistema prisional é de até R\$ 30.000,00, e o de ampliação, de R\$ 11.250,00. Em 2012, o Ministério da Justiça publicou o edital 317/08, em que prevê o investimento de até 1,1 bilhão de reais para gerar 42 mil vagas até 2014. Considerando que a população carcerária, que hoje ultrapassa a 500 mil presos, cresce à ordem de 11% ao ano, e já com o déficit de 210 mil vagas, tem-se que, quando o programa de investimento tiver sido concluído, o déficit ultrapassará a 300 mil vagas.

¹⁷ Extrai-se do Relatório do Ministério da Justiça sobre os presídios do Paraná: “A penitenciária Central do Estado representa modelo equivocado de aprisionamento, por concentrar imensa população carcerária em local sem o desenvolvimento de qualquer atividade intelectual, educacional ou laboral. Antes da rebelião [ocorrida em 14 e 15 de janeiro de 2010], 1570 presos estavam amontoados em 500 celas. Agora, apesar da desativação de 4 galerias que são impróprias para a utilização, são mantidos 3 presos por cela e 8 galerias estão em funcionamento. A PCE não tem as mínimas condições estruturais para permanecer abrigando presos do regime fechado, seja em razão das estruturas físicas ou da segurança interna, devendo ser reformada e reaproveitada para outro fim (v.g. , abrigar presos do regime semi-aberto e a instalação de oficinas de trabalho).”

organizações ligadas aos direitos humanos, ou sendo notório que as condições carcerárias não permitem o exercício de direitos fundamentais garantidos aos presos, o Estado estará obrigado a buscar alternativas ou compensações que lhe permitam preservar o direito das pessoas presas, não lhe sendo possível escusar-se por detrás do argumento da falta de recursos. Até porque, conforme já se viu, a cláusula da reserva do possível não pode ser utilizada quando o mínimo essencial não esteja garantido.

Nilo Batista propõe que se adotem algumas medidas, que permitem contornar o argumento da falta de recursos e manter dignas as condições de cumprimento de pena. Para o autor, deve-se impor ao Estado que o cumprimento da pena restritiva de liberdade observe o número de vagas existentes no sistema penitenciário, segundo o seguinte roteiro:

a) O juiz da execução penal, anualmente, determina a máxima capacidade dos distintos estabelecimentos penitenciários; b) tal capacidade não pode ser em qualquer hipótese superada; c) as comissões técnicas de classificação manterão atualizado o cadastro dos internos, segundo critérios de antigüidade e comportamento; d) ao ingresso de um interno excedente corresponderá a transferência para outra unidade, ainda que de regime mais benéfico (“progressão especial”), do interno mais favorecido naquele cadastro; e) isto representará movimento similar na segunda unidade, bem como nas demais, na última ponta do sistema penitenciário, ter-se-á um “livramento condicional especial” (2004, p. 92).

O Autor conclui que a adoção dessas propostas, como princípio de *numerus clausus* imposto ao juízo da execução penal, “deslocaria os investimentos estatais da infecunda construção de mais e mais presídios para programas de controle e auxílio aos egressos”, sem contar os efeitos benéficos sobre o ambiente carcerário (2004, p. 92).

Outro meio alternativo à prisão, que vem conquistando espaço no debate público, refere-se à monitoração eletrônica de presos, que já é implantada no Brasil desde 2008.

Contornando os posicionamentos, a favor e contra, o uso desse recurso, posto que não se faz oportuno analisar as razões dos mesmos, em vista da delimitação do objeto do presente estudo, não seria prudente, contudo, desconsiderar as ponderações feitas pela Professora de Penologia, da Universidade de Bruxelas, Dra. Kristel Beyens, durante a 7.^a Conferência Europeia sobre Vigilância Eletrônica, realizada em Évora, Portugal, entre os dias 05 e 07 de maio de

2011, que convidou os participantes da Conferência à refletirem “mais cuidadosamente sobre o contexto social e político em que a VE [vigilância eletrônica] surgiu e se desenvolveu nos últimos vinte anos – e a considerar quais os interesses que a VE serve e quais aqueles que ameaça” (NELLS; ROSELL, 2011, p. 19), salientando que “A imposição de controlos muito rígidos sobre a vida diária de um delinquente pode fazê-lo estar na comunidade sob um controlo tão apertado como se estivesse na prisão, o que de certa forma frustra os propósitos das alternativas à prisão (NELLS; ROSELL, 2011, p. 21).

Acrescente-se a isso, ainda, o custo da monitoração eletrônica, que corresponde a 30% do custo da prisão, o que não é pouco, e poderá servir como desculpa à não implantação dessa medida, razão pela qual se faz necessário pensar, simultaneamente, em outras medidas.

O Conselho Federal de Psicologia propõe ações que visem ao convencimento da opinião pública acerca dos evidentes riscos sociais gerados pela opção pelo encarceramento em massa como meio de proteger a sociedade, passando pela definição de métodos de avaliação do trabalho de magistrados e policiais e pela fixação de um limite estrito de prisões preventivas, bem como o encaminhamento de casos de abuso de drogas para o sistema público de saúde e não para a justiça criminal (2012, p. 37). Diz ser necessário, ainda, uma mudança de política acerca do sistema prisional, que passaria a integrar o sistema de justiça civil e não parte de estrutura militares ou policiais, devendo ser considerado um serviço público, no sentido de ser transparente e aberto ao escrutínio da sociedade. Corroborar a ideia lançada por Nilo Batista de “fazer coincidir o número de presos com os espaços disponíveis”, não olvidando que os presos devem ter a oportunidade de trabalhar, sem conotação punitiva ou humilhante, devendo ser apropriadamente preparados para o momento da libertação (2012, p. 38).

Como compensações às condições insalubres ou incompatíveis com os fins da pena, poder-se-á falar em espécie de remição especial. Por exemplo, no caso do direito ao trabalho garantido ao preso, imposto pelo artigo 28 da Lei 7210/84, “como dever social e condição de dignidade humana, devendo ter finalidade educativa e produtiva”, o Estado está obrigado a oferecer as condições para a efetivação, pelo menos, do núcleo essencial desse direito. Em não o fazendo, advoga-se a necessidade de que o interno possa ausentar-se do estabelecimento durante o horário de trabalho, mesmo estando em regime fechado. Por óbvio que as

saídas dependerão de avaliações, de modo a que somente os presos que não ofereçam risco à sociedade possam sair dos estabelecimentos.

Do mesmo modo, em caso de impossibilidade de o Estado disponibilizar os demais direitos sociais garantidos ao preso, como assistência material (o fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, artigo 12. L. 7210/84), à saúde (de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico, assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido, artigo 14), educacional (compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado, artigo 17) etc., deve-se oferecer alternativas como a prisão domiciliar, ou compensações pela inoperância estatal em garantir o núcleo mínimo de direitos.

No caso das compensações, seria o caso de heterointegração de dispositivos legais da legislação trabalhista e previdenciária que diminuam proporcionalmente a exigência de tempo de serviço ao trabalhador que desenvolve seu labor em local insalubre ou perigoso, e aplicar essa diminuição ao tempo de cumprimento de pena. Mas, saliente-se que tal proposta somente seria cabível com base em um juízo *ex post*, ou seja, após a situação de insalubridade ter se operado, pois não seria razoável advogar uma compensação *ex ante*, de modo a permitir que o Estado submeta o preso à situação de insalubridade ou periculosidade em troca da uma remição especial.

Outra hipótese de compensação, diz respeito à reparação financeira pelos danos causados à saúde física e psíquica do preso. Para que isso seja possível, é imperioso que se caracterize a responsabilidade civil do Estado por ato ilícito causado aos presos.

Neste sentido, importa destacar a iniciativa da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, em mover ações judiciais contra aquele ente federado, buscando responsabilizá-lo por danos morais causados às pessoas presas em condições insalubres. Não obstante a maior parte das ações ter sido julgada improcedente¹⁸, a ação n.º 008040014328, da 3.ª Vara Cível de Corumbá,

¹⁸ Vide os julgados do TJMS: Embargos infringentes 2006.001470-8/0001-01, Corumbá, rel. Des. Divoncir Schreiner Maran, 1. Seção Cível, j. 7.2.2008; Apelação cível 2006.015869-1/000-0, Corumbá, rel. Des. Horácio Vanderlei nascimento Pithan, 2. Turma Cível, j. 14.11.2006; Apelação cível n. 2006.006458-3/0000-0, Campo Grande, rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, 4. Turma Cível,

teve a sentença de procedência mantida em âmbito recursal, nos autos de apelação n.º 2006.015008-0/0001-01, da terceira turma cível do Tribunal de Justiça daquele Estado, que, por maioria, nos termos do voto do revisor, desembargador Oswaldo Rodrigues de Melo, negou provimento ao recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul (2006).

Contra o acórdão foi interposto o recurso especial n.º 962934/MS, que acabou sendo provido pela 2.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, nos termos do voto do relator, ministro Herman Benjamin, negando a responsabilidade indenizatória do Estado. Em face desse acórdão, foram opostos embargos de divergência, autuados sob o mesmo número, sob a alegação de ter sido o julgamento discrepante com o recurso especial n.º 1.051.023/RJ, de relatoria do ministro Teori Albino Zavascki, e o recurso especial n.º 870.673/MS, de relatoria do ministro Luiz Fux, nos quais se reconheceu o dever de indenizar do Estado em razão de violação dos direitos do preso (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2008, 2011).

Os embargos de divergência foram julgados pela 1.ª Sessão do Superior Tribunal de Justiça que, por maioria, nos termos do voto divergente do ministro Humberto Martins, no que foi acompanhado pelos ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha e Franciso Falcão, conheceu mas desproveu o recurso, vencido o relator ministro Teori Albino Zavascki, que acabou sendo acompanhado dos ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012).

Encontra-se em trâmite o recurso extraordinário interposto em face da decisão proferida no Superior Tribunal de Justiça, para que a questão seja apreciada em face da Constituição Federal. Outro recurso extraordinário, ao qual havia sido negado seguimento pelo Superior Tribunal de Justiça, teve o agravo de instrumento (n.º 733876) provido pelo Supremo Tribunal Federal, por ordem da ministra Cármen Lúcia, para determinar a subida do mesmo (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009).

Por esclarecedor ao objeto do presente estudo, destacam-se os principais argumentos a favor e contra o pedido de indenização formulado pelo autor

j. 6.6.2006; Apelação cível 2006.008772-5/0000-00, Campo Grande, rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins. 4. Turma Cível, j. 27.06.2006.

da ação em face do Estado de Mato Grosso do Sul, iniciando a análise pelos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça desse Estado.

Importante registrar que em todas as decisões pode ser constatada a concordância dos julgadores quanto ao reconhecimento das condições degradantes dos presídios e das cadeias no Brasil, em razão da superlotação carcerária e da inoperância estatal em garantir o mínimo à dignidade dos presos. Do mesmo modo, reconhecem que o dever de indenização ao preso que se encontra nessas condições decorre da própria noção que se tem de Estado democrático de direito, o qual se deve orientar pelo respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Consideram, ainda, que, ao cercear a liberdade do indivíduo custodiado, o Estado os impede de exercer a liberdade de ir e vir, “a fim de buscar, por si próprio, as condições que entenda suficientemente dignas para a sua vida” (TJMS, 2006.001964-3/0000-00), o que lhe assegura o direito de postular ações afirmativas para garantir seus direitos fundamentais à vida, à integridade física, psíquica, à honra, à intimidade (2006).

Contudo, para os que defendem a irresponsabilidade estatal em indenizar os presos submetidos a essas condições, tal fato não pode ser considerado como ato ilícito, posto que o Estado “age na medida do possível para sanar tais condições” (TJMS, 2007. 002109-8). Assim, segundo esse entendimento, considerando que os direitos fundamentais reclamados pelos presos exigem uma ação positiva por parte do Estado, o que demandaria alocação de recursos financeiros de outras áreas como saúde, educação etc, para o sistema prisional e penitenciário, concluem que o poder judiciário não pode determinar ao administrador público que proceda dessa ou daquela forma, em vista, principalmente, da limitação imposta pela reserva do possível. Daí a impossibilidade de obrigar o Estado a indenizar os presos que foram submetidos a condições carcerárias impróprias, devendo prevalecer o interesse coletivo expresso na reserva do possível¹⁹.

¹⁹ Vide a seguinte ementa de julgado que fundamenta o citado acórdão: “Os direitos e garantias individuais que o interno alega violados exigem a atuação positiva do Estado, dependendo, portanto, de meios materiais, obrigando o Administrador Público a relativizar a efetividade desses direitos quando conflitantes com outros direitos fundamentais, e deve prevalecer o interesse coletivo, como expressão do princípio da “reserva do possível”, pelo qual o Estado está obrigado a cumprir suas obrigações legais positivas até o limite das suas possibilidades financeiras e orçamentárias. Raciocínio diverso conduziria a uma situação caótica, na qual a Administração ver-se-ia impossibilitada de garantir direitos fundamentais a determinados indivíduos por falta de recursos, ao mesmo tempo em que seria condenada a indenizá-las exatamente por não garantir tais direitos. Não

Por outro lado, os defensores da obrigação de indenizar partem da análise da teoria do risco administrativo, que comporta a possibilidade de exclusão da responsabilidade estatal, se restar provada a culpa do administrado, havendo que se provar, ainda, a culpa do Estado pela omissão em prestar o serviço ao qual estava obrigado e que, no caso analisado, corresponde à construção e administração do sistema penitenciário que ofereça condições dignas aos presos, como requisito a que se possa exercer o direito de punir e de restringir a liberdade dos indivíduos acusados ou condenados por crimes (TJMS, 2006.015008-0/0001-01, 2006.001964-3/0000-00, voto divergente)²⁰.

Os que defendem a responsabilização do Estado dizem ser necessário afastar os argumentos não jurídicos lastreados em supostas impressões que se tem acerca do sentimento da comunidade sobre o tratamento que deve ser dado aos presos, pois “o Estado não pode se dar a esse luxo porque, se tem o direito de punir, possui o dever correspondente de cuidar corretamente da segregação legalmente aceitável, daqueles que não se submetem às suas regras” (TJMS, 2006.015008-0/0001-01, 2006.001964-3/0000-00, voto divergente). No caso específico ora citado, partiu-se da análise de laudo realizado pela vigilância sanitária do município de Corumbá-MS, em que se atestou a superlotação do presídio lá existente, além de inúmeros problemas de higiene e risco de transmissão de doenças. Constatou-se ainda a inércia do Estado por mais de três anos em tomar as medidas necessárias, depois de ter sido regularmente notificado do laudo. Nada foi feito mesmo após inúmeras ações de indenização movidas em face do Estado.

Também não se esquecem de enfrentar o argumento de que se valem os que advogam a irresponsabilidade estatal, expresso na cláusula da reserva do possível. De início, abordam que os preceitos programáticos e os princípios constitucionais expressam um conteúdo aberto e prospectivo do sistema jurídico, que devem absorver a diversidade de valores e direitos própria da sociedade atual. Ponderam que os princípios são mandados de otimização que impõem ao poder público alcançar a maior medida possível do direito em questão, enquanto que as

se justifica, portanto, a pretensão indenizatória do interno de estabelecimento penal em face do Estado, em razão das péssimas condições (TJMS, Embargos infringentes em Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2006.001470-8/0001-01, Corumbá, Rel. Des. Divoncir Sachreiner Maranhão, 1. Seção Cível, j. 7.2.2008).

²⁰ Insta registrar já ter havido condenação do Estado de Mato Grosso do Sul com base na responsabilidade objetiva, nos autos de apelação 2006.000750-7, a qual não exige a culpa pela omissão.

normas programáticas investem o cidadão de uma posição jurídica de vantagem, gerando direitos de ordem negativa e positiva, tanto de abstenção quanto de prestação estatais. Reconhecem que os direitos sociais dos presos demandariam alocação de recursos financeiros para sua implementação. Mas não concordam que tal argumento possa ser usado para isentar de responsabilidade o Estado por não oferecer condições minimamente dignas aos presos, visto que a cláusula da reserva do possível somente pode ser aplicada se já estiver garantido o mínimo existencial (TJMS, 2006.015008-0/0001-01, 2006.001964-3/0000-00, voto divergente).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do recurso especial n. 962.934, o relator Herman Benjamin, embora concordasse com o argumento de não ser possível a aplicação da cláusula de reserva do possível para isentar de responsabilidade o Estado em indenizar pessoas presas em condições degradantes, em vista de que essa cláusula somente pode ser imposta quando já estiver satisfeito o mínimo existencial, acatando assim parte do argumento dos que defendem a responsabilidade estatal, valeu-se de outro argumento para negar essa responsabilidade. Para ele, não se pode querer responsabilizar o Estado a pagar “ao delinquente uma quantia mensal pelo fato de suas condições de carceragem não serem as melhores”, quando não se vislumbra a possibilidade de que o mesmo seja feito em benefício da família de quem perdeu um ente morto pela ação criminosa de alguém, sendo que, em ambos os casos, não se poderia negar a falha na prestação do serviço estatal. Prossegue argumentando que a condenação do Estado a ressarcir individualmente os detentos, em nada contribuirá para melhorar as condições dos presídios, mas antes para agravar o problema, na medida em que lhe bastará pagar um “pedágio-masmorra” ou uma “bolsa-indignidade” aos que dispuserem de advogados para postular tal pedido em juízo, sem se preocupar em solucionar o problema das más condições carcerárias. Sua conclusão final vai no sentido de que a solução para o problema das péssimas condições do cárcere no Brasil requer solução global e não apenas pontual. Cumpre observar que no caso julgado, o autor da ação pleiteava o pagamento de um valor mensal, enquanto permanecesse preso.

Nos embargos de divergência opostos em face desta decisão, o ministro relator Teori Albino Zavascki, que deu provimento ao recurso mas acabou vencido, reiterou a necessidade de que “a eliminação ou, pelo menos, a redução de violações à integridade e à dignidade da pessoa dos presos depende da adoção de

políticas públicas sérias e voltadas especificamente à obtenção de tal resultado” (STJ, EResp 962.934/MS). Contudo, salientou que as violações dessa natureza não podem ficar “impunes ou indenizáveis”, tratando-se de direito garantido pelos artigos 186 e 927 do Código Civil e artigo 37, parágrafo 6.º da Constituição Federal. Do contrário, para o ministro Zavascki, estar-se-ia justificando “a manutenção eterna do iníquo *status quo* de presídios”. Finaliza seu voto deixando exarado que “ao indivíduo é assegurado o direito de obter, inclusive judicialmente, o atendimento de prestações inerentes ao que se denomina mínimo existencial”.

É possível perceber que os argumentos usados a favor ou contra a responsabilização do Estado em indenizar pessoas que sofreram danos em razão das péssimas condições carcerárias consideram categorias estudadas ao longo do presente trabalho.

Da teoria dos direitos fundamentais foi extraído o conceito de direitos negativos e positivos, de primeira e segunda dimensões, bem como os efeitos irradiantes das perspectivas objetiva e subjetiva, que impõem limites à atuação do Estado e assegura ao particular a faculdade de exigir do poder público a garantia do mínimo existencial, sem o que não se poderá cogitar da reserva do possível. A dificuldade está em se estabelecer o grau de vinculação do Estado à concretização dos direitos fundamentais dos presos, já que nenhuma das duas correntes nega os efeitos desses direitos em relação ao Estado.

Da teoria dos princípios foi importante a ideia de mandamento de otimização dos direitos fundamentais, que impõe o dever *prima facie* ao Estado de sempre buscar a maior concretização dos direitos. É certo que, no caso em análise, essa otimização encontra forte resistência no sentimento imperante na sociedade, de considerar o preso como alguém que mereça somente punição e não humanização, o que é insuflado por discursos que visam a manutenção do *status quo*.

Acredita-se que a aplicação do princípio da proibição de retrocesso possa contribuir para o debate da responsabilidade estatal em indenizar pessoas que sofreram danos decorrentes das péssimas condições carcerárias.

Em primeiro lugar, a natureza teleológica de tal princípio impõe o dever *prima facie* ao poder público de buscar a humanização da pena criminal, visto ser esse um fenômeno que se verifica desde Beccaria (1991), independentemente

das oscilações de viés autoritário, conforme constata Guimarães (2002, p. 479-480), do que é exemplo o fenômeno do encarceramento em massa de nossos dias.

A humanização da pena criminal exige a mudança da cultura punitiva de lançar mão da prisão como meio prioritário de resposta ao delito e, antes disso, do direito penal como panaceia dos conflitos sociais. Assim, o desrespeito aos princípios orientadores do direito penal (intervenção mínima, ofensividade, legalidade, culpabilidade, humanidade) de que falam Nilo Batista (2001, 65-102) e Lima (2012, p. 69-127), representa também um retrocesso histórico que viola não somente aspectos penais, como a integralidade da ordem constitucional.

Faz-se a ressalva de não haver nenhuma discrepância entre o respeito a referidos princípios e a expansão racional do direito penal, o que, nas palavras de Lima, “é sempre preferível ante a alternativas piores, como o surgimento da *vindicta* privada em alta escala [...], ou até pela possibilidade de mecanismos severos de controle e vigilância do comportamento humano por parte do Estado[...].” (2012, p. 135). O que não se deve permitir é o abuso do direito penal como o principal meio de solução dos conflitos sociais.

Importa abordar, ainda, o argumento de que o Estado não estaria obrigado a indenizar a pessoa que sofreu danos em razão das más condições carcerárias porque tal direito não se estenderia à vítima de um crime, considerando que, em ambos os casos, teria havido uma omissão estatal em garantir os direitos fundamentais das pessoas lesadas. Primeiro, diga-se que são hipóteses diversas, visto que a obrigação estatal em indenizar pessoas que sofreram danos em razão das más condições carcerárias decorre de as mesmas estarem sob custódia estatal, o que não ocorre com o cidadão comum que venha a sofrer algum dano decorrente de crime praticado por particular. Segundo, diga-se que a responsabilidade estatal em indenizar a vítima de crime não estaria totalmente descartada, a depender de prova que demonstre a culpa do Estado por não ter agido preventivamente, quando isto fosse possível, como na hipótese dada por Santin de omissão estatal em vigiar áreas onde, sabidamente, ocorre grande número de crimes (2004, p. 171-178).

Por fim, não deve prosperar o argumento de que o reconhecimento do dever de indenizar do Estado teria um efeito contrário ao desejado, já que tal fato obrigaria o Estado a destinar recursos para atender as demandas individuais das pessoas e que poderiam ser usados para a melhoria das condições dos presídios. Conforme visto acima, tal argumento foi lançado em ação na qual o autor, que se

encontrava preso, pleiteava o pagamento de um valor mensal, enquanto perdurasse sua prisão, devido às más condições carcerárias. Destaque-se que tal situação é também diversa da hipótese ora sustentada, pois não se advoga a possibilidade de que a indenização pecuniária se preste a compensar uma violação atual ou iminente a um direito fundamental, sob pena de se instituir o que se denominou de “pedágio masmorra”. Assim, há que se repisar que o direito a uma indenização somente poderia ser buscado com base em juízo *ex post*, pois a constatação de violação atual ou iminente a um direito fundamental somente pode conduzir à cessação de tal situação. Nesse sentido, antes de servir para a institucionalização de uma “pedágio masmorra”, o direito à indenização pode funcionar como meio coercitivo a que o Estado ofereça alternativas ao cumprimento de pena em condições degradantes. Em não o fazendo, tal direito deverá ser exercido por aqueles que sofreram danos por conta dessas condições. E o Poder Judiciário não poderá deixar de reconhecê-lo, visto que o dever de indenizar decorre, exclusivamente, de questões fáticas (a ocorrência de dano) e jurídicas (ato ilícito, nexo de causalidade), sendo indiferente o estado de solvência do causador do dano. Até porque, nesse caso, disso não se trata, pois mesmo se os 208 mil presos que hoje ultrapassam a capacidade do sistema penitenciário brasileiro, resolvessem ingressar com ações judiciais contra o Estado e este fosse condenado a lhes pagar o valor pleiteado, que está entre 2 mil a 3 mil reais, tal valor não ultrapassaria a 610 milhões de reais, o que não teria o condão de levar à falência o Estado brasileiro.

CONCLUSÃO

Em vista do exposto, conclui-se que:

1. O problema do encarceramento em massa é também hermenêutico, na medida em que toda pessoa presa tem contra si uma decisão judicial fruto de um ato interpretativo.

2. Embora os direitos fundamentais da pessoa presa possam ser legalmente restringidos, pela própria natureza da prisão cautelar ou da pena criminal, tal restrição deve ocorrer nos exatos limites da lei, que, por sua vez, deve estar legitimada nos direitos fundamentais da pessoa humana, pois o preso não perde esta condição de pessoa pelo fato de estar preso.

3. Assim, o Estado está autorizado a restringir-lhe a liberdade, mas não a subtrair-lhe a saúde física e mental ou a longevidade, como ocorre com o processo de encarceramento massa.

4. O princípio da proibição de retrocesso pode ser aplicado para proteger os direitos fundamentais afetos à esfera penal e assim contribuir para os problemas gerados pelo processo de encarceramento em massa.

5. Há razoável concordância doutrinária acerca de sua fundamentação constitucional implícita, oscilando, contudo, entre os seguintes dispositivos: artigo 3.º, artigo 5.º, § 1.º e § 2.º, artigo 7.º, *caput*, e artigo 170, *caput* e incisos VII e VIII, da CF; bem como em dispositivos de tratados internacionais que impõem ao Brasil o dever de assegurar a implantação progressiva dos direitos fundamentais neles previstos: artigo 2.º, item 1 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; artigo 26 do Pacto de São José da Costa Rica; artigo 2.º da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento.

6. Na esfera dos direitos de liberdade, referido princípio pode ser extraído do artigo 4.º, item 3 e artigo 5., item 2, do Pacto de São José da Costa Rica, que proíbem a restrição de direitos previstos no referido Pacto bem como o restabelecimento da pena de morte aos Estados signatários que já a tiverem abolido.

7. A aplicação do princípio da proibição de retrocesso à esfera penal contribui para ampliar ou, ao menos, assegurar os direitos já conquistados,

tanto do cidadão comum como da pessoa presa, em face do potencial erosivo do poder punitivo estatal.

8. No caso específico do direito dos presos, há que se buscar a otimização de seu direito de liberdade e de direitos sociais, econômicos e culturais.

9. Isso significa que a pena de prisão somente poderá ser executada em estabelecimento prisional, se houver condições materiais que garantam todos os direitos assegurados em lei.

10. Somente em caso excepcional vai se admitir a restrição até o limite do mínimo essencial, pois, do contrário, permitir-se-á que o Estado se contente em satisfazer, apenas, as condições mínimas.

11. Por isso, não se pode abrir mão dos marcos normativos já existentes no ordenamento jurídico, que garantem direitos fundamentais afetos à esfera penal.

12. Em não sendo possível a proteção dos marcos normativos em razão de imposições da realidade fática, o Estado estará obrigado a oferecer alternativas ou compensações no sentido de preservar o direito fundamental.

13. Essas alternativas ou compensações podem ser o estabelecimento de hipóteses especiais de progressão de regime, de prisão domiciliar, de saídas temporárias para o trabalho, de remição de pena, ou o monitoramento eletrônico, bem como indenização por danos causados à saúde e à vida da pessoa presa, em razão das más condições carcerárias.

14. A indenização à pessoa que sofreu danos em razão das más condições carcerárias deve funcionar como meio reparador desse dano e não como forma de contrapor-se a um dano presente ou iminente.

15. Ou seja, não pode ser extraída com base em um juízo *ex ante*, mas, sim, *ex post*, como forma de compensar algum prejuízo que já se produziu.

16. Sendo iminente ou atual, a violação ao direito fundamental deve ser imediatamente obstada, por meio das demais alternativas ou compensações à forma ou ao regime de cumprimento de pena.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Luis O. V. de; BREGA FILHO, Vladimir. Proibição de retrocesso e crise econômica: conciliação quase impossível. In: AGOSTINHO, Luiz O. V. de; HERRERA, Luiz H. *Tutela dos Direitos Fundamentais: Ensaio a partir das linhas de pesquisa: construção do saber jurídico e função política do direito*. Birigui: Boreal Ed., 2011.

ALEXANDRINO, José de M. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Ed. Almedina, 2006, vol. I.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed.. Malheiros Editores, 2011.

_____. *Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Lei 12.906 de 14 de abril de 2008. Estabelece normas suplementares de direito penitenciário e regula a vigilância eletrônica, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2008/lei%20n.12.906,%20de%2014.04.2008.htm>>. Acesso em 21 de setembro de 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2012.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARROSO, Luiz R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em

<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf> Acesso em 27 de agosto de 2012.

BARROSO, Luiz R.; BARCELOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. In: SILVA, Virgílio A. da (Ord.). *Interpretação Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Ed. 2005, 2007 (2.^a tiragem).

_____. _____. In: BARROSO, Luiz R. (org.) *A nova interpretação constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARZOTTO, Luiz F. Os Direitos Humanos como Direitos Subjetivos: da dogmática jurídica à ética. In: SARLET, Ingo W. (Org.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, vol I, tomo I. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006, p. 239-280.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, v. I.

_____. *Novas tendências do Direito Penal: artigos, conferências e pareceres*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BATISTA, Vera M. *O Medo na Cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. O realismo Marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo. Observatório das violências policiais – SP. Disponível em <http://www.ovp-sp.org/debate_teorico/debate_vera_malaguti.pdf>. Acesso em 16/12/2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição brasileira de 1824. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>
Acesso em 09 de agosto de 2012.

_____. *Código Penal*. 17.^a ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Código de Processo Penal*. 17.^a ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Constituição da República*. 17.^a ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Decreto n. 591, de 06 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 26 de agosto de 2012.

_____. Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 26 de agosto de 2012.

_____. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga o Pacto Internacional de São José da Costa Rica. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em 28 de agosto de 2012.

_____. Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 07 de outubro de 2011.

_____. Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm>, Acesso em 28 de agosto de 2012.

_____. Decreto Lei 3688, de 3 de outubro de 1941. Lei das contravenções penais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em 21 de agosto de 2012.

_____. Lei de 16 de Dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em 08 de agosto de 2012.

_____. Lei 5.941 de 22 de novembro de 1973. Altera os artigos 408, 474, 594 e 596, do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L5941.htm>. Acesso em 11 de novembro de 2012.

_____. Lei 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em 20 de agosto 2012.

_____. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em 12 de março de 2012.

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 23 de agosto de 2012.

_____. Lei 9.455, de 07 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm>. Acesso em 12 de março de 2012.

_____. Lei 10.409, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10409.htm>. Acesso em 12 de setembro de 2012.

_____. Lei 10.792, de 1.º de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm>. Acesso em 12 de setembro de 2012.

_____. Lei 11.343, de 26 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de

drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 12 de setembro de 2012.

_____. Lei 11.464, de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/>. Acesso em 12 de março de 2012.

_____. Lei 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em 11 de novembro de 2012.

_____. Lei 11.983, de 16 de julho de 2009. Revoga o art. 60 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 - Lei de Contravenções Penais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11983.htm#art1>. Acesso em 21 de agosto de 2012.

_____. Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos[...] Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm#art4>. Acesso em 14 de setembro de 2012.

_____. Lei 12.258, de 15 de junho de 2010. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. Disponível em: <http://200.181.15.9/CCIVIL_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12258.htm>. Acesso em 07 de outubro de 2011.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 7663, de 14 de julho de 2010. Acrescenta e altera dispositivos à Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, para tratar do Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas, dispor sobre a obrigatoriedade da classificação das drogas, introduzir circunstâncias qualificadoras dos crimes previstos nos arts. 33 a 37, definir as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e dá outras providências. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb>>. Acesso em 11 de novembro de 2012.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2009.

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

CAPELA, Juan Ramón Capella. *Fruto Proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CHOMSKY, Noam. *11 de Setembro*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Falando sério sobre prisões, prevenção e segurança pública. Disponível em <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/07/cartilha_falando_serio.pdf> Acesso em 20 de agosto de 2012.

DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes, supervisão final do texto Léa Porto de Abreu Novais[...] et al. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

FRAGOSO, Heleno C. *Lições de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANCO, Alberto S. *Crimes Hediondos*. 6. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 306-328.

FREITAS, Luiz F. Calil de. *Direitos Fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREITAS, Maria E. *Viva a tese: Um guia de sobrevivência*. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

GADAMER, Hans Georg. A extensão da questão da verdade à compreensão nas ciências do Espírito. In: *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis, RJ: 2008, p. 241-482.

GIACÓIA, Gilberto; HAMMERSCHMIDT, Denise. *La Cárcel en España, Portugal y Brasil: La Experiencia Histórica bajo las Perspectivas Criminológicas*. Curitiba: Juruá, 2012.

GONÇALVES, Victor E. R. Considerações em torno da Lei 12.403/2011. In: SANTIN, Valter Foletto; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva (Org.): *Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011*. São Paulo : Edições APMP, 2011.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUIMARÃES, Isaac S. Intervenção Mínima para um Direito Penal. *Revista dos Tribunais*, vol. 800, p. 479-499, junho 2002.

_____. *Metodologia do Ensino Jurídico: Aproximação ao Método e à Formação do Conhecimento Jurídico*. 2. ed., ver. e atual. Curitiba: Juruá, 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis, 1997.

HIRSCH, Joachim. *Teoria materialista do Estado*. Trad: Luciano Cavini Mortorano. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

HÖFFE, Otfried. *Justiça Política: Fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Trad. Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LIMA, Alberto Jorge C de Barros. *Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, José R. L. *O Direito na História: licções introdutórias*. 3. ed., 3. reimp. São Paulo: Atlas, 2011.

LUÑO, Antonio E. P. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2007.

MARIATH, Carlos Roberto. Monitoramento Eletrônico: Liberdade Viglada. Disponível em <[portal.mj.gov.br/services/\[...\]/FileDownload.EZTSvc.asp?\[...\]](http://portal.mj.gov.br/services/[...]/FileDownload.EZTSvc.asp?[...])>. Acesso em: 09/10/2011.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. 2. ed. Rio de Janeiro: ICC, 2006; 2010;

MENEGAT, Marildo. A atualidade da barbárie. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, 2004, n.14, p. 143-153.

MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva, Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia M. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Prazo para propostas de criação de vagas em presídios é 3 de agosto. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={FB3ADAA8-2180-4AC8-BF99-544D4CC507EA}&Team=¶ms=itemID={CAFC3E20-6367-4FE3-AC34-EC336D68F7D7};&UIPartUID={2218FAF9-5230-431C-A9E3-E780D3E67DFE}>>. Acesso em 12 de setembro de 2012.

_____. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen. Estatísticas. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&Team=¶ms=itemID={C37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>>. Acesso em 12 de setembro de 2012.

_____. Portaria n. 317, de 18 de junho de 2012 – Depen. Estabelece procedimentos, critérios e prioridades para concessão de recursos financeiros voltados à execução de obras de ampliação e construção de estabelecimentos prisionais, objeto do Programa Nacional de Apoio ao Sistema Prisional, para o segundo semestre de 2012, e dá outras providências. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?>>. Acesso em 12 de setembro de 2012.

_____. Relatórios de inspeção do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Banco de dados. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJE9614C8CITEMIDA5701978080B47B798B690E484B49285PTBRNN.htm>>. Acesso em 11 de setembro de 2012.

MIOZZO, Pablo de Castro. *A dupla face do Princípio da Proibição de Retrocesso Social e os Direitos Fundamentais no Brasil: uma análise hermenêutica*. Curitiba: Verbo Jurídico, 2010.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NELLIS, Mike; ROSELL, Núria T. Relatório da 7. Conferência Europeia sobre Vigilância Eletrônica, 05-07 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.cepprobation.org/uploaded_files/EM2011_Conference_Report_Portuguese.pdf>. Acesso em 20 de agosto de 2012.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expresamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003, p. 13-286.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2009.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1969 (1.^a imp.), 2011 (reimp.).

PIERANGELLI, José H. *Manual de Direito Penal: parte especial (arts. 121 a 234)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Temas de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PISIER, Evelyne. *História das idéias políticas*. Trad. de Maria Alice Farah Calil Antonio. Barueri: Manole, 2004, p. 104-173.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 39/84. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>>. Acesso em 07 de março de 2012.

PRADO, Geraldo; CASARA, Rubens R. R. Dispositivos legais desencarceradores: o óbice hermenéutico. In: ABROMOVAY, Pedro V.; BATISTA, Vera M. (Org.). *Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 351-356.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Mensagem 310, de 15 de junho de 2010. Razões de veto ao Projeto de Lei nº 175, de 2007 (nº 1.288/07 na Câmara dos Deputados), que "Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica". banco de dados. Disponível em: <http://200.181.15.9/CCIVIL_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm>. Acesso em 10 de outubro de 2011.

_____. Mensagem n. 25, de 11 de janeiro de 2002. Razões de veto ao Projeto de Lei nº 1.873, de 1991 (nº 105/96 no Senado Federal), que "Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências". Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/2002/Mv025-02.htm>. Acesso em 12 de setembro de 2012.

QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional*. Coimbra: Coimbra e RT, 2009.

_____. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: 2006.

RAMOS, Marcelene C. da Silva. *Princípio da Proibição de Retrocesso Jusfundamental: aplicabilidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

REIS, Alexandre C. A. Breves notas sobre as medidas cautelares pessoais diversas da prisão. In: SANTIN, Valter F.; MARTINS JÚNIOR, Wallace P. (Org.). *Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011*. São Paulo: Edições APMP, 2011.

ROXIN, Claus. Tem Futuro o Direito Penal? *Revista dos Tribunais*, vol. 790, p. 459-474, agosto, 2001.

SALGADO, Joaquim C. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: MERLE, Jean C.; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy Livraria, 2003, p. 195-211.

SALIBA, Marcelo G. *Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTIN, Valter F. *O Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *O Ministério Público na Investigação Criminal*. Bauru – SP: Edipro, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção pós-moderna do direito. In: _____. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011, cap. 2, p. 119-195, vol I.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *As Raízes do Crime*. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1984.

_____. *Criminologia da Repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia*. Rio de Janeiro. Forense, 1979.

_____. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

_____. O direito penal do inimigo ou o discurso do direito penal desigual. Instituto de Criminologia e Política Criminal. Disponível em <<http://www.cirino.com.br>>. Acesso em 16 de dezembro de 2010.

_____. *Teoria do Crime*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

SANTOS, Márcia M.; FLORES FILHO, Adão J.; ALCHIERI, João C. Encarceramento Humano: Uma Revisão Histórica. *Gerais: Revista Interinstitucional de Psicologia*, Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, v. 2, n. 2, p. 170-181, jul-dez 2009. Disponível em <<http://www.fafich.ufmg.br/gerais/index.php/gerais/article/view/68/58>>. Acesso em 28 de agosto de 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

_____. O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2010.

SEN, Amartya; KLIKSBURG Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. Trad. Bernardo Ajzenberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado 38, de 07 de março de 2012. Altera o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal, a Lei dos Crimes Hediondos e o Código de Trânsito Brasileiro, para aumentar o rigor na repressão aos crimes de homicídio, em suas variadas formas, bem como estabelecer critério uniforme na decretação da prisão preventiva em relação à referida infração penal. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/consulta.asp>>. Acesso em 11 de novembro de 2012.

_____. Projeto de Lei do Senado Federal n. 236, de 2012. Institui o novo Código Penal Brasileiro. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em 15 de agosto de 2012.

_____. Projeto de Lei 61, de 21 de junho de 2012. Dispõe sobre o sistema de acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=112834&tp=1>. Acesso em 11 de setembro de 2012.

SILVA, Evandro L. e. *O salão dos passos perdidos: depoimento ao CPDOC*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira: FGV, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 141-232.

_____. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. _____. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. *Imposturas Intelectuais: O abuso da Ciência pelos filósofos pós-modernos*. 4. ed. Trad. Max Altman. Rio de Janeiro: Record, 2010.

SOUZA SERRA, Marco Alexandre de. *Economia Política da pena*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Embargos de divergência em REsp n. 962.934-MS. Processual civil. Administrativo. Embargos declaração nos embargos de divergência. Responsabilidade civil do estado. Dano moral. Alegada omissão. Prisma constitucional. Impossível. Prequestionamento de dispositivos constitucionais. Incabível. Rel. Teori Albino Zavascki. j. 30.05.2012. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201101364706&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em 14 de novembro de 2012.

_____. Recurso Especial n. 962.934-MS. Administrativo. Responsabilidade civil do estado. Precariedade das condições do sistema carcerário estadual. Superlotação. Indenização em favor de detento, por dano moral individual. Reserva do possível. Mínimo existencial. Processual civil. Honorários em favor da defensoria pública. Identidade entre credor e devedor. Confusão. Impossibilidade. Súmula 421/stj. Relator Herman Benjamin. j. 04.05.2011. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200701453286&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em 14 de novembro de 2011.

_____. Recurso Especial 870.673-MS. Processual civil. Administrativo. Danos morais. Presidiário. Carceragem. Lotação desarrazoada. Configuração da negligência estatal. Súmula n.º 07 do stj. Honorários de advogado devidos pelo estado à defensoria pública. Impossibilidade. Relator Ministro Luiz Fux. j. 04.03.2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em 14 de novembro de 2012.

_____. Recurso Especial 1.051.023-RJ. Constitucional. Responsabilidade civil do estado. Indenização. Detento. Encarceramento em condições tidas como caóticas. Danos morais. Princípio da reserva do possível. Inviabilidade da invocação nas situações previstas no art. 37, § 6º, da cf. Relator Teori Albino Zavascki. j. 11.11.2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em 14 de novembro de 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3112-2. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 10.826/2003. Estatuto do desarmamento. Ação julgada parcialmente procedente quanto à proibição do estabelecimento de fiança e liberdade provisória. Relator Ministro Ricardo Lewandowsky. J. 26.10.2007. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491806>>. Acesso em 09 de julho de 2012.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3104. Constitucional. Previdenciário. Art. 2º e expressão '8º' do art. 10, ambos da emenda constitucional n. 41/2003. Aposentadoria. *Tempus regit actum*. Regime jurídico. Direito adquirido: não-ocorrência. Rel. Min. Carmem Lúcia. j. 9.11.2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493832>>. Acesso em 12 de julho de 2012.

_____. Agravo de instrumento n. 733876. Agravo de instrumento. Superpopulação carcerária. Responsabilidade do estado. Dano moral. Indenização. Agravo provido para determinar a subida do recurso extraordinário. Rel. Min. Carmen Lúcia. j. 2.3.2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2650064>>. Acesso em 14 de novembro de 2012.

_____. Habeas Corpus n. 82959. Pena. Regime de cumprimento. Progressão. Razão de ser. A progressão de regime de cumprimento de pena, nas espécies fechado, semi aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia menos dia, voltará ao convívio social. Relator Min. Marco Aurélio Mello. DJ 01 de setembro de 2006. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em 26 de setembro de 2012.

_____. Informativo 582, de 12 a 16 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo582.htm#transcricao1>>. Acesso em 12 de julho de 2012.

_____. Mandado de segurança n. 24875. Ministros aposentados do Supremo Tribunal Federal: proventos (subsídios): teto remuneratório: pretensão de imunidade à incidência do teto sobre o adicional por tempo de serviço (ATS), no percentual máximo de 35% e sobre o acréscimo de 20% a que se refere o art. 184, III, da Lei 1711/52. J. 11.05.2006. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Imunidades de proventos à incidência do teto sobre o adicional por tempo de serviço. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86203>>. Acesso em 07 de julho de 2012.

_____. Recurso Extraordinário n. 351750. Danos morais decorrentes de atraso ocorrido em voo internacional. Aplicação do código de defesa do consumidor. Matéria infraconstitucional. Não conhecimento. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Versa sobre dano moral a consumidor que teve voo atrasado. j. 27.3.2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603051>>. Acesso em 12 de julho de 2012.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YONG, Jock. *Criminologia Crítica*. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

TOLSTOI, Leon. Nicolas Palkine. In: *O pensamento vivo de Tolstoi*. Trad. Lígia Autran Rodrigues Pereira. São Paulo, Martins Fontes, 1961.

TOURINHO FILHO, Fernando da C. *Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 29, v. I.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. Apelação cível n. 2006.000750-7/0000-00 - Campo Grande. Ação ordinária de indenização – preliminar – Presidiário – Condições subumanas carcerária – Dano moral caracterizado – Responsabilidade objetiva do estado. Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli. Disponível em <<http://www.tj.ms.gov.br/cposg5/sg/search.do?tpClasse=J&cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=20060007507&tipoNuProcesso=SAJ>>. Acesso em 14 de novembro de 2012.

_____. Apelação cível n. 2006.001964-3/0001-01. Ação de indenização – Dano moral caracterizado – Teoria da reserva do possível conjugada com o mínimo existencial – Recurso provido. Relator Des. Hamilton Carli. j. 20.04.2006. Disponível em <<http://www.tj.ms.gov.br/cposg5/sg>>. Acesso em 12 de novembro de 2012.

_____. Apelação cível n. 2006.015008-0/0000-00. Corumbá. Ação de indenização - Estado responsável pela edificação e reforma dos presídios – Dano moral caracterizado – Teoria da reserva do possível conjugada com o mínimo existencial – Recurso improvido. Relator Designado - Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. j. 24.11.2006. Disponível em <<http://www.tj.ms.gov.br/cposg5/sg>>. Acesso em 12 de novembro de 2012.

_____. Apelação cível 2006.015869-1/0000-0. Corumbá. Ação de indenização – Danos morais – Sistema carcerário – Superpopulação – Condições precárias – Impossibilidade jurídica do pedido – Rejeitadas – Princípio da reserva do possível – Impossibilidade material do estado – Conflito de normas constitucionais – Supremacia do interesse coletivo – Responsabilidade subjetiva do estado – Ausência de prova de culpa da administração – Recurso conhecido e provido. Rel. Des. Horácio Vanderlei nascimento Pithan. 2. Turma Cível. j. 14.11.2006. Disponível em <<http://www.tj.ms.gov.br/cposg5/sg>>. Acesso em 12 de novembro de 2012.

_____. Apelação cível n. 2006.006458-3/0000-0. Campo Grande. Reparação de danos morais – Preso – Condições degradantes na cadeia – Fato notório – Direitos fundamentais do preso – Art. 5º, CF – Tutelado pelo estado – Dever de zelar pelo preso – Investimento na estrutura prisional – Realizada dentro da possibilidade – Omissão não comprovada – Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado – Recurso improvido. Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, 4. Turma Cível,

j. 6.6.2006. Disponível em <<http://www.tj.ms.gov.br/cposg5/sg>>. Acesso em 12 de novembro de 2012.

_____. Apelação cível 2006.008772-5/0000-00. Campo Grande. Superlotação carcerária – Indenização – Danos morais – Responsabilidade do estado – Princípio da reserva do possível. Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins. 4. Turma Cível, j. 27.06.2006. Disponível em <<http://www.tj.ms.gov.br/cposg5/sg>>. Acesso em 12 de novembro de 2012.

_____. Apelação Cível n. 2007.002109-8/000-00. Campo Grande. Reparação de danos morais – Ilegitimidade passiva do estado de Mato Grosso do Sul – Afastada – Mérito – Conhecimento pelo tribunal – Art. 515, § 3º, do CPC – Sistema penitenciário – Condições degradantes na cadeia – Direitos fundamentais do preso – Investimento na estrutura prisional – Realizada dentro das possibilidades da administração – Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado – Pedido julgado improcedente. Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. Disponível em <<http://www.tj.ms.gov.br/cposg5/sg>>. Acesso em 12 de novembro de 2012.

_____. Embargos infringentes em Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2006.001470-8/0001-01. Corumbá. Indenização por danos morais – Responsabilidade civil do estado – Superpopulação carcerária – Pena cruel ou degradante – Deficiência na custódia dos internos – Conflito de direitos fundamentais – Supremacia do interesse coletivo – Princípio da reserva do possível – Recurso provido. Relator Des. Divoncir Sachreiner Maran, 1.ª Seção Cível, j. 7.2.2008. Disponível em <<http://www.tj.ms.gov.br/cposg5/sg>>. Acesso em 12 de novembro de 2012.

VAZ, Lívia Maria Santana e Sant’Anna. Notas sobre aplicabilidade e a eficácia das normas constitucionais de direitos sociais. In: MIRANDA, Jorge (org.). *O direito constitucional e a independência dos tribunais brasileiros e portugueses: aspectos relevantes*. Curitiba: Juruá, 2011.

WACQUANT, Lóic. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. *Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WEHLING, Arno. O Escravo ante a Lei Civil e a Lei Penal no Império. In: WOLKMER, Antonio C (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 469-490.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. Um Replanteo Epistemológico em Criminologia (A propósito Del Libro de Wayne Morrison). *Iuspenalismo*. Disponível em <<http://www.iuspenalismo.com.ar/doctrina/comentarioraulmorrison.pdf>>. Acesso em 16/12/2010>. Acesso em 09 de julho de 2012.

_____. *Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, 2010 (1. reimp.).

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELLI, José H. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 5.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raul *et al.* *Direito penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, vol I.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Madri: Trota, 2005.

_____. *A crucificação e a democracia*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ŽIŽEK, Slavoj. *Primeiro como tragédia, depois como farsa*. Trad. Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2011.