



**AS REGRAS DE MANDELA E O MÍNIMO EXISTENCIAL DO PRESO NO  
SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO  
THE MANDELA RULES AND THE MINIMUM EXISTENTIAL OF THE PRISONER  
IN THE BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM**

PRADO, Fernanda<sup>1</sup>

**RESUMO**

A presunção de efetiva e indistinta proteção dos direitos fundamentais do ser humano decorre da própria constituição de um Estado em Democrático de Direito, como ocorre com a República Federativa do Brasil. Assim, o presente estudo tem como objeto a vinculação dos direitos fundamentais sociais ao mínimo existencial e à dignidade humana, especialmente do preso. Por meio do método dedutivo, e mediante pesquisas bibliográficas, estabelece premissas anteriores e gerais quanto ao conceito, aplicação, relevância econômica e concretização dos direitos fundamentais sociais, para, assim, concluir que a ausência de condições básicas nos estabelecimentos penais brasileiros não decorre de eventual fragilidade da legislação internacional e nacional. Com base nisso, reconhece a pretensão de consolidação de um mínimo existencial internacional para os presos, externada nas Regras de Mandela, mas afirma que a reversão de significativas violações dos direitos fundamentais do encarcerado e a respectiva observância de sua dignidade extrapola a elaboração de normas e requer uma concreta atuação destinada a superar barreiras, muitas vezes ideológicas, fixadas com o intuito de legitimar uma ilegal omissão estatal.

**Palavras-chave:** As Regras de Mandela. Direitos Fundamentais Sociais. Relevância Econômica. Mínimo Existencial.

**ABSTRACT**

The presumption of effective and indistinct protection of the fundamental rights of human beings stems from the very constitution of a Democratic State of Law, as occurs with the Federative Republic of Brazil. Thus, the present study has as its object the linking of fundamental social rights to the existential minimum and human dignity, especially of the prisoner. Through the deductive method, and through bibliographical research, it establishes previous and general assumptions regarding the concept, application, economic relevance and implementation of fundamental social rights, in order to conclude that the absence of basic conditions in Brazilian penal establishments does not result from an eventual fragility of international and national legislation. Based on this, it recognizes the intention of consolidating an international

---

<sup>1</sup> Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Assessora de Promotoria no Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: fernandaa\_pradoo@hotmail.com

existential minimum for prisoners, expressed in the Mandela Rules, but affirms that the reversal of significant violations of the fundamental rights of the incarcerated and the respective observance of their dignity goes beyond the elaboration of norms and it requires concrete action aimed at overcoming barriers, often ideological, set up with the aim of legitimizing an illegal state omission.

**Keywords:** The Mandela Rules. Fundamental Social Rights. Economic Relevance. Existential Minimum.

## 1. INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, conforme artigo 1º da Constituição Federal. Trata-se, pois, de parte de uma estrutura em que se edifica o Estado, atuando como um valor nuclear do ordenamento jurídico brasileiro que inspira, legitima e limita a atividade de todos os poderes estatais.

Corolário da concepção humanista do texto constitucional, erigida à categoria de valor supremo do ordenamento jurídico, a dignidade humana alicerça e estabelece seus contornos nos direitos fundamentais individuais e sociais do ser humano, entendidos como aqueles essenciais para a garantia qualitativa do direito à vida.

Embora evidente o vínculo da dignidade humana com os direitos fundamentais sociais, principalmente porque só é possível falar em real e plena capacidade de autodeterminação dos indivíduos quando satisfeitas suas necessidades mais básicas, a concretização desses direitos ainda se distancia de um mínimo admissível por uma sociedade legalmente organizada na ideia de garantia de uma existência digna de todos.

A fim de demonstrar as consideráveis e, na maioria das vezes, injustificáveis omissões do Estado na efetivação dos direitos fundamentais sociais, inicia-se o presente estudo com a definição, não exaurida, desses direitos e a sua aplicabilidade, por meio de uma análise convergente das Regras de Mandela e dos documentos legais nacionais.

A partir disso, são apresentados alguns argumentos frequentemente utilizados para justificar o descumprimento das normas definidoras dos direitos fundamentais sociais e que guardam estrita relação com a questão de aplicabilidade dessas normas, quais sejam a (im) possibilidade de reconhecimento desses direitos como autênticos direitos subjetivos e a sua característica relevância econômica, que impõem uma atuação positiva do destinatário da norma.

Em seguida, analisa-se o chamado mínimo existencial, mediante explicação de sua origem, de sua incidência nacional e de que maneira seu conceito liga-se à garantia dos direitos fundamentais sociais e, por consequência, da dignidade humana. Destaca-se, com base nas definições apresentadas, uma necessidade de consolidação de um mínimo existencial internacional, principalmente para a proteção dos grupos sociais de maior vulnerabilidade, como os presos no Brasil.

Posteriormente, retrata-se a ilegal situação dos estabelecimentos penais brasileiros, configurada pela expressiva violação de direitos fundamentais sociais do encarcerado, entendendo, por fim, que a consolidação de um mínimo universal ultrapassa a edição de normas para esse fim, desenvolvendo-se para uma atuação voltada à superação da ideia, ainda presente, de subsidiariedade dos direitos fundamentais sociais.

## **2 AS REGRAS DE MANDELA E A DIGNIDADE DO PRESO**

Oficializadas pelas Nações Unidas (ONU), em 22 de maio de 2015, as Regras de Mandela foram editadas para fins de atualizar as Regras Mínimas para o Tratamento de Presos, de 1955 e, assim, progredir na proteção dos direitos humanos dos encarcerados, mediante o estabelecimento de padrões mínimos a serem observados pelo Estado no exercício de sua pretensão punitiva. Referida revisão destinou-se a identificar áreas que necessariamente deveriam ser abrangidas pelas citadas regras, observando, sempre, o princípio da vedação ao retrocesso e o escopo último da existência das Regras Mínimas para o Tratamento de Presos, qual seja a proteção da sua dignidade (UNODC, 201-, p. 03).



Com isso, por meio da Resolução 70/175 da Assembleia-Geral, elaborou-se um “[...] novo quadro de normas, incorporando novas doutrinas de direitos humanos para tomá-las como parâmetros na reestruturação do atual modelo de sistema penal e percepção do papel do encarceramento para a sociedade” (CNJ, 2016, p. 09). Internamente, referido documento conversa com as normas que integram o ordenamento jurídico brasileiro e asseguram, indistintamente, direitos fundamentais decorrentes da própria noção de dignidade humana. Além da Constituição Federal, a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/1984), por exemplo, caracteriza-se como um importante diploma normativo destinado à proteção dos direitos dos presos, em consonância com as bases de um Estado Democrático de Direito.

Todavia, enquanto não integrarem formalmente o arcabouço normativo nacional, por meio do processo legislativo devido, referidas regras não vinculam os Estados, possuindo, portanto, natureza de *soft law*. De acordo com o CNJ (2016, p. 10), as Regras de Mandela atualizaram, de forma mais precisa, maneiras de combater a omissão do Estado na proteção de direitos fundamentais mínimos dos presos. Nota-se que, a princípio, objetivam direcionar e fortalecer a observância dos direitos humanos em situações de privação da liberdade.

As Regras de Mandela são compostas de três seções: a) as observações preliminares, que definem os objetivos das normas ali contidas, esclarecendo que não se pretende descrever um modelo de sistema prisional, mas “estabelecer os bons princípios e práticas no tratamento de presos e na gestão prisional” (observação preliminar 1); b) as regras de aplicação geral; e c) as regras aplicáveis a categorias especiais.

Em análise às referidas regras, verifica-se a preocupação das Nações Unidas com a dignidade do preso, especialmente no que se refere a sua reintegração no meio social. Nesse sentido, a regra 1 impõe um tratamento respeitoso aos encarcerados, vedando sua submissão à tortura ou qualquer sanção cruel, desumana ou degradante. Logo em seguida, a regra 4 afirma, em seu primeiro item, que as finalidades da sanção criminal, de proteção social e redução da criminalidade, apenas podem ser atingidas se a aplicação e execução das penas assegurarem a reintegração do indivíduo privado de sua liberdade ao convívio em sociedade:

Os objetivos de uma sentença de encarceramento ou de medida similar restritiva de liberdade são, prioritariamente, de proteger a sociedade contra a criminalidade e de reduzir a reincidência. Tais propósitos só podem ser alcançados se o período de encarceramento for utilizado para assegurar, na medida do possível, a reintegração de tais indivíduos à sociedade após sua soltura, para que possam levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis.

No seu segundo item, cita assistências, de forma exemplificativa, como a educacional, profissional e de saúde, necessárias ao alcance dos citados objetivos. As Regras de Mandela preveem, ainda, normas referentes às acomodações (regras 11 a 17), à higiene pessoal (regra 18), ao vestuário e roupa de cama (regras 19 a 21), à alimentação (regra 22) e à saúde (regras 24 a 35) dos presos, bem como à manutenção da ordem e disciplina dos estabelecimentos prisionais (regras 36 a 49), à regulamentação de visitas íntimas (regras 50 a 53), dentre outras.

Embora louvável a pretensão de universalização de um mínimo existencial do preso, é certo que, pelo menos no âmbito nacional, a causa de incontáveis e substanciais violações aos direitos fundamentais dos custodiados não deve ser atribuída a uma possível fragilidade da legislação. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que o Brasil é signatário (o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; por exemplo) e a Constituição Federal positivam direitos e asseguram mecanismos capazes de promover a dignidade humana dos presos brasileiros.

Os recorrentes argumentos utilizados para justificar, de maneira genérica e, portanto, ilegítima, a negligência estatal na efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais (não essencialidade ou não aplicabilidade imediata dos direitos sociais; superioridade dos direitos de defesa; reserva do possível), são agravados quando se trata da prestação de condições mínimas destinadas à garantia da dignidade do preso. Assim como acontece com as transgressões dos direitos fundamentais sociais daqueles que se encontram livres, a reiterada violação aos direitos fundamentais dos presos não pode ser justificada pela ausência de um coerente e robusto conjunto normativo destinado ao tema:

[...] não é possível explicar o quadro de desrespeito aos direitos dos presos sob o argumento de uma suposta fragilidade ou omissão do direito brasileiro sobre o tema. Ao contrário, embora os presos constituam, provavelmente, a minoria com poucas condições de participar do debate público no país, a legislação brasileira sobre seus direitos é considerada uma das mais avançadas do mundo. Não é possível culpar o direito (BARCELLOS, p. 2010, p. 48).

A ausência de demanda social e a tímida atuação internacional para a reversão do quadro ilegal de violação dos direitos fundamentais dos presos desmotivam a adoção de políticas públicas para este fim. Diante da complexidade inerente aos sistemas penitenciários, principalmente em razão do seu caráter multidisciplinar, revela-se ingênua a ideia de efetiva concretização da dignidade humana do preso por intermédio da simples edição de normas que estabeleçam padrões mínimos a serem observados pelos Estados para a execução das penas privativas de liberdade.

### **3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: CONCEITO E APLICAÇÃO**

Independentemente do enfoque conferido (nacional ou internacional), o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais, ou seja, daqueles entendidos como essenciais ao ser humano, ocorre de maneira gradativa, como resultado da própria dinâmica social e em resposta às necessidades socioeconômicas de determinada sociedade. O arcabouço normativo destinado à positivação desses direitos e à previsão dos respectivos instrumentos de proteção estrutura-se de maneira corrente, com o objetivo de resguardar bens que, em razão do tempo e de novas valorações, passam a ser entendidos como necessários ao homem

Com isso, busca-se conferir uma tutela integral e efetiva dos direitos elementares da pessoa. Tem-se, aqui, uma das características dos direitos humanos/fundamentais: a sua historicidade, na medida em que nascem<sup>2</sup> “em certas

---

<sup>2</sup> A afirmação contida nesse estudo de que os direitos fundamentais possuem, dentre outras características, a historicidade, na medida em que o seu reconhecimento por uma ordem jurídico-formal é gradual, ocorrendo de acordo com as necessidades mais prementes de determinada época, não significa que se assume uma posição

circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (BOBBIO, 2004, p.09). Considerando a afirmação e o progresso dos direitos fundamentais ao longo da história, passou-se a falar em gerações ou dimensões de direitos fundamentais, definidas com base no período em que se atribuiu a certos direitos e garantias a característica da fundamentalidade.

Os direitos existenciais são compostos por um conjunto de normas que definem distintas garantias e a competente atuação estatal (omissiva e comissiva) necessária para sua proteção, formando um intrincado grupo de regras e princípios destinado a salvaguardar a condição de ser da pessoa humana. Apesar da complexidade na conceituação e na definição das funções atribuídas esses direitos, o presente estudo ocupa-se apenas da finalidade de prestações sociais legalmente instituída por meio dos direitos fundamentais de segunda dimensão, não se olvidando que, para a efetiva proteção dos direitos essenciais do ser humano, deve haver uma relação de interdependência e complementaridade das normas definidoras dessas garantias, o que impõe uma proteção integral e uniforme dos bens jurídicos fundamentais tutelados (individuais, sociais, coletivos e difusos).

Alexy (2008, p. 193-194), ao analisar o sistema de posituação jurídica fundamental, afirma que “(1) direitos a algo, (2) liberdades e (3) competências” são posições que compõem a teoria analítica dos direitos, sendo que o primeiro enunciado “pode ser compreendido como uma relação triádica, cujo primeiro elemento é o portador ou o titular do direito (a), o segundo elemento é o destinatário do direito (b) e o terceiro elemento é o objeto do direito (G)”. Em seguida, ao estudar a estrutura do objeto do direito a algo, entende que este consiste sempre numa ação negativa ou positiva do destinatário, utilizada como “principal critério para a divisão dos direitos a

---

positivista sobre a origem dessas garantias. Ao contrário, defende-se, aqui, a existência de direitos inerentes à própria qualidade do ser humano e que, em razão disso, orientam e limitam a constituição de qualquer ordem social, irradiando seus efeitos independentemente de norma que o reconheça. Não se pode olvidar, todavia, que a previsão legal de determinada garantia evidencia a ideia defendida de uma constante construção desses direitos essenciais, condicionada ao tempo e ao espaço de cada sociedade.



algo com base em seus objetos” (ALEXY, 2008, p. 195). Assim, com relação aos direitos do Estado, pode-se destacar os chamados direitos de defesa, que correspondem aos direitos a ações negativas, e os direitos a uma ação positiva estatal, que coincidem parcialmente com os chamados direitos a prestações (ALEXY, 2008, p. 195-196).

Nesse sentido, os direitos referentes às ações estatais positivas correspondem aqueles cujo objeto é uma ação fática, caracterizados pela irrelevância da forma jurídica empregada para a satisfação dos direitos; ou é uma ação normativa, conceituados como direitos a atos estatais (ALEXY, 2008, p. 201-202).

Dessa forma, os direitos sociais, pertencentes a segunda dimensão dos direitos fundamentais e representados pelos direitos sociais, econômicos e culturais, “têm por objeto precípua conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática”, reclamando “uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social” (SARLET, 2010, p. 282).

Jurídicos institucionalizados inicialmente na Constituição Mexicana, de 1917, e na Constituição da República de Weimar (Alemanha), de 1919, os direitos fundamentais sociais podem ser conceituados, no âmbito da Constituição brasileira, como categoria de direito fundamental que busca garantir a vida digna em sociedade à parcela da população financeiramente mais frágil, impondo uma atuação afirmativa estatal:

Fincados nestes pressupostos, podemos conceituar direitos sociais como o subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 70).

Previstos no título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo II (Dos Direitos Sociais) da Constituição Federal, os direitos fundamentais sociais são, conforme Sarlet (2010, p. 280), “autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disso) direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º, § 1º de nossa Constituição”.

Nesse sentido, a Constituição Federal, ao conferir aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, § 1º), impõe ao seu destinatário a adoção direta de condutas, positivas e/ou negativas, destinadas à proteção e à efetivação desses direitos, sendo inconstitucional qualquer escusa, ação ou omissão que inobserve referida disposição. O caráter indeterminado da maioria dos direitos fundamentais sociais não implica na inexistência de direitos prestacionais definitivos do indivíduo em face do Estado.

Todavia, considerando que os direitos sociais, em regra, determinam uma atuação positiva do Estado, sua proteção e o seu exercício ocorrem, muitas vezes, de maneira insuficiente e postergada, quando não inexistente, principalmente porque, ao serem entendidos como caracteristicamente prestacionais, mencionados direitos exigem a realização de maiores despesas públicas para a sua concretização.

#### **4 A RELEVÂNCIA ECONÔMICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O PROBLEMA DA SUA EXIGIBILIDADE**

Apesar da regra constitucional de aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais estar contida no parágrafo primeiro do artigo 5º – que garante os direitos e deveres individuais e coletivos –, entende-se, para fins desse estudo, que a citada previsão confere imediata aplicação também às normas que estabelecem os direitos fundamentais sociais. Todavia, observando que os direitos sociais “encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem” (SARLET, 2010, p. 284), a sua dimensão econômica ganha especial relevância quando comparados aos direitos de defesa, configurando-se, geralmente, em obstáculo para a exigência e para a concretização desses direitos.

É preciso destacar, nesse ponto, de acordo com os ensinamentos de Piovesan (2013, p. 252), que assim como os direitos sociais, os direitos civis e políticos também exigem prestações positivas do Estado, sendo incorreto estabelecer como critério de diferenciação desses direitos a demanda de prestações positivas ou negativas:

A título de exemplo, cabe indagar qual o custo do aparato de segurança mediante o qual se asseguram direitos civis clássicos, como o direito à liberdade e o direito à propriedade ou, ainda, qual o custo do aparato eleitoral que viabiliza os direitos políticos, ou do aparato de justiça que garante o direito de acesso ao Judiciário. Isto é, os direitos civis e políticos não se restringem a demandar a mera omissão estatal, já que sua implementação requer políticas públicas direcionadas, que contemplam também um custo.

Em que pese os direitos sociais reconhecidos pela Constituição Federal brasileira não se reduzirem à mera atuação positiva do Estado, sendo inquestionável a existência de direitos sociais que reclamam uma abstenção estatal para a sua efetivação (como o direito à greve e de liberdade à associação), a exigibilidade desses direitos esbarra em questões relacionadas aos gastos necessários para a concretização da maioria deles.

A partir disso, questiona-se a caracterização dos direitos sociais como direitos subjetivos (exigíveis pelo titular do direito em face do destinatário da norma), uma vez que, se assim entendidos, conferem ao indivíduo a possibilidade de satisfação da sua pretensão (efetivação de direitos sociais) pela via judicial. Atualmente, contudo, é incabível a negação jurídica desses direitos, principalmente porque a resistência que ainda oposta à efetivação coercitiva (acionabilidade) dos direitos fundamentais sociais é meramente ideológica (BARROSO, 2006, p. 102).

A oposição à justiciabilidade dos direitos sociais decorre, especialmente, da equivocada ideia “de que uma classe de direitos (os direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe (os direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer reconhecimento” (PIOVESAN, 2013, p. 257).

A inexistência de uma (auto) limitação do Poder Judiciário no momento de reconhecimento de um direito de cunho prestacional, mediante decisões prudentes e atentas às condições socioeconômicas do Estado brasileiro, também é um fator apresentado como obstáculo para interferência do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais (aqui entendida como a determinação para que o destinatário da norma adote ações destinadas a reverter a ausência ou a proteção insuficiente desses direitos).

Essas circunstâncias formam um conjunto de ideais que impedem a afirmação prática dos direitos fundamentais sociais, muitas vezes utilizado para mascarar a real causa do problema de efetivação desses direitos: a inexistência de vinculação (ou uma vinculação ainda tímida) dos direitos fundamentais sociais ao núcleo de garantias que compõem o conceito de dignidade humana.

Ao deixar de se reconhecer que os direitos fundamentais sociais integram imediata, necessária e constantemente o conjunto de direitos indispensáveis para uma vida digna (da qual decorre também a capacidade de autodeterminação e o respectivo exercício das liberdades), suas repetidas e consideráveis violações são mais facilmente toleradas pela sociedade (aqui incluídos os próprios titulares dos direitos, o destinatário da norma e os órgãos de fiscalização e repreensão das violações).

Dentro desse contexto, questiona-se se o destinatário da norma pode dispor da prestação reclamada, a depender da existência ou não de meios para cumprimento da sua obrigação (SARLET, 2010, p. 286). Referida problemática está intrinsicamente ligada à dúvida acerca da exigibilidade dos direitos fundamentais sociais, já que engloba, de um lado, a análise de possibilidade legal (competência) e material (disponibilidade financeira, de pessoal e estrutural) do destinatário da norma de efetivar os direitos fundamentais sociais e, de outro, o mandamento constitucional que prevê a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Eventual conflito entre essas duas vertentes (impossibilidade de garantia dos direitos fundamentais vs. o dever do Estado em promover a dignidade humana) pode ser resolvido pelo chamado direito ao mínimo existencial.

## **5 O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL**

O direito ao mínimo existencial surgiu com a Constituição da República de Weimar, de 1919, cujo artigo 151 dispunha que a vida econômica deveria corresponder aos ditames da Justiça e tinha como objetivo assegurar a todos uma existência com dignidade. A primeira elaboração dogmática desse direito foi realizada

por Otto Bachof, que extraiu do princípio da dignidade humana, positivado no artigo 1º, inciso I, da Lei Fundamental de Bonn, o direito subjetivo à garantia do acesso aos recursos mínimos para uma existência digna (CORDEIRO, 2012, p. 103).

Da mesma forma, seu reconhecimento jurisprudencial tem origens germânicas, diante do reconhecimento, pelo Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, do direito subjetivo ao auxílio material do Estado em favor dos indivíduos economicamente vulneráveis (CORDEIRO, 2012, p. 103-104).

No Brasil, a noção de dignidade foi incorporada à tradição constitucional em 1934, também no âmbito da ordem econômica e social, de tal sorte que o artigo 115 da antiga Carta garantia a organização da economia e da sociedade “conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional”, de modo que possibilitasse a existência digna de todos.

Um dos primeiros autores brasileiros a abordar especificamente referido tema foi Torres (1989, p. 33-35) que, apesar de inicialmente negar o caráter fundamental dos direitos sociais e vincular a garantia de uma vida digna apenas à proteção das liberdades individuais, colocando em posição subsidiária o direito às prestações materiais, afirmou ser o mínimo existencial não apenas um direito que impõe uma abstenção estatal, protegido negativamente contra eventuais intervenções ilegítimas, mas também uma garantia positiva de demandas prestacionais do Estado (TORRES, 1989, p. 32-33).

Com o desenvolvimento da legislação, da doutrina e da jurisprudência, passou-se a defender, ainda de maneira não unânime, mas majoritária, a natureza essencial dos direitos sociais e o seu íntimo vínculo com o mínimo existencial, notadamente em razão das barreiras, inclusive ideológicas, que são construídas para a efetivação desses direitos.

Nesse sentido, o artigo 170 da Lei Fundamental dispõe que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”. Assim, a dignidade da pessoa humana, além de se constituir em um dos fundamentos



do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III, CF), atua como vetor direcionar e legitimador da organização econômica e social brasileira.

Inobstante a ausência de previsão constitucional expressa de garantia do mínimo existencial, esse direito é deduzido por intermédio de uma leitura sistêmica e convergente dos dispositivos contidos na Constituição Federal, capaz de demonstrar a preocupação do constituinte em conferir real proteção aos direitos fundamentais - individuais e sociais - como condição necessária à dignidade da pessoa humana.

Intimamente ligada à proteção dos direitos fundamentais sociais e, por consequência, da dignidade da pessoa humana, encontra-se a necessidade de se garantir condições básicas ao indivíduo para uma vida digna. Tem-se, aqui, o direito ao mínimo existencial, entendido como “[...] conjunto de bens materiais e imateriais, além das utilidades básicas, indispensáveis ao desenvolvimento autônomo e digno da pessoa humana, bem como do reconhecimento recíproco dos indivíduos em uma sociedade” (CAMBI, 2009, p. 393).

A despeito da divergência doutrinária acerca da natureza jurídica do mínimo existencial, é indubitoso que referido instituto, aqui compreendido como um direito decorrente da própria ideia de Estado Democrático de Direito, encontra-se no centro da problemática de concretização dos direitos fundamentais sociais e recebe seus contornos na concepção de dignidade do ser humano. O mínimo existencial constitui-se, pois, em “[...] verdadeira muralha, que não poderá ser transposta, sob pena de comprometimento de todo o sistema constitucional, e da legitimidade do Estado Democrático de Direito” (OLSEN, 2008, p. 333).

Por sua vez, a vinculação dos direitos fundamentais sociais ao direito à vida e ao princípio da dignidade humana, faz com que este último assumam “importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que se convencionou denominar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais” (SARLET, 2010, p. 349). Ocorre que, a ausência de previsão constitucional destinada a reconhecer o direito ao mínimo existencial, somada ao caráter eminentemente aberto do que pode ser considerado como direito social e do núcleo de direitos e garantias que integram o conceito de dignidade da pessoa humana, impossibilitam uma definição precisa e uniforme do conteúdo dessas condições básicas de resguardo de uma vida condigna.

Não se confundindo com o mínimo vital, o direito ao mínimo existencial vai além da mera garantia do direito à vida (ou sobrevivência), já que se preocupada com um exercício qualitativo do referido direito, ou seja, tem por objeto possibilitar a proteção da vida humana de maneira valorada. Inexiste, todavia, um critério que determine a extensão dessa defesa.

Justamente por abranger valores indetermináveis, a fixação do conteúdo do mínimo existencial sujeita-se às características econômicas, sociais, políticas e culturais de cada Estado, sendo conformado ao longo da história, mediante constantes modificações, sempre no sentido de melhor garantir condições necessárias à dignidade da pessoa humana. No entanto, essa afirmação não legitima ações e/ou omissões que violem a própria condição do ser humano enquanto sujeito de direitos.

Deve-se caminhar, pois, para a consolidação de uma perspectiva internacional de mínimo existencial, sobretudo para a salvaguarda da dignidade daqueles que se encontram em situação de maior vulnerabilidade social. As Regras de Mandela, conforme enfatizado, demonstram a preocupação da comunidade internacional em garantir condições básicas de uma existência qualitativa dos presos. Ao lado disso, é imprescindível que haja um desenvolvimento e uma densificação internacional acerca da importância dos direitos fundamentais sociais, para que assim se inicie um caminho progressivo na defesa desses direitos.

A salvaguarda da dignidade do preso ultrapassa a elaboração de leis e se desdobra na vinculação e conseqüente sanção, preventiva e repressiva, dos destinatários das normas definidoras dos direitos fundamentais sociais que as desrespeitam, quer comissiva, quer de forma omissiva.

## **6 A ILEGALIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

De acordo com o Relatório de Gestão elaborado pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2017, p. 25), o Brasil possui um déficit penitenciário superior a 230 mil vagas, o que causa, além

da superlotação dos presídios, problemas como violência, proliferação de doenças, insalubridade, péssimas condições dos alimentos e de higiene e, ainda, fugas e rebeliões. Por sua vez, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP, 2018) apontou, por meio do Projeto Sistema Prisional em Números, uma taxa de ocupação de 166,45% dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

A Câmara dos Deputados (2009, p. 192-193), ao elaborar o Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, apontou uma generalizada violação de direitos fundamentais, descrevendo, de forma pormenorizada, os problemas relativos à acomodação inadequada (celas superlotadas), inexistência de materiais de higiene, de água potável, de iluminação e de ventilação, péssima qualidade dos alimentos, assistências médica, educacional e social deficitárias.

Também foram descritas deficiências extremas no fornecimento de remédios e nos procedimentos clínicos adotadas para o tratamento médico e odontológico dos presos. Além da ausência de medicamentos e da realização de procedimentos inadequados, os presos convivem em ambientes infestados de insetos, sem qualquer higiene e sem o isolamento daqueles que se encontram com doenças infectocontagiosas, situações que agravam a saúde dos custodiados e aumentam o risco de epidemias.

Com base nos dados colhidos, o Relatório de Gestão do CNJ (2017, p. 38) afirmou a ocorrência de claro desvio da execução da pena privativa de liberdade, representado pela superlotação dos estabelecimentos penais nacionais e as consequentes violações aos direitos fundamentais dos encarcerados, “[...] vez que impõe à pessoa presa o sacrifício de direitos não abarcados nos limites da sentença, de forma ilegal, inconstitucional e humanamente intolerável. Em outras palavras, a superlotação resulta em um estado permanente de ilegalidade”.

O reconhecimento de ofensa à dignidade do preso também é recorrente na jurisprudência brasileira. Nesse sentido, registra-se trecho do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 MC/DF, que tem como objeto o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Penitenciário brasileiro:

Diante de tais relatos, a conclusão deve ser única: no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as “masmorras medievais”.

Acerca do tema, Barcellos (2010, p. 35) enfatiza que, no Brasil, o tratamento adequado conferido aos custodiados é exceção, sendo que a violação à dignidade do preso representa um padrão seguido em todo o país e não um desvio localizado. Verifica-se que o sistema penitenciário brasileiro viola um dos elementos constitutivos do Estado Democrático de Direito – a dignidade da pessoa humana – por intermédio de um ilegal exercício do *jus puniendi*. Ilegal porque, apesar de decorrer, como condição, de um devido processo penal, impõe ao condenado à pena privativa de liberdade restrições que transcendem os limites legais da pena (perda de liberdade e suspensão dos direitos políticos), acabando por atingir, indevidamente, direitos não albergados pela cominação da sanção.

A forma de cumprimento das penas privativas de liberdade constitui-se em meio legalmente previsto para sua execução, mas que, de maneira inconstitucional e, portanto, ilegal, viola os direitos fundamentais dos indivíduos, submetendo os presos a penas absolutamente desumanas e degradantes. Por isso, deve-se trabalhar, de forma correlata, as causas anteriormente descritas da inexistente garantia do mínimo existencial dos presos, a fim de viabilizar o estudo e a definição dos possíveis meios de reversão desse quadro de ilegal desrespeito aos direitos fundamentais dos encarcerados brasileiros.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por intermédio de uma leitura sistêmica dos diplomas internacionais e nacionais que compõem o ordenamento jurídico do Estado brasileiro, verifica-se uma

preocupação de estruturação e de organização política, econômica e social determinadas a assegurar a todos uma existência digna, o que decorre da própria ideia de Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a Constituição Federal, ao asseverar que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF), impõe a proteção de valores correlatos aos direitos fundamentais dos indivíduos, isto é, aos direitos essenciais à própria condição de ser da pessoa humana.

Referidos direitos pressupõem tanto condutas negativas quanto positivas do Estado, já que o respeito à dignidade da pessoa humana não se esgota na efetivação das liberdades individuais, sendo que a aplicabilidade imediata e regular das normas definidoras dos direitos sociais completa, obrigatoriamente, o conjunto de medidas aptas a promover uma concreta existência digna dos membros de uma sociedade. Por ser composta de conceitos tipicamente abertos e por exigir, também, certas prestações materiais do Poder Público, o maior ou menor grau de salvaguarda da dignidade da pessoa humana e de definição do seu alcance varia de acordo com as características socioeconômicas de cada Estado.

Contudo, referida constatação não pode ser utilizada como um escudo para o desrespeito às condições mais básicas de existência do ser humano, o que demonstra a necessidade de consolidação de um mínimo existencial internacional, principalmente para grupos especiais da sociedade, em situações de maior vulnerabilidade, como acontece com os presos.

As consideráveis e reiteradas violações dos direitos fundamentais dos encarcerados decorre de uma soma de fatores sociais que desmotivam a adoção de condutas que visem reverter o quadro inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. A relevância econômica dos direitos sociais e, respectivamente, da estruturação de um sistema prisional que observe direitos existenciais do ser humano; a ausência de demanda social; a discricionariedade imprudente do Executivo; e a cultura do encarceramento preservam e contribuem para essa situação ilegal.

Em 2015, atualizou-se as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, e aprovadas pelo



Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, em 1977. A fim de revisar essas regras e de melhor assegurar a dignidade humana do preso, as Nações Unidas oficializaram novo conjunto de normas que passou a ser conhecido como “As Regras de Mandela”.

Acontece que o anseio por uma solidificação de patamares mínimos para a salvaguarda dos direitos fundamentais sociais excede a mera elaboração de normas definidoras desses direitos e dos respectivos mecanismos de proteção, reivindicando a aplicação de efetivos meios de repreensão das negligências estatais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 670p. (Coleção teoria & direito público). Título original: Theorie der Grundrechte. ISBN-978-85-7420-872-5.

AUSTRIA. United Nations Office on Drugs and Crime. **The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules)**: An updated blueprint for prison management in the 21st century. Vienna, 201-. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Brochure\\_on\\_the\\_UN\\_SMRs.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Brochure_on_the_UN_SMRs.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2023.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana**. Revista de Direito Administrativo nº 254, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Tradução de L'età dei Diritti. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília: Edições Câmara, 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos**. 1. ed. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório de gestão: Supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF**. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Projeto Sistema Prisional em Números**, 2018. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>>. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347-DF**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 27 de setembro de 2015. Lex: Inteiro Teor de Acórdão do STF, DJ nº 181, plenário, p. 40, set. 2015.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais**: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre, 2008, p. 163- 206

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constucionais**, Curitiba, v. 3, n. 2, p.115-141, maio 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul. 1989. ISSN 2238-5177.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2009.