

REVISTA JURÍDICA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA BAHIA

v.2

*Direitos
Fundamentais*

2015



REVISTA JURÍDICA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA BAHIA

volume 2

Direitos Fundamentais

Salvador, 2015

REVISTA JURÍDICA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA BAHIA – Volume 2
DIREITOS FUNDAMENTAIS

© *Copyright* by Defensoria Pública do Estado da Bahia, 2015

Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução, total ou parcial, sem autorização expressa dos autores.

Autores dos artigos

Andrea Tourinho Pacheco de Miranda
Bethânia Ferreira de Souza
Bianca Ribeiro Sampaio
Camila Maria Góes de Sousa
Cristiane da Silva Barreto Nogueira
Daniel Nicory do Prado
Eva Ferreira da Silva
Fabiana Almeida Miranda
Joseline Maria Mota Barreto
Mônica Christianne Soares da Silva
Roberta Mafra
Vitória Beltrão Bandeira

Capa

SLA Propaganda

Projeto Gráfico e Edição Eletrônica
Editora Dendê

Revisão

Carlos Amorim

B42r Bahia (Estado). Defensoria Pública da Bahia
Revista Jurídica da Defensoria Pública da Bahia. - Salvador :
Defensoria Pública da Bahia, 2015.
292 p.; v. 2

ISSN 2358-0100

1. Defensoria Pública - Periódico. 2. Assistência judiciária –
Periódico. 3. Direito.

CDD:344.58142
20. ed.

Ficha elaborada pela bibliotecária Renata Souza CRB:1702

Defensoria Pública do Estado da Bahia
Tel.: (71) 3116-3400
www.defensoria.ba.gov.br

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR

Defensora Pública Geral

Vitória Beltrão Bandeira

Subdefensor Público Geral

Renato Amaral Elias

Corregedora Geral

Carla Guenem da Fonseca Magalhães

Subcorregedor

César Ulisses Oliveira Monteiro da Costa

CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA

Conselheiros titulares eleitos

Clériston Cavalcante de Macedo

Gil Braga de Castro Silva

Juarez Angelin Martins

Maria Auxiliadora Santana Bispo Teixeira

Mônica de Paula Oliveira Pires de Aragão

Robson Freitas de Moura Moura Júnior

Conselheiros suplentes eleitos

Alexandre Alves de Souza

Elaina Borges de Souza Rosas

Pedro Joaquim Machado

Ouvidora-Geral

Tânia Maria Palma Santana

ESCOLA SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA

Diretor

Daniel Nicory do Prado

Conselho Editorial da Revista Jurídica

Andrea Tourinho Pacheco de Miranda

Ariana de Sousa Silva Wanderley

Bethânia Ferreira de Souza

Cláudia Regina Ferraz de Souza Bispo Silveira

Felipe Silva Noya

Liana Santos Conceição Leão

Luiz Carlos de Assis Júnior

Maria Auxiliadora Santana Bispo Teixeira

Matheus Góes Santos

Rodrigo Ferreira Lima

SUMÁRIO

EDITORIAL

Daniel Nicory do Prado 7

PACIENTE JUDICIÁRIO: O ESFORÇO COLETIVO NA QUEBRA DE PARADIGMA

Andrea Tourinho Pacheco de Miranda e Vitória Beltrão Bandeira 9

PREMÊNCIA DE AÇÕES AFIRMATIVAS

NA GARANTIA DO DIREITO AO SUFRÁGIO DOS PRESOS PROVISÓRIOS

Bethânia Ferreira de Souza 22

A INTERRUPÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

POR INADIMPLEMENTO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Bianca Ribeiro Sampaio 63

A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231

DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Camila Maria Góes de Sousa 95

A POLÍTICA DE MEDICAMENTOS NA REDE PÚBLICA DE SAÚDE

E A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Cristiane da Silva Barreto Nogueira 127

A DIGNIDADE DOS PRESOS NO MUNICÍPIO DE SENHOR DO BONFIM-BA

Eva Ferreira da Silva 143

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM FACE DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA Fabiana Almeida Miranda	167
O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO PARA A SOLUÇÃO DE COLISÕES ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS Joseline Maria Mota Barreto	203
(IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PRORROGAÇÃO DO ESTÁGIO PROBATÓRIO EM RAZÃO DA FRUIÇÃO DE LICENÇA MATERNIDADE NO AMBITO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA Mônica Christianne Soares da Silva	237
O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE: UM CONFLITO ENTRE A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL Roberta Mafra	266

EDITORIAL

Daniel Nicory do Prado¹

A Defensoria Pública-Geral, em seu texto de apresentação à 1ª edição da Revista Jurídica da Defensoria Pública da Bahia, foi muito precisa ao destacar o nascimento deste periódico como uma iniciativa de fortalecimento da tradição de pesquisa e publicação científica dentro da instituição, além de representar o cumprimento de uma obrigação legal já há muito estabelecida.

Tais palavras não poderiam ter sido mais felizes. A Escola Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia continua empenhada em preservar e aprofundar a cultura científica da instituição e, nesta 2ª edição, termina de publicar os trabalhos de conclusão de curso dos Defensores Públicos matriculados na Especialização em Direito do Estado da Faculdade Baiana de Direito e que optaram pela entrega de artigos.

Além disso, outros dois trabalhos vêm a público nesta edição: um deles, de uma defensora que optou pela forma da monografia para o seu TCC na Especialização, e atendeu ao chamado editalício da ESDEP para adaptar o seu texto ao formato proposto para a Revista; o outro, um trabalho de duas defensoras públicas da Bahia premiado em segundo lugar no Concurso de Teses do X Congresso Nacional dos Defensores Públicos, realizado em Natal, no ano de 2011.

Em paralelo, o Conselho Editorial da Revista Jurídica já recebeu os novos artigos submetidos à avaliação da ESDEP, e que, se considerados aptos à publicação, comporão as edições subseqüentes desta publicação, cuja periodicidade ordinária é anual, mas que necessitou de duas edições no seu primeiro ano de existência, para dar vazão à produção qualificada e disponível na Defensoria Pública.

A produção de conhecimento é uma etapa natural do aprendizado e precisa ser constantemente fomentada. A Escola Superior da Defensoria Pública da Bahia, convicta da importância de apresentar ao público o resultado dos estudos dos membros, servidores e estagiários da instituição, vê na Revista Jurídica um instrumento indispensável para a difusão, no âmbito acadêmico e profissional, da difusão do conhecimento e da conscientização acerca dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico, uma das muitas funções institucionais da Defensoria Pública enquanto expressão e instrumento do regime democrático.

Salvador, janeiro de 2015

1 – Diretor da ESDEP

PACIENTE JUDICIÁRIO: O ESFORÇO COLETIVO NA QUEBRA DE PARADIGMA

Andrea Tourinho Pacheco de Miranda¹

Vitória Beltrão Bandeira²

“Sinto-me um animal para o qual todos os acessos estão fechados. Não posso mais me entregar, pois ninguém me quer do jeito que sou, todos sabem mais de mim do que eu.”

(Hannah Arendt)

Resumo:

O presente trabalho tem por objetivo analisar o atual tratamento penal dispensado ao paciente judiciário, sujeito de direito, processado ou sentenciado no sistema penal. A abordagem temática enfatiza a importância do papel da Defensoria Pública face à defesa desse setor da sociedade, composto por indivíduos excluídos, muitas vezes em situação de abandono e com dificuldades de inserção. A pesquisa realizada aponta as falhas do atual sistema de saúde, em cotejo com o sistema jurídico penal, salientando que cabe à Defensoria Pública incentivar o novo paradigma de tratamento e assistência ao paciente judiciário, agindo como instrumento transformador da promoção de igualdade e cidadania e garantidor dos seus direitos fundamentais, demonstrado através de incentivo a políticas públicas que envolvam vários segmentos da sociedade. Assim estará contribuindo com o movimento antimanicomial, garantindo, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana ao interno portador de transtorno mental.

Palavras-chave: paciente judiciário - sistema penal - novo paradigma - movimento antimanicomial - princípio da dignidade da pessoa humana.

Abstract: *This study aims to examine the current criminal treatment dispensed to the patient care judiciary, a right holder, who is guilty or convicted in the criminal justice system. The thematic approach emphasizes the importance of the role of the Public*

1 – Defensora Pública de Classe Final, Titular da 12ª Vara Crime da Capital, Mestre em Direito pela UFPE, com linha de pesquisa em Direito Penal. Doutoranda em Direito pela Universidade de Buenos Aires, Argentina. Tem experiência na área Direito, com ênfase em: Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Prática Jurídica Penal e Execuções Penais (Penas Alternativas, Justiça Restaurativa e Mediação Penal).

2 – Defensora Pública-Geral do Estado da Bahia, Titular do 21º DP de Instância Superior, com atuação junto à Câmara Criminal. Especialista em Direito Econômico e em Ciências Criminais pela Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Tem experiência na área Direito, com ênfase em: Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Prática Jurídica Penal, Execuções Penais e Execuções de Penas e Medidas Alternativas.



Defender in the face of the defense sector of society composed of individuals excluded, often abandoned with integration difficulties. The survey points out the failings of the current health system by comparison with the criminal justice system, noting that it is up to the Public Defender to encourage the new paradigm of treatment and patient care judiciary, acting as an instrument for transforming the promotion of equality and citizenship and the guarantor of their fundamental rights, demonstrated by encouraging public policies that involve various segments of society. So will be contributing to the anti-asylum movement, ensuring, above all, the principle of human dignity of the internal mental patient.

Keywords: *patient care judiciary - criminal justice system - new paradigm - anti-asylum movement - principle of human dignity*

I – INTRODUÇÃO

A ciência tem por escopo compreender e modificar o comportamento das pessoas. No que tange ao estudo da saúde mental, o qual compreende as pessoas portadoras de transtornos mentais, incluindo aquelas alcançadas pelo sistema penal, podemos verificar modificações significativas de tratamento, tanto na esfera médica quanto na jurídica. Tais mudanças são de grande relevância na atualidade e não podem ser analisadas em separado, principalmente porque em ambos os setores elas se mostram necessárias.

Como bem assinala Bauman³, vivemos em uma sociedade que enfrenta grandes mudanças, uma sociedade “líquida”. Significa dizer que uma vida “líquida” é caracterizada como uma forma de vida que tende a ser levada por um grupo social em condições sob as quais seus membros mudam – em seus hábitos, sua rotina e nas formas de agir – num tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação.

Aqui nos referimos à importância da mudança do discurso jurídico-penal voltado para a proteção dos direitos fundamentais das pessoas portadoras de transtorno mental. Nesse passo, podemos falar em quebra de paradigma trazida com a Reforma Psiquiátrica.

O conceito de doença mental, que outrora era comparado ao de feitiçaria ou possessão, vem mudando para adaptar-se às novas formas de tratamento e funcionalidade. Entretanto, a loucura ainda é tratada a partir de interpretações diversas, persistindo dúvidas a respeito da sua origem: se essa patologia é, de fato, determinada pela ordem orgânica, cultural, constituição psíquica, religiosa, ambiental ou da inter-relação dessas condições.

Mesmo com dúvidas sobre o surgimento da loucura, o tratamento médico e jurídico destinado à pessoa portadora de transtorno mental avança lentamente para se ajustar às propostas trazidas pela Reforma Psiquiátrica, representada sob o ângulo normativo pela Lei Antimanicomial.

A aludida lei protege os direitos fundamentais da pessoa portadora de transtorno mental, curvando-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, inclusive aquela processada e sentenciada criminalmente, denominada de *paciente judiciário*. A Medida de Segurança – instituto que ainda prevalece no sistema penal e é fruto de discursos irracionais – retira do autor a sua responsabilização pelo fato cometido, mas a Lei nº 10.216/2001 aponta a necessidade do reconhecimento da prevalência dos seus direitos e deveres enquanto cidadão.

Antes da Reforma Psiquiátrica, a Defesa encontrava-se impotente face ao inimputável. Sob o estigma de *periculoso* lhe era estabelecido o regime e a duração de tratamento psiquiátrico por medida de segurança, até mesmo por tempo indeterminado, sujeitando-o à situação

3 – BAUMAN, Zigmund. *Vida Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

de isolamento social, no ineficaz manicômio judiciário, hoje substituído pelos Centros de Atenção Psicossocial.

Nesse contexto, a Defensoria Pública comunga com a melhoria de tratamento ao portador de transtornos mentais, assimilando o que a Reforma Psiquiátrica trouxe de inovador em harmonia ao Estado Democrático de Direito.

1 – BREVE HISTÓRICO SOBRE A HISTÓRIA DA LOUCURA – A REFORMA PSQUIÁTRICA E OS SERVIÇOS SUBSTITUTIVOS À INTERNAÇÃO

O primeiro estudo sobre a doença mental nos remonta à feitiçaria. De acordo com Szasz⁴, no século XV acreditava-se que algumas pessoas eram feiticeiras e outras insanas. De outro lado, o misticismo católico da segunda metade do século XVI levava em consideração o aparecimento do fenômeno da possessão como um novo aparelho de controle e poder da Igreja.

A feitiçaria dos séculos XV e XVI e a possessão dos séculos XVI e XVII aparecem, segundo Foucault,⁵ como continuidade histórica e traduziriam a luta de uma nova vaga de cristianização, inaugurada em fins do século XV e início do século XVI, considerada como uma espécie de fenômeno periférico, presa a esse processo cristão.⁶

Ainda de acordo com Foucault, ao final do século XVII, loucura e razão não estavam separadas. Já no século XX, houve uma evolução de conceitos, diagnosticando-se que algumas pessoas eram insanas devido à saúde mental.

Sob essa nova ótica, o indivíduo a ser corrigido, que surgiu com o advento da Ciência Penitenciária, vai mudando de figura para um indivíduo incorrigível. A interdição significava, portanto, uma medida judiciária pela qual um indivíduo era parcialmente desqualificado como sujeito de direitos.⁷

No Brasil, a história da psiquiatria é relatada a partir dos hospitais psiquiátricos, cujo surgimento ocorreu no final do século XIX, que foram influenciados pela psiquiatria francesa, como assinala Ribeiro.⁸ O primeiro foi o Asilo Pedro II, no Rio de Janeiro, fundado em 1853. O Hospício São Pedro de Porto Alegre, hoje Hospital Psiquiátrico São Pedro-HPSP, foi inaugurado em 1884. As atividades de ensino desse Hospital Psiquiátrico tiveram início em 1908 para alunos da Faculdade de Medicina, que atualmente Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

4 – SZASZ, Thomas S., *A fabricação da loucura – um estado comparativo entre Inquisição e o movimento de saúde mental*, 1976.

5 – Cf. FOUCAULT, Michel. *Os anormais*, p.261

6 – Cf. FOUCAULT, Michel. *Os anormais*, p. 259.

7 – FOUCAULT, Michel. *Os anormais*, p. 415.

8 – RIBEIRO, P. R. M. *Da psiquiatria à saúde mental: esboço histórico*, J bras Psiq,48(2): 53-60, 1999.

No século XVIII, Phillippe Pinel, médico psiquiatra, iniciou um processo de liberação das correntes dos doentes mentais, e pouco a pouco, os asilos foram substituídos por manicômios.

Constituindo-se como uma parcela de *"apenado suis generis"*, o paciente judiciário paradoxalmente se encontra vulnerável, pela sua condição de inimputabilidade e, por conseguinte, perda da autonomia.

A Reforma Psiquiátrica é considerada como um conjunto de transformações de práticas, saberes, valores culturais e sociais, composta de atores, instituições, como a Defensoria Pública. Incide em territórios diversos, nos governos federal, estadual e municipal, nas universidades, nos mercados dos serviços de saúde, nos conselhos profissionais, associações de pessoas com enfermidade mental, de seus familiares, movimentos sociais, entre outros.

O marco inicial dos movimentos sociais para garantir os direitos da pessoa portadora de transtornos mentais ocorreu em 1978, com o surgimento de grupos que visavam a implementação de políticas públicas voltadas à melhoria da saúde mental do País, os quais apontavam irregularidades ocorridas em hospitais psiquiátricos, denunciando práticas ilegais.

Surgem os primeiros CAPS na cidade de São Paulo, como substitutivo do manicômio, e em 1989, os Núcleos de Atenção Psicossocial – NAPS, com funcionamento de 24 horas, organizados por equipes multidisciplinares. Nesse mesmo ano, o deputado Paulo Delgado propõe, no Congresso Nacional, um Projeto de Lei que visa regulamentar os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, em fortalecimento da Reforma Psiquiátrica.

Em 1988, o Sistema Único de Saúde – SUS é criado, e apesar da perspectiva de uma nova gestão estadual de política pública no setor de saúde mental, o Estado recomenda a participação da família nesse processo.

Em 1990, o Brasil se torna signatário da Declaração de Caracas, na II Conferência Nacional de Saúde Mental. Assim, entram em vigor, as primeiras normas federais que regulamentavam a implantação de serviços de atenção diária, fundadas nos CAPS, NAPS e Hospitais-dia, porém sem previsão orçamentária para a implantação dessas instituições substitutivas.

Somente em 2001, aos 12 anos de tramitação no Congresso Nacional, é promulgada a Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, destinada a proteger os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, modificando o modelo assistencial em saúde mental e criando novas linhas de financiamentos pelo Ministério da Saúde para os serviços substitutivos ao hospital psiquiátrico.

2 – A LEI ANTIMANICOMIAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA PORTADORA DE TRANSTORNO MENTAL

Com a promulgação da Lei nº 10.216/2001, que trata da proteção e dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, deflagrou-se em nível de legislação o processo de construção de respeito à pessoa portadora de transtorno mental, mesmo quando em situação alcançada pelo sistema penal, não obstante o instituto da medida de segurança ao retirar a responsabilização do autor do fato, ferir a sua autonomia como sujeito de direito e deveres.

Segundo os especialistas na área técnica de saúde mental, tal medida de tratamento é desprovida de embasamento científico, assim como o conceito de periculosidade. Importante observar que o manicômio judiciário não integra o Sistema Único de Saúde – SUS, isso porque o referido instituto não preenche os requisitos legais como unidade hospitalar. Por conseguinte, não tem acesso aos recursos e programas da rede de atenção à saúde mental.

A respeito da suposta periculosidade atribuída ao paciente judiciário, merece destaque a inferência de Fernanda Otoni, idealizadora e coordenadora do exitoso Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário em Minas Gerais (PAI-PJ) do TJMG:

Temos a responsabilidade de declarar o que a experiência nos informa. É possível tratar certa periculosidade: aquela que é produzida pela ausência de políticas públicas de atenção a esses portadores de sofrimento mental. Essa periculosidade é efeito do abandono, é ausência de tratamento ao sofrimento psíquico, é carência de recursos. É o efeito de uma política que segrega.⁹

Conceituada a Medida de Segurança, por um suposto discurso tutelar, como sanção penal e não como pena, mero eufemismo conceitual em nossa percepção, a sua aplicação tem representado “vida de cadeia” para o louco infrator das camadas sociais mais vulneráveis ao poder punitivo. Anula as garantias individuais da pessoa portadora de transtorno mental e a magnitude do injusto cometido, esquivando-se de buscar soluções reais e eficazes, o que fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

Comumente o portador de transtorno mental de baixa renda é capturado em flagrante delito e mantido preso na fase de conhecimento, e, em escala significativa por delito de menor gravidade, sem análise da necessidade da prisão e dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da subsidiariedade. Com o julgamento, a aplicação de medida de segurança de internação manicomial, fundamentada pela natureza do delito e não ao quadro sintomático do paciente, contraria a Lei nº 10.216/ 2001.

9 – BRISSET-BARROS, Fernanda Otoni de . Por uma política de atenção integral ao louco infrator, p 47.

Assinalam Zaffaroni *et al*¹⁰ que a referida lei converte a institucionalização de inimputáveis ou semi-imputáveis em modalidade de “internação compulsória” (art. 6º, inc. III e art. 9º). Destacam ainda que “até o presente momento suas inovações – especialmente as garantias discriminadas no § único do art. 2º – não foram incorporadas à rotina do sistema penal”.

Salientam, ainda, os autores que, “quando uma instituição não cumpre sua função, por regra, não deve ser utilizada”. E mais:

Havendo, como há hoje em dia, disposições legais do direito psiquiátrico, não é racional sustentar que uma pessoa, devido ao acaso de ter posto em funcionamento as agências do sistema penal, seja submetida a essa potestade com a possibilidade de sofrer uma pena indeterminada que, inclusive, pode ser perpétua. A agressividade de um paciente mental não depende do acaso da intervenção punitiva, mas sim de características da doença que o juiz civil deve valorar em cada caso.¹¹

Entretanto, há que se estar atento aos excessos nocivos que os médicos podem vir a exercer em relação ao paciente judiciário. Sobre esse alcance, Zaffaroni *et. al.* acrescentam:

Os médicos exercem um poder de institucionalização manicomial que, quando não tem um objetivo medicinal imediato, aproxima-se bastante ao da preconização. Algo parecido acontece com as autoridades assistenciais que decidem a institucionalização de pobres urbanos das ruas ou de pessoas idosas. As famílias também tomam decisões institucionalizantes de pessoas idosas e de crianças em estabelecimentos particulares. Os juizados para crianças e adolescentes, inclusive fora de hipóteses delituosas, decidem sobre sua institucionalização.¹²

Complementa Fernanda Ottoni, coordenadora do PAI-PJ / TJMG:

Não estamos entre aqueles que acreditam que a questão do louco infrator é um problema exclusivo da saúde, fora do campo de competência do Direito, restando ao campo jurídico, através da figura do juiz, apenas a função burocrática de receber e anexar ao processo às comunicações dos serviços de saúde. Essa foi a solução dos reformadores do século XIX.

[...]

10 – ZAFFARONI, Eugenio R. et. al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*, p.139.

11 – *Idem*.

12 – ZAFFARONI, Eugenio R. et. al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*, 1º vol, p.69.

À saúde cabe prestar a assistência em saúde mental. A resposta jurídica é função exclusiva do representante social da lei. Na nossa época e em nossa sociedade, essa função se institucionalizou através do sistema de justiça. A nossa experiência ensina que o fato de alcançar o direito de ter acesso ao tratamento de saúde que corresponda à singularidade clínica e social do cidadão, no ambiente universal e democrático do SUS, não o dispensa do dever de responder pelo seu crime, segundo a orientação do texto normativo em vigor.¹³

Se a nossa dívida, como operadores do direito, para com o paciente judiciário é imensa, urge aproximarmo-nos de outros saberes, de modo que possamos fazer florescer o estado de direito ao paciente judiciário. Merece destaque, também, a compreensão de renomados juristas acerca da importância da política criminal ao estado de direito. Nesse sentido Zaffaroni *et. al.* complementam:

O estado de direito contemporâneo acha-se ameaçado por um crescimento ilimitado do aparato punitivo, sobretudo de suas agências executivas e penitenciárias. Por isso, a política criminal e, muito especialmente, a engenharia institucional penal, são saberes fundamentais para sua defesa e fortalecimento.¹⁴

3 – A IMPORTÂNCIA DO TRABALHO INTERDISCIPLINAR E O PAPEL DOS CAPS COM A REFORMA PSIQUIÁTRICA

O surgimento dos Centros de Atenção Psicossocial – CAPS teve um valor fundamental no âmbito da Reforma Psiquiátrica. A sua proposta é a desinstitucionalização e produção de autonomia.

Com a implementação desse serviço na área de atenção à saúde mental, iniciou-se uma mudança essencial de paradigma quanto ao tratamento mental e a consequente organização de uma rede substitutiva ao Hospital Psiquiátrico. Com a Lei nº 10.216/2001, se redirecionou o modelo assistencial de tratamento e cuidado em saúde mental nesses serviços substitutivos em meio aberto, inclusive quanto ao tratamento penal do paciente judiciário.

Vale salientar os progressos em sede executiva no tratamento processual ao paciente judiciário, na Vara de Execuções de Penas e Medidas Alternativas da Comarca de Salvador – VEPMA, em favor da política antimanicomial fruto do esforço coletivo articula-

13 – BRISSET-BARROS, Fernanda Otoni de. Por uma política de atenção integral ao louco infrator, p 36.

14 – ZAFFARONI, Eugenio R. *et. al.* **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal.** Rio de Janeiro: Reavon, 2003, p.275. Os autores referem-se a um Estado Penal, isto é, aquele garantidor ou policial, reforçador ou debilitador do estado de direito.

do pela Defensoria Pública, Ministério Público, Magistratura, redes municipais de atenção a saúde mental (CAPS), e do próprio Hospital de Custódia e Tratamento, cujo êxito obtido depende dessa prática disciplinar.

- Prevalência do examinado na condição de externo para exame médico do processado referente a incidente de insanidade mental instaurado;
- Prevalência da execução de medida de segurança de tratamento em regime ambulatorial, através da rede pública de atenção à saúde mental;
- Interrupção do ciclo de reinternamento por quebra de salvo-conduto, com a extinção do processo face à inserção social e reabilitação psicossocial assistida;
- Regularização do desvio de função do Hospital de Custódia e Tratamento – HCT como asilo penal;
- Celebração do Termo de Acordo de Cooperação Técnica – TACT, firmado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ e diversas instituições do estado da Bahia (01.09.2011), visando à criação e à manutenção de um núcleo interdisciplinar auxiliar do Poder Judiciário.

Hoje há recomendação às autoridades judiciais para que evitem tanto quanto possível a internação em manicômio judiciário. Nesse sentido, deve-se buscar o diálogo entre as diversas políticas públicas e a sociedade civil. Zaffaroni *et. al.* destacam a importância da interdisciplinaridade no saber penal:

A interdisciplinaridade é uma necessidade a todo saber. O contato do saber penal com outros saberes não são meros pedidos de auxílio a outras disciplinas, mas sim verdadeiras hipóteses interdisciplinares de trabalho, das quais nenhum saber pode prescindir, sob pena de cair no autismo ou no preconceito. Só se pode evitar o autismo e o preconceito indo ao encontro das hipóteses de trabalho interdisciplinar, o que não implica que respectivo saber perca seu horizonte nem sua função apenas, torna-se interdisciplinar a construção de seu sistema de compreensão.

É impossível um diálogo interdisciplinar quando um saber decide apoderar-se, modificar ou refutar os dados referidos por outros saberes. Todo saber é ainda mais importante no campo das ciências sociais, particularmente no do saber jurídico, e mais ainda na peculiar sensibilidade ao fenômeno que o Direito Penal apresenta.

Um diálogo construtivo entre saberes que respeitam reciprocamente seus âmbitos: nem se apoderam do alheio, nem abandonam seus próprios horizontes e função.¹⁵

15 – ZAFFARONI, Eugenio *et. al.* **Direito Penal Brasileiro: 1º vol - Teoria Geral do Direito Penal**, p.273.

4 – A POLÍTICA PÚBLICA DE PROTEÇÃO AO PACIENTE JUDICIÁRIO E A IMPORTÂNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA NA CONSTRUÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA

No estado da Bahia o Provimento Conjunto do Tribunal de Justiça de nº 05/2010 e o Provimento da Corregedoria Geral da Justiça nº 07/2010 (art. 20), corroborados pela Resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária nº 04/ 30.07.2010, acentuam a importância de promover a acessibilidade do sujeito aos seus direitos fundamentais gerais e sociais, bem como a sua circulação na sociedade, colocando-o de modo responsável no mundo, de fortalecer as habilidades e capacidades do sujeito em responder pelo que faz ou deixa de fazer por meio do laço social, de mediar as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, visando à individualização da aplicação da Medida de Segurança.

Com o rompimento de paradigmas, prova-se não ser mais admissível o controle penal manicomial, de forma excludente com outros saberes de outras esferas de controle social, especialmente da área técnica de saúde mental. Na construção desse novo cenário de tratamento ao paciente judiciário, por intermédio de substitutivos em meio aberto, pela rede pública de saúde, fundamental tem sido a articulação e o diálogo interdisciplinar construtivos com os demais órgãos, saberes e políticas públicas.

II – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desumano tratamento manicomial não obstante decidir o conflito não o soluciona. No confronto entre o binômio sistema de saúde e sistema penal na vida do paciente judiciário ainda não existem soluções imediatas para dirimir os seus sofrimentos na condição de pessoa humana.

Não é humano ser inimputável, sem direito a responder por sua palavra, gesto ou ato, ou seja, condenado ao sepulcro do silêncio e ao exílio social eterno, como uma coisa muito perigosa.

A sentença de inimputabilidade decretada a um cidadão e a consequente presunção de periculosidade é a mais violenta violação dos direitos humanos em vigor nestes tempos que correm. Esses cidadãos não nos deixam esquecer que pregar comportamento e agregar valores absolutos foi uma prática muito usada para condenar pessoas na santa Inquisição. Nos casos dos loucos infratores, a modernidade ainda se orienta pela mesma lógica, deslocando apenas o seu destino como forma de segregação.¹⁶

Como se percebe, no tocante ao tratamento penal do paciente judiciário, prevalece no sistema judiciário uma realidade em descompasso com os princípios fundamentais.

16 – BRISSET-BARROS, Fernanda Otoni de. *Por uma política de atenção integral ao louco infrator*, p. 36.

As mudanças de paradigmas almejadas pelo movimento antimanicomial, ainda não atingiram plenamente seus objetivos. A presunção da periculosidade do paciente judiciário é fortalecida ainda por posições retrógradas e anacrônicas, inseridas em um contexto de isolamento institucional do poder decisório, com a aplicação de medida de segurança em cotejo com o seu isolamento total.

A Defensoria Pública, enquanto instituição de assistência jurídica dessa parcela da população excluída, tem o dever fundamental de garantir a proteção integral de seus direitos fundamentais, por meio de um acompanhamento em que prevaleça, antes de tudo, o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse diapasão, a implementação de políticas públicas de proteção e assistência ao paciente judiciário, aproximará esse indivíduo estigmatizado do convívio social, propiciando, destarte, a sua inserção social, tornando-o cidadão e não inimigo em nosso sistema jurídico-penal.

É pública e notória a seletividade do poder punitivo. De uma maneira geral, resulta a criminalização de um estado altamente vulnerável da pessoa portadora de enfermidade mental desprovida de recursos e instrução, sem acesso à cidadania. Compete, pois, à Defensoria Pública oferecer a possibilidade de esse indivíduo reduzir a sua vulnerabilidade, com a sua inserção nos programas sociais das políticas públicas pertinentes.

Essa prática de trabalho da Defensoria Pública, de forma interdisciplinar e articulada, como agente transformador da cultura manicomial, por certo contribuirá no fortalecimento da "Política Pública para Promoção da Igualdade e Cidadania em relação ao Louco Infrator", no que tange à sua acessibilidade aos serviços básicos de saúde e assistência social, bem como à preservação de seus direitos como pessoa humana em nosso sistema jurídico-penal.

III – REFERÊNCIAS

BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni de. **Por uma política de atenção integral ao louco infrator**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2010.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

BAUMAN, Zigmund. **Vida líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.



BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral, v. 1, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DA BAHIA, SECRETARIA DA JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS, UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. **Censo Clínico e Psicossocial da População de Pacientes Internados no Hospital de Custódia e Tratamento em Psiquiatria do Estado da Bahia HCT/BA (Manicômio Judiciário) - Relatório Final**, Salvador-Bahia, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Lei nº 12.403/2011**: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. Boletim IBCCRIM- ANO 19- Nº 223- JUNHO- 1011.

DELGADO, Pedro G.G. **A psiquiatria no território**: construindo uma rede de atenção psicossocial. In: Saúde em foco: informe epidemiológico em saúde coletiva. Saúde mental: a ética de cuidar. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Saúde, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medida de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução Raquel Ramalhete, 30ª edição. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **História da loucura na Idade Clássica**. São Paulo: Perspectivas, 1978.

_____. **Os anormais** – Curso no Collège de France (1974-1975). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. Tradução de Dante Moreira Leite. 7ª edição. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

JAKOBS, Günter e MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo** – noções e críticas . 4ª edição. Org. e trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras – Malleus maleficarum**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempos, 2010.

LOBOSQUE, Ana Marta. **Experiências da loucura**. Rio de Janeiro: Garamound, 2001.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** - Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: Introdução Crítica**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Funções do Direito Penal**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIBEIRO, P. R. M. **Da psiquiatria à saúde mental: esboço histórico**. J bras Psiqu. 48(2): 53-60, 1999.

SZASZ, Thomas S. F. **A fabricação da loucura: um estado comparativo entre Inquisição e o movimento mental**. Coleção Psyche. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1976.

WACQUANT, Loic. **As Prisões da Miséria**. Tradução André Teles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, 1º vol- Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

PREMÊNIA DE AÇÕES AFIRMATIVAS NA GARANTIA DO DIREITO AO SUFRÁGIO DOS PRESOS PROVISÓRIOS

Bethânia Ferreira de Souza¹⁷

Resumo:

A igualdade material teve seu conceito jurídico aprimorado na última metade do século XX, desenvolvendo mecanismos de promoção e aceleração da igualdade que denominamos de ação afirmativa. Os direitos políticos e o sufrágio universal nos Estados Democráticos constituem direitos fundamentais do indivíduo os quais devem ser garantidos por meio de prestações positivas do Estado, como a garantia do escrutínio acessível a todos que apresentam direito ao sufrágio ativo. Os presos provisórios – aqueles que não apresentam sentença com trânsito em julgado – merecem atenção especial no tocante ao exercício do sufrágio ativo, diante das dificuldades constatadas no processo eleitoral de 2010 e na preparação do processo eleitoral de 2012. Cabe, portanto, ao Estado Brasileiro editar normas, bem como adequar a estruturação da Justiça Eleitoral visando à garantia do sufrágio ativo dos presos provisórios, inclusive com a implementação de ações afirmativas para garantir a igualdade substancial.

Palavras-chave: Ação Afirmativa. Direitos Fundamentais. Sufrágio. Presos Provisórios.

Abstract: *The substantive equality had improved its legal concept in the latter half of the twentieth century by developing mechanisms of promotion and acceleration of the equality that we call affirmative action. The political rights and universal suffrage in Democratic States establish rights that must be secured by means of positive benefits of the state, including ensuring the elections accessible to all who have an active right to vote. The provisional prisoners, those who aren't judgment and deserve special attention with regard to the exercise of suffrage active face of the difficulties found in the electoral process of 2010 and the preparation of the electoral process of 2012, it's up to the Brazilian state enacting and how to adapt the structure of the Electoral Court to guarantee the assets of prisoners provisional ballot, including the implementation of affirmative action to ensure substantive equality.*

Keywords: *Affirmative Action. Fundamental Rights. Suffrage. Prisoners Interim*

17 – Defensora Pública de Classe Intermediária. Subcoordenadora das Defensorias Públicas Especializadas de Proteção aos Direitos Humanos. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito.

1 – INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a situação de fragilidade do exercício do direito ao sufrágio ativo dos presos provisórios no Brasil e a desconformidade da legislação eleitoral brasileira frente à Constituição Federal, às normas internacionais de Direitos Humanos e ao Plano Nacional de Direitos Humanos–3.

A ideia matriz para a concepção do presente trabalho se deu em razão da análise crítica que a autora pôde realizar frente à Comissão de Acompanhamento do Voto das pessoas privadas de liberdade, criada pela Defensoria Pública do Estado da Bahia em 2010, onde realiza atividades até a presente data.

Destaca-se que o estudo ora apresentado atentar-se-á para o exercício do direito ao sufrágio ativo, ou seja, o direito de votar, dos presos provisórios, quais sejam, os indivíduos que não possuem decisão penal condenatória com trânsito em julgado. Vale ressaltar que, embora o tema de direito ao voto dos condenados seja tema palpitante, não é objeto da presente investigação teórica.

Inicialmente, a análise percorre pelo processo evolutivo da construção do conceito de igualdade – desde a concepção de igualdade formal, estabelecida pelas ideias revolucionárias oitocentistas, até a construção do conceito de igualdade material – culminando na instituição das ações afirmativas.

Em seguida, com base na concepção de direitos fundamentais, aprofunda-se o estudo nos direitos políticos, sua definição e contornos, bem como sua apresentação na Constituição Federal e nos tratados internacionais de direitos humanos que têm o Brasil como signatário, observando-se a sua caracterização como direito público subjetivo.

Considerando-se as dificuldades vivenciadas nas eleições de 2010 e na preparação para as eleições de 2012 e analisando as dificuldades apontadas por juízes eleitorais, funcionários do Tribunal Regional Eleitoral, Defensores Públicos, funcionários da Secretaria da Administração Penitenciária e presos provisórios, a abordagem do próximo tópico recai sobre as dificuldades encontradas, em função do não enfrentamento da questão, de forma incisiva, pelo Estado Brasileiro, em afronta constante às normas constitucionais e regimentos internacionais de direitos humanos.

Por fim, demonstrar-se-á a necessidade da elaboração de políticas públicas para afirmação do direito público subjetivo ao sufrágio ativo dos presos provisórios, e a sua adequação e possibilidades, frente aos tratados internacionais de direitos humanos e ao Plano Nacional de Direitos Humanos–3.

2 – A IGUALDADE: ASPECTOS CONCEITUAIS AO LONGO DA HISTÓRIA

O tema igualdade é estudado desde a Antiguidade Clássica e é norteador do processo de construção do que hoje denominamos direitos humanos. É, portanto, a partir dessa perspectiva conceitual que se busca trazer equidade para as normas reguladoras de um Estado Democrático de Direito.

Ancorada na filosofia de Aristóteles, a noção de igualdade permeou os estudos e as obras de todos os pensadores, cientistas políticos, juristas, sociólogos e críticos da sociedade ocidental, deixando impregnada, em suas análises e publicações, a máxima “tratar de modo igual os iguais e desigual os desiguais, na proporção de suas desigualdades”.

A igualdade, sob a ótica de Aristóteles, baseava-se no ideal de justiça, que era calcado na lei, à época e na concepção desse filósofo grego. Justo era que os iguais fossem tratados de forma igual pela lei e pelo Estado e que os desiguais fossem tratados de forma desigual pela lei e pelo Estado.

Ao tratar sobre a concepção aristotélica da noção de igualdade, José Afonso da Silva descreve a intensa relação entre igualdade e justiça, na qual se baseava o filósofo:

Aristóteles vinculou a ideia de igualdade à ideia de justiça, mas, nele, trata-se de igualdade de justiça relativa que dá a cada um o que é seu, uma igualdade – como nota Chomé – impensável sem a desigualdade complementar e que é satisfeita se o legislador tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais.¹⁸

Peculiaridade outra da igualdade aristotélica era que esta não se baseava no conceito de ser humano, mas sim no conceito de cidadão. O estrangeiro e o escravo não estavam abarcados pela ideia de iguais e desiguais, não estavam protegidos pelo conceito de justiça por não estarem enquadrados como sujeitos detentores de direitos.

O filósofo revela a face cruel da organização estrutural da Democracia Clássica em sua obra *Política*¹⁹: “O cidadão não é cidadão pelo fato de se ter estabelecido em algum lugar – pois os estrangeiros e os escravos também são estabelecidos.”²⁰

Pela concepção aristotélica de participação da mulher no Estado e na Democracia, por uma questão de gênero, a ela não era concedido o direito de participar da política, mantendo-se subordinadas ao poder marital na organização da família e da casa, como se demonstra

18 – José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 212.

19 – *A Política*, de Aristóteles, é um texto filosófico composta de oito livros (I: 1252a - 1260b, II: 1261a - 1274b, III: 1275a - 1288b, IV: 1289a - 1301b, V: 1301b - 1316b, VI: 1317a - 1323a, VII: 1323b - 1337a, VIII: 1337b - 1342b) que trata da estruturação do Estado, da política ideal e da condução vida política da sociedade.

20 – Aristóteles. *A Política*. São Paulo: Saraiva de Bolso, 2011, p. 91.

expressamente no texto *Política*: “Aliás, a relação de superioridade existe constantemente da espécie macho para a espécie fêmeas”²¹

Fatores naturais, a exemplo do gênero e da idade, e fatores sociais, como a posição de escravos, orientavam a noção de igualdade e justiça de Aristóteles. Para o filósofo, seria impossível estabelecer um parâmetro de igualdade entre homens e mulheres ou entre escravos e senhores. A igualdade seria examinada na mesma classe de senhores, para que assim fosse possível verificar a equidade existente entre eles.

Sobre o tema, Oziel Francisco de Sousa explicita em sua tese o entendimento de Aristóteles:

(...) a igualdade na concepção aristotélica tinha sempre como pressuposta a desigualdade natural entre aqueles tidos como humanos e os que eram meros escravos, de tal sorte que somente em relação aos primeiros era possível fazer quaisquer comparações que resultassem em juízos de igualdade ou desigualdade.²²

A igualdade também está prevista nas Escrituras Sagradas da Igreja Católica. Vários trechos bíblicos condenam os que fazem a acepção das pessoas: “Por isso como não guardastes os meus caminhos, e, quando se tratava de sentenciar, segundo a minha lei, fizestes acepção de pessoas, também eu vos tornei desprezíveis e vis aos olhos de todos os povos.” (Malaquias 2:9)²³

De acordo com a Bíblia Sagrada, tratar de forma desigual as pessoas é um ato de pecado, conforme se observa nas palavras de Tiago: “Mas, se fazei acepção de pessoas, cometei um pecado, e sendo condenados pela lei como transgressores” (Tiago 2:9)²⁴

Para o pensador Jean-Jacques Rousseau, a noção de igualdade partia de duas vertentes, a saber: a desigualdade poderia ser física ou natural, ou poderia ser uma desigualdade moral e política.

A desigualdade física ou natural estaria presente na diferença de gênero, idade, saúde, constituição corporal e espírito, enquanto que a desigualdade moral estaria baseada na propriedade, na posição que a pessoa ocupa na sociedade, no quanto ela é louvada e homenageada, ou não, dentro do seio social.

Na esteira do pensamento rousseauiano, o homem em seu primitivismo não apresentava desigualdade moral e política. As diferenças eram somente físicas ou naturais, contudo a evolução da raça humana e a formação de comunidades e sociedades desencadearam um processo de criação de diferenças de cunho moral ou político.

21 – Aristóteles. *A Política*. São Paulo: Saraiva de Bolso, 2011, p. 41.

22 – SOUSA, Oziel Francisco de, Tese de mestrado: *As Ações Afirmativas como Instrumento de Concretização da Igualdade Material*, p.48

23 – Bíblia Sagrada. 44 ed. São Paulo: Paulinas, 1987, p. 1049

24 – Idem, p. 1325

A noção de propriedade para este filósofo francês teria papel determinante no estabelecimento das diferenças morais, visto que, com a entrada da propriedade na estruturação da sociedade, iniciou-se a dicotomia entre pobres e ricos. Ademais, para garantir o direito à propriedade e organizar as regras de convivência entre os possuidores e não possuidores de bens, emerge a produção legislativa visando amparar a propriedade.

A evolução da estruturação da sociedade para uma forma mais complexa e de proteção à propriedade faz surgir os funcionários públicos, detentores do direito de organizar as regras de convívio social e de aplicá-las. Estaria estabelecida a magistratura, na concepção de Rousseau, que seria mais uma forma de desigualdade.

Ainda, para o mestre francês, existiria um terceiro estágio de evolução da desigualdade moral consubstanciada no abuso de poder. O abuso de poder retiraria a legitimidade dos cargos públicos e transformaria o detentor do poder em tirano.

Nas palavras do próprio Rousseau, em seu livro *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*²⁵, a arbitrariedade se faria valer, em detrimento da igualdade de direitos:

Se seguirmos o processo da desigualdade nessas diferentes revoluções, verificaremos ter constituído seu primeiro termo o estabelecimento da lei e do direito de propriedade; a instituição da magistratura, o segundo; sendo o terceiro e último a transformação do poder legítimo em poder arbitrário. Assim, o estado de rico e pobre foi autorizado pela primeira época; o de poderoso e de fraco pela segunda; e, pela terceira, o de senhor e escravo [...]

Rousseau afirma também que a existência da desigualdade moral e política na sociedade não nos obriga retornar ao estado de homem primitivo, indicando que a desigualdade moral e política deve ser corrigida e não pode servir como base para privilégios de ordem moral e política, muito menos de abuso ou tirania.

O filósofo estabelece em seus estudos a ideia de que apenas as diferenças físicas podem ser tratadas desigualmente; ao contrário, estabeleceríamos uma sociedade de privilégios infundados na ordem natural ou física, baseando-se somente nas estruturas de poder criadas pelo homem. Tal pensamento assim foi explicitado:

Conclui-se, ainda, que a desigualdade moral, autorizada somente pelo direito positivo, é contrária ao direito natural sempre que não ocorre, junta-

25 – ROUSSEAU, Jean-Jacques Rousseau. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 238

mente e na mesma proporção, com a desigualdade física – distinção que determina, suficientemente, o que se deve pensar, a esse respeito, sobre a espécie de desigualdade que reina entre os povos policiados, pois é manifestamente contra a lei da natureza, seja qual for a maneira por que a definamos, uma criança mandar num velho, um imbecil conduzir um sábio, ou um punhado de pessoas regurgitar superfluidades, enquanto à multidão faminta falta o necessário.²⁶

A concepção de igualdade, por sua vez, ganhou seus momentos de glória com o desenvolvimento das ideias que culminaram na criação de um Estado Liberal e da instituição do constitucionalismo como instrumento de garantias aos cidadãos.

Os ideais revolucionários que culminaram na Revolução Americana e na Revolução Francesa serviram de base fundamentadora das Declarações de Direitos do séc. XVIII.

Mesmo antes tomarem forma a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, nascia na América do Norte, especificamente no estado de Virgínia, em 1776, a Declaração dos Direitos, documento que trouxe menção e respeito aos direitos dos homens e arrolou formas de sua garantia e proteção.

A importância dos ideais revolucionários para a concretização de direitos, como a liberdade, a segurança, a propriedade e a resistência à opressão absolutista é assim tratado por Flávia Piovesan (p. 183/184):

O discurso liberal da cidadania nascia no seio do movimento pelo constitucionalismo e da emergência do modelo de Estado Liberal, sob a influência das ideias de Locke, Montesquieu e Rousseau. Diante do absolutismo, fazia-se necessário evitar os excessos, o abuso e o arbítrio do poder. Nesse sentido, os direitos humanos surgem como reação e resposta aos excessos do regime absolutista, na tentativa de impor controles e limites à abusiva atuação do Estado. A solução era limitar e controlar o poder do Estado, que deveria pautar-se pela legalidade e respeitar os direitos fundamentais.²⁷

O momento político revolucionário pelo qual passava a França do final do Séc. XVIII implementava a busca pela igualdade, que era concebida de uma forma universal, genérica, buscando eliminar os privilégios feudais e da nobreza. Assim leciona Fábio Conder Comparato sobre o tema:

26 – ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 288.

27 – PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 183-184.

A Revolução Francesa desencadeou a supressão das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais, como a humanidade jamais experimentara até então. Na tríade famosa, foi sem dúvida a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário. A liberdade, para os homens de 1789, consistia justamente na supressão de todas as peias sociais ligadas à existência de estamentos ou corporações de ofícios. E a fraternidade, como virtude cívica, seria o resultado necessário da abolição de todos os privilégios.²⁸

A igualdade, um dos ideais basilares da Revolução Francesa, consubstanciada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, trouxe a fundamentação jurídica para que o princípio da igualdade, aquele tendente a abolir privilégios, ingressasse no ordenamento jurídico francês e servisse de base para elaboração de normas dos Estados Democráticos de Direito ao longo do tempo. Ressalta-se que a igualdade presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é a igualdade formal, com feição liberal. Eis um contraponto com a igualdade preconizada pela Revolução Francesa, já que para esta não havia uma preocupação com as desigualdades existentes entre os iguais ou os desiguais.

Por outro lado, não obstante a igualdade na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão tratar-se de um conceito universal e genérico, seu reconhecimento como direito natural do homem e, por consequência, como direito imprescritível, inalienável e universal consolidou a noção de isonomia e tomou parte na organização política da sociedade.

Essa característica dos direitos elencados pela Declaração encontra-se precisamente amalgamada em seu artigo 1º: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”.²⁹ Essa era a tônica do momento revolucionário francês, a qual se espalhou pelos ordenamentos constitucionais do Ocidente.

Objetivando trazer igualdade entre os cidadãos na sociedade, equidade organização política e suprimir privilégios, a Declaração traz em seu bojo que a lei deve ser seguida por todos, inclusive pelos que ocupam o poder, garantindo uma noção de igualdade perante a instância legal.

A isonomia é anunciada da seguinte forma no art.6º da Declaração:

A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as

28 – COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 132.

29 – Artigo Primeiro da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. In: Fábio Conder Comparato. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 154.

dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.³⁰

A partir das Declarações apontadas a noção de igualdade se espalhou pelos diversos ordenamentos jurídicos e evoluiu em seu conceito ideológico e jurídico, como bem descreve Carlos Henrique Bezerra Leite:

A partir desse documento, o conceito de igualdade foi passando por um processo de evolução conceitual e tomando suas formas atuais. Encontra-se presente nas Constituições democráticas como uma vedação à desproporcionalidade e à injustiça, objetivando subtrair os privilégios injustificados.³¹

2.1 – IGUALDADE MATERIAL E AÇÕES AFIRMATIVAS

Historicamente, com a Revolução Francesa nasce o conceito de igualdade formal, diante da ruptura do sistema absolutista e da implementação da ordem liberal. Com repúdio à opressão, a liberdade e a igualdade tornam-se direitos e princípios os quais servirão de estruturação do Estado Liberal e de seus regramentos.

A igualdade formal era garantia de que todos fossem iguais perante a lei, ou de que, no momento da feitura de uma lei, todos fossem considerados de maneira equivalente, contudo sem haver qualquer preocupação com as peculiaridades de cada um.

Tal concepção foi abordada de maneira clara por Oziel Francisco de Sousa:

A igualdade formal refere-se ao Estado visto sob sua natureza formal, no sentido de ser a igualdade perante a lei a preocupação e o comando legal do tratamento igualitário sem aferições sobre qualidades ou atributos pessoais e explícitos dos destinatários da norma. A igualdade formal resulta da perspectiva política do Estado de Direito, que é fundado na lei, no sentido da lei igual para todos. Assim, todos são iguais perante a lei como forma de garantia dos direitos fundamentais estabelecidos por este Estado legal.³²

Segundo Oziel Francisco de Sousa³³, ainda no diapasão de que a igualdade formal é garantia contra os meios de governança arbitrários e de que a isonomia prevista nas constituições liberais era, na verdade, princípios negativos os quais determinavam que as leis

30 – Idem p 154.

31 – LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos Humanos*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010, p. 50.

32 – SOUSA, Oziel Francisco de, Tese de mestrado: *As Ações Afirmativas como Instrumento de Concretização da Igualdade Material*, p.67

33 – SOUSA, Oziel Francisco de, Tese de mestrado: *As Ações Afirmativas como Instrumento de Concretização da Igualdade Material*, p.67,68 e 69

não poderiam fazer distinções, nasce o princípio da não discriminação. O autor ainda faz a seguinte explanação:

Intimamente relacionada com esse caráter eminentemente formal do princípio da igualdade, de natureza negativo-subjetiva, está a proibição de práticas diferenciadoras desautorizadas ou injustificadas, ou seja, a prática de discriminações arbitrárias. Por isso, falar do princípio da igualdade envolve, necessariamente, a abordagem do princípio da não discriminação, que surge inevitavelmente como sua concretização ou seu reflexo. É por isso mesmo que a grande maioria dos textos constitucionais disciplina, conjuntamente e de forma intrinsecamente inafastável, tanto o princípio da igualdade como o princípio da não discriminação, especialmente votado para matérias como o sexo, a raça, a língua, a religião, as condições sociais e econômicas e as ideologias do homem.³⁴

Aos poucos se percebeu, inclusive com o avanço da complexidade das relações sociais e econômicas, que a igualdade formal não seria capaz de implementar a equidade, de maneira substancial, visto que não se consideravam as diferenças presentes em cada indivíduo.

O Estado Liberal e seu constitucionalismo impunham os direitos às liberdades negativas, contudo não havia qualquer previsão dos direitos sociais, econômicos e culturais, da mesma forma que não havia qualquer preocupação com a igualdade material.³⁵

Para Norberto Bobbio³⁶, em sua obra *A era dos Direitos*, somente para o homem abstrato serviriam os direitos de liberdade negativa, os direitos civis; para os direitos sociais e políticos necessária seria a consideração de cada indivíduo na sua idiossincrasia.

O sujeito de direitos garantido pela nova fórmula de se pensar o direito, a política e as relações de poder com a sociedade, preconizado pelas revoluções francesa e americana, amplia sua titularidade de direitos com o tempo, passando a ser detentor de uma gama de direitos conhecidos como direitos sociais, econômicos e culturais.

Flávia Piovesan³⁷ apresenta esse entendimento utilizando como suporte os ensinamentos de Bobbio, para quem “[...] este processo de “proliferação de direitos” envolveu não apenas o aumento o aumento dos bens merecedores de tutela, mediante a previsão dos direitos à prestação (como os direitos sociais, econômicos e culturais), como também envolveu a extensão da titularidade de direitos”.

34 – SOUSA, Oziel Francisco de, Tese de mestrado: *As Ações Afirmativas como Instrumento de Concretização da Igualdade Material*, p. 68

35 – PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 184.

36 – BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Tradução Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 p. 85

37 – BOBBIO apud PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185.

A classificação³⁸ dos Direitos Humanos é estabelecida em dimensões, sendo estas numeradas de acordo com a cronologia de sua positivação. Assim, direitos de primeira dimensão seriam os civis e políticos; de segunda dimensão, os sociais, econômicos e culturais e; os de terceira dimensão estariam relacionados aos direitos globais, a exemplo da paz, meio ambiente e livre determinação dos povos.

Paulo Bonavides propõe ainda a inclusão de uma quarta dimensão de direitos humanos, aqueles decorrentes do desenvolvimento da globalização política, que seriam os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.³⁹

Os direitos civis classificados como de primeira dimensão estariam ligados à igualdade formal, à não arbitrariedade da lei e dos governantes. Por outro lado, os direitos sociais, econômicos e culturais estariam vinculados à concepção social gerada e desenvolvida pelas revoluções sociais que marcaram o século XIX e o início do século XX, quando os movimentos começaram a ganhar força e suas ideias passaram a ser introduzidas em algumas legislações como forma de minorar os problemas ocasionados pela industrialização das cidades e de abandono do campo pelos trabalhadores.

Carlos Weis⁴⁰, na obra *Direitos Humanos Contemporâneos*, descreve com precisão os aspectos da sociedade que se tornou um manancial dos direitos humanos de segunda dimensão:

A chamada segunda geração de direitos humanos surge em decorrência da deplorável situação da população pobre das cidades industrializadas da Europa Ocidental, constituída sobretudo por trabalhadores expulsos do campo e/ou atraídos por ofertas de trabalho nos grandes centros. Como resposta oferecida pelo capitalismo industrial de então, e diante da inércia própria do estado Liberal, a partir de meados do século XIX floresceram diversas doutrinas de cunho social, defendendo a intervenção estatal como forma de reparar a iniquidade vigente.

O aumento do rol de direitos humanos ampliou o rol de titulares desses direitos. Os direitos de segunda dimensão, os quais não correspondiam somente a uma obrigação negativa, bem como os direitos políticos⁴¹, necessitavam de uma intervenção positiva do Estado para sua concretização e efetividade.

38 – Os autores de *Direitos Humanos*, bem como os seus defensores informam que a divisão em direitos de primeira, segunda e terceira geração ou dimensão é simplesmente em razão da cronologia em que foram positivados. Assim não há hierarquia entre eles e sendo impossível afastar a garantia de um por outro direito fundamental.

39 – BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25.ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010. p.571.

40 – WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010. p. 48-49

41 – Norberto Bobbio não enquadra os direitos políticos na generalização e abstração dos direitos civis afirmando que "essa universalização (ou indistinação, ou não-discriminação) na atribuição e no eventual gozo dos direitos de liberdade não vale para os direitos sociais e nem mesmo para os direitos políticos, diante dos quais os indivíduos são iguais só genericamente, mas não especificamente" (BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Tradução Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 p. 85).

A obrigação positiva do Estado para efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, bem como os direitos políticos, não está fundamentada no homem abstrato, mas sim no homem real, concreto, com suas diferenciações – cor, sexo, idade, classe social, etnia, dentre outros diferenciadores –, fazendo emergir o “sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e articularidades”⁴²

Assim, com a “proliferação de direitos” e com a expansão dos sujeitos de direitos, fundamentado no ser humano em concreto, “consolida-se, gradativamente, um aparato normativo especial de proteção endereçado à proteção de pessoas ou grupos de pessoas particularmente vulneráveis, que merecem proteção especial” afirma Flávia Piovesan.⁴³

Essa noção de especificação do sujeito de direitos faz surgir a ideia de desigualdade. Ao observar um sujeito de direito em particular numa relação de contraste com os demais indivíduos, passa-se a identificar as diferenças em razão de suas particularidades, possibilitando, assim, que o Estado, ao garantir determinados direitos de forma positiva, possa fazê-lo de forma efetiva.

A denominada igualdade material tem seu embasamento no sujeito em concreto e busca compreender qual a real necessidade de cada indivíduo para alcançar a plenitude de seus direitos fundamentais, como bem assevera Carlos Henrique Bezerra Leite:

Já a igualdade material visa assegurar tratamento equânime e uniforme de todos os seres humanos, assim por dizer, no tratamento equiparado na possibilidade de acesso a todos os bens da vida, proporcionando, dessa forma, a igualdade real e efetiva de todos.⁴⁴

O primado do princípio da igualdade, como norteador dos direitos humanos e da estruturação do Estado Democrático de Direito, não pode ser concebido somente pelo viés formal, restando que a igualdade a ser perseguida deve ser a igualdade material. Na tentativa de sanar as distorções que acarretaria a igualdade meramente formal e buscando promover e efetivar a igualdade substancial é que o conceito jurídico de igualdade se modifica.

Na década de 60 do século XX, em plena ebulição do aparecimento de um novo sujeito de direito internacional, a igualdade perante a lei, ou a arbitrariedade e concessão de privilégios no momento de confecção da lei, não se mostram suficientes para garantir ao indivíduo – agora como sujeito de direito das normas internacionais de proteção aos direitos humanos – a efetivação de seus direitos fundamentais.

42 – PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185.

43 – Idem p. 185.

44 – LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Humanos**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010, p.

A nova vertente do princípio da igualdade é reformulada, como bem aponta Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva:

o princípio da igualdade jurídica, a partir da década de 60, passa por uma remodelação constitucional, alterando-se a concepção a ser adotada por um sistema normativo democrático: a igualdade passa a ser promotora da igualação.⁴⁵

Desse modo, o princípio da igualdade, de simples fator impeditivo de discriminação passa a constituir-se como forma de inclusão. A igualdade não se apresenta mais de forma linear, vez que sua função se transforma para garantir inclusão e alcance de oportunidades para todos, considerando-se as especificidades e desigualdades.

No entendimento de Oziel Francisco de Sousa, essa ideia de indivíduo situado social e historicamente traz uma possibilidade de minorar as desigualdades:

Com a propagação da ideia de “igualdade de oportunidades”, norteadas pela necessidade de extinguir-se ou ao menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e promover a justiça social, começaram a brotar em diversos ordenamentos jurídicos nacionais e no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, políticas sociais de apoio e de promoção de determinados grupos socialmente fragilizados, agora vistos como sujeitos concretos, historicamente situados.⁴⁶

Assim, o Estado é impelido a criar oportunidades que garantam aos desiguais a obtenção dos bens da vida, em uma clara afirmação de que não basta ao poder público que este proíba a discriminação, mas que também promova as necessárias medidas positivas de inclusão.

Segundo Flávia Piovesan⁴⁷, igualdade e discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão, identificando que a proibição da exclusão por si só não gera os efeitos da inclusão, ao afirmar: “não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um persistente padrão de violência e discriminação”.

Para efetivar a inclusão social é que surge a ideia de ação afirmativa. Nascida na suprema Corte Norte-Americana, a ação afirmativa visa garantir a igualdade de oportunidades a segmentos sociais discriminados.

45 – SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva. *Princípio Constitucional da Igualdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p.62

46 – SOUSA, Oziel Francisco de, Tese de mestrado: *As Ações Afirmativas como Instrumento de Concretização da Igualdade Material*, p.175

47 – PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 189

Não obstante, o entendimento da Suprema Corte e suas decisões não foram o bastante para minimizar os efeitos de uma sociedade com feição preconceituosa como a dos Estados Unidos. Somente com a chegada do presidente Kennedy ao poder, iniciou-se o processo de produção legal com o objetivo de pôr um fim na discriminação existente no país.

Apesar dos esforços do presidente Kennedy, somente após a sua morte, já na gestão de seu sucessor, é que se viu o primeiro ato o qual avançaria para além da proibição de atos discriminatórios. O presidente Lyndon Johnson editou o Executive Order nº 11.246, documento normativo pioneiro no aspecto de inclusão dos grupos minoritários e violentados pela discriminação.

Iniciou-se, dessa forma, o amadurecimento da posição, não somente dos Estados Unidos, mas também de outros países, com vistas à construção de um processo ativo de inclusão social, econômica e política dos grupos fragilizados e, por isso mesmo, vitimizados na esfera social.

As ações afirmativas, no entendimento de Flávia Piovesan⁴⁸, “objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, dentre outros grupos”

Oziel Francisco de Sousa, em sua tese, cita o conceito de ação afirmativa, proposto por Sandro Sell:

a ação afirmativa consiste numa série de medidas destinadas a corrigir uma forma específica de desigualdade de oportunidades sociais: aquela que parece estar associada a determinadas características biológicas (como raça e sexo) ou sociológicas (como etnia e religião), que marcam a identidade de certos grupos na sociedade.⁴⁹

Dessa forma, para que se efetive a igualdade material, tendo por base o sujeito especificado e situado historicamente, imprescindível será a implementação de políticas inclinadas a compensar ou minimizar diferenças existentes, para que a igualdade seja alcançada de forma substancial.

Para Flávia Piovesan⁵⁰, as ações afirmativas desenvolvem o processo de igualdade. A autora prossegue discorrendo sobre o tema:

48 – PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 199.

49 – SELL, Sandro César apud SOUSA, Oziel Francisco de, Tese de mestrado: **As Ações Afirmativas como Instrumento de Concretização da Igualdade Material**, p.87.

50 – PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 189.

As ações afirmativas, enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório, cumprem uma finalidade pública decisiva ao projeto democrático, que é a de assegurar a diversidade e a pluralidade social.

Políticas compensatórias, aqui denominadas ações afirmativas, buscam fazer com que os indivíduos, considerando-se as desigualdades de cada um, possam obter o mesmo “bem da vida”, dispendendo para isso o mesmo “nível de esforço” de alguém que não está incluso em um grupo vulnerável ou minoritário.

Situação clara é a reserva de vagas para idosos em shoppings, hipermercados e outros estabelecimentos. Com essa medida, pretende-se concentrar as vagas de idosos próximas à entrada desses estabelecimentos, possibilitando que esse indivíduo – pessoa que apresenta estado físico mais frágil em razão de sua idade – dispense esforço similar ao de uma pessoa não incluída nessa categoria, que estacione o seu veículo mais distante da porta de entrada.

2.2 – A IGUALDADE COMO PRINCÍPIO DOS DIREITOS HUMANOS

A igualdade é, sabidamente, um princípio incorporado aos Direitos Humanos, devendo ser o norte da gama de direitos que compõem o denominado direito internacional dos Direitos Humanos, haja vista que serve de fundamento para a implementação de políticas públicas, tanto no âmbito interno quanto no âmbito de proteção universal e regional dos direitos humanos.

A igualdade está prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da seguinte forma no art. 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”⁵¹

Da mesma forma, continua sendo garantida na mesma Declaração em seu art. 6º; “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”⁵²

Interessante é situar o contexto em que se deu a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no pós 2ª Guerra Mundial, ainda sob o efeito da devastação da política ariana de Hitler e com uma nova ordem internacional baseada na criação de organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização dos Estados Americanos (OEA) e o Conselho da Europa os quais buscavam mitigar a soberania absoluta dos Estados com a criação de uma perspectiva internacional multilateral.

51 – Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 12/07/2012.

52 – Idem. Acesso em: 12/07/2012

A ONU nasce como a esperança de um mundo menos desigual e desprotegido dos desmandos de tiranos. O art. 68 da carta da ONU prevê a criação de Comissões para discussão e implementação de normas internacionais de Direitos Humanos.

Com isso, a Resolução nº 5 (I), de 1946, cria a Comissão de Direitos Humanos da ONU, a quem caberia, dentre outras atribuições, apresentar “sugestões concernentes às vias e meios para efetiva implementação dos direitos humanos e liberdades fundamentais”.

A Comissão de Direitos Humanos, no final de 1947, denominou de Carta Internacional de Direitos Humanos um conjunto de declarações e tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos que ensejou a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, ambos de 1966, além de uma gama de tratados específicos de proteção aos Direitos Humanos.

Em todo o conjunto de normas internacionais de direitos humanos é previsto o tratamento igualitário ao indivíduo, sendo vedada a discriminação de qualquer forma – por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento, entre outras condições.

A igualdade no âmbito normativo internacional está presente em duas vertentes: a negativa ou de exclusão, que impede a discriminação por qualquer condição e; a positiva, que pode ser considerada como de inclusão, buscando garantir promover a igualdade material.

Flávia Piovesan, ao tratar do tema, explica: “No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, destacam-se duas estratégias: a) a estratégia repressiva-punitiva (que tem por objetivo punir, proibir e eliminar a discriminação); e b) a estratégia promocional (que tem por objetivo promover, fomentar e avançar a igualdade)”.⁵³

A estratégia promocional está prevista em diversos tratados que se direcionam aos grupos vulneráveis. Tais acordos podem ser exemplificados pela Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial e pela Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, que apresentam em seu bojo a possibilidade da adoção de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos que compõem as minorias.

As ações afirmativas, além do amparo em normas internacionais que foram ratificadas pelo Brasil, começam a integrar o ordenamento jurídico brasileiro.⁵⁴ A Constituição Federal de 1988 já introduziu a possibilidade da promoção de medidas tendentes a abolir desigualda-

53 – PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 198.

54 – Idem p. 201

des, especificamente para grupos vulneráveis, como as mulheres (art. 7º, XX)⁵⁵ e para pessoas com deficiência (art. 37, VII).⁵⁶

Oziel Francisco de Sousa explana acerca das mudanças na concepção existente na legislação brasileira, ao serem introduzidos na Carta Magna de 1988 aspectos de igualdade material:

Mas a promulgação da Constituição Federal de 1988 alterou esse panorama, sinalizando a necessidade de mudança de rumo no alcance que se dava até então para o princípio da igualdade, num sentido meramente formal. O preâmbulo dessa carta já demonstra o objetivo da Assembleia Nacional Constituinte: “instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” 261. O primeiro artigo dessa Constituição revela quais os fundamentos da nossa República: a cidadania e a dignidade da pessoa humana.⁵⁷

O Programa Nacional de Direitos Humanos III – PNDH-III, em seu eixo III, que trata da universalização de direitos num contexto de desigualdades, ressalta em sua justificativa a importância de garantir direitos aos que pertencem a grupos vulneráveis da sociedade:

À luz da história dos movimentos sociais e de programas de governo, o PNDH-3 orienta-se pela transversalidade, para que a implementação dos direitos civis e políticos transitem pelas diversas dimensões dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Caso contrário, grupos sociais afetados pela pobreza, pelo racismo estrutural e pela discriminação dificilmente terão acesso a tais direitos.

As ações programáticas formuladas visam enfrentar o desafio de eliminar as desigualdades, levando em conta as dimensões de gênero e raça nas políticas públicas, desde o planejamento até a sua concretização e avaliação. Há, neste sentido, propostas de criação de indicadores que possam mensurar a efetivação progressiva dos direitos.

Às desigualdades soma-se a persistência da discriminação, que muitas vezes se manifesta sob a forma de violência contra sujeitos que são histórica e estruturalmente vulnerabilizados.

55 – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 12/07/2012

56 – Idem. Acesso em: 12/07/2012

57 – SOUSA, Oziel Francisco de, Tese de mestrado: **As Ações Afirmativas como Instrumento de Concretização da Igualdade Material**, p.120

O combate à discriminação mostra-se necessário, mas insuficiente enquanto medida isolada. Os pactos e convenções que integram o sistema regional e internacional de proteção dos Direitos Humanos apontam para a necessidade de combinar estas medidas com políticas compensatórias que acelerem a construção da igualdade, como forma capaz de estimular a inclusão de grupos socialmente vulneráveis. Além disso, as ações afirmativas constituem medidas especiais e temporárias que buscam remediar um passado discriminatório. No rol de movimentos e grupos sociais que demandam políticas de inclusão social encontram-se crianças, adolescentes, mulheres, pessoas idosas, lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, pessoas com deficiência, pessoas moradoras de rua, povos indígenas, populações negras e quilombolas, ciganos, ribeirinhos, varzanteiros e pescadores, entre outros.

Definem-se, neste capítulo, medidas e políticas que devem ser efetivadas para reconhecer e proteger os indivíduos como iguais na diferença, ou seja, para valorizar a diversidade presente na população brasileira para estabelecer acesso igualitário aos direitos fundamentais. Trata-se de reforçar os programas de governo e as resoluções pactuadas nas diversas conferências nacionais temáticas, sempre sob o foco dos Direitos Humanos, com a preocupação de assegurar o respeito às diferenças e o combate às desigualdades, para o efetivo acesso aos direitos.

Apesar de as ações afirmativas já estarem presentes no cenário nacional e, seguramente, com maior força no contexto de políticas públicas do Brasil – com referência, sobremaneira, à proteção dos deficientes físicos, afrodescendentes e mulheres, com base na concepção de gênero –, percebe-se que o PNDH-III amplia o rol de possibilidades de ações compensatórias para todos os grupos vulneráveis.

O contexto jurídico criador de políticas públicas permite com clareza que o Brasil adote medidas compensatórias as quais visem ao estabelecimento de equidade entre os desiguais e iguais, na proporção da desigualdade dos primeiros, pela busca de uma sociedade mais justa, inclusive àqueles indivíduos que se encontram privados de liberdade.

3 – DIREITOS POLÍTICOS: PARA A CONSOLIDAÇÃO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO

Os Direitos Políticos estão intimamente relacionados com a cidadania e com a democracia. A possibilidade de tomar parte na decisão de um país, de participar efetivamente assumindo cargos públicos, de eleger representantes, de fazer escolhas por meio de

plebiscitos e referendos, de apresentar propostas de leis e de buscar os meios judiciais para garantir a “saúde” dos bens e administração pública deve figurar no rol de direitos fundamentais.

Não participar é ser excluído da vida do Estado do qual se é nacional. Não participar é não ser o cidadão previsto na *Política* de Aristóteles, como se observa nas palavras do filósofo:

Aquele que tem o poder de tomar parte na administração deliberativa ou judicial de alguma Cidade, dizemos que é cidadão daquela Cidade, e falando em geral, uma cidade é um corpo de Cidadãos suficiente para atender às necessidades da vida.⁵⁸

A construção do ideal de direitos políticos tem estreita relação com a evolução das formas e estruturas de governo até alcançarmos o Estado Democrático de Direito. O Contrato Social de Rousseau descrevia a participação direta dos indivíduos na formação do Estado e na construção da sociedade por meio da celebração de um contrato social, repassando ao Estado parte de sua liberdade em troca da liberdade civil.

Partindo desse pressuposto – segundo o qual a convivência em um Estado retiraria parte da liberdade natural do indivíduo –, Rousseau defende que o Estado deveria seguir a vontade geral do povo. O filósofo francês descreve com maestria a relação entre perda da liberdade e soberania popular:

Digo, portanto, que não sendo a soberania mais que o exercício da vontade geral, não pode nunca alienar-se; e o soberano, que é unicamente um ser coletivo, só por si mesmo se pode representar. (...) porque segundo o pacto fundamental, só a vontade geral obriga os particulares, e só se pode assegurar que uma vontade particular é conforme à geral depois de havê-la submetido aos sufrágios livres do povo. [...]⁵⁹

Contribuindo para essa reflexão, Immanuel Kant considera que a participação popular na vida do Estado dar-se-ia por meio de representantes eleitos pelo povo, que construiriam a república produzindo legislação capaz de normatizar universalmente as relações sociais: “Toda república verdadeira é e não pode ser outra coisa senão um sistema representativo do povo, para a defesa dos seus direitos. Essa defesa se faz em nome do próprio povo, através da união de todos os cidadãos, por meio de seus representantes (deputados)”.⁶⁰

58 – Aristóteles. *A Política*. Tradução de Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2006.p.115

59 – Rousseau, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006.p.36 e 48

60 – Kant, Immanuel, *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Regis de Castro Andrade. In: WEFORT, Francisco C. (Org.). *Os Clássicos da Política*. 11.ed. São Paulo: Ática, 2006. p. 79

Diante dos enunciados acima e lembrando a posição desses mestres pensadores, é plausível se atribuir, claramente, ao cidadão, a seguinte definição: aquele que pode participar, direta ou indiretamente, por meio de seus representantes, da vida do Estado, produzindo consequentemente uma normativa que a todos abrigará e regerá, por ter sido elaborada com base na vontade do povo e em decorrência de um poder político que lhe é conferido, exatamente pelo seu caráter de cidadão.

A Revolução Francesa iniciou uma nova fase na esfera política e normativa. O indivíduo, baseado no princípio da liberdade e igualdade, não era mais oprimido pelo tirano, tinha direito de resistência aos desmandos que insistiam em permear os governos absolutistas.

Com as mudanças ocorridas no processo revolucionário e com a aclamação do constitucionalismo liberal, o povo passa a identificar o poder político presente em suas mãos. Quando o cidadão é capaz de eleger os representantes que elaborarão as leis às quais o povo se submeterá, tem-se a confirmação de que a liberdade de participar da vida política permite a construção da democracia.

Para Tiago Menezes da Conceição, a transferência do poder político para o povo, um legado da Revolução Francesa, desenvolveu a participação popular, consolidando-se, pois, uma prática efetivamente democrática:

Dessume-se dos excertos supra que a virada no conceito de soberania foi um dos frutos mais importantes das revoluções liberais em especial da Revolução Francesa. A migração do poder da figura do monarca para o povo acaba por gerar a necessidade de desenvolver a participação popular. Se o poder emana do povo e não mais do monarca, então é preciso que esse poder ganhe forma, seja por meio de representantes, seja por manifestação direta. Portanto, ao lado do reconhecimento dos direitos humanos, consagrados a partir das revoluções liberais, renasce a noção de liberdade política. É a liberdade política, leia-se, de participação popular, que tem a missão de assegurar a perenidade dos direitos humanos.⁶¹

Ao apropriar-se do pensamento de Alexis de Toqueville⁶², autor de *A Democracia na América*, Tiago da Conceição Menezes⁶³ explica que a Democracia inspirada nos ideais das revoluções liberais do século XVIII tem a igualdade de condições como a chave impulsionadora

61 – Tiago de Menezes Conceição. *Direitos Políticos Fundamentais e sua Suspensão por condenações Criminais e por improbidade administrativa*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 30.

62 – Alexis de Toqueville apud Tiago de Menezes da Conceição. *Direitos Políticos Fundamentais e sua Suspensão por condenações Criminais e por improbidade administrativa*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 30.

63 – Tiago de Menezes Conceição. *Direitos Políticos Fundamentais e sua Suspensão por condenações Criminais e por improbidade administrativa*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 30.

que geraria a reconstrução dos direitos políticos, uma vez que o povo submete-se às leis por entendê-las como obras suas.

Assim, democracia estaria intimamente relacionada à participação popular na gestão política do Estado, de forma direta ou indiretamente, e esta, por sua vez, estaria relacionada com a noção de igualdade entre os cidadãos.

A essência do regime democrático e a participação popular são objetos da descrição feita por Kelsen:

Sob esse ponto de vista os homens entram em campo como sujeitos de poder, somente na medida em que participam da criação da ordem estatal. E justamente nessa função, de importância decisiva para a ideia de democracia, porquanto o povo intervém na criação das regras do direito, ocorre a inevitável diferença entre esse “povo” e o povo definido como conjunto de indivíduos submetidos a normas. (...) A participação na formação da vontade geral é o conteúdo dos chamados direitos políticos. (...) Os direitos políticos – isto é, a liberdade – reduzem-se a um simples direito de voto.⁶⁴

Tiago de Menezes Conceição⁶⁵ corrobora com essa reflexão sobre o sentido de democracia, afirmando que os direitos políticos, na concepção de Habermas, “são direitos fundamentais responsáveis por assegurar a participação popular nos processos deliberativos de formação da vontade e da opinião pública, especialmente relacionados ao processo legislativo [...]”.

De acordo com a teoria proposta pelos defensores do constitucionalismo procedimental, os direitos políticos “assumem contornos amplos na proporção em que se identificam com todas as formas juridicamente institucionalizadas da participação popular nas deliberações sobre questões de interesse social”.⁶⁶

Na visão de Habermas, o gozo dos direitos políticos, concebidos como forma de participação popular nos assuntos do Estado, seria, além da participação na democracia, a possibilidade de garantir direitos fundamentais.

Tiago Menezes da Conceição, citando Francisco de Assis Vieira Sanseveriano, inclui os direitos políticos entre os direitos fundamentais e acentua:

[...] direitos políticos, ajustados à ideia de participação, identificados com o status activae civitatis de Jellinek, compreendendo o direito de informação

64 – Hans Kelsen. *A Democracia*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Marcelo Brandão Cipolla. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 37 e p. 43.

65 – Tiago de Menezes Conceição. *Direitos Políticos Fundamentais e sua Suspensão por condenações Criminais e por improbidade administrativa*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 37.

66 – Idem, p. 37-38

sobre os atos do Estado e das demais entidades públicas, o direito de sufrágio, o direito de acesso aos cargos públicos, o direito de associação política, o direito de apresentação de candidaturas e o direito de tomar parte na administração da justiça.⁶⁷

O conceito de direitos políticos, sendo considerado por uma ótica ampla ou restrita, apresenta seus limites definidores como forma de participação popular, direta ou indireta, para construção da ordem jurídica a que estará submetida toda a sociedade. Igual definição se aplica à gestão, direta ou não, da coisa pública, que deve ter como norte o interesse social baseado na efetivação dos direitos fundamentais.

O Brasil, com a feição democrática pós-ditadura militar, consagrou na Constituição Brasileira de 1988 a garantia dos direitos políticos aos cidadãos, consolidando no parágrafo primeiro do art. 1º a ideia trazida pela máxima democrática de Lincoln: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.⁶⁸

O poder político é do povo, o poder de organizar a ordem jurídica e administrativa é do povo, o poder de garantir direitos fundamentais e de regular as relações entre brasileiros, natos e naturalizados, e ainda entre estrangeiros, e a relação com os demais organismos internacionais é do povo. Não resta dúvida de que o cidadão brasileiro é o integrante celular da construção do Estado Democrático de Direito brasileiro.

O capítulo IV do Título II da Constituição Federal recebe a denominação DOS DIREITOS POLÍTICOS, apesar de o citado capítulo normatizar basicamente o sufrágio e as formas e impedimentos de tomar parte na administração do Estado. Nesse item da Carta Magna está garantido o direito de participação popular no Estado, mesmo que seja no sentido restrito de direitos políticos.

O art. 14 da Constituição Federal de 1988 preceitua que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos.⁶⁹ Tal dispositivo, além de estar topograficamente incluso no título dos direitos fundamentais, foi colocado pontualmente pelo art. 60, parágrafo 4º⁷⁰ da Constituição Federal de 1988 como cláusula pétrea, não podendo, portanto, existir qualquer medida tendente a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico.

Acrescente-se ao já exposto a obrigatoriedade do alistamento eleitoral e do voto para os maiores de 18 anos, o que representa um dever cívico, e temos um direito público subjetivo

67 – SANSEVERIANO, Francisco Alves Vieira apud Tiago de Menezes Conceição. **Direitos Políticos Fundamentais e sua Suspensão Por condenações Criminais e por improbidade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 67

68 – CR Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 23/07/2012,

69 – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 23/07/2012

70 – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 23/07/2012

de natureza fundamental garantido a todos os cidadãos brasileiros de forma universal, sendo que o seu não exercício pode gerar sanções.

Essa é a tônica do sufrágio no Brasil: constitui-se como direito fundamental e universal, passível de intervenção judicial, como uma das formas de sua garantia, além de constituir-se em uma obrigação.

O sufrágio é definido por José Afonso da Silva⁷¹ como “um direito público subjetivo de natureza política, que tem o cidadão de eleger, ser eleito e de participar da organização e da atividade do poder estatal”. Trata-se de uma evolução do processo democrático, ao demonstrar o espírito de equidade que deve haver entre os nacionais de um Estado, ou seja, o voto é igual para todos, com o mesmo valor.

O sufrágio já sofreu de restrição, o chamado sufrágio restrito que, nas palavras de Ari Ferreira de Queiroz,⁷² seria uma limitação de “quem pode participar, discriminando o eleitor em razão de sexo, cor, fortuna, grau de instrução ou qualquer forma elitista”.

Dentro da classificação de sufrágio restrito, poderíamos ter o sufrágio censitário, presente no Brasil na Constituição Federal de 1891 e na de 1934 – ambas condicionavam o direito político às condições econômicas –, e ainda o sufrágio capacitário, pelo qual o direito político estaria restrito aos nacionais com capacidade intelectual determinada. Esse modelo de sufrágio somente foi abolido no Brasil quando os analfabetos deixaram de sofrer a exclusão no processo de participação popular.

O sufrágio universal reflete a evolução da noção de igualdade presente nos ideais revolucionários oitocentistas. Pode ser entendido como a quebra real de privilégios e efetiva resistência à opressão; é a garantia, enfim, das liberdades públicas por todos, de maneira equânime.

Consideramos de relevância, para o presente estudo, explicitar a distinção entre direito de sufrágio ativo e direito de sufrágio passivo.

O direito de sufrágio ativo – objeto de discussão que motivou a construção deste trabalho – é o direito de escolher, de votar. Para o pleno exercício desse direito, por meio do voto, é necessário se enquadrar dentro dos contornos previstos na Constituição Federal.

Por outro lado, o direito de sufrágio passivo consiste na possibilidade de se candidatar e ser eleito. Para o seu exercício, é necessário ao indivíduo estar no gozo pleno dos direitos políticos e preencher os demais requisitos previstos na Constituição Federal e nas leis eleitorais.

71 – SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2003. p.352

72 – QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Direito Eleitoral**. Goiânia: Editora Jurídica IEPC, 2002. p. 46

O presente estudo estabeleceu seus limites na discussão do direito de sufrágio ativo e é com esse contorno que trataremos o direito de sufrágio.

3.1 – DIREITOS POLÍTICOS À LUZ DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A evolução da concepção de Direitos Humanos e sua positivação garantiu a todos a participação na vida política do Estado do qual se é nacional. O Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966, do qual o Brasil é signatário e foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº. 592, de 06 de julho de 1992, trata o assunto da seguinte forma:

Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2º e sem restrições infundadas:

- a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;
- b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores;
- c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.⁷³

O referido Pacto rechaça qualquer forma de discriminação na condução dos assuntos políticos, indicando que não se admite “discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição”⁷⁴, para a garantia dos direitos fundamentais previstos nesse tratado internacional.

O acordo coloca também em destaque que todo cidadão terá o direito e a possibilidade de participar da vida política do seu país, não podendo haver razões infundadas para sua restrição, o que blinda os direitos políticos de arbitrariedades e da falta de prestação positiva na possibilidade de participação popular.

O Art. 26 do Pacto de Direitos Civis e Políticos também clarifica essa noção de igualdade:

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça,

73 – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm Acesso em: 24/07/2012

74 – Art. 2º Pacto de Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm Acesso em: 24/07/2012

cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.⁷⁵

O Pacto ainda prevê, de forma incisiva, que os Estados Partes os quais não tiverem legislação adequada à consecução dos direitos ali garantidos deverão adotar medidas legislativas ou de outra natureza para a efetivação dos direitos fundamentais constantes do documento.

Sob essa mesma perspectiva, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), da qual o Brasil também é signatário e aperfeiçoou sua incorporação ao nosso sistema jurídico interno pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, garante a todos os cidadãos o direito de votar e ser eleito em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual, e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores.⁷⁶

O Pacto de San José da Costa Rica ainda indica que todos poderão ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país, podendo a lei regular o exercício dos direitos e oportunidades de votar e ser eleito, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.⁷⁷

Na observância dos dispositivos constitucionais que tratam sobre o tema, constata-se que o constituinte brasileiro elencou no art. 15 da Carta Magna algumas restrições aos direitos políticos, seja por perda, seja por cassação, em razão do disposto pelo art. 23, inciso c da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.⁷⁸

Desse modo se reconhece que o constituinte brasileiro, em razão da nacionalidade, permitiu a perda dos direitos políticos (art. 15, I, CF/88), em razão da capacidade mental (art. 15, II, CF/88) ou por decorrência ou condenação, por juiz competente, em processo penal (art. 15, III, CF/88). (grifo nosso).

Coadunando-se com o Pacto de San Jose da Costa Rica, o ordenamento jurídico brasileiro somente vislumbra a suspensão dos direitos políticos por condenação com trânsito em julgado, enquanto durarem os efeitos da condenação, garantindo os direitos políticos, mesmo aos privados cautelarmente de sua liberdade.

75 – Art. 26 Pacto de Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm Acesso em: 24/07/2012

76 – Art. 23º. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <http://www2.idh.org.br/casdh.htm>. Acesso em: 20/07/2012

77 – Idem Acesso em: 20/07/2012

78 – Idem Acesso em: 20/07/2012

A Convenção que protege os Direitos Humanos nas Américas também consagra a isonomia, ao enunciar que todas as pessoas são iguais perante a lei e que, por conseguinte, elas têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.⁷⁹

Com referência às normas internacionais de direitos humanos cabe-nos discorrer, embora sinteticamente, sobre a hierarquia normativa desses tratados no ordenamento jurídico brasileiro.

Como fonte de Direito Internacional de Direitos Humanos para direitos políticos, no presente artigo apresentamos dois tratados internacionais: o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cabendo inicialmente destacar que tais acordos foram incorporados ao nosso ordenamento jurídico, em conformidade com o previsto no art. 84, VIII e no art. 49, I, ambos insertos na Constituição Federal.

Por outro lado, é colaborativo trazer a discussão sobre a hierarquia das normas internacionais de direitos humanos que tratam de direitos fundamentais – direitos políticos, por exemplo.

O parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal assegura que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Logo, não pairam dúvidas, diante desta previsão, que os tratados internacionais aqui apresentados se incorporam ao ordenamento jurídico brasileiro como normas constitucionais e possuem aplicação imediata, conforme previsão do parágrafo 1º do art. 5º⁸⁰ da Carta Magna.

Apesar da clareza da incorporação das normas internacionais de direitos humanos no ordenamento interno como normas constitucionais, o debate permanece na doutrina e nos tribunais sobre sua hierarquia. Entretanto, diante da incorporação do parágrafo 3º do art. 5º da Constituição, o melhor entendimento seria que os direitos fundamentais previstos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil seriam incorporados como materialmente constitucionais e caso fossem incorporados com o quorum previsto no parágrafo 3º do art. 5º, além de materialmente constitucionais, seriam também formalmente constitucionais.

Indubitavelmente, as normas internacionais de direitos humanos e a Constituição Federal brasileira protege o direito público subjetivo de sufrágio universal aos presos provisórios.

79 – Idem Acesso em: 20/07/2012

80 – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 21/07/2012

4 – LEGISLAÇÃO ELEITORAL BRASILEIRA E PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE: UM DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

4.1 – BREVE RELATO DA SITUAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL

Como já foi delimitado na introdução, o tema do estudo ora delineado incide sobre as pessoas privadas de liberdade na condição de presos provisórios. Cabe-nos, portanto, analisar a situação do sistema carcerário brasileiro pela ótica da prisão provisória, ou seja, a prisão antes que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Preliminarmente, vale destacar que a prisão processual é excepcional, ou ao menos deveria ser, e somente pode ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.⁸¹

No Brasil, entretanto, a prática forense penal nos revela que alguns conceitos, a exemplo da garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, ganharam uma amplitude que nos levam a acreditar que deixaram de ser conceitos processuais e adquiriram forma de institutos de segurança pública.

Aury Lopes Jr., ao tratar sobre o tema da possibilidade da prisão cautelar para garantia da ordem pública ou da ordem econômica, assevera que prisões baseadas nesses requisitos são, na verdade, uma distorção da atividade processual que abarcou uma atividade policial.⁸²

O sistema penal vigente é, por assim dizer, um sistema com crise de identidade. Confundem-se constantemente as funções de segurança pública com instituições processuais, convertendo em sistema de defesa social formal o que deveria ser caracterizado como medidas cautelares.

O sistema penal brasileiro e a política de segurança pública no Brasil vivem um paradoxo que foi bem descrito por Raúl Cervini⁸³. Para ele, há uma crise na justiça criminal brasileira que é provocada, entre outros elementos, pela dicotomia existente entre o discurso e a realidade de nossos sistemas penais.

Vivemos num constante embate entre a busca pelo Direito Penal Mínimo, que só permite a intervenção do Estado penal na tutela de bens de grande valor social, e a proliferação de uma legislação criminalizadora como política de segurança pública, baseada em uma criminologia do terror, com cunho eleitoral, reverenciada pelo discurso midiático.

81 – Art. 312, CPP - Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 20/07/2012

82 – Aury Lopes Junior. **Introdução Crítica ao processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade garantista), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 203.

83 – CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 68.

A política da prisionalização como medida de segurança pública é tão grave que nem mesmo as medidas legislativas – introdução de um sistema de medidas cautelares diversas da prisão preventiva pela Lei n. 12.403/2011 e a medida de fomento à aplicação de institutos despenalizadores e descarcerizadores previstos na legislação penal brasileira – conseguiram diminuir a população carcerária; ao contrário, esta só vem crescendo sistematicamente.

Marcelo Ferreira de Souza⁸⁴ explicita com clareza a influência do sistema penal de emergência nas políticas de segurança pública e a utilização da justiça criminal na busca da prevenção criminal:

As deficiências do sistema de segurança pública, aliadas à ausência de reformas estruturais e políticas públicas transformadoras para a inclusão social, ensejam a implementação de uma legislação penal e processual penal de emergência, vulnerável às constantes interferências casuísticas, que acabam por legitimar o incremento da violência institucional e de algumas práticas distorcidas e autoritárias de segurança. Suas consequências são o retrocesso do ordenamento punitivo, por possibilitar o primado da razão de Estado sobre a razão jurídica, como critério informador do direito e do processo penal.

O tema é polêmico e merece estudo amplo, que não se abarcaria neste trabalho, porém os apontamentos e as reflexões acima desdobradas nos fazem questionar: Quem é o preso provisório no Brasil hoje? Qual o tamanho da massa de presos preventivamente no sistema penal brasileiro?

O Brasil, segundo dados do Infopen⁸⁵, em dezembro de 2011 tinha nos estabelecimentos penitenciários 173.818 presos provisórios. Ressalta-se que não fazem parte desse número os presos encarcerados em Delegacias de Polícia, os quais somavam em dezembro passado 43.328, que em sua maioria são presos provisórios aguardando julgamento.

Não estão inclusos, no número de 173.818, os presos que se encontram em execução provisória da pena. Estes, portanto, não possuem sentença com trânsito em julgado e não receberam o direito de recorrer em liberdade de sua sentença.

Assim o número de presos provisórios, ou seja, sem condenação com trânsito em julgado, é maior do que o apresentado pelo sítio do Ministério da Justiça.

84 – SOUZA, Marcelo Ferreira de. **Segurança Pública e Prisão Preventiva no Estado democrático de Direito**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 168.

85 – Disponível em: http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509C_PTBRIE.htm Acesso em: 21/07/2012

Assim, podemos afirmar que os presos custodiados provisoriamente no Brasil passam de 200.000 pessoas. O número é grande e assustador, se pensarmos que em dezembro de 2005 o número de presos provisórios nos dados consolidados era de 91.317 pessoas.

Os presos provisórios no Brasil, em sua maioria, não concluíram o ensino fundamental ou são apenas alfabetizados. Desse contingente, aproximadamente 70% (setenta por cento) dos presos, incluindo-se aqui condenados e provisórios, encontram-se encarcerados por condutas que figuram nos crimes contra o patrimônio e tráfico de drogas. São majoritariamente negros e pardos, e têm até 29 anos de idade.⁸⁶

O perfil traçado acima indica que o preso no Brasil possui perfil idêntico aos submetidos aos processos de exclusão social. Como bem explica Rafael Damasceno de Assis⁸⁷:

A sociedade não pode esquecer que 95% do contingente carcerário, ou seja, sua esmagadora maioria é oriunda da classe dos excluídos sociais, pobres, desempregados e analfabetos, que, de certa forma, na maioria das vezes, foram “empurrados” ao crime por não terem tido melhores oportunidades sociais. Há de se lembrar também que o preso que hoje sofre essas penúrias no ambiente prisional será o cidadão que dentro em pouco estará de volta ao convívio social, novamente no seio dessa própria sociedade.

A situação não é nova. Todos já ouvimos críticas ao sistema carcerário brasileiro, algumas ideológicas, outras pontuais. O fato é que todos concordam que o sistema prisional no Brasil hoje padece de estrutura e de respeito político-social. A Administração penitenciária no Brasil carece de Orçamento consoante com a missão que, deveria ter ao menos teoricamente, qual seja, a de ressocializar o condenado.

Não obstante a missão arrojada do sistema prisional e da pena, temos hoje uma política penitenciária voltada somente para criação de vagas, demonstrando-se um total descumprimento dos direitos fundamentais garantidos pela Lei de Execuções Penais e Constituição Federal dos encarcerados.

A custódia dos presos provisórios ainda apresenta um agravante: como esses indivíduos não estão encarcerados para cumprir uma pena – portanto, não se sabe o tempo que permanecerão custodiados, a prisão provisória tem caráter excepcional e, indubitavelmente, não deveria existir em número tão extravagante –, não existem políticas públicas para presos provisórios.

86 – Disponível em: http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509C_PTBRIE.htm Acesso em: 21/07/2012

87 – ASSIS, Rafael damasceno de. Artigo A Realidade Atual do Sistema penitenciário Brasileiro. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero39/artigo09.pdf>. Acesso em: 21/07/2012

Enquanto aos presos condenados, apesar da precária da situação prisional, apresenta-se uma política de reinserção na sociedade, como o incentivo ao trabalho, os locais de custódia de presos provisórios servem somente como masmorras onde os presos aguardam o momento de seu julgamento.

Esse é o quadro que emerge da situação de cárcere dos presos provisórios. São pessoas jovens – em sua maioria são negros e pardos, com baixa escolaridade, carentes de políticas públicas voltadas para o encarceramento provisório – em cadeias superlotadas, vítimas de uma política de segurança pública de emergência, com forte cunho eleitoral, à espera do dia do seu julgamento.

Para finalizar essa análise, não podemos afastar o forte cunho discriminatório existente em relação às pessoas que se encontram presas. O rótulo de presidiário é elevado fator de rejeição na sociedade, situação esta que o Brasil ainda não enfrentou de forma clara e contundente.

A vulnerabilidade das pessoas encarceradas é evidente, tanto no que se refere à submissão aos agentes do Estado encarregados do controle social formal, incluindo-se aqui a necessidade de respeito aos direitos fundamentais básicos do preso, quanto ao caráter de discriminação o qual é alimentado pelo estigma de presidiário.

4.2 – DESCOMPASSO ENTRE A LEGISLAÇÃO ELEITORAL BRASILEIRA E A SITUAÇÃO PECULIAR DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE

O ordenamento constitucional brasileiro elenca os casos de suspensão e perda dos direitos políticos, incluindo como caso de suspensão dos direitos políticos a condenação com trânsito em julgado enquanto durarem os efeitos da condenação.

Dessume-se assim que aqueles indivíduos, independentemente de estarem presos provisoriamente ou não, enquanto não tiverem uma condenação com trânsito em julgado, estarão aptos a exercerem seu direito público subjetivo ao sufrágio ativo, apesar de figurarem como réu em processo penal.

Embora estejamos nos referindo a uma conclusão simplista e lógica, o direito ao sufrágio ativo dos presos provisórios com a instalação de seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais, forma como tem se organizado o Tribunal Superior Eleitoral e os Tribunais Regionais Eleitorais, não tem satisfeito a garantia a esse direito público subjetivo de forma universal e efetiva.

No Brasil encontramos, desde 2002, no estado do Sergipe, a implementação do direito ao sufrágio nas unidades prisionais. Em 2008, onze estados brasileiros realizaram o processo eleitoral em estabelecimentos penais.

Contudo, para as eleições de 2010, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 23.219 dispondo sobre a instalação de seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e em unidades de internação de adolescentes, na tentativa de efetivar o processo eleitoral nas unidades prisionais.

O art. 1º da mencionada resolução determina:

Os Juízes Eleitorais, sob a coordenação dos Tribunais Regionais Eleitorais, criarão seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e em unidades de internação de adolescentes, a fim de que os presos provisórios e os adolescentes internados tenham assegurado o direito de voto, observadas as normas eleitorais e as normas específicas constantes desta resolução.⁸⁸

O documento destaca, ainda, que serão considerados como presos provisórios aqueles que, apesar de recolhidos a estabelecimento de privação de liberdade, não possuem condenação criminal transitada em julgado, devendo ser considerados como estabelecimentos penais todos os estabelecimentos onde haja presos provisórios recolhidos.

Percebe-se que, pela definição dada a preso provisório e a estabelecimento penal, a Resolução nº 23.219 garante o direito de sufrágio aos presos em execução provisória da pena e inclui no rol de estabelecimentos penais as Delegacias de Polícia que abrigam presos provisórios.

A Resolução nº 23.372⁸⁹, que dispõe sobre os atos patos preparatórios, a recepção de votos, as garantias eleitorais, a justificativa eleitoral, a totalização, a divulgação, a proclamação dos resultados e a diplomação para as eleições de 2012, da mesma forma traz em seu art. 20 e nos seguintes a possibilidade de instalação de seções eleitorais especiais.

Diante da normatização do tema e das normas eleitorais brasileiras, cabe-nos apontar a desconformidade da legislação eleitoral brasileira com a garantia efetiva do direito ao sufrágio dos presos provisórios no Brasil.

4.2.1 – Inscrição Eleitoral e a Transferência para seção eleitoral especial

O art. nº 91 da Lei nº. 9.504/97 determina que nenhum requerimento de inscrição eleitoral ou de transferência será recebido dentro dos cento e cinquenta dias anteriores à data da eleição.⁹⁰

88 – Resolução 23.219 do Tribunal Superior Eleitoral Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/pesquisa-a-legislacao-eleitoral>. Acesso em: 23/07/2012

89 – Resolução 23.372 do Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/pesquisa-a-legislacao-eleitoral>. Acesso em: 23/07/2012

90 – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm Acesso em: 23/07/2012

A Resolução nº 23.372 dispõe, em seu art. 21, que os serviços eleitorais de alistamento, revisão e transferência deverão ser realizados pelos servidores da Justiça Eleitoral, nos próprios estabelecimentos penais e nas unidades de internação, até o dia 9 de maio de 2012, numa demonstração de que os presos provisórios gozam do mesmo prazo para alistamento, revisão e transferência dos demais eleitores que gozam de plena liberdade de locomoção.

Conforme já explicitado neste artigo, a prisão provisória no Brasil é excepcional, ou ao menos deveria ser, devendo ter a sua cessação com a maior brevidade possível. Assim, um dos pontos de restrição ao direito universal ao sufrágio ativo encontra-se no grande número de abstenções nas seções eleitorais especiais instaladas nas unidades prisionais.

Tomando como exemplo os números do Centro de Observação Penal na cidade de Salvador, estado da Bahia, nas eleições de 2010, podemos verificar que 49 presos provisórios foram alistados e estavam aptos a votar naquela seção eleitoral especial; entretanto, somente 32 exerceram efetivamente esse direito, havendo 17 abstenções.

Da mesma forma, no Conjunto Penal Feminino, em Salvador, houve uma abstenção aproximada de 50% (cinquenta por cento) e na Unidade Especial Disciplinar, também na capital baiana, uma abstenção de 75% (setenta e cinco por cento) no segundo turno.

O número elevado de ausências ao pleito está diretamente relacionado com a soltura dos eleitores inscritos ou transferidos para seção eleitoral especial instalada nos presídios, visto que não se tem notícia de presos que se recusaram a exercer esse direito estando custodiados nos estabelecimento penais na cidade de Salvador, na Bahia.⁹¹

Por óbvio, a proposta aqui apresentada não é que os presos provisórios se mantenham encarcerados até o dia das eleições, o que geraria um conflito inconcebível no campo das liberdades públicas.

A crítica que se faz aqui é da falta de adequação dos prazos eleitorais à situação específica de vulnerabilidade das pessoas privadas de liberdade. Considerando-se que a prisão provisória é precária, por certo o alistamento eleitoral deveria efetivar-se num período mais próximo da data das eleições, não devendo o termo final ser inferior a 45 dias das eleições.

O prazo de 45 dias se justifica por diversos motivos. Primeiramente, como já apontado, pela condição de vulnerabilidade do indivíduo encarcerado e; depois, pela constituição de uma Justiça própria como a Justiça Eleitoral brasileira, que tem como missão institucional precípua a construção e o exercício da democracia no País.

91 – A Defensoria Pública do Estado da Bahia criou uma Comissão para o acompanhamento do voto das pessoas privadas de liberdade, fazendo-se presente no primeiro e no segundo turno para garantir a efetivamente esse direito dos internos. Ao final, foi elaborado relatório pela autoria do presente trabalho e encaminhado para o Gabinete da Defensoria Pública Geral, onde constam as informações aqui apresentadas.

Destaca-se ainda que o Tribunal Superior Eleitoral em seu sítio⁹² aponta como valores institucionais o comprometimento, orientando sua atuação com dedicação, empenho e envolvimento em suas atividades, bem como o respeito ao reconhecimento e aceitação das diferenças entre as pessoas.

Os Tribunais Regionais Eleitorais, organismos responsáveis diretos pela administração do processo eleitoral nos estados e nos municípios, por sua vez, deveriam adequar-se a essa situação específica, buscando garantir efetivamente o sufrágio universal.

Assim, necessária se faz a modificação legislativa na Lei nº 9.504/ 1997 para que se torne adequada à condição peculiar das pessoas privadas de liberdade, bem como à estruturação dos Tribunais Regionais Eleitorais, visando à consecução do processo eleitoral nas unidades prisionais.

Outro ponto a ser destacado sobre a situação de vulnerabilidade do preso provisório no exercício do sufrágio reside na identificação do eleitor no momento do alistamento e da votação. Não é incomum o preso provisório não ter consigo os documentos de identificação, no momento da prisão, sendo quase regra que durante o cárcere esse indivíduo não permanecerá de posse dos documentos de identificação, com fotografia, conforme preceitua o art. 91-A. da Lei nº 9504/92.⁹³

A identificação do preso no sistema prisional é feita através da matrícula penal e de sua ficha de identificação do prontuário penal, no qual se encontram todos os dados de qualificação e identificação do encarcerado, bem mais detalhados que alguns documentos de identificação indicados pelo referido artigo. Atente-se para o fato de que a ficha de identificação do prontuário penal também contém foto de identificação do preso.

A não aceitação da matrícula penal em conjunto com a sua ficha de identificação do prontuário penal como documentos de identificação aptos a autorizar sua participação no processo eleitoral trata-se de caso flagrante de discriminação, uma vez que não se aceita a identificação prisional do acusado.

Parece claro que a inclusão da matrícula penal, acompanhada da ficha de identificação do prontuário penal, no rol dos documentos de identificação válidos ao exercício ao sufrágio ativo eliminaria tal discriminação.

Não resta dúvida de que a matrícula penal e a ficha de identificação do prontuário penal mereceriam atenção especial por parte das administrações penitenciárias, a fim de

92 – Disponível em: <http://www.tse.jus.br/institucional/o-tse/missao-visao-e-valores>. Acesso em: 23/ 07/2012.

93 – Art.91-A.No momento da votação, além da exibição do respectivo título, o eleitor deverá apresentar documento de identificação com fotografia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm. Acesso em: 18/ 06/ 2012.

serem incluídas no rol de documentos de identificação da pessoa privada de liberdade. Deveriam, pois, ser expedidas medidas de padronização em conjunto com as Secretarias de Segurança Pública dos Estados da Federação e Distrito Federal, com normas indicadas pelo Ministério da Justiça.

Cumpra salientar que a Resolução nº 23.219 dispõe sobre a possibilidade de o interno que se tornou eleitor da seção eleitoral especial, por alistamento ou transferência, retornar ao estabelecimento penal para votar⁹⁴. Contudo, tal regra não nos parece suficiente para garantir a efetividade do direito ao sufrágio, em razão do temor de uma possível perda da liberdade para os que já estiveram outrora encarcerados.

4.2.2 – Não obrigatoriedade da instalação de seção especial nos estabelecimentos prisionais.

A Resolução nº 23.372, em seu artigo 20, prevê que os Juízes Eleitorais, sob a coordenação dos Tribunais Regionais Eleitorais, poderão criar Seções Eleitorais especiais em estabelecimentos penais e em unidades de internação de adolescentes. (grifo nosso).

Não obstante constar do texto a expressão “poderão”, não é crível que a criação e instalação de seções eleitorais nos estabelecimentos penais se constitua em uma faculdade. Isso porque se trata da garantia de um direito fundamental ligado diretamente às liberdades públicas, aqui representada pela liberdade de participação popular.

A justificativa da falta de segurança nas unidades prisionais não é cabível. A realização das eleições nas unidades prisionais segue o mesmo modelo adotado para realização de atendimento pela Defensoria Pública, assistentes social, psicólogo, médico, entre outros profissionais que atuam no interior do sistema prisional cotidianamente.

A Resolução nº 23.372 prevê – assim como previa a Resolução nº 23.219, em razão da peculiaridade da seção eleitoral especial – a presença de força policial e de agentes penitenciários a menos de 100 metros do local de votação.

Outra questão levantada por vários juízes eleitorais para não criação da seção eleitoral especial seria a falta de pessoal para organizar a logística no interior das unidades prisionais. Tal justificativa, porém, não se coaduna com o determinado pela Resolução nº 23.372 e pela Resolução 23.219, nas quais se apresentam soluções diante desse possível entrave, com a ação colaborativa entre entidades públicas.

94 – Resolução 23.219. Art. 15. Aqueles que transferirem o título para a seção eleitoral do estabelecimento penal ou da unidade de internação e que, na data das eleições, não mais estiverem presos provisoriamente ou internados poderão votar nos respectivos estabelecimentos ou unidades ou, se assim não quiserem, poderão apresentar a justificativa, observadas as normas pertinentes a sua apresentação.

A Resolução do Tribunal Superior Eleitoral nº 23.219 indica a possibilidade de celebração de convênios de cooperação técnica e parcerias com as seguintes instâncias: Secretarias de Segurança Pública dos Estados e do Distrito Federal; Secretarias de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos; Secretarias de Defesa Social, Secretarias responsáveis pelo sistema prisional e pelo sistema socioeducativo; Conselhos Penitenciários dos Estados e do Distrito Federal; Departamentos Penitenciários dos Estados e do Distrito Federal; Conselhos Estaduais e do Distrito Federal dos Direitos das Crianças e Adolescentes; Tribunais de Justiça; Ministério Público Federal, Estadual e do Distrito Federal; Defensorias Públicas dos Estados, do Distrito Federal e da União; Ordem dos Advogados do Brasil, entre outras entidades que possam auxiliar na consecução de tal objetivo.

No estado da Bahia, para a realização das eleições nas Unidades Prisionais e Unidades de Internação, foi celebrado o Convênio nº 02/2012 entre a União, por meio do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, e a Defensoria Pública do Estado da Bahia, de modo a possibilitar que funcionários da Defensoria Pública, sob a coordenação dos Defensores Públicos com atuação na Execução Penal, auxiliassem o Tribunal Regional Eleitoral na finalização do processo de alistamento e transferência.

Ademais, não criar e instalar seções eleitorais especiais nas unidades prisionais está dissociado dos fundamentos da Constituição Federal e do princípio da igualdade informado insistentemente nas normas e pactos internacionais.

Outra alegação costumeira por parte dos juízes eleitorais seria o alto índice de abstenções presente nas seções eleitorais especiais. Tal argumento ganha força em razão da inexistência de regras próprias para alistamento e transferência das pessoas privadas de liberdade, como foi exposto no ponto 4.2.1 deste trabalho.

Justificar a não criação de seção eleitoral nas unidades prisionais em razão do alto índice de abstenções seria perdurar a desigualdade entre os cidadãos e constituir-se-ia um fator de discriminação entre os sujeitos do direito público subjetivo ao sufrágio ativo.

De todo modo, a não criação de seção eleitoral especial, por se tratar de uma decisão do juiz que garanta ou retire a possibilidade do exercício de um direito fundamental constitucionalmente previsto, apesar de não ser proferida na sua esfera de atuação jurisdicional propriamente dita, deve ser fundamentada nos termos do Art. 93, X⁹⁵ da Constituição Federal de 1988.

95 - Art.93, X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 23/07/2012.

4.2.3 – Delegacias de Polícia

O Brasil ainda apresenta um grande número de presos em Delegacias de Polícia. Os dados consolidados do Infopen, presentes no sítio do Ministério da Justiça, informam que em dezembro de 2011⁹⁶ encontravam-se encarcerados no Brasil, no Sistema de Polícia e Segurança Pública, 43.328 presos, dentre sua maioria presos provisórios.

A alta rotatividade e a falta de condições estruturais adequadas são as principais alegações para não criação e instalação de seções eleitorais nas delegacias de polícia.

De certo, a rotatividade é grande, bem como é lamentável a precariedade das condições de prisões em delegacias que têm o condão de retirar dos custodiados todos os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente e pela Lei de Execução Penal.

Soraia Ramos Lima, em artigo que trata sobre a ilegalidade dessas “prisões”, descreve a caótica realidade existente nos porões das delegacias:

De fato, essa é a realidade de flagrante inconstitucionalidade e violação aos mínimos direitos humanos que se verifica em todos os Estados brasileiros, pois o que encontramos nas delegacias de policias são seres (quase) humanos, amontoados numa minúscula cela, quase nus, às vezes há dias sem tomar banho, com várias enfermidades cutâneas contagiosas, sujos, suados, barba por fazer, dormindo com as pernas dobradas, em revezamento ou em pé, defecando, urinando, vomitando em um pequeno cubículo de poucos metros quadrados.⁹⁷

A situação e a imagem como se apresentam as prisões em delegacias não nos levam a sugerir somente a construção de ações afirmativas com vistas à garantia do direito ao sufrágio. Esse cenário nos dá a certeza de que é urgente e imperiosa a construção de políticas públicas para o sistema prisional e do sistema de justiça penal, principalmente considerando-se que as medidas legislativas tendentes a abolir o cárcere em crimes de pequena e média ofensidade não vêm obtendo o resultado desejado.

A elaboração de normas na tentativa de se abolir o cárcere é, certamente, louvável; entretanto, não tais normas podem ocultar ou tirar a atenção da realidade que se apresenta com a escalada do número de prisões preventivas decretadas.

96 – Disponível em: http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509C_PTBRIE.htm. Acesso em: 24/07/2012.

97 – LIMA, Soraia Ramos. A ilegalidade do uso de delegacia como prisão. In: PRADO, Daniel Nicory do, e XIMENES, Rafson Saraiva (Coordenadores). Redesenhando a Execução Penal 2: por um discurso emancipatório democrático. Salvador: JusPodium, 2012, p. 434.

Diante das dificuldades e obstáculos constatados, apesar do direito previsto constitucionalmente ao voto dos presos provisórios, a simples instalação de seções eleitorais nas unidades prisionais não garante efetivamente o direito ao voto do preso provisório.

A discriminação do grupo vulnerável de presos deve ser considerada no momento da consolidação de políticas, por parte do Estado, para garantia do direito ao sufrágio e para a implementação de ações afirmativas. Importa aqui ressaltar que tal garantia enquadra-se âmbito dos parâmetros nacionais de promoção da igualdade material prevista no Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3).

A não implementação de ações afirmativas nessa área confronta substancialmente com o previsto no Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, na Convenção Americana de Direitos Humanos e na Constituição Brasileira, que faz reservas para o exercício ao sufrágio ativo, contudo não o faz em relação aos presos provisórios, desde que atendidos os demais requisitos constitucionais e legais.

5 – CONCLUSÃO

Os estudos apresentados indicam que as normas infraconstitucionais presentes no Brasil hoje não são aptas para garantir o exercício ao sufrágio ativo dos presos provisórios.

A pouca importância dada pela Justiça Eleitoral brasileira e pelos demais órgãos de controle formal para a garantia do direito ao sufrágio ativo se deve, em grande parte, ao processo discriminatório vivenciado pelos presos, custodiados provisoriamente ou não.

Por outro lado, a falta de mobilização da Justiça Eleitoral e das Secretarias de Administração Penitenciária, e suas equivalentes em cada Estado da Federação, se deve à falta de entendimento da existência de um cidadão, como outro qualquer que se encontra em liberdade, por trás dos muros das prisões, e de que, para efetivação do processo eleitoral nas Unidades Prisionais, esse reconhecimento dispenderia um processo estrutural mais elaborado e trabalhoso.

A implementação de ações afirmativas, nesse caso tendentes a garantir o direito de sufrágio ativo dos presos provisórios, está balizada pelo Programa Nacional de Direitos Humanos – 3, que, por meio de políticas de aceleração e promoção da igualdade, visa buscar resultados efetivamente equânimes entre os indivíduos, na garantia de seus direitos fundamentais.

No mesmo diapasão, os tratados internacionais de direitos humanos que tratam especificamente de sujeitos de direitos pertencentes a grupos vulneráveis – por exemplo, aqueles que se dedicam a abolir o racismo e a discriminação contra as mulheres – indicam que o caminho para a promoção da igualdade substancial é a criação de ações afirmativas.

A garantia do direito ao sufrágio ativo dos presos provisórios está consolidada pelas normas constitucionais vigentes, não havendo qualquer impedimento em sua efetivação. No entanto, a legislação eleitoral não apresenta adequação a essa situação peculiar, exigindo, para tanto, os mesmos documentos de identificação do eleitor preso daqueles exigido do eleitor em liberdade, e prevendo dos mesmos prazos de alistamento e transferência.

A falta de adequação apontada gera um grande número de abstenções no dia das eleições de presos provisórios que obtiveram a liberdade no período compreendido entre os 150 (cento e cinquenta) dias antes das eleições e o seu dia efetivamente, o que macula a tentativa de garantia do sufrágio universal.

Torna-se, pois, imprescindível, uma reformulação legislativa, com alteração da Lei nº 9.504/1997, no tocante aos dispositivos que tratam sobre a identificação do eleitor no momento do alistamento, transferência e votação, e também no que diz respeito ao prazo em que pode ser realizado o alistamento e transferência.

A regulamentação do Tribunal Superior Eleitoral sobre o tema é superficial e não enfrenta os problemas acima apontados. O TSE busca, simplesmente, criar regras para o processo de estruturação, mas deixa sempre lacunas para não criação e não instalação de seções eleitorais especiais nas unidades prisionais, considerando sua criação como uma decisão facultativa do juiz.

A faculdade do juiz eleitoral de criar e instalar a seção eleitoral especial na unidade prisional nos parece inconstitucional. Estamos aqui tecendo reflexões e inferindo diante de um direito fundamental previsto constitucionalmente, bem como nos tratados internacionais de direitos humanos. Trata-se, seguramente, de direito indisponível, irrenunciável e aderente ao seu titular, não podendo, pois, ser retirada sua efetivação e garantia por decisão do juiz eleitoral, o qual deve criar e instalar a seção eleitoral especial.

Ainda na esfera da organização do processo eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais não dispõem de equipes organizadas para desenvolver especificamente esse trabalho, ficando a cargo das zonas eleitorais onde está localizada a unidade prisional como responsável pela efetivação do processo eleitoral. Isso gera uma sobrecarga de trabalho, tanto em decorrência das especificidades do sistema prisional, quanto na condução dos trabalhos por profissionais alheios ao conhecimento e vivência do sistema penal e carcerário.

De igual forma, a estrutura organizacional dos Tribunais Regionais Eleitorais deve contemplar a criação de equipe responsável, com as mesmas atribuições de um cartório eleitoral, para realização do processo eleitoral das unidades prisionais nas cidades onde exista média de eleitores presos provisórios acima de 800 (oitocentos) internos. Ressalta-se que tal equipe

deverá atuar não somente no período eleitoral, mas também durante a implementação de todas as propostas de inclusão da Justiça Eleitoral no sistema prisional.

Em se tratando das localidades onde haja média de eleitores presos provisórios menor que 800 (oitocentos) internos, deve haver equipe responsável na zona eleitoral territorialmente competente para consecução desse fim.

Diante dos pressupostos, inferências e, sobretudo, fundamentados no arcabouço legal da Constituição Federal do Brasil, é razoável dizer que a implementação de ações afirmativa para garantia efetiva do voto dos presos provisórios se coaduna com as metas traçadas pelo Plano Nacional de Direitos Humanos-3, e mais ainda, que sua consecução proporcionará as mudanças legislativas e administrativas necessárias para garantia do direito ao sufrágio constitucionalmente previsto.

É igualmente certo que sua não implementação incluirá a realização do processo eleitoral nas unidades prisionais no rol das iniciativas que não obtêm os resultados possíveis e almejados, contando somente com resultados positivos limitados, em razão dos obstáculos naturais do sistema prisional, como forma de discriminação, em detrimento ao princípio da igualdade humana em um Estado Democrático de Direito.

6 – REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Saraiva 2011.

_____. **A Política**. Tradução de Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ASSIS. Rafael Damasceno de. **A Realidade Atual do Sistema Penitenciário brasileiro**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero39/artigo09.pdf>> . Acesso em: 21/07/2012.

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo. **O Ato de Decisão Judicial: uma Irrracionalidade Disfarçada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARATTA, Alessandro. **A Criminologia Crítica e crítica ao Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BÍBLIA Sagrada, 44 ed. São Paulo: Paulinas, 1987.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro. Elsevier/Campus, 2004.



BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12/07/2012.

BRASIL. Lei n. 9504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm>. Acesso em: 12/07/2012.

BRASIL. Plano Nacional de Direitos Humanos – 3. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/pndh3.pdf>>. Acesso em: 15/07/2012.

BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20/07/2012.

BRASIL. DADOS INFOPEN. Ministério da Justiça. <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 21/07/2012.

BRASIL. Resolução n. 23.219 do Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/pesquisa-a-legislacao-eleitoral>>. Acesso em: 21/07/2012.

BRASIL. Resolução n. 23.372 do Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/pesquisa-a-legislacao-eleitoral>>. Acesso em: 21/07/2012.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL: missão e valores. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/institucional/o-tse/missao-visao-e-valores>>. Acesso em: 21/07/2012.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONCEIÇÃO, Tiago de Menezes. **Direitos Políticos Fundamentais e sua suspensão por condenações criminais e por improbidade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2010.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (Pacto de San Jose da Costa Rica). Disponível em: <<http://www2.idh.org.br/casdh.htm>>. Acesso em 20/07/2012

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 12/07/2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos na Ordem Jurídica Internacional e Reflexos na ordem Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KANT, Immanuel, Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução de Regis de Castro Andrade. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os Clássicos da Política**. 11. ed. São Paulo: Ática, 2006.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LIMA, Soraia Ramos. A ilegalidade do uso Delegacia como prisão. In: **Redesenhando a Execução Penal 2**: por um discurso emancipatório democrático. Salvador: Jus Podium, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PACTO DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 24/07/2012.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Proteção Judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 2. ed. 2003.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Direito Eleitoral**. Goiânia: Editora Jurídica IEPC, 2002.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa Social e Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

_____. **Do Contrato Social**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006.



SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva. **Princípio Constitucional da Igualdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUSA, Oziel Francisco de. **As Ações Afirmativas como Instrumento de Concretização da Igualdade Material**. 2006. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <<http://w3.ufsm.br/afirme/LEITURA/diantelei/dl01.pdf>>. Acesso em: 09/07/2012.

SOUZA, Marcelo Ferreira de. **Segurança Pública e Prisão Preventiva no Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

A INTERRUPTÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS POR INADIMPLEMENTO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Bianca Ribeiro Sampaio⁹⁸

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA; 2.1 CONCEITO; 2.2 SUPREMACIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA; 3 SERVIÇOS PÚBLICOS; 3.1 CONCEITO; 3.2 CLASSIFICAÇÃO; 3.3 SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS; 3.3.1 CONCEITO; 3.3.2 O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE; 4 A INTERRUPTÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS; 4.1 POSSIBILIDADES; 4.1.1 POR ORDEM TÉCNICA; 4.1.2 POR EMERGÊNCIA; 4.1.3 POR FATO DE TERCEIRO; 4.1.4 POR INADIMPLEMENTO; 4.1.4.1 POSICIONAMENTO DO STJ; 4.1.4.2 CASUÍSTICA- CORTE DE ÁGUA POR CONDOMÍNIO; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERENCIAS

Resumo

A proposta deste artigo é realizar uma correlação entre a interrupção da prestação dos serviços públicos essenciais e o princípio da dignidade humana. Será feito um enfoque sobre os serviços públicos, inclusive os essenciais e as possibilidades de sua interrupção. Será analisado o inadimplemento desses serviços essenciais pelo usuário e o seu corte pelas concessionárias, observando de que forma tal ato pode aniquilar ou restringir a dignidade humana. O objetivo relevante deste trabalho é demonstrar a possível ilegalidade do corte de serviço público essencial e ressaltar a importância da busca e preservação de uma vida digna para homem.

Palavras-chave: Dignidade. Serviço. Público. Interrupção. Inadimplemento.

98 – Defensora Pública de Classe Final. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito.

1 – INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o propósito de analisar a problemática existente na interrupção dos serviços públicos essenciais como grande forma de violação ao princípio da dignidade humana.

Será feito um enfoque entre o conceito do princípio da dignidade humana e sua importância crucial para o nosso ordenamento jurídico, bem como a análise da supremacia do mencionado princípio frente aos demais, dotando-o de completa forma absolutista.

Os serviços públicos também serão alvo de estudo, no que se refere a sua conceituação tida por indeterminada e as diversas formas de sua classificação.

Nesse ponto, será devidamente elucidada a relevância dos serviços públicos essenciais, tendo em vista que tais serviços devem ser prestados de forma contínua pelo Estado ou pelos entes que o represente.

Haverá a demonstração da dificuldade de conceituação de tais serviços essenciais bem como sua importância e interligação com o princípio da continuidade.

A questão das possibilidades de suspensão dos serviços públicos essenciais previstos na Lei nº 8.789/95 será amplamente discutida, sendo abordadas todas as formas e requisitos de interrupção de tais serviços.

No que se refere à interrupção dos serviços públicos essenciais por inadimplemento será feito um enfoque maior com análise da legalidade ou ilegalidade de tal medida.

As diversas vertentes doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da problemática apresentada serão elencadas de forma precisa, seja a que autoriza o corte no serviço público bem como a que considera tal medida ilícita ou ilegal.

O posicionamento majoritário do Superior Tribunal de Justiça bem como as exceções a esse vertente serão discutidas.

A possibilidade de corte de água de condômino inadimplente pelo condomínio será debatida, em que pese ser esta vertente majoritária em nossos Tribunais.

Em suma, a importância teórica deste artigo é demonstrar se a suspensão dos serviços públicos essenciais por inadimplemento fere frontalmente ou não o princípio da dignidade humana.

2 – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

2.1 – CONCEITO

Antes de se adentrar nas relevâncias do princípio da dignidade humana, convém esclarecer a acepção do termo princípio.

De início, pode-se afirmar que princípio é a base ornamental de todo sistema jurídico, compondo um conjunto de dogmas, devendo ser respeitado por todas as normas.

A definição de princípio é brilhantemente fornecida por Celso Antonio Bandeira de Melo:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. (2010, p. 54)

O princípio da dignidade humana constitui um valor universal, em que embora as pessoas sejam diferentes em suas individualidades são detentoras de igual condição. Por tal razão, possui previsão em diversas convenções internacionais, inclusive na Declaração Universal da ONU e no Pacto de São José da Costa Rica.

É a premissa de qualquer sistema jurídico que assegure os direitos humanos e efetivem os direitos fundamentais.

Pode-se afirmar que o ser humano pelo próprio fato de existir em si e ser pessoa já possui inerente a dignidade. (Rizzato Nunes, 2012, p.65)

No Brasil, o princípio em destaque possui parâmetro constitucional no art. 1º, inc. III, da Carta Magna, sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, o constituinte estabeleceu como base relevante de todo o ordenamento jurídico brasileiro o princípio da dignidade humana. Pode-se aduzir que ele precede a todos os princípios.

Existem na doutrina diversas definições para esclarecer o termo em análise, possuindo considerações e enfoques variados.

Pode-se aduzir que o princípio da dignidade humana é o alicerce do sistema jurídico brasileiro que serve de parâmetro para todos os direitos fundamentais, sendo garantidor das necessidades vitais do ser humano.

É uma qualidade inerente a todo ser humano, propiciadora de uma vida digna compatível com a existência humana.

Ao introduzir tal princípio em nosso sistema jurídico, o legislador quis assegurar a todas as pessoas um mínimo existencial que protegesse as necessidades básicas dos entes da sociedade, tais como a vida, a liberdade e a igualdade.

Nos ensinamentos de Ricardo Freire Soares (2010, p.136), o princípio da dignidade humana por ser o fundamento da Constituição Federal serve de parâmetro para as demais normas constitucionais, tal como se pode perceber na parte atinente aos direitos fundamentais bem como nos Títulos VI e VII da Carta Magna. Ainda, segundo tal autor, o princípio em análise também serve para reconhecer direitos fundamentais implícitos e outros decorrentes de convenções internacionais adotadas pelo Brasil.

Com efeito, deve-se transcrever o posicionamento do autor acima mencionado ao lecionar que:

a dignidade da pessoa humana é um constructo cultural fluido e multiforme, que exprime e sintetiza, em cada tempo e espaço, o mosaico dos direitos humanos fundamentais, num processo expansivo e inexaurível de realização daqueles valores da convivência humana que melhor impedem o aviltamento e a instrumentalização do ser humano. (2010, p. 144).

Segundo Flavia Piovesan (2011, p. 316) a dignidade humana possui extremo valor jurídico, sendo o sustentáculo de todo o ordenamento normativo servindo de base para a interpretação do sistema constitucional. Por tal razão é o princípio da dignidade humana que atribui caráter de unidade de sentido à Constituição.

Para Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho (2008, p. 32) o princípio da dignidade humana corresponde a fonte sistemática de todos os direitos fundamentais, inclusive dos implícitos, formando o alicerce do Estado Democrático de Direito.

André Ramos Tavares (2007, p. 512) estabelece que segundo os ditames deste princípio o homem considerado em si mesmo, deve ser respeitado minimamente e sendo superior

a qualquer espécie de valor pecuniário. Tal autor expõe a interligação entre a dignidade do homem e os direitos fundamentais, sem considerá-lo como uma verdade absoluta ou axioma jurídico.

Pode-se dizer que no princípio da dignidade humana estaria a semente de todos os direitos humanos fundamentais.

Para Manoel Jorge e Silva Neto (2010, p.274) o princípio da dignidade da pessoa humana é a finalidade máxima de todo o direito, ao passo que resulta na humanização do sistema constitucional, no momento em que pressupõe a dignidade como o mais salutar objetivo da sociedade. Mais adiante tal jurista aduz que por consequente o princípio em enfoque não pode ser conceituado.

Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p. 159) determina que o princípio da dignidade humana está intimamente interligado aos direitos fundamentais, buscando a satisfação do direito à vida, à liberdade, à integridade física, igualdade e segurança de todo ser humano, prevenindo as arbitrariedades com limitações do poder do Estado.

Segundo os ensinamentos de Alexandre de Moraes (2005, p. 16) o princípio da dignidade humana é um valor espiritual e moral inseparável da personalidade humana presente na busca pela autodeterminação racional do homem e que todo o sistema jurídico deve assegurar minimamente.

Para Rizzato Nunes (2012, p.64) o princípio da dignidade humana é fundamental, sendo que a dignidade é a última finalidade a ser alcançada pelos direitos fundamentais e a primeira base e sustentáculo de todo ordenamento jurídico.

O princípio da dignidade humana é de importância crucial para a ordem jurídica e fixação dos direitos fundamentais.

A dignidade pressupõe garantia de saúde, moradia, educação trabalho, lazer, segurança etc. ou seja, valores propiciadores de existência compatível com uma vida garantidora do mínimo para sobrevivência do ser humano.

Em que pese não se poder definir plenamente o conceito de dignidade humana, certo é que sua violação é amplamente percebida ao ser aniquilada de qualquer forma.

Por tal razão, a dignidade deve ser concretamente garantida na vida de todos os homens, já que é ela que configura um mínimo a ser exigido só pelo fato do ser humano existir como pessoa.

2.2. – SUPREMACIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Devido à existência de diversos princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, sempre houve o questionamento se haveria ou não um princípio com valor supremo e com força valorativa superior aos demais.

Assim, havendo um conflito aparente entre dois ou mais princípios poderia um prevalecer em detrimento dos demais.

Para muitos doutrinadores, o princípio da dignidade humana pode ser considerado como princípio absoluto, sendo que não pode ser aniquilado ou restringido por nenhum outro.

Essa seria a corrente supervalorativa do princípio da dignidade.

Seguidora desse pensamento Flávia Piovesan (2011, p. 318) aponta que o princípio da dignidade humana pode ser considerado como superprincípio, tendo em vista que é a base do sistema jurídico de onde se irradiam todas as normas servindo de norte ao direito pátrio e internacional.

André Ramos Tavares (2007, p. 515) citando Fernando Ferreira dos Santos aponta tal autor como seguidor dessa vertente ao considerar o princípio da dignidade como o mínimo a ser assegurado a toda pessoa em um sistema jurídico, não podendo ser sacrificado o seu valor.

Para outros não se deve preconizar o princípio da dignidade humana como axioma soberano.

Os simpatizantes dessa vertente consideram que o fato do princípio da dignidade humana ser intocável provoca uma impressão de que é absoluto, no entanto pode ser restringido e limitado. Dessa forma, por haver um sistema jurídico formado por diversos princípios, a dignidade humana pode ser mitigada por outro.

André Ramos Tavares (2007, p. 515) destaca como melhor solução para a problemática apresentada não considerar o princípio da dignidade como uma verdade absoluta.

Nesse ponto, convém aduzir que o nosso estatuto jurídico não privilegiou expressamente determinado princípio em detrimento dos demais.

No entanto, está formalmente determinado que o princípio da dignidade humana constitui-se no fundamento do Estado Democrático de Direito e deve ser perseguido por todo o sistema jurídico.

Dessa forma, o posicionamento mais acertado é aquele que considera o princípio em análise como uma verdade absoluta.

Conforme assevera Flavia Piovesan (2011, p. 319) :

A dignidade humana simboliza, deste modo, um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido.

Isso se deve ao fato de que tal princípio é o fundamento de todo o ordenamento jurídico, sendo que todas as demais regras e até mesmo princípios possuem respingos da dignidade de forma mediata ou imediata.

Portanto, convém concluir que a dignidade sempre deve ser preservada em qualquer situação por ser o principal diferencial do homem frente às demais criaturas.

3 – SERVIÇOS PÚBLICOS

3.1 – CONCEITO

O serviço público constitui-se em uma importância jurídica relevante do Direito Administrativo, sendo que possui previsão constitucional em que o Estado detém diversos deveres em relação à sociedade, tal como se preconiza no art. 175 da Carta Magna.

No que se refere ao conceito de serviço público, é cediço que na doutrina não há uma definição plena e exauriente, eis que tal expressão não possui uma uniformidade conceitual.

Na lição de Diógenes Gasparine (2009, p. 295) a acepção de serviço Público possui três sentidos, quais sejam, o orgânico, o material e o formal. No sentido orgânico o instituto sob análise equivale ao conjunto de órgãos, agentes e recursos existentes para suprir as necessidades dos entes regidos pela Administração Pública. Já na definição material caracteriza-se por ser toda tarefa executada para atender a demanda coletiva dos administrados. Quanto ao sentido formal entende-se o serviço público como todo procedimento de direito público ministrado pelo Poder público em prol da coletividade.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p.97) a doutrina estabelece três critérios para conceituar serviço público. O subjetivo como aquele que considera a pessoa jurídica prestadora do serviço, o material ao considerar a atividade em si prestada pela Administração Pública e o formal que pondera o regime jurídico adotado.

A locução serviço público também se define em geral e estrito, sendo que uns doutrinadores adotam um ou outro conceito para melhor explicá-la.

O conceito amplo de serviço público é empregado por Hely Lopes Meireles (2009, p. 332) ao aduzir que serviço público é toda atividade prestada pelo Estado ou por quem lhe represente, regulada por regras estatais com o objetivo de sanar as necessidades essenciais e não-essenciais da sociedade ou a mera conveniência da Administração Pública.

Por conseguinte, deve-se mencionar que a definição ampla de serviço público, engloba toda atividade exercida pela Administração pública sob a égide das normas de direito público com intuito de satisfazer interesses dos administrados em geral.

O conceito restrito é brilhantemente empregado por Celso A. Bandeira de Melo (2010, p. 679) :

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Edmir Neto de Araujo (2010, p.123) ao adotar o critério amplo para definir serviço público, entende a expressão como toda função regida pelo Poder Público por meio de seus três poderes (executivo, legislativo e judiciário) para a execução mediata ou imediata de suas atividades.

No magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p.96), o serviço público em sentido restrito é toda prestação exercida pelo Estado com exceção das funções de cunho legislativo e judiciário e sendo diferenciada do poder de polícia.

Para a renomada autora acima citada (2003, p.99) pode-se afirmar que serviço público é toda tarefa executada pelo Estado ou por seus delegados atribuída por lei, visando atender as necessidades coletivas no âmbito parcial ou total do direito público.

No que tange ao sentido estrito, Edmir Neto de Araujo (2010, p.123) , exclui do conceito de serviço público as atividades desempenhas pelos Poderes Legislativo e Judiciário, definindo-o como toda tarefa executada direta ou indiretamente pela Administração Pública, regida por normas estatais para suprir as necessidades dos administrados.

3.2 – CLASSIFICAÇÃO

A classificação dos serviços públicos é tema variado na doutrina, já que estes podem ser classificados sobre os mais variados critérios.

Pelo critério subjetivo, entende-se serviço público como aquele prestado pelo Estado de forma direta ou indireta.

Na Classificação material se analisa o objeto, sendo serviço público toda atividade que vise satisfazer as necessidades da coletividade.

No aspecto formal o serviço público é aquele regido pelas diretrizes do direito público superior ao direito comum.

No que se refere à utilização do serviço público pelos administrados, o serviço público pode ser dividido em *ut universe* e *ut singule*.

Edmir Neto de Araujo (2010, p. 124) define os serviços *ut universe* como aqueles existentes para satisfazer à coletividade e utilizado de forma indireta pelo administrado. Já o serviço *ut singule* é classificado pelo autor como todo aquele existente para satisfazer a coletividade, mas utilizado de forma mediata pelo administrado.

Percebe-se que os serviços *ut singule* visam atender as necessidades particulares e diretas dos administrados, tais como fornecimento de água, energia elétrica, transportes etc. Enquanto os serviços *ut universe* visam atender a demanda da coletividade e são usufruídos indiretamente pelos cidadãos, é o caso de polícia, defesa externa, diplomacia etc.

Dentre todas as classificações é de suma importância analisar o serviço público sobre a ótica de sua essencialidade, em que podem ser classificados como próprios e impróprios.

Para Hely Lopes Meireles (2009, p. 334) os serviços públicos próprios são os que estão interligados com as obrigações do Estado executadas com base na supremacia estatal frente os particulares, só podendo ser fornecido pelo próprio Estado. Já os serviços impróprios podem ser prestados por representantes da Administração Pública, não sendo fornecidos de forma gratuita, já que não representam as necessidades primordiais da sociedade.

Diógenes Gasparine (2009, p. 300) define os serviços públicos como essenciais ou próprios como aqueles que são executados de forma exclusiva pela Administração Pública para atender as necessidades coletivas. Já os serviços considerados impróprios são aqueles existentes para satisfazer a coletividade e podem ser executados pelos particulares, não são privativos da Administração Pública.

Para Edmir Neto de Araujo (2010, p. 125), se entende como serviço público próprio as atividades executadas pelo Estado de forma direta. Ao passo que o impróprio corresponde as atividades coletivas não executadas diretamente pelo Estado e sim pelo particular através de regulamentação ou autorização do ente público.

3.3 – SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

3.3.1 – Conceito

De início cumpre afirmar que não existe uma definição precisa para serviço público essencial, inclusive o Código de Defesa do Consumidor é silente nesse sentido.

A Lei nº 7.783/89 que surgiu para regulamentar o art. 37, VII, da Constituição Federal definiu em seu art. 10 os serviços públicos considerados essenciais:

Art.10- São considerados serviços ou atividades essenciais:

- I. tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
- II. assistência médica e hospitalar;
- III. distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
- IV. funerários;
- V. transporte coletivo;
- VI. captação e tratamento de esgoto e lixo;
- VII. telecomunicações;
- VIII. guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
- IX. processamento de dados ligados a serviços essenciais;
- X. controle de tráfico aéreo;
- XI. compensação bancária.

Com o advento da mencionada lei passou a se estabelecer uma noção do que pode ser definido como serviço público essencial, servindo de parâmetro para aplicação do princípio da continuidade do serviço público.

Entende-se como serviço público essencial toda a atividade imprescindível para satisfação dos interesses inadiáveis da coletividade, ou seja, todo aquele serviço que não exercido coloque em risco iminente a vida, a saúde ou segurança da população.

Diante de tal assertiva, pode-se aduzir que todo serviço público essencial deve ser prestado de forma contínua e segura.

Nos dizeres de Rizzato Nunes (2012, p. 157) o serviço público essencial é aquele que possui a característica inseparável de urgência, não podendo deixar de ser prestado.

Acertadamente, Rafael José Nadim de Lasari (2010, p. 247) conceitua os serviços públicos essenciais como aqueles diretamente interligados a manutenção da dignidade humana.

Convém esclarecer que não existe em nossa legislação definição legal do serviço público essencial. Por tal motivo, a Lei nº 7.783/89 em seu art. 10 definiu expressamente os serviços públicos que devem ser considerados essenciais, tais como tratamento e abastecimento de água, produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis etc .

Deve-se mencionar que o artigo supracitado traz apenas o rol exemplificativo de serviços públicos essenciais, não sendo exaustivo. Portanto, pode o legislador criar outros tipos de serviços públicos essenciais não estejam especificados na referida lei.

3.3.2 – O princípio da continuidade

A continuidade do serviço público significa dizer que uma vez iniciada a prestação por parte do ente público para atender a necessidade do administrado deve o mesmo mantê-lo continuamente e independente de qualquer circunstância adversa.

Percebe-se que o princípio da continuidade está intimamente relacionado com o interesse público, tendo em vista que o destinatário final desses serviços é a própria sociedade.

A característica da continuidade impõe ao serviço público o fato de ser contínuo e sucessivo. (Diogenes Gasparine, 2009, p. 303).

Pode-se concluir que a continuidade deriva do princípio da indisponibilidade do interesse público que deve ser alcançado pelo Estado ou por quem o represente.

Conforme os ensinamentos de Edmir Neto de Araújo (2010, p. 129), o princípio da continuidade confere ao serviço público diversos caracteres específicos, tais como: necessidade de prestação ininterrupta, intermitente, possibilidade de delegação de competências, substituição funcional, etc. Assim, enquanto permanecer o interesse público deve haver a prestação contínua do serviço para satisfazer as necessidades da sociedade.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 74) o princípio da continuidade do serviço público significa que todas as funções essenciais e necessárias à sociedade devem ser executadas de forma ininterrupta. Em razão dessa definição a jurista aponta as consequências da continuidade do serviço público, quais sejam : a proibição de greve no serviço público; a existência da suplência, delegação e substituição de funções públicas vagas; inaplicabilidade da *exceptio non adimplenti contractus*; possibilidade da Administração Pública de utilizar os equipamentos de empresas contratadas e de encampação do serviço público.

Deve-se asseverar que os administrados na qualidade de usuários de serviços públicos e considerados como consumidores possuem direitos básicos que devem ser garantidos, pois estão previstos tanto no âmbito constitucional quanto em legislação específica. Dentre eles se destaca os direitos previstos nos arts. 6º e 7º da Lei nº 8.078/90 bem como em seu art. 10, o qual exige a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos.

Diante da existência dos serviços públicos essenciais e não essenciais, convém relacioná-los com a previsão legal do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse diapasão, faz-se mister esclarecer que os serviços públicos não essenciais devem ser prestados de modo eficiente, seguro e adequado. Ao passo que os serviços públicos considerados essenciais devem ser prestados de modo eficiente, seguro, adequado e também contínuo.

Portanto, a exigência de continuidade desses serviços visa garantir que o serviço que atende as necessidades coletivas, se encontre disponível para os cidadãos de modo contínuo, duradouro e regular, sem que sua realização efetiva dependa da livre decisão de um particular, cabendo ao Estado zelar pela sua preservação.

4 – A INTERRUPÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

4.1 – POSSIBILIDADES

A Lei nº 8.987/95 que trata da concessão e permissão do serviço público trouxe em seu art. 6º a previsão de que os serviços públicos devem ser prestados de forma a atender plenamente os anseios dos usuários .

Não obstante tal previsão, mais adiante a referida Lei dispõe que:

Art.6º-Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação do serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

[...]

Parágrafo 3º- não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção nas hipóteses de situação de emergência ou após prévio aviso, quando:
I- motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,
II- por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Tal assertiva trata das hipóteses em que se permite legalmente a interrupção do serviço público.

Percebe-se que passa a ser autorizado o corte no serviço público em caso de emergência ou situações de calamidade e motivos técnicos bem como se houver inadimplemento com comunicação prévia.

Portanto, a legislação prevê as excludentes de responsabilidades das prestadoras de serviços públicos, eis que considera que estas não estão obrigadas a fazer benemerências em prol dos usuários.

Sendo assim, infere-se que a Lei nº 8.987/95 traz a previsão de continuidade dos serviços públicos com algumas exceções em confronto ao Código de Defesa do Consumidor que confere caráter absoluto ao princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais.

4.1.1 – Por ordem técnica

Nos ensinamentos de Rizzato Nunes (2012, p. 158), a hipótese de autorização de suspensão do serviço público por motivos de ordem técnica deveria ser considerada inconstitucional, porque pressupõe a ideia de serviço ineficiente e inadequado, em total afronta aos princípios constitucionais.

Nesses casos, para Diógenes Gasparine (2009, p.309) podem ser aplicadas sanções tais como a suspensão do serviço público, no momento em que os cidadãos não cumprem suas obrigações pecuniárias ou não observam as normas administrativas e técnicas da prestação do serviço. Mais adiante afirma que é reconhecida com naturalidade a interrupção do serviço devido ao seu mau uso, ocasionando prejuízo para os outros usuários.

Marçal Justen Filho (2006, p. 541) ao tratar sobre a interrupção do serviço público por motivo de ordem técnica ou de segurança explica que nesse caso o corte do serviço deixa de ser uma faculdade e constitui um dever do Estado. Não sendo caso de emergência, os serviços só podem ser suspensos com prévio aviso ao consumidor, sendo que deve ser escolhido o dia e horário de suspensão compatível com a menor demanda do serviço prestado.

José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 306) leciona que na hipótese de suspensão do serviço pelo fato do usuário não observar os requisitos técnicos para sua prestação, sempre que o administrado restabelecer a condição técnica de execução do serviço deve o mesmo ser imediatamente fornecido.

4.1.2 – Por emergência

Nessa hipótese de interrupção do serviço público por emergência, o legislador permite a descontinuidade do serviço em situações inesperadas e de calamidade pública.

Dessa forma, fatos imprevistos poderiam ensejar a suspensão do serviço prestado, sem responsabilização do Estado.

4.1.3 – Por fato de terceiro

Em que pese não haver previsão na Lei nº 8.987/95, deve-se comentar também a respeito da interrupção do serviço por fato de terceiro.

Nessas hipóteses, o próprio particular origina e dá causa ao corte do serviço público, sem qualquer participação da concessionária.

Deve-se ter em vista que nos casos de interrupção de serviço público essencial por inadimplemento e por fato de terceiro, para a maioria da doutrina a responsabilidade das concessionárias deve ser objetiva.

Isso porque nos serviços públicos essenciais, tais como fornecimento de energia elétrica e água, deve haver uma ampliação do conceito de fornecedor visando proteger a figura do consumidor e resguardar seus direitos, respondendo a concessionária objetivamente pelos danos porventura causados.

4.1.4 – Por inadimplemento

Segundo os ditames da Lei nº 8.987/95, havendo inadimplemento e com aviso prévio há a possibilidade de interrupção do serviço público.

A legislação também prevê que, na hipótese de corte por inadimplemento, não se exige apenas o aviso prévio e sim que tal interrupção seja em benefício do interesse da coletividade ou do interesse público.

Dessa forma, em que pese haver inadimplência, se houver prevalência de necessidades coletivas, o serviço público não pode ser interrompido, já que tais serviços são essenciais ao bem-estar do cidadão.

Torna-se crucial aduzir que tanto na doutrina como na jurisprudência existem três correntes que adotam posicionamentos distintos em relação à possibilidade de interrupção dos serviços públicos essenciais.

A primeira vertente adota a possibilidade de imediata suspensão do serviço público essencial diante do inadimplemento do usuário.

Seguindo uma linha extremamente legalista, o seu intuito é interromper a prestação do serviço, sempre que ocorrer qualquer das hipóteses previstas na Lei nº 8.987/95.

De acordo com a legislação mencionada, o corte do serviço prestado se justifica diante da necessidade econômico-financeira das concessionárias ou permissionárias de serviço público que não estariam obrigadas ao seu fornecimento gratuito.

Nesse ponto, prevaleceria a obrigação contratual do usuário dos serviços públicos de adimplir devidamente com a contra-prestação pela atividade executada, evitando o seu enriquecimento sem causa.

Rafael José Nandim de Lasari (2003, p.93) citando Ruth Helena Pimentel esclarece que

Os usuários têm direito à prestação dos serviços públicos sempre que deles precisarem, sejam as necessidades ininterruptas ou não, e sem qualquer distinção de caráter pessoal, desde que atendam às exigências legais para poderem usufruir desse direito. Conseqüentemente, o concessionário não poderá negar a prestação desses serviços, salvo nas situações expressamente autorizadas pela lei e pelas cláusulas regulamentares do serviço público concedido.

Diógenes Gasparine (2009, p.310) afirma que para essa corrente não se considera a natureza do serviço ser essencial ou não bem como se a prestação é remunerada ou não por taxa, sempre se admitindo a suspensão do serviço.

Para os seguidores desse pensamento, as hipóteses legais autorizam o corte dos serviços públicos, sendo que os usuários do serviço devem ser tratados de forma igualitária, não podendo beneficiar os inadimplentes em detrimento dos demais, o que poderia acarretar a inviabilidade na prestação do serviço público.

Ao tratar sobre o tema aduz Zelmo Denari (2007, p.225-226)

Pacificase, na doutrina, o entendimento de que a gratuidade não se presume e que as concessionárias de serviço público não podem ser compelidas a prestar serviços ininterruptos se o usuário deixa de satisfazer suas obrigações relativas ao pagamento. Assim como o particular, no contrato *facio ut des* pode recusar cumprimento da obrigação de fazer, na ausência do correspondente, assim também não há negar às concessionárias a mesma faculdade, nos contratos de direito público. Do contrário, seria admitir, de um lado, o enriquecimento sem causa do usuário e, de outro, o desvio de recursos públicos por mera inatividade da concessionária, sem prejuízo da ofensa ao princípio da igualdade de tratamento entre os destinatários do serviço público.

Assim, resolve-se o problema da interrupção do serviço através de um parâmetro de isonomia e de política social.

A segunda corrente adota uma posição totalmente contrária à primeira não admitindo em qualquer hipótese a possibilidade de suspensão do serviço público essencial nos casos de inadimplemento do usuário.

Para os simpatizantes dessa vertente, a solução para o problema possui semente constitucional.

Em que pese existir a previsão do art. 22 do Código de Defesa do consumidor que assegurou o princípio da continuidade, deve-se considerar que o serviço público é essencial e contínuo não por haver previsão legal, mas por sua própria natureza.

Destarte, é direito de todo cidadão ter a garantia da dignidade, da vida sadia, meio ambiente equilibrado, sendo todos esses direitos assegurados constitucionalmente.

Nesse caso, há prevalência de matéria constitucional e que envolve direitos básicos da dignidade da pessoa humana e da cidadania.

Não pode o Estado aniquilar o cumprimento devido desses direitos ao interromper um serviço essencial para a sua garantia.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Melo (2010, p. 754) havendo um serviço público essencial indispensável para a manutenção da saúde pública e vida digna, o Estado não pode interrompê-lo, caso se comprove a impossibilidade do usuário de adimplir com sua obrigação. Para o autor a cobrança do crédito deve ser feita exclusivamente pela via judicial.

Rizzato Nunes (2012, p. 164) faz coro para a posição de que o serviço público essencial somente pode ser interrompido por inadimplemento, caso haja prévia autorização judicial. Dessa forma, somente com a instauração do devido processo legal e comprovada fraude do usuário é que pode ser considerado válido o corte do serviço. Dessa maneira, resguardam-se os direitos do usuário, da concessionária e o próprio ordenamento jurídico.

Para Diógenes Gasparine (2009, p. 310) essa vertente permite que nos casos de serviços essenciais remunerados por taxas, o Estado disponha de outros meios para coibir o cumprimento da obrigação pecuniária, o que não ocorreria na interrupção dos serviços não essenciais e de fruição livre.

O correto é afastar o pensamento extremamente legalista, e pensar no direito como um todo, onde deve ser observado primeiramente o princípio basilar da Carta Magna da dignidade da pessoa humana. Consequentemente, o direito de crédito da concessionária ou permissionária de serviço público deve ficar em segundo plano.

Frise-se que não se busca defender o inadimplemento irrestrito por parte do usuário, eis que não é permitido na legislação pátria o enriquecimento sem causa.

Ademais, os entes delegados dos serviços públicos possuem outros meios judiciais para exigir o seu crédito sem que se prejudique a continuidade e essencialidade dos serviços públicos prestados.

Já a terceira posição considerada intermediária faz uma distinção entre serviços públicos essenciais e não essenciais, em que somente seria possível suspender o serviço público não essencial.

Não haveria a possibilidade de corte dos serviços essenciais à manutenção da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal ao dispor como sustentáculo do Estado Democrático de Direito o princípio da dignidade humana previamente determinou a impossibilidade de qualquer situação que o aniquile, tal como ocorreria na suspensão de um serviço público essencial.

Havendo o caráter de não essencialidade do serviço e com prévio aviso seria possível legitimar a adoção das medidas suspensivas.

José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 306) seguidor dessa vertente, ao analisar a problemática apresenta como solução estabelecer as diferenças entre serviços facultativos e compulsórios. Caso o serviço seja não obrigatório pode ser suspenso, em virtude de nor-

ma autorizadora presente na Lei nº 8987/95. Entrementes, sendo o serviço obrigatório não pode ser cortado, eis que constitui um dever do Estado e a Administração Pública possui outras formas privilegiadas de exigir a sua contraprestação. Posteriormente, conclui que a Lei nº 11.445/2007 pacificou a questão e que a interrupção do serviço público somente será possível se o mesmo for remunerado por tarifa ou preço público.

Obtempera esse posicionamento Marçal Justen Filho (2006, p. 541) ao lecionar que:

A segunda hipótese legal tem que ver com o inadimplemento do usuário, o que não autoriza a suspensão de serviços obrigatórios, cuja prestação se faz no interesse público ou é essencial aos direitos fundamentais. Nesse caso, há duas escolhas. A primeira é promover a cobrança compulsória do valor correspondente à tarifa, para haver do usuário o montante correspondente aos serviços que continuam sendo prestados. A segunda é o subsídio. (estatal ou cruzado).

Para Rafael José Nandim de Lasari (2010, p. 259) existiria uma quarta corrente em que não haveria a criação de uma fórmula fria, tendo em vista que o Direito não é uma ciência exata. Em seu raciocínio, deve-se analisar o caso concreto para poder se estabelecer a possibilidade ou não de suspensão do serviço público.

Torna-se crucial esclarecer que o posicionamento mais acertado é o da impossibilidade de interrupção dos serviços públicos essenciais por inadimplemento.

Nesse ponto convém transcrever o ensinamento de Rizzatto Nunes (2012, p. 160) ao elencar diversos pontos contrários a interrupção dos serviços públicos essenciais, quais sejam:

a) O principal argumento contra essa `tese` da possibilidade do corte do fornecimento dos serviços essenciais no caso de inadimplemento é não só o do exposto texto legal, mas simplesmente o da lógica mais simplória. Pergunta-se: para que o legislador escreveu que os serviços essenciais são contínuos? Se fosse para permitir que eles pudessem ser interrompidos em caso de inadimplemento, então não precisaria ter sido escrito. Bastava a redação do art. 22 terminar no adjetivo `seguro`. Em sendo assim, o prestador do serviço público essencial poderia cortar o seu fornecimento, desde que existisse previsão contratual para tanto. Porém, a lei declara expressamente: serviço essencial é contínuo! b) Por outro lado, se o legislador escreveu apenas para dizer que os serviços públicos são essenciais e contínuos, isto foi em vão, porque não é o art. 22 que faz esse tipo de prestação ser essencial, mas sua própria natureza. c) É de lembrar-se que a

determinação de garantia da dignidade, vida sadia, meio ambiente equilibrado etc. é constitucional, como visto. É direito inepugnável a favor do cidadão-consumidor. d) Existem, além disso, outros argumentos jurídicos menos relevantes, mas que também são aplicáveis ao caso: d.1) Há milhares de cidadãos isentos de pagamentos de tributos e taxas sem que isso implique a descontinuidade dos serviços ou qualquer problema para a administração do Estado. d.2) Um bem maior como a vida, a saúde e a dignidade não pode ser sacrificado em função do direito de crédito (um bem menor). d.3) É plenamente aceitável que seja fornecido ao cidadão um serviço público gratuito. Aliás, em última instância é essa a função do Estado, que deve distribuir serviços de qualidade e gratuitos a partir dos tributos arrecadados. d.4) Aliás, se quem mais pode mais paga tributo, não há qualquer inconveniente em que aquele que não pode pagar pelo serviço público o receba gratuitamente, como já ocorre no atendimento hospitalar, na segurança pública, na educação etc.

De início, cumpre aduzir que há uma contradição entre a Lei nº 8.987/95 e o Código de Defesa do Consumidor.

Caso essa celeuma pudesse ser solucionada pelo critério da lei mais específica e posterior da matéria, o problema estaria resolvido, pois prevaleceria a Lei nº 8.987/95.

Acontece que, antes da existência legal, há uma previsão constitucional no seu art. 1º de nossa Carta Magna, o qual determina que a base da Constituição Federal é a dignidade da pessoa humana.

Nesse passo, todo o nosso ordenamento jurídico deve estar totalmente de acordo com a dignidade humana, não podendo prevalecer qualquer norma que a afronte.

Dessa forma, por essa linha de raciocínio, a Lei nº 8.987/95 não poderia ser considerada válida em nosso sistema jurídico.

Os direitos dos usuários do serviço essencial, protegidos constitucionalmente, devem ser sobrepostos em relação ao direito de crédito da concessionária. Isto porque, pode-se considerar este último como um bem de menor importância em relação ao primeiro, devido ao caráter de essencialidade ínsito nos serviços públicos como protetor da dignidade humana.

Destarte, não se pode permitir o exercício arbitrário das próprias razões por parte da concessionária bem como a submissão do consumidor a certo constrangimento, como forma de coibir o inadimplemento.

Inclusive, convém frisar que a suspensão de qualquer serviço público essencial por inadimplemento expõe o consumidor a constrangimento, totalmente vedado pelo Código de Defesa de Consumidor.

O art. 42 do CDC expressamente dispõe:

“Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”.

Deve-se ter em vista que a suspensão do serviço público pela concessionária deve atingir diretamente o patrimônio do devedor e não a sua própria pessoa como forma de responsabilização pelo inadimplemento. Portanto, tal medida há de ser considerada totalmente arbitrária por submeter a pessoa do consumidor a situação vexatória legalmente vedada por nosso ordenamento jurídico.

Outrossim, deve-se esclarecer que as concessionárias de serviços públicos são pessoas jurídicas de direito privado que visam o lucro financeiro exercendo atividades de interesse público. Por esta razão, haveria uma contradição entre o objeto da atividade prestada pelo Estado e a finalidade a ser alcançada.

Ademais, as concessionárias de serviço público possuem outras alternativas viáveis de obrigar o consumidor devedor a quitar o seu débito, tal como ação de cobrança ou execução, adotando a medida judicial cabível sem interferir na esfera da dignidade humana.

No entanto, torna-se imperioso elucidar que a busca incessante dos valores financeiros jamais pode ser superior ou prevalecer frente à garantia da dignidade assegurada a todo ser humano como membro da sociedade.

Por conseguinte, a suspensão de serviço público essencial por inadimplemento corresponde uma violação ao princípio da dignidade humana, uma vez que agride os valores básicos de sobrevivência do ser humano, os quais deveriam ser resguardados ininterruptamente pelo Estado.

4.1.4.1 – Posicionamento do STJ

No que se refere ao tema proposto é de salutar importância mencionar que nossa doutrina e jurisprudência já se manifestaram de forma favorável e desfavorável à interrupção dos serviços públicos considerados essenciais por inadimplemento.

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça possuía o entendimento de que as atividades essenciais à sociedade não poderiam ser suspensas diante do não pagamento das taxas ou preços públicos.

Administrativo. Direito do consumidor. Ausência de pagamento de tarifa de energia elétrica. Interrupção do fornecimento. Corte. Impossibilidade. arts.22 e 42, da Lei nº 8078/90(código de proteção e defesa do consumidor).

1. Recurso Especial interposto contra Acórdão que entendeu ser ilegal o corte de fornecimento de energia elétrica, em face de inadimplemento do Município Recorrido.
2. Não resulta em se reconhecer como legítimo ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia e consistente na interrupção do fornecimento da mesma em face de ausência de pagamento de fatura vencida.
3. A energia é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção.
4. O art. 22, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, assevera que “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e quanto aos essenciais, contínuos.” O seu parágrafo único expõe que “nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados na forma prevista neste código.” Já o art. 42, do mesmo diploma legal, não permite na cobrança de débitos, que o devedor seja exposto ao ridículo, nem que seja submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Os referidos dispositivos legais aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público.
5. Não há de se prestigiar atuação da Justiça privada no Brasil, especialmente, quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor. Afronta, se assim fosse admitido, aos princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa.
6. O direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza.
7. Caracterização do *preiculum in mora* e do *fumus boni iuris* para sustentar deferimento de ação com o fim de impedir suspensão de fornecimento de energia.
8. Recurso Especial não provido. (Resp 442814/RS Recurso Especial 2002/0072709-2, Primeira Turma, Ministro Relator José Delgado, Julgado em 03/09/2002, Publicado no DJ em 11/11/2002 p. 161)

Esse posicionamento considerava condenável o inadimplemento do serviço público, mas

a sua existência não autorizava o corte desse serviço. Isto porque as concessionárias são prestadores de atividades consideradas essenciais à população, subordinadas ao princípio da continuidade de sua prestação.

Por derradeiro, se conclui que essa vertente inicial estabelecia como forma basilar da solução apresentada que os princípios constitucionais ensejadores da dignidade humana e continuidade do serviço público seriam soberanos em relação à mera previsão legal autorizadora da suspensão.

Posteriormente, o egrégio Tribunal se manifestou de forma completamente oposta à orientação acima mencionada.

Atualmente, de forma geral, pode-se aduzir que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de admitir a interrupção do serviço público essencial por inadimplemento.

Adotou-se uma posição totalmente literal seguidora dos preceitos legais expressamente estabelecidos em oposição à valorização dos princípios.

A jurisprudência vem se manifestando nesse sentido:

Ementa: Administrativo. Serviço Público. Concedido. Energia Elétrica. Inadimplência.

1. Os serviços públicos podem ser próprios e gerais, sem possibilidade de identificação dos destinatários. São financiados pelos tributos e prestados pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde, educação, etc. Podem ser também impróprios e individuais, com destinatários determinados ou determináveis. Neste caso, têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica.
2. Os serviços públicos impróprios podem ser prestados por órgãos da Administração Pública indireta ou, modernamente, por delegação, como previsto na CF (art. 175). São regulados pela Lei 8987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços públicos.
3. Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que a diferencia da taxa, esta remuneração do serviço público próprio.
4. Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, porque prestados por concessionárias do serviço, podem sofrer interrupção, quando há inadimplência, como previsto no art. 6º, Parágrafo 3º, II, da Lei 8.987/95. Exige-se, entretanto, que a interrupção seja antecedida por aviso, existindo

na Lei 9427/97, que criou a ANEEL idêntica previsão.

5. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade das partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito. (arts. 42 e 71 do CDC, em interpretação conjunta).

6. Recurso Especial Provido. (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 525500/AL. 2. Turma. Min. Rel. Eliana Calmon, julgado em 16/12/2003).

Conclui-se que para o STJ, o princípio da continuidade previsto no art. 22 do Código de Defesa do Consumidor poderia ser mitigado pelas disposições estabelecidas pela Lei nº 8.987/95.

No entanto, conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 308) o Egrégio STJ ao analisar a matéria estabeleceu que apesar de ser lícita a interrupção dos serviços públicos, ela só poderá ser realizada se dizer respeito aos débitos presentes, não podendo ser efetuada nas hipóteses de dívidas pretéritas.

Ementa. Administrativo. Agravo Regimental. Fornecimento de energia elétrica. Dívida pretérita. Suspensão do fornecimento. Impossibilidade. Natureza da Dívida. (Inadimplemento ou Recuperação de Consumo). Revisão das conclusões do Tribunal de origem. Impossibilidade. Súmula N.7 desta corte superior.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de ser legal a suspensão do serviço de fornecimento de água ou de energia pelo inadimplemento do consumidor, após aviso prévio, exceto quanto aos débitos antigos, passíveis de cobrança pelas vias ordinárias de cobrança.

2. Verifica-se que a Corte de origem, ao analisar o conteúdo fático-probatório dos autos, apenas conclui que o débito em discussão trata-se de cobrança de dívida pretérita, nada mencionando acerca da origem de tal dívida. Assim, para averiguar se o débito discutido é proveniente de recuperação de consumo ou do inadimplemento no pagamento pelo fornecimento de energia, seria imprescindível adentrar a seara dos fatos, o que esbarra na Súmula n. 7/STJ.

3. Ademais, mesmo que assim não fosse, esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no mesmo sentido do que foi explicitado acima, qual seja, que não é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica por dívida pretérita, a título de recuperação de consumo, em face da existência de outros meios legítimos de cobrança de débitos antigos não-pagos.

4. Agravo Regimental Não Provido. (Superior Tribunal de Justiça Agravo Regimental no Recurso Especial 102600/RS Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2011/0220591-3, Segunda Turma, Ministro Relator Mauro Campbell Marques, Julgado em 20/03/2012, Publicado em 26/03/2012.)

Convém alertar que o Tribunal da cidadania decidiu de forma diferente nas hipóteses em que se tratam de inadimplemento por miserabilidade comprovada do usuário ou se for o caso de repartição pública.

Portanto, existem duas exceções frente à permissão de interrupção do serviço público nas hipóteses elencadas pela Lei nº 8987/95.

Ementa. Processual Civil. Administrativo. Violação do art. 535, i e ii, do cpc. Não configurada. Corte do fornecimento de energia elétrica. Inadimplência do consumidor. Legalidade.

1. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo decisum revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
2. A 1ª Seção, no Julgamento do Resp nº 363.943/MG, assentou o entendimento de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (Lei 8987/95, art. 6º, Parágrafo 3º, II).
3. Ademais, a 2ª Turma desta Corte, no julgamento do Resp. nº 337965/MG concluiu que o corte no fornecimento de água, em decorrência de mora, além de não malferir o Código do Consumidor, é permitido pela Lei nº 8987/95.
4. Não obstante, ressalvo o entendimento de que o corte do fornecimento de serviços essenciais- água e energia elétrica- como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos posto essenciais para sua vida.
5. Hodiernamente, inviabiliza-se a aplicação da legislação infraconstitucional impermeável aos princípios constitucionais, dentre os quais se sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da república, por isso que inaugura o texto constitucional, que revela o nosso ideário como nação.
6. In casu, o litígio não gravita em torno de uma empresa que necessita de energia para insumo, tampouco de pessoas jurídicas portentosas, mas de uma pessoa física miserável e desempregada, de sorte que a ótica tem que ser outra. Como afirmou o Ministro FRANCISCO Peçanha Martins noutra ocasião, temos que enunciar o direito aplicável ao caso concreto, não o direito em tese. Forçoso, distinguir, em primeiro lugar, o inadimplemento

perpetrado por uma pessoa jurídica portentosa e aquele inerente a uma pessoa física que está vivendo no limite da sobrevivência biológica.

7. Em segundo lugar, a Lei de concessões estabelece que é possível o corte considerado o interesse da coletividade, que significa interditar o corte de energia de um hospital ou de uma universidade, bem como o de uma pessoa que não possui condições financeiras para pagar conta de luz de valor módico, máxime quando a concessionária tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança. A responsabilidade patrimonial no direito brasileiro incide sobre o patrimônio do devedor e, neste caso, está incidindo sobre a própria pessoa.

8. Outrossim, é voz corrente que o interesse da coletividade refere-se aos municípios, às universidades, hospitais, onde se atingem interesses plurisubjetivos.

9. Destarte, mister analisar que as empresas concessionárias ressalvam evidentemente um percentual de inadimplemento na sua avaliação de perdas, e os fatos notórios não dependem de prova (notória nom egent probationem), por isso que a empresa recebe mais do que experimenta inadimplementos.

10. Esses fatos conduzem a conclusão contrária à possibilidade de corte do fornecimento de serviços essenciais de pessoa física em situação de miserabilidade, em contra-partida ao corte de pessoa jurídica portentosa, que pode pagar e protela a prestação da sua obrigação, aproveitando-se dos meios judiciais cabíveis.

11. Recurso Especial Provido, ante a função uniformizadora desta Corte. (Superior Tribunal de Justiça Recurso especial 68442/RS, Recurso Especial 2004)0120959-0, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, Julgado em 03/02/2005, Publicado em 05/09/2005.)

Na hipótese de não cumprimento da obrigação pecuniária por miserabilidade comprovada, o Tribunal se inclinou para a inadmissibilidade de corte da atividade essencial.

Isto porque restaria configurado um estado de carência geral em que se constata que o pagamento da fatura é uma afronta ao mínimo de existência para uma sobrevivência digna.

Nesse caso, pode-se dizer que se sobressai o princípio da dignidade humana em confronto com a permissão de corte do serviço público.

Assim, por se tratar de pessoa física miserável deve-se manter de todas as formas a condição de uma vida digna, tendo em vista que a mesma já está sobrevivendo nos limites inerentes à dignidade.

Outra forma de exceção à suspensão é nos casos de repartições públicas cuja paralisação do serviço é inadmissível.

Dessa forma, o direito de crédito das concessionárias não pode prejudicar um bem maior, qual seja a necessidade coletiva de continuidade de funcionamento do serviço.

As unidades públicas essenciais tais como hospitais, escolas, iluminação pública e segurança pública por tratarem de interesse estritamente público e garantidor das necessidades da coletividade devem prevalecer frente à obrigação pecuniária e garantidora de lucro das prestadoras de direito privado.

Diante do posicionamento majoritário e recente do STJ frente à matéria, torna-se forçoso mencionar que este não é o mais adequado.

A suspensão dos serviços públicos essenciais fere frontalmente as garantias de manutenção da dignidade humana amplamente defendida pela nossa sistemática jurídica.

4.1.4.2 – Casuística – Corte de água por condomínio

Hodiernamente, ocorre com frequência o corte do fornecimento de água de condômino inadimplente pelo próprio condomínio, sendo tal medida considerada lícita e amplamente defendida por nossa jurisprudência.

A questão a ser levantada é se tal posicionamento pode ser classificado como válido e legal e quais são os requisitos que permitem a interrupção do fornecimento de água pelo condomínio.

Segundo os seguidores da legalidade da medida mencionada, o corte de água pelo condomínio só é lícito se preencher alguns requisitos.

O primeiro requisito seria a presença da individualização do fornecimento de água nas unidades, o segundo que o inadimplemento das despesas condominiais seja atual e o último que a possibilidade de corte de água seja previamente autorizada em assembleia condominial, sem qualquer impugnação posterior.

É cediço por todos que as assembleias condominiais e convenções são consideradas, em linhas gerais, regras e tem força de lei nos condomínios.

Dessa forma, uma vez aprovado o corte de água em propriedade de condômino que não paga as despesas condominiais, o ato deve ser considerado válido se não houve impugnação.

Atualmente, os nossos Tribunais têm admitido o corte no fornecimento de água do condômino inadimplente, desde que seja previamente previsto e autorizado em assembleia condominial, com o intuito de preservar a coletividade condominial.

Nesse sentido se manifesta a nossa Jurisprudência:

EMENTA. Despesas de Condomínio-Ação objetivando o restabelecimento do fornecimento de água na unidade habitacional do autor-Individualização do fornecimento de água-Providência aprovada por assembleia condominial- Corte do fornecimento que se apresenta legal, e não viola qualquer direito da apelada, de vez que inadimplente com as despesas de condomínio-Reconvenção julgada procedente, para o fim de condenar o condomínio ao pagamento das despesas condominiais em atraso- Massa condominial não está obrigada a pagar por despesas de inadimplentes, sob risco de se impor verdadeiro caos ao condomínio- Precedentes- Recurso Improvido, sentença mantida. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação com revisão nº 9078394-87.2008.8.26.0000, 33ª Câmara de Direito Privado, relator desembargador Carlos Nunes, julgado em 01/08/2011.).

EMENTA. Despesas de Condomínio-Ação objetivando a composição de danos morais, em decorrência de corte de fornecimento de água-Cobrança dessa tarifa que vem discriminada no boleto de pagamento das despesas condominiais- Aprovação do corte por assembleia condominial- Corte do fornecimento que se apresenta legal, e não viola qualquer direito da apelada, de vez que inadimplente com as despesas do condomínio há muito tempo-Insustentável a r. sentença, pois a massa condominial não está obrigada a pagar por despesas de inadimplente, sob o risco de se impor verdadeiro caos ao condomínio- Precedentes- Recurso Provido, para fins de reforma da decisão. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação com revisão nº 990.09.232060-2, 33ª Câmara de Direito Privado, relator Desembargador Carlos Nunes, julgado em 16/08/2010).

No entanto, pode-se encontrar também posição totalmente contrária a maioria dos julgados, sendo a decisão mais acertada sobre o tema.

EMENTA. Administração de Condomínio.Obrigação de Fazer. Corte no fornecimento de água junto à unidade condominial do autor, diante do inadimplemento deste. Descabimento- Não obstante o respaldo em delibera o condominial, evidentemente abusiva a conduta do condomínio réu(que possui meios para receber seu crédito)-Conduta que afronta a dignidade da pessoa humana e coloca o condômino exposto a constrangimento desnecessário-Precedentes. Procedência da A o- Medida que se impõe (assim como o deferimento da tutela antecipada recursal) - Sentença reformada. Recurso Provido.(Tribunal de Justiça de São Paulo. Apela o n 

0604640-98.2008.8.26.0007, relator desembargador Salles Rossi, 3ª Câmara de Direito Privado, julgado em 11/08/2011).

O julgado acima pode representar uma esperança de que os nossos Tribunais retomem o pensamento de salvaguardar o princípio da dignidade humana, fatalmente esquecido na maioria das decisões favoráveis ao corte de água por condômino inadimplente.

Assim, a interrupção do fornecimento de água de condômino que não cumpre sua obrigação em dia pelo condomínio é uma medida ilícita de cobrança de dívida, uma vez que viola os direitos fundamentais do condômino e expõe o devedor a constrangimento desnecessário e vexatório.

O fornecimento de água é considerado serviço público essencial não só por estar previsto na Lei nº 8987/95, mas pela sua própria natureza.

Nos dias atuais, privar o cidadão de ter acesso a água significa privá-lo de ter acesso ao mínimo de higiene e condição de saúde, ferindo frontalmente a sua dignidade como ser humano.

O pensamento de permitir o corte de água pelo condomínio para coibir a inadimplência e favorecer a coletividade não é o mais acertado, pois tal atitude agride diretamente a dignidade do condômino inadimplente, sendo que existem outras medidas judiciais que podem ser utilizadas pelo condomínio.

A interrupção de serviço público essencial, no presente caso de fornecimento de água, é inadmissível, já que priva o cidadão de um bem indispensável à sua sobrevivência digna.

5 – CONCLUSÃO

O princípio da dignidade humana é a base de todo o ordenamento jurídico brasileiro. É através da dignidade do ser humano que surgem os diversos direitos fundamentais do cidadão defendidos na nossa Carta Magna.

Os serviços públicos possuem a função de atender as necessidades da coletividade garantidoras da satisfação dos direitos fundamentais do homem. Desta forma, pode-se aduzir genericamente que os serviços públicos visam assegurar a existência do homem em sociedade.

No que se referem aos serviços públicos essenciais, eles possuem uma particularidade extremamente importante. Esses serviços classificados como essenciais são dotados da premissa da continuidade. Isso significa que tais prestações, em tese, não poderiam ser interrompidas.

Acontece que com o advento da Lei nº 8.987/95 surgiu uma celeuma a essa questão. Tal legislação prevê as possibilidades de interrupção do serviço essencial, quais sejam, por motivo de emergência, de ordem técnica ou segurança das instalações e inadimplemento do usuário. Pode-se dizer, então, que se criou uma mitigação ao princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais.

Conforme demonstrado ao longo do presente trabalho a interrupção de serviço público por inadimplemento possui diversas vertentes.

Uma corrente é totalmente legalista e adota o posicionamento favorável a interrupção do serviço por inadimplemento, se a hipótese se enquadrar na previsão legal. Outra corrente considerada intermediária se manifesta no sentido de diferenciar os serviços públicos em essenciais e não essenciais, admitindo somente o corte do serviço público não essencial. Já a terceira posição considera ilegal qualquer interrupção de serviço público por não pagamento da obrigação pecuniária pelo usuário.

O STJ se manifestou ao longo do tempo em todos os sentidos. Lamentavelmente, o posicionamento atual desta corte suprema é considerar lícita a interrupção de serviço público essencial. Certo seria que o referido Tribunal mantivesse a linha de raciocínio inicial, ou seja, de ser ilegal o corte de serviço essencial, devido a supremacia do princípio da dignidade humana.

Cumprir afirmar que é totalmente descabível a admissão de suspensão de serviço público essencial por inadimplemento.

Admitir-se tal hipótese seria uma afronta ao princípio da dignidade humana, fundamento da Constituição Federal. Isso porque os serviços públicos essenciais devem ser contínuos pela sua própria natureza, já que visam resguardar e assegurar a existência de uma vida digna ao homem.

Assim, o direito de crédito da concessionária deve ser enquadrado em segundo plano para que se sobressaia um bem maior, a dignidade humana.

Perceba-se que não se pretende com tal posicionamento proteger a inadimplência do usuário e sim garantir a existência digna do cidadão.

Ademais, cumprir afirmar que as concessionárias e permissionárias de serviços públicos possuem outros meios judiciais de reaver a dívida do usuário, tais como ação de cobrança ou de execução.

Outrossim, nosso ordenamento jurídico não permite o exercício arbitrário das próprias razões, tampouco que o consumidor seja exposto a constrangimento ou situação vexatória.

Dessa forma, com base nas razões acima elencadas, descabe o argumento de permissividade de interrupção de serviço público essencial por inadimplemento diante da previsão existente Lei nº 8.987/95. Deve-se fazer uma escolha entre o aspecto financeiro da concessionária e o princípio da dignidade humana do usuário, prevalecendo este último. Assim, o corte dos serviços essenciais é ilegal, pois fere frontalmente o art. 1º da Constituição Federal de 1988.

6 – REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Neto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 442814/RS, **Recurso Especial 2002/0072709-2**, Recorrente: Rio Grande Energia S/A-RGE. Recorrido : Município de Nova Araçá. Primeira Turma. Relator: Min. José Delgado, Brasília, D.J. 11/11/2002. Disponível em:<WWW.stj.gov.br> Acesso em 31/07/2012

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 525500/AL, **Recurso Especial 2003/004826-1**, Segunda Turma. Relator: Min.Eliana Calmon, Brasília, D.J. 16/12/2003. Disponível em:<WWW.stj.gov.br> Acesso em 31/07/2012

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental Recurso Especial n. 102600/**, Segunda Turma. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, Brasília, D.J.20/03/2012. Disponível em:<WWW.stj.gov.br> Acesso em 31/07/2012

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 68442/RS**, Recurso Especial 2004/0120959-0, Primeira Turma. Relator: Min. José Delgado, Brasília, D.J.05/09/2005. Disponível em:<WWW.stj.gov.br> Acesso em 31/07/2012

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação com Revisão n. 9078394-87.2008.8.26.0000**, 33ª Câmara de Direito Privado, Relator: Des. Carlos Nunes, São Paulo, D.J. 01/08/2011. Disponível em:<WWW.tjsp.jus.br> Acesso em 01/08/2012

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação com Revisão n. 990.09.232060-2**, 33ª Câmara de Direito Privado, Relator: Des. Carlos Nunes, São Paulo, D.J. 16/08/2010. Disponível em:<WWW.tjsp.jus.br> Acesso em 01/08/2012

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação com Revisão n.0604640-98.2008.8.26.0007**, 3ª Câmara de Direito Privado, Relator: Des. Salles Rossi, São Paulo, D.J. 11/08/2011. Disponível em:<WWW.tjsp.jus.br> Acesso em 01/08/2012

BRASIL, **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. Anne Joyce Angher, 5. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de Carvalho. **Curso de Direito Administrativo**: Parte Geral Intervenção do Estado e Estrutura da Administração, Salvador: Jus Podium, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lúmen iuris, 2010.

CASTRO, Saulo Emanuel Nascimento de. **A continuidade dos serviços Públicos essenciais perante o CDC**. 2007. Monografia- Jus Podium- Instituto de Educação Superior Unyahna, Salvador.

CRETELA JUNIOR, José. **Direito Administrativo do Brasil**. 2. Ed. São Paulo: RT, 1979.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Jus Podium, 2006.

DE CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan. A efetividade dos Direitos Fundamentais de caráter positivo e o princípio da dignidade da pessoa humana, **Direito Público IOB e IDP** n. v 19, ano V, p.27-47, Jan/Fev, 2008.

DENARI, Zelmo in Grinover, Ada Pellegrini [et al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** Comentado pelos autores do anteprojeto, 9. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Rodrigo Emiliano. **Serviços Públicos Essenciais. Interrupção ou Continuidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, nº 2555, 30 jun 2010. Disponível em < <http://jus.com.br/revista/texto/1531> >

GASPARINE, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LAZARI, Rafael José Nandim de. O inadimplemento do Usuário e o Princípio da Continuidade na Prestação de serviços Públicos. **Revista de Direito do Consumidor**, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor- Brasilcon, Revista dos Tribunais, V. 74, p.241-263, Abril/Junho, 2010.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 3. ed. Jus Podium, 2007.



MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira e Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Maria José Galeno da Silva. **A defesa dos usuários de serviços públicos concedidos no Brasil**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços Públicos no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 1, jan/mar 1992, pg 54-63, São Paulo:RT.

PIOVESAN, Flávia in Garcia, Maria. **Teoria geral dos Direitos Humanos**. Revista dos Tribunais, 2011, v.1.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n 27, 25 dez 1998. Disponível em < [http : // jus.com.br/revista/texto/160](http://jus.com.br/revista/texto/160)>.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. Ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA NETO, Manuel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lúmen iuris, 2010.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**, Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Camila Maria Góes de Sousa⁹⁹

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. NATUREZA JURÍDICA DAS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES; 3. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA; 3.1. BREVES CONSIDERAÇÕES; 3.2. NATUREZA CONSTITUCIONAL E SUAS IMPLICAÇÕES; 4. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, BREVES CONSIDERAÇÕES; 5. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, BREVES CONSIDERAÇÕES; 6. A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO STJ; 6.1. DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA; 6.2. DA POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA ANALOGIA; 6.3. DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE APLICA A SÚMULA 231; 7. CONCLUSÃO; 8 REFERÊNCIAS.

Resumo

O presente estudo tem como objetivo analisar o enunciado da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, quando da sua aplicação para se proibir a diminuição da pena, na segunda fase do Sistema Trifásico de aplicação da pena, nos casos em que há o reconhecimento de circunstância atenuante e a pena-base tenha sido aplicada no mínimo legal. A abordagem traz um questionamento acerca dos motivos que ensejaram a publicação da citada Súmula, assim como de sua natureza jurídica e a sua confrontação com os princípios constitucionais da individualização da pena e da fundamentação das decisões judiciais, trazendo, inclusive, recentes posicionamentos da doutrina e jurisprudência. Por fim, são analisados os fundamentos dos defensores da aplicação da citada Súmula assim como os fundamentos daqueles que defendem a incidência da mesma deve ser afastada por ferir um direito subjetivo do réu.

Palavras-chave: Súmula 231. Individualização da Pena. Inconstitucionalidade. Princípio da Fundamentação das Decisões.

99 – Defensora Pública de Classe Intermediária. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito.

1 – INTRODUÇÃO

Comumente verificamos das sentenças que os magistrados, não obstante reconheçam a presença de uma, ou mais, circunstâncias atenuantes, deixam de aplicar o correspondente redutor quando a pena-base já se encontra fixada no mínimo legal, invocando, para tanto, sem fundamentação, a incidência e vigência da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Conforme dito acima, a aplicação da citada Súmula é feita sem sequer haver uma reflexão, ainda que superficial, dos fundamentos utilizados pelo STJ para publicar aquele dispositivo e, muito menos, dos princípios constitucionais protetivos da pessoa humana que são simplesmente ignorados.

Assim, o magistrado, ao afastar a redução de pena decorrente das circunstâncias atenuantes, previstas nos artigos 65 e 66 do Código Penal, não fundamenta a sua decisão de não aplicar o princípio constitucional da individualização da pena e, muito menos, justifica o fato de, por exemplo, aplicar a mesma pena a dois réus em um mesmo processo, sendo semelhantes as circunstâncias do delito, sendo a única diferença, o fato de um deles ter a favor de si uma circunstância atenuante, infringido, neste particular, também um outro princípio constitucional, o da proporcionalidade, sendo, entretanto, este o tema de outro estudo.

Ao aplicar a pena, nas condições acima indicadas, o magistrado também não leva em consideração a força normativa do princípio constitucional, no caso, da individualização da pena, deixando de aplicá-lo e, conseqüentemente, descumprindo norma jurídica da mais alta importância, pois se trata de um verdadeiro elemento do alicerce fundamental do nosso ordenamento jurídico.

Ademais, se de um lado o magistrado não discorre acerca da normatividade dos princípios constitucionais, de outro, ele também nada fala acerca da ausência de normatividade dos enunciados das súmulas não vinculantes, se limitando, muitas vezes à cômoda situação de apenas invocar a existência do citado enunciado sumular.

Ademais, ao negar a redução de pena nos termos da Súmula 231, o magistrado não fundamenta e nem motiva a sua decisão de negar a aplicação do quanto disposto no *caput* dos artigos 65 e 68, ambos do Código Penal, inclusive no sentido de não reconhecer o Sistema Trifásico de aplicação de pena previsto no citado artigo 68, que informa, de maneira clara e objetiva, que a pena-base será fixada nos termos do artigo 59, do mesmo diploma, para, então, depois serem analisadas as circunstâncias atenuantes e agravantes e, só depois, as causas de diminuição e de aumento de pena, fechando, assim, o ciclo trifásico de aplicação da pena.

De igual sorte, também não há nenhuma fundamentação para se deixar de observar o quanto disposto no inciso II e no *caput* do artigo 59, do Código Penal, integrante da primeira fase de aplicação da pena, que informa que o juiz, atendendo às circunstâncias judiciais, estabelecerá “a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos”.

Assim, o presente estudo, ainda que apresentado nos termos de artigo jurídico, é importante na medida em que tenta transpor o conservadorismo infundado, ainda verificado nos Tribunais do nosso país, no que diz respeito à aplicação da Súmula 231, do STJ, quando ocorrerem, no caso concreto, a incidência de circunstâncias atenuantes e fixação da pena-base no mínimo legal, principalmente no que é, de fato, um direito subjetivo do réu, não podendo, portanto, ser ignorado.

Visamos também chamar a atenção à eficácia normativa, imperativa, do princípio constitucional da individualização da pena, que, por sua própria natureza, deve ser efetivamente aplicado, mesmo que com isto afaste a incidência de norma infraconstitucional, inclusive a citada Súmula.

2 – NATUREZA JURÍDICA DAS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES

As circunstâncias atenuantes encontram-se positivadas no nosso ordenamento jurídico nos artigos 65 e 66, ambos do Código Penal e integram as denominadas circunstâncias legais. As circunstâncias legais são as circunstâncias atenuantes e agravantes e são assim denominadas porque constam do texto expresso de lei.

Ademais, ressalte-se que elas não integram, não constituem o tipo penal, não fazem parte do fato típico, são circunstâncias que rodeiam o núcleo do tipo, são acessórias. A tipificação do fato não depende da ocorrência de qualquer das suas circunstâncias. Também não se confundem com as causas de diminuição da pena, pois estas integram o tipo penal. Especificamente o artigo 65 do citado diploma informa, de forma taxativa, quais são as circunstâncias que sempre vão atenuar a pena.

Assim, se o magistrado reconhecer a incidência de alguma das circunstâncias atenuantes prevista no artigo 65 do Código Penal, deverá fazer a indicação do citado artigo. Nesse sentido, o ensinamento de Júlio Fabrini Mirabete:

Prevê o artigo 65 quais as circunstâncias do crime que devem atenuar a pena, ou seja, os dados objetivos ou subjetivos que, por seu aspecto positivo, levam à diminuição da reprimenda. Em todas as hipóteses previstas no dispositivo, a redução é obrigatória, (119) levando em conta, evidente-

mente, as demais circunstâncias do delito, que podem agravar a sanção (item 7.5.7). Ao contrário das causas de diminuição da pena, porém, não se permite, com o reconhecimento das atenuantes, a redução da pena abaixo do mínimo previsto em lei (item 7.5.7).¹⁰⁰

Ricardo Augusto Schmitt afirma que as circunstâncias atenuantes sempre devem ser reconhecidas pelo juiz, se ocorrem a hipótese de incidência no caso em análise, uma vez que favorece o réu. (SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatório Aspectos Práticos e Teóricos**. 4ª ed. Salvador: JusPodivum, 2009, pag. 127)

Direito subjetivo do réu, esta é a essência e a natureza das circunstâncias atenuantes, motivo pelo qual devem sempre, sem exceção, serem efetivamente aplicadas, independentemente de qualquer outra situação ou peculiaridade, nesse sentido, a transcrição abaixo de parte do julgamento em 19/04/2007, do Tribunal de Justiça do Paraná, da Apelação nº 301.886-2, cujo relator foi o Desembargador Jorge Wagih Massad.

As circunstâncias atenuantes são de aplicação obrigatória ou cogente, segundo a dicção do art. 65 do Código Penal, e devem ser reconhecidas, ainda que a pena-base se encontre fixada no patamar mínimo previsto para o tipo, por se tratar de direito subjetivo do Réu.

Também o nosso Código Penal, em seu artigo 66, traz circunstâncias atenuantes, que, entretanto, são conhecidas como circunstâncias inominadas pois não trata de rol taxativo, mas apenas meramente exemplificativo. Este dispositivo faculta ao magistrado, no caso concreto, adotar como circunstâncias que atenuam a pena fatos peculiares do crime e de seu agente como fator de redução de pena. Nesse sentido, o STJ, quando do julgamento, em 13/05/2003, do Recurso Especial nº 303.073/DF, cujo Relator foi o Ministro José Arnaldo da Fonseca, cujo trecho abaixo se transcreve.

Admissível a aplicação cumulativa, da atenuante da confissão espontânea com uma atenuante inominada, desde que por motivos distintos, a critério subjetivo do órgão julgador. Reduções com fundamentações distintas. Descharacterizado, assim, o alegado *bis in idem*.

Assim, esta norma se demonstra como uma verdadeira efetivação do princípio da individualização da pena, que, por seu turno, se torna flexível e, portanto, capaz de moldar a várias situações concretas não previstas no rol do artigo 65. Assim, é correto afirmar que as circunstâncias atenuantes são abertas, não fixadas em rol taxativo.

100 – MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, volume 1: Parte Geral**. 26ª.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 29

Vale a pena lembrar que as circunstâncias agravantes são taxativas e previstas no rol dos artigos 61 e 62 do Código Penal. Em se tratando de normas que aumentam a pena, piorando a situação do réu, inexistente a possibilidade de se prever um dispositivo que traga um rol aberto. Nesse sentido, o ensinamento de José Antônio Paganella Boschi:

As atenuantes necessariamente abrandam o rigor da pena. Por isso, beira ao ridículo a fórmula adotada no Júri de indagar-se aos jurados a existência de alguma circunstância atenuante “em favor do réu”, como se pudesse existir alguma circunstância atenuante “contrária” a ele.

Como as agravantes, as atenuantes são, também, legais, genéricas e obrigatórias, mas guardam uma peculiaridade. Ao contrário das primeiras, elas não se acham jungidas ao requisito da taxatividade. É o que decorre da leitura do artigo 66 do CP, facultando ao juiz atenuar ainda a pena em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente.¹⁰¹

Por fim, ressalte-se que as circunstâncias atenuantes, no atual sistema jurídico brasileiro, é aplicado na segunda fase do Sistema Trifásico de aplicação da pena, tópico este que será abordado quando se discutir, adiante, a ofensa ao princípio da individualização da pena.

3 – PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

3.1 – BREVES CONSIDERAÇÕES

Inicialmente há de se ter clara a compreensão de que um princípio é norma jurídica, ao contrário do que se defendeu anteriormente. Princípio é uma norma geral, que pode ser positivada, ou não, no ordenamento jurídico, sendo certo que é elemento norteador para as demais normas, agindo como elemento conformador de todo o sistema e como vetor de orientação, de observância impositiva face à sua natureza normativa.

Assim, ao analisarmos o princípio da individualização da pena, estaremos analisando uma verdadeira e eficaz norma jurídica, no caso, ainda, de natureza constitucional, sendo, portanto, um dos alicerces de todo o sistema jurídico. A natureza constitucional do princípio da individualização da pena será abordada no tópico à frente. Este é o ensinamento de Dirley da Cunha Júnior:

Por muito tempo prevaleceu na teoria jurídica tradicional a ideia de que os princípios desempenhavam uma função meramente auxiliar ou subsidiária

101 – BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Pág. 267

na aplicação do Direito, servindo de meio de integração da ordem jurídica na hipótese de eventual lacuna. Nesse sentido, os princípios não eram vistos como normas jurídicas, mas apenas como ferramentas úteis para a sua integração e aplicação. Eram uma categoria à parte, marginalizada e relegada à importância secundária.¹⁰²

Historicamente, ainda na época medieval, verificou-se a necessidade de se impor limites ao arbítrio dos juízes, comum naqueles tempos. Com este escopo, já no início da Revolução Francesa, surgiu um sistema rígido de aplicação da sanção penal, com penas fixas e determinadas, proibindo-se a discricionariedade dos magistrados. Entretanto, tal sistema se traduziu como verdadeiro engessamento da atividade jurisdicional, causando, também, injustiças, na medida em que não havia possibilidade de se adequar o caso concreto a uma pena proporcional.

Por este sistema de rigidez das penas, o magistrado, tendo diante de si a ocorrência de um mesmo crime, porém, com agentes com características pessoais diferentes, não poderia fixar penas diferentes, não poderia adequar a aplicação da pena ao caso concreto, conseqüentemente, ambos agentes receberiam a mesma pena. Assim, segundo Cezar Roberto Bitencourt, esta solução verificada no Iluminismo também não foi a mais conveniente, conforme verificamos dos seus ensinamentos:

Se a pena absolutamente indeterminada deixava demasiado arbítrio ao julgador, com sérios prejuízos aos direitos fundamentais do indivíduo, igualmente a pena absolutamente determinada impediria o seu ajustamento, pelo juiz, ao fato e ao agente, diante da realidade concreta.¹⁰³

Surgiu, assim, a fixação de limites mínimo e máximo para uma determinada pena, cabendo ao juiz a adequação, de forma fundamentada, do caso concreto com suas peculiaridades à pena fixada *in abstracto*.

Esta necessidade de se adequar o crime à pena e ao agente foi classificada como individualização da pena, que deve ocorrer nas esferas legislativas, judicial e de execução da pena imposta. Entretanto, face ao objetivo deste artigo, passaremos a tecer considerações apenas em relação ao princípio da individualização da pena na esfera judicial.

O princípio da individualização da pena considera a pessoa do agente e o ato ilícito praticado. Por este princípio, caberá ao magistrado, dentro de parâmetros abstratos, de mínimo e máximo, dosar, no caso concreto, o *quantum* da pena a ser fixada face ao delito cometido. Esse *quantum* é que seria a manifestação da pena justa face à incidência do princípio ora

102 – CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012. Pag. 154

103 – BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral* 1. 16.ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 661-662

comentado. Consequentemente, o agente condenado terá contra si fixada uma pena proporcional, promovendo-se a justiça em seu mais puro sentido.

Para isto, todas as circunstâncias do crime e todas as características e condições pessoais do agente devem ser analisadas de forma cuidadosa, individualizada, particularizada, valorando-se, de forma fundamentada, cada peculiaridade do caso, e este raciocínio é lógico, uma vez que partimos da premissa de que cada ser humano é único e que nenhum ato criminoso é igual ao outro, assim, seria injusto tratar de forma igual, no momento da aplicação da pena, pessoas que são naturalmente diferentes entre si.

E, neste sentido, o princípio da individualização da pena se traduz como a manifestação do princípio constitucional da igualdade. Também nesse sentido, a manifestação de Gilberto Ferreira, conforme verificamos abaixo.

Assim, para cada tipo de crime haverá uma pena justa (em qualidade e quantidade) única e exclusiva, suficiente para reprimir e prevenir. Ocorre que, como as pessoas não são iguais, e os crimes praticados idem, o legislador – a quem, em tese, compete prever o que é bom e o que é ruim para seu povo – jamais poderia estabelecer, a priori, a pena que deveria ser aplicada para cada tipo de criminoso e de crime.

Por isso, surgiu a ideia de que a pena deveria ser individualizada, vale dizer, individual, para cada indivíduo, conforme merecer.¹⁰⁴

Ao contrário, se ao magistrado coubesse apenas a aplicação da pena cominada em abstrato, em uma clara aplicação de um cálculo matemático, frio, geral, sem a análise das circunstâncias peculiares do caso concreto e do agente envolvido, estaríamos, em verdade, perante o que chamou Guilherme de Souza Nucci (p. 30, 2005) de padronização da pena, situação esta que dispensaria qualquer tipo de atividade intelectual no sentido de adequar, de forma justa, a sanção a ser imposta ao ato praticado e ao agente.

Assim, verificamos que cabe ao juiz, no caso concreto, a função de individualizar a pena. Ricardo Augusto Schmitt sintetiza de forma irretocável a essência deste princípio:

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmos co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, na “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, que prescindida da figura do juiz, como ser pensante.¹⁰⁵

104 – FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 49.

105 – SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória Aspectos Práticos e Teóricos**. 4ª ed. Salvador: JusPodivum, 2009. Pág. 77

3.2 – NATUREZA CONSTITUCIONAL E SUAS IMPLICAÇÕES

Há de se registrar que o princípio da individualização da pena encontra-se positivado no Título II, da Constituição Federal de 1988, que trata Dos Direitos e Garantias Fundamentais, exatamente no inciso XLVI, do artigo 5º. Assim, temos que este princípio se traduz em um verdadeiro direito subjetivo do réu, devendo, portanto, ser observado nas três esferas acima citadas, inclusive, na aplicação da pena pelo juiz ao caso concreto. Nesse sentido, o festejado jurista Dirley da Cunha Junior:

Convertidos em parâmetro axiológico e referencial obrigatório e vinculante da atuação estatal, os direitos fundamentais reduzem acentuadamente a discricionariedade dos poderes constituídos, impondo-se-lhes deveres de abstenção (não dispor contra eles) e deveres de atuação (dispor para efetivá-los).¹⁰⁶

Também neste sentido, Salo de Carvalho reafirma a supremacia dos direitos fundamentais, devendo os mesmos serem observados sendo inadmissível a sua ofensa, conforme verificamos do texto transcrito abaixo.

Os direitos fundamentais adquirem, pois, *status* de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do não-decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. Em realidade, conforma uma esfera do inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do “bem comum”. Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.

(...)

Assim, a satisfação dos direitos fundamentais pelo operador do direito indica sua maior ou menor adesão ao sistema normativo do Estado democrático de direito. Não adianta, portanto, existirem princípios limitativos ao arbítrio legislativo na esfera da individualidade se, na prática forense, estas normas são totalmente inobservadas.¹⁰⁷

Ademais, ressalte-se que as normas constitucionais, no caso o princípio da individualização da pena, tem natureza jurídica, ou seja, são normas jurídicas, e, conforme ensinamentos de Dirley da Cunha Júnior, “encerram um imperativo, vale dizer, uma obrigatoriedade de um comportamento. São, portanto, verdadeiras normas jurídicas.” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 6.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012. Pag. 150)

106 – CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 6.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012. Pag. 566.

107 – CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo. Aplicação da Pena e Garantismo. 4ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 19 – 31

Por se tratar de norma constitucional, não se encontra submissa a nenhuma outra norma infraconstitucional, ao contrário, passa a ser a norma de orientação para todo o restante do ordenamento jurídico, reafirmando a sua natureza de superioridade em relação às demais normas. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes:

A superioridade das normas constitucionais, afinal, além de gerar invalidade dos atos que a contrariam, também se expressa no efeito de condicionar o conteúdo de normas inferiores. São, nesse sentido, norma de normas. As normas constitucionais, situadas no topo da pirâmide jurídica, constituem o fundamento de validade de todas as outras normas inferiores e, até certo ponto, determinam ou orientam o conteúdo material destas últimas.¹⁰⁸

Em se tratando de princípio constitucional, a individualização da pena deve ser observada em todas as demais normas do nosso Estado Democrático de Direito. Qualquer norma infraconstitucional que ofenda a individualização da pena há de ser inconstitucional, no seu aspecto formal ou material, a depender do caso, devendo ser imediatamente afastada do ordenamento jurídico, quer por iniciativa do Executivo, Legislativo ou do Judiciário, este último em controle concentrado ou em controle abstrato.

Isto porque a nossa Constituição tem a característica de ser rígida, e, conseqüentemente, impõe observância de suas normas e princípios por todas as demais normas do nosso ordenamento. Nesse sentido, o ensinamento do mestre Fredie Didier Júnior:

Uma das características da Constituição Federal brasileira é a sua rigidez. Rígida é porque, para a alteração de suas normas, exige-se processo legislativo peculiar, complexo e muito mais difícil do que aquele reservado para a elaboração e reforma de normas infraconstitucionais (conforme art. 60, CF). E essas exigências especiais impostas para que se possa exigir o texto constitucional colocam a CF brasileira em posição de destaque no ordenamento jurídico, em um degrau acima das demais normas. Daí emana o princípio da supremacia da Constituição.¹⁰⁹

Assim, qualquer tipo de ameaça ou ofensa, quer no seu aspecto formal ou material, quer de forma preventiva ou repressiva, deve ser afastada do ordenamento jurídico com a consequente declaração de inconstitucionalidade ou não recepção da norma infraconstitucional.

O princípio da individualização da pena ganhou importante discussão no Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959-7 e do julgamento do *Habeas Corpus* nº 97.256. O primeiro *Habeas Corpus* citado, julgado em 23 de fevereiro de 2006,

108 – MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 74

109 – DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. **Ações Constitucionais**. In: DIDIER JR., Fredie (coord) 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008. Pag. 405

teve como Relator o Ministro Marco Aurélio, sendo que este julgamento cominou com a declaração de inconstitucionalidade do §1º, do art. 2º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, cujo texto original proibia a progressão do regime de cumprimento de pena para os crimes hediondos. (<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>, acesso em 12/08/2012).

Já o segundo *Habeas Corpus* citado teve como Relator o Ministro Carlos Ayres Britto e cominou com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 44, da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, que proíbe a conversão da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos. (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=160358>, acesso em 12/08/2012). Nesse sentido, irretocável o entendimento do STF sobre a aplicação do princípio da individualização da pena para se declarar inconstitucional de dispositivo legal:

O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo.

Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas sequelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal.

As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. (...)

Ordem parcialmente concedida tão somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, assim como da expressão análoga 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos', constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal.

Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente." (HC 97.256, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 1º-9-2010, Plenário, DJE de 16-12-2010.)

Confirmando a natureza jurídica de princípio constitucional, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes conclui de forma clara e objetiva o posicionamento ora exposto, conforme verificamos abaixo:

Tudo faz crer que a fórmula aberta parece indicar, tal como em relação aos demais comandos constitucionais que remetem a uma intervenção legislativa, que o princípio da individualização da pena fundamenta um direito subjetivo, que não se restringe à simples fixação da pena *in abstracto*, mas que se revela abrangente da própria forma de individualização (progressão). Em outros termos, a fórmula utilizada pelo constituinte assegura um direito fundamental à individualização da pena.¹¹⁰

Assim, verificamos que qualquer ato, quer seja administrativo, executivo ou judicial, que esteja em confronto com o princípio constitucional da individualização da pena é inconstitucional. E, acrescente-se, a violação de um princípio é mais grave do que a violação de uma regra infraconstitucional, devendo, portanto, ser imediatamente afastada do ordenamento jurídico para se evitar graves e irreparáveis prejuízos.

Nos tempos atuais, não mais se aceita a interpretação de uma norma que não tenha já sido interpretada conforme a nossa Constituição Federal. É neste sentido e com este estado de espírito que todas as normas do nosso ordenamento jurídico devem ser interpretadas e aplicadas.

4 – A HARMONIA ENTRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Há ainda a necessidade de se fazer um breve comentário sobre a co-existência harmoniosa entre o princípio da individualização da pena e o da legalidade, este previsto nos incisos II e XXXIX, da Constituição Federal de 1988.

110 – MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 568)

Também como o escopo de diminuir os abusos e arbitrariedades praticadas pelos aplicadores do direito, principalmente na época medieval, especialmente com a necessidade de se reprimir perseguições a desafetos do poder posto, é que surgiu, com o movimento Iluminista, a ideia de se determinar que os delitos e suas sanções penais fossem previamente determinados ao caso concreto, como bem ilustra Cezar Roberto Bitencourt:

As ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do *Iluminismo*, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o *Estado Absolutista*, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam o assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão.

Todos esses princípios, hoje insertos, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição (art. 5º), têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um *Direito Penal mínimo* e garantista.¹¹¹

O princípio da legalidade, também denominado de princípio da reserva legal, tem previsão constitucional, no inciso XXXIX, do artigo 5º, que, assim como o princípio da individualização da pena, também integra o Título dos Direitos e Garantias Fundamentais. O citado dispositivo preceitua que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, também citado como *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Este princípio tem sua natureza inerente de ser uma garantia do cidadão contra o Estado, uma limitação do poder de punir. Através dele se proíbe a analogia para prejudicar o acusado. E, nos dizeres de Júlio Fabbrini Mirabete,

Pelo princípio da legalidade alguém só pode ser punido se, anteriormente ao fato por ele praticado, existir uma lei que o considere como crime. Ainda que o fato seja imoral, antissocial ou danoso, não haverá a possibilidade de se punir o autor, sendo irrelevante a circunstância de entrar em vigor, posteriormente, uma lei que o preveja como crime. O também denominado *princípio da reserva legal* tem, entre vários significados, o da reserva absoluta da lei (emanada do Poder Legislativo, através de procedimento estabelecido em nível constitucional) para a definição dos crimes e cominação das sanções penais, o que não afasta não só outras fontes do direito como as

111 – BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral* 1. 16.ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40.

regras jurídicas que não são leis em sentido estrito, embora tenham o mesmo efeito, como ocorre, por exemplo, com a *medida provisória*, instrumento totalmente inadequado para tal finalidade.¹¹²

Concluimos, assim, que o princípio da legalidade nada mais é do que a reserva ao Poder Legislativo de estabelecer figuras ilícitas de natureza penal e suas correspondentes sanções, sendo que esta legalidade deve ser observada tanto do ponto de vista formal quanto material. Nos dizeres de Ricardo Augusto Schmitt:

Tal princípio conduz a necessidade de que o fato praticado pelo agente, para ser punível, tenha previsão anterior (em lei) como sendo ilícito, bem como que neste se encontre prevista determinada cominação legal (pena). Trata-se do princípio da legalidade (reserva legal), o qual assegura que a pena seja dosada de forma legítima, pois se torna indispensável sua previsão anterior em fato definido (tipificado) como criminoso.¹¹³

Portanto, constatamos que a legalidade visa dar ao acusado uma garantia, uma segurança jurídica, ainda que mínima, do seu conhecimento acerca dos ilícitos e suas penas. Já o princípio da individualização da pena confere à rigidez do princípio da legalidade maior flexibilidade no momento da verificação do caso concreto.

As penas, por sua vez, face ao princípio da individualização, serão aplicadas e executadas de forma que haja a adequação do delito previsto na lei e às circunstâncias do ilícito e condições pessoais do autor, conferindo ao ordenamento jurídico a possibilidade de flexibilizar a rigidez do princípio da legalidade. Logo, ambos princípios se completam em perfeita harmonia, equilibrando a segurança jurídica com as especificidades e peculiaridades de um caso concreto.

5 – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, BREVES CONSIDERAÇÕES

O princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio de proibição do excesso, tem sua origem no Iluminismo, após a Revolução Francesa, nascendo, portanto, também para se evitar a arbitrariedade dos julgadores daquela época.

Assim, o princípio da proporcionalidade surgiu para que a pena imposta fosse proporcional ao delito praticado, nada mais. Daí porque o nosso Código Penal, no *caput* do artigo 59, dispõe que “o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para repro-

112 – MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal, volume 1: Parte Geral*. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 39-40

113 – SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatório Aspectos Práticos e Teóricos*. 4ª ed. Salvador: JusPodivum, 2009. Pág. 77

vação e prevenção do crime.” Já Nestor Távora e Rosmar Antonni afirmam sobre o princípio da proporcionalidade que:

O campo de atuação do princípio da proporcionalidade é polarizado. Tem-se admitido que ele deve ser tratado como um “superprincípio”, talhando a estratégia de composição no aparente “conflito principiológico” (ex: proteção à intimidade versus quebra de sigilo). Por sua vez, deve ser visto também na sua faceta da *proibição de excesso*, limitando os arbítrios da atividade estatal, já que os fins da persecução penal nem sempre justificam os meios, vendando-se a atuação abusiva do Estado ao encampar a bandeira do combate ao crime.

(...)

Ainda cabe frisar que o princípio da proporcionalidade não pode ser invocado para se sobrepor a garantias e direitos individuais do acusado, especialmente no Brasil (país com histórico peculiar de violações aos direitos humanos), não obstante a Corte Suprema brasileira tenha admitido, no *Habeas Corpus* 80949/RJ, a possibilidade remota de sua aplicação “em caso extremo de necessidade inadiável e incontornável, situação que deve ser considerada tendo em conta o caso concreto.”¹¹⁴

Para Dirley da Cunha Júnior, o princípio da proporcionalidade é decorre do próprio conceito de justiça e equidade, conforme verificamos de parte de texto de sua obra abaixo transcrita.

Utilizado habitualmente para aferir a legitimidade das *restrições* de direitos, o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, consubstancia, em essência, uma *pauta de natureza axiológica* que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral de direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.¹¹⁵

Por este princípio, se torna necessário que as decisões judiciais sejam proporcionais, ou seja, que haja a observância da razoabilidade e bom senso. Assim, o princípio da proporcionalidade é uma garantia do cidadão contra os abusos e excessos do Estado, procurando evitar todo o tipo desnecessário de intervenção. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt:

Em matéria penal, mais especificamente, segundo Hassemer, a exigência de proporcionalidade deve ser determinada mediante “um juízo de

114 – TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 56

115 – CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 233

ponderação entre a carga ‘coativa’ da pena e o fim perseguido pela cominação penal”. Com efeito, pelo princípio da proporcionalidade na relação entre crime e pena deve existir um equilíbrio – abstrato (legislador) e concreto (judicial) – entre a gravidade do injusto penal e a pena aplicada. Ainda segundo a doutrina de Hassemer, o princípio da proporcionalidade não é outra coisa senão “uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência jurídico-penal, constituindo parte do postulado de Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionadas.”¹¹⁶

O princípio da proporcionalidade no âmbito penal ganha grande relevo ao se estabelecer que as penas aplicadas devem ser proporcionais ao delito, necessárias e adequadas. Em relação à necessidade da pena, verificamos que o legislador, no §5º, do artigo 121, do Código Penal, estabelece o perdão judicial, não obstante reconhecer a tipicidade do fato delituoso. Nestes termos, prevê o citado dispositivo, com redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.05.1977: “Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.”

Dessa maneira, verificamos que, pelo princípio da proporcionalidade, caso a pena não seja necessária e nem proporcional, não deve ser aplicada. Outro caso seria, por exemplo, a condenação de um cidadão que tentou suicídio com arma de fogo e, não conseguindo o seu intento, fosse denunciado por porte ilegal de arma de fogo. Ora, não é proporcional que se condene alguém nessas situações, sob pena de ferir o presente princípio.

Não podemos olvidar que o nosso Código Penal também traz em seu texto a condição de que a circunstância excludente da antijuridicidade da legítima defesa somente pode ser admitida quando houver o emprego dos meios necessários e utilizados com moderação para repelir a agressão injusta. Nesse sentido, exemplificando, o julgamento, em 06/09/2007, da Apelação nº 2007.050.02851, cujo Relator foi o Desembargador Alexandre Varella, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Legítima defesa. Para caracterização desta excludente é necessária a presença simultânea de determinados requisitos, quais sejam, agressão injusta, atual ou iminente; direito próprio ou alheio; uso moderado dos meios necessários e *animus defendi*. No caso dos autos, o apelante desferiu chutes e pontapés na vítima, seu ex-sogro, um senhor de 74 anos, após uma suposta agressão verbal do mesmo, não respeitando os limites da necessidade e moderação.

116 – BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral* 1. 16.ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, reconhece pacificamente a aplicação do princípio da razoabilidade, conforme transcrição do seu recente julgado:

HABEAS CORPUS MANEJADO CONTRA DECISÃO INDEFERITÓRIA DE LIMINAR NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPERVENIÊNCIA DE JULGAMENTO DO MÉRITO. CONHECIMENTO DESTE WRIT. PRINCÍPIOS DA ECONOMIA E DA CELERIDADE PROCESSUAIS. PACIENTE CONDENADO POR ROUBO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO ANTERIOR AO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA PELO STJ. MATÉRIA PREJUDICADA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PENA INFERIOR A OITO ANOS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. MAJORAÇÃO DA PENA DECORRENTE DA PRESENÇA DE TRÊS CAUSAS DE AUMENTO E DO MODO DE EXECUÇÃO DA CONDUTA DELITUOSA. RAZOABILIDADE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE PREJUDICADO E ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

I – O Superior Tribunal de Justiça concedeu parcialmente a ordem, para garantir ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação. Nessa parte, este habeas corpus está prejudicado.

II – Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato.

III – A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima – reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente – ou pelo depoimento de testemunha presencial. Precedentes.

IV – A jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido da impossibilidade da fixação de regime prisional mais gravoso, quando a sentença condenatória é desprovida de fundamentação ou motivada na gravidade em abstrato do crime. Incidência das Súmulas 718 e 719 do STF.

V – É ilegal a fixação de regime fechado quando a pena estabelecida em patamar inferior a oito anos, e inexistirem circunstâncias judiciais desfavoráveis contra o paciente ou fatos concretos a justificarem a decisão.

VI – A majoração da reprimenda em 2/5 decorreu da presença de três causas de aumento (§ 2º do art. 157 do CP) e pelo modo de execução da conduta delituosa.

VII – A reprimenda fixada, definitivamente, em 7 anos de reclusão (num intervalo que varia de 4 a 10 anos) não desbordou os lindes da proporcio-

nalidade e da razoabilidade, não havendo, a meu ver, flagrante ilegalidade ou teratologia que justifiquem a concessão da ordem, sendo certo que não se pode utilizar o *habeas corpus* para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual condenado foi o paciente (HC 94.655/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia).

VIII – *Habeas corpus* prejudicado em parte e, nessa extensão, concedida parcialmente a ordem, apenas para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta ao paciente.¹¹⁷

Por outro lado, Luiz Flávio Gomes informa a íntima ligação entre os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, que devem ser observados nas esferas da cominação, da aplicação pelo julgador e na sua execução. Assim, verificamos que uma para se observar o princípio da individualização da pena devemos obrigatoriamente observar a adequação e proporcionalidade da sua aplicação, tanto em termos qualitativos quanto em termos quantitativos.

A *idoneidade* ou *adequação* da pena exprime-se por meio de dois sub-princípios: da individualização e da personalidade da pena (objeto de comentário no próximo Descomplicando).

Em relação ao princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI) importa por em destaque os seus três níveis: momento da cominação, da aplicação e da execução. Todos fazem parte do princípio da proporcionalidade (aliás, são expressão dele).

Da cominação da pena (ou seja: previsão in abstrato da pena no tipo legal) quem se encarrega é o legislador, que deve cominar penas proporcionais em cada caso. Quem individualiza a pena no momento da aplicação é o juiz, observando os critérios (judiciais) do art. 59 do CP (culpabilidade do agente, antecedente, motivação, circunstâncias do delito etc.). Quem individualiza a execução é tanto o juiz como o próprio pessoal que integra o sistema penitenciário.¹¹⁸

6 – DA INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231, STJ

6.1 – DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Os enunciados das Súmulas são, em verdade, apenas orientações dos Tribunais Superiores resultantes de repetidas decisões acerca de fatos semelhantes, não tendo, portanto, nem

117 – HC 111959 / SP – São Paulo, STF, 2ª Turma. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j.: 07/08/2012

118 – GOMES, Luiz Flávio. *Descomplicando o Direito: Princípio da Individualização da Pena*, disponível em http://www.lfg.com.br/artigo/20100511202248458_descomplicando-o-direito-principio-da-individualizacao-da-pena.html, acesso em 09/08/2012

natureza normativa e nem natureza impositiva. Ressaltando-se que não estamos adentrando no conceito de Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, visto que não é o objetivo deste estudo.

Nesse sentido, o STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 594-4/DF, cujo Relator foi o Ministro Carlos Velloso, julgado em 19/02/1992, e decidiu que a súmula não está sujeita ao controle de constitucionalidade concentrado porque não tem natureza de ato normativo.

Partindo-se do conceito acima, temos que a Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça, foi publicada no dia 15 de outubro de 1999 e preceitua que: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.” (http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizaçao=RESUMO&livre=c40docn&&b=SUMU&p=true&t=&1=10&i=270, acesso em 14/08/2012).

Inicialmente, ressalte-se que o posicionamento de que a citada Súmula deve ser aplicada é, ainda, majoritária. Entretanto, novos e brilhantes doutrinadores e julgadores já defendem a justa tese de que a incidência de circunstância atenuante pode sim conduzir a pena aquém do mínimo previsto na lei. Acontece que, não obstante ser entendimento sumular, não há nenhum dispositivo legal que corrobore com a proibição indicada na Súmula.

Então urge esclarecer quais os motivos que levaram os Ministros do Superior Tribunal de Justiça a publicar a Súmula 231. Acredita-se que estes motivos foram baseados na proposta de dosimetria da pena realizada por Roberto Lyra, que apresentou o sistema bifásico para aplicação da pena, no qual a primeira fase contava com a análise das circunstâncias judiciais e circunstâncias atenuantes e agravantes.

Então, por este sistema, ao final da primeira fase havia a fixação da pena-base, que não poderia ser fixada abaixo do mínimo legal. Assim, temos que, pelo sistema bifásico, as circunstâncias atenuantes e agravantes eram analisadas na primeira fase de aplicação da pena e, conseqüentemente, não podiam fazer com que a pena-base fosse fixada nem abaixo e nem acima do mínimo legal. Nesse sentido, o ensinamento de Admin da Silva, abaixo transcrito.

No Brasil, com efeito, por força do art. 68 do Código Penal, o juiz, no momento de estabelecer a pena de prisão, deve seguir o denominado sistema trifásico (ou de Néelson Hungria): primeiro define a pena-base (com fundamento nos dados elementares do art. 59: culpabilidade, antecedentes, motivação, conseqüências etc.), depois faz incidir as circunstâncias agravantes e atenuantes (CP, arts. 61-66) e, por último, leva em conta as causas de aumento ou de diminuição da pena.

(...)

No tempo em que se admitia o sistema bifásico (com fulcro no CP de 1940) as circunstâncias agravantes e atenuantes eram analisadas juntamente com as judiciais (que são os dados elementares e principais da dosimetria da pena). Logo, nessa época, era impossível fixar a pena-base aquém do mínimo legal. Fundado nessa propecta e sacralizada jurisprudência é que o STJ editou a Súmula 231, que hoje conflita diametralmente com o direito vigente¹¹⁹

Conforme dito anteriormente, as circunstâncias atenuantes são consideradas, no atual ordenamento jurídico, na segunda fase de aplicação da pena, dentro do Sistema Trifásico, também conhecido como Sistema de Nelson Hungria, previsto no *caput* do artigo 68, do Código Penal. Assim, verificamos que as atenuantes, ao contrário da proposta do sistema bifásico, são analisadas após a fixação da pena-base, que deverá ser feita analisando-se as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, esta sim, impossibilitada de ser fixada aquém do mínimo legal.

Reforçando o entendimento acima exposto, temos que o único momento em que há norma determinando a observância da fixação da pena dentro dos limites, mínimo e máximo, previsto para o delito em abstrato, é o inciso II, do artigo 59, do Código Penal. Ou seja, durante a primeira fase de aplicação da pena, segundo o sistema trifásico. Logo, não há nenhuma proibição legal de se diminuir a pena provisória abaixo do limite mínimo durante a segunda fase da sua aplicação, conforme verificamos da transcrição abaixo do citado dispositivo legal.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(...)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Ademais, a norma penal é clara, direta e objetiva ao determinar que a pena sempre será atenuada na ocorrência de determinadas circunstâncias. Logo, o artigo 68 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, não apresenta nenhum empecilho à redução de pena por força da incidência de circunstância atenuante na segunda fase de aplicação da pena, podendo sim a pena provisória ser fixada abaixo do mínimo legal.

119 - SILVA, Admin da. **Circunstâncias atenuantes e pena aquém do mínimo: é possível?** Disponível em http://www.lfg.com.br/artigo/20041008161425575_circunstancias-atenuantes-e-pena-aquem-do-minimo-e-possivel.html, acesso em 05/08/2012

Nesse sentido, o texto do dispositivo citado: “Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.”

Em nenhum momento há a vedação de se diminuir a pena, face à incidência de circunstância atenuante, quando a pena-base for fixada no mínimo legal. Ressalte-se que a expressão “sempre” foi utilizada de forma expressa, em norma penal, que, por sinal, é norma de ordem pública, cuja observância se faz obrigatória. Nestes termos, dispõe o artigo 65 do Código Penal Brasileiro, abaixo transcrito:

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - o desconhecimento da lei; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - ter o agente: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Comentando o citado artigo, Cezar Roberto Bitencourt afirma que as circunstâncias atenuantes genéricas, previstas no art. 65 do Código Penal, não integram o tipo penal, apenas circundam o crime e são de obrigatória aplicação. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 283)

Se assim não fosse, estaríamos diante de uma verdadeira injustiça, uma verdadeira ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena. Assim, não há como justificar o fato de um réu confessar espontaneamente, por exemplo, a autoria de um delito e ter contra si a aplicação da mesma pena que o eventual corréu, sendo que para ambos teria sido aplicada, exemplificando, a pena-base no mínimo legal, tendo um deles a seu favor ainda uma das atenuantes previstas, por exemplo, no artigo 65, Código Penal.

No caso acima informado, em não se aplicando a redução de pena prevista para o caso de ocorrência de circunstância atenuante invocando-se a incidência da Súmula 231, STJ, há, também, a ofensa a outro princípio constitucional: o da isonomia. Nesse sentido, José Antônio Paganella Boschi:

A prática adotada nas sentenças de declarar prejudicada a atenuante por ter sido a pena-base individualizada no mínimo, em verdade, representa negativa de vigência do art. 61, CP, sendo esse, aliás, um dos principais fundamentos da corrente jurisprudencial que advoga a possibilidade de individualização da pena provisória abaixo do mínimo legal.

Essa prática encontra supedâneo nos tribunais do país, sob o argumento de que o acusado não sofre prejuízo, o qual pode ter tido como verdadeiro *desde que se entenda que a pena provisória não pode ser mesmo estabelecida em quantum inferior ao mínimo legal. Do contrário, o prejuízo exsurge evidente, por si mesmo.* (...)

Estamos convencidos hoje de que o dever do juiz é iniciar o processo de individualização da pena dentro das margens, e que a pena-base servirá de referência para obrigatórios aumentos ou diminuições na segunda fase, haja vista o emprego do advérbio “sempre” nos artigos 61 e 65 do CP.¹²⁰

Luiz Flávio Gomes, em artigo publicado em meio digital, defende que a redução de pena decorrente da incidência de circunstância atenuante deve ser aplicada ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, pois inexistente impedimento para tanto, sob pena de se fazer uma analogia in malam partem e informa que:

Reconhecendo tudo isso, o projeto de reforma do Código Penal que está no Congresso Nacional, em seu art. 68-A diz: *“Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, o juiz, observado o critério do art. 59, e havendo desproporcionalidade entre a pena mínima cominada e o fato concreto, poderá, fundamentadamente, reduzir a pena de um sexto até metade.”*

No direito futuro, como se vê, a questão ficará cristalinamente delineada. Com a vantagem de o juiz ter um limite (de atenuação) previamente definido, o que espanta o fantasma da “pena zero” (o juiz poderia, depois de ter fixado a pena-base, chegar à pena zero). Impossível. O fantasma da “pena zero” é argumento *ad terrorem* (que só impressiona os incautos). O art. 65 do CP dispõe que as atenuantes sempre atenuarão a pena (não diz que a eliminarão). Atenuar não é eliminar.¹²¹

120 – BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 289-291.

121 – GOMES, Luiz Flávio. **Atenuantes Podem Reduzir Pena Abaixo do Mínimo Legal**. http://www.conjur.com.br/2002-set-29/sumula_stj_conflito_direito_vigente. Revista **Consultor Jurídico**, 29 de setembro de 2002, acesso em 11/08/2012

Paulo Queiroz defende que a redução de pena face à incidência de circunstância atenuante pode sim conduzir a pena abaixo do mínimo legal, e, vai além, afirma que decisão adotada em contrário ofende o princípio da proporcionalidade, que deve existir entre o fato ilícito praticado e a sanção a ser aplicada, conforme verificamos da transcrição abaixo.

A pergunta a formular e responder é a seguinte: pode o juiz aplicar pena abaixo do mínimo legal ainda quando não concorram causas de diminuição de pena ou circunstâncias atenuantes?

A resposta é, decididamente, sim!

Primeiro, porque, ao fazê-lo, não se dá, em tal caso, qualquer violação ao princípio da legalidade¹. Segundo, porque aplicar a pena justa, não importando se no mínimo legal, aquém ou além dele, é uma exigência de proporcionalidade².

Justifico.

O princípio da legalidade, como de resto todos os princípios, constitui autêntica garantia, que, como tal, existe (historicamente) para proteger o cidadão contra os excessos do Estado, e não o contrário, para prejudicá-lo. Representa, portanto, constitucionalmente, uma poderosa garantia política para o cidadão, expressivo do *imperium* da lei, da supremacia do Poder Legislativo – e da soberania popular – sobre os poderes do Estado, de legalidade da atuação administrativa e da escrupulosa salvaguarda dos direitos e liberdades individuais³. Por isso é que não há cogitar de afronta ao princípio sempre que a lei tiver de retroagir para beneficiar o réu, por exemplo, pois, em tal caso, não há ofensa ao caráter garantidor que o informa e justifica.

Aliás, é justamente em razão deste caráter garantístico do princípio que o contrário não pode acontecer, vale dizer, fixar o juiz a pena acima do máximo legal.

Já o princípio da proporcionalidade, que compreende os subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (sentido tradicional), exige que a pena seja, a um tempo, necessária, adequada e compatível com o grau de ofensividade do delito cometido. Por isso que é dado ao juiz, por exemplo, socorrer-se do *princípio da insignificância* para decretar a absolvição, sempre que se achar diante de uma lesão ínfima ao bem jurídico que a norma quer tutelar.¹²²

Assim, ao negar a aplicação da redução de pena quando, no caso concreto, se verificam a ocorrência de circunstância atenuante, o julgador fere o princípio fundamental constitucional da individualização da pena, sendo, portanto, uma decisão nula. Entretanto, ainda

122 – QUEIROZ, Paulo. O juiz pode aplicar a pena abaixo do mínimo legal? <http://pauloqueiroz.net/pode-o-juiz-aplicar-pena-abaixo-do-minimo-legal/>, com acesso em 10/08/2012

encontramos julgados recentes no Superior Tribunal de Justiça afirmando que a pena não pode ser fixada abaixo do mínimo legal, conforme transcrição a seguir.

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RECONHECIMENTO DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO DA SÚMULA N.º 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA N.º 1.117.073/PR. PENA-BASE FIXADA NO PATAMAR MÍNIMO LEGAL. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ART. 33, §§ 2.º E 3.º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 440 DA SÚMULA DESTA CORTE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. É consolidado o entendimento deste Tribunal no sentido de que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 desta Corte Superior e reafirmado no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n.º 1.117.073/PR.¹²³

No mesmo sentido, a decisão proferida em 05/06/2012, pela 6ª Turma, cuja Relatora foi a Ministra convocada Alderita Ramos de Oliveira, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2005/0090195-3 RS, conforme verificamos da sua ementa abaixo transcrita.

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Em recente julgamento, nos Autos da Apelação Criminal nº 119662-28.2009.8.05.0001, que tramitou na 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, o Relator, Desembargador Lourival Almeida Trindade, afirmou, de forma brilhante e irretocável que:

Por sinal, este relator vê, com certa melancolia, o exacerbado apego, quase fetichista, às decisões dos Tribunais Superiores. Até porque a Súmula 231 não é vinculante. Demais disso, concessa máxima vênia, este relator entende que, em matéria criminal, até a súmula vinculante, só tem razão de ser, se for pro reo.

123 – HC 238502/SP HABEAS CORPUS 2012/0069844-2, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 07/08/2012

(...)

Assim sendo e assim o é, o pleito do apelante, no que pertine à redução da pena, aquém do mínimo legal, na segunda fase da dosimetria, entremostra-se plausível e digno de albergamento, motivo pelo qual se passa, doravante, à nova mensuração da reprimenda, observando-se o art. 65, I do CPB.

Em julgamento irretocável, o voto do Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, nos autos nº 70000741223, afirma ser favorável à redução da pena em face da ocorrência de circunstâncias atenuantes, mesmo quando a pena-base seja fixada no mínimo legal, em obediência aos preceitos do princípio fundamental da individualização da pena, conforme texto abaixo transcrito.

Em verdade, os apelantes, sempre e sempre, confessaram o delito. São jovens, primários, não houve nada além da ameaça, inocorreu prejuízo. A pena fixada foi de 05 anos e 04 meses, quase igual à do homicídio. É justo tamanho apenamento?

(...)

Pois bem. A doutrina e a jurisprudência tradicionais têm pacificado que as atenuantes não podem fazer com que a pena venha abaixo do mínimo. No entanto, tem surgido, nos últimos tempos, pensamento que segue a linha oposta.

(...)

E a argumentação basicamente é a seguinte: não há proibição legal (ao contrário da vigência do art. 48 do CP, em extensão analógica); o art. 68 do CP determina a obrigatoriedade de se considerar as atenuantes (logo, sempre); há exigência isonômica quando dois réus merecem pena mínima e um deles tem a favor, ainda, outra atenuante; o art. 65 também aponta e “sempre” atenuará a pena; e o não reconhecimento fere o princípio individualizador da pena.

Por outro lado, o entendimento tradicional carece de maior fundamentação, está, segundo Dyrceu, “assentado na comodista posição de repetidos julgados que se firmam mais na notoriedade que em sólida fundamentação”. Por exemplo, Damásio diz que o sempre previsto em lei não quer dizer obrigatório. Logo, para ele, sempre não é sempre, é eventualmente (“Comentários ao Código Penal,” 1995, 2º/661)

Mas o argumento sério dos tradicionais é que a atenuante pode vir abaixo do mínimo, logo, agravante pode ir além. Erro. No particular, ante a omissão do quantitativo, a aumentar e a diminuir, aplicam-se princípios analógicos. E, em pena, a analogia só pode favorecer o réu (...).

Logo, entendo que a atenuante pode descer a pena aquém do mínimo abstratizado.¹²⁴

Ademais, alguns julgados nesse sentido dos demais Tribunais são notícias no meio jurídico uma vez que deixam de aplicar o enunciado da Súmula 231, STJ, como se este enunciado tivesse força normativa, o que, ao contrário, não deveria ser motivo de surpresa, mas sim de entendimento de que os princípios constitucionais estão sendo aplicados.¹²⁵

Acontece que esses julgamentos, em verdade, encontram-se amplamente fundados não só na lei, mas como também na própria Constituição Federal, através de seus princípios fundamentais.

Dentre estes julgamentos, cito um de 2002, ou seja, há dez anos já se reconhece a possibilidade de redução de pena face ao reconhecimento de circunstância atenuante, mesmo quando a pena-base já tenha sido fixada no mínimo legal, conforme verificamos abaixo.

“ROUBO. CRIME E AUTORIA COMPROVADOS. (...) PENA. DOSIMETRIA. Circunstâncias judiciais da personalidade e conduta social. Impossibilidade de agravar a punição. Confissão e menoridade podem levar a pena aquém do mínimo. As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art. 59 do CP, só devem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena.

A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e conseqüências do crime. E excepcionalmente minorando-a face a boa conduta e/ou a boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no artigo 5º da Constituição Federal. Por outro lado, é possível a fixação da pena em patamar abaixo do mínimo legal, estabelecido na lei penal.

Se as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP determinam uma punição no mínimo e se reconhece, em favor do acusado, atenuantes do art. 65 do mesmo diploma legal. Este posicionamento encontra guarida nos citados artigos 59 (não faz nenhuma menção a limites) e 65 (expressamente, declara que aquelas circunstâncias sempre atenuam a pena).

Se o interesse do legislador fosse o de estabelecer limites para essa atenuação, teria colocado a expressão sempre na companhia de outras do tipo ‘dentro dos limites da lei’, etc. Penas reclusivas reduzidas. (...)”¹²⁶

124 – CARVALHO, Amilton Bueno de. **Garantismo Penal Aplicado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 70-71

125 – Revista **Consultor Jurídico**, 18 de junho de 2003. Notícia informada no http://www.conjur.com.br/2003-jun-18/justica_aplica_pena_abaixo_minimo_legal_reu, acesso em 18/08/2012

126 – TJRS. Apelação crime 70005198940, acórdão de 05/12/2.002, Rel. Des. Sylvio Baptista Neto, 6ª Câmara Criminal

6.2 – DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA ANALOGIA

O mais defendido dos fundamentos para se validar a Súmula 231, STJ é aquele que afirma que se as circunstâncias atenuantes fossem capazes de baixar a pena abaixo do mínimo legal, também há a possibilidade de circunstâncias agravantes elevarem a pena além do máximo previsto em abstrato.

Entretanto, não podemos olvidar que os dispositivos que tratam das circunstâncias atenuantes e agravantes não preveem índices ou quantitativos de diminuição e nem de aumento. Assim, a efetiva redução ou majoração somente pode ser feita através da incidência de princípios de analogia.

Acontece que a analogia jamais pode ser aplicada, em direito penal, para prejudicar o réu, mas sim, tão somente para beneficiá-lo, pois o princípio da legalidade é uma garantia do cidadão contra a arbitrariedade do Estado. Assim, nos dizeres de Júlio Fabbrini Mirabete e de Renato N. Fabrini:

Diante do princípio da legalidade do crime e da pena, pelo qual não se pode impor sanção penal a fato não previsto em lei (item 2.1.1), é inadmissível o emprego da analogia para criar ilícitos penais ou estabelecer sanções criminais. Nada impede, entretanto, a aplicação da analogia às normas não incriminadoras quando se vise, na lacuna evidente da lei, favorecer a situação do réu por um princípio de equidade. Há, no caso, a chamada “analogia *in bonam partem*”, que não contraria o princípio da reserva legal, podendo ser utilizada diante do disposto no já citado art. 4º da LICC.¹²⁷

Assim, para aplicar-se o máximo de redução de pena prevista para os casos de incidência das circunstâncias atenuantes, recorreremos, analogicamente, ao máximo índice de redução de pena previsto em dispositivos legais, tais como o §1º, do art. 29 e do §4º, do art. 129, ambos do Código Penal. Ressalte-se que não há diferença material entre circunstâncias atenuantes e causas de diminuição de pena, que são distintas exclusivamente no seu aspecto formal, tendo, entretanto, a mesma essência.

Logo, o máximo de pena que se pode reduzir, em atenção à aplicação da analogia a este caso, será o de um terço. Entretanto, por analogia, não se pode aplicar índice de aumento de pena quando esta for para fixá-la acima do máximo previsto em lei, sob pena de se realizar a analogia para prejudicar o réu, situação esta repudiada pela quase que unânime doutrina. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt, conforme transcrição abaixo.

127 – MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, volume 1: Parte Geral. 26ª.ed. São Paulo: Atlas, 2010. Pág. 30.

O Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando-a à discricionariedade do juiz. No entanto, sustentamos que a variação dessas circunstâncias não deve ir além do limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto. Caso contrário, as agravantes e as atenuantes se equiparariam àquelas causas modificadoras da pena, que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes). Tampouco pode ultrapassar os limites mínimo e máximo cominados no tipo penal.¹²⁸

Com o posicionamento acima exposto, acreditamos que restou vencido o argumento de que a pena não pode ser fixada abaixo do mínimo legal face à incidência de circunstâncias atenuantes porque se assim o fosse também se permitiria que a pena fosse fixada além do máximo legal, no caso de ocorrência de circunstâncias agravantes.

6.3 – DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE APLICA A SÚMULA 231

A obrigação de fundamentar as decisões encontra-se prevista em nosso ordenamento jurídico no inciso IX, do artigo 93, da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e no inciso III, do artigo 381, do Código de Processo Penal. Esta obrigação imposta aos aplicadores do direito é uma garantia do cidadão e uma limitação à possibilidade de se cometer abusos, arbitrariedades, omissões e contradições, reafirmando a necessidade de se formular decisões fundadas e sem obscuridades.

Todas as decisões judiciais, quer sejam definitivas quer sejam interlocutórias, devem ser obrigatoriamente fundamentadas, arrazoadas, motivadas, sob pena de nulidade. Quando uma decisão é devidamente fundamentada, ela ganha *status* de legitimada, ao contrário da decisão infundada, que é tida como nula. Nesse sentido, os ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes abaixo transcrito.

A garantia da proteção judicial efetiva impõe que tais decisões possam ser submetidas a um processo de controle, permitindo, inclusive, a eventual impugnação. Daí a necessidade de que as decisões judiciais sejam devidamente motivadas (CF, art. 93, IX).

E motivar significa dar as razões pelas quais determinada decisão há de ser adotada, expor as suas justificações e motivos fático-jurídicos determinantes. A racionalidade e, dessa forma, a legitimidade da decisão perante os jurisdicionados decorrem da adequada fundamentação por meio das razões apropriadas.¹²⁹

128 – BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 283-284

129 – MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Determina o inciso IX, do artigo 93, da Constituição Federal de 88: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, (...)”. Também contendo esta obrigação, o inciso III, do art. 381, do CPP, determina que a sentença conterá “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão.”

A fundamentação é o alicerce, a sustentação conferida à decisão judicial. Ela confere ao jurisdicionado a faculdade de se não se conformar, a faculdade de recorrer. Esta fundamentação também é importante para que o julgador demonstre que os motivos da sua decisão não foram fundados em circunstâncias alheias, tais como a aversão que o magistrado tem em relação à determinado ilícito ou mesmo suas convicções religiosas (muito importante ao se julgar, por exemplo, pedido de abortamento de feto anencefálico) ou sua eventual ausência de experiência de vida, quando o julgador se fecha em seu gabinete, alheio às realidades sociais da vida cotidiana da Comarca em que exerce a jurisdição.

Assim, o magistrado deverá se basear apenas nas provas produzidas nos autos, sob o crivo dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Assim, na sua decisão, a valoração das provas devem ser todas fundamentadas. Nestes termos, a fundamentação se mostra fundamental uma vez que o magistrado deve ser isento, porém jamais neutro.

Por outro turno, Nestor Távora e Rosmar Antonni ressaltam a natureza de direito constitucional fundamental ao princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Nesse sentido, o texto abaixo transcrito:

O princípio da motivação das decisões judiciais é uma decorrência expressa do art. 93, inc. IX da Carta Magna, asseverando que o juiz é livre para decidir, desde que o faça de forma motivada, sob pena de nulidade insanável. Trata-se de autêntica garantia fundamental, decorrendo da fundamentação da decisão judicial o alicerce necessário para a segurança jurídica do caso submetido ao judiciário.¹³⁰

Nesse sentido, verificamos que o sistema jurídico brasileiro adotou a teoria da persuasão racional, também conhecida como livre convencimento motivado das decisões judiciais. Assim, Fredie Didier Júnior, esclarece que:

A liberdade na apreciação das provas está sujeita a certas regras quanto à convicção, que fica condicionada (e porque é condicionada, há que ser sempre motivada): a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica; b) às provas destes fatos colhidas no processo; c) às regras legais e às máximas de experiência. O livre convencimento motivado também fica

130 – TÁVORA, Nestor. ANTONNI, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 49-50

limitado pela racionalidade, não sendo admitida a apreciação das provas de acordo com critérios irracionais, por mais respeitáveis que sejam; não pode o magistrado, em um Estado laico, decidir com base em questões de fé, por exemplo.¹³¹

Assim, a decisão que nega a aplicação do princípio da individualização da pena, direito fundamental subjetivo do réu, deve ser motivada e fundamentada, sob pena de nulidade absoluta. Não é motivação e, muito menos fundamento, a simples informação de que, apesar de se reconhecer a existência nos autos de alguma circunstância atenuante, deixa-se de aplicar a redução tendo em vista que a pena-base já havia sido fixada no mínimo legal, invocando, para tanto, o simples enunciado da Súmula 231, STJ.

Nesses casos, não há análise dos motivos que levaram o magistrado a aplicar a Súmula 231, STJ, que, diga-se de passagem, não tem força normativa, em detrimento do princípio fundamental constitucional, de força normativa, da individualização da pena, gerando, assim, a nulidade desta decisão. Tal posicionamento foi brilhantemente exposto por Cezar Roberto Bitencourt, conforme verificamos do texto abaixo citado.

Enfim, deixar de aplicar uma *circunstância atenuante* para não trazer a pena para aquém do mínimo cominado nega vigência ao disposto no art. 65 do CP que não condiciona a sua incidência a esse limite, violando o *direito público subjetivo* do condenado à pena justa, legal e individualizada. Essa ilegalidade, deixando de aplicar norma de ordem pública, caracteriza uma inconstitucionalidade manifesta.¹³²

7 – CONCLUSÃO

Conforme dito anteriormente, a maioria dos julgadores ainda aplica o enunciado da Súmula 231, do STJ, negando a redução de pena quando ocorrerem circunstâncias atenuantes e a pena-base tiver sido fixada no mínimo legal.

Entretanto, tal posicionamento deve ser revisto imediatamente, inclusive com o cancelamento do enunciado da Súmula 231, do STJ, uma vez que fere os princípios constitucionais, e fundamentais, da individualização da pena e da legalidade.

Assim, quando estiverem presentes no caso concreto circunstâncias atenuantes e a pena-base já tiver sido fixada no mínimo legal, o julgador deverá reconhecer a aplicação da correspondente redução de pena em observância à natureza normativa do princípio cons-

131 – DIDIER Jr. *Direito Processual Civil – Tutela Jurisdicional Individual e Coletiva* – vol. I. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2005

132 – BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral* 1. 16.ed. – São Paulo: Saraiva, 2011

titucional fundamental da individualização da pena e dos princípios da legalidade e proporcionalidade, afastando, conseqüentemente, a incidência da Súmula 231, STJ, que, em sua natureza é inconstitucional.

De outro lado, qualquer decisão judicial que afaste a incidência do princípio da individualização da pena, com a conseqüente aplicação do citado enunciado da Súmula 231, deverá ser necessariamente fundamentada e motivada as suas razões, sob pena de ser uma decisão absolutamente nula.

Assim, em sendo um direito subjetivo do réu, a redução da pena abaixo do mínimo legal, na segunda fase da aplicação da pena, quando presentes circunstâncias atenuantes, deve ser, nos dizeres da própria lei, sempre aplicado. A não observância desta redução implica, necessariamente, na nulidade da sentença.

Assim, os julgadores, em atenção aos princípios constitucionais indicados, devem, necessariamente, não só reconhecer, mas também aplicar a redução de pena em relação à ocorrência de quaisquer circunstâncias atenuantes, sob pena de se estar ferindo um direito subjetivo do réu e, conseqüentemente, aplicando enunciado sumular que vem a piorar a sua situação, fato este repugnado pelo nosso ordenamento jurídico.

Restou claro que a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça é inconstitucional uma vez que não observa a incidência obrigatória do princípio normativo e constitucional da individualização da pena, direito subjetivo do réu.

8 – REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1**. 16.ed. – São Paulo: Saraiva, 2011

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acessado em 17 de julho de 2012.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acessado em 17 de julho de 2012.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acessado em 20 de julho de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 231**. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acessado em 20 de agosto de 2012.

CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. **Ações Constitucionais**. In: DIDIER JR., Fredie (coord) 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008

DIDIER, Fredie Jr. **Direito Processual Civil – Tutela Jurisdicional Individual e Coletiva – vol. I**. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2005

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2004

GOMES, Luiz Flávio. **Descomplicando o Direito: Princípio da Individualização da Pena**, disponível em http://www.lfg.com.br/artigo/20100511202248458_descomplicando-o-direito-principio-da-individualizacao-da-pena.html, acesso em 09/08/2012

GOMES, Luiz Flávio. Atenuantes Podem Reduzir Pena Abaixo do Mínimo Legal. http://www.conjur.com.br/2002-set-29/sumula_stj_conflito_direito_vigente. Revista Consultor Jurídico, 29 de setembro de 2002, acesso em 11/08/2012

MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, volume 1: Parte Geral. 26ª.ed. São Paulo: Atlas, 2010

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatório Aspectos Práticos e Teóricos**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009



SILVA, Admin da. **Circunstâncias atenuantes e pena aquém do mínimo: é possível?** Disponível em http://www.lfg.com.br/artigo/20041008161425575_circunstancias-atenuantes-e-pena-aquem-do-minimo-e-possivel.html, acesso em 05/08/2012

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009

A POLÍTICA DE MEDICAMENTOS NA REDE PÚBLICA DE SAÚDE E A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Cristiane da Silva Barreto Nogueira¹³³

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS – E A TERAPÉUTICA MEDICAMENTOSA; 2.1 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS; 2.2 A ASSISTÊNCIA TERAPÊUTICA MEDICAMENTOSA DO SUS; 3 RESPONSABILIDADE DOS ENTES DA FEDERAÇÃO; 4 A OMISSÃO OU FALHA NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DA REDE PÚBLICA E A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO PARA O SEU FORNECIMENTO; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS

Resumo

o presente artigo trata da política de assistência farmacêutica da rede pública de saúde e a intervenção do poder judiciário. No sistema público de saúde, a terapêutica medicamentosa e o fornecimento de insumos se dá de forma gratuita. Sendo certo quanto ao fornecimento de medicamentos, em princípio compete aos municípios os medicamentos básicos e, aos Estados e a União, os de alta e média complexidade. Não obstante essa divisão administrativa, o Poder Judiciário vem se posicionando no sentido da responsabilidade no fornecimento de medicamentos ser solidária entre as três esferas de poder, independentemente das divisões administrativas ditadas pela legislação infraconstitucional. Essa intervenção, do judiciário, na concessão de medicamentos, é objeto de diversos debates. De um lado rechaçado, sob o argumento do judiciário criar política pública de fornecimento de medicamentos independentemente de amparo técnico. De outro, visto como a única forma de assegurar o direito público subjetivo a medicamentos, vertente do direito à saúde, em face da omissão dos entes federados em implementar substancialmente o devido acesso. A intervenção do judiciário deve ser vista como inafastável, por fundar-se em direito fundamental, no entanto, deve ser embasado no princípio da ponderação de modo que não se perca de vista a finalidade do Sistema único de Saúde, como uma política de acesso universal e igualitária às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Palavras-Chave: Constitucional; Direitos Fundamentais; Saúde Pública; Medicamentos; intervenção do Judiciário.

133 – Defensora Pública de Classe Final. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito

1 – INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por tema a intervenção do poder judiciário frente a política de assistência farmacêutica da rede pública de saúde. Busca, através de revisão bibliográfica, saber quais temperamentos deve o judiciário se munir para oferecer prestação jurisdicional de modo a não interferir na independência dos poderes, de forma que garanta o comando, inserto na constituição, de assistência de saúde a todos isonomicamente.

Em termos de ordenamento jurídico, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a saúde como direito fundamental, além de propor e impor a construção de um sistema público de saúde, daí a gênese do Sistema Único de Saúde – SUS, com abrangência de alcance a todos, sem distinção ou qualquer restrição, sem custos, garantindo aos que a ele recorram uma atenção que abranja ações de promoção, prevenção, tratamento e reabilitação, mediante acesso a todos os níveis de complexidade do Sistema de Saúde, e sob gestão de todos os entes da Federação, estados, município, Distrito Federal e União.

Sob esse viés, o acesso a medicamentos, faz parte do conjunto de ações e serviços de assistência terapêutica e atividades de prevenção. No sistema público de saúde brasileiro, a terapêutica medicamentosa e o fornecimento de insumos se dá de forma gratuita, mediante o acesso do paciente às farmácias públicas, inicialmente, desde que o medicamento ou tratamento conste de listagens oficiais elaboradas com base em escolhas administrativas, com observância dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas.

A organização do Sistema Único de Saúde se dá mediante uma divisão administrativa regionalizada e hierarquizada com base no critério da complexidade das ações e serviços. Raciocínio que se estende ao fornecimento de medicamentos, ficando a cargo dos municípios o fornecimento de medicamentos básicos e aos estados e à União os de alta e média complexidade.

Não obstante essa divisão administrativa, o Poder Judiciário brasileiro vem se posicionando no sentido de que a responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos é solidária entre as três esferas de poder, independentemente das atribuições/divisões administrativas dadas pela legislação infraconstitucional.

Esse posicionamento do judiciário é constitucional haja vista a proteção ao direito à saúde, inserido na Constituição Federal, Título VIII - Da Ordem Social, principalmente, por seu art. 196 prescrever sê-la de competência comum a todos os entes federativos.

A crescente atuação do judiciário em demandas de saúde se explicaria, principalmente, pelo engessamento das esferas administrativas, que embora divididas em competências, são unas em responsabilidades. Questiona-se, porém, se seria possível o judiciário intervir,

nas políticas de saúde, através das demandas que lhe são ingressadas, de modo a não intervir na garantia a universalidade de acesso prevista na CF-88, mesmo quando acionado por demandas individuais.

O presente artigo foi elaborado em três capítulos. O primeiro capítulo versa sobre o SUS e a terapêutica medicamentosa, como política pública de saúde. No segundo capítulo, trata da responsabilidade dos entes da federação nas ações e serviços de saúde, neles incluídas a assistência farmacêutica, e o posicionamento do judiciário frente ao tema.

Por fim, discorre sobre a omissão ou falha no fornecimento de medicamentos, em razão do engessamento das esferas administrativas, e a necessária intervenção do judiciário, bem como dos limites a serem observados por este poder para dar efetividade ao direito à saúde.

2 – O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS E A TERAPÊUTICA MEDICAMENTOSA

2.1 – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS.

Com a Constituição de 1988, o direito à saúde foi elevado à categoria de direito subjetivo público, num reconhecimento de que o sujeito é detentor do direito e o Estado o seu devedor, além, é obvio, de uma responsabilidade própria do sujeito que também deve cuidar de sua própria saúde e contribuir para a saúde coletiva¹³⁴.

Hoje, compete ao Estado garantir a saúde do cidadão e da coletividade. As Constituições Brasileiras anteriores à de 1988 no máximo arrolaram a competência do Poder Público para legislar sobre proteção à saúde. Porém como atividade pública voltada basicamente à prevenção de endemias e epidemias (ARAÚJO, 2008).

Este posicionamento, de que o direito à saúde é, para além de colibir e evitar a propagação de doenças, também a formulação e execução de políticas econômicas e sociais, para Leonir Santos (SANTOS, 2005) amplia a perspectiva da atuação das inúmeras atribuições administrativas que devem movimentar a máquina estatal para assegurar esse direito.

Para SANTOS, 2005, o Sistema Único de Saúde – SUS, é o setor da Administração Pública, definido constitucionalmente (art. 198 da CF) como o conjunto de ações e serviços públicos, organizados em rede regionalizada e hierarquizada, de execução das três esferas do governo.

¹³⁴ Art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.080/90 - "O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade". O direito à saúde obriga a todos, indistintamente, por envolver questões de cunho coletivo e direitos difusos. Ninguém tem o direito de prejudicar a saúde de outrem

O art. 198 da Constituição Federal formulou a estrutura geral do sistema único de saúde, considerando-o uma rede regionalizada e hierarquizada, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: a) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; b) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; c) participação da comunidade.

Esse sistema será financiado com recursos da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (§1º), ficando previstos recursos mínimos a serem aplicados, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde (§§ 2º e 3º).

2.2 –A ASSISTÊNCIA TERAPÊUTICA MEDICAMENTOSA DO SUS

De acordo com a Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8.080/90, são campos de atuação do SUS, dentre outras, a “1_a execução de ações: d) de assistência terapêutica integral, inclusive, farmacêutica;”. Para o Ministério da Saúde:

A assistência farmacêutica por sua vez, constitui-se por um grupo de atividades relacionadas a medicamentos destinadas a apoiar as ações de saúde, envolvendo o abastecimento de medicamentos em todas as suas etapas constitutivas, incluindo, a conversação, o controle de qualidade, a segurança, a eficácia terapêutica, o acompanhamento, a avaliação do uso, a obtenção e a difusão de informação sobre eles, bem como educação permanente dos profissionais de saúde, do paciente e da comunidade de forma assegurar seu uso racional (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005).

Segundo Vera Lúcia Edais Pepe (PEPE at ai, 2010) a Assistência Farmacêutica, no SUS, ganhou importância após a instituição, em 1998, da Política Nacional de Medicamentos (PMN) por meio da diretriz que preconizava sua reorientação, sendo seguida da I Conferência Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica, em 2003, e da Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF), em 2004.

A estruturação de setores específicos voltados à Assistência Farmacêutica, nas diferentes esferas de governo, portanto, é recente. Em 2006, a partir da publicação dos Pactos pela Vida e de Gestão, o SUS passou a considerar a Assistência Farmacêutica como um bloco específico de financiamento.

Conforme mencionado, o Sistema Único de Saúde se organiza mediante uma divisão administrativa regionalizada e hierarquizada com base no critério da complexidade das ações e serviços (inc. 11 do art. 7º da Lei nº 8.080/90). A Portaria nº 698/GM, de 30 de maio de 2006,

que “Define que o custeio das ações de saúde é de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS, observado o disposto na Constituição Federal e na Lei Orgânica do SUS” dispõe

“Art 1º Definir que o custeio das ações de saúde é de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS, observado o disposto na Constituição Federal e na Lei Orgânica do SUS.

Caberia aos municípios, nesse contexto, a concretização de ações e serviços de menor complexidade, aos estados os de média e alta complexidade e à União os de alta complexidade. É o que se depreende dos artigos 8º e seguintes da Lei nº 8.080/90, bem como da interpretação sistemática desse diploma legal e de todos os outros atos normativos que disciplinam a assistência à saúde.

No tocante ao fornecimento de medicamentos, em princípio o raciocínio aplicado é o mesmo: cabe aos municípios o fornecimento de medicamentos básicos e aos estados e à União os de média e alta complexidade. Com vistas a promover a assistência farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, o Ministério da Saúde formula listagem de medicamentos disponível em toda rede, à qual se atribui a designação “Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Rename”.

A formulação dessa listagem, bem como sua atualização periódica – que é ditada expressamente pela política nacional de medicamentos, instituída pela Portaria MS 3916/98, observa as patologias e agravos à saúde mais relevantes e prevalentes, respeitadas as diferenças regionais do país, e leva em consideração diversos critérios, tais como: a demonstração da eficácia e segurança do medicamento; a vantagem com relação à opção terapêutica já disponibilizada (maior eficácia ou segurança ou menor custo); e o oferecimento de concorrência dentro do mesmo subgrupo, como estratégia de mercado.

3 – RESPONSABILIDADE DOS ENTES DA FEDERAÇÃO

Tido como direito fundamental, o direito à saúde, torna-se aquele direito da pessoa humana que deve ser reconhecido e garantido, porquanto constitucionalmente fundamental, frente ao Estado (SARLET, 2006). Pode ainda ser entendido como direito subjetivo do indivíduo perante o Estado, tendo efeitos diretos exclusivamente na relação indivíduo-Estado, e efeitos indiretos nas relações entre indivíduos. Em suma, como direito fundamental o homem obtém pelo simples fato de ter nascido, é inato a ele e possui extensão universal (PILAU SOBRINHO, 2000).

Consoante o entendimento de SARLET (2006), os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, representando, assim, não apenas parte da Constituição Federal formal, mas também o elemento nuclear da Constituição material. Os direitos fundamentais são a base da sociedade, não havendo possibilidade de formação e convivência em sociedade, caso não houvesse a observância destes, ainda que não de forma efetiva.

O direito à dignidade humana também está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso 111, estando assim disposto: “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

111 - a dignidade da pessoa humana.”

A dignidade da pessoa humana pode impor o fornecimento de prestações materiais pelo Estado, que permitam uma existência autodeterminada, sem o que a pessoa, obrigada a viver em condições de penúria extrema, se veria involuntariamente transformada em mero objeto do acontecer estatal e, logo, com a violação do princípio da dignidade da pessoa humana (SCHWARTZ, 2001).

Destarte, é evidente o liame entre a dignidade humana e os direitos fundamentais. A saúde é um direito fundamental e está garantido na Carta Magna, sendo de elevada importância para todos os indivíduos. A sua inclusão no ordenamento jurídico é fruto da evolução dos direitos fundamentais e da vitória daqueles que tanto batalham por tais direitos.

A saúde está entre os principais componentes da vida, sendo pressuposto indisponível para sua existência, bem como elemento fundamental para a qualidade de vida (SCHWARTZ, 2001). Assim, não há que se pensar em uma vida com qualidade, sem que esteja presente o elemento saúde e por este motivo é indispensável que o Poder Público dispense seus esforços a fim de promover políticas públicas direcionadas e efetivas à saúde da população.

O Estado tem o poder e o dever de sistematizar a forma como devem ser observados os princípios a fim de garantir os direitos. É certo que o ente público tem obrigação de obedecer ao princípio da legalidade e respeitar a previsão orçamentária, mas é imprescindível, também, que as atividades estatais estejam vinculadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, devendo abster-se e ter condutas no sentido de efetivar e proteger a dignidade do indivíduo e da sociedade em geral.

De acordo com os ensinamentos de Sarlet (2006), o direito à saúde pode ser incluído na classificação dos direitos fundamentais em dois pontos: direito de defesa e direito de prestação.

Quanto ao direito de defesa, o direito à saúde assume a condição de um direito a proteção da saúde, ou seja, disponibilização de políticas com o fim principal de garantia e manutenção da saúde. Já em relação ao direito de prestação, este consiste na realização de atividades a fim de assegurarem a fruição do direito, incluindo nessas o fornecimento de materiais e serviços, como atendimento médico e hospitalar especializado, entrega de medicamentos e suplementos alimentares, realização de exames e procedimentos cirúrgicos, bem como a prestação de tratamento médico, ao titular do direito fundamental.

Nesse sentido, o direito à saúde é subjetivo e público sendo oponível contra o Estado, em qualquer de suas esferas, devendo apenas ser observado o requisito do risco da preservação da vida e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Não há dúvidas de que a saúde é um dos direitos mais relevantes garantidos constitucionalmente e que deve ser observado até as últimas consequências.

No que tange a responsabilidade pela saúde pública no Brasil, pelos entes federados, há expressa previsão na Constituição Federal. De acordo com o art. 23, inc. 11, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios possuem competência comum para cuidar da saúde.

Pelo artigo 24, inc. XII, a União, os estados e o Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre a defesa da saúde. Ressalte-se que os municípios, por força do art. 30, inc. I, também podem legislar sobre a saúde, já que se trata de assunto de inegável interesse local, até porque a execução dos serviços de saúde, no atual estágio, está, em grande parte, municipalizada.

O art. 30, inc. VII, confere aos municípios a competência para prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

O artigo 196, da Constituição Federal é enfático em dizer que:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

No tocante ao fornecimento de medicamentos, em princípio o raciocínio aplicado é o mesmo: cabe aos municípios o fornecimento de medicamentos básicos e aos estados e à União os de alta e média complexidade. Ficaria a cargo dos estados, por exemplo, a dispensação dos medicamentos denominados “excepcionais”.

Trata-se da construção de uma compreensão acerca da definição delimitada de atribuição de competências para cada um dos entes federativos.

Desse apanhado normativo constitucional deu-se ensejo a interpretação pelas instâncias judiciais, acerca da solidariedade dos entes federativos quanto a obrigação de dar total efetividade ao direito à saúde em todos os aspectos que a sua prestação demanda.

Nesse sentido, o RE 280.642, julgado pela 2ª Turma do STF, diz que a referência, contida no preceito “Estado”, (expressão do artigo 196, da CF) mostra-se abrangente, a alcançar a União Federal os estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os municípios. O intuito do constituinte, portanto, seria estabelecer a gestão da saúde pública como obrigação de todos os entes. Argumento que estaria corroborado pelo que expresso no artigo 198, § 1º, da CF, ao criar um Sistema Único de Saúde, em que o financiamento conta com recursos orçamentários da seguridade social, da União, estados, Distrito federal e municípios, além de outras fontes.

Assim, a discussão sobre qual ente é competente para executar programas de saúde e de distribuições de medicamentos não poderia se sobrepor à proteção ao próprio direito, de modo a estabelecer a obrigação solidária de todos os entes, que, em sede judicial, poderiam ser demandados conjunta ou isoladamente. Interpretação que encontra arrimo nas disposições constantes dos art. 6º e 196 da Constituição Federal, bem como à luz da Lei nº 8.080/90.

Para Edelberto Luiz da Silva (2009), essa interpretação estaria conduzindo os magistrados à condenação indistinta e simultaneamente da União, Estados e Municípios na prestação jurisdicional reclamada pelo autor. A seu ver, tal conduta tem contribuído para tumultuar o cumprimento da ordem ao invés de apressá-lo, especialmente diante da exiguidade dos prazos, a conspirar contra uma articulação segura entre os entes políticos para atendê-la, com a confiabilidade de que um deles o fará, para evitar a exposição dos demais à forte carga de intimidação, que tem atingido até o Ministro da Saúde. Daí resulta, muitas vezes, o triplice cumprimento do comando judicial, com grande desperdício dos recursos orçamentários destinados à saúde.

Segundo Luis Roberto Barroso, (2007), a Lei nº 8.080/90 procurou ainda definir o que cabe a cada um dos entes federativos na matéria. À direção nacional do SUS, atribuiu a competência de “prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional” (art. 16, XIII), devendo “promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal” (art. 16, XV). À direção estadual do SUS, a Lei nº 8.080/90, em seu art. 17, atribuiu as competências de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar

apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde. Por fim, à direção municipal do SUS, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde (art. 18, I e 111).

Em que pese a magnitude do posicionamento contrário, a ideia de solidariedade, segundo Ordacgy (2009), é a de que o jurisdicionado, o paciente que precisa de medicamentos pode requerer esse medicamento necessário de um dos entes públicos, município, estado ou União Federal, ou de todos eles juntos. O que for melhor para ele porque ele se encontra numa posição de fragilidade. Ele é a parte mais fraca e, ainda por cima, acometido de uma enfermidade.

4 – A OMISSÃO OU FALHA NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E A NECESSÁRIA INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO PODER PÚBLICO

De acordo com o que dispõe o art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988, “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, este dispositivo, a luz da legislação vigente, traz questões de relevante valor, pois o direito a saúde é um direito fundamental e deveria ter aplicabilidade imediata. Porém, a cada dia que passa, a sociedade encontra-se dependente de medicamentos.

No Brasil, a demanda de medicamentos não supre o que é solicitado pela população e, muitas vezes, o que é receitado não se encontra na listagem de medicamentos essenciais fornecido pelo ente público.

Pela precariedade da administração e pela necessidade do indivíduo, surge a jurisdicionalização dos medicamentos, ou seja, os indivíduos recorrem ao Poder Judiciário pelo fornecimento de medicamentos. No entanto, o fornecimento de medicamentos no Brasil, maior que o problema de eficácia do direito, é uma questão que perpassa pela frágil eficácia social da norma, assim compreendida por José Afonso da Silva,

é pertinente a distinção entre os conceitos de efetividade, eficácia e aplicabilidade da norma regulamentadora. Explícita que é nítida a conexão entre ambos os conceitos, porém deve-se distinguir entre a eficácia social da norma e a eficácia jurídica. A eficácia social da norma condiz com sua real obediência e aplicação no plano dos fatos, já a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executividade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade e não efetividade,

pois a distinção pode se fazer pelo fato de que uma norma pode perfeitamente possuir eficácia jurídica (como por exemplo, o de revogar normas anteriores), mas não alcançar a efetividade, isto é, não ser socialmente eficaz, caso não for cumprida no plano social (AFONSO DA SILVA, 1998)

A sistemática de distribuição de medicamentos à população têm se mostrado ineficaz, já que inúmeros são os casos em que a população não recebe os remédios que necessita. Assim, “o Estado usa as mais variadas justificativas para se furtar à obrigação de prestar de forma completa a assistência à saúde” (PARANHOS, 2007, p. 158).

De tal modo, a precariedade do sistema público de saúde, aliada ao insuficiente fornecimento de remédios gratuitos, ocasionou o nascimento do fenômeno da “judicialização da saúde”. Nas palavras de Ordacgy (2007):

A notória precariedade do sistema público de saúde brasileiro, bem como o insuficiente fornecimento gratuito de medicamentos, muitos dos quais demasiadamente caros até paras as classes de maior poder aquisitivo, têm feito a população civil socorrer-se, com êxito, das tutelas de saúde para a efetivação do seu tratamento médico, através de provimentos judiciais liminares, fenômeno esse que veio a ser denominado de “judiciaüzação” da Saúde (ORDACGY,2007).

Nesse sentido, Paranhos (2007) elucida:

Diante da deficiência do Estado em disponibilizar à sociedade um serviço público de saúde pleno, deve o interessado buscar no processo constitucionalizado a elaboração de provimentos judiciais, de forma a obrigar a Administração Pública a cumprir o dever que lhe foi imposto pela norma constitucional, visando alcançar o mesmo resultado prático que decorreria do adimplemento, se eficientes as políticas públicas voltadas para esse fim (PARANHOS, 2007).

A omissão estatal em atender as demandas, administrativamente, de saúde, faz com que a “judicialização da saúde” tome cada vez mais corpo. E o judiciário tem assumido postura incisivas e relevantes na área da saúde pública.

Nessa perspectiva:

Houve um vertiginoso crescimento de demandas judiciais cujo objetivo é obrigar o Estado ao fornecimento de determinadas prestações, tanto em

ações individuais quanto em coletivas, e no qual, o Poder Judiciário vem assumindo papel decisivo na área da saúde pública, por conta da garantia constitucional da inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito (OHLAND, 2010).

Na prática, a intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde (BARROSO, 2007).

Acionado, o Poder Judiciário fica dividido entre direitos fundamentais e o princípio da legalidade orçamentária. A deficiência no fornecimento de medicamentos impõe uma atitude ao Poder Judiciário com o propósito de garantir a eficácia dos direitos fundamentais.

A Constituição expressamente refere a saúde como um direito de todos, que não pode convolar-se em “promessa constitucional inconsequente”(RE 271286 gRIRS, Rel. Min. Celso de Mello. Dj de C24.11.2000). O fato é que a realidade cotidiana revela as falhas na sua concretização e ao Judiciário é proposto o desafio de conferir eficácia a esse direito, observando os limites da atuação de cada Poder e critérios de justiça que se coadunem com a ordem de valores constitucionais.

No entanto, o evento chamado judicialização da saúde, tem levantado a discussão do excesso que essa intervenção pode implicar. Nas palavras de Barroso (2007), o judiciário brasileiro ao intervir nas demandas de saúde corre o risco de morrer da cura. Ou seja, a intervenção do judiciário nas demandas de saúde pública tem sido tão inadvertidas, que poderia gerar colapso do Sistema Único de Saúde.

Portanto, a judicialização das questões de saúde tem sido alvo de intensos debates nos mais diversos setores sociais, merecendo contínua e especial atenção do STF. Em sede de **SL 47 AgRIPE e STA 175 AgRICE**, a Corte Suprema propugnou a análise estratificada do preceito descrito no art. 196 da CF, a fim de se estabelecer o ideal alcance do direito constitucional à saúde, especialmente no tocante ao fornecimento de tratamentos e de medicamentos pelo Poder Público, com vistas a estabelecer os limites e as possibilidades de implementação desse direito.

Da análise de cada um dos elementos que compõe o conteúdo do direito à saúde, estabelecido no art. 196 da Constituição Federal, conforme o Ministro Gilmar Mendes, quando da relatoria daqueles julgados, subsidiado por uma série de estudos, consultas e audiências públicas envolvendo os mais diversos setores interessados na judicialização do fornecimento de medicamentos, decorrem as ponderações a seguir.

- a) o direito à saúde constitui um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação obrigacional;
- b) o Estado possui o dever de oferecer os serviços de saúde à população, tendo de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde. Como a competência para cuidar da saúde é comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, inc. 11, da CF), os entes federativos possuem responsabilidade solidária pela prestação dos serviços de saúde, pouco importando a descentralização das atividades e a conjugação de recursos financeiros;
- c) O direito subjetivo público à saúde faz-se assegurado mediante políticas públicas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo às políticas públicas de acesso igualitário e universal, estabelecidas por meio de escolhas alocativas capazes de promover, proteger e recuperar a saúde e de reduzir as doenças e outros agravos, com a distribuição de recursos por base em critérios distributivos.

Assim, a garantia judicial da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde, o que por certo deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso

Nesse sentido, o direito à saúde, como um direito de todos, detém tanto uma matriz individual como uma coletiva, sendo tanto um direito público subjetivo quanto um direito coletivo à saúde. Assim que, trata-se de um direito público subjetivo a políticas que promovam, protejam e recuperem a saúde, sendo a garantia da prestação individual de saúde condicionada ao não comprometimento do funcionamento do sistema único de saúde, não se convertendo em um direito subjetivo absoluto a todo e qualquer procedimento com vistas a garantir o seu escopo.

Disso tudo, resulta que o pleno acesso à saúde não implica o acesso irrestrito ou indiscriminado. Para a fruição do direito à saúde o indivíduo deve submeter-se às ações e políticas públicas implementadas pelo Estado, o qual, por sua vez, deve adotar mecanismos eficazes, elegendo rigorosos critérios técnicos que atendam o interesse da população e ao mesmo tempo respeitem o orçamento público e a indisponibilidade do interesse público.

A par desse elemento de ponderação, diante das audiências públicas ocorridas no STF, sobressaíram ainda outros parâmetros a serem utilizados quando da intervenção do Poder Judiciário.

Haja vista que, conforme ponderou o Ministro Gilmar Mendes, a ausência de implementação de políticas públicas em matéria de saúde ainda corresponde à causa principal de intervenção do Poder Judiciário para o efetivo cumprimento das políticas públicas já existentes, ao ser provocado para a concessão de determinada prestação de saúde, deve o Poder Judiciário observar primeiramente se a prestação de saúde solicitada está inserida em política estatal que a abranja, pois, em caso positivo, não há que se falar em criação de política pública por parte do Judiciário.

A *contrario sensu*, se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, deve-se atentar para as circunstâncias de a negativa de fornecimento decorrer: a) de uma vedação à sua dispensação; b) de uma decisão administrativa de não fornecê-la; c) de uma omissão legislativa ou administrativa.

Neste ponto, se a demanda apresentada ao Poder Judiciário para seu pronunciamento tiver por objeto prestação de saúde que envolva fornecimento de fármaco, necessário se faz que este possua registro na ANVISA, uma vez que esta seria uma condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto.

Embora não se constitua em uma regra intransponível, posto haver a possibilidade de importação de medicamento não registrado mediante a autorização da citada agência, é vedado ao Judiciário intervir, determinando o fornecimento de medicamento sem a verificação de sua eficácia, segurança e qualidade pela Anvisa, sob pena de invasão da competência administrativa da agência reguladora.

De outro lado, faz-se necessária a análise de existência de motivação para decisão administrativa que não fornece pelo SUS determinada ação de saúde solicitada pelo administrado. Nessa hipótese, é necessário verificar: 1- se o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado ao paciente; 2- O SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. Nessas circunstâncias, não sendo provada que o tratamento fornecido é ineficaz no caso concreto, há de se privilegiar as estratégias de saúde ofertadas pelo sistema público. Se a situação, todavia, é de inexistência de tratamento solicitado na rede pública de saúde, é preciso se verificar se requer o fornecimento de tratamento experimental ou de novos tratamentos ainda não testados pelo SUS, havendo vedação ao fornecimento pelo SUS no primeiro caso somente, por tratarem-se de campo de pesquisa médica, sem comprovação científica atestada, o que poderia colocar em risco a saúde individual ou coletiva, não ocorrendo o mesmo quando se trata apenas de novo tratamento que ainda não foi incorporado pelo SUS, isso porque o SUS filiou-se à corrente da Medicina com base em evidências, adotando Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas com o fito de estabelecer os critérios de diagnóstico de doenças, o algoritmo de tratamento com os medicamentos e as doses adequadas, os medicamentos para o monitoramento clínico quanto à efetividade do trata-

mento e a supervisão de possíveis efeitos adversos, além de criar mecanismos para garantia da prescrição segura e eficaz, conforme asseverado pelo Ministro Gilmar Mendes, os PCDTs não são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial, de modo que o paciente do SUS não fique excluído de tratamento já ofertado na rede privada de saúde.

Assim, no caso de omissão legislativa ou administrativa (ausência de protocolo ou diretriz do SUS), em razão da demora na sua suplementação e haja vista que o indivíduo não pode ficar tolhido do acesso à saúde, o Poder Judiciário, em face da inafastabilidade jurisdicional, poderá interceder, determinando a concretização do tratamento. Todavia, há de se ressaltar que a medida judicial, porquanto excepcional, deve respaldar-se em precisa indicação médica pautada em rigorosas evidências científicas.

Por isso, a atuação judicial deve pautar-se na análise das circunstâncias do caso submetido à sua apreciação, o que, por certo, ensejará a produção de provas.

Só assim, na verificação em concreto acerca da eficácia ou não das ações públicas preconizadas pelo SUS, visando à sua autopreservação e ao atendimento universal e igualitário dos usuários, legitimará a sua atuação em caso de lesão ao acesso à serviço de saúde de modo genérico e desrazoável, com violação ao direito individual à saúde.

5 – CONCLUSÃO

Nos últimos anos o tema política da assistência farmacêutica da rede pública de saúde e a intervenção do poder judiciário tem sido mote para várias discussões jurídicas. Se de um lado há o direito fundamental à saúde, de outro há parâmetros ou critério que devem ser observados pelo judiciário de modo a não interferir na independência dos poderes e garanta o comando inserto na Constituição, de assistência de saúde a todos isonomicamente.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a saúde como direito fundamental e propôs a construção de um sistema público de saúde, gênese do Sistema Único de Saúde – SUS, de alcance a todos, sem distinção ou qualquer restrição, sem custos, garantindo aos que a ele recorram uma atenção que abranja ações de promoção, prevenção, tratamento e reabilitação, mediante acesso a todos os níveis de complexidade do Sistema de Saúde, e sob gestão de todos os entes da Federação, estados, município, Distrito Federal e União.

A assistência terapêutica é um dos campos de atuação do SUS e sua abrangência e atuação se dá, assim como o SUS, mediante uma divisão administrativa regionalizada e hierarquizada com base no critério da complexidade das ações e serviços.

O Poder Judiciário brasileiro se posiciona no sentido da responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos ser solidária entre as três esferas de poder, independentemente das atribuições/divisões administrativas dadas pela legislação infraconstitucional.

A atuação do judiciário em demandas de saúde decorre, em grande parte, da omissão na sistemática distribuição de medicamentos à população.

Assim, no caso de omissão legislativa ou administrativa (ausência de protocolo ou diretriz do SUS), em razão da demora na sua suplementação e haja vista que o indivíduo não pode ficar tolhido do acesso à saúde, o Poder Judiciário, em face da inafastabilidade jurisdicional, poderá interceder, determinando a concretização do tratamento. Todavia, há de se ressaltar que a medida judicial, porquanto excepcional, deve respaldar-se em precisa indicação médica pautada em rigorosas evidências científicas.

A atuação judicial deve pautar-se na análise das circunstâncias do caso submetido à sua apreciação, o que, por certo, ensejará a produção de provas. Só assim, na verificação em concreto acerca da eficácia ou não das ações públicas preconizadas pelo SUS, visando à sua autopreservação e ao atendimento universal e igualitário dos usuários, legitimará a sua atuação em caso de lesão ao acesso à serviço de saúde de modo genérico e desrazoável, com violação ao direito individual à saúde.

6 – REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3a ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1998.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.486

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. P.5. Disponível em <<http://www.luisrobertobarroso.com.br>> Acesso em 08 de agosto de 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Ministério da Saúde. O SUS de A a Z: **Garantindo Saúde nos municípios**. Brasília, ministério da saúde, 2005.



BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria N° 698/GM de 30 de março de 2006**. Disponível em <<http://www.portal.saude.gov.br>> acesso em 11 de novo2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria N° 3.916/MS/GM de 30 de outubro de 1998**. Disponível em <<http://www.portal.saude.gov.br>> acesso em 11 de novo2012

BRASIL. STF - **Audiência Pública sobre Saúde Pública e atuação do Sistema único de Saúde**. 2009. Disponível em <<http://www.stfj.us.br>> acesso em 11 de novo 2012.

BRASIL. STF: SL 47 AgRIPE. Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes (Presidente), j. 17/03/2010, Dje 076, divulg. 29/04/2010, public. 30/04/2010.

BRASIL. STF: STA 175 AgRICE. Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes (Presidente), j. 17/03/2010, Dje-076, divulg. 29/04/2010, public. 30/04/2010.

EDAIS PEPE, Vera Lúcia; FIGUEIREDO, Tatiana de Aragão; SIMAS, Luciana; SERPA OSORIO-DE-CASTRO, GARCIA, Claudia; VENTURA, Míriam. **A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica**. Artigo. Disponível em <<http://www.scielo.br>> acesso em 26 de novo 2012.

GANDIN, João Agnaldo Donizeti; FERREIRA, Samantha; SOUZA, Andre Evangelista de. **A judicialização do direito a saúde**: a obtenção de atendimento médico, medicamentos, insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências. Revista 10B de Direito Administrativo, São Paulo, n. 28, ano 111p,07- 45, abro2008.

A DIGNIDADE DOS PRESOS NO MUNICÍPIO DE SENHOR DO BONFIM-BA

Eva Ferreira da Silva¹³⁵

SUMÁRIO: 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS. 2. CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 3. ASPECTOS POSITIVOS DO TRATAMENTO DIGNO. 4. ASPECTOS NEGATIVOS DO TRATAMENTO DESUMANO. 5. SITUAÇÃO PRISIONAL. 6. LEI DE EXECUÇÃO PENAL. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

Resumo

A situação da carceragem no complexo policial do Município de Senhor do Bonfim é desumana. Celas superlotadas, em condições que violenta a dignidade dos presos afetando, também, toda a sociedade que recebe os indivíduos que de lá saem ainda mais brutalizados. É direito dos presos o tratamento digno e com respeito. É imprescindível que sejam implementadas políticas públicas que efetivamente promovam a recuperação do detento bastando, para tanto, a observância da Lei de Execução Penal e seus eixos principais: punir e ressocializar.

Palavras-chave: Penitenciárias. Dignidade. Reintegração.

135 – Defensora Pública de Classe Intermediária. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito.

1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não devemos considerar ninguém como irrecuperável. Devemos procurar compreender a psicologia de quem faz o mal. Muitas vezes é vítima das circunstâncias. Com a paciência consegue-se conquistar alguém para a causa da justiça. Não devemos, além disso, esquecer que também o mal é alimentado com a colaboração, querida ou não, do bem. Só a verdade se mantém por si só. Em última análise, devemos vencer o adversário isolando-o completamente e privando-o da nossa colaboração. (Mahatma Gandhi).

O presente artigo pretende ampliar o debate referente ao grave problema dos encarcerados no município de Senhor do Bonfim com base em observação no exercício defensorial. A preocupação com a dignidade do preso foi determinante para a escolha do tema aqui discutido. O objetivo pretendido é explicar o que vem a ser a dignidade do preso. O objetivo específico é demonstrar a violação dos direitos do preso e suas consequências, além de mostrar a situação prisional e o que diz a Lei de Execuções Penais a respeito do tema.

No primeiro momento, o trabalho irá conceituar a dignidade da pessoa humana e, em seguida, narrar a situação da carceragem, trazendo algumas considerações da LEP para, na conclusão, sintetizar o conhecimento produzido. Finalmente irá sugerir iniciativas por parte do poder público a fim de amenizar a situação dos indivíduos privados de liberdade.

2 – CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca, inseparável de todo e qualquer ser humano, é característica que o define como tal. Concepção de que, em razão tão somente de sua condição humana, e independentemente de qualquer outra particularidade, o ser humano é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e por seus semelhantes. Configura-se como um valor próprio que o identifica. Segundo Leonardo Boff (2000, p. 37):

Nada mais violento que impedir o ser humano de se relacionar com a natureza, com seus semelhantes, com os mais próximos e queridos, consigo mesmo e com Deus. Significa reduzi-lo a um objeto inanimado e morto. Pela participação, ele se torna responsável pelo outro e con-cria continuamente o mundo, como um jogo de relações, como permanente dialogação.

Todo ato que promova o aviltamento da dignidade atinge o cerne da condição humana, promove a desqualificação do ser humano e fere também o princípio da igualdade, posto que é inconcebível a existência de maior dignidade em uns do que em outros.

Do ponto de vista de Maria Aparecida Alves de Melo, a dignidade da pessoa humana pode ser entendida como a proteção da pessoa frente ao exercício do poder, ao progresso tecnológico e científico e a todas as demais situações em que a integridade física e moral possam vir a ser atingidas. Esse princípio visa a assegurar a existência digna de toda e qualquer pessoa, independente de cor, sexo, idade, *status* socioeconômico, etnia, nacionalidade e cultura, tempo e espaço. A dignidade é um valor supremo, daí não haver a possibilidade de relativizá-lo.

Pelas concepções filosóficas e políticas da Antiguidade, constatam-se situações de quantificação da dignidade da pessoa humana em virtude da posição social ocupada pelo indivíduo e, nessa ótica, avaliavam-se certas pessoas como mais dignas e outras como menos dignas.

Nos séculos XVII e XVIII, quando predominava o pensamento *jus naturalista*, a dignidade era vista como direito natural a partir da premissa da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. A concepção Kantiana, vinculada a uma compreensão da dignidade como qualidade insubstituível da pessoa humana é a mais expressiva do período, como repúdio de considerações acerca do ser humano que o reduzissem a objeto ou coisa.

Kant (1994) traça uma distinção entre as coisas no mundo que têm preço e as que, em contraposição, têm dignidade e vale-se do entendimento de que tudo aquilo que está acima de qualquer preço e sem possibilidade de substituição é dotado de dignidade. Tudo que é digno não permite valoração ou substituição.

Com o advento da Declaração dos Direitos do Homem, em fins do século XVIII, houve a libertação do ser humano de qualquer tutela e que tinha por escopo a queda dos abusos estatais. Os direitos do Homem eram considerados inalienáveis, irredutíveis e indeduzíveis, inclusive de outras leis ou direitos. Foram concebidos como inerentes à natureza humana e o Homem surgia como único soberano em questões de lei, da mesma forma como o povo era proclamado como o único soberano em questões de governo.

Para Hegel (1985), a dignidade é uma qualidade a ser conquistada. Ele entende que o ser humano não nasce digno, mas torna-se digno a partir do momento em que assume a sua condição de cidadão.

A dignidade é um princípio inerente ao homem, tendo como objetivo limitar e disciplinar as relações sociais, constituindo-se fundamento da Constituição Federal de 1988. Dentre os direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988 proíbe as penas cruéis (art. 5º, inciso XLVII) e garante ao preso o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX).

Fernando Ferreira dos Santos (1988), analisando o entendimento de Kant a respeito do conceito de dignidade da pessoa humana diz que o que caracteriza o ser humano, e o faz dota-

do de dignidade especial é que ele nunca pode ser meio para os outros, mas fim em si mesmo. Como diz Kant (1994, p. 43), “o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.”

Portanto, cada homem é fim em si mesmo e, tendo como paradigma o texto constitucional de 1988 que estabelece que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, conclui-se que o Estado existe em função de todas as pessoas. Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 62), ao conceituar a dignidade da pessoa humana, preceitua que:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Desta forma, sabendo que a dignidade da pessoa humana é princípio basilar inserto na Magna Carta de 1988, conclui-se que violar a dignidade do preso significa infringir preceito constitucional.

Segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2012), o art. 1º da Constituição Federal traduz em seu *caput* as características principais do Estado Brasileiro, uma Federação, que é a sua forma de Estado, como também uma República, que é sua forma de governo. Significando que o nosso regime político é o democrático. Para esses autores, o Estado Brasileiro traduz-se em um Estado de Direito, implicando a noção de limitação de Poder e de garantia de Direitos fundamentais aos particulares.

A dignidade da pessoa humana está insita na Constituição Brasileira como um de seus fundamentos, consagrando nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, ou seja, a razão de ser do Estado Brasileiro tem seu foco principal na pessoa humana. Na lição de Alexandre de Moraes (2012, p. 78), “esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual”.

Ainda no entender de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2012), a dignidade da pessoa humana traduz-se no reconhecimento de duas posições jurídicas do indivíduo. Em primeiro lugar apresenta-se como um direito de proteção individual não só perante o Estado, mas, também, em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, constitui dever fundamental de tratamento igual de seus semelhantes, podendo-se ainda afirmar que nas suas relações

internacionais, a República Federativa do Brasil tem como um de seus princípios a prevalência dos direitos humanos.

Alguns autores asseguram que os direitos fundamentais tem sua origem na Magna Carta Inglesa de 1215. Para o constitucionalista JJ.Gomes Canotilho (2002) os direitos fundamentais passaram a ter mais força a partir da Revolução francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 e do Bill Of Rights, em 1776, pelos Estados Americanos.

Para Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2012), os primeiros direitos fundamentais surgiram a partir da necessidade de se impor limites e controles aos atos praticados pelo Estado e suas autoridades constituídas, como uma proteção à liberdade do indivíduo frente aos abusos do Estado. Traduz-se, portanto, como uma abstenção, um não fazer do Estado, em respeito à liberdade individual, denominados direitos negativos ou direitos de defesa.

Pode-se valer da explicação de José Afonso da Silva (2006, p. 134) acerca do conceito de dignidade da pessoa humana, a fim de se entender o significado para além de qualquer conceituação jurídica, posto que a dignidade é, como dito, condição inerente ao ser humano, atributo que o caracteriza como tal: “a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana”.

Quando se fala em dignidade da pessoa humana, englobamos o conceito de direitos fundamentais (direitos humanos positivados em nível interno) e direitos humanos (no plano de declarações e convenções internacionais), constituindo um critério de unificação de todos os direitos aos quais os homens se reportam.

3 – ASPECTOS POSITIVOS DO TRATAMENTO DIGNO

Recebendo tratamento digno, o preso se sente valorizado e humanizado em que pese se encontre privado de seu bem maior, a liberdade, podendo os condenados pela justiça penal atingir índices de recuperação relevantes girando em torno de 93% (noventa e três por cento), segundo dados apresentados pela Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC, de Itaúna, Minas Gerais. Essa associação tem uma experiência pioneira do método APAC de Execução Penal, tendo surgido no ano de 1994.

O objetivo é ressocializar o detento, com base na prevenção especial positiva, com o fim de recuperar e reinserir o indivíduo que praticou um delito.

Com a aplicação de um método humanista, atribuindo-se aos próprios condenados a tarefa de cuidar das próprias chaves das celas, verificou-se que o índice de fugas é mínimo. Através desse método, busca-se também a participação da sociedade, proporcionando ao preso a possibilidade de retornar ao convívio social impedindo, portanto, incorrer em reincidência abandonando, assim, o mundo do crime.

Com a constatação de que proporcionando ao preso tratamento digno e humanitário pode se alcançar índices de recuperação elevados, conclui-se que esse será o caminho para transformar os chamados “criminosos” em homens de bem.

4 – ASPECTOS NEGATIVOS DO TRATAMENTO DESUMANO

Os aspectos negativos do tratamento desumano do preso se observam no próprio comportamento deste no interior da prisão: revolta com o sistema carcerário, tentativas e consumações de fugas, violência contra os demais encarcerados, abandono do próprio corpo traduzido em falta de higiene pessoal e com o espaço em que habita.

São fatores negativos que ainda atentam contra a dignidade do preso a superpopulação, ociosidade, insalubridade e promiscuidade pela falta das mínimas condições de vida digna e precariedade das instalações físicas.

Também se observa a baixa autoestima pela perda da privacidade, do seu espaço e submissões a revistas muitas vezes de formas ultrajantes e, o mais grave de todos, impossibilidade de ressocialização observado no alto índice de reincidência tendo, como consequência, não só o dano ao próprio preso, como para a sociedade que se torna refém em seus próprios lares.

5 – SITUAÇÃO PRISIONAL

O sistema carcerário da cidade de Senhor do Bonfim é caótico. Os presos vivem amontoados em condições animais. Habitam em espaços reduzidos, deixando de ser um indivíduo dotado de direitos, passando a ser tratados como coisa. Vivem em um mundo à parte da realidade, onde a força bruta do Estado anula o ser dotado de razão à medida que passa a intimidá-lo com o pretexto de manter a ordem e a segurança social.

Já na abordagem policial, quando da suspeita de ter o cidadão cometido algum delito, a força bruta é exercida ultrapassando os limites do poder, de forma arbitrária, como se a violência contra os presos fizesse parte do procedimento inquisitório.

Não raro nos deparamos com presos feridos em decorrência de violência policial, fato que muitas vezes acontece ainda na rua, mas também no interior do complexo policial, como se ainda estivéssemos nos tempos da ditadura em que os presos eram torturados e até mortos.

Os presos são acomodados em espaço reduzido devido à superlotação carcerária. Habitam como se fossem animais, em espaços fétidos e insalubres. Dormem em meio a privadas, no estilo fossa, onde depositam seus excrementos.

Devido às péssimas condições de higiene, os reclusos desenvolvem um odor característico, o que torna desagradável a convivência com os mesmos. Ressalte-se que os presos são mantidos na carceragem da própria delegacia de polícia enquanto aguardam a transferência para presídios após a condenação. Outras vezes, já condenados, permanecem na delegacia custodiados em razão de negligência do Estado que não providencia suas transferências.

No entender de René Ariel Dotti:

As delegacias de polícia se transformaram em depósitos infectos de presos provisórios e de réus condenados. Nos últimos tempos essas pocilgas abrigam, com regularidade impressionante, seres humanos que não foram julgados, submetendo à vala comum inocentes e culpados, primários e reincidentes. Essas sucursais do inferno se transformaram, não raro, em centros de invasão para resgate de presos perigosos. Contrariando a sua finalidade, que consiste em servir de local para os atos de cartório ou a secretaria das investigações, e da conservação efêmera do preso provisório até a sua transferência, muitas delegacias de polícia se converteram em agências de insegurança coletiva.

Analisando a Lei de Execução Penal, o mesmo doutrinador enfatiza:

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 1984) arrola, de maneira criteriosa, os estabelecimentos penais: penitenciária, colônia agrícola, industrial ou similar, casa do albergado, centro de observação, cadeia pública e hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (art. 8 da LEP, *et seq.*). Mas o Estado, pela omissão dos governos federal e estadual, não tem providenciado os recursos humanos e materiais para o funcionamento adequado desses estabelecimentos. Nesse universo há um foco profundo entre as palavras da lei e a prática da realidade. A superlotação carcerária surge como um dos mais graves problemas humanos e sociais de maneira a gerar a intranquilidade e a insegurança.

Ainda a respeito do assunto René Ariel Dotti leciona:

Os estabelecimentos penais, de um modo geral, constituem servidões de passagem para o terror. Nesses campos de concentração se desenham, como num mural infinito, o sofrimento e o desespero e lembram o testemunho imortal de um ex-presidiário: 'Para lá do portão ficava o mundo luminoso da liberdade, que do lado de cá se imaginava como uma fantasmagoria, uma miragem. Para nós, o nosso mundo não tinha nenhuma analogia como aquele; compunha-se de leis, de usos, de hábitos especiais, de uma casa morta-vida, de uma vida a parte de homens a parte.'

Os presídios precisam oferecer condições para tornar possível a recuperação do preso e a sua ressocialização ao retornar ao convívio social possibilitando, também, o estreitamento de laços com seus familiares.

Em entrevista ao jornal A Tarde no dia 17 de fevereiro de 2007, a secretária de Justiça e Direitos Humanos do Estado da Bahia, à época, Marília Muricy, declarou não ser conveniente separar o preso, levando-o para um ambiente em que ele perde o vínculo com sua família e o meio social. No entendimento da secretária, o Estado precisa oferecer oportunidade de trabalho para o preso permitindo-lhe se inserir no mercado de trabalho ao sair da prisão. Enfatizou que esse tipo de ação ainda é muito incipiente, sugerindo o acesso do preso ao ensino profissionalizante.

O relatório do mutirão carcerário realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ no ano passado, em Salvador, e entregue à presidência do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e ao governo baiano, recomenda que, em razão da superlotação carcerária e das péssimas condições materiais das celas, sejam fechadas as carceragens das delegacias da capital.

O Conselheiro Fernando Tourinho Neto atribuiu a superlotação de presos nas delegacias de polícia ao excesso de prisões preventivas decretadas pelos magistrados da Bahia.

O Coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário – DMF/CNJ, Luciano Losekann informou naquela ocasião que a insalubridade nas delegacias é tamanha que o Estado da Bahia pode ser acionado na Corte Internacional de Direitos Humanos por entidades ligadas aos Direitos Humanos.

A violação aos direitos dos encarcerados e a forma desumana como são tratados no sistema carcerário contribui para o desespero dos presos que vem sofrendo com o descaso do Estado. Há que salientar que a massa carcerária é composta dos desvalidos, que nunca tiveram oportunidade desde a infância, sendo tema recorrente de músicas e outras formas de

expressão artística, valendo a transcrição da música *Desconforto*, de autoria de Zélia Duncan e Rita Lee que diz em seus versos:

O desconforto anda solto no mundo e você sempre junto
 E você sempre atento ao que menos importa
 Você enche os bolsos, solta os cachorros,
 Tem títulos, círculos
 Todos são íntimos
 Todos são múltiplos, polivalentes
 Ou políglotas contentes
 Não há pacote que esgote seu dia feliz
 Não pensa, nem vive
 O que sua boca farta diz
 Você enche o peito, empina o nariz
 Faz vista grossa enquanto almoça o que não quis
 Chama a polícia por causa de um cigarro
 Enquanto tira o sarro com a filha do melhor amigo
 Onde está o perigo?
 Onde está o que importa
 Na marca que você gosta
 Ou na ferida que você sofre
 Se joga mas não se mostra
 Reclama mas não se toca
 Que o desconforto anda solto no mundo
 E o corte é profundo bem lá no fundo da sua alma
 Não bate de frente, não trinca com a gente
 Esbanja dinheiro como o presidente
 Na banca se sente, quebrou a corrente
 Sujeira na mente, infelizmente
 Não desce do salto, não sai do Senado
 Não vem para a rua, toma enquadro
 Sem roupa da moda, na TV fofoca
 Violência e crime não te incomodam
 O carro é blindado, novo, importado
 E pouco lhe importa quem morre do lado
 Whisky no gelo, ouro de tolo
 Tanto desconforto na vida do povo

A letra da canção nos induz a fazer uma reflexão a respeito da desigualdade social que temos em nosso País.

O título da canção, desconforto, coincide com a constatação feita pelo CNJ das péssimas condições verificadas nas carceragens das delegacias de Salvador quando da realização do mutirão carcerário no final do ano passado.

No município de Senhor do Bonfim a situação é semelhante. Os presos vivem em ambiente insalubre, amontoados como bichos devido à superlotação carcerária.

Atualmente existem cem presos provisórios, quando na realidade o espaço disponível só poderia abrigar no máximo trinta, com a ressalva de que os segregados são do sexo masculino e feminino.

Esta população carcerária provém da classe baixa, em sua grande maioria de pessoas de cor e grau de instrução mínima, de vida dura, esquecidos pelo mundo, fazendo-nos lembrar daqueles personagens do livro *Os Miseráveis*, do grande escritor francês Victor Hugo.

Desconhecem o prazer de dormir numa boa cama, desfrutar do sabor dos bons alimentos, são discriminados, relegados à condição sub-humana.

Necessitam de cuidados do Estado e não de ser tratados como coisa, ignorados, massacrados e ainda, na grande maioria dos casos, espancados pelos seus agentes que abusam dos poderes a eles conferidos, resultando, como diz o verso da canção acima, que o corte é profundo, bem no fundo de sua alma.

Assim, verifica-se que o sistema prisional atual contraria a Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994, da lavra do Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, que fixa as regras mínimas para o tratamento do preso no Brasil.

Na referida resolução, as normas nela fixadas obedecem aos princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem, assegurando aos presos o respeito à sua individualidade, integridade física e dignidade pessoal.

Se essas regras fossem obedecidas, os presos seriam separados em estabelecimentos prisionais respeitando as categorias diversas, com a ressalva de que as mulheres cumpririam penas em estabelecimentos próprios, sendo que o responsável pela vigilância e custódia seria do sexo feminino.

Em relação à alimentação, a norma é de que a mesma deveria ser preparada obedecendo às normas de higiene e de dieta, esta controlada por nutricionista para garantir valor nutritivo suficiente para manter o preso com vigor físico. Comparado à realidade, o que se constata são indivíduos sem energia e nenhum vigor físico. A alimentação, como já descrito, não tem nenhum aspecto vital, é escassa, sendo preparada sem o mínimo padrão de higiene.

Percebe-se, portanto, que as regras e normas estabelecidas para garantir a dignidade do preso são apenas letra morta e de nenhuma aplicação prática.

6 – LEI DE EXECUÇÕES PENAIS

A Declaração Universal dos direitos do homem reza em seu art. 1º: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

Devemos considerar que embora o custodiado tenha cometido um erro deve, no interior do presídio, ser tratado com humanidade e dignidade recebendo condições para que, voltando ao convívio social, não volte a delinquir. O art. 3º da Lei de Execução Penal prevê: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

Sabemos que o indivíduo preso acaba perdendo alguns direitos, tais como a liberdade, o direito de ir e vir, o convívio social e familiar e o direito à privacidade dentre tantos outros. Entretanto, alguns de seus direitos não devem ser preservados.

De acordo com o artigo 41 da Lei de Execução Penal constituem direitos do preso:

- I. Alimentação suficiente e vestuário;
- II. Atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III. Previdência social;
- IV. Constituição de pecúlio;
- V. Proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- VI. Exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- VII. Assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- VIII. Proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
- IX. Entrevista pessoal e reservada com o advogado;
- X. Visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
- XI. Chamamento nominal;
- XII. Igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
- XIII. Audiência especial com o diretor do estabelecimento;
- XIV. Representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV. Contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

Parágrafo único – Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Deve, ainda, ser destacado o direito do maior de 60 anos e da mulher de ficar em prisões adequadas a sua condição pessoal; das mulheres de ficarem presas em estabelecimentos que contenham berçário para que possam amamentar seus filhos; de todos os condenados de cumprirem pena em cela individual, com área mínima de seis metros quadrados e que contenha dormitório, aparelho sanitário e lavatório, com condições de salubridade adequadas à existência humana; de os menores de 18 anos quando apreendidos permanecerem isolados dos presos maiores.

O art. 41 da referida lei inicia-se com o direito do preso a alimentação suficiente e vestuário. O que se observa, inclusive com informação dos próprios presos, é que a alimentação além de ser insuficiente, é de péssima qualidade e preparada sem o mínimo padrão de higiene. Em razão disso, os familiares dos detentos, nos dias de visita, normalmente trazem alimentos para saciar a fome de seus filhos, irmãos, irmãs, companheiros. Vestuários não são distribuídos. Sendo assim, os presos usam suas próprias roupas.

Quanto ao trabalho e a conseqüente remuneração, não existe na carceragem do município. Assim, os presos passam seus dias sem nenhuma atividade em que possam despendar energia física para aplacar todas as suas dores. Em conseqüência, não há previdência, pecúlio, nem distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação, com a ressalva de que recreação não existe, ficando os presos apenas no aguardo da passagem do tempo.

O exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas não se aplica aos detentos do município que, em sua esmagadora maioria, são os desvalidos, os esquecidos pelo Estado, os desprovidos de qualquer qualificação profissional. Não há registro de nenhum “bem nascido” que se encontre segregado.

Assistência material por parte do Estado não há. A assistência à saúde é precária. Os presos aguardam pacientemente para que sejam levados aos postos de saúde, sendo a assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública. Não há assistência educacional, embora tenha entrado em vigor no dia 29 de junho de 2011 a Lei nº 12.433 prevendo a remissão da pena pelo estudo.

7 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade da pessoa humana é um direito inerente a todos os indivíduos num Estado democrático de Direito como é o nosso. Portanto, o estudo desse tema é de extrema importância.

A situação dos presídios é gravíssima e não atende às finalidades essenciais da aplicação da pena. Na opinião de Paulo José da Costa Júnior (1999), as funções retributiva e intimidativa da pena, devem conciliar-se com a ressocialização.

Para que seja possível a ressocialização dos presos, é necessário que no interior do presídio onde se encontrem, o tratamento dispensado seja humano definido na expressão “matar o criminoso e salvar o homem”. Isso só se consegue através de trabalho sério, primando pelo resgate da dignidade e da autoestima dos segregados.

É preciso que haja a participação e acolhimento da comunidade, o que possibilitará o retorno do preso à vida em sociedade rompendo, assim, os elos da reincidência e do círculo vicioso do crime.

O trabalho no interior do presídio é de importância fundamental. É preciso que o preso gaste energia física a fim de fazer explodir toda sua dor por estar privado de seu bem maior, a liberdade.

Ademais, considerando que a esmagadora maioria dos encarcerados é composta de pessoas pobres, desqualificadas profissionalmente e esquecidas pelo Estado desde suas mais tenras idades, é preciso que seja oferecido aos presos ensino profissionalizante para que, ao sair da prisão, possam encontrar trabalho digno que os ajude a sair do mundo do crime.

É necessário que sejam criados órgãos de acompanhamento e fiscalização dos egressos do sistema prisional visando socorrê-los para evitar recaídas na prática de delitos. Isso representa a efetivação do cumprimento do quanto estabelecido no art. 25, inciso I, da Lei de Execuções Penais que prevê a assistência ao egresso para sua reintegração à sociedade.

Do procedimento nº 64 das Regras Mínimas para o tratamento de Prisioneiros, adotadas pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, e aprovado pelo Conselho Econômico da ONU, em 25 de maio de 1984, conclui-se:

O dever da sociedade não termina com a libertação do preso. Deve-se dispor, por conseguinte, dos serviços de organismos governamentais ou privados capazes de prestar à pessoa solta uma ajuda pós-penitenciária eficaz, que tenda a diminuir os preconceitos para com ela e permitam sua readaptação à comunidade.

Outro fator importante para permitir a ressocialização é o tratamento contra a dependência química vez que o móvel principal para o cometimento do crime é o uso contumaz de drogas, nestas incluídas o uso de álcool.

Sabemos que o vínculo indivíduo versus droga não é rompido com a prisão. É de conhecimento das autoridades policiais e de seus agentes que há o consumo de drogas no interior das carceragens.

É preciso estabelecer-se parcerias com grupos de autoajuda, tais como Alcoólatras Anônimos e órgãos destinados a tratamento contra a dependência química. Também se torna necessário oferecer ao egresso tratamento psicológico vez que sabemos que ao deixar o presídio o indivíduo encontra-se devastado física e mentalmente decorrente do encarceramento. A terapia de grupo é um dos instrumentos que servem para reduzir os danos e contribuir para a elaboração de novas posturas frente à sociedade.

Finalmente consideramos importante a aplicação de penas alternativas em substituição às penas privativas de liberdade para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade. Esta é uma tendência moderna, especialmente com relação aos crimes menos graves e também aos criminosos cujo encarceramento não é recomendável, ressaltando que esse é o entendimento da Organização das Nações Unidas e do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Penas alternativas são as opções oferecidas pela nossa lei penal a fim de se evitar as penas privativas de liberdade. Essas penas alternativas podem ser consensuais, que dependem da aquiescência do preso, entendendo-se como tais as penas não privativas de liberdade, multa ou restritivas de direitos, que são aplicadas na transação penal da Lei nº 9.099/95, e as não consensuais, as que independem da aceitação do imputado. Essas penas não consensuais subdividem-se em diretas, que são aquelas aplicadas diretamente pelo juiz, citando-se como exemplo a imposição da pena de multa cominada abstratamente no tipo penal ou das penas restritivas de direitos do Código de Trânsito Brasileiro, estas previstas diretamente no tipo, sendo desnecessária a substituição. As penas não consensuais ainda podem ser substitutivas, entendendo-se como tais aquelas aplicadas em substituição às penas privativas de liberdade após o que, obedecidos os requisitos legais, o juiz a substitui por uma pena alternativa.

Segundo o grau de lesividade, as infrações penais são classificadas em infrações insignificantes que acarretam a atipicidade do fato pela falta de repercussão social.

Há ainda as infrações de menor potencial ofensivo, tendo como exemplo os crimes punidos com pena de até dois anos de prisão e todas as contravenções penais. Neste

último caso, os autores são beneficiados com todas as medidas despenalizadoras da Lei dos Juizados Especiais.

Podemos falar ainda em infrações de médio potencial ofensivo, que são aquelas punidas com pena mínima não superior a um ano, admitindo-se a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei nº 9095/95. Estão também incluídos nesse benefício os autores de crimes culposos e os dolosos punidos com pena de até quatro anos, excluídos os crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

Finalmente temos as infrações de grande potencial ofensivo, são os crimes graves, porém não definidos como hediondos, tendo como exemplo o homicídio simples.

As penas alternativas ou restritivas de direitos são as seguintes:

- I. Prestação pecuniária;
- II. Perda de bens e valores;
- III. Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- IV. Interdição temporária de direitos;
- V. Limitação de fim de semana.

a) Prestação pecuniária

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2000) a prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima e seus dependentes ou a entidade pública ou privada de uma soma em dinheiro arbitrada pelo juiz, não devendo ser inferior a um salário mínimo nem superior a 360 salários mínimos.

b) Perda de bens e valores

Para o mesmo autor, trata-se da perda, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, de bens e valores adquiridos de forma lícita pelo sentenciado, integrantes de seu patrimônio, levando-se em conta para efeito do teto estabelecido o montante do prejuízo causado ou o proveito obtido pelo réu ou terceiro com a prática do delito.

c) Prestação de serviços à comunidade

Segundo Fernando Capez (2004), a prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição de tarefas ao condenado junto a entidades assistenciais, hospitalares, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais, ou em benefício de entidades públicas, entendendo-se como tais tanto as pertencentes à administração direta quanto à indi-

reta, passíveis de serem beneficiadas pela prestação dos serviços. Desse modo, além da administração direta, podem receber a prestação dos serviços as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as autarquias e as entidades subvencionadas pelo Poder Público.

No entender de Guilherme de Souza Nucci (2000) esta é a melhor sanção penal substitutiva da pena privativa de liberdade, vez que obriga o autor do crime a reparar o dano causado através de seu trabalho, possibilitando a reeducação enquanto cumpre a pena.

Nesse sentido, note-se a lição de Paul de Cant (2000, p. 47):

A ideia de fazer um delinquente executar um trabalho ‘reparador’ em benefício da comunidade tem sido frequentemente expressa nestes últimos anos. O fato mais admirável é que parece que Beccaria já havia pensado em uma pena dessa natureza ao escrever, no século XVIII, que ‘a pena mais oportuna será somente aquela espécie de servidão que seja justa, quer dizer, a servidão temporária que põe o trabalho e a pessoa do culpado a serviço da sociedade, porque este estado de dependência total é a reparação do injusto despotismo exercido por ele em violação ao pacto social’.

d) Interdição temporária de direitos

Tem por objetivo impedir o exercício de determinada função ou atividade por um certo período de tempo, como forma de punir o autor do crime relativo à referida função ou atividade proibida.

e) Limitação de fim de semana

É o estabelecimento da obrigação do sentenciado de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou lugar adequado, a fim de participar de cursos e ouvir palestras, além de desenvolver atividades alternativas.

Esta pena restritiva de direitos podemos dizer que é letra morta e de difícil aplicação vez que, em termos práticos, as comarcas não dispõem destes estabelecimentos. O que ocorre na grande maioria dos casos é a substituição dessa medida, pelo juiz, por prisão domiciliar.

Já há pesquisas realizadas no Brasil que apontam a eficácia da aplicação de penas alternativas em substituição às penas privativas de liberdade.

A Vara de Execuções Criminais do DF (VEC) e o Ministério da Justiça apresentaram o resultado preliminar de uma pesquisa sobre a eficácia das penas

alternativas do DF. Pesquisadores da Universidade de Brasília (UnB) coordenaram os trabalhos, iniciados em 1998. Foram ouvidas 90 entidades 148 sentenciados, 19 famílias, três juizes, quatro promotores, e dez técnicos e membros dos Conselhos da Comunidade no DF. Vicente Faleiros, professor titular e pesquisador do Departamento de Serviço Social da UnB, afirma que a reincidência dos sentenciados que cumprem penas alternativas é de apenas 4,7%." O resultado mostra que elas funcionam e é a melhor forma de reinserir o preso na sociedade", destaca. A pesquisa também mostra que 70% dos sentenciados possuem renda salarial de até três salários mínimos e 60% tem até 34 anos. (cf. Correio Brasiliense de 14.07.01, p. 8).

Outros dados revelados pela pesquisa evidenciam que o condenado a pena alternativa é menos estigmatizado, sendo que o custo da pena recai sobre ele mesmo.

Importa ressaltar que em caso de crime considerado hediondo não há impedimento da substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nesse sentido, jurisprudência do STF em decisão de *Habeas Corpus*:

EMENTA: SENTENÇA PENAL. Condenação. Tráfico de entorpecente. Crime hediondo. Pena privativa de Liberdade. Substituição por restritiva de direitos. Admissibilidade. Previsão legal de cumprimento em regime fechado. Irrelevância. Distinção entre aplicação e cumprimento da pena. HC deferido para restabelecimento da sentença de primeiro grau. Interpretação dos arts. 12 e 44 do CP e das Leis nº 6.368/76, 8.078/90 e 9.714/98. Precedentes. A previsão legal de regime integralmente fechado, em caso de crime hediondo, para cumprimento de pena privativa de liberdade, não impede seja substituída por restritiva de direitos.

Neste caso, A Turma deferiu o pedido de *Habeas Corpus*, nos termos do voto do relator. Unânime, 1ª Turma, 27.09.2005. HC 84859/RS. Relator: Min. Celso de Melo.

A seguir, decisão a respeito do tema:

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. FUNDAMENTOS PARA A PRISÃO PREVENTIVA. SUPOSTA COAÇÃO DE TESTEMUNHA NEGADA OSTENSIVAMENTE. PROTEÇÃO DA VIDA, SAÚDE E DIGNIDADE DO PRESO. PACIENTE IDOSO. DECISÃO UNÂNIME.

I Em respeito ao princípio da liberdade, a prisão processual deve ser imposta apenas quando demonstrada a sua estrita necessidade. A jurisprudência

tem sedimentado teses nesse sentido, tais como as que vedam a imposição da custódia com base, simplesmente, na gravidade em tese do crime, em sua natureza hedionda ou em suposta repercussão dos fatos na sociedade. II Sendo sabido, pelas informações da própria autoridade coatora, que a prisão preventiva do paciente fora decretada por alegadas coações do paciente e de seus familiares contra testemunhas, tal fundamentação deve ser afastada quando se constata que a principal dessas testemunhas nega com veemência tais declarações, por meio de declaração firmada em cartório, além de haver representação contra o magistrado, acusado de condutas irregulares graves na condução do processo.

III Compete ao Poder Judiciário assegurar a vida, saúde e dignidade dos presos, por isso é necessário conceder liberdade ao paciente, ancião de 83 anos, comprovadamente portador de aneurisma abdominal em estágio avançado, mormente quando a comarca não seja capaz de assegurar, aos presos, atendimento médico à altura. IV Ordem concedida. Decisão unânime. ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de habeas corpus, acordam os Desembargadores das Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, sob a presidência do Desembargador RÔMULO JOSÉ FERREIRA NUNES, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conceder a ordem, nos termos do voto do relator.

Belém (PA), 10 de dezembro de 2007. Des. João José da Silva Maroja – Relator RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus* liberatório que o advogado NEOMÍZIO LOBO NOBRE impetra em favor de JOÃO ALVES DE OLIVEIRA, contra o qual a Justiça Pública move ação penal, dando-o como incurso no tipo do art. 214 c/c art. 224, a, do Código Penal.

Na exordial (fls. 2/9), o impetrante nega o cometimento do crime, com base inclusive na prova pericial. Todavia, o pedido está centrado no fato de que o paciente respondia ao processo em liberdade quando, após a oitiva de testemunhas, algumas se disseram coagidas por ele, o que levou o juízo a decretar a prisão preventiva, para garantia da instrução criminal e da ordem pública, em decisão reputada de uma pobreza franciscana. Sustenta inexistirem os fundamentos legitimadores da custódia, até porque o próprio paciente tem interesse na apuração do caso.

Prossegue criticando os fundamentos para decretação de custódia preventiva, tais como a repercussão ou gravidade do delito imputado, além de insistir que o elenco probatório constante dos depoimentos existentes nos autos é frágil e inseguro para sustentar o decreto preventivo, por ausência

de necessidade. Assevera que o paciente está condenado por antecipação ante a existência de evidente prejulgamento da ação penal.

Ressalta ainda os bons antecedentes do paciente, que é radicado no distrito da culpa, tem 83 anos de idade sofre de doença coronária, a reclamar continuidade de tratamento médico.

Com a inicial, vieram diversos documentos dentre eles documentação médica e até laudos de exame por imagem, demonstrando que o paciente possui um aneurisma abdominal com cerca de 14 centímetros (fls. 10/67).

Em primeira deliberação, neguei a liminar requerida, baseando-me na documentação juntada pelo próprio impetrante, na qual se encontra manifestação do juiz impetrado, acerca das coações que estariam sendo perpetradas contra as testemunhas. Ao requisitar as informações, determinei à autoridade que se manifestasse sobre a existência, ou não, de recursos médicos suficientes na comarca para atender o paciente (fls. 69/70).

O advogado HAMILTON GUALBERTO atravessou petição alegando que as condições de saúde do paciente eram mais precárias do que mencionado na impetração, enfatizando que o mesmo corria risco de morte, requerendo a reconsideração do indeferimento ou, alternativamente, a concessão de liberdade provisória permitindo a internação do paciente em hospital (fls. 73/74). Juntou novos documentos (fls. 75/78).

Diante disso, reconsiderarei em parte a decisão denegatória e, sem cassar o decreto de prisão preventiva, determinei à autoridade inquinada de coatora que permitisse a internação do paciente (fl. 80).

A autoridade impetrada prestou suas informações, justificando o decreto de prisão preventiva porque o paciente estaria coagindo testemunhas, juntamente com seus familiares, especialmente o filho, que é prefeito do Município. Aduziu que o paciente fora hospitalizado e, àquela altura, já fora transferido para esta capital (fls. 82/83).

O impetrante peticionou a transferência do paciente, da Clínica Santa Clara, onde se encontrava, para hospital de melhores condições, o que foi autorizado pelo desembargador vice-presidente interino (fl. 86). Posteriormente, juntou mais documentos (fls. 89/91).

O Ministério Público, em segundo grau, analisou a documentação apresentada pelo impetrante, a qual revela que haveria animosidades entre o juiz impetrado e várias pessoas da comarca, pairando contra aquela autoridade acusações de conduta incompatível com a magistratura e até atos racistas. Ponderando ainda as condições de saúde do paciente, opinou pela concessão da ordem (fls. 94/99).

Seguem-se ofício do delegado de polícia de Acará, comunicando a impossibilidade de dispor de policiais militares para fazer a guarda do paciente, e

novos documentos trazidos pelo impetrante, estes destinados a comprovar as condutas incompatíveis atribuídas ao magistrado, que por sinal ensejaram uma representação contra o mesmo, perante a Corregedoria de Justiça do Interior, com 22 assinaturas (fls. 102/147).

Finalmente, uma última petição, desta feita para fins de prisão domiciliar, baseada na dificuldade do paciente de obter tratamento médico à altura de suas necessidades (fls. 149/150). Baseado nela, e considerando a idade e as condições de saúde do paciente, bem como a ausência de infraestrutura médica suficiente na comarca, deferi a liminar, para colocar o paciente em liberdade (fl. 152).

É o relatório.

VOTO

No presente remédio heróico, pretende o impetrante assegurar a liberdade do paciente, enquanto pende contra ele a ação penal a que responde por crime de atentado violento ao pudor, que teria cometido contra uma criança de nove anos de idade.

A fim de se respeitar as limitações do presente remédio heróico, não conheço da argumentação que envolva o mérito da pretensão punitiva, assim como a análise das provas. Somente na ação penal tal análise será oportunamente feita. O que deve ser decidido é, tão somente, se o paciente deve ter a liberdade cerceada na presente etapa processual.

Para tanto, deve-se lembrar que os princípios reitores do Direito Penal impedem certas práticas, infelizmente muito freqüentes no foro criminal, que tentam justificar a prisão por meio de argumentos de força, quando na verdade ela deveria ser imposta apenas em último caso. A jurisprudência, inclusive superior, alberga tais princípios e já sedimentou que a gravidade em tese do crime, a sua natureza hedionda ou suposta repercussão na sociedade não são elementos suficientes para justificar a prisão do paciente ainda mais como em casos como este, em que não houve prisão em flagrante, devendo a autoridade ser mais enfática na fundamentação do decreto prisional.

A respeito, precedentes do Supremo Tribunal Federal, meramente exemplificativos, porque se trata de matéria sobejamente conhecida: I - A prisão preventiva há que se basear em situações concretas de ofensa ao ordenamento, expressamente previstas no art. 312 do Código de Processo Penal. II - A gravidade do crime ou o clamor público causados pela conduta criminosa não se prestam a justificar, de per se, a manutenção da segregação cautelar. III - A ausência ou a deficiência de fundamentação da decisão judicial atacada viabiliza a superação do teor da Súmula 691 desta Suprema Corte. IV - Ordem concedida. (STF, 1ª Turma HC 91729/SP rel. Min. RICAR-

DO LEWANDOWSKI j. 25.9.2007 DJE-121 DIVULG 10-10-2007 PUBLIC 11-10-2007 DJ 11-10-2007 PP-00041)

Prisão preventiva: motivação. 1. Não constitui fundamento idôneo à prisão preventiva a invocação da gravidade abstrata ou concreta do delito imputado, definido ou não como hediondo – muitas vezes, inconsciente antecipação da punição penal. 2. A fuga do distrito da culpa após os fatos delituosos, por dez anos, em tese, pode fundar o decreto da prisão preventiva e, no caso, a deficiência da instrução do pedido inviabiliza concluir-se pela inidoneidade do fundamento. III. Habeas corpus indeferido. (STF, 1ª Turma HC 90858/SP rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE j. 15.5.2007 DJE-042 DIVULG 21-06-2007 PUBLIC 22-06-2007 DJ 22-06-2007 PP-00040 EMENT VOL-02281-04 PP-00620)

Na espécie destes autos, resta incontroverso, pelas informações da própria autoridade inquirida de coatora, que o fator determinante para o decreto prisional foram as coações que algumas testemunhas estariam sofrendo, à frente o filho do paciente, prefeito municipal no local do crime. Tanto que a prisão preventiva foi decretada sob a seguinte fundamentação:

Pelo depoimento da testemunha arrolada pela defesa, senhora Eunezete Acácia dos Santos, o réu, juntamente com seus familiares, forçou-a a vim (sic) depor em seu favor, chegando a ameaçá-la de perder o emprego de funcionária pública municipal temporária, caso se negasse a fazê-lo. Este depoimento foi confirmado pela certidão dos senhores Oficiais de Justiça, atestando que a senhora Eunezete não queria assinar o mandado, com medo de perder o emprego, uma vez que não poderia contrariar os interesses do senhor João Alves ora réu. Além do mais, a testemunha de acusação Marcos José dos Santos foi colocado para fora da guarda municipal quando o processo começou; além do mais recebeu a proposta de um ano de cesta básica. Destarte, já se verifica que o réu vem causando inconvenientes à instrução criminal, pois tenta comprar as testemunhas, assim como ameaça usando do cargo de prefeito que o seu filho ocupa.

Ocorre, porém, que a testemunha EUNEZETE ACÁCIA DOS SANTOS desmentiu enfaticamente os fatos nos quais se baseou o juiz, tendo prestado declarações para instruir representação contra o mesmo, perante a Corregedoria de Justiça do Interior. Veja-se o termo de fls. 76/78, no qual relata sérios constrangimentos que teria sofrido, a mando do juiz da comarca de Acará, CÉSAR DIAS DE FRANÇA LINS, o qual teria mandado o oficial de justiça JUSCELINO COSTA DA SILVA confrontar a declarante, para que comparecesse ao fórum. Para lá se dirigindo a fim de tomar informações, teve contato pessoal com o magistrado que, ao ver que se tratava de uma testemunha de defesa, a teria chamado por palavras de baixo calão, na presença

de várias pessoas, inclusive a promotora de justiça. Por fim, na audiência, o juiz teria gritado, batido na mesa e reiterado agressões verbais, mandando consignar em ata alegações diversas das efetivamente prestadas, sob ameaças de prisão.

São graves as acusações contra o magistrado, que deixo de apreciar porque alheias ao objeto deste julgamento e porque já existe representação, protocolada perante a corregedoria competente. Todavia, preciso destacar que a Procuradoria de Justiça atentou para o fato, opinando pela apuração do ocorrido e aduzindo ser difícil de acreditar que uma pessoa humilde, como parece ser a testemunha, iria a um cartório firmar declaração para mentir sobre fatos que não tivesse visto ou que não tenham realmente acontecido, acusando um juiz de Direito de crime de racismo e tratamento indigno para com testemunhas (fl. 97).

Sirvo-me destes aspectos apenas para destacar que o fato determinante do decreto prisional, contra o paciente, parece ter caído por terra, eis que as supostas ameaças contra testemunhas foram negadas.

A par disso, e creio que seja o aspecto mais importante a ponderar por ora, o paciente é um ancião de 83 anos, comprovadamente portador de um aneurisma abdominal avançado. Sua segregação, em qualquer ambiente prisional, compromete perigosamente a sua segurança, não sendo demais supor que, em última análise, poderia haver até risco de morte, nem que seja pela impossibilidade de um pronto atendimento médico, que nossas carceragens são incapazes de assegurar.

Compete ao Judiciário assegurar a vida, saúde e dignidade dos presos, ainda mais em se tratando de um ancião, devendo-se invocar, por oportuno, as disposições preliminares da Lei nº 10.741, de 2003 Estatuto do Idoso, que prevê penalidades para as autoridades que deixarem de tomar medidas de proteção aos cidadãos nessa faixa etária.

Por fim, mantenho-me coerente com minha própria visão humanista sobre a missão do Poder Judiciário. Ao julgar o Habeas Corpus n. 2004.3.03306-1, fui favorável à liberdade de um idoso de 73 anos, também acusado de atentado violentamente ao pudor, sendo acompanhado à unanimidade dos membros destas Câmaras Criminais Reunidas, na sessão do dia 13.9.2004. Em relação aos processos 2004.3.003343-6 e 2006.3.000859-5, a ordem liberatória foi concedida em relação ao mesmo paciente, que sofria de obesidade mórbida e corria risco de morte na prisão (julgados respectivamente em setembro de 2004 e março de 2006).

Ante o exposto, entendo não ser necessária a custódia do paciente na presente etapa processual, seja pela dúvida quanto à existência dos motivos que a determinaram, seja sobretudo para resguardar a incolumidade pessoal do

acusado. Em conseqüência, sufragando também o parecer ministerial, concedo a ordem em definitivo. É como voto. (Superior Tribunal de Justiça. Belém, 10 de dezembro de 2007. Relator. Des. João José da Silva Maroja)

8 – REFERÊNCIAS

A TARDE, Jornal. Edição de 17 de fevereiro de 2007.

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Constitucional**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

BOFF, Leonardo. **Ethos Mundial**. Brasília: Letraviva, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 de junho de 2012.

BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 18 de junho de 2012.

BRASIL. **Lei n. 12.433, de 29 de junho de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L12433.htm. Acesso em 19 de junho de 2012.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça Habeas Corpus nº 101.541 - PI (2008/0049907-9)** Relatora: Ministra Laurita Vaz.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça Habeas Corpus nº 103.683 - SP (2008/0073813-0)** Relatora: Ministra Laurita Vaz.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Belém, 10 de dezembro de 2007**. Relator. Des. João José da Silva Maroja.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus, nos termos do voto do relator**. Unânime, 1ª Turma, 27.09.2005. HC 84859/RS. Relator: Min. Celso de Melo.

BRASIL. **Tribunal de justiça do estado de São Paulo**. Terceira câmara de direito público Voto nº 22.422 Agravo de instrumento nº 990.10.003346-8.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.



CANT, Paul de. **O trabalho em benefício da comunidade:** uma pena de substituição. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sos.html>>. Acesso em 21 de maio de 2012.

CAPEZ, Fernando. **Execução Penal.** 10ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

DA COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Direito Penal Curso Completo,** 6ª ed. 1999.

DESCONFORTO. Autoras: Rita Lee e Zélia Duncan. Disponível em: <<http://www.terralettras.com.br>> Acesso em 17 de maio de 2012.

DOTTI, René Ariel - **Os Direitos Humanos do Preso e as Pragas do Sistema Criminal.** Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v22n53/a12v2152.pdf>. Acesso em 19 de abril de 2012.

FIODOR, Dostoievsky (1821-1881) - **Recordações da Casa dos Mortos.** Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em 23 de junho de 2012.

HEGEL, G. **Lições sobre a Filosofia da História Universal.** Filosofia do Direito. México: Madri, 1985.

KANT, Emmanuel. **Doutrina do Direito.** Tradução Paulo Quintela. São Paulo: Icone Editora, 1994.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado,** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana,** Jus Navigandi, Teresina, ano 03, n. 27, 23 de dezembro de 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5ª Ed. Porto Alegre. Livraria do advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2006.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM FACE DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

Fabiana Almeida Miranda¹³⁶

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA NO BRASIL. 2.1 A SITUAÇÃO DE RUA COMO QUESTÃO JURÍDICA. 2.2 CARACTERÍSTICAS DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA NO BRASIL E FATORES QUE LEVAM À SITUAÇÃO DE RUA. 2.3 POLÍTICA NACIONAL E POLÍTICAS SOCIAIS PARA A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA. 3 A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM FAVOR DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA NA DEFESA DE SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 3.1 OBRIGAÇÃO LEGAL DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA ATUAR EM DEFESA DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA. 3.2 A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM FACE DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA NA DEFESA DE SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. 3.3 VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA. 3.4 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL. 3.5 CONTROLE DE POLÍTICAS SOCIAIS ATRAVÉS DOS GASTOS PÚBLICOS. 3.6 CONTROLE DE POLÍTICAS SOCIAIS COMO GARANTIA DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. 4 CONCLUSÃO. 5 REFERÊNCIAS.

Resumo

Este artigo busca analisar o papel da Defensoria Pública na promoção dos direitos fundamentais sociais da população em situação de rua, apresentando o perfil desse grupo populacional e analisando políticas sociais já existentes para a efetivação de alguns direitos fundamentais, quais sejam, à identidade, à saúde, à assistência social, à moradia e à educação.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Sociais. Defensoria Pública. População em situação de rua.

136 – Defensora Pública de Classe Final. Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito.



Abstract: *This article seeks to analyze the role of the Public Defender in the promotion of fundamental social rights of the homeless people, presenting the profile of this population group and analyzing existing for the enforcement of certain fundamental rights, namely, identity, health, social care, housing and education.*

Keywords: *Fundamental Rights; Public Defender; Homeless people.*

1 – INTRODUÇÃO

Ao se falar de pobreza no Brasil, deve-se prioritariamente tratar da pobreza mais extrema que é a situação de rua, quando o indivíduo está sem acesso a qualquer direito ou política pública adequada. Para se analisar os fatores que levam a essa condição social, é importante vislumbrar a pobreza não só como mera privação de renda, mas também como privação de capacidades, de liberdades.

Partindo deste entendimento, encontra-se não na transferência de renda, mas sim na promoção de capacidades uma forma de se prevenir a situação de rua.

Segundo o economista indiano e ganhador do prêmio Nobel de Economia, Amartya Sen, a pobreza pode ser vista como privação de capacidades básicas ao invés de apenas como baixo nível de renda (1992, p. 109). Ressalta este autor que a pobreza e a privação de capacidades podem estar relacionadas com outros fatores, que não a renda, como por exemplo, a idade da pessoa, visto que as crianças e os idosos têm necessidades maiores, e sem condições de satisfazê-las tornam-se mais hipossuficientes, mais privados de liberdades. Outro fator, por exemplo, é o gênero, visto que as mulheres, a depender do seu papel social em determinada localidade, ficam mais sobrecarregadas de responsabilidades, como a materna, sem que haja qualquer contrapartida, aumentando-se a sua vulnerabilidade social.

Sendo assim, comparando um adulto capaz e um idoso com a mesma renda, o idoso fatalmente será mais pobre, diante de suas privações específicas, decorrentes da idade, de capacidades.

A noção de pobreza como privação de capacidades é distinta conceitualmente da pobreza como baixo nível de renda, no entanto, ambas devem ser tratadas de forma vinculada, uma vez que a renda é um meio muito importante para a obtenção de capacidades (SEN, 1992, p. 112).

Amartya Sen ao tratar da pobreza como privação de capacidades deixa claro que a pobreza não consiste apenas e tão somente em privação de renda, mas que pode abranger outros fatores, como o esvaziamento do papel social do indivíduo, causado pelo desemprego, por exemplo, visto que hoje o indivíduo tem sua identidade na sociedade definida em razão do trabalho que ele exerce; a questão do aumento das necessidades, em decorrência da idade; a questão do gênero; do indivíduo residir em local de risco, como enchentes etc. (1992, 110-111).

O estudo do economista indiano contribui para se entender as causas da pobreza e como uma análise de estratégias para sua superação. Visto que ao se entender a pobreza como privação de renda e de privação de capacidades, podemos concluir que para superar a pobreza deve-se combater não a falta de recursos financeiros, mas esta privação de capacidades.

Visto que “o aumento das capacidades humanas também tende a andar junto com a expansão das produtividades e do poder de auferir renda” (SEN, 1992, p. 114), a expansão das capacidades como combate à situação de pobreza extrema se dá através da efetivação dos direitos sociais, pois mediante o acesso aos direitos à saúde, à educação, à habitação, ao trabalho, que o indivíduo potencializa as suas capacidades, passa a ter autonomia da vontade, a interferir na esfera social e a auferir renda, saindo da condição de hipossuficiência e vulnerabilidade.

Conclui-se que a pobreza, além de privação de renda, consiste também em privação de capacidades. E privação de capacidades é, fundamentalmente, privação de direitos sociais fundamentais.

Desta forma, ao se tratar do tema população em situação de rua na seara jurídica, através da intervenção de um órgão essencial à Justiça, como é a Defensoria Pública, deve-se trabalhar a efetivação de direitos sociais fundamentais, pois através deles é que se possibilita a esse grupo vulnerável, na qualidade de sujeitos de direitos e de protagonistas de sua história, o enfrentamento à sua situação de rua e de pobreza extrema, a superação da privação de suas capacidades.

2 – POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA NO BRASIL

2.1 – A SITUAÇÃO DE RUA COMO QUESTÃO JURÍDICA

Por que a população em situação de rua deve ser trabalhada juridicamente? Porque a situação de estar na rua fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e consiste em violação aos direitos fundamentais básicos.

As normas e princípios jurídicos são criados para serem efetivados na prática, não para serem meras palavras bonitas em folha de papel.

Desta forma, entendendo a pobreza como privação de capacidades, sendo esta, decorrente de privação de direitos sociais, deve-se, juridicamente, combatê-la. A violação aos direitos fundamentais sociais consiste em ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, afronta, portanto, ao princípio basilar e máximo do nosso Ordenamento Jurídico. Cabe aos órgãos da Justiça enfrentarem e combaterem violação a qualquer direito e princípio jurídico, neste sentido, cabe também o combate à pobreza através da promoção dos direitos fundamentais sociais.

O princípio da dignidade da pessoa humana e a promoção dos direitos fundamentais sociais estão intrinsecamente conectados. Um é definido pelo outro e vice-versa.

O reconhecimento da força normativa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana implica na necessidade de efetivar, com a maior abrangência possível, os direitos fundamentais sociais, tais como, a educação, saúde, trabalho, moradia, assistência social (SOARES, 2010, p. 152).

Na outra face da mesma moeda, concretizar os direitos sociais de cunho prestacional consiste em efetivar a liberdade e a igualdade dos cidadãos, tutelando, em última instância, a pessoa humana em face das necessidades de ordem material, alcançando, desta forma, à garantia de uma existência digna (SOARES, 2010, p. 155).

Os direitos fundamentais sociais catalisam um projeto de emancipação e de afirmação da dignidade do ser humano, oportunizando a transição da cidadania do plano jurídico-formal para o campo real das relações socioeconômicas, sem a qual não se realiza o direito justo (SOARES, 2010, p. 155).

E efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana consiste em concretizar o direito justo (SOARES, 2010, p. 17).

Estando no ápice do Ordenamento Jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime a finalidade a ser alcançada pelo Estado e pelo conjunto da sociedade, como paradigma do exercício dos direitos fundamentais do cidadão (SOARES, 2010, p. 149).

Em última análise, entendendo pobreza como privação de capacidades e, como consequência, privação de acesso aos direitos sociais, atuar no combate à pobreza, significa efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana em busca do direito justo, o que deveria ser o objetivo de todo profissional da área jurídica.

Como já foi visto neste trabalho, a evolução dos direitos fundamentais consistiu em um processo de lutas, conquistas e sofrimentos da humanidade. Neste sentido, buscar a efetivação dos direitos sociais e da primazia da dignidade da pessoa humana para a população em situação de rua também demandará esforços, em um processo de derrotas e conquistas.

2.2 – CARACTERÍSTICAS DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA NO BRASIL E FATORES QUE LEVAM À SITUAÇÃO DE RUA.

Essa população apresenta como características, segundo a pesquisadora Maria Lucia Lopes da Silva (2009, p. 125-134):

a) pobreza extrema, definida como a incapacidade de suprir as necessidades básicas, estando o indivíduo fora do sistema econômico e social;

- b) vínculos familiares rompidos ou fragilizados;
- c) inexistência de moradia convencional regular e a utilização da rua como espaço de moradia e sustento, por contingência temporária ou de forma permanente.

O Decreto Federal nº 7.053 de 2009 instituiu a Política Nacional para população em situação de rua, trazendo o conceito legal para esta população, em seu parágrafo único do artigo 1º, e que aqui adotamos:

[...] considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.

Na pesquisa promovida pelo Ministério de Desenvolvimento Social para determinar o perfil da população em situação de rua no Brasil, consta como fatores que levaram as pessoas à situação de rua: alcoolismo e/ou drogas (35,5%); desemprego (29,8%) e desavenças com pai/mãe/irmãos (29,1%). Normalmente esses motivos não são estanques, mas combinados entre si (BRASIL, 2008).

O alcoolismo e o uso de drogas podem, por sua vez, ser causado por diversos fatores, como a baixa autoestima, o desejo de pertencimento a um grupo, o vazio existencial, o desejo de se alienar da realidade. E um dos principais motivos é a desavença com familiares. Amartya Sen lembrou que o forte relacionamento social é uma forma de estabelecimento de capacidades (1992, p. 117) e o seu rompimento, leva à condição de pobreza, e, em casos extremos, à situação de rua.

A pesquisadora Maria Lopes da Silva estudou também os fatores que levam uma pessoa a situação de rua, chegando à uma multiplicidade de causas, sofrendo o indivíduo uma confluência delas, que podem ser classificadas como (2009, p. 105):

- a) fatores estruturais: ausência de moradia, inexistência de trabalho e renda, mudanças econômicas e institucionais;
- b) fatores biográficos: ligados à história de vida de cada indivíduo, como rupturas de vínculos familiares e comunitários, doenças mentais, consumo frequente de álcool e outras drogas, infortúnios pessoais como a morte de todos os membros da família, roubo de todos os bens, fuga do país de origem;

c) fatos da natureza ou desastres de massas: terremotos, inundações.

Os fatores que levam à rua tanto trazidos pela pesquisa, como pela doutrina servem para corroborar que a privação de capacidades, englobando aí inclusive relacionamentos sociais, levam à pobreza e à extrema pobreza.

Desta forma, os níveis elevados e persistentes de desigualdade na distribuição de renda no Brasil é um dos fatores que levam à pobreza grande parte da população e, em graus extremos, à situação de rua (RAMOS e MENDONÇA, 2005).

Deve-se ressaltar que o Brasil não é um país pobre, mas um país de pobres, visto que se encontra entre os 20% de países no mundo que possuem a renda *per capita* mais altas. Portanto, não é a escassez de recursos que leva à desigualdade, mas a má distribuição desses recursos (RAMOS e MENDONÇA, 2005).

Além da má distribuição de recursos, o Estado brasileiro não investe de forma adequada e racional os seus recursos, gerando uma política social ineficiente, ineficaz e inadequada para a população em situação de rua.

As estratégias de enfrentamento do fenômeno população em situação de rua no Brasil, em suas esferas federal, estadual e municipal, na prática não oferecem políticas acessíveis e adequadas a esse grupo, mão tão somente paliativos como albergues e abrigos, muitas vezes, imóveis insalubres, com banheiros quebrados, sem higiene, com profissionais despreparados e serviços de péssima qualidade, fazendo com que muitas pessoas em situação de rua prefiram permanecer ao relento e expostas aos seus perigos.

Os programas de transferência de renda como Bolsa-família e o benefício de prestação continuada não se configuram também em uma contribuição eficaz para minorar a situação das pessoas que se encontram nas ruas.

Isto porque mais da metade das pessoas que estão nas ruas são adultos entre 25 e 44 anos (53%) e é predominantemente masculina (82%) (BRASIL, 2008). Ora, quem recebe o benefício do Bolsa-família é a mulher, mãe de crianças pequenas. E quem tem direito ao benefício de prestação continuada é o idoso ou a pessoa com deficiência.

O adulto homem não tem qualquer tipo de benefício social, salvo o seguro-desemprego. Mas para isso, ele teria que ter tido um emprego formal. Ocorre que pela falta de qualificação e de educação formal adequada, a maioria dos pobres exerce um trabalho informal que não apresenta nenhum tipo de proteção aos riscos, seja doença ou desemprego.

As estratégias de enfrentamento então devem ser focadas na promoção de igualdade de oportunidades, no enfrentamento à privação de capacidades, em suma, na efetivação de direitos fundamentais sociais.

O economista britânico T.H. Marshall, em sua obra clássica, “Cidadania, Classe Social e Status”, enfatizava a educação, direito fundamental social, como fator promotor da cidadania, pois através dela todos estariam em igualdade de condições, diante das oportunidades do mercado (1967, p. 60-62).

Esta estratégia parece ser adequada, uma vez que a maior parte da população em situação de rua apresenta baixíssimo grau de escolaridade. Mas ela deveria ser efetivada em conjunto com os demais direitos fundamentais sociais.

Cabe dizer, por exemplo, que 15% da população em situação de rua nunca estudou e que quase 50% não concluíram o atual ensino médio (BRASIL, 2008).

Assim, cerca de 65% da população em situação de rua ou não estudou ou estudou muito pouco. Salientando que quase 8% não souberam ou não lembraram quanto tempo estudaram e 10% não quiseram informar. Aparentemente, com esses números, a quantidade de pessoas na rua que não estudaram muito tempo provavelmente é superior a 65%, podendo chegar a sete de cada 10 pessoas (BRASIL, 2008).

Quanto mais inclusivo for o alcance da educação básica, dos serviços de saúde e dos demais direitos fundamentais sociais, maior será a probabilidade de que mesmo os potencialmente pobres tenham uma chance maior de superar o seu estado de pobreza extrema (SEN, 1992, 114).

É o que não ocorre no Brasil, visto que sem uma vontade política determinante para melhorar a prestação do serviço educacional pública, bem como dos demais direitos fundamentais sociais, não se faz com que os indivíduos partam do mesmo ponto, não se confere igualdades, nem oportunidades a essas crianças, que ficarão privadas de capacidades para sair da sua condição de pobreza.

Portanto, a expansão e a efetivação dos direitos fundamentais sociais como a saúde, a habitação, o trabalho, a assistência social e a educação, primordialmente, são fundamentais para a superação da pobreza, e ao mesmo tempo, promoveriam um maior conhecimento e consciência de seus direitos, por parte dessas pessoas, possibilitando que elas, desde jovens, pudessem adquirir poder de interferência na esfera social.

O desejo de todos, como bem disse Amartya Sen, é viver bastante tempo e levar uma vida boa, enquanto ela durar, e não passar privações e ter uma vida de miséria (1992). Não se busca a riqueza. O dinheiro é apenas o meio para se conseguir uma vida longa e boa.

A privação de liberdade pode surgir em razão de oportunidades inadequadas que impedem uma parcela das pessoas de realizar o mínimo que gostariam. Esta inadequação de oportunidade pode ter sido causada pela fome (violação ao direito fundamental à segurança alimentar), pela falta de acesso à educação, ao serviço de saúde, à habitação.

Então uma forma de evitar a ida à rua, seria impedir a privação de capacidades e não se está falando de renda, mas de acesso à educação, acesso à saúde, acesso à moradia, ao trabalho, ao direito à assistência social. Essas demandas podem ser satisfeitas com uma vontade política que privilegie as políticas sociais prioritárias: educação, saúde e acompanhamento de famílias desestruturadas. Essas políticas sociais já estão reguladas por marcos legais, como a Constituição Federal, atos normativos do Ministério da Educação, do Ministério da Saúde e do Ministério de Desenvolvimento Social que já estabeleceram protocolos e fluxogramas de ação, que se não são perfeitos, são muito bons no atendimento às demandas de assistência social. O problema é que na ponta, nos municípios, não são executados como o previsto, por falta de competência, de gestão adequada, de cumprimento dos requisitos exigidos pelo Governo Federal.

Daí o importante papel da Defensoria Pública nesta seara, como promotora de direitos humanos e, por consequência, promotora de direitos fundamentais sociais.

2.3 – POLÍTICA NACIONAL E POLÍTICAS SOCIAIS PARA A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

Em 2003, houve o ineditismo do Governo Federal ao reconhecer e promover uma interlocução com representantes do Movimento Nacional de População de Rua, além de passar a analisar as suas demandas.

A partir daí, a Política Nacional de Assistência Social passou a assegurar a cobertura para a população em situação de rua. Em 2005, houve uma alteração na Lei de Organização de Assistência Social beneficiando a população em situação de rua. Neste mesmo ano, houve o 1º Encontro Nacional sobre População em Situação de Rua.

O Decreto Federal sem número de 25/10/2006 criou um Grupo de Trabalho Interministerial para discutir a Política Nacional para a população em situação de rua.

Em 2007/2008 foi realizada a pesquisa nacional da população em situação de rua pelo IBGE.

Em 2009, houve o 2º Encontro Nacional, quando foi concluída a discussão a respeito da Política Nacional.

E em 23 de dezembro de 2009, houve a expedição do Decreto Federal nº 7.053 de 23 de dezembro de 2009, que instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua. Esse decreto federal, atualmente, serve de marco legal para nortear principiologicamente o sistema de proteção jurídica para a população em situação de rua, uma vez que prevê princípios, objetivos e diretrizes.

O artigo 2º, deste decreto, dispõe que a Política Nacional para a População em Situação de Rua deverá ser implementada de forma descentralizada e articulada entre a União e os demais entes federativos que a ela aderirem por meio de instrumento próprio.

Os artigos 5º, 6º e 7º servem como fios condutores de todo o sistema de proteção jurídica fundamental social da população em situação de rua e vão abaixo transcritos, dada a sua importância para a atuação na defesa dos direitos fundamentais da população em situação de rua.

Art. 5º São princípios da Política Nacional para a População em Situação de Rua, além da igualdade e equidade:

- I - respeito à dignidade da pessoa humana;
- II - direito à convivência familiar e comunitária;
- III - valorização e respeito à vida e à cidadania;
- IV - atendimento humanizado e universalizado; e
- V - respeito às condições sociais e diferenças de origem, raça, idade, nacionalidade, gênero, orientação sexual e religiosa, com atenção especial às pessoas com deficiência.

Art. 6º São diretrizes da Política Nacional para a População em Situação de Rua:

- I - promoção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais;
- II - responsabilidade do poder público pela sua elaboração e financiamento;
- III - articulação das políticas públicas federais, estaduais, municipais e do Distrito Federal;
- IV - integração das políticas públicas em cada nível de governo;
- V - integração dos esforços do poder público e da sociedade civil para sua execução;
- VI - participação da sociedade civil, por meio de entidades, fóruns e organizações da população em situação de rua, na elaboração, acompanhamento e monitoramento das políticas públicas;
- VII - incentivo e apoio à organização da população em situação de rua e à sua participação nas diversas instâncias de formulação, controle social, monitoramento e avaliação das políticas públicas;

- VIII - respeito às singularidades de cada território e ao aproveitamento das potencialidades e recursos locais e regionais na elaboração, desenvolvimento, acompanhamento e monitoramento das políticas públicas;
- IX - implantação e ampliação das ações educativas destinadas à superação do preconceito, e de capacitação dos servidores públicos para melhoria da qualidade e respeito no atendimento deste grupo populacional; e
- X - democratização do acesso e fruição dos espaços e serviços públicos.

Art. 7º São objetivos da Política Nacional para a População em Situação de Rua:

- I - assegurar o acesso amplo, simplificado e seguro aos serviços e programas que integram as políticas públicas de saúde, educação, previdência, assistência social, moradia, segurança, cultura, esporte, lazer, trabalho e renda;
- II - garantir a formação e capacitação permanente de profissionais e gestores para atuação no desenvolvimento de políticas públicas intersectoriais, transversais e intergovernamentais direcionadas às pessoas em situação de rua;
- III - instituir a contagem oficial da população em situação de rua;
- IV - produzir, sistematizar e disseminar dados e indicadores sociais, econômicos e culturais sobre a rede existente de cobertura de serviços públicos à população em situação de rua;
- V - desenvolver ações educativas permanentes que contribuam para a formação de cultura de respeito, ética e solidariedade entre a população em situação de rua e os demais grupos sociais, de modo a resguardar a observância aos direitos humanos;
- VI - incentivar a pesquisa, produção e divulgação de conhecimentos sobre a população em situação de rua, contemplando a diversidade humana em toda a sua amplitude étnico-racial, sexual, de gênero e geracional, nas diversas áreas do conhecimento;
- VII - implantar centros de defesa dos direitos humanos para a população em situação de rua;
- VIII - incentivar a criação, divulgação e disponibilização de canais de comunicação para o recebimento de denúncias de violência contra a população em situação de rua, bem como de sugestões para o aperfeiçoamento e melhoria das políticas públicas voltadas para este segmento;
- IX - proporcionar o acesso das pessoas em situação de rua aos benefícios previdenciários e assistenciais e aos programas de transferência de renda, na forma da legislação específica;
- X - criar meios de articulação entre o Sistema Único de Assistência Social e o Sistema Único de Saúde para qualificar a oferta de serviços;

XI - adotar padrão básico de qualidade, segurança e conforto na estruturação e reestruturação dos serviços de acolhimento temporários, de acordo com o disposto no art. 8º;

XII - implementar centros de referência especializados para atendimento da população em situação de rua, no âmbito da proteção social especial do Sistema Único de Assistência Social;

XIII - implementar ações de segurança alimentar e nutricional suficientes para proporcionar acesso permanente à alimentação pela população em situação de rua à alimentação, com qualidade; e

XIV - disponibilizar programas de qualificação profissional para as pessoas em situação de rua, com o objetivo de propiciar o seu acesso ao mercado de trabalho.

O Decreto que trata da política nacional para a população em situação de rua deve ser interpretado em compatibilidade com a Constituição, bem como com outras legislações e normas infraconstitucionais (técnica lógico-sistemática).

O artigo 1º da Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais prevista na Resolução 109 de 11/11/2009 traz o quadro síntese dos serviços socioassistenciais que visam efetivar o direito fundamental social de assistência social para a população em situação de rua, que consiste: no direito de ser atendido pelo Serviço Especializado em Abordagem Social e pelo Centro de Referência Especializado, além do direito de ser acolhido em Casa de Passagem e em república. Ou seja, pelo previsto na norma, em tese, a pessoa em situação de rua, não deveria dormir, nem permanecer na rua, em virtude do seu direito de assistência social de ser acolhido.

Ainda segundo a Tipificação prevista na Resolução nº 109/09, os serviços previstos para a população em situação de rua têm a finalidade de assegurar atendimento e atividades direcionadas para o desenvolvimento de sociabilidades, na perspectiva de fortalecimento de vínculos interpessoais e/ou familiares que oportunizem a construção de novos projetos de vida (BRASIL, 2009, p. 27-29).

Esses serviços devem promover para a população em situação de rua, o acesso a espaços de guarda de pertences, de higiene pessoal, de alimentação e provisão de documentação civil. Deve ainda ser o endereço institucional para utilização, como referência, do usuário (BRASIL, 2009, p. 27-29).

O serviço de república, também prevista na Tipificação da Resolução nº 109/09, abriga as pessoas que tem um pouco mais de autonomia, que estão na escala de saída da rua. A ideia é parecida com a república de estudantes. As pessoas vão dividir as obrigações. Não pagam aluguel, pois o imóvel é do município, e tem acompanhamento técnico, através da orienta-

ção de assistentes sociais. É gerido em regime de cogestão entre as pessoas em situação de rua e a equipe técnica. Os usuários auxiliam na gestão e devem trabalhar (como catadores de materiais recicláveis, por exemplo) para, com seus recursos, ajudarem nas despesas.

O serviço de acolhimento institucional, abrangendo a casa de passagem, prevê o limite máximo de 50 pessoas por unidade, quatro pessoas por quarto (BRASIL, 2009, p. 30).

Mesmo sendo importantes, as proteções sociais aqui apresentadas não são suficientes para se enfrentar a condição de risco e vulnerabilidade dessas pessoas. É preciso se investir na promoção social, que seria a verdadeira saída desta condição de risco. E, mais importante, é indispensável se efetivar as políticas sociais de assistência social e as políticas de promoção social. E este é o papel da Defensoria Pública do Estado.

3 – A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM FAVOR DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA NA DEFESA DE SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 – OBRIGAÇÃO LEGAL DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA ATUAR EM DEFESA DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

O Poder Executivo brasileiro não vem conseguindo concretizar os direitos previstos na Constituição Federal e nas Leis Federais. Segundo a Lei Federal nº 80/94 e a Lei Complementar Estadual nº 26/06 cabe a Defensoria promover os direitos humanos, bem como os direitos fundamentais sociais, que são direitos humanos positivados em nosso Ordenamento Jurídico. Assim, caso esses direitos não sejam efetivados pelo Estado, cabe à Defensoria diligenciar a sua materialização.

A Defensoria Pública é um órgão essencial à democracia brasileira, que tem como função precípua a promoção dos direitos humanos e a defesa dos hipossuficientes, portanto, tem como uma de suas atribuições atuar em favor da população em situação de rua, por ser o grupo mais vulnerável da sociedade, tolhido em praticamente todos os seus direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 previu a Defensoria Pública como instituição de promoção dos direitos humanos e defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º LXXIV e do artigo 134 do mesmo diploma legal, conforme transcrição abaixo.

Art. 5º. LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do

regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Assim, inicialmente, a Defensoria Pública foi criada para prestar assistência jurídica integral e gratuita àqueles com insuficiência de recursos.

A Lei Complementar Federal nº 80/94 prescreve normas gerais para a Defensoria. O artigo 1º desta lei dispõe que a Defensoria tem como incumbências fundamentais orientar juridicamente, promover os direitos humanos e defender em todos os graus, judicial e extrajudicial, os direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

O artigo 3º-A da Lei Complementar Federal nº 80/94, por sua vez, prevê os objetivos da Defensoria Pública:

Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública:

- I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais;
- II – a afirmação do Estado Democrático de Direito;
- III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e
- IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Desta forma, a Defensoria Pública tem o papel de promotora dos direitos humanos e das políticas públicas, bem como tem por objetivos a afirmação do Estado Democrático de Direito, a prevalência e a efetividade dos direitos humanos, a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais. Assim, jamais esta Instituição poderia se furtar a atuar de forma combativa junto às pessoas em situação de rua.

O grupo mais socialmente vulnerável é a população em situação de rua, privada absolutamente de todos os direitos fundamentais. Logo, deve ser considerado prioritário na atenção da Defensoria.

Ao atuar na defesa da população em situação de rua, a Defensoria foca a sua atuação na efetivação dos direitos fundamentais sociais. Esses direitos sociais são prestados através de políticas sociais do Estado.

E ao ter a obrigação de promover direitos humanos, essa atuação não se dá apenas através do ajuizamento e acompanhamento de processos judiciais que tratem de direitos fundamentais, mas também através de uma forte atuação extrajudicial, como prevê o artigo 1º e

o inciso X, do artigo 4º, da Lei Complementar nº 80/94, quando trata da defesa extrajudicial dos direitos individuais e coletivos, sociais.

Segundo o dicionário, promover significa “dar impulso a; trabalhar a favor de”; “fazer avançar; fomentar”. “Diligenciar para que se realize, se efetue” (FERREIRA, 1999). Sendo justamente a obrigação da Defensoria Pública, diligenciar para que os direitos humanos se realizem; trabalhar a favor dos direitos humanos, concretizando-os. Inclusive extrajudicialmente, ou seja, sem a necessidade de processo judicial. E quando se fala em direitos humanos está se falando dos direitos fundamentais previstos na Constituição, abrangendo os direitos sociais, como os direitos à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados.

Vive-se um momento de crise do Poder Judiciário, com a morosidade no trâmite dos processos e, por consequência, do provimento jurisdicional, fazendo com que para efetivar os direitos, se prefira uma atuação extrajudicial sob pena de não se conseguir alcançar resultados concretos a curto e médio prazo.

Neste processo de promoção de direitos humanos, é imprescindível o diálogo dos Defensores Públicos, em sua condição de agentes de transformação social, com a sociedade civil organizada, para que se busque a implementação das promessas constitucionais (BURGER e BALBINOT, 2008, p. 35).

Ressaltando que cabe à Defensoria Pública um papel coadjuvante. A protagonista da atuação de exigência de direitos coletivos sociais deve ser a sociedade civil organizada, que representa o indivíduo que assume a posição jurídica de exigir do Estado a prestação positiva de acesso ao direito fundamental social.

Assim, com esta nova atuação de promotores de direitos humanos,

“[...] fica ainda mais destacado o papel dos Defensores Públicos como agentes de transformação social, passando-se a atribuir à Instituição o dever de, além de esclarecer sobre a existência do direito, traçar estratégias sobre a melhor forma de assegurá-lo (que nem sempre será por meio do ajuizamento de ações individuais)” (BURGER e BALBINOT, 2008, p. 38).

Portanto, nesta função a Defensoria, segundo a legislação complementar federal e estadual que a regula, deve atuar visando a promoção da mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.



Como também, buscando o exercício da defesa dos interesses (não somente dos direitos) individuais e coletivos de grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado.

Além de viabilizar a promoção de políticas públicas, preventivas e postulatórias, dos direitos humanos e dos direitos e interesses individuais e coletivos.

É atribuição da Defensoria, dentre outras, tornar efetiva a Constituição Federal e as leis, promovendo a saída do papel dos direitos ali previstos. Um dos papéis da Defensoria, portanto, é fazer com os direitos das pessoas seja reconhecido e que haja o exercício da cidadania.

A Defensoria em sua atuação deve trabalhar para possibilitar a concretização dos direitos, ou dizendo de outra forma, materializar direitos (BRITTO, 2008, p. 14).

A Defensoria é o instrumento de que o cidadão dispõe para conseguir efetivar de fato os seus direitos, quando o Estado apenas o prevê no papel. Esta efetivação pode tanto ser construída judicialmente, como extrajudicialmente.

Assim, por tudo o que foi exposto, compreende-se que a Defensoria pode ser considerada como instrumento de contribuição para minorar as desigualdades sociais e a pobreza. Ter direitos constitui-se também em ter capacidades, em ter potencialidades. E a Defensoria ao promover direitos, promove capacidades, seja em uma ótica preventiva, seja de uma forma de superação da pobreza extrema, mas em ambos os casos através da promoção ao acesso a direitos fundamentais sociais.

3.2 – A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM FACE DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA NA DEFESA DE SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A atuação consiste justamente em identificar as maiores violações dos direitos fundamentais sociais em relação à população em situação de rua. As políticas sociais existentes e exigir a efetivação dos direitos sociais a partir do exercício do controle de políticas públicas, exigindo o cumprimento destas, judicialmente ou extrajudicialmente.

Como a nossa sociedade é capitalista, voltada para o consumo e para o trabalho, não há a ilusão de que o fenômeno da população em situação de rua acabará (SILVA, 2009, p. 33). Isto porque a sociedade capitalista necessita de um exército de reserva de pessoas desempregadas, a fim de manter os salários de seus trabalhadores baixos e os lucros sempre aumentando.

Todavia, espera-se que haja políticas públicas concretas que atendam a este grupo populacional, devendo a Defensoria cumprir o seu papel jurídico-social, em luta pela criação dessas políticas, quando elas não existirem e na materialização dos seus preceitos, quando já existirem.

Esse controle pode ser judicial, através do ingresso de uma ação judicial individual ou coletiva, ou através de uma atuação extrajudicial, visando a composição do conflito, entre as duas partes compostas pelo Estado e a sua vontade de não prestar o direito requerido e, do outro lado, pelo indivíduo com a sua necessidade que precisa ser satisfeita.

Essa atuação extrajudicial consiste no Defensor Público assumir o seu papel de agente político transformador da realidade social e articular a efetivação do direito junto aos gestores do Estado.

3.3 – VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

Análises superficiais sobre o fenômeno conduzem a responsabilização do indivíduo em situação de rua pelos seus próprios problemas isentando a sociedade da produção desta desigualdade social (SILVA, 2009, p. 113). Esse pensamento leva essa pessoa à estigmas e marginalização, inviabilizando ainda mais o seu acesso a direitos e à dignidade.

Se o cidadão estiver sem trabalhar, embora apto para o trabalho, estará à margem/marginalizado deste sistema, em nossa atual sociedade. No entanto, seus direitos constitucionais – educação, saúde, moradia, direito à cultura – devem ser protegidos, concedidos e fornecidos. Na prática, hoje, isso não acontece.

Quando se busca conhecer as estratégias de enfrentamento do fenômeno população em situação de rua em suas esferas federal, estadual e municipal, não se encontram políticas acessíveis a esse grupo, mas tão somente paliativos como albergues e abrigos, muitas vezes, imóveis insalubres, com banheiros quebrados, sem higiene, com profissionais despreparados e serviços de péssima qualidade, fazendo com que muitas pessoas em situação de rua prefiram permanecer ao relento e expostas aos seus perigos (SILVA, 2009, p. 113).

A população em situação de rua, no Brasil, tem sofrido práticas higienistas, banimentos, linchamentos e abandonada à própria sorte pelo Estado. A violência contra essas pessoas materializa o preconceito e a intolerância da sociedade (SILVA, 2009, p. 182-183).

São essas, portanto, as prestações que o Estado e a sociedade vêm ofertando à população em situação de rua: serviços de assistência social inadequados, insuficientes, precários, preconceito e intolerância. Nesse contexto, a Defensoria Pública deve exercer a sua função institucional de promotora de direitos fundamentais frente às violações sofridas.

A seguir, estão elencados os direitos fundamentais mais violados em relação a população em situação de rua e, quando existir, as políticas sociais já previstas para a sua proteção.

Juridicamente, a identidade conceitua-se como o conjunto de características próprias e exclusivas que, delimitadas legalmente, tornam a pessoa, um indivíduo único, diferenciando-o dos demais na sociedade (CALTRAM, 2010, p. 31-32)

Quando se fala em direito à identidade, portanto, está se falando em elementos que individualizam a pessoa natural, sendo eles, o nome, o estado e o domicílio (CALTRAM, 2010, p. 32).

O nome é definido no artigo 16 do Código Civil brasileiro: “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”, consistindo o prenome o nome que os pais escolhem para identificar a pessoa, individualizando-a e distinguindo-a dos demais. O sobrenome é o nome familiar, também chamado de patronímico.

Outro elemento de individualização da pessoa natural é o estado, consistindo no conjunto de qualidades do indivíduo, dividindo-se em estado individual, familiar, político e profissional. O estado individual diz respeito às características físicas da pessoa, tais como idade, sexo, cor, altura etc., referindo-se a particularidades que exercem influência sobre a capacidade civil (menor, maior, capaz, homem, mulher etc.). O estado familiar, por sua vez, indica a posição da pessoa na família, em relação ao casamento, na condição de casado, solteiro, viúvo, e ao parentesco, tal como mãe, filha, avô. O estado político qualifica o indivíduo quanto à sua nacionalidade, ou seja, se é brasileiro nato ou naturalizado, ou estrangeiro. Por fim, o estado profissional identifica a pessoa quanto à profissão que exerce (CALTRAM, 2010, p. 34-35).

O domicílio é o lugar onde a pessoa física estabelece a sua residência com ânimo definitivo, conforme dispõe o artigo 70 do Código Civil brasileiro.

O direito à identidade, em suas acepções, portanto, é um requisito indispensável para o exercício da cidadania. Sem um documento de identidade, o indivíduo fica privado de seus direitos fundamentais e sem acesso a benefícios sociais.

Além disso, o fundamento constitucional da cidadania está relacionado à ideia de que a pessoa que se encontra no gozo de direitos pode participar da vida política, inclusive com o direito de votar e ser votado (CALTRAM, 2010, p. 10).

Sem os documentos de identificação o indivíduo não pode exercer os direitos políticos, deixando de ter acesso ao exercício da sua cidadania.

Sendo assim, como o parágrafo 2º, do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que os direitos fundamentais previstos expressamente na Carta Magna não são taxativos, não excluindo outros decorrentes do regime e dos princípios constitucionalmente adotados, entende-se

que o direito à identidade seria um direito fundamental, vinculado à noção de cidadania e ao princípio constitucional de dignidade da pessoa humana.

Desta forma, o direito à identidade pessoal é considerado um direito fundamental implícito, decorrente de princípios fundamentais. É direito fundamental, porque a identidade pessoal se trata de um mínimo necessário e imprescindível à dignidade humana, sem o qual o indivíduo não pode estar inserido na sociedade em que vive. Bem como, é fundamental, porque a todos deve ser reconhecido esse direito, de forma concreta e material (CALTRAM, 2010, p. 16-23).

Segundo dados da Pesquisa Nacional promovida pelo Ministério do Desenvolvimento Social 24% da população em situação de rua não tem nenhum tipo de documentação (BRASIL, 2008, p. 12), estando completa e inteiramente desprovido de cidadania e do direito a uma identidade física, integralmente privado de acesso a direitos fundamentais e a quaisquer benefícios sociais.

Ainda de acordo com a mesma pesquisa, 41% das pessoas em situação de rua não estavam portando documento de identidade; a metade, 50%, não portava certidão de nascimento ou de casamento; 58% não portava Cadastro de Pessoa Física (CPF); 60% não portava Carteira de Trabalho; 62% não portava título eleitoral; e apenas 22% da população ouvida estava de posse de todos os documentos (BRASIL, 2008, p. 12).

Fica cristalino que a população em situação de rua é completamente destituída do exercício pleno do direito fundamental à identidade pessoal e, por consequência, violada em sua cidadania e afrontada em sua dignidade da pessoa humana.

Uma determinada quantidade de pessoas em situação de rua, nem chegou a ter alguns documentos de identificação. Mas, na grande maioria dos casos, as pessoas têm os seus documentos extraviados, em decorrência de uma multiplicidade de fatores, mas todas ligadas à situação de extrema vulnerabilidade de estar em situação de rua: furto, roubo, perda, deterioração em virtude da chuva e outras intempéries, além de destruição em razão de violência institucional.

Segundo a pesquisa nacional do Ministério de Desenvolvimento Social 29,7% dos entrevistados afirmaram ter algum problema de saúde. Entre os problemas de saúde mais citados destacam-se: hipertensão (10,1%), problema psiquiátrico/mental (6,1%), HIV/AIDS (5,1%) e problemas de visão/cegueira (4,6%). Dentre os entrevistados, 18,7% fazem uso de algum medicamento. Postos/centros de saúde são as principais vias de acesso a esses medicamentos. Daqueles que os utilizam, 48,6% afirmaram consegui-los por esse meio. Quando doentes, 43,8% dos entrevistados procuram em primeiro lugar o hospital/emergência. Em segundo lugar, 27,4% procuram o posto de saúde (BRASIL, 2008).

Saúde vem do latim “salute”, que significa salvação ou conservação da vida. É definido como o “estado do indivíduo cujas funções orgânicas, físicas e mentais se acham em situação normal; estado do que é sadio ou são.” (FERREIRA, 1999, p. 1.822).

A Organização Mundial de Saúde (OMS), órgão especial criado pela Organização das Nações Unidas (ONU), considerou a saúde como um princípio básico para a “felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos”. Segundo a Constituição da Organização Mundial da Saúde, adotada pela Conferência Internacional de Saúde, em 1946, o conceito de saúde é apresentado como “o estado de completo bem estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença” (SOUZA, 2007).

A saúde é um bem indispensável à preservação da dignidade da pessoa humana (Sueli Gandolfi Dallari in ROCHA, 2011).

Neste sentido, a saúde é um valor irrenunciável, inalienável, imprescritível, extrapatrimonial, universal, inato e inerente à pessoa humana. (MILAGRES, 2010).

Previsto como direito social, exige uma prestação positiva: a prestação do serviço de saúde. O Estado tem o dever, a obrigação de prestar o direito à saúde. Da mesma forma o Estado tem a obrigação o dever de prestar o serviço de saúde à população em situação de rua, obedecendo as suas especificidades.

Como direito social básico (artigo 6º, CF), a saúde é:

[...] fundada nos princípios da universalidade, equidade e integralidade e amplamente protegida pela ordem constitucional em vigor. Segundo o art. 196, é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (GREGORI, 2007).

A saúde encontra proteção especial na Constituição Federal. Em verdade, pode-se falar em uma Constituição da Saúde embutida na Carta Magna.

Segundo Rocha (2011), os artigos 1º e 3º da Constituição Federal alicerçam os fundamentos da tutela jurídica da saúde. O artigo 1º porque trata da dignidade da pessoa humana. O artigo 3º, principalmente em razão de ter como objetivos a promoção do bem de todos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além da erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais.

O direito à saúde é previsto como direito social do artigo 6º da Carta Magna:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

O Título VIII da Constituição Federal, intitulado “Da Ordem Social”, é subdividido em capítulos. Sendo que o da Seguridade Social abrange a saúde, a previdência social e a assistência social.

O artigo 193, CF/88, apresenta as bases da ordem social, sendo por consequência, bases também do direito à saúde, destacando-se o bem-estar e a justiça social.

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

O Direito à saúde é tratado nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal, transcrevendo-se abaixo, o disposto no artigo 196:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A Constituição optou então, pelo princípio da dignidade da pessoa humana como norteador de todos os direitos fundamentais, e como objetivos, no que tange ao direito da saúde, o primado do bem-estar e da justiça sociais (artigo 193).

Em 2008, o Grupo de Trabalho Interministerial para Elaboração da Política Nacional de Inclusão Social da População em Situação de Rua, criado pelo Decreto Federal s/nº, de 25 de outubro de 2006, elaborou a própria Política Nacional de Inclusão Social da População em Situação de Rua, que prevê ações estratégicas, em algumas áreas, para conferir concretude aos princípios e diretrizes estabelecidos na Política Nacional para a População em Situação de Rua, estabelecida pelo Decreto Federal nº 7.053/09 (BRASIL, 2008ª, p.19).

As principais ações estratégicas previstas nesta Política Nacional para a implementação do direito fundamental à saúde foram (BRASIL, 2008a, p. 23-24):

a) garantia da atenção integral à saúde das pessoas em situação de rua e adequação das ações e serviços existentes, assegurando a equidade e o acesso universal no âmbito do Sistema Único de Saúde, com dispositivos de cuidados interdisciplinares e multiprofissionais;

- b) fortalecimento das ações de promoção à saúde, incluindo prevenção e tratamento de doenças com alta incidência junto a essa população, como doenças sexualmente transmissíveis/AIDS, tuberculose, hanseníase, hipertensão arterial, problemas dermatológicos, entre outras;
- c) fortalecimento das ações de atenção à saúde mental das pessoas em situação de rua, em especial aqueles com transtornos decorrentes do uso de álcool e outras drogas, facilitando a localização e o acesso aos Centros de Atendimento Psicossocial (CAPS I,II, III e AD);
- d) apoio às iniciativas de ações intersetoriais que viabilizem a instituição e manutenção de Casas de Apoio ou similares voltadas para pessoas em situação de rua, em caso de alta hospitalar, para assegurar a continuidade do tratamento.

Em 2012, foi publicado pelo Ministério da Saúde, o Plano Operativo para Implementação de Ações em Saúde da População em Situação de Rua 2012-2015. Este plano visa garantir o acesso aos serviços de saúde, bem como a melhoria do nível de saúde dessa população, por meio de ações e iniciativas que reconheçam as especificidades decorrentes do trabalho na rua e das condições de vida (falta de higiene adequada, exposição a baixas temperaturas, alimentação inadequada ou insuficiente, sono irregular, exposição a intempéries etc. (BRASIL, 2012, p. 3-4).

Esse plano operativo identificou o problema a ser combatido: a dificuldade de acesso da população em situação de rua à atenção à saúde. Diante disso, o plano operativo estabeleceu uma série de enfrentamento, selecionando como principais: a implantação de consultórios na rua; o acesso à atenção domiciliar em espaços de acolhimento institucional; a intensificação da busca ativa e de tratamentos supervisionados para o controle de doenças infecciosas nas populações institucionalizadas e em situação de rua; capacitação e sensibilização profissionais de saúde para atendimento da população em situação de rua; apoio à formação e a sensibilização de lideranças do movimento social da população em situação de rua referente ao exercício da cidadania, a saúde e defesa do Sistema Único de Saúde por meio de cursos, oficinas, encontros e formação (BRASIL, 2012, p. 5-7).

Além disso, cabe ressaltar a existência do Manual de Recomendações para o Controle da Tuberculose no Brasil, expedido pelo Ministério da Saúde, em 2010, que traz, como o nome diz, recomendações para melhoria das atividades de prevenção, vigilância, diagnóstico e tratamento dos casos de tuberculose. Esse Manual prevê expressamente, em um item próprio, cuidados específicos para a população em situação de rua (BRASIL, 2010, p. 01).

Através das pesquisas já realizadas, estima-se que a tuberculose seja um grave problema de saúde entre a população em situação de rua, sempre com elevada taxa de incidência e de abandono do tratamento, diante da quase impossibilidade da pessoa que se encontra na

rua de seguir o procedimento médico prescrito. Esta população é considerada pelo Ministério da Saúde como um grupo de elevada vulnerabilidade (BRASIL, 2010, p. 127).

Também cabe apresentar um importante aliado no acesso das pessoas em situação de rua ao direito fundamental à saúde: os consultórios na rua. Previstos na portaria nº 122, de 25 de janeiro de 2011, este ato administrativo normativo define as diretrizes de organização e funcionamento das Equipes de Consultório na Rua.

Essas equipes têm a função de prestar o serviço de atenção básica as pessoas em situação de rua (artigo 1º, portaria nº 122/11).

Conforme o art. 2º da referida portaria, as equipes do Consultório na Rua são multiprofissionais e deverão estar aptas para lidar com os diferentes problemas e necessidades de saúde da população em situação de rua. O parágrafo 1º, do mesmo artigo, expõe que as atividades das equipes do Consultório na Rua incluirão a busca ativa e o cuidado aos usuários de álcool, crack e outras drogas.

Um ponto interessante previsto na portaria do Consultório na Rua é a previsão de agentes sociais que trabalharão com a equipe multidisciplinar. Esses agentes deverão ter trajetória de rua, o que facilita o contato da equipe com o público-alvo e terão atribuições relevantes, previstas no parágrafo 7º, do artigo 4º, para um melhor atendimento do direito fundamental à saúde.

A Carta Magna de 1988 consagrou um regime constitucional da seguridade social, no artigo 6º e nos artigos 194 a 204, abrangendo três eixos: saúde, previdência social e assistência social, com objetivo, em tese, de oferecer a todos uma vida digna e saudável (SARLET e outros, 2012, p. 607-608).

Os artigos 203 e 204 da Constituição Federal expressamente estabeleceram o amparo assistência à família, maternidade, infância, adolescência e à velhice.

No entanto, a redação do artigo 203, é suficientemente ampla para abranger perfeita e integralmente as mulheres e homens adultos que se encontram nas ruas, em situação de extrema vulnerabilidade social, jurídica e econômica. O seu texto dispõe que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de qualquer contribuição. Este é o fundamento maior de todo o serviço de assistência social previsto para a população em situação de rua.

Em 1993, foi aprovada a Lei Orgânica da Assistência Social, Lei nº 8.742, que regulamentou os Artigos 203 e 204 da Constituição Federal, reconhecendo a Assistência Social como política pública, direito do cidadão e dever do Estado, garantindo a universalização dos direitos sociais.

Em 30 de dezembro de 2005, a Lei nº 11.258, alterou a Lei nº 8.742 para a inclusão da obrigatoriedade expressa da formulação de programas de amparo à população em situação de rua.

O microsistema jurídico de assistência social tem previsto ao longo dos últimos anos, dispositivos que expressamente estabelecem o direito à assistência social à população em situação de rua.

Tal como a Política Nacional de Assistência Social (PNAS), que reconheceu a atenção à população em situação de rua no âmbito do Sistema Único de Assistência Social. Essa PNAS consiste em uma política que visa a padronização, a melhoria e a ampliação dos serviços de assistência do país.

Outro exemplo é a Instrução Operacional conjunta da Secretaria Nacional de Assistência Social e da Secretaria Nacional de Renda e Cidadania de nº 07, de 22 de novembro de 2010, que orientou os municípios e o Distrito Federal a incluir pessoas em situação de rua no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal, promovendo que essas pessoas possam, sendo o caso e preenchidos os requisitos, receber benefícios assistenciais e programas de transferência de renda.

Em contrapartida ao previsto nas normas legais e administrativas, no caso concreto, não existem serviços de acolhimento em quantidade suficiente para abrigar as pessoas em situação de rua, nem são adequados, nem obedecem ao disposto nas normas.

O direito fundamental à moradia é consequência da proteção à vida e do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, não se confundindo com o direito de propriedade (SARLET e outros, 2012, p. 587).

É na moradia que a pessoa humana encontra abrigo, tanto para se defender do frio, do calor, da chuva, quanto dos perigos e pressões da vida social. Para cumprir suas finalidades, a moradia deve ainda ser digna, condizente com as exigências mínimas da natureza humana (DALLARI, 2004, p. 51-52)

Como direito social, que é, o direito à moradia comporta uma dimensão prestacional, de exigir do Estado a concessão deste direito, ou seja, que o Poder Público conceda a quem necessite uma moradia. A fundamentação que embasa a prestação do serviço de saúde, do serviço público de educação, do serviço de assistência social, por meio de dedução lógica também justifica a concessão, pelo Poder Público, de uma moradia, através de programas de promoção social ou de transferência de renda, como o aluguel social, por exemplo.

A ausência de moradia e a situação de rua é uma clara violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio norteador que se encontra no ápice do Ordenamento Jurídico,

além de consistir em afronta ao direito à vida e à integridade física. É obrigação do Estado, em caso dos direitos sociais prestacionais, satisfazer a pretensão subjetiva, amparada, ainda mais, pelas mais relevantes normas constitucionais.

Não se está aqui a se conferir um caráter messiânico à Constituição Federal (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 772), mas apenas se quer levá-la a sério, cumprindo as suas determinações e exigindo que o Estado também obedeça ao disposto na Carta Maior. É objetivo fundamental da Constituição Federal a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais (artigo 3º, inciso III, CF/88). E toda a palavra ou norma escrita na Constituição tem sentido, cogência e imperatividade, e deve ser valorizada e respeitada.

Segundo Sarlet e outros, ainda não está sedimentado nem na doutrina, nem na jurisprudência a efetivação do direito à moradia em direito subjetivo à construção, pelo Poder Público, de uma moradia digna ou o fornecimento de recursos para tanto (2012, p. 591).

Segundo a Pesquisa Nacional sobre População de Rua, promovida pelo Ministério de Desenvolvimento Social, 74% dos entrevistados sabem ler e escrever. No entanto, desses, quase a metade, 48,4%, não concluíram o ensino fundamental. Dos entrevistados, 17,1% não sabem escrever e 8,3% apenas assinam o próprio nome (BRASIL, 2008b, p. 7).

A educação consiste em um projeto de aprendizagem e aperfeiçoamento, através do qual as pessoas se preparam para a vida, aprendendo um ofício, um trabalho. A educação é muito relevante para todos os seres humanos. A pessoa mais bem educada compreende as demais para aceitar as diferenças que existem entre os indivíduos, acabando por gerar uma sociedade mais tolerante e justa (DALLARI, 2004, p. 66).

A Constituição Federal brasileira reconhece a educação como direito fundamental social, ao afirmar que a educação é direito de todos e dever do Estado, nos termos do seu artigo 205. No entanto, seguindo o entendimento do artigo 208, I, apenas o ensino fundamental é obrigatório, inclusive, para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 771).

Essa garantia de ensino fundamental obrigatório para adultos previsto no artigo 208, I, CF/88, não deixa de ser pertinente para as necessidades da população em situação de rua, visto que cerca de 63% dos entrevistados na Pesquisa do Ministério de Desenvolvimento Social informaram que ou não concluíram o ensino fundamental, ou não sabem ler e escrever ou apenas sabem assinar o nome (BRASIL, 2008b, p. 7).

O professor Dirley da Cunha acentua que em caso de descumprimento do dever de prestar educação pública para um menor, cabe ação judicial contra o Estado, bem como uma ação

judicial que determine a construção de uma escola, ou o custeio do estudo do menor em escola privada, além da condenação do Estado ao pagamento de indenização, em virtude da omissão ilícita (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 771-772).

Diante disso, seguindo a mesma linha de pensamento, é perfeitamente possível se transportar o mesmo entendimento para o adulto em situação de rua. O inciso I, do artigo 208 da Constituição Federal autoriza que se pleiteie judicialmente que o Estado ofereça educação primária gratuita para as pessoas em situação de rua que não tenham tido o acesso a esse direito. Nos pedidos, pode-se requerer, igualmente, a determinação de construção e funcionamento de uma escola ou de um espaço físico adequado para ministrar aulas ou até que o Estado custeie o estudo da pessoa em escola privada que ofereça educação fundamental para adultos.

3.4 – A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL

Do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha partiu o posicionamento no sentido de que o reconhecimento dos direitos sociais depende da disponibilidade de recursos públicos necessários e suficientes para a satisfação das prestações materiais, tais como serviço de saúde, de educação, assistência social, e que o Estado teria a discricionariedade de decidir prestar ou não o quanto solicitado (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 780).

Essa contingência é chamada de reserva do possível, posto que a efetivação dos direitos sociais depende da disponibilidade de recursos necessários e suficientes (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 781).

A reserva do possível consiste naquilo que se pode razoavelmente esperar do Poder Público tendo em vista as condições sociais.

Essa ideia alemã, Estado ícone da doutrina do Bem-Estar Social, e que efetivamente conseguiu colocar esse sistema socioeconômico em prática, garantindo direitos fundamentais sociais para seus cidadãos, foi recepcionada no Brasil, como um argumento de limitação financeira, de ordem orçamentária que impediria o exercício dos direitos sociais. Seria a reserva do financeiramente possível.

Essa doutrina não deveria ter sido recepcionada no Brasil, um país que precisa fazer tudo no que tange aos direitos sociais, onde as pessoas não têm o mínimo existencial. A nossa realidade social é completamente oposta à situação da Alemanha.

Nesse sentido, e tratando do tema da reserva do possível, o professor Dirley da Cunha é enfático ao dizer que “é completamente sem sentido aplicar, descuidadamente e sem critérios,

ao Brasil, um país em desenvolvimento ou periférico, teorias jurídicas de países desenvolvidos” (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 781).

Deve-se sim autorizar ao Poder Judiciário que, no controle do Poder Público, determine a redistribuição dos recursos públicos, retirando-os de outras áreas como mordomias para autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas, seguranças desnecessários, carros de luxo, comitivas despiciendas em viagens internacionais, diárias excessivas, gastos em publicidade, para destiná-los ao atendimento de direitos sociais, dotando o indivíduo das condições mínimas de existência (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 783).

O professor Dirley da Cunha acentua ainda que o Estado foi criado para servir à coletividade e prover os cidadãos das condições mínimas de existência. Segundo a nossa Constituição Federal, o ser humano é uma finalidade a ser alcançada, e o Estado um meio para se garantir a felicidade humana e o bem-estar coletivo. Nesta seara, a reserva do possível só se justificaria no momento em que o Estado conseguisse garantir a existência digna de todos. Fora deste contexto, a reserva do possível consiste em desconstrução do Estado Constitucional de Direito, com a frustração das expectativas, anseios e necessidades da sociedade (2012, p. 789).

3.5 – CONTROLE DE POLÍTICAS SOCIAIS ATRAVÉS DOS GASTOS PÚBLICOS

É dever da Administração Pública cumprir e concretizar os mandamentos contidos na ordem jurídica, implementando políticas públicas sociais visando garantir a prestação dos direitos fundamentais sociais.

Somente através de políticas públicas sociais é que a Administração Pública poderá alcançar as finalidades previstas na Constituição no que diz respeito aos direitos fundamentais prestacionais, que exigem essencialmente uma conduta positiva por parte do Estado para serem satisfeitos.

No entanto, o Estado não vem cumprindo o seu dever, desobedecendo aos comandos constitucionais. Na prática, nas ruas, os direitos sociais não são efetivados. Embora, atualmente, o contexto teórico seja no sentido de que há força normativa dos direitos sociais, mesmo que ainda sejam denominados de programáticos, persiste a resistência no tocante à sua força cogente, bem como em relação à possibilidade de se efetivá-los judicialmente.

Isto ocorre porque os direitos fundamentais sociais exigem prestações custosas e os recursos públicos são escassos e limitados.

Os direitos fundamentais sociais exigem investimento, cujos custos são elevados. Tanto que se trouxe a doutrina da reserva do possível, para o contexto brasileiro, embora ela não tenha cabimento dentro do contexto e da realidade brasileiras.

No entanto, como não há recursos ilimitados, é necessário priorizar e decidir em que ação ou gasto o dinheiro público será investido. Essas escolhas sofrem a ingerência direta dos ditames constitucionais em relação às finalidades que devem ser buscadas, primacialmente (BARCELLOS, 2005, p. 11).

Ana Paula de Barcellos resume bem o que acabou de ser explanado ao dizer que a Constituição Federal primeiro fixa como uma de suas finalidades essenciais a promoção dos direitos fundamentais. As políticas públicas consistem no meio pelo qual os direitos fundamentais podem ser promovidos, alcançando-se desta forma o cumprimento dos fins constitucionais. Ocorre que essas políticas públicas demandam gasto de dinheiro público e os recursos são limitados, obrigando-se a fazer escolhas. Diante disso, conclui-se que a Constituição Federal interfere de forma imperativa na definição dos gastos públicos (BARCELLOS, 2005, p. 11-12).

Se a Constituição vincula a decisão que define os gastos dos recursos públicos, chance-la-se definitiva e completamente o controle jurídico do destino a ser dado aos investimentos públicos.

Pois bem, esse controle jurídico dos gastos públicos e, por consequência das políticas públicas leva à análise de três temas: a identificação dos parâmetros de controle; a garantia de acesso à informação; e a elaboração dos instrumentos de controle (BARCELLOS, 2005, p. 15).

A identificação dos parâmetros de controle consiste em se determinar como selecionar qual política pública será considerada prioritária para receber o investimento público. Esses parâmetros devem ser extraídos da Carta Magna (BARCELLOS, 2005, p. 15).

Barcellos divide esses parâmetros em três tipos: objetivos, que são aqueles gastos que a própria Constituição prevê expressamente, inclusive com percentuais; o segundo parâmetro consiste em identificar que bens mínimos devem ser ofertados pelo Estado, para promover os direitos fundamentais e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana; o terceiro parâmetro é a possibilidade de controlar os meios escolhidos pelo Poder Público para realizar as finalidades constitucionais (2005, p. 17-22).

A partir da construção desses parâmetros, para se fazer o controle jurídico dos gastos públicos e por consequência das políticas públicas, é necessário garantir-se o acesso à informação detalhada e explicativa dos recursos públicos disponíveis; da previsão orçamentária; e da execução orçamentária (BARCELLOS, 2005, p. 23).

O fato dessas informações não serem prestadas de forma adequada, transparente, clara, com a especificação correta dos recursos disponíveis, do que está previsto para ser gasto e com o que e de como o dinheiro foi gasto, é grave, uma vez que o dever de prestar contas é uma obrigação jurídica que pode ser coativamente exigida. “O cidadão tem o direito de saber de quanto dinheiro o Estado dispõe e em que ele está sendo gasto” (BARCELLOS, 2005, p. 25-26).

O terceiro elemento para se efetivar o controle dos gastos públicos e das políticas, consiste em se definir o que deve ser feito juridicamente se os parâmetros fixados no exercício do controle não forem observados. Neste caso, Barcellos entende que cabe punição do agente administrativo, ineficácia do ato que viola a regra e possibilidade de se produzir judicialmente o que foi determinado pela Constituição, em substituição ao agente que descumpriu o determinado (2005, p. 26).

Essa proposta de controle dos gastos públicos trazida por Ana Paula de Barcellos, em tese, se efetivamente fosse posta em prática, seria uma excelente forma de se garantir que as políticas públicas sociais voltadas à atender as necessidades materiais oriundas das violações de direitos fundamentais da população em situação de rua seriam concretizadas.

3.6 – CONTROLE DE POLÍTICAS SOCIAIS COMO GARANTIA DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Apesar das dificuldades apresentadas neste trabalho, como, por exemplo, a doutrina da reserva do possível, a Defensoria Pública está apta a cumprir com as suas obrigações legais, ao se constituir como uma instituição que tem como atribuição a concretização das políticas públicas, quando houver omissão e inércia do órgão responsável pelo cumprimento da prestação do direito fundamental.

Isto porque a Defensoria é função essencial à Justiça, entendida esta não apenas como Poder Judiciário, mas sim como Ordem Jurídica Justa, na proteção do regime democrático, dos interesses sociais, individuais, de grupos sociais vulneráveis e da primazia da dignidade da pessoa humana (ARRUDA, 2012).

Neste sentido, a Defensoria Pública, em seu papel de efetivação dos direitos fundamentais sociais, deve controlar e fiscalizar de forma preventiva, extrajudicial, proativa e resolutive, no exercício de sua função essencial à Justiça (artigo 134 da Constituição da República), as políticas sociais (ARRUDA, 2012).

Através também de uma atuação extrajudicial e política, a Defensoria Pública deve exercer o controle da legalidade e da juridicidade das ações governamentais, nas escolhas das políticas públicas prioritárias (ARRUDA, 2012).

ARRUDA explica muito bem como ocorre esta atuação extrajudicial e política:

Essa atuação preventiva e extrajudicial da Defensoria Pública abarca negociação política, marcação de audiências públicas e agendamento, no âmbito da Defensoria, das Secretarias e Conselhos Estaduais e Municipais, de reuniões, realização e celebração de TACs – Termos de Ajustamento de Condutas (compromisso de ajuste das condutas às previsões legais e constitucionais), de Termos de Cooperação Técnica, de Procedimentos Preparatórios, ou seja, de todo e qualquer instrumento, de toda e qualquer ação capaz de diligenciar no sentido de resolver um conflito social, econômico, político, jurídico, antecipando sua solução antes mesmo de encaminhar à penosa, onerosa e desgastante via judicial (ARRUDA, 2012).

Além disso, a Defensoria também pode atuar no controle de políticas públicas, de forma extrajudicial, participando de Conselhos de Direitos, orientando os cidadãos, para que os movimentos sociais fortaleçam o pleito de maneira política. A efetivação dos direitos fundamentais sociais, em sua história, se deu através de lutas e conquistas. A atuação extrajudicial da Defensoria faz parte deste contexto de luta pela efetivação dos direitos fundamentais.

Ao contrário do que prega a doutrina da reserva do possível, ARRUDA acentua que não há discricionariedade do Administrador Público na decisão sobre a concretização ou não dos direitos fundamentais constitucionais, através de políticas sociais (2012).

O Administrador é obrigado pela Constituição a cumprir suas determinações e objetivos fundamentais, devendo, quando houver alguma necessidade material a ser satisfeita, prestar a política social materializadora do direito fundamental respectivo.

A discricionariedade significa a possibilidade que o Administrador tem de examinar a oportunidade e a conveniência na prática de um ato administrativo quando existir verdadeiramente a faculdade de escolha, diante de uma variedade de opções para sua realização, dentro de uma margem de decisão. O que não quer dizer que o Administrador tenha a liberdade de decidir não prestar o direito fundamental (ARRUDA, 2012).

Quando se está lidando com políticas públicas sociais prestadoras de direitos fundamentais, há uma severa limitação constitucional à discricionariedade do Administrador. No momento em que a Constituição ordena a prática da política concretizadora dos direitos fundamentais social, a omissão estatal consiste em uma ofensa inaceitável aos ditames constitucionais, passíveis de fiscalização e de controle pela Defensoria Pública e pelo Órgão Judiciário, sendo este acionado. Fica claro que não existe discricionariedade administrativa quando se trata do cumprimento de normas constitucionais, ainda mais aquelas relacionadas a políticas pú-

blicas, não havendo margem de liberdade para cumprir ou não os mandamentos constitucionais pelo Administrador Público (ARRUDA, 2012).

A Constituição Federal determina a efetivação de suas normas, a materialização de seus mandamentos, para que a sociedade, abrangendo os administrados, os cidadãos, possa ter seus direitos sociais atendidos (ARRUDA, 2012).

São inconstitucionais, sendo assim, sujeitas a controle judicial, as omissões do Estado em não disponibilizar recursos financeiros necessários para efetivamente prestar os direitos sociais (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 773).

O Supremo Tribunal Federal já decidiu favoravelmente sobre a possibilidade de um controle judicial das políticas públicas, como meio de efetivação, concretização dos direitos sociais, quando ocorrer omissão do Estado (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 786).

Conclui-se que o Defensor Público deve cumprir o seu papel de promoção dos direitos fundamentais sociais em face da população em situação de rua, através do controle das políticas públicas sociais. Bem como, judicialmente, fundamentando a petição inicial, com a política nacional de população em situação de rua, e os planos operativos trabalhado no presente texto. Sem esquecer a atuação extrajudicial, também já aventada nesta monografia. Cabendo ressaltar que esta atuação é dever do Defensor Público, em razão do seu papel de agente político transformador da realidade social.

4 – CONCLUSÃO

Em face deste quadro, a Defensoria Pública, na qualidade de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, com a incumbência de defesa dos necessitados, nos termos das Leis Orgânicas Estadual e Federal (Leis Complementar Federal nº 80/94 e Complementar Estadual nº 26/06), tem obrigação de atuar em favor da população em situação de rua, seguramente um dos grupos mais vulneráveis da sociedade, posto que privado de seus direitos fundamentais.

Ademais, incumbe à Defensoria Pública promover os direitos humanos e políticas públicas de assistência e orientação jurídica, sendo seus objetivos a primazia da dignidade da pessoa humana, a redução das desigualdades sociais, a afirmação do Estado Democrático de Direito, a prevalência e efetividade dos direitos humanos e a garantia dos princípios constitucionais (artigos 1º e 3º-A da Lei Complementar Federal nº 80 de 1994).

A atuação defensorial envolve articulação extrajudicial e judicial, se necessário, visando a efetivação de direitos. No presente trabalho, realizou-se um recorte, analisando o papel da

Defensoria Pública no enfrentamento das violações de direitos fundamentais sociais sofridas pela população em situação de rua.

Ficou demonstrado igualmente neste trabalho que já existe um arcabouço legal formado por princípios e normas constitucionais, legislação infraconstitucional e uma gama de atos administrativos normativos que preveem diretrizes, estratégias e ações objetivando o atendimento e a efetivação dos direitos fundamentais sociais da população em situação de rua.

A partir deste vasto arcabouço jurídico, a Defensoria Pública encontra-se devidamente municiada de instrumentos e fundamentações jurídicas para justificar e embasar sua atuação no controle de políticas sociais, seja extrajudicial ou judicialmente, visando efetivar os direitos fundamentais sociais da população em situação de rua.

Por fim, cabe lembrar que não é condição inerente ao ser humano estar na rua, desamparado. Esta condição é fabricada pela nossa sociedade e por isso deve ser combatida, sendo obrigação legal da Defensoria exercer esta atribuição.

5 – REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à justiça em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.

ARRUDA, Ígor Araújo de. **Defensoria Pública na concretização de políticas públicas: um controle da aparente discricionariedade administrativa governamental**. 2012. Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=14511>>. Acessado em : 08 jan. 2013.

BAHIA. Lei Complementar Estadual nº 26 de 28 de junho de 2006. Dispõe sobre a Lei Orgânica e o Estatuto da Defensoria Pública do Estado da Bahia e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado da Bahia**, 29 de junho de 2006, Ano XC · No 19.159

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. 2005. Disponível em: < <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acessado em: 09 jan. 2013.

BOITTEUX, Elza Antonia Pereira Cunha (Coord.). **Direitos humanos: estudos em homenagem ao professor Fábio Konder Comparato**. Salvador: editora JusPodivm, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

BOMFIM, Thiago. **Os princípios constitucionais e sua força normativa**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

BRASIL. Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. **Dados do Censo 2010 publicados no Diário Oficial da União do dia 04/11/2010**: http://www.censo2010.ibge.gov.br/dados_divulgados/index.php?uf=29, acesso em 18 de março de 2012.

BRASIL. Governo Federal. Grupo de Trabalho Interministerial para Elaboração da Política Nacional de Inclusão Social da População em Situação de Rua. **Política nacional para inclusão social da população em situação de rua**. Brasília, 2008a. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/backup/arquivos/versao_da_pnpr_para_consulta_publica.pdf> . Acessado em: 08 jan. 2013.

BRASIL. Lei Complementar Federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, de 13 de janeiro de 1994.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de Controle da Tuberculose. **Manual de Recomendações para o Controle da Tuberculose no Brasil**. Brasília, 2010.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – MDS. Secretaria Nacional de Assistência Social. **Política Nacional de Assistência Social – PNAS/2004**. Brasília, 2005.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – MDS. Secretaria Nacional de Assistência Social. Meta Instituto de Pesquisa de Opinião. **Sumário executivo pesquisa nacional sobre a população em situação de rua**. Brasília: MDS/META, abr. 2008b.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica E Participativa. **Plano operativo para implementação de ações em saúde da população em situação de rua 2012-2015**. Brasília, 2012. Disponível em: <portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/3e_120612.pdf>. Acessado em: 08 jan. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Conselho Nacional de Assistência Social. Resolução n. 109, de 11 de novembro de 2009. **Diário Oficial da União**. Brasília, 25 de nov. de 2009, seção 1.

BRITTO, Adriana. A evolução da defensoria pública em direção à tutela coletiva. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). **A Defensoria Pública e os processos coletivos**: comemo-



rando a lei federal 11.448 de 15 de janeiro de 2007. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

BURGER, Adriana Fagundes e BALBINOT, Christine. A dimensão coletiva da atuação da defensoria pública a partir do reconhecimento da sua legitimidade ativa para a propositura das ações transindividuais. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). **A Defensoria Pública e os processos coletivos**: comemorando a lei federal 11.448 de 15 de janeiro de 2007. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CALTRAM, Gladys Andrea Francisco. **O registro de nascimento como direito fundamental ao pleno exercício da cidadania**. 2010. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - UNIMEP – Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba, São Paulo, 2010. Disponível em: <<https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/WLLANLIBSYCU.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social**: uma crônica do salário. 9. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

COSTA, Ana Paula Motta. **População em situação de rua**: contextualização e caracterização. Revista Virtual Textos & Contextos. Nº 4, ano IV, dez. 2005. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/993/773>>. Acesso em 12 jun. 2011.

COSTA, Nelson Nery. **Manual do defensor público**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

FERRAZ, Andréa Karla; SANTIAGO, Luciano Sotero; OLIVEIRA, Márcio Luís de; CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Direito do Estado**: questões atuais. Salvador: editora JusPodivm, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo **Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GALLO, Gabriela Neves. **Direito à moradia**: direito humano fundamental.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde**: a ótica da proteção do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRISOTTI, Márcia; GELINSKI, Carmen Rosario Ortiz G. **Visões parciais da pobreza e políticas**

sociais recentes no Brasil. Rev. Katál. Florianópolis v. 13 n. 2 p. 210-219 jul./dez. 2010. Fonte: <http://www.scielo.br/pdf/rk/v13n2/08.pdf>, acesso em 12 de julho de 2012.

IPEA. **Gastos com a Política Social: alavanca para o crescimento com distribuição de renda.** Brasília: IPEA, 2011.

IVO, Anete Brito Leal. **Os efeitos dos programas de transferência de renda sobre as desigualdades sociais no Brasil.** Trabalho apresentado no XXVIII Congresso da ALAS. Recife, 2011.

KOVARICK, Lúcio. **Viver em risco: sobre a vulnerabilidade no Brasil Urbano.** São Paulo: Editora 34, 2009.

LUBISCO, Nídia M. L.; VIEIRA, Sonia Chagas. **Manual de estilo acadêmico: monografia, dissertações e teses.** 2. Ed. Salvador: EDUFBA, 2003.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status.** Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais: os direitos subjetivos em face das normas pragmáticas de direitos sociais.** Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Saúde: direito, dever ou valor.** Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 50, p. 25-29, jul./set. 2010.

MINHOTO, Antonio (Org.). **Constituição, minorias e inclusão social.** São Paulo: Rideel, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade.** Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2003.

ORDACGY, André da Silva. Primeiras impressões sobre a lei nº 11.448/07 e a atuação da defensoria pública da união na tutela coletiva. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). **A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a lei federal 11.448 de 15 de janeiro de 2007.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

PIOVENSAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 5. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RAMOS, Lauro e MENDONÇA, Rosane. **Pobreza e desigualdades de renda no Brasil.** In GIAMBIAGI, Fabio et all. Economia brasileira contemporânea (1945-2004). Elsevier, Rio de Janeiro, 2005.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da, **Direito da saúde**: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Artigo revisto e atualizado apresentado em Encontro de Professores em Petropolis. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PE-TROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 28 set. 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

SILVA, Dicken William Lemes. O direito de acesso à justiça no contexto do pós-postivismo. **Revista de Direito Público** nº 10 – Out-Nov-Dez/2005 – estudos, conferências e notas. Acesso em 23 de agosto de 2012. <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/441/378>

SILVA, Maria Lucia Lopes da. **Trabalho e população em situação de rua no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2009.

SILVA, Paulo Tadeu Gomes da. **Direitos fundamentais**: contribuição para uma teoria geral. São Paulo: Atlas, 2010.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). **A Defensoria Pública e os processos coletivos**: memorando a lei federal 11.448 de 15 de janeiro de 2007. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SOUZA, Mauro Luís Silva de. **A saúde como garantia fundamental e a política pública como seu limite**. Disponível em < <http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id537.htm>>

Acessado em: 08 jan. 2013.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO PARA A SOLUÇÃO DE COLISÕES ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Joseline Maria Mota Barretto¹³⁷

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS; 3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUIÇÃO; 4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE; 5 *NOMEN JURIS*: “PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE” OU “PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE”?; 6 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE ANTE À COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS; 7 CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE; 8 CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS.

Resumo

Este artigo científico tem como objetivo principal a análise do Princípio da Proporcionalidade como critério de solução nas situações de colisões entre Direitos Fundamentais. Para tanto, ressaltam-se, inicialmente, aspectos gerais dos Direitos Fundamentais, como seu conceito e suas origens históricas. Buscou-se também estabelecer os parâmetros jurídicos e históricos do Princípio da Proporcionalidade e como este se tornou critério basilar na efetivação dos Direitos Fundamentais, quando estes se encontram em conflito. Em seguida, procurou-se discorrer sobre a incorporação do Princípio da Proporcionalidade no ordenamento jurídico pátrio. Na sequência, buscou-se analisar situações concretas de conflito entre Direitos Fundamentais, cujas decisões judiciais fundamentaram-se a partir do Princípio da Proporcionalidade, partindo-se, para tanto, da jurisprudência nacional, sobretudo do Supremo Tribunal Federal. Em suma, é objeto de análise do presente artigo científico os fundamentos jurídicos definidores dos Direitos Fundamentais, do Princípio da Proporcionalidade e sua aplicação prática na ocorrência de conflitos entre os direitos garantidos constitucionalmente, especialmente através do art. 5º, da CF/88; considerando-se, enfim, através de uma análise crítica, os termos da utilização de tal princípio e sua pertinência ou não diante de tal escopo.

Palavras-chave: Princípio da Proporcionalidade. Direitos Fundamentais. Conflitos de Direitos.

137 – Defensora Pública de Classe Final. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito e em Direito Processual Civil pelo JusPODIVM.

1 – INTRODUÇÃO

O Direito não se esgota na lei. Embora o Princípio da Proporcionalidade não se encontre expressamente previsto na Constituição Federal pátria – CF/88 – ele é um dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito. Sua aplicação sequer fica adstrita ao aspecto constitucional, despertando relevantes debates jurisprudenciais e doutrinários em vários âmbitos jurídicos.

Os Direitos Fundamentais são aqueles eleitos constitucionalmente e necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e em igualdade de condições; em síntese, podem ser definidos como aqueles indispensáveis à pessoa humana. Em muitas situações concretas, tais Direitos Fundamentais entram em colisão, como, por exemplo, a hipótese do eterno dilema entre a liberdade de informação jornalística e a tutela da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, inc. IX e X, CF/88). Diante de tais conflitos constitucionais, quando os direitos envolvidos encontram-se no mesmo nível hierárquico, ingressaram no ordenamento jurídico sob a mesma proteção, não se tratando, sob nenhum aspecto, de lei específica em confronto com norma geral – como é o caso dos Direitos Fundamentais –, a jurisprudência e a doutrina pátria vêm recorrendo ao Princípio da Proporcionalidade e seus mecanismos para fins de solucionar tal embate.

Os princípios constitucionais são enunciados fundamentais, abstratos, gerais, que possuem papel decisivo na elaboração e na aplicação das leis, atuando como norteadores em todos os aspectos da atividade estatal. O Princípio da Proporcionalidade encontra-se conceitualmente situado entre os demais princípios constitucionais recepcionados pela Carga Magna de 1988, tornando-se absolutamente essencial na solução de litígios, especialmente quando discutida a prevalência de um ou mais Direitos Fundamentais em detrimento de outros, igualmente fundamentais.

Envolto em grande prestígio entre os demais princípios constitucionais consagrados pelo ordenamento jurídico pátrio, o Princípio da Proporcionalidade merece justo destaque pelos doutrinadores que o revelam como presença marcante em diversos ramos do direito. Todavia, sua aplicabilidade ganha contornos próprios ante a colisão entre Direitos Fundamentais; considerando-se ainda termos como suficiência e funcionalidade do referido princípio como parâmetro norteador das decisões judiciais de conteúdo essencialmente constitucional.

Sendo assim, o presente trabalho, motivado em seu início pelo estudo da aplicabilidade do Princípio da Proporcionalidade diante do conflito entre Direitos Fundamentais, ganhou contornos específicos com referências à aplicação concreta de tal princípio na prática processual, a partir da análise da jurisprudência pertinente e decisões judiciais, especialmente do Supremo Tribunal Federal.

Tais considerações, então desenvolvidas, são priorizadas objetivando contribuir para a atividade jurídica, especialmente para o exercício da atividade dos operadores do direito, que, muitas vezes, encontram-se diante de colisões entre Direitos Fundamentais.

Por conseguinte, para fins de utilização do Princípio da Proporcionalidade faz-se necessário o conhecimento do seu conceito, sua fundamentação e o modo de aplicação pelos tribunais brasileiros.

Para fins de investigação do presente tema, foram escolhidas as pesquisas doutrinária e jurisprudencial. Através de obras clássicas, procurou-se investigar o surgimento do Princípio da Proporcionalidade entre ordenamentos jurídicos estrangeiros, seu conceito, sua fundamentação, a terminologia mais adequada e sua receptividade junto ao sistema constitucional pátrio; além da atual aplicabilidade do princípio pelos tribunais superiores nacionais.

Assim, com a coleta dos dados necessários, através das fontes acima mencionadas, buscou-se sua análise e estudo, concluindo-se o presente artigo com considerações a respeito da abrangência e da suficiência do Princípio da Proporcionalidade como parâmetro de decisão judicial quando em confronto dois ou mais Direitos Fundamentais ou dispositivos constitucionais. Despertando o interesse dos leitores para tais questionamentos, segue-se o desenvolvimento do presente trabalho.

2 – DIREITOS FUNDAMENTAIS

A respeito do tema em desenvolvimento no presente trabalho, a utilização, em seu título, da expressão “Direitos Fundamentais” já revela uma opção na seara terminológica. Tanto pela doutrina quanto pelo direito positivo são utilizadas outras expressões buscando-se a mesma designação, tais como “direitos subjetivos públicos”, “direitos humanos”, “direitos do homem”, “liberdades públicas”, “direitos individuais” ou “direitos humanos fundamentais”. Percebe-se, portanto, ausência de consenso na esfera conceitual e terminológica a respeito dos “Direitos Fundamentais”.

Há que se destacar também que a Constituição Brasileira de 1988 utiliza expressões diversas ao longo do texto legal, como: (a) “direitos humanos” (art. 4º, inc. II); (b) “direitos e garantias fundamentais” (epígrafe do Título II e art. 5º, § 1º); (c) “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5º, inc. LXXI); (d) “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º inc. IV).

Todavia, o objeto deste trabalho, ao apreciar a aplicação do Princípio da Proporcionalidade em razão do conflito entre Direitos Fundamentais, parte da análise jurídica do direito constitucional pátrio positivo. Sendo assim, opta pela eleição da expressão “Direitos Funda-

mentais”, extraindo-se tal termo da epígrafe do Título II da CF / 88 que se refere a “Direitos e Garantias Fundamentais” e o utilizando como gênero que abrange todas as espécies e categorias de direitos fundamentais relacionados constitucionalmente (Título II, Capítulos de I a V, CF/88). Nesse sentido, posiciona-se o autor Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 34), *in verbis*:

Além deste forte argumento ligado ao direito positivo, ao qual por si só bastaria para justificar a nossa opção terminológica, a moderna doutrina constitucional, ressalvadas algumas exceções, vem rechaçando progressivamente a utilização de termos como “liberdades públicas”, “liberdades individuais”, “direitos individuais” e “direitos públicos subjetivos”, “direitos naturais”, “direitos civis”, assim como suas variações, porquanto – ao menos como termos genéricos – anacrônicos e, de certa forma, divorciados do estágio atual da evolução dos direitos fundamentais no âmbito de um Estado (democrático e social) de Direito [...].

Nesse diapasão, em que pese os Direitos Fundamentais serem também, sob determinado aspecto, direitos humanos, posto seu titular ser sempre o ser humano, ainda que representando por entes coletivos, insta destacar ainda a especial distinção entre “direitos fundamentais” e “direitos humanos”; considerando-se “direitos fundamentais” como aqueles positivados em âmbito de direito constitucional.

[...] o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direitos internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2007, p. 35 e 36).

Reconhecer tais distinções, todavia, não representa desconsiderar-se a proximidade historicamente existente entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Ocorre que, a maioria das Constituições, após a segunda grande guerra, assim como vários documentos internacionais, teve como inspiração a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organizações das Nações Unidas – ONU, em 1948, levando à afirmação de um organismo jurídico de natureza internacional.

Há ainda autores que utilização a expressão “direitos humanos fundamentais”, ressaltando a unidade de propósitos que deve existir entre direitos humanos e direitos fundamentais. Tal

terminologia, embora não seja a adotada pelo presente trabalho, parte do reconhecimento de que a proteção a certos valores é essencial a todo ser humano.

Há que se destacar ainda, quanto ao tema em análise, que não existe uma identidade necessária entre o elenco dos “direitos humanos” e o elenco dos “direitos fundamentais”; ou seja, não há uma correspondência exata entre o direito constitucional dos Estados e o direito internacional ou entre as diversas constituições. Às vezes, a relação dos Direitos Fundamentais positivados fica aquém do rol dos direitos humanos previstos em documentos internacionais, outras vezes fica além, como é o caso da Constituição brasileira de 1988.

[...] se torna difícil sustentar que direitos humanos e direitos fundamentais (pelo menos no que diz respeito com a sua fundamentação jurídico-positiva constitucional ou internacional, já que evidentes as diferenças apontadas) sejam a mesma coisa, a não ser, é claro, que se parta de um acordo semântico (de que direitos humanos e fundamentais são expressões sinônimas), com as devidas distinções em se tratando da dimensão internacional e nacional, quando e se for o caso. Os direitos fundamentais, convém repetir, nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados [...]. (SARLET, 2007, p. 42).

Sob o prisma conceitual de que os Direitos Fundamentais são os direitos humanos positivados constitucionalmente, dotados, portanto, de eficácia jurídica e social, dentro de um Estado Democrático de Direito, desenvolve-se o presente trabalho.

A importância da análise de aspectos históricos dos Direitos Fundamentais reside não apenas como instrumental hermenêutico, mas também se situa na circunstância que a evolução de tais direitos confunde-se com o próprio surgimento do Estado constitucional, caracterizado pelo reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana e dos seus direitos fundamentais.

Cuida-se, nesta etapa, de destacar alguns momentos, concepções doutrinárias e formas jurídicas que antecederam e influenciaram o reconhecimento, em nível do direito constitucional positivo dos direitos fundamentais no final do século XVIII. Somente a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que assume relevo a problemática das assim denominadas “gerações” (ou dimensões) dos direitos fundamentais [...]. (SARLET, 2007, p. 44).

A filosofia clássica, especialmente a de origem greco-romana, assim como o pensamento cristão, lançaram bases para o desenvolvimento de valores como: dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade entre os homens.

No século XVII, desenvolveu-se, na Inglaterra, a concepção contratualista da sociedade, quando a ideia da existência de direitos naturais do homem alcançou destaque em plano teórico. Paralelamente, ocorreu o desenvolvimento da doutrina jusnaturalista, que chegou ao seu ponto culminante no século XVIII.

Como reconhecidos nos primeiros documentos legais do século XVIII, os direitos humanos tiveram seu processo de elaboração doutrinária acompanhado, em sede de direito positivo, de uma progressiva incorporação de direitos, liberdades e deveres. Tipos antecedentes aos Direitos Fundamentais; exemplificando, assim expõe o autor Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 50):

De suma importância para a evolução que conduziu ao nascimento dos direitos fundamentais foi a Reforma Protestante, que levou à reivindicação e ao gradativo reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto em diversos países da Europa, como foi o caso do *Édito de Nantes*, promulgado por Henrique IV, da França, em 1598, e depois revogado por Luís XIV, em 1648. [...] Igualmente não há como desconsiderar a contribuição da Reforma e das consequentes guerras religiosas na consolidação dos modernos Estados nacionais e do absolutismo monárquico, por sua vez condição para as revoluções burguesas do século XVIII.

Em uma etapa seguinte, surgem, a partir das declarações de direito inglesas do Século XVII – através de enunciados de direitos costumeiros – liberdades reconhecidas aos cidadãos ingleses, como: princípio da legalidade em âmbito penal, limitações a prisões arbitrárias, elementos de *habeas corpus*, direito de petição, etc. Direitos estes que, desde então, representam limitações ao poder monárquico, embora não vinculantes ao Parlamento; todavia, ainda assim, implicando em uma importante evolução histórica.

Importam consignar, aqui, que as declarações inglesas do século XVII significaram a evolução das liberdades e privilégios estamentais medievais e corporativos para liberdades genéricas no plano do direito público, implicando expressiva ampliação, tanto no que diz com o conteúdo das liberdades reconhecidas quanto no que toca à extensão da sua titularidade à totalidade dos cidadãos ingleses.

Em que pese a sua importância para a evolução no âmbito da afirmação dos direitos, inclusive como fonte de inspiração para outras declarações, esta positivação de direitos e liberdades civis na Inglaterra, apesar de conduzir a limitações do poder real em favor da liberdade individual, não pode, ainda, ser considerada como o marco inicial, isto é, como nascimento dos direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo. Fundamentalmente, isso se deve ao fato de que os direitos e liberdades – em que pese

à limitação ao poder monárquico – não vinculam o Parlamento, carecendo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade, de tal sorte que, na Inglaterra, tivemos uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais. (SARLET, 2007, p. 51).

O marco originário dos Direitos Fundamentais tais como considerados atualmente é disputado pela Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e pela Declaração Francesa, de 1789. Direitos e liberdades reconhecidos no século XVII aos súditos ingleses foram incorporados pelas declarações de direitos americanas.

Fruto da Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, possui inspiração eminentemente jusnaturalista, reconhecendo direitos naturais como invioláveis, imprescritíveis, inalienáveis, garantidos a todos e não a um grupo em distinção. A doutrina iluminista francesa, em especial de Rousseau e Montesquieu, influencia inegavelmente a Declaração de Direitos de 1789, que, por sua vez, contribui para a consagração do princípio democrático e da teoria da separação dos poderes por ocasião da promulgação da Constituição Americana de 1787.

É necessário, contudo, apontar para algumas diferenças relevantes entre a Declaração de 1789 e os direitos e liberdades consagrados pelo constitucionalismo americano. Assim, sustenta-se que o maior conteúdo democrático e social das declarações francesas é o que caracteriza a “via” francesa do processo revolucionário e constitucional. Atente-se, neste contexto, ao fato de que a preocupação com o social e com o princípio da igualdade transparece não apenas na Declaração de 1789, mas também na Constituição de 1791, bem como – e principalmente – na Constituição jacobina de 1793, de forte inspiração rousseauiana, na qual chegaram a ser reconhecidos os direitos do trabalho, à instrução e à assistência aos desamparados. (SARLET, 2007, p. 53).

O fato é que o reconhecimento dos Direitos Fundamentais pelas Constituições do século XIX teve contribuição eminentemente francesa. E tal contribuição resultou, em sequência, no surgimento do Estado Democrático de Direito, em sua concepção liberal-burguesa, e na afirmação histórica dos Direitos Fundamentais de primeira geração.

Diversas transformações já atingiram os Direitos Fundamentais, especialmente quanto à sua efetivação, eficácia e titularidade. Ante tais mudanças experimentadas historicamente, a maioria da doutrina, considerada a existência de três gerações (dimensões) de direitos.

Partindo de um cunho marcadamente individualista, afirmando-se a existência de direitos do indivíduo perante o Estado, surgem os Direitos Fundamentais de primeira geração.

São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Assume particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. (SARLET, 2007, p. 56).

Os Direitos Fundamentais de primeira geração reúnem em seu catálogo, especialmente, direitos civis e políticos, sendo sua origem correspondente à fase inicial do constitucionalismo entre as nações ocidentais. Além do direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei (que deve abranger também garantias processuais, como: devido processo legal, *habeas corpus*, direitos de petição), consideram-se também direitos de primeira geração as liberdades de imprensa, de manifestação, de associação, de reunião etc.; incluindo-se também neste rol inicial dos Direitos Fundamentais os direitos de voto e a capacidade eleitoral passiva.

Afirmam-se como Direitos Fundamentais de segunda geração, os direitos econômicos, sociais e culturais. No decorrer do século XIX, marcado pela Revolução Industrial e os consequentes problemas econômicos e sociais, constatou-se historicamente que a positivação jurídica da liberdade e da igualdade não garantia seu efetivo gozo pelos cidadãos. Sendo assim, movimentos sociais e revolucionários passaram a exigir do Estado um comportamento ativo na garantia da justiça social. Caracterizam-se esses direitos por sua dimensão positiva, implicando na atuação do Estado a fim de garantir prestações sociais, tais como: assistência à saúde, educação, trabalho etc. Podem ainda ser identificados como liberdades materiais concretas e foram largamente positivados, através de um número expressivo de Constituições, após a segunda grande guerra. Como exemplos, complementa o autor Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 57):

Ainda na esfera dos direitos de segunda dimensão, há que se atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais” do que dão conta exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos. [...]

Já os Direitos Fundamentais de terceira geração são também chamados de direitos de fraternidade ou de solidariedade. Possuem como traço distintivo sua titularidade coletiva ou difusa, às vezes indefinida, outras vezes indeterminável. Resultam especialmente de reivindicações humanas, de momentos históricos e sociais do segundo pós-guerra, das consequências do surgimento de novas tecnologias e seus impactos ambientais.

Dentre os direitos fundamentais de terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. [...] (SARLET, 2007, p. 58).

Quanto à sua positivação, embora um significativo número de Direitos Fundamentais de terceira geração ainda não se encontre positivado em âmbito de direito constitucional, tais direitos encontram-se previstos em documentos transnacionais e tratados, em seara de direito internacional sobre o tema. Cuida-se, sob certo aspecto, de direitos referentes à liberdade, à vida, à autonomia do ser humano e à proteção de direitos fundamentais contra interferências do Estado ou de particulares. Nesse sentido, exemplifica o autor Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 59):

Ainda, neste contexto, costumam ser feitas referências às garantias contra manipulações genéticas, ao direito de morrer com dignidade, ao direito de mudança de sexo, igualmente considerados, por parte da doutrina, de direitos de terceira dimensão, ressaltando-se que, para alguns, já se cuida de direitos de uma quarta dimensão. [...].

Alguns autores ainda reconhecem a possibilidade da existência de Direitos Fundamentais de quarta dimensão; todavia, tal possibilidade ainda encontra-se em discussão doutrinária. O autor Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 60 e 61), analisando a posição do Prof. Paulo Bonavides, afirma que este se posiciona favorável à afirmativa da quarta geração de Direitos Fundamentais, *in verbis*:

Contudo, há que referir, no âmbito do direito pátrio, a posição do notável Prof. Paulo Bonavides, que, com a sua peculiar originalidade, se posiciona favoravelmente ao reconhecimento da existência de uma quarta dimensão, sustentando que esta é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, no que corresponde, em sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. Para o ilustre constitucionalista cearense, esta quarta dimensão é composta pelos direitos à democracia (no caso, democracia direta) e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo [...].

Todavia, mesmo considerando-se a existência da quarta dimensão dos Direitos Fundamentais, estão ainda não se encontram positivados, seja em âmbito interno ou em âmbito internacional, representando expectativa futura quanto ao pleno exercício da cidadania e liberdade entre os povos.

3 – DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUIÇÃO

Inicialmente, cabe afirmar a indissociável vinculação entre as noções de Direitos Fundamentais, Constituição e Estado Democrático de Direito. Tal paralelo é inicialmente extraído do art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de Agosto de 1789, de acordo com o qual “toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição”.

Por conseguinte, a partir do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ficou definido que a previsão de Direitos Fundamentais e a tripartição dos poderes estatais constituiriam a essência do Estado constitucional, não apenas uma parte formal da Constituição, mas sim seu núcleo material. Podendo-se afirmar, desde então, que sem positivação de Direitos Fundamentais e a previsão da independência entre os poderes estatais não há Constituição nem Estado Democrático de Direito.

[...] Os direitos fundamentais, consoante oportunamente averbou H.-P. Schneider, podem ser considerados, neste sentido, *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático. Além disso, como já havia sido objeto de previsão expressa na declaração de direitos da ex-colônia inglesa da Virgínia (1776) os direitos fundamentais passaram a ser simultaneamente a base e o fundamento (*basis and foundation of government*), afirmando, assim, a ideia de um Estado que, no exercício do seu poder, está condicionado aos limites fixados na sua Constituição. (SARLET, 2007, p. 70).

O trecho acima traduz, na verdade, a íntima correlação entre os Direitos Fundamentais e o Estado Democrático de Direito. Isso porque os Direitos Fundamentais constituem-se, além de limitações ao poder estatal, critérios de legitimação deste próprio poder, na medida em que o Estado constitucional é instituído por e para a efetivação dos direitos do homem, o que condiciona a legitimidade e a validade das normas jurídicas produzidas em âmbito estatal.

Nesse sentido, a primorosa lição do supracitado autor (Sarlet, 2007, p. 71 e 72):

Assim, na esteira do próprio Habermas, tão bem lembrado por Canotilho, é possível partirmos da premissa de que as ideias dos direitos fundamentais (e direitos humanos) e da soberania popular (que se encontra na base e forma a gênese do próprio pacto constituinte) seguem até hoje determinando e condicionando a auto evidência normativa (*das normative Selbstverständnis*) do Estado democrático de Direito. [...].

Sendo caracterizados, portanto, como a positivação constitucional de valores básicos, ante um determinado grupo (nação), os Direitos Fundamentais constituem – ou devem constituir – o núcleo substancial das decisões normativas assumidas por um Estado constitucional, figurando assim, inclusive, como limitações a posturas totalitárias. A respeito da próxima relação entre Direitos Fundamentais e democracia, afirma, em síntese, o autor Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 72): “[...] os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo [...]”.

Nesse sentido, merece destaque a positivação de Direitos Fundamentais, em âmbito nacional, como pré-requisito da existência de um Estado social e democrático de direito. A análise do art. 1º, *caput*, da Constituição brasileira de 1988 revela que o texto faz referência apenas à República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito. Todavia, os princípios expressamente previstos no Título I da CF/88 (como o princípio da dignidade da pessoa humana), assim como o grande número de Direitos Fundamentais positivados (arts. 5º, 6º e 7º), inclusive os referente aos direitos dos trabalhadores, que disciplinam diversas obrigações sociais a cargo do Estado, caracterizam a República Federativa do Brasil também como Estado Social de Direito.

Quanto à positivação de Direitos Fundamentais – assim quanto aos seus demais aspectos –, a Constituição Brasileira de 1988 possui caráter analítico, forte pluralismo, além de aspectos pragmáticos e dirigentes. Considerando-se que a Constituição de 1988 possui um grande número de dispositivos legais (250 artigos e 97 disposições transitórias) ela se enquadra entre as denominadas Constituições analíticas. Tal forma expositiva e analítica buscou salvaguardar interesses e conquistas de uma eventual supressão pela legislação infraconstitucional.

A pluralidade também marca a Constituição Brasileira de 1988. Característica que se aplica especialmente ao título dos Direitos Fundamentais, que elegem uma série de liberdades civis, direitos sociais, políticos; não os restringindo aos constitucionalmente tipificados.

A CF / 88 é ainda marcadamente pragmática e dirigente, reunindo um grande número de dispositivos dependentes de regulamentação legislativa, que estabeleçam programas, fins, objetivos. Todavia, tal aspecto encontra-se mitigado quanto à aplicabilidade dos Direitos Fundamentais em razão do disposto no art. 5º, § 1º, da CF: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A respeito da Carta Magna de 1988 e da positivação dos seus Direitos Fundamentais, posiciona-se, em síntese, o autor Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 79):

Talvez a inovação mais significativa tenha sido a do art. 5º, §1º, da CF, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias funda-

mentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático destes preceitos, conquanto não exista consenso a respeito do alcance deste dispositivo. De qualquer modo, ficou consagrado o *status* jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente. Esta maior proteção outorgada aos direitos fundamentais manifesta-se, ainda, mediante a inclusão destes no rol das “cláusulas pétreas” (ou “garantias de eternidade”) do art. 60, § 4º, da CF, impedindo a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder constituinte derivado.

4 – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Com a passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito e a ascensão da burguesia, a concepção de liberdade, no sentido de garantir à classe social emergente espaço político, conquistou o centro do debate jurídico. Como um dos reflexos deste momento histórico, afirma-se o desenvolvimento dos ideais jusnaturalistas, na Inglaterra, nos séculos XVI e XVII, segundo os quais os direitos naturais dos cidadãos, referentes à sua personalidade, deveriam ser devidamente respeitados pelo Estado de Direito.

Nesse contexto, surgem as primeiras concepções do Princípio da Proporcionalidade, inicialmente aplicado como uma limitação ao Poder Executivo, que, em caso de excesso, poderia atingir a liberdade burguesa.

A respeito do tema, considerando a origem do Princípio da Proporcionalidade em âmbito administrativo, inicialmente, afirmam as autoras Juliana Ferreira Hodniki e Renata Rocha Guerra (2005, p. 4):

[...] É nesse sentido que este princípio revelou-se de início no direito administrativo, ligado à ideia de sanção. Foi na França sua primeira manifestação, por meio do instituto *récurso pour excès de pouvoir*, instrumento processual que permitia pleitear a reforma da decisão administrativa que se demonstrasse abusiva.

Após a segunda guerra mundial, o Princípio da Proporcionalidade ganhou contornos constitucionais. Isso porque, ante as arbitrariedades determinadas por Hitler, como líder de governo, constatou-se que a garantia dos Direitos Humanos não dependeria apenas da existência de uma Constituição, mas também da atuação do Poder Judiciário através de instrumentos adequados. Um dos passos iniciais à abrangência do princípio da proporcionalidade pelo Direito Constitucional deu-se pela Lei Fundamental Alemã de 1949, na

qual se nota a presença do princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, chamado de *Wesengerhaltsgaranti*, que nada mais é do que a expressão do próprio princípio ora examinado.

Esta transferência do princípio em tela, do Direito Administrativo para o Direito Constitucional, deveu-se, sobretudo, às diversas decisões do Tribunal Constitucional da Alemanha que se utilizava de expressões tais como: “excessivo”, “inadequado”, “necessariamente exigível” e “proibição de excesso”, todas com a noção de proporcionalidade e relacionadas à estrutura constitucional. (HODNIKI; GUERRA, 2005, p. 4).

Por conseguinte, vários países passaram a adotar o Princípio da Proporcionalidade como um dos princípios constitucionais, a partir da experiência alemã, inclusive o Brasil, que o apresenta, ainda que implicitamente, através da CF/88.

O Princípio da Proporcionalidade exsurge como um princípio regulador do Direito e seu principal papel é a defesa dos Direitos Fundamentais. Estes, embora apontados através de cartas políticas anteriores – como a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, em 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na França – ganharam tipificação constitucional com o surgimento e consolidação do Estado Democrático de Direito, caracterizado pela participação popular no processo político.

O Estado Democrático de Direito adota ainda como valores fundamentais: a dignidade da pessoa humana, a cidadania, o pluralismo, a representação política e a participação popular. A noção de proporcionalidade emerge, assim, em defesa destes valores fundamentais. Isto porque, diante de casos concretos, podem ocorrer conflitos entre princípios constitucionais ou mesmo entre Direitos Fundamentais. Nestas situações, considerando-se, por um lado, que nenhum dispositivo constitucional poder ser simplesmente desconsiderado, por outro lado, o Estado não pode se escusar do exercício da sua função jurisdicional.

Desse modo, é essencial a adoção de um princípio que ordene os conflitos surgidos entre aqueles princípios protegidos pela Carta Maior, exercendo a função de sopesar os valores presentes no caso concreto. Isso não significa que um valor seja excluído em virtude de outro, já que ambos estariam sob o pálio da Constituição, não se podendo retirar por completo a sua abrangência. (HODNIKI; GUERRA, 2005, p. 4).

Consequentemente, diante do Estado Democrático de Direito e da consagração de Direitos Fundamentais, indispensável torna-se a adoção de um princípio norteador da solução de conflitos, no caso, o Princípio da Proporcionalidade.

Desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, na década de cinquenta, o Princípio da Proporcionalidade, resultante da própria natureza dos Direitos Fundamentais, foi prontamente recepcionado pela doutrina daquele país, sendo exportado para diversas outras nações. Tal desenvolvimento determinou, em grande parte, a forma que os países da Península Ibérica e o Brasil recepcionaram o referido princípio.

O Princípio da Proporcionalidade, conforme desenvolvido pelos alemães, impõe um critério ao Poder Judiciário no julgamento de intervenções estatais que restrinjam Direitos Fundamentais, no sentido de apenas considerá-las legítimas quando proporcionais.

O vínculo do legislador aos direitos fundamentais, isto é, sua obrigação de observá-los e respeitá-los ao estatuir regras gerais e abstratas, está intimamente ligado ao surgimento da ideia de proporcionalidade no direito constitucional. Com uma abrangência material que, em termos históricos, conheceu um grande crescimento nos dois últimos séculos, os direitos fundamentais representam, ao garantir a liberdade individual, verdadeiros óbices à ação do Estado que se dá em razão dos interesses coletivos. (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 177).

Devido à sua caracterização como princípio constitucional, inclusive como direcionador do controle de constitucionalidade, pela maioria doutrinária, pode-se afirmar que a proporcionalidade representa uma forma de resposta a questões concretas e a conflitos de Direitos Fundamentais desde a sua origem, com permissão de se adaptar a estas situações, mudando suas formas de justificação e resultados, no interior de um mesmo ordenamento jurídico, sem deixar de ser racional.

Isto porque, com a passagem do Estado de Direito Clássico (século XIX) para o Estado de Direito Democrático, constitucional e atual, passou-se também da exigência de reserva legal para a exigência de reserva de lei proporcional. Nesse sentido, observam os autores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 181):

[...] Se antes o legislador podia constitucionalmente relativizar tudo que o constituinte fixara enquanto direito fundamental, exigindo-se dele apenas que o constituinte tivesse autorizado a tal intervenção mediante reserva legal, atualmente o vínculo do legislador aos direitos fundamentais impõe concretizar a reserva legal de forma que seja também proporcional.

O Princípio da Proporcionalidade está presente em ordenamentos jurídicos de diversos países, em todos continentes, desde tempos remotos até os dias, sendo extraído implícita ou explicitamente em suas Constituições.

Em âmbito nacional, autores defendem a posição de que o Princípio da Proporcionalidade deriva de diversos preceitos da Constituição Brasileira, como, por exemplo: art. 1º, inc. III (dignidade da pessoa humana), art. 3º, inc. I (sociedade livre, justa e solidária), art. 5º, *caput*, incs. II, XXX e LIV (isonomia, legalidade, inafastabilidade do controle jurisdicional, devido processo legal), dentre outros.

Outros afirmam que o Princípio da Proporcionalidade, em sede do sistema jurídico pátrio, deriva do dispositivo previsto no art. 5º, § 2º, da CF/88: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Para corrente doutrinária específica, o Princípio da Proporcionalidade encontra fundamentação no devido processo legal e em seu caráter substantivo (HODNIKI; GUERRA, 2005).

Todavia, a posição majoritária – e também mais adequada – é de que se o constituinte originário pátrio optou pelo Estado Democrático de Direito e pela tipificação de um rol de Direitos Fundamentais, necessariamente garantiu no ordenamento jurídico, além de outros princípios, o da proporcionalidade. Nesse sentido, a posição da autora Gisele Santos Fernandes Góes (2004, p. 84):

A opção do legislador constituinte brasileiro por um Estado Democrático de Direito, com objetivos que na prática se conflitam, bem como pela consagração de um elenco extensíssimo de direitos fundamentais, co-implica na adoção de um princípio regulador dos conflitos na aplicação os demais, e, ao mesmo tempo, voltado para a proteção daqueles direitos.

Sendo assim, não é necessário encontrar fundamentação direta do Princípio da Proporcionalidade em outro princípio ou norma da CF/88, posto que o mesmo deriva implicitamente – e diretamente – do Estado Democrático de Direito e da consagração dos Direitos Fundamentais no Brasil.

A Constituição, lei fundamental de uma nação, não apenas elenca rol de Direitos Fundamentais, como também concede aos órgãos estatais competência para, mediante determinadas condições, restringir a proteção a estes. Neste contexto, o Princípio da Proporcionalidade surge então como um limite à competência constitucional restritiva atribuída aos entes estatais, ou melhor, como um norte, um parâmetro jurídico ao vínculo que legisladores, operadores do direito e órgãos executivos possuem com os Direitos Fundamentais: ora responsável por garantir sua proteção ou satisfação, ora responsáveis pela sua restrição.

Ocorre que, uma decisão política/jurídica de tutela de um valor jurídico – constitucional em detrimento de outro apenas se torna legítima poupando-se o máximo possível o direito

restringido. Nesse sentido, o Princípio da Proporcionalidade surge como um limite material ao poder estatal de restringir a proteção a um direito fundamental.

O âmbito de aplicação do Princípio da Proporcionalidade é precipuamente constitucional, atuando também como norte na interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais quando se supõe a violação de um Direito Fundamental.

Em sede da dogmática dos Direitos Fundamentais, o Princípio da Proporcionalidade não deve ser entendido apenas como uma regra de ponderação, de moderação, de bom senso ou de equilíbrio, mas sim como mecanismo jurídico capaz de enfrentar discussões de constitucionalidade de atos infraconstitucionais. A respeito do tema, posicionam-se os autores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 193):

Ainda que haja dúvidas quanto à fundamentação constitucional da proporcionalidade no Brasil, consideramos que sua aplicabilidade se justifica com base em dois argumentos *normativos*.

Primeiro, em virtude do vínculo direto do legislador aos direitos fundamentais, previsto no art. 5º, § 1º, da CF. Vincular o legislador significa que ele respeite ao mesmo tempo todos os direitos fundamentais. E, em caso de colisão entre direitos, isso equivale ao poder e dever de limitar os direitos fundamentais na estrita medida do necessário para, se possível, aperfeiçoar o exercício dos direitos fundamentais colidentes. [...] Existe, neste contexto, um argumento de cunho sistemático que indica que a proporcionalidade se deduz como muitas vezes se afirma na Alemanha, da própria essência do sistema dos direitos fundamentais, garantindo seu respeito por meio de sua limitação racionalmente controlada.

O segundo possível fundamento normativo sob a vigência da Constituição de 1988 encontra-se no art. 5º, § 2º, da CF que permite reconhecer garantias de direitos fundamentais que não sejam expressamente previstas na constituição, mas decorrem dos princípios por ela adotados. Nesta perspectiva, a proporcionalidade pode ser considerada como decorrência da necessidade de harmonizar o exercício dos direitos fundamentais com bens jurídicos conflitantes contemplados pelo texto constitucional como seus limites ou entre direitos fundamentais que colidam em razão de uma forma de controle das respectivas e muitas vezes implícitas intervenções legislativas [...].

Em síntese, a afirmação do fundamento dogmático do Princípio da Proporcionalidade decorre dos demais princípios também elegidos pela Carta Magna de 1988, nos termos do art. 5º, §2º, da CF.

Ainda sob os termos conceituais, o autor Inocêncio Mártires Coelho, citado pelo autor Pedro Lenza (2008, p.75), destaca a importância do Princípio da Proporcionalidade como parâmetro para aferir a legitimidade de restrições de direitos, afirmando que tal princípio:

[...] consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente de ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Evidencia-se, por conseguinte, a fundamental importância da aplicação do Princípio da Proporcionalidade em situações de colisão entre valores igualmente fundamentais.

O Estado persegue um escopo e assim atua na área de defesa dos Direitos Fundamentais. Todavia, sob o prisma da dogmática constitucional, a construção de limites à atuação estatal, pelo Princípio da Proporcionalidade, deve se dar de forma racional.

Neste âmbito, a proporcionalidade deve ser entendida como regra ou critério decisório para problemas de concretização de Direitos Fundamentais, principalmente colimando-se o seu efeito clássico de representar óbice à ação estatal (negative Freiheit). (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 197).

Nesse sentido, afirmam os autores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 198), que, quando se está diante de uma intervenção estatal a um Direito Fundamental, o exame da proporcionalidade deve ocorrer observando-se quatro passos, em sequência.

Inicialmente, destacam os autores acima referidos, a intervenção do Estado a Direito Fundamental não pode violar nenhum dispositivo do ordenamento jurídico. Fase em que é verificada a licitude do fim buscado.

Em seguida, deve-se avaliar a adequação do meio utilizado, isto é, o meio de intervenção ou limitação, escolhido pela autoridade estatal, deve ser capaz de alcançar o fim objetivado pela referida autoridade. Tal adequação deve ser avaliada por situações concretas, ocorrentes no passado com sucesso.

Além de adequado, o meio deve ser necessário. Meio necessário é aquele que é o único possível a ser utilizado ou, entre os possíveis, o menos oneroso ao Direito Fundamental desfavorecido pela intervenção estatal.

Considerando-se que, após esta análise, o meio de intervenção identificado foi o mesmo escolhido/aplicado pela autoridade estatal, entende-se que a limitação imposta pelo Estado a determinado Direito Fundamental é proporcional e, então, justificada perante o ordenamento jurídico e o Estado Democrático de Direito.

A seguir, considerações mais detalhadas dos passos acima referidos - elementos constitutivos do Princípio da Proporcionalidade (DIMOULIS; MARTINS, 2008): a) licitude do fim almejado; b) licitude do meio utilizado; c) adequação do meio utilizado; d) necessidade do meio utilizado (também nomeada proporcionalidade em sentido restrito).

Na maioria dos casos, a restrição a um Direito Fundamental é imposta pelo Estado a partir de um dispositivo legal formalmente válido, decorrendo que seus objetivos, os meios previstos para alcançá-los são, essencialmente, legais. Todavia, um ato normativo ou uma decisão judicial que limita um Direito Fundamental não podem ser avaliados sob o prisma da legalidade em sentido estrito, mas devem ser analisados quanto à sua legitimidade, ou melhor, sua conformidade com o ordenamento jurídico vigente.

Sob este aspecto, os autores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 200 e 201) defendem a utilização do termo “licitude” para qualificar fins e meios de intervenção autorizados constitucionalmente.

[...] Procura-se saber se o fim é constitucionalmente admitido e, em seguida, se o mesmo vale para o meio escolhido. Constitucionalmente admitido não significa que ele necessariamente deva ter “dignidade constitucional” no sentido de ter lastro direto em norma constitucional, correspondendo a um bem jurídico-constitucional. Basta, ao contrário, que ele, enquanto fixado, por exemplo, por órgão administrativo, jurisdicional ou ainda por dispositivo legal material, não se choque contra nenhum dispositivo em sentido formal (ordem jurídica constitucional – *verfassungsmässige Ordnung*). É nesse sentido que o propósito há de ser lícito.

Por conseguinte, a questão primordial, quanto a este aspecto de análise, é saber-se se os fins buscados e os meios utilizados pela autoridade estatal, diante do confronto entre valores igualmente fundamentais, não contradizem o ordenamento constitucional.

Às vezes, a ilicitude do propósito é evidente, decorrendo da própria Constituição, sendo esta submetida à interpretação literal ou sistemática, como se verifica o clássico exemplo do cerceamento da liberdade de expressão do pensamento (art. 5º, inc. IV, da CF/88) em razão de uma posição ideológica específica. Outras vezes, a ilicitude pode não ser aparente e o propósito, a princípio, encontrar amparo em certa norma constitucional. Hipóteses em que, mesmo com

o fim acobertado pela Lei Maior – objetivo aparentemente lícito –, sua aplicação / ocorrência poderia acarretar violação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Em ambas as circunstâncias, acima descritas, ao Estado não é permitido estimular propósitos ilícitos.

Além disso, nesta fase de análise, cabe ainda ao operador do direito a avaliação da intervenção estatal em um Direito Fundamental, sob o prisma do propósito afirmando corresponder ao contexto fático ou, ao contrário, trata-se de meio para atingir finalidades ilegais ou inconstitucionais. Além disso, cabe a verificação se o propósito definido, o fim almejado, pela autoridade estatal, está devidamente individualizado, posto que, definido em termos genéricos, isto comprometeria sua qualificação como proporcional pelo Poder Judiciário e perante a sociedade civil.

Assim como o fim buscado pela autoridade estatal, ao intervir em Direitos Fundamentais, não pode ser vedado pelo ordenamento jurídico, o meio empregado para o exercício de tal intervenção – em si considerado – também deve ser avaliado quanto à sua licitude, cuja constatação pelo operador do direito, se ocorrente (ou inócidente), é manifesta.

Para perseguir um propósito lícito, o Estado não pode valer-se de meios ilícitos – uma verdade comezinha do Estado de Direito que também vale no processo de aplicação do critério da proporcionalidade.

A referência a essas duas formas de exame preliminar da proporcionalidade deixou claro que se trata de formas de fiscalização relativamente simples e pouco exigentes, cujo resultado será, na grande maioria dos casos, negativo, pois dificilmente uma autoridade estatal limitará um direito fundamental sem perseguir um propósito lícito ou empregando meios que o próprio ordenamento jurídico veda. [...]. (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 204).

Pode-se afirmar que a importância da avaliação da licitude do meio, pelo operador do direito, centra-se, na verdade, na identificação do meio e sua individualização perante o caso concreto.

O exame da proporcionalidade enfrenta ainda um terceiro momento: a constatação da adequação do meio escolhido/utilizado pela autoridade estatal na intervenção em Direitos Fundamentais. Tal avaliação passa, especificamente, pelo confronto do meio eleito com o caso concreto.

Nesse sentido, posicionam-se os autores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 206):

Adequado será um meio se houver uma conexão fundada em hipóteses comprovadas sobre a realidade empírica entre o estado de coisas conse-

guido pela intervenção e o estado de coisas no qual o propósito puder ser considerado realizado. Todos os meios empregados pelo Estado e que não implicarem essa conexão empiricamente comprovável são consideradas desproporcionais e, por via de consequência, inconstitucionais.

O meio adequado, na medida da necessidade de intervenção em Direitos Fundamentais, é aquele que, em tese, leva ao alcance de determinado fim, partindo-se de indícios fáticos passados que autorizem tal expectativa. Diante de um prognóstico de sucesso, a escolha do meio mostra-se adequada, proporcional e, conseqüentemente, constitucional. Todavia, tal prognóstico não pode ser aleatório ou discricionário, deve possuir bases fáticas, circunstâncias anteriormente ocorrentes que demonstrem que, através o meio escolhido, se possa efetivar intervenções em Direitos Fundamentais de forma condizente com o Estado Democrático de Direito.

Em relação a isso, deve-se observar eu o poder discricionário do legislador não afasta a competência fiscalizadora-revisional das autoridades jurisdicionais. A primazia do legislador não pode significar que a competência do órgão jurisdicional que controla a escolha do prognóstico reduza-se ao controle mínimo de verificação de razoabilidade (ou não irracionalidade da medida) como às vezes se afirma. (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 210).

Em síntese, um direito fundamental não pode ser limitado sem justificativa suficiente; sendo assim, o meio interventivo leito pelo legislador ou aplicado pela autoridade estatal apenas deve ser considerado satisfatório – judicialmente – se buscar o propósito almejado.

A averiguação da adequação habilita, enfim, certos meios como aptos ao exame da necessidade; próximo passo da aplicação racional do Princípio da Proporcionalidade.

Apesar da sua importância dogmática, o puro critério da adequação pode levar à eleição de meios extremamente onerosos para quem sofre limitação em seu direito. Assim, além da adequação, deve-se avaliar a necessidade do meio escolhido pela autoridade estatal; ou seja, se este meio, além de adequado para o fim almejado, mostra-se também o menos oneroso para o titular do direito restringido em face do exercício de outro direito fundamental.

Afirmam os autores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 215), a respeito do tema, em síntese:

Dentre todos os meios adequados para se alcançar os propósitos lícitos, somente o que gravar o direito fundamental com menor intensidade será o

necessário. Todos os demais, apesar de adequados, são desnecessários. Sendo desproporcionais e, enquanto tais, inconstitucionais. Isso significa que se o legislador (ou aquele órgão estatal que aplicar a norma no âmbito da sua competência) tiver escolhido um meio mais gravoso do que o necessário sua escolha deverá ser considerada inconstitucional.

A aferição da necessidade, como elemento do Princípio da Proporcionalidade, traz a baixa o controle de constitucionalidade, baseado em circunstâncias concretas; que, inclusive, podem ser alteradas ao longo do tempo, em razão de avanços técnicos, científicos ou mudanças sociais.

A fim de proceder ao exame da necessidade, o legislador, a autoridade estatal ou o operador do direito devem, em primeiro lugar, relacionar os meios adequados, ou seja, aqueles capazes de alcançar o objetivo almejado pela intervenção e/ou limitação em um direito fundamental. Após este momento de análise, cabe relacionar os meios adequados entre si, comparando a intensidade de intervenção de cada um tendo em vista o fim a que se propõem. Este é o momento da averiguação da necessidade do meio utilizado.

É considerado necessário o meio que, entre os adequados, represente um menor impacto ou gravidade ao intervir em direito fundamental, sendo este, no caso concreto, o objeto da limitação estatal – limitação legislativa ou proveniente de decisão executiva ou judicial.

Por isso, diz-se que o exame da necessidade significa a busca do meio que mais poupe (o mais ameno) a liberdade intervinda (*Suche nach dem schonendsten Mittel*). Em termos metodológicos, basta trazer à pauta um meio que represente um menor gravame para a liberdade intervinda para que a necessidade do meio escolhido reste falseada. [...]

Realizar este exame pode se revelar difícil já que meios diferentes tendem a ter impacto (eficácia) diferente. A doutrina alemã fala, nesse contexto, na necessidade do meio menos gravoso (aquele encontrado pelo avaliador/aplicador do critério da proporcionalidade e que impugnou a escolha do meio feita pelo órgão do poder público) ser igualmente adequado ao alcance do propósito perseguido. Daí falar-se em requisito de “igual adequação”. (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 220 e 221).

Por conseguinte, as restrições sofridas por um titular de direito fundamental limitado em razão de um propósito estatal lícito devem ser mínimas, sendo sempre possível a revisão jurídica dos impactos concretos da medida estatal, especialmente considerando-se a necessidade do meio (considerada por muitos como “*proporcionalidade stricto sensu*”), conforme acima exposto.

5 – *NOMEN JURIS*: “PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE” OU “PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE”?

Embora, muitas vezes, a doutrina e a prática jurídica brasileira refram-se ao “Princípio da Proporcionalidade” e à “Razoabilidade” como sinônimos, empregando tais termos de forma coloquial, estas expressões apresentam, na verdade, especificações técnicas distintas. A respeito dos parâmetros distintivos, posiciona-se o Prof. Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 29):

[...] Mas, quando se fala, em um discurso jurídico, em princípio da razoabilidade ou em *princípio* ou *regra da proporcionalidade*, é evidente que os termos estão revertidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas. Pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos. Ainda que se queira, por intermédio de ambos, controlar atividades legislativa ou executiva, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos do cidadão, esse controle é levado a cabo e forma diversa, caso seja aplicado um ou outro critério.

Alguns juristas, a exemplo de Luís Roberto Barroso (2004), afirmam que elegem o termo “Princípio da Proporcionalidade” os autores sob a influência germânica, enquanto que aqueles partidários da escola norte-americana atribuem à mesma construção dogmática a expressão “Princípio da Razoabilidade”. Assim, a dualidade de termos se referia a uma distinção de escolas jurídicas à qual estivesse ligado o autor da exposição.

Todavia, este não é o posicionamento ao Prof. Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 30): “A regra da proporcionalidade, contudo, diferencia-se da razoabilidade não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura”. A seguir, o referido professor (2002, p. 31 e 32) refere-se ao conteúdo da sua afirmativa de forma mais enfática e explícita:

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub – elementos independentes – a análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* – que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, *claramente*, da mera exigência de razoabilidade.

A regra da proporcionalidade, portanto, não só não tem a mesma origem que o chamado princípio da razoabilidade, como frequentemente se afirma, mas também deste se diferencia em sua estrutura e forma de aplicação [...].

Ainda consoante o supracitado autor, a recorrência ao Princípio da Proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal pátrio em nada acrescentaria à discussão jurídica, tendo em vista que tal tribunal superior tende a utilizar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como sinônimos, deixando de aplicar o controle da proporcionalidade de forma racional e fundamentada. *In verbis*:

Apesar de salientar a importância da proporcionalidade “para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais”, o Tribunal não parece disposto a aplicá-la de forma estruturada, limitando-se a citá-la. [...] Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle de proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados. O raciocínio aplicado costuma ser muito simplista e mecânico. Resumidamente: – a constituição consagra a regra da proporcionalidade. – o ato questionado não respeita tal exigência. – o ato questionado é inconstitucional.

O silogismo, inatacável do ponto de vista interno, é composto de premissa de fundamentação duvidosa e é, por isso, bastante frágil quanto se questiona sua admissibilidade do ponto de vista externo. (SILVA, 2002, p. 32).

Sendo assim, em razão das distinções apontadas, o presente trabalho, não obstante reconhecendo a importância da noção de razoabilidade, sob o ponto de vista fático e jurídico - inclusive como parte integrante da apreciação da proporcionalidade, opta por adotar preferencialmente o termo “Princípio da Proporcionalidade” no desenvolvimento e seguimento do presente estudo.

A seguir, passa-se à análise da efetiva aplicação do Princípio da Proporcionalidade ante a colisão entre Direitos Fundamentais perante o ordenamento jurídico pátrio, inclusive transcrevendo e comentando alguns Acórdãos exarados pelo STF referindo-se à matéria em exposição.

6 – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE ANTE À COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O reconhecimento expresso ou implícito de Direitos Fundamentais por uma Constituição tem como consequência jurídica colocá-los em primeiro lugar na escala das prioridades públicas. Ocorre que, não raro, pode haver colisão entre valores e interesses sociais, protegidos e tipificados sob a forma de Direitos Fundamentais. Nestas situações, a plena efetivação de um direito

constitucionalmente garantido necessita ser relativizada, ante a existência de outros direitos de uma mesma hierarquia. Nesse sentido, expõe o autor Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 47):

A prevalência dos Direitos Fundamentais deve, assim, ser vista como uma preferência *a priori*: como uma razão para a imposição de obrigações a terceiros. Esses são casos difíceis, que imporão ao intérprete a realização de algum processo de valoração moral e escolha política fundamental.

A constitucionalização dos Direitos Fundamentais gera consequências tipicamente jurídicas. Em primeiro lugar, pode-se afirmar a supremacia dos Direitos Fundamentais em relação à lei. Todavia, nem sempre quando a legislação infraconstitucional restringe um direito fundamental está dispondo de forma inválida; às vezes a própria restrição é válida para que outro direito fundamental possa ser garantido. Quando o Código Penal tipifica “Crimes contra a Honra” (art. 138 a art. 140, CP) pode estar restringindo, sob algum aspecto, o direito fundamental à liberdade de expressão (art. 5º, Inc. IV, da CF/88); no entanto, sob outro aspecto, está também garantido o direito fundamental à privacidade, à honra e à imagem das pessoas (art. 5º, Inc. X, CF/88).

Diante de tais conflitos, posiciona-se o autor supracitado Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 48):

[...] Se o legislador optou por uma maior restrição à liberdade de expressão em benefício da privacidade, ou vice-versa, esta é uma decisão que se respeita pelo simples fato de ter sido tomada pela autoridade democrática. O segundo caminho, mais compatível com o constitucionalismo, é autorizar o Judiciário a fiscalizar o legislador. Neste segundo caso, o juiz irá verificar se a escolha do Legislativo é adequada, no sentido de preservar o conteúdo de ambos os direitos em colisão, o que se deve fazer por intermédio de um processo de ponderação.

A redação final da Constituição brasileira de 1988 não apresenta menção expressa ao Princípio da Proporcionalidade. Para os partidários da corrente alemã, este princípio é inerente ao Estado Democrático de Direito e encontra-se integrado de forma implícita ao sistema, como um princípio não escrito. Já para os que admitem influências americanas na adoção do Princípio da Proporcionalidade pelo ordenamento jurídico pátrio, este princípio é extraído da cláusula do devido processo legal (art. 5º inc. LIV, CF/88), em razão do caráter substantivo sob o qual este dispositivo também deve ser aplicado.

Nos países que possuem Constituição sintética, o Princípio da Proporcionalidade possui aplicação mais abrangente; enquanto que nos países que possuem Constituição analítica, como é o caso do Brasil, seu campo de aplicação se reduz, sem, contudo, perder sua relevância.

Especialmente, o Supremo Tribunal Federal tem encontrado razões para decidir fundamentando-se no Princípio da Proporcionalidade. A seguir a análise de algumas de seus Acórdãos mais elucidativos.

Recurso Extraordinário – nº 476361, proveniente do Estado de Santa Catarina, discute perante o STF a legitimidade de quebra de sigilo bancário por autoridade administrativa, para fins de garantia da ordem tributária, considerando-se como obstáculo a tal medida a proteção prevista pelo art. 5º, incs. X e XII, da CF/88.

Em acórdão, referente ao Recurso Extraordinário – nº 476361, o STF, através da relatoria do Min. Dias Toffoli, julga, em 18 de Abril de 2011, prejudicado o apelo, tendo em vista Recurso Especial interposto simultaneamente com o Extraordinário, já com trânsito em julgado, e que reconheceu a “possibilidade de aplicação imediata do disposto no art. 6º da LC nº 105/2001, com base no art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional”.

No caso concreto, analisando-se tal Acórdão, pode-se afirmar que prevaleceu o interesse público quanto à quebra do sigilo bancário, com fundamento no art. 5º, Inc. XII, *in fine*, da CF / 88, e na legislação infraconstitucional (art. 6º da LC nº 105/2001, c/c o art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional); evidentemente, aplicado, os Tribunais Superiores, o Princípio da Proporcionalidade nesta decisão, conforme se verifica *in verbis*:

DECISÃO: Vistos. União interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado: QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. INTIMIDADE E SIGILO DE DADOS VERSUS ORDEM TRIBUTÁRIA HÍGIDA. ART. 5º, X E XII. PROPORCIONALIDADE. O sigilo bancário, como dimensão dos direitos à privacidade (art. 5º, X, CF) e ao sigilo de dados (art. 5º, XII, CF), é direito fundamental sob reserva legal, podendo ser quebrado no caso previsto no art. 5º, XII, *in fine*, ou quando colidir com outro direito albergado na Carta Maior. Neste último caso, a solução do impasse, mediante a formulação de um juízo de concordância prática, há de ser estabelecida através da devida ponderação dos bens e valores, *in concreto*, de modo a que se identifique uma ‘relação específica de prevalência entre eles. 2. No caso em tela, é possível verificar-se a colisão entre os direitos à intimidade e ao sigilo de dados, de um lado, e o interesse público à arrecadação tributária eficiente (ordem tributária hígida), de outro, a ser resolvido, como prega a doutrina e a jurisprudência, pelo princípio da proporcionalidade. 3. Com base em posicionamentos do STF, o ponto mais relevante que se pode extrair desse debate, é a imprescindibilidade de que o órgão que

realize o juízo de concordância entre os princípios fundamentais – a fim de aplicá-los na devida proporção, consoante as peculiaridades do caso concreto, dando-lhes eficácia máxima sem suprimir o núcleo essencial de cada um – revista-se de imparcialidade, examinando o conflito como mediador neutro, estando alheio aos interesses em jogo [...].

O referido Acórdão destaca ainda que, mesmo admitindo-se a requisição extrajudicial de informações sigilosas por autoridade administrativa, o direito à privacidade deve prevalecer quando não houver, em discussão, outro interesse público de índole constitucional.

Analisando-se outro Acórdão exarado pelo Supremo Tribunal Federal, verifica-se, mais uma vez, a expressa referência e aplicação do Princípio da Proporcionalidade. Ocorre que, Recurso Extraordinário nº 543.974-7, proveniente do Estado de Minas Gerais, julgado em 26 de Março de 2009, mediante a relatoria do Min. Eros Grau, aprecia o confronto do art. 5º, inc. LIV (garantia do devido processo legal), com o art. 243 (expropriação de glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas), ambos da CF/88, sob o parâmetro da proporcionalidade.

Ao referido Recurso Extraordinário, interposto pela Advocacia Geral da União, foi dado provimento por unanimidade de votos. A seguir, transcrição da ementa e do voto do relator:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EXPROPRIAÇÃO. GLEBAS. CULTURAS ILEGAIS. PLANTAS PSICOTRÓPICAS. ARTIGO 243 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL INTERPRETAÇÃO DO DIREITO. LINGUAGEM DO DIREITO. LINGUAGEM JURÍDICA. ART. 5º, LIV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O CHAMADO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. Gleba, no artigo 243 da Constituição do Brasil, só pode ser entendida como a propriedade na qual sejam localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. O preceito não refere áreas em que sejam cultivadas plantas psicotrópicas, mas as glebas em seu todo.
2. A gleba expropriada será destinada ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos.
3. A linguagem jurídica corresponde à linguagem natural, de modo que é nesta, linguagem natural, que se há de buscar o significado das palavras e expressões que se compõem naquela. Cada vocábulo nela assume significado no contexto no qual é inserido. O sentido de cada palavra há de ser discernido em cada caso. No seu contexto e em face das circunstâncias do caso. Não se pode atribuir à palavra qualquer sentido distinto do que ela tem em estado de dicionário, ainda que não baste a consulta aos dicionários, ignorando-se o contexto no qual ela é usada, para que esse sentido seja em cada caso discernido. A interpretação/aplicação do direito se faz

não apenas dos elementos colhidos do texto normativo [mundo do dever – ser], mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir dos dados da realidade [mundo do ser].

4. O direito, qual ensinou CARLOS MAXIMILIANO, deve ser interpretado “inteligentemente, não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, preserve inconveniências, vá ter a conclusões inconvenientes ou impossíveis”.

5. O entendimento sufragado no acórdão recorrido não pode ser acolhido, conduzindo ao absurdo de expropriar-se 150 m² de terra rural para nesses mesmos 150 m² assentar-se colonos, tendo em vista o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos.

6. Não violação do preceito veiculado pelo artigo 5º, LIV, da Constituição do Brasil e do chamado “princípio” da proporcionalidade. Ausência de “desvio de poder legislativo”.

Através de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.274, proveniente do Distrito Federal, possuindo como requerente a Procuradoria Geral da República, o Supremo Tribunal Federal, apreciou, em 25 de Novembro de 2011, através da relatoria do Min. Ayres Brito, o confronto entre as garantias constitucionais da manifestação de pensamento e expressão (art. 5º, incs. IV e IX, da CF/88), além do direito de reunião (art. 5º, inc. XVI, da CF/88) e os termos dispostos no § 2º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, que tipifica criminalmente as condutas de “induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido d drogas”.

Nesta ocasião, foi julgada, por unanimidade de votos, procedente Ação Direta de Constitucionalidade, para dar ao § 2º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 interpretação conforme a Constituição, excluindo deste dispositivo legal qualquer interpretação que resulte na proibição de manifestações e debates públicos sobre a descriminalização ou legalização do uso de drogas ou substâncias psicoativas.

O Acórdão a seguir transcrito e sua ementa relevam a aplicação prática do Princípio da Proporcionalidade pelo STF diante do confronto entre valores igualmente fundamentais:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE “INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO” DO § 2º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006, CRIMINALIZADOR DAS CONDUÇÃO DE “INDUZIR, INSTIGAR OU AUXILIAR ALGUÉM AO USO INDEVIDO DE DROGA”.

1. Cabível o pedido de “interpretação conforme à Constituição” de preceito legal portador de mais de um sentido, dando-se que ao menos um deles é contrário à Constituição Federal.

2. A utilização do § 2º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 como fundamento para a proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização

ou da descriminalização do uso de entorpecentes ofende o direitos fundamental de reunião, expressamente outorgado pelo inciso XVI do art. 5º da Carta Magna. Regular exercício das liberdades constitucionais de manifestação de pensamento e expressão, em sentido lato, além do direito de acesso à informação (incisos IV, IX e XIV do art. 5º da Constituição Republicana, respectivamente).

3. Nenhuma lei, seja civil ou penal, pode blindar-se contra a discussão do seu próprio conteúdo. Nem mesmo a Constituição está a salvo da ampla, livre e aberta discussão dos seus defeitos e de suas virtudes, desde que sejam obedecidas as condicionantes ao direito constitucional de reunião, tal como a prévia comunicação às autoridades competentes.

4. Impossibilidade de restrição ao direito fundamental de reunião que não se contenha nas duas situações excepcionais que a própria Constituição prevê: o estado de defesa e o estado de sítio (art. 136, § 1º, inciso I, alínea “a”, e art. 139, inciso IV).

5. Ação direta julgada procedente para dar ao § 2º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 “interpretação conforme a Constituição” e dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas.

Evidencia-se, assim, por conseguinte, a recorrente utilização pelo Supremo Tribunal Federal do Princípio da Proporcionalidade diante de casos concretos onde há colisão entre Direitos Fundamentais ou entre estes e outros dispositivos igualmente constitucionais.

7 – CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Não obstante o Princípio da Proporcionalidade obter cada vez mais destaque em âmbito nacional e internacional, críticas também se fazem presentes quanto à sua funcionalidade. Nesse sentido, afirma-se que a aplicação de tal princípio geraria interferências indevidas na separação dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Isso porque o Poder Judiciário poderia, com fundamento em tal princípio, considerar não proporcionais decisões tomadas pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo, influenciando assim na autonomia entre os poderes, podendo ainda levar o magistrado a sub-rogar-se no papel político do legislador a quem cabe a disciplina jurídica dos Direitos Fundamentais.

Quanto a um possível confronto de legitimidade entre atos do Poder Legislativo e apreciações pelo Poder Judiciário, partindo-se da aplicação, por este, do Princípio da Proporcionalidade

lidade, afirma a autora Andréa Ismael da Costa, em seu artigo “Ponderação de Interesses na Constituição”, publicado na rede mundial de computadores (internet), que:

Nessa monta, ainda que se considere a ideia da impossibilidade de o juiz vir a corrigir ou substituir uma lei defeituosa, em observância ao princípio da separação dos poderes, parece, todavia, que a noção atual de Estado de Direito traz em seu âmago a exigência de mecanismo de controle do ato legislativo, tendo em vista o princípio da constitucionalidade. Não está em baila, deste modo, a invasão de esfera do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário, mas a simples constatação de que o dogma da liberdade absoluta do legislador na fixação dos fins legais já está superado. [...] Existem questões que exigem apenas juízos de otimização acerca de possibilidades jurídicas, podendo-se assegurar a perfeita idoneidade do juiz para exarar-los.

Outra crítica que também se faz muito presente entre os autores nacionais é que decisões fundamentadas exclusivamente no Princípio da Proporcionalidade gerariam a impressão de que foram tomadas levando-se em consideração apenas noções sociais, políticas, sem correspondência a valores eminentemente jurídicos ou constitucionais. Os partidários deste posicionamento preconizam que a utilização constante do Princípio da Proporcionalidade resultaria em decisões marcadas pelo subjetivismo dos magistrados, o que afetaria a própria ideia de justiça, esta centrada na garantia de se contar com a aplicação das regras jurídicas.

Sobre tal crítica, posiciona-se a autora já citada Andréa Ismael da Costa, em seu artigo “Ponderação de Interesses na Constituição”:

Em resposta aos temores advindos aos questionamentos acima expostos, primeiramente, o princípio da proporcionalidade deve ser entendido no quadro dos direitos fundamentais, em outras palavras, o princípio da proporcionalidade deve ser considerado, ao lado de outros princípios também colhidos da natureza desses direitos, como o da concordância prática e o da proteção do núcleo essencial. O cânone da proporcionalidade é especialmente útil para apontar uma indevida intervenção do Estado em posições jurídicas protegidas, não podendo ser manejado em sentido oposto, ou seja, para corroborar injustiças ou iniquidades. Ainda que exista a possibilidade de, no caso de inobservância das cautelas devidas na aplicação do princípio, vir a ser criado algum ato iníquo, acentua-se que mais injusta é a aplicação indiscriminada e autômato da lei. [...].

Todavia, não obstante o Princípio da Proporcionalidade ainda não ter sido suficiente debatido e aplicado, evidencia-se que, enquanto decorrente do Estado Democrático de Direito,

sua aplicação deve se dá a partir das demais normas positivas na Carta Magna, para fins de cumprimento de sua finalidade precípua: a defesa e tutela dos Direitos Fundamentais.

Há ainda críticas dirigidas à utilização do subcritério da proporcionalidade *stricto sensu*. Ocorre que, diante de direitos fundamentais em conflitos, após o exame da adequação e necessidade da intervenção estatal, o julgador deve realizar uma ponderação direita diante do caso concreto e escolher qual direito deve prevalecer. O objetivo é: intervir em um direito fundamental, na medida da necessidade e finalidade desta intervenção. A respeito do tema, discorrem os autores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 224):

A proporcionalidade em sentido estrito sugere o uso da metáfora da balança, na qual se realiza uma ponderação de valores ou bens jurídicos, avaliando o respectivo peso e devendo prevalecer aquela que, na situação concreta, apresenta maior urgência ou importância.

No caso específico do exame da proporcionalidade de intervenções em direitos fundamentais, a ponderação se dá entre vantagens e desvantagens jurídicas para os bens jurídicos encontrados através da intervenção e do propósito perseguido pelo Estado. [...]

Tal ponderação *stricto sensu* se faz necessária porque, analisando-se a Constituição Brasileira de 1988 e a Lei Maior de outros Estados, verifica-se que não há uma escala de valores pré-estabelecida que classifiquem os Direitos Fundamentais, indicando qual teria preferência em caso de colisão. Todos gozam da mesma condição normativa constitucional, apenas sendo possível uma hierarquização diante do caso concreto. Além disso, a eleição de uma preferência, ainda que ante o caso concreto, deve realizar-se sob parâmetros jurídicos e não sob noções subjetivas de que este ou aquele Direito Fundamental é mais importante que outro.

No caso da Constituição Federal brasileira, o direito fundamental à vida, outorgado no caput de seu art. 5º, aparece no mesmo patamar que pelo menos mais quatro direitos fundamentais “matrizes” (liberdade, igualdade, segurança e propriedade desdobram-se em vários outros direitos fundamentais outorgados nos incisos do art. 5º). A vida até aparece como primeiro direito fundamental mencionado, mas a sua igual submissão aos “termos seguintes” (art. 5º, caput, in fine) derruba qualquer tentativa de hierarquização. [...]. (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 226).

Ocorre que o subcritério da proporcionalidade *stricto sensu* sofre críticas de origem neoliberal, segundo as quais o Estado não pode, através posições legislativas ou decisões judiciais, restringir liberdades civis que ele próprio assegurou, devendo as partes envolvidas, os interessados, procederem a uma negociação direta. Todavia, consoante os supracita-

dos autores os autores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 227), evidentemente tal crítica não se sustenta:

[...] Mesmo quando não há expressa reserva legal, os direitos fundamentais são garantidos pelo Estado e isso indica que, diante de uma colisão, o Estado possui competência para decidir qual direito deve prevalecer. Uma omissão estatal provocaria antinomias jurídicas, criando uma situação semelhante ao “estado da natureza” que o direito estatal tem a missão tradicional de impedir.

Por outro lado, os referidos autores (2008, p. 231), afirmam que, não obstante a proporcionalidade em sentido estrito ser utilizada, tanto no Brasil, quanto na Alemanha e em outros países, este subcritério deve ser rejeitado como elemento do exame da proporcionalidade. Isso porque, tal critério *stricto sensu* teria o condão de “ferir tanto o princípio da separação de funções estatais quanto o princípio democrático, pois ponderar em sentido estrito significa tomar decisões políticas e não jurídicas”.

Além disso, afirmam os autores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 231) a inutilidade do subcritério da proporcionalidade *stricto sensu*, declarando que “sua utilização na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão tem sido dispensável, pois se limita, em toda regra, a confirmar a proporcionalidade do meio tipo como necessário”.

Considerando-se e partindo-se de tais críticas, observa-se que a apreciação jurisdicional constitucional dos Direitos Fundamentais deve verificar eventual desrespeito a tais direitos e, em caso de conflito ou colisão entre eles, buscar-se-ia o Princípio da Proporcionalidade sob os critérios da adequação e necessidade do meio interventivo eleito para aferir a legitimidade e legalidade das limitações impostas a tais direitos humanos constitucionalmente positivados; não devendo haver espaço para decisões políticas do órgão julgador.

8 – CONCLUSÕES

Buscou-se, inicialmente, através das análises acima desenvolvidas, contextualizar as influências históricas que deram origem aos Direitos Fundamentais e sua posituação em âmbito nacional.

Em seguida, através de notas introdutórias referentes ao Princípio da Proporcionalidade, partiu-se para a sua análise sob o prisma constitucional, inclusive decorrendo-se sobre as distintas expressões utilizadas como designativas do princípio, para que se facilitasse o entendimento do que é proporcionalidade, bem como de sua aplicação.

Especialmente quanto à origem do Princípio da Proporcionalidade, percebe-se que a doutrina não é unânime a respeito do tema. Observa-se que alguns autores, conforme se demonstrou no transcorrer deste estudo, entendem que o Princípio Devido Processo Legal seria sua fonte, enquanto outros a conferem ao princípio do Estado Democrático de Direito, com o propagar e desenvolvimento da teoria jusnaturalista.

O campo da aplicabilidade atual do Princípio da Proporcionalidade é vastíssimo, conforme alhures evidenciado; sendo especialmente útil em sede de Direito Constitucional, ante a colisão dos Direitos Fundamentais.

No tocante aos subprincípios que integram o Princípio da Proporcionalidade, ressalta-se que para que algum ato, inclusive emanado pelo poder público, como é o caso dos atos normativos ou administrativos, esteja em consonância com este princípio, indispensável que preencha requisitos como licitude do fim, adequação e necessidade do meio utilizado, além de, para parte da doutrina, necessário a observância da proporcionalidade em sentido estrito, que avalia os pesos jurídicos dos respectivos bens ou direitos envolvidos no conflito, na busca de uma solução concreta justa.

Este princípio tem dignidade constitucional na ordem jurídica brasileira, pois sua força normativa deriva dos Direitos Fundamentais, garantias materiais do Estado Democrático de Direito. Posto que, o núcleo essencial dos Direitos Fundamentais deve sempre ser resguardado de arbitrariedades ou de excessos cometidos por autoridades públicas ou outros indivíduos.

Assim, tem o Princípio da Proporcionalidade um papel primordial, uma vez que, a sua correta aplicação no campo do controle de constitucionalidade traz como premissa metodológica a compreensão jurídico-dogmática dos Direitos Fundamentais.

Por conseguinte, é juridicamente plausível, em caso de colisão entre Direitos Fundamentais, a aplicação do Princípio da Proporcionalidade, estabelecendo uma relação de precedência condicionada, que se consubstancia em lei diante do caso concreto.

O referido princípio constitucional torna-se, portanto, essencial ao Estado Democrático de Direito, onde também encontra sua origem, contendo uma justa medida para o exercício do poder.

Em síntese, o Princípio da Proporcionalidade é um importante instrumento de efetivação de justiça ante as circunstâncias fáticas. Todavia sua utilização não prescinde da observância dos demais princípios e normas constitucionais – ou infraconstitucionais. Os riscos que derivam de sua utilização são inerentes a toda ou qualquer atividade humana, no entanto, tal princípio possui força e grandeza em busca do ideal de justiça, como instrumento jurídico de atribuir a cada indivíduo o que deve ser legitimamente seu.

9 – REFERÊNCIAS

BARREIRA, Ingrid. **Princípio da Proporcionalidade**. Disponível em <<http://www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revistaPGM/vol08/17PrincipioDaProporcionalidade.htm>>. Acesso em 22 de agosto de 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 476361, do Tribunal Pleno**. Rel. Min. Dias Toffoli, Santa Catarina, 18 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 22 de agosto de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 543.974-7, do Tribunal Pleno**, Rel. Min. Eros Grau, Minas Gerais, 24 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 22 de agosto de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.274, do Tribunal Pleno**, Rel. Min. Ayres Brito, Distrito Federal, 23 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 22 de agosto de 2012.

CAMPOS, Helena Nunes. **Princípio da proporcionalidade**: a ponderação dos direitos fundamentais. Cadernos de Pós-Graduação em Direito Público e Econômico. Universidade Mackenzie. São Paulo, v. 4, n. 1, p. 23-32, 2004.

COSTA, Andréa Ismael da. **Ponderação de Interesses na Constituição**. Disponível em <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1631.html>. Acesso em 22 de Agosto de 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FIORETTO, Júlio César Soares da Silva. **Críticas ao Princípio da Proporcionalidade**. Revista da UNP. Direito Constitucional. P. 1-2, 2006.

GOÉS, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil**: o poder da criatividade do juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2004.

HODNIKI, Juliana Ferreira; GUERRA, Renata Rocha. **Aplicação do Princípio da Proporcionalidade no Devido Processo Legal**. Pesquisa resultante de Programa de Bolsa Institucional de Iniciação Científica (PIBIC/CNPQ), p. 1-22, 2005.



LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 12ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2007.

PIMENTA, Alan Vitor Bonfim. **Princípio da Proporcionalidade**. Disponível em <<http://www.webartigos.com/artigos/principio-da-proporcionalidade/5431/#ixzz1zZDeNjUs>>. Acesso em 22 de Agosto de 2012.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 5ª Edição, Vol. 17. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. **Uma visão crítica do princípio da proporcionalidade**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/2858/uma-visao-critica-do-principio-da-proporcionalidade#ixzz1zZ62883a>>. Acesso em 22 de Agosto de 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, n. 798, p. 23-50, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Constitucionais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2006.

VONTUBEL, Anne Martins. **Algumas considerações acerca do Princípio da Proporcionalidade**. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/doc/principio_proporcionalidade.doc>. Acesso em 22 de agosto de 2012.

ZAGRE, Robson. **Teoria da argumentação jurídica** – análise e crítica a caso concreto – princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/robson_zagre.pdf>. Acesso em 22 de Agosto de 2012.

(IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PRORROGAÇÃO DO ESTÁGIO PROBATÓRIO EM RAZÃO DA FRUIÇÃO DE LICENÇA-MATERNIDADE NO ÂMBITO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

Mônica Christianne Soares de Oliveira¹³⁸

SUMÁRIO: 1. Introdução: Perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, fundamentalidade formal e material, a teoria dos deveres de proteção e as gerações (dimensões) dos direitos fundamentais. 2. Direitos Sociais na Constituição Federal de 1988. 2.1. O princípio da vedação ao retrocesso. 2.2. Proteção à maternidade no plano nacional e internacional. 3. Do estágio probatório e das licenças no âmbito da Defensoria Pública do Estado da Bahia. 3.1. Conselho Superior da Defensoria Pública da Bahia em dois tempos: Resolução nº 024/2006 e Resolução nº 001/2012. 4. Invalidação dos atos administrativos. 5. Considerações finais. 6. Referências.

Resumo

O presente estudo tem por escopo analisar a constitucionalidade ou não de ato normativo da Defensoria Pública do Estado da Bahia que determinou a prorrogação do estágio probatório da Defensoria Pública que entrasse em gozo de licença maternidade dentro deste período de prova, à luz da disposição constitucional de proteção à maternidade, enquanto Direito Social, e do princípio da vedação ao retrocesso.

Palavras-chave: Direito Social. Licença-maternidade. Prorrogação do estágio probatório. Defensoria Pública do Estado da Bahia. (In) constitucionalidade.

138 – Defensora Pública de Classe Final. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito.

1 – INTRODUÇÃO: PERSPECTIVA OBJETIVA E SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, FUNDAMENTALIDADE FORMAL E MATERIAL, A TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO E AS GERAÇÕES (DIMENSÕES) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais apresentam-se em dupla perspectiva: uma subjetiva, que não tem mostrado um consenso conceitual entre os estudiosos da temática, e uma objetiva, que ao revés daquela, tem congregado orientações convergentes.

No plano subjetivo, Ingo Wolfgang Sarlet em citação à proposta de Robert Alexy, apregoa que os direitos fundamentais estão assentados em três pilares: os dos direitos a ações negativas e positivas do Estado e/ou particulares (que são os clássicos direitos de defesa e os direitos a prestações); o das liberdades (negações de exigências e proibições); e, o dos poderes, como competências ou autorizações (2009, p. 153).

Já o aspecto objetivo fulcra-se em um sistema de regras e princípios meramente objetivos e num aspecto axiológico de mais-valia jurídica, que valorativamente considera os direitos fundamentais tanto do ângulo do indivíduo e sua posição perante o Estado, quanto da dimensão comunitária e os valores que devem ser respeitados e concretizados, em uma eficácia dirigente e irradiante que resvala efeitos no plano infraconstitucional, ao servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos estaduais, impondo a necessidade de se buscar uma interpretação conforme aos direitos fundamentais.

A fundamentalidade das normas definidoras desses direitos, por sua vez, é aferida não somente pela relevância dos bens jurídicos que são tutelados, mas pela importância que o Constituinte os outorgou ao estabelecer uma hierarquia normativa e um regime jurídico especial.

Formalmente, os direitos fundamentais são partes integrantes de uma Constituição escrita com natureza supralegal, por se acharem no vértice do ordenamento jurídico; têm eficácia plena e aplicabilidade imediata a entidades públicas e privadas (artigo 5º, §1º, da Constituição Federal); e estão sujeitos a limitações procedimentais e materiais (núcleo intangível e imodificável pelo poder reformador constitucional – artigo 60, da Constituição Federal).

No que tange à fundamentalidade material, é a aferição do conteúdo e importância de uma norma que vai permitir classificá-la ou não como fundamental. Se dispuser sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, pouco importando se está arrolada no corpo da Constituição (já que o rol dos direitos fundamentais reconhecidamente é exemplificativo), terá *status* de norma de direito fundamental por equiparação.

Como corolário da dimensão objetiva e material dos direitos fundamentais, e com nítida inspiração no direito alemão, tem-se a teoria dos deveres de proteção (*schtzpflichten*), citada pelo

Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, em voto proferido na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 – Rio de Janeiro, julgada em 05/05/2011, e que tinha como objeto conferir *interpretação conforme à Constituição* ao artigo 1.723, do Código Civil, no que pertine à equiparação das uniões homoafetivas à união estável.

Segundo a teoria dos deveres de proteção, os direitos fundamentais vinculam e balizam tanto as relações entre os particulares (referente aos valores considerados por uma comunidade como nucleares), quanto as relações entre os indivíduos e o Estado, quando este age de forma omissiva, abstendo-se de violar regras essencialmente materiais, ou comissivamente, no fornecimento de prestações positivas.

Assim, a proteção aos direitos fundamentais pode se dar através de direitos prestacionais como também através da defesa à organização e ao procedimento lesivo, exortando-os a se ajustarem aos direitos assegurados, a fim de não lhes tolher a efetividade, de modo que *“essa conformação pode estar prevista na própria Constituição, na legislação infraconstitucional ou, ainda, decorrer implicitamente das normas definidoras dos direitos fundamentais”* (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 – RIO DE JANEIRO, voto do Ministro Luiz Fux).

Longe do propósito de elucubrar terminologicamente qual o termo mais apropriado para cunhar as ordenações dos direitos fundamentais, se em “gerações” ou “dimensões”, importante registrar que a clássica classificação doutrinária, com nítida inspiração nos ideais revolucionários franceses de 1789 (liberdade, igualdade e fraternidade), distribui os direitos fundamentais em níveis correspondentes ao momento histórico em que despontaram. Não obstante, uma vertente vanguardista da doutrina, capitaneada por Paulo Bonavides já aponta a existência de uma quarta e quinta gerações, como adiante se mostrará.

Nessa ordem de ideias, despontam em primeiro plano aqueles atinentes ao ideal de liberdade, que são indispensáveis a cada pessoa humana e que representam um não fazer do Estado (prestação negativa) em prol dos direitos do cidadão, dos quais são exemplos os direitos civis e políticos, como o direito à vida e à integridade física.

Num segundo plano, orientado pela ideia de igualdade, estão os direitos de cunho econômico, social e cultural, que visam melhorar as condições de vida de um grupo, a saber, o direito à saúde, educação, moradia, alimentação, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, conforme enumeração do artigo 6º, da Constituição Federal.

A terceira geração refere-se aos direitos de fraternidade, com foco na tutela dos direitos transindividuais, inéditos em uma sociedade de massa e que não se resolviam dentro da

proteção jurídica dos direitos individuais, são eles: o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade, direito de comunicação as relações de consumo, só para citar estas.

Por fim, em uma classificação que ainda não encontra assento inequívoco na ordem jurídica nacional, seja por validação positiva ou por construção jurisprudencial, aparecem os direitos de quarta e quinta geração, os primeiros, correlatos ao direito à democracia participativa, à informação e ao pluralismo, como decorrência da globalização econômica neoliberal; e os últimos, circunscritos aos direitos cibernéticos, de automação, de bioética e, na lição de Paulo Bonavides, até o direito à paz.

Desse memorial descritivo das dimensões dos direitos fundamentais, será decotado como objeto de estudo a segunda geração, aquela que envolve os direitos sociais, em especial, o de proteção à maternidade.

2 – DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A despeito do artigo 6º da Constituição Federal arrolar como direitos sociais o direito à saúde, educação, moradia, alimentação, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados, outras normas essencialmente materiais que não tenha integrado esse catálogo constitucional, igualmente serão consideradas como direitos sociais, como já explicitado no capítulo anterior.

Ana Cristina Costa Meireles atribui aos direitos sociais a “função de compensar as desigualdades sociais e econômicas surgidas no seio da sociedade, seja ela de uma forma em geral, seja em face de grupos específicos”, com o escopo de garantir a conversão da liberdade e igualdade formais em reais, mediante o fornecimento de condições que permitam ao homem “exercitar por completo a sua personalidade de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana” (2008, p. 88).

Partindo dessa premissa, os direitos sociais admitem classificação segundo a natureza da prestação do sujeito passivo, reproduzindo o mesmo critério distintivo de Robert Alexy citado por Ingo Wolfgang Sarlet quanto aos direitos fundamentais: de um lado, os direitos defensivos (direito a omissões do destinatário); e de outro, os direitos prestacionais (comportamento positivo), muito embora, em alguns casos, alguns direitos estejam presentes em ambas vertentes.

Como direitos prestacionais inseridos na Constituição Federal de 1988, por exigir um comportamento positivo, exemplificativamente, está a obrigação de pagamento do salário mínimo, do décimo terceiro salário e a remuneração do trabalho noturno superior ao diurno.

Já no que toca aos direitos de defesa, que exigem uma abdicação à prática de posturas restritivas ao exercício de direitos de um indivíduo, encontra-se na Magna Carta o respeito à limitação da jornada de trabalho, o direito de greve e o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Apesar de parecer não existir dúvida quanto à fundamentalidade dos direitos sociais, existem doutrinadores que só aceitam como fundamentais os direitos da primeira geração, relegando os direitos de segunda geração a uma posição hierarquicamente inferior, como se isso fosse possível. É oportuno pontuar que os direitos fundamentais, em qualquer uma das gerações em que se apresentem, foram resultado de um movimento de superação histórica e cada um, à sua maneira, possuem inexorável importância jurídica e inaceitável distinção valorativa.

Observe-se que os direitos civis e políticos surgiram no final do século XVIII, na fase inaugural do constitucionalismo liberal trazido pela Revolução Americana de 1776 e pela Revolução Francesa de 1789, e que assentaram a necessidade de alçar o indivíduo, então menor súdito do Estado, à condição de cidadão, com direitos a serem respeitados pelo Estado e seus agentes.

Nos primeiros anos do século XX, em razão das lutas encampadas por uma nova classe social, a dos trabalhadores, surgida do aprofundamento das relações entre o capital e o trabalho, foi preciso sistematizar a regulação de direitos que melhorassem as condições de vida dessa categoria, e assim foram intitulados como direitos sociais, econômicos e culturais. Despontaram em um momento de relações sociais mais complexas, em que já não bastavam apenas os direitos fundamentais à vida, à liberdade de locomoção, a inviolabilidade de domicílio e de correspondência.

Mas não é pelo fato de os direitos de primeira geração terem se consolidado cronologicamente primeiro que eles terão uma supremacia material sobre os demais direitos de mesma ordem ontológica, já que ambos comungam da mesma dignidade como direitos fundamentais. Na lição de João Caupers, hoje não é mais possível admitir a subsistência do Estado Democrático de Direito sem o reconhecimento dos direitos sociais, que são imprescindíveis à efetivação do gozo dos direitos de liberdades civis e políticos clássicos(1985, p. 54).

Comungam desse entendimento Flávia Piovesan e Daniela Icawa(2004, p. 51):

São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso devem ser reivindicados como direitos e não como caridade ou generosidade.

Ainda assim, as críticas sustentam-se em dois pilares: o custo da realização efetiva dos direitos sociais para o Estado e a eficácia limitada de suas normas. Diferentemente dos direitos

integrantes da primeira dimensão que não custam nada para serem exercidos, a efetivação dos direitos sociais, à míngua de uma políticas públicas racionais e contínuas, demandam um gasto financeiro para o Estado, que no campo processual se popularizou sob o argumento de “reserva do possível”. Todavia, a reserva orçamentária do Estado não pode deixar de garantir o mínimo existencial que garanta a dignidade da pessoa humana, mostrando o atendimento da fundamentalidade do direito social.

Lado outro, apesar das normas garantidoras dos direitos sociais terem aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, nem todas possuem eficácia plena, o que não implica necessariamente na negação da sua fundamentalidade, uma vez que as normas de eficácia limitada produzem efeitos *erga omnes* em face da categoria específica de pessoas para as quais é voltada, tornando-se efetivas.

E por fim, e não menos importante, é a questão da imutabilidade dos direitos sociais, que por se tratarem de cláusulas pétreas, não permitem a supressão do núcleo essencial através de emendas constitucionais como reflexo ativo do poder reformador, mas somente através de uma nova manifestação do poder constituinte originário.

Majoritariamente, a doutrina tem se expressado pela intangibilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, quer se apresentem como direitos de defesa, quer como direitos prestacionais. A titulação de um direito social como fundamental, e daí seu enquadramento no âmbito de proteção superconstitucional do artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal, advém da finalidade libertária da opressão social.

A despeito das respeitadas construções doutrinárias sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal ainda não admitiu expressamente que os direitos fundamentais são cláusulas pétreas, embora os poucos acórdãos a esse respeito tenham reflexamente reconhecido a intangibilidade, muito mais pelo conteúdo (substância) da norma, do que por sua figuração formal no corpo da Constituição.

Nesse sentido, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939 – Distrito Federal, que declarou inconstitucional alguns dispositivos da Emenda Constitucional nº 03/1993, dentre eles, o §2º, do artigo 2º, que excluiu o Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras (IPMF) do princípio da anterioridade tributária capitulado no artigo 150, III, a, da Constituição Federal, mostrando ser possível o exercício de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.

Uma outra situação enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, desta feita quanto ao reconhecimento dos direitos sociais como cláusulas pétreas, se deu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1946 – Distrito Federal, que atribuiu interpretação conforme

a Constituição ao artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20/1998, para excluir a licença à gestante do teto remuneratório de benefícios previdenciários ora instituído, por entender que a admissão dessa circunstância causaria preterição da contratação de mulheres no mercado de trabalho, em vista da onerosidade que seria repassada ao empregador em ter que assumir a diferença entre o valor da remuneração integral e o teto previdenciário.

Tal entendimento se amparou ainda na violação ao princípio da segurança jurídica que ocorreria, se a lei concretizadora do custeio integral da licença-maternidade pela autarquia previdenciária – efetivadora de um direito social já realizado – fosse abolida do ordenamento jurídico, frustrando a legítima expectativa de continuidade de uma política pública dessa natureza, numa espécie de auto-vinculação derivada do princípio da proteção da confiança, como corolário do princípio da vedação ao retrocesso que se verá a seguir.

2.1 – O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

A Constituição impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (limitação formal e material), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais, cujas medidas administrativas venham a suprimir ou restringir direitos sociais, invadindo seu núcleo essencial ou mesmo atentando contra a segurança jurídica e a proteção de confiança.

Os órgãos estatais, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento, concretização e proteção eficiente dos direitos fundamentais, não podem suprimir supervenientemente a uma norma constitucional, o grau de concretização anterior que já havia se realizado, de modo que as normas que reconhecem direitos sociais importam em uma proibição de retrocesso, ou seja, um dever de abstenção.

Não reconhecer a existência do princípio da vedação ao retrocesso seria o mesmo que admitir que o Poder Público pode tomar suas decisões em livre desobediência ao texto constitucional, ignorando direitos e garantias fundamentais, e frustrando a efetividade necessária, já que a revogação de uma lei que deu concretude a uma norma programática ou viabilizou o exercício de um direito, faria retornar à uma situação de omissão anterior.

O princípio da proteção da confiança, como espécie de boa-fé do Poder Público, impõe o dever de manutenção de uma certa estabilidade e respeito contínuo à ordem jurídica geral e às relações jurídicas específicas.

Existe, pois, uma conexão entre o princípio da proibição do retrocesso, o princípio da confiança e o da segurança jurídica, a exigir obediência às imposições constitucionais e infra-

constitucionais que realizem os direitos sociais que por si só já projetam a dignidade da pessoa humana, e sobre as quais recai o dever de proteção que resulta da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais.

Como esse manto protetivo recai sobre as normas constitucionais e infraconstitucionais que vier a concretizar direitos fundamentais, veda-se a revogação sem a consequente regulamentação substitutiva ou adoção de medida compensatória, ou ainda a redução arbitrária ou desproporcional por meio de leis retrocessivas.

Como os estudos nacionais sobre a matéria são relativamente recentes, Felipe Derbli menciona que a primeira investida foi feita por José Afonso da Silva, na clássica monografia sobre *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, em que foi enfatizada a impossibilidade de uma lei sucessora desfazer o patamar de efeitos normativos constitucionais promovidos pela lei sucedida (2008, p. 350-351).

Os poucos doutrinadores que se arriscaram a abordar a matéria não divergem que este princípio não é explícito, ele decorre do sistema jurídico-constitucional. Mas, foi Ingo Sarlet quem apontou com minudências quais são as normas constitucionais fundamentoras desse vetor principiológico (2004, p. 113-115):

- a) o princípio do Estado Democrático e Social de Direito, em especial o princípio da segurança jurídica, a que necessariamente subjaz a proteção da confiança e a manutenção de um patamar mínimo de segurança contra medidas retroativas e atos retrocessivos em geral, considerando que as normas constitucionais expressamente dedicadas à proteção contra a retroatividade (entre as quais se inclui a salvaguarda do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito) são insuficientes para alcançar todas as situações que integram uma noção mais ampla de segurança jurídica;
- b) o princípio da dignidade da pessoa humana, pelo qual serão inviáveis as medidas que se situem abaixo de um nível mínimo de proteção dos direitos sociais;
- c) o princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais (artigo 5º, §1º, da Constituição), que também estatui a maximização da proteção desses direitos fundamentais.

Do mesmo modo que a produção doutrinária é incipiente, a jurisprudencial não tem tido melhor sorte. Em sede de julgamentos travados na órbita do Supremo Tribunal Federal, dos três únicos registros de abordagem desse princípio, dois deles foram votos vencidos quando da prolação do acórdão final.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2065 – Distrito Federal, que tratava da extinção do Conselho Nacional de Seguridade Social e dos Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social, sob a relatoria do ex-ministro Sepúlveda Pertence, foi superada a tese de inconstitucionalidade da lei puramente derogatória da anterior, que era imprescindível à eficácia plena de uma norma constitucional.

O mesmo se deu em outra Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3105 – Distrito Federal, que objetivava a declaração de inconstitucionalidade da contribuição previdenciária para servidores públicos inativos, cujo voto do ministro Celso de Mello, pelo acolhimento do pleito, foi superado no placar final.

O único caso em que existiu a admissão implícita desse princípio pelo Supremo Tribunal Federal ocorreu no julgamento da já comentada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1946 – Distrito Federal, em que foi declarada por unanimidade, inconstitucional a norma da Emenda nº 20/1998 que impunha a licença gestante ao teto remuneratório dos benefícios da Previdência Social, e que importaria em significativa perda da mão-de-obra feminina no mercado de trabalho, devido aos custos salariais que seriam legados aos empregadores durante o período pós-gestacional.

2.2 – PROTEÇÃO À MATERNIDADE NO PLANO NACIONAL E INTERNACIONAL

Por questões biológicas, a mulher não detém a mesma força física dos homens para o trabalho braçal, e pelo mesmo fundamento biológico é o único ser humano apto a conceber e gestar no ventre um outro ser. Por questões sociais e culturais, durante longo tempo, ela esteve à margem do universo produtivo e da contemplação de direitos políticos. Com o avançar do feminismo emancipacionista do século XIX, em meio à sociedade liberal europeia que emergia, a principal bandeira era para obtenção de igualdade jurídica: no direito ao voto, no direito de instrução e no direito de exercer um ofício.

Nessa época, os pensamentos do filósofo inglês Stuart Mill foram propulsores à divulgação e encampação de uma batalha pela abolição das desigualdades no núcleo familiar, a admissão das mulheres em todos os postos de trabalho e a oferta de instrução educacional do mesmo nível que estava ao alcance dos homens.

As primeiras tentativas de formatação de um texto contemplador de alguma dessas benesses ocorreu no Congresso de Berlim, realizado em 1890. Mas foi somente em 1919, que a Convenção nº 03, da Organização Internacional do Trabalho disciplinou a instituição de uma licença-maternidade remunerada de seis semanas (artigo 3º, itens “a” e “c”), além da proteção contra a despedida imotivada durante esse período (artigo 4º).

Essa Convenção foi ratificada pelo Governo Brasileiro em 26/04/1934, em plena era da política populista de Getúlio Vargas, que empenhado na causa trabalhista, em menos de um mês desta data, em 22/05/1934, editou o Decreto nº 24.273 que criou o auxílio-maternidade.

Ainda no cenário internacional, em 10/01/1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Resolução 217-A, intitulada de *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, cujos artigos XXV(item 2) e XXIX(itens 2 e 3), respectivamente, conferem proteção especial à maternidade e garantem que o exercício de direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas, estando sujeitos apenas às limitações legais voltadas exclusivamente para assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

Em 19/12/1966, a XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou o *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, que entrou em vigor em 24/04/1992 e foi ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 591, de 06/07/1992, prevendo no artigo 2º, item 1, que cada Estado subscritor do Pacto comprometia-se a adotar medidas, por esforço próprio ou 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 dos direitos ali reconhecidos, inclusive, pela adoção de medidas legislativas. Ademais disso, o item 2 do artigo 10 previu a concessão de proteção às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto, além de licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados.

Através do Decreto nº 678/1992, em 09/11/1992, o Brasil ratificou o cumprimento da *Convenção Americana de Direitos Humanos(Pacto São José da Costa Rica, ocorrido em 22/11/1966)*, que assegurou nos arts. 26 e 29, o seguinte:

Artigo 26 - Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir 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, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Artigo 29 – Normas de interpretação

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

1. permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
2. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;
3. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;
4. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Alfim, em 30/12/1999 foi editado no País o Decreto nº 3.321/1999, que se consubstanciava em um protocolo adicional à Declaração Americana sobre Direitos Humanos, desta feita, em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, originariamente feito em 17/11/1988, e que já no preâmbulo reconhecia a indissolubilidade dos direitos de primeira e segunda dimensão, porque fulcrados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, e assim deveriam perseguir na busca pela plena vigência, sem jamais admitir a violação de uns direitos a pretexto da observação de outros. Ainda nesse diploma, o artigo 2º enfatizava a necessidade dos Estados-Partes adotarem, se ainda não o tivessem feito, medidas legislativas ou de outra natureza, necessárias à efetivação desses direitos.

Em meio a todas essas regulamentações consagradoras dos direitos sociais, o movimento feminista se modernizou, e a reivindicação nuclear migrou da luta pela igualdade para a adoção de políticas afirmativas da diferença da mulher que pudessem continuar integrando-as ao contexto das relações sociais e de trabalho.

Nessa ordem de ideias, a licença-maternidade é um instrumento de realização do direito social de proteção à maternidade, estatuído no artigo 6º do texto constitucional, imperioso para assegurar o atendimento do princípio da isonomia, que induz o dever de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na proporção das suas desigualdades, sem incorrer em práticas discriminatórias, mas compensadoras das condições peculiares do sexo feminino.

Não é por outro motivo que o artigo 7º da Constituição Federal prevê que a licença à gestante, com a duração de cento e vinte dias, se dará sem prejuízo do emprego e do salário, albergando uma hipótese de ausência legal remunerada, com contagem desse período para todos os efeitos legais como férias, décimo terceiro salário e aposentadoria.

Ademais disso, o artigo 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias garante à empregada gestante a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Outra norma de cunho protetivo, mas infraconstitucional, é o artigo 396 da Consolidação das Leis do Trabalho, que garante à trabalhadora subjacente da licença-maternidade, o direito de amamentar o próprio filho, durante a jornada de trabalho, mediante a fruição de dois descansos especiais, de meia hora cada um, até que o bebê complete seis meses de idade ou um período superior, se a assim exigir a saúde do filho, mediante critério da autoridade competente.

E mais recentemente, foi promulgada a Lei nº 11.770, de 09/09/2008, que instituiu o Programa Empresa Cidadã ao assegurar a prorrogação da licença maternidade por mais (60) sessenta dias, àquelas mulheres empregadas de empresas privadas tributadas pelo lucro real (já que as empresas tributadas pelo lucro presumido e as optantes do SIMPLES foram excluídas da dedução fiscal criada pela lei), que aderirem, facultativamente, a partir de 25/01/2010, mediante requerimento endereçado à Secretaria da Receita Federal. Afora isso, é necessário ainda que a empregada da empresa aderente faça um requerimento até o final do primeiro mês após o parto, manifestando sua intenção de usufruir da prorrogação.

Essa foi mais uma medida de apoio protetivo à maternidade, enquanto direito social que o Brasil tem o dever legal de fomentar e buscar o efetivo cumprimento, conforme os regramentos internos e internacionais aos quais se vinculou.

3 – DO ESTÁGIO PROBATÓRIO E DAS LICENÇAS NO ÂMBITO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

A análise desse tópico merece ser precedida de uma breve incursão sobre o fenômeno do neoconstitucionalismo e da constitucionalização do Direito, que inspirou a confecção do célebre artigo pelo doutrinador Luís Roberto Barroso, de que uma nova ordem constitucional foi inaugurada após uma série de mudanças ocorridas no Estado e no direito constitucional em três planos distintos: *histórico*, com a formação e consolidação do Estado constitucional de direito no final do século XX; *filosófico* (pós-positivismo), com a aproximação entre o Direito e a Ética e a celebração de centralidade dos direitos fundamentais; e *teórico*, com o entendimento sobre a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática interpretativa da Constituição.

A partir dessa tríplice conjuntura, houve uma irradiação interpretativa das normas constitucionais sobre os demais ramos do Direito que provocou uma releitura de toda a ordem jurídica, e assim, todas as disciplinas normativas infraconstitucionais passaram a ser analisadas sob a ótica da Constituição e voltadas para realização dos valores formais e materiais ali consagrados. Esse fenômeno tem sido denominado de “constitucionalização do direito infraconstitucional”, uma vez que toda interpretação jurídica envolve também uma interpretação constitucional, quer haja uma aplicação direta ou indireta da Constituição.

Os reflexos dessa constitucionalização na seara administrativa verificam-se, sobretudo, no avultamento dos princípios constitucionais gerais (irradiantes sobre todo o sistema jurídico), na centralidade da dignidade da pessoa humana e na preservação dos direitos fundamentais, que importaram na modificação na qualidade das relações entre Administração e administrado, mediante a superação de paradigmas tradicionais, como a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo e o novo viés interpretativo do princípio da legalidade, transmutado para princípio da constitucionalidade ou da juridicidade, por importar em subordinação à Constituição e às leis ordinárias, nessa ordem.

Pinçando dos exemplos anteriores a suplantação do paradigma da supremacia do interesse público sobre o particular, é necessário tecer uma distinção entre o que se considera como entre interesse público primário e secundário. Naquele privilegia-se o interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-estar social, e neste, o interesse da pessoa jurídica de direito público interno (União, Estados e Municípios), que se identifica com o interesse do próprio erário, e que jamais se sobreporá primeira e abstratamente ao interesse particular. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação desses interesses, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto.

A temática deste artigo, portanto, nada mais é do que uma análise neoconstitucionalista da então dogmática supremacia do interesse público em face do interesse particular do administrado, consubstanciado na garantia do exercício um direito fundamental.

Nos termos do artigo 41, da Constituição Federal, consideram-se estáveis no serviço público, os servidores nomeados para cargos de provimento efetivo, após três anos de efetivo exercício.

Ontologicamente, pois, o estágio probatório equivale a um período de prova necessário à verificação da capacidade psicológica, moral e laborativa do servidor para o exercício do cargo público, atentos ao cumprimento de requisitos que variam conforme a regulamentação interna de cada ente da Administração Pública, e que por vezes se circunscrevem à constatação da eficiência, pontualidade, assiduidade, disciplina e idoneidade moral.

Aliás, a justa razão de ser do estágio probatório está assentada no princípio da eficiência, que baliza a Administração Pública juntamente com os princípios instituídos no artigo 37 da Constituição Federal, e foi introduzido no ordenamento jurídico através da Emenda Constitucional nº 19/1998, que implantou a reforma gerencial administrativa. O propósito dessa reforma era o aprimoramento da máquina, com maximização dos resultados, elevação do nível de qualidade dos serviços prestados e otimicidade dos recursos empregados, aproximando-a nesse ponto da gestão privada, mas continuando a ter como destinatário final a população.

À luz desse princípio, deve-se perquirir do servidor público uma proficiência qualitativa e quantitativa, conscientizando-o da necessidade de zelar pela coisa pública e do importante papel que ele representa nessa estrutura administrativa.

Assim, embasado nessas premissas, o texto constitucional passou a prever que o servidor público em estágio probatório deveria ser submetido a uma avaliação periódica de desempenho feita por uma comissão especialmente instituída para esse fim (artigo 41, § 4º), cujo resultado insuficiente levaria à perda do cargo, após lhe ter sido assegurada a ampla defesa.

A outra hipótese inovada pela Emenda Constitucional nº 19/1998 quanto à possibilidade de perda do cargo tanto do servidor não estável quanto do estável está enumerada nos parágrafos 3º e 4º do artigo 169, quando a despesa com pessoal ativo e inativo da União, estados, Distrito Federal e municípios exceder os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal.

As outras duas previsões de perda do cargo pelo servidor público são clássicas: através de sentença judicial transitada em julgado ou em virtude de processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa (artigo 41, § 1º, da Constituição Federal). Mas para que ocorra essa culminância da perda do cargo, o servidor tem que ultrapassar o estágio probatório, período que oferece à Administração subsídios para proceder à sua avaliação funcional, conforme critérios pré-definidos.

No âmbito da Defensoria Pública do Estado da Bahia não foi diferente. O artigo 100 da Lei Complementar Estadual nº 26, de 28/06//2006 (Lei Orgânica e o Estatuto da Instituição), sistematizou que:

A contar da data da posse, durante o período de 03 (três) anos, o Defensor Público será avaliado por meio de relatórios individualizados, elaborados pela Corregedoria Geral e enviados semestralmente, para a apuração do atendimento ou não dos requisitos necessários à confirmação de sua estabilidade no cargo.

Logo em seguida, o parágrafo primeiro se ocupou de arrolar os requisitos para reconhecimento da estabilidade, ao passo que os parágrafos seguintes disciplinaram o acompanhamento e avaliação do examinando pela Corregedoria Geral, através de inspeções, correições e análises dos trabalhos registrados nos relatórios ou outros meios equivalentes, destacando ao Conselho Superior a tarefa de deliberar sobre a confirmação ou não dos Defensores Públicos na carreira, ouvida sempre a Corregedoria Geral, por meio de relatório conclusivo fundamentado. Portanto, são considerados requisitos à estabilidade no cargo de Defensor Público do Estado da Bahia:

- aproveitamento no curso de preparação à carreira;
- dedicação e fiel cumprimento das funções inerentes ao seu cargo;
- idoneidade moral;
- conduta, pública e particular, compatível com a dignidade do cargo;
- eficiência, pontualidade e assiduidade no desempenho de suas funções;
- presteza e segurança nas manifestações processuais.

Afora isso, por previsão expressa do artigo 98, parágrafo segundo, da Lei Complementar Estadual nº 26/2006, após entrar em exercício, o Defensor Público deverá participar de curso de formação a ser promovido pela Escola Superior da Defensoria Pública, sob pena de exoneração. E foi intento de regulamentar esse curso de formação que o Conselho Superior editou a Resolução nº 24, de 29/12/2006, sob o título de “Regulamento de Estágio probatório para os Defensores Públicos do Estado da Bahia”, que criou a Comissão de Estágio Probatório, denominada CEPRO-DPE, constituída pelo Presidente (Corregedor Geral) e por 06(seis) Defensores Públicos componentes das duas classes mais altas da carreira, que atuariam como relatores, podendo colher informações e realizar diligências que entenderem necessárias ou convenientes para a apurar o atendimento dos requisitos indispensáveis à confirmação do Defensor Público na carreira.

Essa comissão deveria se reunir, ordinariamente, a cada seis meses ou em menor período, sempre por convocação do Presidente, para deliberar a respeito da avaliação e ao final emitir conceito de desempenho que poderia variar de EXCELENTE, ÓTIMO, BOM, REGULAR OU DEFICIENTE. Na hipótese de um examinando acumular dois conceitos DEFICIENTES, será imediatamente instaurado um procedimento especial, assegurada a ampla defesa e o estágio probatório será prorrogado por tempo indeterminado, até o limite constitucional para aquisição da estabilidade, enquanto o Defensor Público avaliado estiver submetido a esse procedimento.

A par disso, os Defensores Públicos em estágio probatório deverão ser obrigatoriamente entrevistados a cada trimestre, guardando ainda a obrigação de apresentar relatórios de atividades dirigidos à Corregedoria Geral, acompanhados de cópias protocoladas de algumas petições elaboradas.

Toda essa regulamentação destina-se a assegurar o efetivo atendimento da função do período de prova do servidor público, e não apenas permitir que o mero transcurso de tempo garanta sua estabilização na função. Mas da mesma forma que se deve repudiar o estágio probatório que não atenda as finalidades do instituto, não se pode incorrer na conclusão equivocada e inversa de que somente o cômputo total do período de três anos é capaz de garantir a aferição dos requisitos ordinários de reconhecimento da capacidade para ser servidor, porque se no curso do estágio probatório ficar evidenciado que o avaliando já cumpriu os misteres da função com êxito, o tempo restante de avaliação é mero exaurimento da previsão constitucional.

De outra banda, no que pertine à previsão legal de licenças no âmbito da Defensoria Pública Estadual, aplicam-se as disposições normativas tanto da Lei Complementar nº 26/2006 quanto da Lei Ordinária Estadual nº 6.677, de 26/09/1994, denominada Estatuto do Servidor Público do Estado da Bahia, supletivamente incidente.

No artigo 168 da Lei Complementar nº 26/2006 são listadas como licenças possíveis de serem usufruídas pelos Defensores Públicos, aquelas destinadas para tratamento de saúde; para restabelecimento de acidente em serviço; por motivo de doença em pessoa da família; por motivo de adoção; para casamento, por oito dias; por luto em razão do falecimento de pessoa da família, por oito dias; em caráter especial; licença-prêmio; licença-maternidade; licença-paternidade; além de outros casos previstos em lei, consideradas como de efetivo exercício para todos os efeitos legais, exceto em relação à licença em caráter especial e a licença por motivo de doença de pessoa em família, cujo prazo exceda noventa dias.

Não destoam da exposição constante na Lei Orgânica da Defensoria Pública (Lei Complementar nº 26), e no Estatuto dos Servidores Públicos Civis da Administração Direta do Estado da Bahia, das Autarquias e Fundações Públicas (Lei nº 6.677/94), que nos artigos 98 e 120, incisos, IV, V e VI, prevê a possibilidade de concessão de licença por motivo de doença em pessoa da família; por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro; para prestar o serviço militar obrigatório; para concorrer a mandato eletivo e exercê-lo; prêmio por assiduidade; para tratar de interesse particular; para o servidor-atleta participar de competição oficial; para tratamento de saúde; por acidente em serviço; licença à gestante, à adotante e paternidade; a maioria delas consideradas igualmente como de efetivo exercício.

A grande celeuma que motivou a elaboração do presente estudo, contudo, foi a disposição introduzida no artigo 17 da Resolução nº 24/2006, aquela mesma que pormenorizou as regras do estágio probatório, cuja redação é a seguinte:

Art -17 - O estágio probatório também deverá ser prorrogado se, no transcurso do período de 03 (três) anos, o Defensor Público tiver obtido licença para tratamento de saúde, maternidade ou afastamento de qualquer natureza superior a 30 (trinta) dias sucessivos ou intercalados.

Parágrafo único - A prorrogação prevista no *caput* deste artigo se dará para a completa e segura aferição do Defensor Público em estágio probatório, incidindo a regra prevista no artigo 16 deste Regulamento, apenas nas situações ali verificadas.

Apesar da regra de prorrogação incidir sobre os casos de licença para tratamento de saúde, licença-maternidade ou qualquer afastamento superior a trinta dias sucessivos ou intercalados, apenas a licença-maternidade será decotada daquele contexto, por se tratar de um

direito social que somente pode ser desempenhado pela mulher, mas cujo exercício no âmbito da Defensoria Pública do Estado da Bahia leva a uma inconstitucional prorrogação do estágio probatório, além de se constituir em um óbice à concorrência promocional de uma classe para outra porque somente são considerados aptos à promoção os Defensores Públicos estáveis, a teor do que dispõe o artigo 110, § 2º, da Lei Complementar nº 26/2006: *“Só poderão concorrer à promoção os Defensores Públicos estáveis na carreira.”*

O cenário, portanto, é o seguinte: a Defensora Pública que entrar em gozo de licença maternidade no triênio inicial da carreira terá que suportar a prorrogação do estágio probatório pelo tempo correspondente a que ficou afastada por força da licença gestante, não podendo participar de qualquer processo de promoção que vier a ser deflagrado nesse período da prorrogação porque a estabilidade é condição básica de sua legitimação no certame.

A erronia do artigo 17 da Resolução nº 24/2006 é de uma gravidade tamanha, que ao desconsiderar a licença-maternidade como período de efetivo exercício enquadrando-a como uma condição suspensiva de aquisição da estabilidade, de uma só vez ofendeu ao direito social fundamental de proteção à maternidade garantido no artigo 6º, da Constituição Federal, reproduzido na Constituição do Estado da Bahia, no artigo 280, e reforçado pelas Leis Complementar Estadual nº 26/2006 (artigo 186) e Ordinária Estadual nº 6.677/1994 (artigo 118, inciso XI), como de exercício efetivo.

A questão fica melhor retratada na tabela abaixo, donde se consegue visualizar com facilidade os quatro níveis de violação da resolução interna da Defensoria Pública do Estado da Bahia:

<p>CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988</p> <p>Artigo 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.</p>	<p>CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DE 1989 Dos Direitos Específicos da Mulher</p> <p>Artigo 280 - É responsabilidade do Estado a proteção ao mercado de trabalho da mulher, na forma da lei.</p> <p>Parágrafo único - É vedada, a qualquer título, a exigência de atestado de esterilização, teste de gravidez ou quaisquer outras imposições que firam os preceitos constitucionais concernentes aos direitos individuais, ao princípio de igualdade entre os sexos e a proteção à maternidade.</p>
<p>LEI COMPLEMENTAR Nº 26/2006</p> <p>Artigo 186 - São considerados como de efetivo exercício, para todos os efeitos legais, os dias em que o Defensor Público estiver afastado de suas funções em razão de:</p> <p>(...)</p> <p>II - licenças previstas nesta Lei, salvo licença em caráter especial e o tempo superior a 90 dias na licença por motivo de doença em pessoa da família;</p>	<p>LEI ORDINÁRIA 6.677/1994</p> <p>Artigo 118 - Além das ausências ao serviço previstas no artigo 113, são considerados como de efetivo exercício os afastamentos em virtude de:</p> <p>(...)</p> <p>XI - licença:</p> <p>a) à gestante, à adotante e licença-paternidade;</p>

A norma em comento afigura-se inconstitucional porque vulnera a fundamentalidade do direito social de proteção à maternidade, que além de possuir eficácia plena e aplicabilidade imediata, tem seu núcleo essencial insuscetível de modificação por força das limitações materiais insertas no artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal.

A essencialidade desse direito deve-se ao conteúdo e importância do bem tutelado, que na espécie atua na vertente de direito de defesa (ao exigir um comportamento omissivo de não violação a tais preceitos), garantindo o atendimento do princípio da dignidade da pessoa humana, vetor interpretativo maior da Constituição (artigo 1º, inciso III).

Aliado a essa matriz hermenêutica encontra-se ainda o princípio da proibição do retrocesso social, também conhecido como aplicação progressiva dos direitos sociais, que consagra a segurança jurídica de um direito fundamental constitucionalmente tutelado, razão pela qual devem ser consideradas inconstitucionais quaisquer outros diplomas legais que fulminem ou reduzam o núcleo essencial já contemplado.

Nessa circunstância, o comando legal do artigo 17 da Resolução nº 24/2006 deveria guardar simetria com a garantia constitucional de proteção à maternidade, enquanto direito social, jamais contrariá-la ou reduzi-la, seja porque a defesa desse direito encontra eco no plano internacional através da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica – 1969), do Protocolo de São Salvador (1988) e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), seja porque no plano interno também se observa a marcha progressiva e protetiva com a edição da Lei nº 11.770/2008, que ampliou em (60) sessenta dias o prazo da licença maternidade à empresa que aderisse ao Programa Empresa Cidadã.

Seguindo a orientação progressista dessa lei, vários estados e municípios brasileiros, em seus distintos níveis de Poder, reconheceram a importância do direito tutelado e estenderam o benefício da prorrogação a suas servidoras. O mesmo proceder foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça e Justiça Federal através da Resolução nº 30, de 22/10/2008, e pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da Resolução nº 383, de 05/11/2008.

No que tange ao Estado da Bahia, a Lei nº 12.214/11 consagrou a extensão dessa benesse às servidoras do Poder Executivo; a Resolução nº 2007/2009, às servidoras do Poder Legislativo e a Resolução nº 04/2009, às servidoras do Poder Judiciário.

A Defensoria Pública, como Instituição autônoma e desvinculada do Executivo Estadual desde a promulgação da Emenda Constitucional Nacional nº 45/2004 e Emenda Constitucional Estadual nº 11/2005, foi a primeira Instituição Estadual a reconhecer a extensão da licença-maternidade a todos seus integrantes, em 10 de novembro de 2008, por ato da Defensora Pública Geral, através

da Portaria nº 151, cujo preâmbulo reconheceu “a licença-maternidade de natureza jurídico-constitucional como prestação positiva decorrente da proteção especial e prioritária devida pelo Estado à criança e ao adolescente, conforme previsto nos arts. 226 e 227 da Carta Magna”.

Todos os registros se prestam a reafirmar o caráter fundamentalista do direito envolvido e o trilhar progressivo pela sua efetivação, sem margem para retrocessos violadores, como aquele retratado no artigo 17 da Resolução nº 24/2006. A proteção à maternidade deve ser respeitada, e quiçá até ampliada, jamais restringida.

É inequívoco que a prorrogação do estágio probatório motivada pelo gozo da licença-gestante no âmbito da Defensoria Pública, conforme a modulação dada pela Resolução nº 24/2006 é ofensiva ao direito social de proteção à maternidade, uma vez que tolhe a aquisição da estabilidade e obsta a participação de concurso de promoção.

Não suficiente, a prevalência restritiva dessa norma prejudica inclusive a posição da Defensora Pública no quadro geral de antiguidade, causando-lhe dano não só na promoção que estiver impedida de participar por causa da prorrogação, como também nas vindouras, isso porque os outros Defensores que estavam em posição inferior à da prejudicada na lista de antiguidade, mas que não sofreram objeção de igual natureza, vão se sobrepor à nova classificação desta, ainda que tenham ingressado na Instituição em data posterior (*artigo 111 - A antiguidade será apurada na classe da carreira*), importando em um prejuízo irrecuperável ao longo da vida funcional da Defensora Pública preterida.

Outro demérito desse regramento é de ordem financeira, porque como o artigo 153 da Lei Complementar Estadual nº 26/2006 define que o acréscimo salarial interclasses é de 10% (dez por cento), o impedimento à promoção furta o acréscimo patrimonial.

Dessa forma, o regramento do artigo 17 da Resolução nº 24/2006 funcionaria como uma espécie de controle de natalidade indireto, haja vista que as Defensoras Públicas em estágio probatório adiariam a decisão de gerar durante os três anos iniciais na carreira, a fim de não sofrerem perdas profissionais, mitigando a vontade própria e familiar em prol do não prejuízo funcional.

Assim haveria nova violação constitucional, desta feita, à proteção especial da família, base da sociedade, a quem o parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal garante o planejamento familiar como livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, sem vedação de qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Como meios de vedação podem ser considerados tantos os métodos diretos de controle de natalidade, quanto os indiretos, que agem sobre a vontade (*animus*) da pessoa, inibindo a tomada de decisões que não permitem a intervenção estatal.

3.1 – CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DA BAHIA EM DOIS TEMPOS: RESOLUÇÃO Nº 024/2006 E RESOLUÇÃO Nº 001/2012

Conforme já expressado anteriormente, ao editar instrumento normativo interno de regulamentação do estágio probatório, o Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia editou a Resolução nº 24/2006, que dentre outros aspectos, instituiu a prorrogação do estágio probatório do Defensor Público que entrasse em gozo de licença maternidade, licença à saúde ou afastamento de qualquer natureza superior a 30 (trinta) dias sucessivos ou intercalados, pelo período correspondente ao tempo de afastamento.

Só a égide dessa Resolução, sete Defensoras Públicas que usufruíram licença maternidade no triênio inicial da carreira tiveram seus estágios probatórios prorrogados, algumas por um período de 120(cento e vinte) dias, conforme redação constitucional do artigo 7º, XVIII, outras por um período de 180(cento e oitenta) dias, em virtude do benefício extensivo de 60(sessenta) dias incorporado ao regramento interno da Defensoria Pública Estadual através da Portaria nº 151/2008.

No lapso temporal havido entre dezembro de 2006 e janeiro de 2012, fase de vigência do combatido artigo 17 da Resolução nº 24, o Conselho Superior foi instado a se manifestar sobre a inconstitucionalidade da disposição restritiva, sob os mesmos argumentos acima esposados, e por maioria, decidiu que o afastamento da Defensora durante o interstício da licença maternidade impede a necessária verificação de sua aptidão para o exercício das atribuições do cargo público em que foi investida, configurando uma supressão de avaliação capacitatória que vulneraria o princípio da igualdade para com os demais Defensores que tiveram o risco de ter seus desempenhos avaliados negativamente, enquanto as Defensoras que gozaram a licença-maternidade estariam automaticamente avaliadas de forma positiva. Por essa razão, concluíram que só poderiam ser computados para integralização do estágio probatório os períodos de real, efetivo e concreto exercício, e não os de exercício ficto como a licença-maternidade.

Todavia, essa conclusão equivocava-se barbaramente em criar uma distinção onde a lei não criou e em concluir apressadamente que toda Defensora que gozou da licença-maternidade estaria automaticamente aprovada no estágio probatório, apenas pela fluência do prazo em que ficou afastada.

Explica-se: Nem a redação do artigo 41 da Constituição Federal, nem dos artigos 186 e 118, inciso XI, respectivamente, da Lei Complementar Estadual nº 26/2006 e da Lei Ordinária Estadual nº 6.677/1994, ao aludirem à expressão “efetivo exercício”, não estabeleceram uma distinção entre o que pode ser entendido como tempo realmente trabalhado, de tempo fictamente trabalhado, ao revés, consideram a licença-gestante e tantas outras modalidades

de licença, como período de integralização para o tempo de serviço. Se a lei não criou essa diferenciação, não compete ao intérprete ou ao administrador estabelecê-la, sob pena de violar o princípio da legalidade, base de todo o regime jurídico da Administração Pública, que prima pela conformidade da atuação administrativa à vontade da lei.

O administrador, como mero executor da lei, deve se nortear pelos mesmos valores jurídicos da lei instituidora, o que equivale dizer que os atos infralegais desconformes à lei que lhe deu origem são inválidos.

Em segundo plano, não se tenciona que a invalidade da prorrogação do estágio probatório seja para outorgar uma aprovação automática no período de avaliação administrativa, apenas se busca o reconhecimento do lapso da licença-gestante como período de efetivo exercício que legalmente é, quer haja ou não a aprovação da Defensora Pública no estágio.

A confirmação na carreira não depende da consideração do tempo da licença-maternidade, mas do atendimento dos requisitos objetivos de eficiência, pontualidade, assiduidade no desempenho de suas funções, idoneidade moral, aproveitamento no curso de preparação à carreira, conduta, pública e particular, compatível com a dignidade do cargo, dedicação e fiel cumprimento das funções próprias e presteza e segurança nas manifestações processuais, consoante rol do artigo 100, parágrafo primeiro da Lei Complementar nº 26/2006.

Viu-se anteriormente que a avaliação do estágio probatório no âmbito da Defensoria Pública é tratada com seriedade e minudência avaliativa, tendo uma comissão especificamente constituída para esse fim, sob a Presidência do Corregedor-Geral e mais 06(seis) Defensores integrantes das duas classes mais altas da carreira, que se reúnem a cada seis meses para apurar o atendimento dos requisitos necessários à confirmação do Defensor Público na carreira, o qual pode receber uma conceituação variante de DEFICIENTE a EXCELENTE, podendo até se sujeitar a uma prorrogação do estágio por tempo indeterminado, por força da instauração de um procedimento especial em que é assegurada a ampla defesa, na hipótese de ter recebido dois conceitos DEFICIENTE.

Além disso, subsiste para o Defensor a obrigação de relatar a cada trimestre, todas as atividades desenvolvidas, acompanhadas de cópias de algumas petições elaboradas, sob pena de ser apontado o registro desabonador na ficha funcional.

Agora, considerando que a duração normal do estágio probatório é de 1095 (um mil e noventa e cinco) dias e que a Defensora Pública que tenha usufruído de uma licença-maternidade tenha se ausentado por 180(cento e oitenta) dias, remanesçam 915(novecentos e quinze) dias de avaliação, que correspondem a 83,5%(oitenta e três inteiros e meio por cento) do período de prova.

Esse patamar numérico aliado às medidas reguladoras da avaliação do estágio probatório acima narradas são mais do que suficientes para firmar um juízo de valor sobre a aptidão ou não do avaliando para o cargo público. Pensar diferente seria o mesmo que entender como bastante a essa aprovação o mero transcurso temporal, em uma conclusão que refoge à lógica do instituto administrativo.

Como a provocação ao Conselho Superior sobre a temática era recorrente a cada vez que uma Defensora Pública engravidava no interregno da licença-maternidade, e diante da iminência de deflagração de processos de promoção e, conseqüentemente, da verificação de nefastos efeitos para a Defensora que estivesse impossibilitada de participar por força da prorrogação, em 16 de janeiro de 2012, já sob uma nova formação, foi editada a Resolução nº 001, que declarou nulo o artigo 17 da Resolução nº 24/2006, com efeitos *ex nunc* a partir da publicação, reconhecendo, alfm, a continuidade do estágio probatório mesmo que tenha havido o gozo de licença à saúde, licença-gestante ou qualquer outro afastamento superior a 30(trinta) dias contínuos ou intercalados.

Feito isso, importa apurar se à luz das regras de controle de constitucionalidade existentes no ordenamento jurídico brasileiro, essa foi a forma mais apropriada para externar a invalidade do preceito restritivo ao direito social fundamental de proteção à maternidade.

4 – INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A análise das formas de invalidação do ato administrativo impele a uma breve, mas necessária digressão conceitual, classificatória, constitutiva, de características e de efeitos. Como não há nesse trabalho uma pretensão científica de estudo aprofundado sobre o ato administrativo e seus reflexos, é de se contentar com a estrita conceituação feita por Maria Sílvia Zanella Di Pietro de que ato administrativo “*é uma declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, sob regime jurídico de direito público, sujeita à lei e ao controle pelo Poder Judiciário.*”

Nesse contexto, é sabido que a prática de atos administrativos não está adstrita apenas ao Poder Executivo, estendendo-se ao Poder Legislativo, Poder Judiciário, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e aos Tribunais de Contas, apesar do entendimento minoritário de que estes integram o Poder Legislativo.

Mas é indene de dúvida que o principal aspecto dos atos administrativos é a produção imediata de efeitos jurídicos, seja para adquirir, resguardar, transformar, modificar e extinguir direitos, sendo certo, contudo, que a validade desses efeitos impescinde do atendimento de certos requisitos ou elementos, como enumera majoritária doutrina, que na visão dissidente

de Celso Antônio Bandeira de Mello são pressupostos e se distribuem em dois grupos: pressupostos de existência e de validade.

Assentamente são listados como requisitos, por se conformarem o catálogo do artigo 2º, da Lei nº 4.717/1965 (lei que regula a ação popular), a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto. De forma bem didática, o parágrafo único do aludido artigo explicita conceitualmente os casos em que se verificará nulidade do ato administrativo:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Traçando um paralelo entre os elementos do ato administrativo suso referidos, com os requisitos do negócio jurídico no direito privado (artigo 104, do Código Civil), depreende-se à favor daquele a inclusão do motivo e da finalidade, cuja presença se ampara na necessidade de ampliar o espectro de controle judicial sobre os atos da Administração Pública.

Quando atos administrativos são praticados em descumprimento a um desses requisitos, mesmo detendo a presunção de legitimidade, a auto-executoriedade e a imperatividade que lhes são inerentes, estão sujeitos à supressão da ordem jurídica, quer por iniciativa da própria administração pública, quando inconvenientes e inoportunos ou ilegais, quer por meio do controle judicial, na hipótese de ilegalidade, conforme autoriza o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

A esse respeito disciplinam, respectivamente, as Súmulas nº 346 e 473, do Supremo Tribunal Federal:

A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Sobre as formas de invalidação de um ato viciado, a doutrina moderna tem manifestado aceitação sobre a incidência da teoria das nulidades do direito privado, também na órbita do direito administrativo. Por essa razão, alguns doutrinadores sinalizam com a possibilidade de existirem nulidades inconvalidáveis e anulabilidades convalidáveis, apesar de Celso Antônio Bandeira de Mello acrescentar a esse grupo os atos inexistentes.

Em regra, a invalidação de um ato nulo produz efeitos *ex tunc* – retroativos ao início de sua inserção no mundo jurídico e nulificantes das relações jurídicas verificadas durante sua vigência, enquanto que a invalidação do ato anulável e a revogação geram efeitos *ex nunc*.

Porém, há situações derivadas de um ato nulo, impassível de convalidação, que por se acharem estabilizadas juridicamente, podem ser mantidas para evitar maiores prejuízos. Assim, declara-se a invalidade do ato inquinado, mas sem a retroatividade que seria natural. Foi que se deu na espécie.

Esse posicionamento foi inspirado na tese defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello(2008, p. 469), que a partir da 16ª edição de seu afamado “Curso de Direito Administrativo”, reviu seu entendimento anterior sobre os efeitos da invalidação do ato administrativo, ora para admiti-los *ex nunc*, ora *ex tunc*.

Segundo o autor, a questão só se resolve quando se sopesa a distinção e os respectivos efeitos entre os atos restritivos e os atos ampliativos, e sua eficácia sobre o ato administrativo, *verbis*:

Na conformidade desta perspectiva, parece-nos que efetivamente nos atos unilaterais restritivos da esfera jurídica dos administrados, se eram inválidos, todas as razões concorrem para que sua fulminação produza efeitos *ex tunc*, exonerando por inteiro quem fora indevidamente agravado pelo Poder Público das consequências onerosas. Pelo contrário, nos atos unilaterais ampliativos da esfera jurídica do administrado, se este não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, depois de pronunciada.

O artigo 17 da Resolução nº 24/2006, enquanto ato normativo de natureza derivada ou secundária tinha o dever de fazer regramentos conforme a lei, em atenção ao princípio da legalidade, pois sua função notadamente é de complementariedade. Em qualquer circunstância, o dispositivo de uma resolução jamais pode contrariar a lei maior, sob pena de exceder os limites da regulamentação, quanto mais na espécie, quando o objeto da restrição era uma norma de direito fundamental.

Seja porque o vício estava no objeto (ao importar em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo) ou no motivo (os fundamentos fáticos ou jurídicos eram materialmente inexistente ou juridicamente inadequado ao resultado obtido), agiu com acerto o Conselho Superior da Defensoria Pública Estadual, imbuído do poder de autotutela, ao declarar a nulidade da disposição restritiva ao direito social de proteção à maternidade, modulando seus efeitos de modo *ex tunc*.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dicção normativa do artigo 17 da Resolução nº 24/2006, que regulamentou o estágio probatório no âmbito da Defensoria Pública do Estado da Bahia, determinou a prorrogação do período de prova ao membro que no triênio inicial da carreira, tiver obtido licença para tratamento de saúde, licença-maternidade ou qualquer outro afastamento superior a 30(trinta) dias sucessivos ou intercalados.

Essa disposição, contudo, terminou por restringir um direito fundamental, cuja fruição jamais poderia ter importado em qualquer espécie de prejuízo ao seu titular, uma vez que a prorrogação do estágio probatório implica na suspensão da aquisição da estabilidade, e, consequentemente, impede a Defensora Pública de ser promovida de uma classe para outra na carreira, com implicações inclusive na posição por ela ocupada no quadro geral de antiguidade.

Isso porque o impedimento à promoção da Defensora que gozou licença-maternidade permitirá que outros Defensores que estavam em posição inferior à sua colocação na lista de antiguidade e que não sofreram objeção de igual natureza, se sobreponham à sua classificação, mesmo que eles tenham ingressado na Instituição em data posterior, uma vez que a antiguidade é apurada na classe da carreira, conforme redação do artigo 111 da Lei Orgânica da Defensoria Pública.

Esse hiato promocional a que a Defensora seria submetida, se consubstanciaria em um prejuízo irreversível ao longo de sua vida funcional, inclusive no tocante aos reflexos financeiros, já que o acréscimo salarial interclasses é de 10%(dez por cento) de acordo com o artigo 153 da mencionada lei.

Como é cediço, os direitos sociais, quer estejam insculpidos ou não no texto constitucional, são fundamentais, inatos, absolutos, invioláveis, intransferíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e de aplicabilidade imediata, porque surgidos em um contexto histórico de reclamo de igualdade que os imanta de imutabilidade, quer se apresentem como direitos de defesa quer como direitos prestacionais, por se tratarem de cláusulas pétreas, cujo conteúdo e importância não admitem abolição (artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal).

Ao garantir às normas constitucionais ou infraconstitucionais instituidoras de direitos fundamentais sociais, a aplicabilidade dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da vedação de retrocesso, a Constituição Federal proibiu a fulminação ou redução de um núcleo essencial já realizado.

Na espécie, a declaração de nulidade do malfadado artigo 17 não tem o condão de estabelecer a aprovação automática no estágio probatório das Defensoras Públicas que tiverem gozado licença-maternidade nos trinta e seis meses iniciais na carreira, mas apenas de garantir a contagem do tempo da licença como tempo de efetivo exercício, em conformidade com a redação autorizativa dos artigos 186 e 118, inciso XI, respectivamente, da Lei Complementar Estadual nº 26/2006 e da Lei Ordinária Estadual nº 6.677/1994, que não criou distinção entre tempo real e concreto de exercício e tempo ficto.

Como as leis acima mencionadas não firmaram diferenciação alguma nesse aspecto, não se permite a uma resolução, enquanto ato administrativo secundário que deve guardar conformidade ao espírito orientador da lei, estabelecê-la, sob pena de odiosa vulneração ao princípio da legalidade que integra o regime jurídico na Administração Pública e cuja infringência leva à invalidação do ato.

Uma vez admitida a integralização do período de licença-maternidade, a aprovação da Defensora Pública no estágio probatório pode ocorrer ou não, já que esse aproveitamento funcional independe da mera fluência do tempo constitucionalmente considerado como período de prova, mas do atendimento de requisitos objetivos como eficiência, pontualidade, assiduidade, idoneidade moral, aproveitamento no curso de preparação à carreira, dedicação e fiel cumprimento das funções próprias, presteza e segurança nas manifestações processuais, e conduta pública e particular, compatível com a dignidade do cargo, nos termos do artigo 100, parágrafo primeiro da Lei Complementar nº 26/2006.

Nessa ordem de ideias, a licença-gestante é um instrumento de efetivação do direito social de proteção à maternidade, cuja fruição não pode acarretar prejuízo à mulher que opte em exercer esse direito. Ao contemplar essa licença, o Constituinte buscou a um só tempo assegurar o aleitamento materno, o estreitamento do vínculo entre mãe e filho, a segurança emocional de ambos e o bom desenvolvimento físico do neonato, sem se descuidar de garantir toda e qualquer ausência de prejuízo profissional à mulher. Daí porque qualquer norma tendente a impor restrições a tal direito é inconstitucional.

A redação restritiva do artigo 17 da Resolução nº 24/2006 violou preceitos fundamentais e excedeu os limites da regulamentação que lhes são inerentes, decorrendo dessa invalidade a sua supressão sem a retroatividade comum à nulificação de um ato administrativo, tendo agido corretamente o Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia ao modular seus efeitos de modo *ex tunc*.

6 – REFERÊNCIAS

BAHIA, Constituição (1989). Constituição do Estado da Bahia. Salvador, Bahia, Assembleia Legislativa, 1989. Acessível em www2.casacivil.ba.gov.br

BARROSO, Luís Roberto. Luís Roberto Barroso: Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito> . Acesso em:18jun.2012.

BONAVIDES, Paulo. Paulo Bonavides: Paz como axioma da democracia. Lei & Ordem: Direito, Jurisprudência, Doutrina e Cidadania. 2011. Disponível em <http://www.leieordem.com.br/paulo-bonavides-paz-como-axioma-da-democracia.html>. Acesso em: 18jun.2012.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Distrito Federal, 1988. Acessível em www.planalto.gov.br.

CAUPERS, João. Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a constituição. Coimbra: Almedina, 1985, p. 54.

Convenção nº 03, da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Governo Brasileiro em 26 de abril de 1934 (Denunciada, como resultado da ratificação da Convenção nº 103 em 26.07.1961). Acessível em www.oitbrasil.org.br

Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resolução 217-A), de 10 de janeiro de 1948, da Assembleia Geral das Nações Unidas.

Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992 (Ratificação do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 19/12/1966). Brasília, Distrito Federal, 1992. Acessível em <http://www.planalto.gov.br>

Decreto nº 678/1992, de 09 de novembro de 1992 (Ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos(Pacto São José da Costa Rica, de 22/11/1966). Brasília, Distrito Federal, 1992. Acessível em <http://www.planalto.gov.br>

Decreto nº 3.321/1999, de 30 de dezembro de 1999. Protocolo adicional à Declaração Americana sobre Direitos Humanos de 17/11/1988(Protocolo de São Salvador. Brasília, Distrito Federal, 1999. Acessível em www.planalto.gov.br

Decreto nº 24.273, de 22 de maio de 1934. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1934. Acessível em <http://portal.ouvidoria.fazenda.gov.br>

DERBLI, Felipe. Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Coordenação de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmendo. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 350-351.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. I Seminário de Direito Administrativo do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, realizado entre os dias 29/09 a 03/10/2003, em palestra intitulada de “Pressupostos do ato administrativo – vícios, anulação, revogação e convalidação em face das leis de processo administrativo”.

Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado da Bahia, das Autarquias e das Fundações Públicas Estaduais. Lei nº 6.677, de 26 de setembro de 1994. Salvador, Bahia, Assembleia Legislativa, 1994. www2.casacivil.ba.gov.br

FONTES, Ana Lúcia Berbert de Castro. Estágio Probatório – Distorção prática de um instituto. Revista da Procuradoria do Estado da Bahia, volume 22, Janeiro/Dezembro de 1996, p. 37-43.

Idem. 25ª edição, revista e atualizada, 2ª tiragem, Malheiros, São Paulo, 2008, p. 469.

Lei nº 12.214, de 26 de maio de 2011. Salvador, Bahia, Assembleia Legislativa, 2006. Acessível em www2.casacivil.ba.gov.br

Lei nº 11.770, de 09 de setembro de 2008. Brasília, Distrito Federal, 2008. Acessível em www.planalto.gov.br.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. A eficácia dos direitos sociais – os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Ed. Jus Podium, Salvador, 2008, p. 88.

PIOVESAN, Flávia e Flávia Piovesan e Daniela Icawa. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança dos direitos. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 47-83. p. 51.

Portaria nº 151, de 10 de novembro de 2008, da Defensoria Pública Geral do Estado da Bahia. Salvador, Bahia, 2008. Acessível em www.defensoria.ba.gov.br

Resolução nº 001, de 16 de janeiro de 2012, do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia. Salvador, Bahia, 2012. Acessível em www.defensoria.ba.gov.br

Resolução nº 004, de 23 de março de 2009, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Salvador, Bahia, 2009. Acessível em www.tjba.jus.br

Resolução nº 24, de 29 de dezembro de 2006, do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia. Salvador, Bahia. 2006. Acessível em www.defensoria.ba.gov.br

Resolução nº 30, de 22 de outubro de 2008, do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, Distrito Federal, 2008. Acessível em www.stj.jus.br

Resolução nº 383, de 05 de novembro de 2008, do Supremo Tribunal Federal. Brasília, Distrito Federal, 2008. Acessível em www.stf.jus.br

SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, Ed. Livraria do Advogado, 10ª edição, revista, atualizada e ampliada, Porto Alegre, 2009, p. 153.

Idem. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In, ROCHA. Carmen Lúcia Antunes(org.) Constituição e Segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Perence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 113-115.

Supremo Tribunal Federal, voto do Ministro Luiz Fux na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 – Rio de Janeiro, julgada em 05/05/2011, DJ 13/10/2011. Acessível em www.stf.jus.br

Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939 – Distrito Federal, julgada em 15/12/1993, DJ 18/03/1994. Acessível em www.stf.jus.br

Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1946 – Distrito Federal, julgada em 03/04/2003, DJ 16/05/1993. Acessível em www.stf.jus.br

Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2065 – Distrito Federal, julgada em 17/02/2000, DJ 04/06/2004. Acessível em www.stf.jus.br

Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3015 – Distrito Federal, julgada em 18/04/2005, DJ 18/08/2004. Acessível em www.stf.jus.br

TRABALHO, Consolidação das Leis do. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília, Distrito Federal, 1943. Acessível em www.planalto.gov.br.

O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE: UM CONFLITO ENTRE A ATUAÇÃO DA DE- FENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Roberta Mafra¹³⁹

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMEN-
TAL; 3 A ATUAÇÃO INSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA; 4 A DE-
FENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA NA BUSCA DA EFETIVAÇÃO
DO DIREITO À SAÚDE; 5 A OMISSÃO DO ESTADO NO CUMPRIMENTO
DO DIREITO À SAÚDE SOB O PRISMA DA RESERVA DO POSSÍVEL; 6 A
POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A EFETIVAÇÃO DO
DIREITO À SAÚDE; 7 CONCLUSÃO; 8 REFERÊNCIAS.

Resumo

O presente trabalho se propõe a analisar o direito constitucional à saúde, mostrando de que forma a Defensoria Pública do Estado da Bahia atua para resguardar esse direito e afastar o famigerado princípio da reserva do possível. Primeiramente, será feito um estudo do direito à saúde como direito fundamental, trazendo as normas constitucionais, bem como a legislação infraconstitucional sobre o tema. Em seguida, demonstrar-se-á a atuação institucional da Defensoria Pública. Como "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado", será demonstrada a importância da Defensoria Pública da Bahia na efetivação do direito à saúde. Após, o presente estudo analisará questões referentes ao princípio da reserva do possível, utilizado como limitador das prestações estatais. Por último, serão traçados apontamentos sobre a intervenção do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde, com destaque para a posição do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Direito à saúde. Defensoria Pública. Reserva do Possível. Efetividade.

139 – Defensora Pública de Classe Final. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito.

THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO HEALTH: A CONFLICT BETWEEN THE ROLE OF PUBLIC DEFENSE OF THE STATE OF BAHIA AND THE PRINCIPLE OF THE RESERVE OF THE POSSIBLE

Abstract

The present work aims to analyze the constitutional right to health, showing how the Public Defender of Bahia State acts to protect this right away and the notorious principle of reserve possible. First, a study will be done right to health as a fundamental right, bringing the constitutional rules and the constitutional legislation on the subject. Then it will show the institutional activities of the Public Defender. How "permanent institution, essential to the judicial function of the state" will be shown the importance of the Public Defender of Bahia in the realization of the right to health. After, this study will examine issues concerning the principle of reserve for possible use as limiting state benefits. Finally, notes are charted on the intervention of the judiciary in ensuring the right to health, especially the position of the Supreme Court.

Keywords: *Right to Health. Public Defender. Reserve Possible. Effectiveness.*

1 – INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma fase de amplo respeito pelos direitos fundamentais e surgiu como o marco de uma nova era de democracia, voltada aos direitos do cidadão.

Com efeito, ao disciplinar os direitos sociais em capítulo próprio do título dos direitos fundamentais, a nossa Lei Maior atribuiu atenção especial para sua consolidação, garantindo prestações positivas do Estado, com o objetivo de alcançar a justiça social.

Nessa linha de reflexão, os direitos sociais, como direitos fundamentais de segunda geração¹⁴⁰, são aqueles que reclamam do Estado um papel prestacional, de minoração das desigualdades sociais.¹⁴¹

Assim, considerando que o direito à saúde está inserido entre os direitos sociais, é dever do Estado proporcionar ações e serviços que assegurem a todos um atendimento preventivo e curativo. Como bem jurídico constitucionalmente tutelado, a saúde deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas, visando um acesso universal e igualitário a todos os cidadãos.

Entretanto, a realidade atual não condiz com as normas constitucionais. O que se verifica diariamente é que os hospitais públicos não possuem leitos disponíveis para internação de um enfermo; a população não consegue ter acesso a medicamentos de alto custo nos postos de saúde; não há vaga para transferência de um paciente que necessite de cuidados em uma Unidade de Terapia Intensiva, dentre os inúmeros outros casos que são mostrados pela imprensa ou que algum conhecido próximo já enfrentou em razão de uma doença.

Ora, diante dessas situações fica comprovado que o direito à saúde previsto na nossa Carta Magna não vem sendo ofertado aos brasileiros como deveria. Nesse caos em que se encontra a saúde pública no nosso país, os mais afortunados contratam planos de saúde ou assumem os custos de um médico particular.

Mas como garantir o direito à saúde de um cidadão comum, desprovido de recursos financeiros e totalmente esquecido, num país que tem como um de seus fundamentos¹⁴² a dignidade da pessoa humana?

140 – Vale lembrar que a doutrina constitucional reconhece três níveis de direitos fundamentais, nomeados de primeira, segunda e terceira geração. Os de primeira geração, também denominados de direitos civis ou individuais e políticos, são considerados direitos de defesa do indivíduo perante o Estado, pois exigem deste um comportamento de abstenção. Por outro lado, os direitos fundamentais de segunda geração exigem do Estado uma prestação positiva, no sentido de garantir as necessidades mínimas da vida humana. Já os de terceira geração pensam no ser humano enquanto gênero e não adstrito ao indivíduo, tendo como essência a solidariedade e a fraternidade.

141 – ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.93-94

142 – Art. 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.”

Nesse contexto, a única solução encontrada é a provocação do Poder Judiciário para a efetivação desse direito. E como se trata de uma pessoa sem recursos financeiros, a Defensoria Pública é a instituição constitucionalmente legitimada para propor a ação.

Assim, com base em demandas concretas intentadas contra o Estado, o presente trabalho analisará quais os obstáculos enfrentados para a efetivação do direito à saúde e como a Defensoria Pública da Bahia atua para assegurar o cumprimento das normas constitucionais.

2 – A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal Brasileira, no Título VIII, que trata da Ordem Social, assegura a saúde como um direito de todos, disciplinando em seu artigo 196:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.”

Em sequência, o artigo 197 estatui que a saúde é um serviço de relevância pública e o artigo 198, inciso II, disciplina que as ações e serviços públicos de saúde devem ter atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.

O direito à saúde é um direito social, conforme disciplina o artigo 6º da nossa Lei Maior, sendo dever do Estado a sua implementação. Segundo a doutrina brasileira, os direitos sociais têm por finalidade a melhoria das condições de vida dos cidadãos, buscando atingir a tão sonhada igualdade social.¹⁴³

Nas palavras de Alexandre de Moraes¹⁴⁴, “os direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.”

143 – CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Salvador: Jus Podium, 2011, p.747. “Os direitos sociais, como típica emanção do modelo de Estado do Bem-Estar Social, destinam-se a amparar o indivíduo nas suas necessidades espirituais e materiais mais prementes, objetivando resguardar-lhe um mínimo de *segurança social*, relativamente à saúde, à educação, à previdência, à assistência social etc., como exigência da própria dignidade da pessoa humana. Por assim dizer, são direitos que têm por propósito garantir um *mínimo necessário a uma existência digna*, traduzido na disponibilidade de recursos materiais indispensáveis à satisfação dos postulados da justiça social. Em razão disso os direitos sociais dependem, em regra, de prestações materiais positivas do Executivo e de providências jurídico-normativas do Legislativo. Mas nem por isso esses direitos deixam de ser imediatamente exercidos.”

144 – MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, pg. 191 (grifo do autor).

A garantia dos direitos sociais gera prestações positivas para o Estado, pois estabelece uma obrigação de fazer, exigindo uma atuação eficaz do ente federativo¹⁴⁵. A efetivação do direito à saúde passa pela disponibilização de ações e serviços de natureza preventiva e curativa de doenças e outros agravos que coloquem em risco a vida da população.

Como o direito à saúde está inserido entre os direitos fundamentais, suas normas têm aplicação imediata, de modo que deve ser afastada qualquer interpretação reducionista de tal direito. Afirmar que uma norma tem aplicação imediata significa que, em princípio, sua eficácia é plena, não sendo dependente de qualquer interposição do legislador para atingir a efetividade ou eficácia social.¹⁴⁶

Visando a execução das políticas públicas, a Constituição instituiu um Sistema Único de Saúde – SUS, que passou a compreender todas as ações e serviços públicos de saúde numa rede regionalizada e hierarquizada. O artigo 198 disciplina que esse sistema de saúde possui as seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e participação da comunidade.¹⁴⁷

Nesse sentido, a Lei Orgânica da Saúde, lei 8.080/1990, foi criada para regulamentar os artigos 196 e seguintes da Constituição. Em seu artigo 4º, estabelece que o Sistema Único de Saúde – SUS é constituído pelo “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público.”

Além das diretrizes fixadas pelo art. 198 da Constituição, a Lei nº 8.080/90 disciplina como princípios básicos da saúde a universalidade, a integralidade e a equidade, dentre outros (artigo 7º). Assim, fica demonstrada a absoluta imposição do Estado garantir a todos o acesso à saúde, de modo a não poder abster-se de forma alguma, cumprindo o que lhe fora atribuído.

Entretanto, o que se constata atualmente é que o atendimento básico de saúde não vem sendo disponibilizado à população brasileira. Tal situação revela a incapacidade do Estado no cumprimento de um dever constitucional. Em que pese a perfeição da nossa Lei Maior para garantir o bem-estar social, os recursos aplicados pelo Estado são escassos. A mitigação do direito à saúde atinge o próprio direito à vida.¹⁴⁸

145 Nesse ponto é importante ressaltar a diferença entre os direitos fundamentais sociais e os direitos fundamentais de defesa, pois enquanto os direitos sociais impõem do Estado uma postura ativa, consistente numa prestação de natureza fática ou normativa; os direitos de defesa resguardam o cidadão de qualquer investidura por parte do Estado, na medida em que outorgam ao sujeito o poder de exercer positivamente os próprios direitos (liberdade positiva) ou de exigir omissões dos Poderes Públicos e de particulares (liberdade negativa).

146 – CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op.cit., p.636.

147 – Destaque-se que o artigo 199 da Constituição Federal Brasileira disciplina que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”, estabelecendo em seu §1º que “as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.” (grifamos)

148 – Como afirma o professor Dirley da Cunha Júnior, op. cit., p. 747: “O direito social à saúde é tão fundamental, por estar mais diretamente ligado

Para a doutrina moderna¹⁴⁹, o direito à saúde está interligado com vários outros direitos, como por exemplo: direito ao saneamento, direito à moradia, direito à educação, direito ao bem-estar social, direito à seguridade e assistência social, direito de acesso aos serviços médicos e direito à saúde física e psíquica.

Mais do que isso, a importância da saúde se justifica, inclusive, pela adoção do Princípio da Dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado. Na realidade, a dignidade não é só um valor intrínseco do ser humano e muito menos exclusivo do ordenamento constitucional brasileiro, é requisito essencial e inafastável da ordem jurídico-constitucional de qualquer Estado Democrático de Direito.

Na Constituição Federal Brasileira, o Princípio da Dignidade da pessoa humana está previsto no artigo 1º, inciso III, sendo fundamento da República, do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Fundamentais.

Segundo Ricardo Maurício Freire Soares, “uma vez situado como princípio basilar da Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte brasileiro conferiu à idéia de dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional, que orienta a compreensão da totalidade do catálogo de direitos fundamentais (...)”¹⁵⁰

Para viver com dignidade em um legítimo Estado Democrático de Direito, todo cidadão necessita ter acesso a uma vida saudável. A busca do bem-estar físico, psíquico e social é o objetivo final a ser alcançado pelo direito à saúde, mas que somente se concretizará se forem disponibilizados aos cidadãos outros fatores determinantes.

A efetivação do direito social à saúde depende da existência de hospitais públicos; da disponibilidade de leitos e de vagas para consultas e exames; do fornecimento gratuito de medicamentos e da existência de profissionais qualificados para atendimento e realização de cirurgias. Sem essas prestações materiais, o cidadão não terá sua saúde garantida e sua dignidade não estará plena.

Nesse contexto, o Princípio da Dignidade da pessoa humana deve servir como parâmetro para a busca de medidas que assegurem um sistema democrático e social.¹⁵¹ No âmbito da

ao direito à vida, que nem precisava de reconhecimento explícito.”

149 – SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 19ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.320: “Verifica-se, em primeiro lugar, que o princípio da dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida se encontram – aqui e lá – na base de todos os direitos sociais em exame. Além disso, impõe-se a conclusão de que, independentemente da previsão expressa de um direito a prestações que tenham por finalidade assegurar ao indivíduo uma existência digna, seja o nome que se lhe dê, tal direito – fundamentalíssimo, diga-se de passagem – também entre nós poderia ser deduzido diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, ambos consagrados em nossa Constituição.”

150 – SOARES, Ricardo Maurício Freire. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2010, p.135.

151 – Ibid., p 149, “uma vez situado no ápice do sistema jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime as estimativas e finalidades a ser alcançadas pelo Estado e pelo conjunto da sociedade civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio, não podendo ser pensada apenas do ponto de vista individual, enquanto posições subjetivas dos cidadãos a ser preservadas diante dos agentes públicos ou particulares, mas também vislumbrada numa perspectiva objetiva, como norma que encerra valores e fins superiores da ordem jurídica, impondo a ingerência ou a

ponderação de valores, o Princípio da Dignidade da pessoa humana justifica a restrição de outros bens constitucionalmente protegidos, de modo a servir como um critério seguro para a garantia do direito à saúde.

Diante do exposto, sendo incontroverso que o direito à saúde é verdadeiro direito público subjetivo, no sentido de que deve ser exigido do Estado um comportamento positivo, as manobras e artimanhas apresentadas pelo Poder Público não poderão prevalecer sobre os ditames constitucionais, sob pena de ser acionado o Poder Judiciário para a adoção das providências necessárias que se verificarem em cada caso concreto.

3 – A ATUAÇÃO INSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

A Constituição Federal Brasileira de 1988 inaugurou uma nova fase na história de assistência judiciária no Brasil¹⁵². No capítulo referente aos Direitos Fundamentais, garantiu o pleno acesso das pessoas pobres à Justiça e inovou ao trazer a expressão “assistência jurídica”¹⁵³, que substituiu a antiga “assistência judiciária”, alargando-lhe o sentido e a abrangência.

Como afirma o Desembargador José Carlos Barbosa Moreira¹⁵⁴, com a nova expressão a Constituição abandona aquela orientação restritiva de cuidar do assunto unicamente com referência à defesa em juízo e passa a compreender além da defesa judicial, o aconselhamento, a consultoria, a informação jurídica e também a assistência aos carentes em matéria de atos extrajudiciais.

Outra grande inovação da Constituição de 1988, que merece destaque no presente trabalho, foi a oficialização do modelo que deveria ser adotado, em âmbito nacional, para a prestação do serviço público encarregado de dar pleno cumprimento à garantia prevista no artigo acima transcrito. Assim, no capítulo referente à estrutura do Poder Judiciário, a nossa Lei Maior enumerou uma série de instituições consideradas textualmente como “funções essenciais à Justiça”. Dentre essas instituições, pela primeira vez na história constitucional do Brasil, foi expressamente mencionada a Defensoria Pública, em seu artigo 134.¹⁵⁵

abstenção dos órgãos estatais e mesmo de agentes privados.”

152 – Note-se que pela lei 1.060/50 a assistência judiciária foi tratada de modo superficial, uma vez que não determinou nenhuma forma específica para a prestação dos serviços jurídicos gratuitos e nem de quem seria a responsabilidade por estes serviços. Com a Constituição de 1988, o acesso à justiça e a assistência judiciária foram concebidos como direitos fundamentais, sendo assumido o modelo de assistência jurídica, no qual o serviço é prestado pelo Estado, através da Defensoria Pública.

153 – “Art. 5º, inciso LXXIV, da CF: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.” (grifamos)

154 – BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O direito à assistência jurídica. In: Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, ano 4, n. 5, 1991, p. 130.

155 – “Art. 134 da CF: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.”

Ainda no patamar constitucional, foram estabelecidos alguns parâmetros básicos sobre a forma pela qual deveriam ser estruturadas as Defensorias Públicas. No atual §1º, do artigo 134, a Constituição estatui que a Defensoria Pública deve ter sua organização fixada em Lei Complementar, devendo ser mantida em nível Federal e Estadual. Já os cargos de Defensor Público serão preenchidos por concurso público, do mesmo modo como ocorre com os cargos de Juízes e de Promotores de Justiça, sendo garantida a inamovibilidade de seus membros e a proibição de exercer a advocacia privada.

Tais normas e diretrizes emanadas da Constituição de 1988 foram devidamente regulamentadas através da Lei Orgânica da Defensoria Pública, Lei Complementar Federal nº 80, promulgada em 12 de janeiro de 1994, recentemente alterada pela Lei Complementar 132, de 2009. No âmbito do Estado da Bahia, as diretrizes são traçadas pela Lei Complementar Estadual nº 26, promulgada em 28 de junho de 2006, que em seu artigo 2º dispõe:

“A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a promoção das políticas públicas, preventivas e postulatórias, de assistência e orientação jurídica, integral e gratuita aos necessitados, dos direitos humanos, dos direitos e interesses individuais, coletivos e difusos e a defesa judicial, extrajudicial e administrativa, em todos os graus e instâncias, consoante o art. 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal.”

Nesse diapasão, a Defensoria Pública enquanto “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado”, tem a incumbência – como expressão e instrumento do regime democrático – de prestar a orientação jurídica, de promover políticas públicas, de garantir os direitos humanos e de defender o necessitado, em todos os graus, judicial e extrajudicialmente.

Apesar dos inúmeros entraves que as Defensorias Públicas enfrentam pelo Brasil, o que se percebe é que a Instituição atua de forma prospectiva, primando sempre pela efetivação dos direitos humanos e sociais, o que inclui nitidamente a promoção e efetivação do direito à saúde ora abordado.

4 – A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA NA BUSCA DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

No cenário atual, onde cada vez mais cresce o fenômeno da judicialização das relações sociais – em que a efetividade dos direitos passa com frequência pela via judicial – o papel das Defensorias Públicas atinge relevância indiscutível, na medida em que possibilita a todos condições de igualdade no exercício da cidadania.

Através da Emenda Constitucional nº 45/2005, que acrescentou o §2º ao artigo 134¹⁵⁶, as Defensorias Públicas Estaduais conseguiram autonomia funcional e administrativa, uma decorrência lógica do *status* institucional conferido pela Constituição Federal de 1988, o que fez com que a Instituição crescesse sobremaneira nos últimos anos.

No caso específico da Defensoria Pública da Bahia, a autonomia ocorreu com a promulgação da Lei Complementar Estadual nº 26/2006, importante marco na história da Instituição.

Apesar dos grandes entraves (de cunho material, estrutural, pessoal etc.) sofridos pela Defensoria Pública da Bahia, seus membros atuam de forma comprometida, buscando incessantemente a garantia do cumprimento da ordem constitucional para os juridicamente necessitados¹⁵⁷, seja no âmbito individual ou coletivo.

Analisando-se o artigo 3º da Lei Orgânica da Defensoria Pública da Bahia constata-se a importância da Instituição, que tem como princípios a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Dentre os objetivos são enumerados: a afirmação do Estado Democrático de Direito; a prevalência, a relevância e a efetividade dos direitos humanos; a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais.

É justamente nesse contexto que se enquadra a busca da Defensoria na efetivação do direito constitucional à saúde, primando sempre pela dignidade do cidadão para reduzir as desigualdades sociais, de forma a garantir o Estado Democrático de Direito.

Seguindo essa concepção, a Defensoria Pública é a instituição capaz de resguardar os direitos do cidadão e de efetivar o direito à saúde através da provocação do Poder Judiciário, seja no âmbito individual ou coletivo. Como órgão de execução da Defensoria Pública (art.12, inciso V, da Lei Complementar 26/2006), os Defensores Públicos são responsáveis por ouvir a situação fática vivida pelo cidadão hipossuficiente e por acionar o Poder Judiciário, buscando uma solução para cada caso de descumprimento da norma constitucional.

Apesar de a atuação judicial ser a atribuição mais conhecida da Defensoria Pública da Bahia, inúmeras são as suas funções, que estão elencadas no art. 7º da LC 26/2006, de forma meramente exemplificativa. Dentre as que merecem destaque podemos citar¹⁵⁸:

156 – Art. 134, §2º da CF/88: “As Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, §2º”

157 – “Considera-se juridicamente necessitado, para os efeitos desta Lei, toda pessoa física ou jurídica que não tenha condição de constituir advogado para a defesa de seus direitos e de arcar com as custas processuais, sem prejuízo do sustento próprio e/ou dos seus dependentes.” – Art. 2º, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual 26/2006.

158 – Art. 7º, incisos I, III, IV, V, VIII, XX, da Lei Orgânica da Defensoria Pública da Bahia (LC 26/2006).

- a) prestar assistência e orientação jurídica gratuita aos necessitados, priorizando a solução extrajudicial dos litígios, promovendo a composição entre as pessoas em conflito, formalizando, para tanto, o Termo de Ajustamento de Conduta que, uma vez firmado na presença do Defensor Público, terá força executiva na forma da lei, além de outras funções atribuídas por lei;
- b) promover a difusão e conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico;
- c) convocar audiências públicas para discutir assuntos relacionados às suas funções institucionais;
- d) participar dos conselhos de direitos estaduais, municipais e comunitários, grupos de trabalho e comissões, afetos às funções da Defensoria Pública;
- e) patrocinar ação civil pública, em nome de associações ou organizações que incluam entre suas finalidades institucionais a proteção do meio ambiente, aos direitos fundamentais da pessoa humana e a outros interesses individuais e coletivos, demonstrada a insuficiência de recursos dessas entidades;
- f) assegurar, em sua atuação, a efetividade das garantias constitucionais outorgadas ao seu assistido, em especial a do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e a do direito de acesso à tutela jurisdicional.

Diante dessas funções aqui destacadas, o que se constata é que a Defensoria Pública dispõe de vários meios para tutelar o direito à saúde, que vão muito além do simples ajuizamento de uma demanda. O que ocorre é que a falta de estrutura material e de pessoal impede a concretização dessas funções no âmbito das necessidades da população. Apesar de ser “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado”, o orçamento da Defensoria está muito aquém do que é destinado para o Poder Judiciário e para o Ministério Público¹⁵⁹, o que dificulta a gestão.

159 – Sobre a isonomia de tratamento das funções essenciais à Justiça, pondera Cleber Toledo Alves, em sua obra: *Justiça para todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 306: “Lamentavelmente não é essa a realidade que tem sido vista no Brasil. Ressalvado o que normalmente tem ocorrido com o Ministério Público, que de fato tem merecido tratamento de isonomia em relação à magistratura, as demais instituições estatais consideradas essenciais à Justiça vêm recebendo tratamento ostensivamente discriminatório, seja em termos de infraestrutura e condições de trabalho, seja em termos de política remuneratória. Por diversas razões, o Ministério Público deve ser tomado como paradigma para definição das garantias e prerrogativas conferidas aos membros das demais instituições públicas também consideradas pela Constituição como essenciais à Justiça. Repita-se, na dicção constitucional, nenhuma delas é mais “essencial” que as outras. No que se refere à Defensoria Pública, essa isonomia de tratamento é indispensável, inclusive por razões de ordem simbólica: não seria admissível dar tratamento – remuneratório, funcional e orçamentário – distinto àqueles que defendem do que se dá aos que acusam. Além do mais, ambas as instituições são encarregadas da postulação de interesses dos cidadãos e não propriamente do Estado. O Ministério Público tem a missão de resguardar os interesses indisponíveis dos membros da sociedade (individual ou coletivamente), inclusive – e na maioria das vezes – opondo-se ao Estado. Já a Defensoria Pública tem a missão de resguardar os interesses disponíveis desses membros da sociedade (também individual ou coletivamente), sempre que as pessoas físicas ou jurídicas, não tenham condições para fazê-lo às suas expensas.”

Atualmente, em razão do número insuficiente de Defensores Públicos na Bahia¹⁶⁰, a Instituição não consegue desempenhar todas as funções que estão previstas em lei. No âmbito do direito à saúde, o que realmente se destaca é a busca da efetivação da norma constitucional através do patrocínio de ações individuais.

Na cidade de Salvador¹⁶¹, o Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria é o responsável pelo atendimento inicial do cidadão que tem alguma demanda relacionada à saúde pública¹⁶². Num primeiro momento é realizado um processo de averiguação e enquadramento feito pela triagem, passando pela coleta de dados, solicitação de documentos e, posteriormente, elaboração da peça processual cabível. Após o ajuizamento da demanda, o acompanhamento processual passa a ser de responsabilidade do Defensor Público que atuar na Vara da Fazenda Pública para onde a ação for distribuída.

Ademais, é importante destacar que, via de regra, as demandas de saúde são Ações de Obrigação de Fazer em razão da falta de vagas para internação em hospitais públicos; fornecimento de remédios de alto custo; transferência para unidades de terapia intensiva; realização de exames e de cirurgias. Embora as ações tratem de situações diversas, o fim social é sempre o mesmo: são pessoas carentes, que necessitam de determinado tratamento/medicamento e que não tiveram o direito à saúde efetivamente garantido.

Para essas pessoas que estão com algum problema de saúde – que, em certos casos, correm o risco de perder a vida se não forem prontamente atendidas – o Defensor Público é a única autoridade capaz de lhe ouvir e de buscar os meios legais para assegurar o seu direito à saúde.

Não há dúvidas de que a população carente de todo o Brasil depende do serviço da Defensoria Pública para ter acesso à Justiça. Com efeito, para se refletir sobre a importância da Instituição é preciso ressaltar as palavras da professora Maria Tereza Sadek:¹⁶³

“Não se adentram as portas do Judiciário sem o cumprimento de ritos e a obediência a procedimentos. Entre estes está a necessidade de defesa por profissionais especializados – os advogados. Ora, o acesso aos advogados, por sua vez, depende de recursos que, na maior parte das vezes, os mais carentes não possuem. Assim, para que a desigualdade social não produza efeitos desastrosos sobre a titularidade de direitos, foi concebido um serviço de assistência jurídica gratuita – a Defensoria Pública.”

160 - A Lei Complementar nº 26/2006, quando aprovada, previa um quadro de 583 (quinhentos e oitenta e três) Defensores Públicos. Após seis anos de promulgação, há apenas 196 (cento e noventa e seis) Defensores Públicos em todo o Estado da Bahia.

161 - Por não conhecer num âmbito mais profundo como é feita a divisão de atribuições em cada Regional da Defensoria Pública da Bahia, o presente estudo explicita apenas a atuação dos Defensores Públicos na Comarca de Salvador.

162 - Por outro lado, se a demanda tiver relação com a falta de atendimento de saúde na esfera da iniciativa privada, o atendimento inicial será feito por um Defensor Público vinculado ao Núcleo Cível. Como o enfoque do trabalho está voltado para as ações contra o Estado, não teceremos maiores comentários sobre as demandas contra planos de saúde.

163 - SADEK, Maria Tereza. **Experiências de Acesso à Justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p.9.

É certo que sem Defensoria Pública não há a plena garantia de acesso à Justiça. No atual contexto social, onde os que necessitam de serviços de saúde pública só conseguem garantir o direito constitucional previsto no artigo 196 através de uma ação judicial, torna-se indiscutível a importância da atuação dos Defensores Públicos.

Nesses casos em que a intervenção do Judiciário aparece como a última saída para amenizar a sofrida situação das classes menos favorecidas, a Defensoria surge como garantidora da ordem constitucional, buscando a efetivação do direito à saúde através dos meios legais cabíveis.

Como requisito de uma vida digna, a saúde é uma questão de cidadania, de conferir a todos a possibilidade democrática de realização desse direito. A constitucionalização do direito à saúde tem como objetivo o acesso às ações e serviços públicos que possam garantir condições de sobrevivência digna, tendo como valor supremo a plenitude da vida.

Apesar dos percalços já citados, os Defensores Públicos lutam diariamente para garantir o direito à saúde dos hipossuficientes. Entretanto, as demandas judicializadas para fornecimento de remédios, transferência para unidades de tratamento intensivo, realização de cirurgias, vagas para exames, dentre outros, esbarram na absurda alegação de falta de orçamento do Estado.

É óbvio que a adoção de políticas públicas não se apresenta como algo de fácil implantação, mas não se pode esquecer que tais ações se constituem em dever do Estado, emergindo, daí, que os entes federativos têm a inafastável e fundamental obrigação de prover o mínimo existencial do cidadão, não podendo para se eximir de tal mister, invocar a doutrina da reserva do possível, como se aborará a seguir.

5 – A OMISSÃO DO ESTADO NO CUMPRIMENTO DO DIREITO À SAÚDE SOB O PRISMA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A Constituição Federal Brasileira estatui, em seu artigo 196, que incumbe ao Poder Público formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

Segundo a doutrina brasileira, a regra inscrita no artigo citado tem caráter programático¹⁶⁴, cujos destinatários são todos os entes políticos que constituem a organização federativa do Estado Brasileiro.

164 – Dirley da Cunha Júnior (op. cit., p.177) defende que não podemos ignorar a circunstância histórica de que as normas programáticas estabelecem fins vinculativos ao Estado, entre os quais se encontram aqueles destinados a proporcionar ao cidadão os meios materiais necessários ao desfrute desses direitos (educação, saúde, assistência e previdência sociais etc.). Afirma que, no plano científico, não pairam mais dúvidas nem subsistem mais questionamentos a respeito do caráter jurídico e, consequentemente, vinculante das normas constitucionais programáticas. O só fato de estas normas contemplarem direitos sociais dependentes de prestações positivas do Poder Executivo ou de providências normativas do Poder Legislativo, não lhes retira a eficácia jurídica.

Com efeito, o artigo 23, inciso II, da nossa Lei Maior disciplina que a competência quanto à responsabilidade do Poder Público é comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios e que estes deverão “*cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência*”. Assim, todos os entes da Federação – cada um no seu âmbito administrativo – têm o dever de zelar pela adequada assistência à saúde dos cidadãos brasileiros.

É nítido que a Constituição de 1988 destina esforços significativos para a aplicação da saúde como um direito fundamental de todos, atribuindo tal obrigação ao Estado. Formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar é dever dos entes federativos, mas a escassez de recursos materiais e humanos obriga a escolha de quem será atendido, sendo uma impossibilidade real o atendimento à universalidade.¹⁶⁵

O Estado, inúmeras vezes, não apresenta condições adequadas para prestar um pronto atendimento a todas as reivindicações que lhe são formuladas. Essa capacidade limitada do Poder Público de prover as necessidades da coletividade gera insatisfações no âmbito individual e coletivo, que acabam por desaguar no Poder Judiciário¹⁶⁶. Em impasses desta natureza, os magistrados decidem se o Ente Público está obrigado a prestar o atendimento nos moldes dos fatos narrados e dos pedidos formulados pelo cidadão.

Em vários processos, o que se constata é que os magistrados, sensibilizados pelas alegações dos interessados em obter certa prestação estatal que não estaria sendo cumprida, ordena que esta providência seja executada. A partir daí, os gestores do Poder Público fundamentam suas defesas afirmando que, naquele momento, estariam impossibilitados de implementar determinadas medidas, em razão da falta de recursos humanos, materiais ou financeiros.

Na seara da saúde, as decisões judiciais vêm obrigando os entes públicos a fornecerem determinados medicamentos ou a executarem procedimentos médicos, que vão desde simples consultas e exames a cirurgias de alta complexidade. E esse número de ações de Obrigação de Fazer na esfera da saúde deve aumentar ainda mais nos próximos anos.

Ora, se a Constituição Federal Brasileira assegura o direito à saúde a todos os cidadãos e afirma que é dever do Estado a aplicação de “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações

165 – A universalidade é um princípio finalístico, ou seja, é um ideal a ser alcançado. Para que o Sistema Único de Saúde venha a ser universal é preciso desencadear um processo de extensão de cobertura dos serviços, de modo que estes venham a se tornar acessíveis a toda a população. Para isso, é preciso eliminar barreiras jurídicas, econômicas, culturais e sociais que se interpõem entre a população e os serviços ofertados.

166 – SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. A reserva do possível e o papel do Judiciário na efetividade dos direitos sociais. **Revista eletrônica do curso de Direito da UFMS**, vol. 2, n.2, julho 2007 p.42-53. Disponível em: <http://www.ufms.br/revistadireito>>. Acesso em 03 de junho de 2012.

e serviços para a promoção, proteção e recuperação”, não podemos aceitar o fundamento da Administração Pública de que não há orçamento para o cumprimento de uma medida judicial que visa assegurar uma vida.

Se essas decisões judiciais vêm desencadeando sérios problemas para a Administração Pública é porque os recursos financeiros destinados para a saúde não estão sendo aplicados da forma que deveriam. A argumentação do Estado de que para cumprir a ordem judicial será necessário retirar recursos financeiros de uma determinada área com o intuito de que seja aplicado em outra, não é de responsabilidade do cidadão que paga seus impostos e tem assegurado constitucionalmente o direito à saúde.

Diante dessa lamentável situação, os representantes judiciais dos entes estatais passaram a procurar argumentações alternativas, que vem menosprezando os anseios daqueles que reivindicam o cumprimento da ordem constitucional.

Sob a alegação de que as decisões judiciais que compelem o Estado a fornecer um medicamento ou a realizar um procedimento cirúrgico de urgência causam um ingente prejuízo para o funcionamento das estruturas governamentais, tentam fundamentar sua defesa numa solução jurídica inaceitável, importada de outros países que em nada se assemelham com o Brasil.

Tal fundamentação jurídica adotada pelos representantes do Estado é baseada no intitulado Princípio da Reserva do Possível, que procura estabelecer marcos regulatórios para a emissão de ordens judiciais, aduzindo que a efetivação dos direitos sociais depende da disponibilidade dos recursos públicos.¹⁶⁷

A teoria do Princípio da Reserva do Possível tem como berço as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, que sustentam que as limitações de ordem econômica podem comprometer sobremaneira a plena implementação dos direitos sociais¹⁶⁸. Ou seja, a satisfação destes direitos sociais fica na pendência da existência de condições materiais, especialmente econômicas, que permitam sua efetividade.

A origem remota deste posicionamento¹⁶⁹ pode ser encontrada no julgamento do famoso caso ocorrido na nação germânica, onde uma ação judicial proposta visava obter uma decisão que permitisse a certo estudante cursar o ensino superior público. Tal pretensão se baseava na garantia prevista pela Lei Federal alemã de livre escolha de trabalho, ofício ou

167 – Segundo Ricardo Maurício Freire Soares, op. cit., p.155, a questão da escassez de recursos econômicos como limite para o implemento estatal dos direitos fundamentais sempre desafiou a comunidade jurídica. Para ele, a resposta a esse questionamento está intrinsecamente ligada ao exame do argumento da reserva do possível, a partir do qual se vislumbram o alcance da eficácia dos direitos fundamentais e o papel do Poder Judiciário no amparo das pretensões positivas dos sujeitos de direito.

168 – CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novellino (org.). **Leituras Complementares de Constitucional – Direitos Fundamentais**. Salvador: JusPodium, 2006, p. 285

169 – KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p.52.

profissão, tendo em vista que não havia disponibilidade de vagas em número suficiente para todos os interessados em frequentar as universidades públicas.

Neste caso, ficou estabelecido que só se pode exigir do Estado o atendimento de um interesse, ou a execução de uma prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites da razoabilidade, destacando ainda a Suprema Corte Germânica que os intitulados direitos sociais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.¹⁷⁰

Sucedo, contudo, que o argumento da reserva do possível não deve ser utilizado indiscriminadamente para qualquer situação concreta em matéria de direitos fundamentais, sem a necessária consideração da realidade social, pois não se afigura difícil a um ente público justificar sua omissão social perante critérios de política orçamentária e financeira. Tal situação mitigaria a obrigatoriedade do Estado em cumprir os direitos fundamentais, especialmente aqueles direitos sociais de cunho prestacional, que, por conseguinte, restariam inoperantes, como bem afirma Ricardo Maurício Freire Soares.¹⁷¹

Lamentavelmente, parte da doutrina brasileira vem aplicando essa criação do direito estrangeiro, sem observar o contexto socioeconômico e político do seu surgimento, o que causa um grande obstáculo à aplicação dos direitos sociais previstos na nossa Lei Maior.

No âmbito do direito comparado¹⁷², deve-se sempre analisar e compreender a realidade vivida no meio social e político do país estrangeiro antes de se aplicar descuidadamente a teoria jurídica no Brasil. No caso específico da teoria da “reserva do possível”, é imperioso observar que em seu país criador, a Alemanha, já existe um ótimo padrão de bem-estar social, estando inserido entre os países desenvolvidos ou centrais.

Por outro lado, o Brasil ainda é considerado um país em desenvolvimento ou periférico, onde milhares de pessoas são desprovidas de condições mínimas de existência digna, seja na área da saúde, educação, moradia, assistência social etc, sendo óbvio que as teorias sobre a interpretação dos direitos sociais criadas na Alemanha ou em qualquer outro país desenvolvido não podem ser utilizadas no nosso cenário jurídico sem as devidas adaptações.

Sobre tal assunto, merece destaque a posição de Dirley da Cunha Júnior¹⁷³:

“Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente

170 – SARLET, Ingo Wolfgang. op cit, p.340-341.

171 – SOARES, Ricardo Maurício Freire.op.cit, p.156.

172 – KRELL, Andreas. op cit., p. 108-109.

173 – CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. op. cit: 2006, p.287.

excluídos e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo reserva do possível. Não se trata de desconsiderar que o Direito não tem a capacidade de gerar recursos materiais para sua efetivação. Tampouco negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe. Não é este o caso, pois aquele “algo” existe e sempre existirá, só que não se encontra – este sim, é o caso – devidamente distribuído! Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviços da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gastos em publicidade etc) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência.”

Assim, diante do nosso contexto social, a vinculação a um padrão mínimo de existência corresponde ao conjunto de condições materiais indispensáveis à existência humana com dignidade, cuja entrega não pode ser desviada sob o argumento da reserva do possível ou da escassez de recursos financeiros.

No cenário nacional, a garantia de um mínimo básico de prestações é defendida por Luis Roberto Barroso e Ingo Wolfgang Sarlet¹⁷⁴, dentre outros. Já Vital Moreira e Canotilho¹⁷⁵ afirmam que ação exigível é ação indispensável, e não toda e qualquer ação supostamente voltada para a prática de políticas sociais. Eles defendem que as prestações têm que ser limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana, observando-se sempre se há recursos econômicos disponíveis para a efetivação do direito social.

174 – SARLET, Ingo Wolfgang. op.cit., p.351: “Resulta evidente que mesmo no plano de um mínimo existencial (inclusive quando restrito a um mínimo de sobrevivência, a depender das circunstâncias) não deixa de ocorrer, por vezes, agudo comprometimento dos recursos públicos, especialmente em países com grandes parcelas da população compostas por pobres e miseráveis, onde, portanto, largas parcelas dos cidadãos dependem das prestações públicas na esfera de proteção social básica. Da mesma forma, o que se aplica essencialmente ao direito à saúde, prestações inequivocamente tidas como necessárias à preservação da vida ou de uma vida com o mínimo de qualidade (portanto, com dignidade) podem ser extremamente onerosas, de tal sorte que o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações nesta seara (do mínimo existencial) não se fundamenta apenas na ausência de comprometimento ou no baixo comprometimento dos recursos públicos, mas também na necessidade (e na imposição constitucional!) de se priorizar as demandas vinculadas ao mínimo existencial, inclusive no que diz com eventual redistribuição de recursos ou na sua suplementação, inclusive no contexto de uma repartição da responsabilidade pelo corpo social, aspectos que aqui não iremos desenvolver, muito embora – há que reconhecer – desafiem maior aprofundamento.”

175 – CANOTILHO, J.J.Gomes; MOREIRA, Vital *apud* SOARES, Ricardo Maurício Freire, op. cit., p.156.

Ocorre que, no nosso ordenamento jurídico, não há espaço para seguir o posicionamento mais conservador de Canotilho. A nossa Lei Maior, em seu artigo 197, ao expressar “que são de relevância pública as ações e serviços de saúde”, vincula o Poder Público na promoção das políticas sociais e econômicas para a consecução desse direito.

Antes de sabermos até onde vai a obrigação dos Poderes Públicos na entrega destas prestações é necessário determinar quais direitos sociais compõem o núcleo do mínimo existencial.

Como bem afirma o professor José Afonso da Silva¹⁷⁶, os direitos sociais constituem direitos fundamentais, qualificados pelo valor transcendente da dignidade da pessoa humana. O mínimo existencial seria composto por condições materiais básicas e prestações positivas que sejam consideradas efetivamente indispensáveis para a vida com mínima dignidade, como a alimentação, o vestuário, a moradia, a educação e a saúde preventiva e curativa.

Para os doutrinadores que defendem essa posição, o núcleo nomeado como “mínimo existencial” seria sempre exigível, deixando os demais direitos sob a reserva do possível, ou seja, sem a garantia da efetividade dado a escassez de recursos.

Dessa forma, o reconhecimento do direito às prestações sociais aos cidadãos está diretamente ligado aos próprios limites do Estado Social de Direito, ou seja, de estabelecer-se um padrão mínimo em assistência à saúde assegurada pelas normas constitucionais, diante da indisponibilidade dos recursos orçamentários para sua satisfação.

O problema da implementação do direito à saúde no Brasil encontra-se concentrado não apenas na não alocação de recursos suficientes nos orçamentos públicos, como também, no mau gerenciamento das verbas públicas e na própria inexecução dos respectivos orçamentos pelos órgãos governamentais.

A falta de recursos financeiros é agravada pela péssima gestão das verbas públicas. A carência de hospitais públicos faz com que a Administração recorra à iniciativa privada, contratando os seus serviços para prestarem assistência médico-hospitalar aos usuários do Sistema Único de Saúde – SUS. Não bastassem a insuficiência de recursos públicos e a malversação das verbas públicas, o dilema da efetivação do direito à saúde no Brasil também é agravado pela inexecução dos orçamentos pelos gestores públicos, ou seja, passa por desvios de verbas do SUS e prática de atos de improbidade administrativa.¹⁷⁷

176 – SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.698-699.

177 – ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti; BAHIA, Claudio José Amaral. O direito social à saúde na Constituição Federal de 1988: Reserva do Possível e Mínimo Existencial – Limites? *Revista Novatio Iuris*, ano II, nº 3, julho/2009, p.71.

Segundo Sarlet¹⁷⁸, não se pode esquecer que a mesma Constituição que consagrou o direito à saúde estabeleceu, como garantia do direito à vida, uma vedação praticamente absoluta da aplicação da pena de morte. Nesse contexto, a denegação dos serviços essenciais à saúde (sob os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos) equipara-se à aplicação de uma pena de morte, para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário.

Assim, o argumento dos altos custos e da falta de recursos financeiros para a efetivação dos direitos sociais – dentro de uma “reserva do possível” – deve ser ultrapassado, na medida em que recursos podem ser obtidos ou retirados de outras áreas menos essenciais à dignidade do cidadão brasileiro.¹⁷⁹

Ao se falar em escolhas disjuntivas (o atendimento de uns e o não atendimento de outros por falta de recursos) não há critérios eficazes para alcançar uma solução justa¹⁸⁰. Tratando-se de direitos de uma mesma natureza como o direito a saúde, o relativismo e a ponderação são perigosos, podendo inclusive desencadear a morte para aquele que tiver o direito preterido no caso concreto.

Nesse contexto é que o princípio da dignidade da pessoa humana deve assumir importante função, estabelecendo o limite para o que se convencionou denominar de padrão mínimo da esfera dos direitos sociais, com o propósito de assegurar as condições materiais mínimas de existência e servindo como fundamento nas decisões de aplicação dos recursos escassos, maximizando a eficácia dos direitos sociais.¹⁸¹

Assim, em razão de todo o desequilíbrio social em que vivemos, a adesão conservadora ao Princípio da Reserva do Possível deve ser abandonada¹⁸². Não se pode admitir que o direito à saúde, enquanto um direito fundamental social deixe de efetivar-se pela inércia da atuação estatal frente à insuficiência momentânea ou crônica de fundos estatais, quase sempre ocasionados pela incompetência gerencial dos agentes públicos.

178 – SARLET, Ingo Wolfgang. op.cit., p.325.

179 – “Se os recursos financeiros do Estado brasileiro não são suficientes, devem ser, em verdade, retirados de outras áreas menos prioritárias, tais como custeamento de gabinetes governamentais ou parlamentares, em que sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais para a realização da vida digna do ser humano.” SOARES, Ricardo Maurício Freire, op.cit, p.157.

180 – AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.126-127.

181 – Cf. SOARES, Ricardo Maurício Freire. op.cit, p.150. “O princípio da dignidade da pessoa humana permite, assim, reconstruir semanticamente o modo de compreensão e aplicação dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro, potencializando a realização do direito justo ao oportunizar: a aceitação da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais; o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais de cunho prestacional; a inadequação dos conceitos de reserva do possível no constitucionalismo brasileiro; a aceitação de idéia de vedação ao retrocesso no campo dos direitos fundamentais; e a recusa à hipertrofia da função simbólica dos direitos fundamentais.”

182 – Como bem explicita AdreasKrell, op. cit., p.47, “a reserva do possível figura como uma verdadeira falácia no sistema jurídico brasileiro, a qual decorre de um Direito Constitucional Comparado equivocado, cuja importação acrítica não atenta para a opção político-ideológica do legislador constituinte, que formulou uma opção inequívoca pelo intervencionismo estatal no campo socioeconômico, baseado no modelo do constitucionalismo dirigente e na busca da máxima efetividade dos direitos fundamentais.”

A norma constitucional deve prevalecer e o direito à saúde, como posição jurídica a ser tutelada pelo Estado, precisa atender ao critério da universalidade, o que vale dizer que sua distribuição, através de ações e serviços, deve ser racional, coadunando-se com o próprio artigo 196 da Constituição Federal.¹⁸³

6 – A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Traçada uma discussão entre a busca da Defensoria Pública da Bahia para a efetivação do direito à saúde e a omissão do Estado sob a alegação do Princípio da Reserva do Possível, é importante trazermos breves considerações acerca do que vem prevalecendo na jurisprudência, com enfoque para a posição do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, cabe ao Poder Judiciário promover a integração da norma constitucional ao caso concreto, não podendo se falar em ofensa à função dos Poderes Executivo e Legislativo, pois o magistrado que analisa a demanda judicial estará apenas suprindo omissões no tocante à concretização do direito à saúde.

Em casos desse jaez, não se vislumbra ofensa ao artigo 2º da Constituição Federal, que dispõe que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Basta lembrar que ao mesmo tempo em que o texto constitucional consagrou a teoria da Separação dos Poderes, também existe a teoria dos Freios e Contrapesos defendida por Montesquieu¹⁸⁴. Logo, o fato de o Judiciário decidir e garantir o direito à saúde de um cidadão não pode ser considerado como invasão de competência, já que ocorreu a omissão de outro Poder.

Como bem afirma Dirley da Cunha¹⁸⁵, o entendimento de que a reserva do possível também obsta a competência do Poder Judiciário para decidir acerca da distribuição dos recursos públicos orçamentários não se aplica diante das normas da Constituição de 1988. A princípio, cabe ao Legislativo e ao Executivo a deliberação acerca da destinação e aplicação dos recursos orçamentários. Todavia, essa competência não é absoluta, pois se encontra adstrita às normas constitucionais, principalmente àquelas definidoras de direitos fundamentais sociais, que exigem prioridade na distribuição desses recursos.

183 – ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti; BAHIA, Claudio José Amaral. op. cit., p.68.

184 – Refletindo sobre o abuso do poder real, Montesquieu conclui que “só o poder freia o poder”, no chamado “sistema de freios e contrapesos”. Daí a necessidade de cada poder manter-se autônomo e constituído por pessoas diferentes: os poderes atuariam mutuamente como freios, cada um impedindo que o outro abusasse do seu poder.

185 – CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. op. cit: 2006, p.288.

Sendo assim, é imprescindível que o Poder Judiciário aja de todas as formas para garantir e efetivar a tutela do direito fundamental da saúde. Ou seja, onde ocorrer omissão e não for garantido o mínimo existencial, os magistrados estarão legitimados a interferir, assegurando as condições materiais indispensáveis a uma existência digna.

A respeito desse assunto, cabe destacar o importante voto¹⁸⁶ do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, intitulado de “escolhas trágicas”, onde reconhece a possibilidade de controle judicial de políticas públicas como modo de efetivação do direito à saúde, em caso de inércia do Legislativo e do Executivo:

“Direito à Saúde – Reserva do Possível – “Escolhas Trágicas” – Omissões Inconstitucionais – Políticas Públicas – Princípio que Veda o Retrocesso Social (Transcrições).

...

É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) – que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de **formular e de implementar** políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Impende assinalar, contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas **fundadas** na Constituição **poderá** atribuir-se, **ainda** que excepcionalmente, ao Judiciário, **se e quando** os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, **vierem a comprometer**, com tal comportamento, **a eficácia e a integridade** de direitos individuais **e/ou** coletivos **impregnados** de estatura constitucional, **como sucede** na espécie ora em exame.

Mais do que nunca, Senhor Presidente, **é preciso enfatizar** que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, **qualifica-se** como expressiva **limitação** à discricionariedade administrativa.

Isso significa que a intervenção jurisdicional, **justificada** pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á **plenamente legítima** (**sem** qualquer ofensa, portanto,

186 – Informativo 582 do Supremo Tribunal Federal, 2010, STA 175-Agr/CE, disponível em: <<http://www.stfjus.br/arquivo/informativo/documento/informativo582.htm>> Acesso em: 30 jun.2012. grifo original.

ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a *decisão política fundamental* que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.”

Ademais, sobre a alegação da falta de orçamento da Administração Pública com base no princípio da reserva do possível, o Ministro Celso de Mello defende que tal teoria não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, sob pena de aniquilação dos direitos fundamentais. Vejamos:

“Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “*reserva do possível*” — ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível — não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

...

Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduzos Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas “*escolhas trágicas*” (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, “*Tragic Choices*”, 1978, W. W. Norton & Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.

Mas, como precedentemente acentuado, a missão institucional desta Suprema Corte, como guardiã da superioridade da Constituição da República, impõe, aos seus Juízes, o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde.

Cumpre não perder de perspectiva, por isso mesmo, que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, devo observar que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos da pessoa (como o direito à saúde), a incapacidade de gerir os recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a proteção à saúde, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 196 da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental e que é, no contexto ora examinado, o direito à saúde.”

No voto em apreço, o Ministro faz referência à decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45, onde o Supremo Tribunal Federal já tinha reconhecido a possibilidade de controle judicial de políticas públicas como modo de efetivação dos direitos sociais.

Através dessa brilhante decisão, o que se constata é que o argumento da falta de meios financeiros para a implementação dos direitos sociais, em regra, não deve prosperar, haja vista que estes devem ser exatamente os destinos prioritários dos recursos orçamentários.

Portanto, deve-se partir da presunção de que não há sujeição das medidas de política social à disponibilidade de recursos, sendo que tal presunção somente poderá ser afastada mediante justificação, diante da análise do caso concreto.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal considera que o Estado não pode invocar o princípio da reserva do possível com a finalidade de exonerar-se de suas obrigações constitucionais.¹⁸⁷ Assim, o que se constata é que o papel do Judiciário torna-se cada vez mais importante na implementação de políticas sociais e no controle das prestações dos serviços básicos, concretizando o disposto no artigo 196 da Constituição Federal e alcançando as metas de um Estado Democrático de Direito.

Através da posição que vem prevalecendo na Suprema Corte, o caráter programático das regras inscritas na Constituição Federal deixa de ser mera promessa inconstitucional e passa a ganhar efetividade, promovendo-se o bem-estar do cidadão e assegurando-se as condições para sua dignidade.

187 – Sobre o tema abordado, podemos destacar ainda outras duas decisões brilhantes do Supremo Tribunal Federal que merecem ser conferidas: AgRg no RE 271.286-8-RS (Caso do coquetel do HIV – Direito à saúde e direito à vida “vs” escassez de recursos) e RE 226.835-6-RS (caso da internação hospitalar diferenciada – Direito à saúde e igualdade).

7 – CONCLUSÃO

Diante do estudo apresentado, comprova-se que a constitucionalização dos direitos sociais próprios de um Estado Democrático de Direito exige um repensar da ordem jurídica e da sua relação com a sociedade. Para os operadores do Direito, a nova postura imposta objetiva meios eficientes de concretização dessas normas, a fim de que garantam aos cidadãos os princípios que lhes são ofertados pela Carta Magna.

Num país em que se busca o bem-estar social é imperioso que se combata as diferenças, diminuindo-se as desigualdades existentes, para que assim seja alcançada a justiça social.

Nesse contexto, considerando que a Constituição Federal Brasileira consagra a Defensoria Pública “como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados”, torna-se objetivo de seus membros a promoção e efetivação das normas e princípios constitucionais.

Ademais, o direito à saúde está previsto no artigo 196 da Constituição como direito de todos e dever do Estado. Assim, a Defensoria Pública – enquanto instituição derivada do Estado Democrático do Direito – tem como função a busca de concretização desse direito em favor dos hipossuficientes.

Diante de tanto descaso do Poder Público em ofertar uma vida saudável e digna para os seus cidadãos, o papel da Defensoria Pública tem importância inigualável. Seus incansáveis Defensores são verdadeiros protagonistas na luta contra a omissão do Estado, buscando sempre a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Entretanto, assegurar o direito à saúde para os cidadãos hipossuficientes não é tarefa fácil, apesar de todos os mecanismos jurídicos e da própria Constituição Brasileira figurarem em favor de sua defesa.

A escassez de recursos orçamentários tornou-se fato corriqueiro para a impossibilidade de satisfação dos anseios da população e o princípio da reserva do possível vem sendo utilizado frequentemente para tentar justificar a ausência de um Estado de bem-estar social.

Num estado onde as pessoas passam horas na fila a espera de uma consulta médica; não recebem os medicamentos necessários para a cura da doença de seus filhos e sofrem com a falta de leitos em hospitais mal equipados da rede pública, somente através da atuação da Defensoria Pública, em busca de decisões eficazes do Poder Judiciário, é que os cidadãos conseguirão o cumprimento das normas constitucionais.

Apesar dos grandes entraves de cunho material e da falta de um número suficiente de servidores e de Defensores Públicos para atender toda a população carente do Estado, a Defensoria Pública da Bahia vem conseguindo êxito no ajuizamento de suas demandas, efetivando o direito à saúde previsto constitucionalmente.

A alegação de que a retirada de recursos financeiros, que inicialmente estavam contabilizados para a execução de uma obra ou serviço, mas que, por força de uma ordem judicial, será destinada para outro fim, não pode ser considerada óbice para resguardar uma vida. A proteção a um mínimo social não pode ficar na dependência da aplicação da “reserva do possível”, ou seja, a proteção do direito à saúde não pode depender da disponibilidade dos orçamentos públicos.

Na realidade, não se pode falar de uma vida digna sem saúde, pois o seu conceito encontra-se diretamente conectado à qualidade de vida das pessoas, o que deve ser buscado em uma ordem social justa. Como já afirmamos, a saúde é uma questão de cidadania e deve ser ofertada à população brasileira a possibilidade de concretização desse direito, o que não pode ser obstacularizado pela falta de orçamento público.

Como o direito social à saúde não está sendo ofertado da maneira que estatui a Constituição Federal, os menos favorecidos precisam estar bem representados judicialmente para que não sejam prejudicados pela alegação da falta de recursos orçamentários.

Assim, compartilhando a posição de Dirley da Cunha, podemos afirmar “que a reserva do possível só se justifica na medida em que o Estado garanta a existência digna de todos. Fora desse quadro, tem-se a desconstrução do Estado Constitucional de Direito, com a total frustração das legítimas expectativas da sociedade”.¹⁸⁸

Diante desse contexto, enquanto o Estado não possibilita a existência digna de todos, os Defensores Públicos atuam de forma engajada para afastar a famigerada reserva do possível, buscando incessantemente a garantia do direito à saúde dos cidadãos hipossuficientes.

8 – REFERÊNCIAS

ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti; BAHIA, Claudio José Amaral. O direito social à saúde na Constituição Federal de 1988: Reserva do Possível e Mínimo Existencial – Limites? **Revista Novatio Iuris**, ano II, nº 3, julho/2009.

188 – CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. op. cit: 2006, p.292.



ACHOCHE, MunifSaliba. A garantia constitucionalmente assegurada do direito à saúde e o cumprimento das decisões judiciais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2102, 3 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12578>>. Acesso em: 28 de junho de 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Cleber Toledo. **Justiça para todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O direito à assistência jurídica. **Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, ano 4, n. 5, 1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental/CE - Suspensão de Tutela Antecipada 175. Relator Ministro Gilmar Mendes, 17 de março de 2010, Informativo 582. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo582.htm>> Acesso em 30 de junho de 2012.

CUNHA JUNIOR, Dirleyda. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. Salvador: Jus Podium, 2011.

_____. **A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Constitucional – Direitos Fundamentais*. Salvador: Jus Podium, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Jus Podium, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional**. Salvador: Jus Podium, 2009.

SADEK, Maria Tereza. **Experiências de Acesso à Justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 19ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. A reserva do possível e o papel do Judiciário na efetividade dos direitos sociais. **Revista eletrônica do curso de Direito da UFSM**, vol. 2, n.2, julho de 2007. Disponível em: <http://www.ufsm.br/revistadireito>>. Acesso em 03 de junho de 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.



**Defensoria Pública
BAHIA**

Instituição essencial à Justiça

ISSN 2358-0100



9 772338 010000 >