

Abril 2016

REVISTA

DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Edição nº 14 – 2016

Angelita Maria Maders
Douglas Roberto Winkel Santin
Fernando Vogel Cintra
Joseane Ledebum Gloeckner
Marcelo Schenk Duque
Mariana Py Muniz Cappellari
Paloma Mendes Campos
Renata Borba Reckziegel
Rodrigo Ribeiro Nunes
Rosângela Angelin

Coord. Editorial
Mariana Py Muniz Cappellari



REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
do Rio Grande do Sul

Porto Alegre/RS

2016



ISSN 2177-8116

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [on line] /
Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 7, V.14
(janeiro/abril.2016). – Porto Alegre: DPE, 2016 –

Quadrimestral.

Modo de Acesso: <<http://www.dpe.rs.gov.br>>

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

ISSN 2177-8116

1. Direito - Periódico I. Rio Grande do Sul (estado). Defensoria Pública.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Ficha Catalográfica elaborada por Gilmará Gomes - CRB-10/1367

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO
Cristiano Vieira Heerdt

CORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Yara Nasario

SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Cassandra Sibemberg Halpern

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Antônio Flávio de Oliveira

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Tiago Rodrigo dos Santos

COORDENADORA DA REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Mariana Py Muniz Cappellari

CONSELHO EDITORIAL

Fernanda de Souza Moreira Torres

Henrique Marder da Rosa

Janaína Rodrigues Oliveira

João Batista Oliveira de Moura

Mariana Py Muniz Cappellari

EQUIPE TÉCNICA

(Execução, revisão e distribuição)

Bruno Tasca Costa

Cristiane Azevedo dos Reis

Rute Antunes de Mello

Virgínia Feix

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Rua Sete de Setembro, 666 – Centro Histórico

CEP 90010-100 – Porto Alegre/RS

Tel. 51 3211-2233

www.dpe.rs.gov.br/site/revista_eletronica.php

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	6
A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL COMO ÓRGÃO DE ACESSO GRATUITO À JUSTIÇA E SUA VISÃO PELO ASSISTIDO RIO-GRANDINO <i>Rodrigo Ribeiro Nunes.....</i>	10
O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDADE DE DIREITOS ENTRE HOMENS E MULHERES E UMA ANÁLISE CRÍTICA AO ASSÉDIO SEXUAL EM LOCAIS PÚBLICOS <i>Renata Borba Reckziegel e Marcelo Schenk Duque.....</i>	60
FUNDAMENTOS DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO DIREITO BRASILEIRO: UMA PERSPECTIVA COMPARADA A PARTIR DO DIREITO ALEMÃO <i>Fernando Vogel Cintra.....</i>	93
A REDUÇÃO DA IDADE DA MAIORIDADE PENAL FRENTE À RESPONSABILIDADE SOCIAL E AOS DIREITOS HUMANOS <i>Angelita Maria Maders e Rosângela Angelin.....</i>	149
O DELITO DE ABORTO E A SUA CONFIGURAÇÃO NO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL <i>Mariana Py Muniz Cappellari.....</i>	183
A (A)TIPICIDADE PENAL DO CHAMADO “FURTO DE SINAL DE TV A CABO” À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO <i>Douglas Roberto Winkel Santin.....</i>	217
A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL <i>Joseane Ledebrium Gloeckner.....</i>	24
RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA POR ERRO DE DIAGNÓSTICO <i>Paloma Mendes Campos.....</i>	273

APRESENTAÇÃO

A décima quarta edição desta Revista, seguindo a ideia de incentivar o diálogo interdisciplinar entre o Direito e as demais ciências, apresenta oito textos, que iniciam destacando a importância da Defensoria Pública na garantia do acesso à justiça, bem como transitam por assuntos constitucionais, penais e cíveis.

O autor Rodrigo Ribeiro Nunes, no artigo “A Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul como órgão de acesso gratuito à Justiça e sua visão pelo assistido Rio-Grandino”, disserta sobre o conceito e a evolução histórica do vocábulo “justiça”, bem como discorre quanto ao acesso à Justiça e suas limitações, estabelecendo uma diferenciação entre acesso gratuito e assistência jurídica gratuita. Neste compasso, traça o perfil da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, instituição com a atribuição constitucional, dentre outras, de assistir juridicamente os necessitados, a partir de análise da percepção do assistido, em diversos aspectos, junto à Defensoria Pública de Rio Grande.

Ainda no âmbito constitucional, Renata Borba Reckziegel e Marcelo Schenk Duque, com o texto “O princípio constitucional de igualdade de direitos entre homens e mulheres e uma análise crítica ao assédio sexual em locais públicos”, analisam a concretização do princípio constitucional de igualdade de direitos entre homens e mulheres e concluem que, apesar dos avanços significativos na legislação brasileira no sentido de concretizar a igualdade constitucional

de direitos, faz-se necessária ainda a edição de lei específica para as situações de assédio sexual público, como incentivo à mudança de comportamento em nossa sociedade.

Partindo para o direito comparado, Fernando Vogel Cintra, no texto “Fundamentos do controle jurisdicional de políticas públicas no direito brasileiro: uma perspectiva comparada a partir do direito alemão”, pretende contribuir para o esclarecimento dos fundamentos dogmáticos e doutrinários do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil e na Alemanha, tomando como ponto de partida o exame de aspectos fundamentais da ordem jurídica de cada um desses países.

Angelita Maria Maders e Rosângela Angelin, com o artigo “A redução da idade da maioridade penal frente à responsabilidade social e aos direitos humanos”, abordam atual e relevante tema, pontuando os argumentos contrários e favoráveis à redução da idade da maioridade penal apontados na mídia, visando a efetividade dos direitos humanos e demonstram que a redução pretendida nada mais é do que uma forma de *limpeza social*, demonstrando-se ineficaz no combate à violência e à criminalidade, o qual passa pelo comprometimento e responsabilização do Estado e da sociedade.

Seguindo na esfera penal, apresento artigo de minha autoria, intitulado “O delito de aborto e a sua configuração no projeto de reforma do Código Penal”, no qual traço breves considerações acerca deste delito no Código Penal vigente e trago a lume decisão do Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que, dando interpretação conforme a Constituição,

entendeu por não criminalizar a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia. Por fim, ingresso na doutrina dos deveres de proteção dos direitos fundamentais, expondo a configuração do delito de aborto no Projeto de Reforma do Código Penal, primeiro de acordo com o Relatório Final entregue pela Comissão de Juristas ao Senado Federal, em junho de 2012, e, após, conforme Relatório aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, em dezembro de 2014, sempre tendo por norte a proteção dos direitos humanos fundamentais via Direito Internacional.

Na mesma senda, o autor Douglas Roberto Winkel Santin, em “A (A)tipicidade penal do chamado “furto de sinal de tv a cabo” à luz do direito brasileiro”, visa demonstrar a atipicidade desta conduta, a partir de análises acerca dos aspectos gerais do delito de furto e do furto de energia, da regulação sobre a captação não autorizada de sinal de TV a cabo e da discussão acerca da tipicidade penal da referida conduta.

Adentrando em matéria de trato diário por parte dos Defensores Públicos do País, a autora Joseane Ledebum Gloeckner, por meio do artigo “A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde”, disserta sobre a possibilidade de utilização do argumento da reserva do possível pelo Poder Judiciário nas ações em que esteja em causa o direito fundamental à saúde, avaliando cada um dos limites impostos pela reserva do possível: fático, jurídico e de razoabilidade e até que ponto estas restrições podem interferir na efetivação dos direitos fundamentais prestacionais e especialmente no direito à saúde.

Encaminhando-nos para o final desta edição, Paloma Mendes Campos, no texto “Responsabilidade civil médica por erro de diagnóstico” questiona a responsabilidade civil do médico enquanto profissional liberal, precipuamente no que tange ao erro de diagnóstico.

Esperamos que a presente Revista seja mais um instrumento para qualificação da missão constitucional da Defensoria e dos operadores do direito comprometidos com a ampliação das condições de acesso à justiça em nosso País, com a educação em direitos e a promoção dos Direitos Humanos.

MARIANA PY MUNIZ CAPPELLARI
DEFENSORA PÚBLICA
COORDENADORA DA REVISTA DA DEFENSORIA

A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL COMO ÓRGÃO DE ACESSO GRATUITO À JUSTIÇA E SUA VISÃO PELO ASSISTIDO RIO-GRANDINO

Rodrigo Ribeiro Nunes¹

RESUMO: O presente trabalho aborda o tema “A Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul como órgão de acesso gratuito à justiça e sua visão pelo assistido rio-grandino”. Disserta-se acerca do conceito e evolução histórica do vocábulo “justiça”, do latim *iustitia*, bem como a respeito do acesso a tal e suas limitações, passando ainda a uma diferenciação entre este acesso gratuito e assistência jurídica gratuita. Nessa linha, entendendo a Defensoria Pública como instituição estatal incumbida de assistir juridicamente os necessitados, traça-se aqui o seu perfil. Encerra-se através da análise dos dados obtidos em pesquisa de campo realizada de forma quantitativa, demonstrando-se assim a percepção do assistido em diversos aspectos referentes à instituição.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça. Defensoria Pública. Assistido.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da Justiça. 2.1. Acesso e suas Limitações. 2.2. Diferença entre Acesso à Justiça e Assistência Jurídica. 3. Da

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande. Pós-Graduando em Direito Tributário pela Escola Superior da Magistratura Federal do RS. Assessor de Juiz de Direito na Vara Criminal do Foro da Comarca de Osório/RS.

Defensoria Pública. 3.1. Princípios Institucionais e Área de Atuação 3.2. O Defensor e o Advogado. 4. Do Assistido. 4.1. Da Sua Condição de Hipossuficiência e do Direito à Assistência Jurídica/Judiciária Integral. 4.2. Metodologia. 4.3. A Visão do Assistido Rio-Grandino sobre a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. 4.4. A Visão do Assistido Rio-Grandino sobre a Justiça. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Para quem e a que preço os sistemas jurídicos funcionam?

Até pouquíssimo tempo atrás – meados dos séculos XVIII e XIX² –, o direito ao acesso à justiça era apenas um direito formal do indivíduo, uma vez que o Estado era passivo e somente os que pudessem arcar com os custos poderiam ingressar em juízo, enquanto aqueles que não detinham recursos eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte.

O pronome “aqueles” supracitado refere-se no presente estudo à figura do assistido – pertencente à classe dos hipossuficientes que correspondem a nada menos do que 71,9% de toda a população trabalhadora brasileira³ – para o qual o Estado tem o dever de trabalhar uma política social que pressupõe o acesso igualitário, efetivo e de qualidade à justiça.

² MELO, Larissa Wayne Torres de. *A Defensoria Pública como meio de acesso do cidadão à justiça*. Universidade de Fortaleza. Centro de Estudos Jurídicos, 2007, p. 9.

³ FONTE: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2009. Algo em torno de 136 milhões de brasileiros. Disponível em http://www.ibge.gov.br/brasil_em_sintese/tabelas/trabalho_classe.htm Acesso em 02/07/2012.

Uma das principais conquistas sociais nos estados democráticos é a constitucionalização do direito de acesso à Justiça, com o correlato dever do poder público de prestar assistência jurídica integral e gratuita àqueles que não puderem pagar honorários de advogado e custas judiciais. Com papel social indiscutível, a Defensoria Pública (do Estado ou da União) encabeça o personagem principal na efetivação de tal direito, sendo a porta de entrada do indivíduo carente de recursos financeiros para alcançar a prestação jurisdicional constitucionalmente adquirida.

Instituição permanente e indispensável para fazer atuar a vontade popular, em prol de uma dignidade social e humana mínimas a todos os cidadãos carentes, ela vem justamente no contrapé da corrente neoliberal em expansão – já evidenciada pelos escritos de Marx e Engels –, ou seja, faz crescer a presença do Estado bom, no sentido de benevolência, acolhendo aqueles que foram excluídos por esse atroz sistema financeiro.

As transformações direcionaram-se no sentido de reconhecer os *direitos e deveres sociais* dos Estados, das comunidades e dos indivíduos. Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1998) advertem que o direito não pode ser visto como um sistema auto-suficiente, autônomo, mas sim como parte integrante de um complexo ordenamento social, no qual o Direito não pode se realizar isolado da economia, da moral e da política.

A Defensoria Pública trabalha não só para a concretização de uma ordem jurídica justa no que tange ao acesso, mas também ao fim da tutela jurisdicional, ou seja, em primeiro lugar, procura-se possibilitar a garantia de reivindicar direitos e resolver litígios, através dos órgãos

jurisdicionais acessíveis igualmente a todos para este fim. Em segundo, tem-se a noção de que os resultados sejam socialmente justos, tornando efetivo os direitos dos indivíduos.

Nesta seara, surgem alguns questionamentos pertinentes a serem respondidos no trabalho, tais como:

a) Como está a crença na justiça brasileira, de maneira geral, por parte dos assistidos rio-grandinos?

b) A Defensoria Pública garante o acesso gratuito à justiça de qualidade para os cidadãos, na visão do próprio assistido rio-grandinos?

c) A Defensoria Pública está preparada relativamente à sua infraestrutura, composição, disponibilidade de tecnologia e de pessoal para atender à atual demanda rio-grandina?

d) Quais as perspectivas futuras para o crescimento da instituição, considerando para tanto a visão do assistido nos dias de hoje?

Para que o objetivo deste estudo fosse alcançado, utilizou-se de dados quantitativos obtidos através de uma pesquisa descritiva, ou seja, não obstante o embasamento teórico, acreditamos que a pesquisa de campo é o meio mais eficaz de promover uma real visualização do problema para, posteriormente, minimizá-lo ou, quem sabe, erradicá-lo.

Vivemos num país em que a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais são objetivos a serem alcançados pelo Estado Democrático do Direito. No tocante ao acesso à Justiça, o fortalecimento da Defensoria Pública é o principal caminho a ser percorrido para garantir o combate à pobreza e a miséria, pois são os Defensores os agentes mais próximos desse público.

Hodiernamente, o estudo jurídico ainda é voltado mais para questões formais e dogmáticas em detrimento dos problemas reais do sistema judiciário, tais como a diferença entre os litigantes no acesso prático ao sistema e a disponibilidade de recursos para enfrentar o litígio. Ainda há estudiosos do Direito e integrantes do sistema judiciário que se encontram afastados das dificuldades reais da população, e chegam a ignorar as preocupações relativas ao acesso efetivo à ordem jurídica justa.⁴

Salientemos a tempo que todo o trabalho aqui desenvolvido se deu a respeito da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Unidade de Rio Grande/RS, situada na Rua Benjamin Constant, n° 212, Centro.

2 DA JUSTIÇA

Ao pensarmos na palavra justiça, invariavelmente vêm-nos à cabeça a reflexão dualista do certo e errado. Aprofundando o pensamento, historicando-o, percebe-se, de pronto, a impossibilidade de uma conceituação concreta e imutável do vocábulo, vez que este sempre parte de conjecturações pré-concebidas pelo homem daquilo que cada um, dentro de seu contexto histórico, cultural, filosófico e religioso, entende por concessão do direito ao próximo.

Basta, para verificarmos tais argumentos com clareza, que nos façamos a seguinte idealização: imaginemos uma sociedade em que o ato de estuprar um estuprador seja considerado legítimo, ou seja,

⁴ D'ARCE, Carolina Decco Correia. *Poder judiciário brasileiro: os desafios para o acesso à justiça e a efetiva prestação jurisdicional*. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. São Paulo, 2004, p. 82.

legitima-se com posterior violência (do Estado legitimante) um fazer anteriormente violento (do indivíduo). Daí se afirmar, com boa dose de acerto, que, ao fechar-se tal ciclo, fez-se justiça.

Diferentemente, ao transpormos o raciocínio supra para a nossa realidade, a brasileira, sabemos não ser legítima a lei de Talião. Contudo, sabemos, igualmente, que não se pode generalizar esta máxima a todo consciente coletivo. Daí ser tão complexa a conceituação de justiça, como veremos a seguir.

Aventurando-se nesta seara, Nalini (2008, p. 34) afirma ser inviável, e não por falta de tentativas, a conceituação satisfatória de justiça. Filósofos e juristas empenharam-se – e ainda se empenham – em fornecer os lineamentos dessa virtude que é também expressão de soberania estatal, serviço público e anseio perpétuo de toda a humanidade.

Na república platônica (PLATÃO, 2006), justiça é a relação harmônica das três virtudes fundamentais que devem regular a alma: a temperança, a coragem e a sabedoria. É a justa medida, na qual a temperança representa a sensibilidade regulamentada segundo a justiça, a coragem é a justiça da vontade e a sabedoria é a justiça do espírito.

Já seu discípulo, Aristóteles, no livro V da sua famosa obra *Ética* a Nicômaco, dedicado à questão da justiça dos homens, instiga de maneira sagaz o leitor ao deduzir que, no que diz respeito à justiça e à injustiça, temos que investigar de que espécie de ações elas precisamente se ocupam, em que sentido a justiça é a observância de um meio e quais são os extremos entre os quais o que é justo é um meio (ARISTÓTELES, 2006, p. 103).

Para ele, há duas formas de justiça em que a igualdade se manifestava de duas formas: a justiça comutativa (*iustitia commutativa*) e a justiça distributiva (*iustitia distributiva*), de acordo com a proporcionalidade entre a prestação e a contraprestação conduzida pelo indivíduo em si.

Vê-se aqui uma concepção arcaica dos pressupostos de definição do vocábulo justo/injusto e, ao mesmo tempo, contemporânea, porque plenamente justificável pelo *modus vivendi* da sociedade pós-moderna, em que o Estado “busca” dar a cada um o que lhe é devido na tentativa de tratar desigualmente os desiguais e igualmente os iguais. Exemplo máximo disso na seara do direito pátrio é o ramo tributário e o princípio da capacidade contributiva e tributos progressivos, como o Imposto de Renda.

Contudo, esse conceito, também partilhado por Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino (AQUINO, *apud* NALINI, 2008, P. 34), gera um círculo do qual não há tangente. Dizemos isso com base nos estudos de Hans Kelsen, que afirma o caráter interessante, porém perigoso de enxergarmos a justiça dessa forma, fundamentada na tautologia vazia do postulado “a cada um o que lhe é devido”, pois demonstra a possibilidade ilimitada de usar essa fórmula para absolutamente qualquer propósito, como a negação a um Direito pelo próprio Direito (KELSEN, 2010. p. 134/135).

Isso é sentido como uma chaga que assola as sociedades contemporâneas, especialmente países como o Brasil, Colômbia, Guatemala e El Salvador⁵, onde os índices de violência são os mais altos do mundo. Queremos dizer aqui, a título de exemplo, que a

⁵ Fonte: <<http://mapadaviolencia.org.br/>>. Acessado em 02/10/2012.

própria dogmática jurídico-penal utiliza-se de ferramentas, como o discurso da segurança, para legitimar as práticas punitivas de um Estado cada vez mais encarcerador, relegando a discussão do direito penal ao reducionismo de praxe e afirmando fazer justiça, sem, contudo, podermos concluir de maneira diversa, pois o próprio povo (em parte) muitas vezes afirma que se fez justiça. Os casos midiáticos estão aí para corroborar com a tese.

Do ponto de vista filosófico, o sentimento de Justiça é intrínseco à consciência humana. Para os jusnaturalistas, que acreditavam na existência de direitos naturais anteriores ao Estado, o direito estabelecido pelo contrato social não era mais que a positivação desses direitos, e para os que não admitiam direitos naturais pré-estatais, como Hobbes em sua famosa obra “*Leviatã*” (2006), a segurança de que o governante faria tudo em prol do bem comum estava no princípio de obediência ao contrato (*pacta sunt servanda*).

Levando-se em consideração que vivemos de acordo com a concepção Rosseauniana, importa salientarmos os estudos do professor emérito de filosofia da universidade de Harvard, John Rawls (1996), que vê a justiça como a virtude primeira das instituições sociais, propondo uma alternativa para substituir o artifício contratualista do pacto social pelo que denomina posição original.

Através do método intuicionista, os indivíduos escolheriam dois princípios de justiça aplicáveis à estrutura básica da sociedade que constituiriam o norte da definição do que seria, ou não, justo. Expliquemos: Rawls elabora sua teoria da justiça como equidade diferenciando-a do utilitarismo clássico, do perfeccionismo e do contratualismo.

Rawls afirma que cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras, e que as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos (1996, p. 64).

Em seu interior, o indivíduo estabelece determinado *modus operandi*, de forma original e autônoma, de convivência dentro do contrato social no âmago de se relacionar harmoniosamente com o seu próximo, e, assim, não invadir/deturpar/corroer o direito alheio.

Seguindo esse raciocínio, surge para nós a questão de como se ordenar corretamente no sentido de buscarmos essa harmonia dos justos. Assim, como na regulação de interesses, achamo-nos confrontados, principalmente no que se refere ao comportamento e à decisão, com a possibilidade fática de escolher entre várias alternativas e, ao mesmo tempo, com a tarefa de fazer essa escolha de forma “correta”, ou seja, de acordo com princípios que se justificam, que podem ser defendidos de forma fundamentada (ZIPPELIUS, 2006. p. 41).

É claro que podemos abrir um novo leque de interpretações, desta vez com relação à expressão “forma fundamentada”, eis que determinada fundamentação pode parecer “quadrada” para uns e “redonda” a outros.

Certo é que consensos existem, especialmente no mundo jurídico, que dependem de uma análise deveras mediana das situações, sempre levando em consideração a evolução das

sociedades. Daí ser o Direito uma ciência tão volátil, sucessora da filosofia e sociologia.

Exemplo disso é que até mesmo nas circunstâncias de calamidade e guerra há modelos de questões de justiça e modelos consensuais. São as chamadas leis ultra-ativas, que produzem efeitos mesmo após a perda de sua vigência, regulamentadas pela Magna Carta de 1988, art. 21, XVIII, de competência da União, como mero exemplo de causa.

Esse consenso remete-nos à ideia de opinião pública, genericamente falando. Essa opinião pública, alma coletiva, não é apenas uma simples soma das almas individuais, mas possui características próprias que a distinguem destas, pois se agregam e modificam-se reciprocamente enquanto se misturam e se fundem numa alma comum. Deve existir, assim, um pensamento comum da sociedade, e porque não, de justiça, considerado em si como diferente dos pensamentos individuais (MALATESTA, 2003, p. 93)

Mas qual a importância do consenso na esfera jurídica? Toda. Por quê? Para a manutenção da segurança jurídica, de uma justiça pré-concebida e ratificada pela maioria. A justiça e a segurança jurídica são dois valores essenciais a serem preservados na ordem jurídica, sendo a proporção do máximo de justiça e o máximo de segurança jurídica o sistema jurídico ideal (HERKENHOFF, 2000. p. 100). Contudo, para ele, a segurança que a lei mais frequentemente assegura é a proteção das próprias classes que a fizeram, os legisladores.

Para enfrentarmos tal problemática de maneira a incluir os oprimidos no universo da justiça, os hipossuficientes, diante da natureza individualista do humano, Herkenhoff propõe uma reflexão em

sua obra *“Como aplicar o direito”*. Vejamos:

“O oprimido deve ser agente de sua própria libertação. Uma Justiça paternalista não se ajusta a essa visão. Uma justiça aberta ao oprimido viabiliza uma libertação parcial, ou seja, as injustiças que possam ser vencidas com o instrumental legal existente. A busca da Justiça, pelo oprimido, implica conscientização de sua condição de oprimido. A justiça posta pelo opressor não pode servir ao oprimido. A Justiça não pode estar vinculada ao opressor. Uma Justiça popular pode ser libertadora, na medida em que a libertação possa ser feita através do instrumental legal. Com mais frequência, a lei sanciona a opressão. A proporção que o oprimido possa ter participação na feitura da lei, a lei pode viabilizar reivindicações dos oprimidos e representar uma superação das situações de opressão. Será o caminho da libertação pela pressão”. (1997, p. 134).

Assim, é possível notar uma transformação na ideia de justiça, agora calcada no conceito de que cabe à lei definir o que é justo e injusto, ou seja, justo é o que está permitido em lei, e injusto o que está proibido. É bom que se indique que o conceito de Justiça não pode derivar de experiências jurídicas, pela simples razão de que a Justiça não pressupõe a experiência jurídica, mas, ao contrário, o direito é que pressupõe a ideia de justiça.

Não obstante a toda doutrina clássica sobre o assunto, interessa-nos em maior grau, no presente trabalho, a ideia de direito como justiça social, justiça do bem comum. Ressalta-se aqui o utilitarismo, os direitos humanos (reconhecidos a passos curtos em âmbito internacional), os direitos fundamentais da carta política brasileira de 1988, a síntese das justiças das necessidades e oportunidades daqueles que não têm o mínimo garantido pelo Estado neoliberal tristemente em expansão.

Arthur Kaufman (2008, p. 243/279) relata a necessidade de se compreender o direito social como um “sistema aberto” abrangido pelos princípios da subsidiariedade, do direito de resistência, da desobediência civil – e aqui se evoca a magnífica obra homônima de Henry David Thoreau⁶ –, do pluralismo, da sociedade de risco, da bioética, e, ainda, da tolerância, pelos quais, ainda que inconscientemente, passa toda a doutrina filosófica clássica que buscou e busca um delineamento para o conceito de justiça.

2.1 ACESSO E SUAS LIMITAÇÕES

Após uma análise a respeito dos institutos definidores do conceito de justiça, e concluindo pelo viés de que em qualquer Estado que se diz democrático de direito a justiça deva ser um direito, partiremos à busca do que se entende por acesso a esse direito, tarefa não menos árdua da qual se desincumbiram tantos teóricos aqui citados quando escreveram sobre o que é justiça. Ou alguém se atreve, a título de exemplo, a afirmar que houve acesso igualitário à justiça no recente e famoso caso de desapropriação imobiliária ocorrida na região conhecida como Pinheirinho, em 2012, na cidade de São José dos Campos, São Paulo?⁷

Não raro, ao conjecturarmos sobre esse conceito, conosco mesmos ou em debate, e confrontarmos com toda base teórico-prática dispendida a nós em toda a trajetória acadêmica, conclui-se, mesmo que de forma epidérmica, não ser possível o alcance à justiça por todos

⁶ THOREAU, Henry David. *A desobediência Civil*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

⁷Disponível em <<http://fotografia.folha.uol.com.br/galerias/6101-desocupacao-da-favela-pineirinho#foto-14678>> Acesso em junho de 2012.

dentro da sociedade. Em outras palavras, diz-se que a atenção a uma das espécies de justiça poderá excluir a outra, atendendo-se ora a justiça do caso concreto, ora à justiça social. Um paradoxo difícil de ser enfrentado.

Falando em tendências do direito e da justiça no mundo contemporâneo, Mauro Cappelletti (2008, p. 379/382) cria o conceito de dimensões de justiça, apontando três que seriam essenciais para a compreensão do mecanismo, sendo a primeira a dimensão “constitucional”, que consiste na busca dos valores fundamentais que muitos ordenamentos modernos os elevam à força de *lex superior*, vinculando o próprio legislador (ordinário); a segunda, “transnacional”, quer dizer a tentativa de superar os rígidos critérios das soberanias nacionais com a criação de um governo transnacional, exemplificando o instituto com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948; e, por fim, a terceira e mais relevante para o presente estudo, denominada “justiça social”, manifestando-se no direito de acesso à justiça.

Na abordagem do tema do acesso à justiça, Cappelletti esmiúça os alicerces do mesmo, juntamente com Bryant Garth, na obra homônima. Para ambos, a expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (1998, p. 08).

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito

fundamental de um sistema jurídico e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos. É levar, assim, no sentido mais literal da palavra, os direitos a sério, como Dworkin (2010) massivamente expõe em seu livro intitulado “*Levando os direitos a sério*”.

No que diz respeito ao aspecto técnico, Maria Helena Campos de Carvalho (2005, p. 167) define acesso à justiça como um direito de todos os cidadãos que, aliado ao princípio da igualdade perante a lei, lhes garante o acesso ao órgão do Estado, através do Poder Judiciário, para reclamar de lesão ou ameaça de lesão a seus direitos. É uma das características essenciais do estado de direito, constituindo obrigação do Estado torná-lo efetivo.

Sendo então um dever para o Estado, toma a forma de direito e garantia para o cidadão. No âmbito brasileiro, o acesso à justiça é um direito fundamental tutelado pelo Estado, conforme o preceito do art. 5º, incisos XXXV e LXXIV, da Constituição Federal.

Nesse diapasão, o Brasil é classificado como Estado Democrático de Direito, onde as liberdades e os direitos individuais e coletivos são garantidos desde 1988, tendo no judiciário a instituição política encarregada de prestar serviços no sentido de efetivar os direitos positivados no ordenamento pátrio. Numa visão axiológica da expressão “acesso à justiça”, abrange ela o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o cidadão. Não é possível encará-la de maneira vazia.

No tocante aos pobres, desprovidos financeiramente de arcar com custas processuais, honorários advocatícios, e, principalmente, com o ônus contratual de um procurador constituído, existe toda uma

estrutura para atendê-los no âmbito de lavá-los até esse poder cuja “ferramenta de trabalho” foi amplamente discutido nas linhas de Montesquieu. É nesse ínterim a promulgação das Leis 9.099/1995 e 10.259/2001, criadoras do Juizado Especial Cível e Criminal e o Juizado Especial Federal, respectivamente.

Trata-se, portanto, de serviço posto à disposição do cidadão, tendo como escopo facilitar o acesso à justiça dos hipossuficientes. Nas palavras de Maria Helena Campos de Carvalho (2005, p. 174), a grande vantagem que tem o cidadão, ao optar por esse sistema, é o cuidado pessoal e mais célere do seu problema.

Sob essa óptica, surge a necessidade de destacarmos a importância do processo judicial, que é o meio hábil ao acesso à Justiça positivada, podendo ser entendido esse acesso através dele como a possibilidade de ingresso de um maior número de pessoas na demanda, defendendo-se adequadamente, nos termos do devido processo legal e do princípio do contraditório, sempre buscando uma solução justa.

Percebe-se então o caráter instrumental do acesso à justiça, fazendo-se mister a existência de mecanismos geradores da efetividade do processo, cuja realização verifica-se por intermédio de instrumentos que possibilitem a consecução dos objetivos pelo demandante ou demandado, dentro de um período de tempo razoável e compatível com a complexidade do litígio, proporcionando ao beneficiário da medida a concreta satisfação do escopo perseguido, sempre respeitando os limites do contraditório e ampla defesa.

Ad argumentandum, não se pode aplicar ao significado de acesso à justiça a mesma acepção e substância que ao de Poder

Judiciário, tornando-se sinônimas as expressões acesso à Justiça e acesso ao Poder Judiciário, pois seria o mesmo que confundir processo e procedimento, conceitos bastante discutidos no âmbito do direito processual civil e que, embora antagônicos, extremamente complementares.

Interessante, neste ponto do trabalho, evocar o entendimento de José Cichock Neto (1999, p. 61), que afirma a expressão *acesso à justiça* como englobante de um conteúdo de largo espectro: parte da simples compreensão do ingresso do indivíduo em juízo, perpassa por aquela que enfoca o processo como instrumento para a realização dos direitos individuais, e, por fim, aquela mais ampla, relacionada a uma das funções do próprio Estado a quem compete, não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico mas, outrossim, proporcionar a realização da justiça aos cidadãos.

No mesmo sentido – e acertadamente com o nosso entendimento ampliativo e combatente ao discurso reducionista – Horácio Wanderlei Rodrigues (1994, p. 41), aduz que o acesso à justiça não é simplesmente o acesso aos órgãos do Poder Judiciário, e sim, num conceito mais largo, é o acesso à ordem jurídica justa, ou seja, a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.

Certo é que o efetivo acesso à Justiça não deve ser encarado apenas como resultado da análise dos argumentos jurídicos apresentados pelas partes no universo processual, mas principalmente deve-se levar em consideração as diferenças sociais *lato sensu* entre essas partes. Mauro Cappelletti e Bryant Garth são enfáticos ao afirmar que as diferenças entre as partes não podem jamais ser

completamente erradicadas, trabalhando três grandes obstáculos ao acesso efetivo à Justiça, quais sejam (1) as custas judiciais, (2) a possibilidade das partes e (3) os problemas especiais dos direitos difusos.

No que tange ao problema das custas, acreditamos não ser o cerne da questão, haja vista o entendimento jurisprudencial brasileiro pacífico de que basta declaração de pobreza para que o indivíduo hipossuficiente tenha acesso gratuito à justiça nos trâmites processuais.

Nesse sentido, colaciona-se aqui entendimento pacífico da Corte gaúcha:

AGRAVO INTERNO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE PROVAS. **O instituto da AJG se destina a deferir a benesse legal àqueles que efetivamente não têm condições de arcar com as custas processuais, sem comprometimento do próprio sustento, a fim de lhes possibilitar o acesso à Justiça.** Uma vez indeferido o benefício, incumbe ao postulante provar, inequivocamente, a condição de pobreza e/ou de necessidade firmada quando do requerimento do benefício. Ante a ausência de provas, resta indeferido o benefício. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME. (Agravo Nº 70048075964, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ergio Roque Menine, Julgado em 12/04/2012) [grifo nosso]

Na mesma esteira, o Egrégio STJ:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE DE REQUERIMENTO NO CURSO DO PROCESSO. ART. 6º DA LEI 1.050/1950.

1. **A Lei 1.060/1950, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, regulamentou o benefício da gratuidade de justiça, garantindo aos menos favorecidos o direito ao acesso à justiça e à tutela jurisdicional em situação material de igualdade, isentando-os das despesas do processo.**

2. O pedido de gratuidade de justiça pode ser formulado no curso do processo (art. 6º da Lei 1.060/50), aplicando-se tão somente às despesas processuais vindouras, vedada a hipótese de retroatividade.

3. No caso em exame, a recorrente requereu, em petição apartada, a concessão da gratuidade de justiça por ocasião da interposição da apelação, visando à obtenção da isenção do pagamento das despesas com o preparo do recurso, o que se configura prática legítima, tanto que deferido o benefício pelo Juízo singular por ocasião do recebimento da apelação.

4. Recurso especial provido, determinando-se a remessa dos autos ao tribunal de origem para análise da apelação. (REsp 903779 / SP. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. T4 - QUARTA TURMA. 17/11/2011) [grifo nosso]

Restam então os pontos dois e três da teoria supracitada, sendo relevante aqui discorrer, ainda que brevemente, no capítulo destinado ao estudo da Defensoria Pública e sua luta pela garantia desse direito, sobre a problemática da possibilidade das partes, dentro do universo financeiro, pois entendemos ser essa a maior preocupação nesse sentido em âmbito nacional.

2.2 DIFERENÇA ENTRE ACESSO À JUSTIÇA E ASSISTÊNCIA JURÍDICA

Após discorrermos sobre as nuances que permeiam o acesso à justiça, é preciso que se diga que acesso não se confunde com assistência. Esta última é dispensada pela Defensoria Pública, num primeiro momento, buscando, num segundo momento, o acesso do cidadão à justiça.

A palavra *assistência* tem o sentido de auxílio, ajuda. *Assistir* significa auxiliar, acompanhar, estar presente. *Assistência* nos traz a ideia de uma atividade que está sendo desempenhada, de uma prestação positiva. E, nesse sentido, por assistência judiciária deve ser

entendida a atividade de patrocínio da causa, em juízo, por profissional habilitado.

A gratuidade processual é uma concessão do Estado, mediante a qual este deixa de exigir o recolhimento das custas e despesas, tanto as que lhe são devidas como as que constituem crédito de terceiros. A isenção de custas não pode ser incluída no conceito de *assistência*, pois não há a prestação de um serviço, nem desempenho de qualquer atividade; trata-se de uma pessoa assumida pelo Estado (MARCACINI, 1999, p. 33)

Teçamos então alguns argumentos sobre essa diferenciação. Por lógico, se pensarmos apenas sob a óptica epistemológica dos vocábulos “acesso” e “assistência”, descontextualizados, como muitos teóricos se dispuseram a fazer, pode-se concluir de forma genérica a respeito de seu significado. Contudo, nossa intenção aqui é a de alumiar o entendimento de maneira efetiva.

Assim, essa diferença se torna simples ao imaginarmos um cego tentando atravessar uma avenida extremamente movimentada, com alto fluxo de veículos automotores. Por interpretação analógica, o cego pode ser considerado o cidadão pobre, hipossuficiente, sem dinheiro para dar “vida” à sua ação judicial. Então, na impossibilidade de seguir o seu caminho pela rua, surge alguém disposto a lhe ajudar, a dar-lhe assistência. Eis que o cego, com a ajuda dispensada a si, segue o curso de sua caminhada.

Ora, o acesso ao outro lado da rua sempre esteve desobstruído fisicamente. Inúmeras pessoas passam por ali o tempo todo. Ocorre, contudo, que para o cego não bastou apenas a situação concreta de acesso ao lado oposto da rua. Necessitou de um auxílio sem o qual

seria impossível alcançar seu objetivo.

Nesse passo, a assistência jurídica significa, então, todo e qualquer auxílio jurídico voltado para o necessitado, principalmente no que diz respeito ao aconselhamento preventivo, procurando eliminar o germe do conflito de interesses que, se não resolvido, chegará aos Tribunais. É, acima de tudo, um serviço jurídico consultivo ao hipossuficiente, com ampla orientação, assegurando cidadania, dignidade, o respeito à pessoa humana, bem como garantindo que a desigualdade social não seja fator de opressão.

O Estado, ao garantir a assistência jurídica, propõe, acima de tudo, a promoção da proteção social do necessitado. Não se trata apenas de uma assistência judiciária, que tem por objeto somente a isenção das despesas oriundas do processo.

Em importante estudo a respeito da Defensoria Pública e a problemática aqui exposta, Thiago Rodrigues do Vale (2009, p. 39), de forma muito acertada com nosso entendimento, diz que a assistência judiciária consiste na prestação de serviços jurídicos que, não se limitando ao patrocínio gratuito de uma causa, buscam informar, prestar consultoria e orientar a comunidade. Trata-se, com efeito, de uma atividade a ser proporcionada pelo Estado, não só no âmbito judicial ou administrativo, com intuito de conscientizar sobre seus direitos e a forma de assegurá-los. Nesse sentido:

ACAO CIVIL PUBLICA. MINISTERIO PUBLICO. RODEIO BONITO. **DEFENSORIA PUBLICA**. LEI COMP. Nº 9230/91. **INSTALACAO E MANUTENCAO DE SERVICO DE ASSISTENCIA JURIDICA AOS NECESSITADOS**, POR DETERMINACAO DO PODER JUDICIARIO, FACE A OMISSAO DO PODER EXECUTIVO. PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA DA ADMINISTRACAO PUBLICA.

DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR. INVASAO DE COMPETENCIA. ASSISTENCIA POR APARTE DE CAUSIDICOS MILITANTES. PREVISAO LEGAL. APELO IMPROVIDO. SENTENCA CONFIRMADA. (Apelação Cível Nº 70004823894, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vasco Della Giustina, Julgado em 25/09/2002) [grifo nosso]

AJG. **ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA. DEFENSOR DATIVO. É garantia fundamental e constitucional de todos os cidadãos o acesso à justiça, cabendo ao Estado o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, mormente quando não efetivados os serviços da Defensoria Pública** na respectiva Comarca, caso em que caberá a nomeação de Defensor Dativo pelo Juiz. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70002267417, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 05/04/2001) [grifo nosso]

Afirma ainda que a mesma, além de englobar a assistência judiciária, abrange outros serviços jurídicos não relacionados ao processo, tais como a orientação e o esclarecimento. Assistência jurídica, portanto, tem conceito mais abrangente permitindo a consultoria e atividade jurídica extrajudicial em geral.

Em importante julgado do STJ a respeito do dever do Estado em fornecer o exame de DNA àqueles que não o podem custear, o Relator, Ministro Dias Toffoli, arguiu a assistência jurídica aos necessitados como um dever constitucionalmente imposto ao Estado brasileiro por força do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, e sem o qual se mostra irrealizável a concretização igualitária, do ponto de vista material, e não apenas formal, da garantia do acesso à tutela jurisdicional efetiva (CF, art. 5º, XXXV)⁸, deixando claro que o acesso à

⁸TOFFOLI, Dias. Recurso Extraordinário 363.889. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>>. Acesso em 19/04/12.

justiça só ocorre a partir da assistência jurídica primeiramente dispensada ao indivíduo.

3 DA DEFENSORIA PÚBLICA

Ampliando-se cada dia mais, o campo da atividade humana cria situações mais complexas, faz surgirem novos direitos nas relações sociais, suscita conflitos até então desconhecidos e convoca a justiça a enfrentar uma tarefa cada vez mais vasta, cada vez mais variada.

Nesse contexto social, ainda que tardiamente, surge a necessidade de fortalecimento de uma entidade estatal voltada às lacunas na assistência judiciária gratuita e de qualidade aos hipossuficientes, denominada Defensoria Pública.

Hodiernamente, após inúmeras reflexões, o Brasil conquista uma posição democrática de profunda valorização da assistência jurídica que segundo a Constituinte de 1988 deverá ser prestada por uma instituição independente, forte e livre das impregnadas “politicagens” partidárias. Uma instituição com seus membros proibidos de cobrar honorários e proibidos de exercer advocacia. O pobre passa ter expectativa, passa a ter em quem confiar de verdade sem que precise dispor de dinheiro. Visivelmente é um avanço social e anticapitalista (MARQUES, 2010, p. 03).

Uma das principais conquistas sociais nos estados democráticos é a constitucionalização do direito de acesso à Justiça, com o correlato dever do poder público de prestar assistência jurídica integral e gratuita àqueles que não puderem pagar honorários de advogado e custas judiciais. A Constituição Federal de 1988 consagra uma norma das mais

avançadas do mundo ao estabelecer que o Estado prestará assistência jurídica aos necessitados através de uma instituição especificamente criada para esse fim: a Defensoria Pública. Nesse sentido, dispõe a Magna Carta em seu art. 134 e parágrafos, e, conforme o Egrégio Tribunal gaúcho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PENHORA. INTIMAÇÃO. DEVEDOR REPRESENTADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR. CABIMENTO. **Entre as funções essenciais à Justiça prevista na Constituição Federal encontra-se a Defensoria Pública. O artigo 134 dispõe que a "Defensoria Pública é a 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".** [...] Precedentes do TJRS. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70046545455, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 28/03/2012) [grifo nosso]

Com efeito, a partir da reforma do judiciário através da Emenda Constitucional nº 45/2004, iniciou-se o extraordinário avanço da Defensoria Pública no âmbito legislativo, antes integrada ao poder executivo e sem autonomia administrativa ou financeira. Seguindo a tendência de maneira célere e elogiável, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul foi significativamente modificada pela Emenda Constitucional nº 50/2005, com vistas a se adequar à nova realidade federal.

Conforme a própria instituição, os Defensores Públicos são agentes políticos com formação em Ciências Jurídicas e Sociais, que ingressam na carreira com, no mínimo, dois anos de prática jurídica,

por meio de aprovação em um rigoroso processo seletivo de provas e títulos. Com o objetivo de levar a Justiça para todos os cidadãos, fortalecendo o princípio da igualdade e garantia da cidadania, foram conferidas aos Defensores Públicos as seguintes funções, nos termos do art. 64 da Lei Complementar 80/94:

“orientar, postular e defender os direitos e interesses dos necessitados, em todos os graus de jurisdição e instâncias administrativas; atender às partes e interessados; postular a concessão de gratuidade de justiça para os necessitados; promover a tentativa de conciliação extrajudicial entre as partes, quando cabível, antes de ingressar com a respectiva ação judicial; acompanhar e comparecer aos atos processuais e impulsionar os processos; interpor recurso para qualquer grau de jurisdição e promover Revisão Criminal, quando cabível; defender os acusados em processo disciplinar. A Defensoria Pública do Estado atua em matéria cível, penal e administrativa, na esfera judicial e extrajudicial, em todos os graus de jurisdição, exclusivamente perante a Justiça Estadual”¹

3.1 PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS E ÁREA DE ATUAÇÃO

Princípio, de acordo com o dicionário Houaiss (2009, p. 1552), quer dizer aquilo que serve de base para alguma coisa. É a causa primeira, proposição elementar e fundamental que serve como pilar de uma ordem de conhecimentos sobre os quais se apoia o raciocínio.

São princípios institucionais da Defensoria Pública, conforme previsão do art. 3º da Lei Complementar nº 80/94, a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Vejamos o comando: “art. 3º. São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a

¹ DPE do RS. Disponível em <http://www.dpe.rs.gov.br/site/institucional_atuacao.php>

indivisibilidade e a independência funcional.”²

Pelos princípios da Unidade e da Indivisibilidade, a Defensoria Pública corresponde a um todo orgânico, sob a mesma direção, mesmos fundamentos. A Defensoria Pública opera como um todo, de forma que não há facção ou fragmento. Como consequência, aos Defensores é permitido substituírem-se uns aos outros sem que haja solução de continuidade na prestação da assistência jurídica. Ressalte-se, contudo, que tal unidade não implica vinculação de opiniões (VALE, 2009, p. 37).

O princípio institucional da independência funcional consiste em dotar a Defensoria Pública de “autonomia perante os demais órgãos estatais”. Assim, suas funções institucionais podem ser exercidas inclusive contra as pessoas jurídicas de direito público das quais fazem parte como entes despersonalizados pelo fenômeno de direito administrativo da desconcentração e impede que seus membros sejam subordinados à hierarquia funcional, ficando os mesmos subordinados apenas à hierarquia administrativa, eliminando qualquer possibilidade de hierarquia diante dos demais agentes políticos do Estado, incluindo os magistrados, promotores de justiça, parlamentares, secretários de estado e delegados de polícia (MELO, 2007, p. 32).

Ainda, como uma instituição comprometida com a superação das desigualdades em face da valorização dos direitos humanos acima de quaisquer diferenças de ideologia, raça, religião ou classe social, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul atua nas mais variadas áreas jurídicas, inclusive nas mediatórias e conciliatórias.

² HEERDT, Cristiano; PRAETZEL, Adriana; COUTO, Rogério. (Org). *Legislação da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*. 1 ed. Porto Alegre: ADPERGS, 2011.

Trata-se de verdadeiro comprometimento social com os mais necessitados, sendo imprescindível aqui elencar o rol de situações em que atua, os quais sejam: I) Área Cível; II) Tutela Coletiva; III) Área Criminal; V) Área da Infância e Juventude; VI) Área de Execução Criminal; VII) Direitos Humanos; VIII) Violência Doméstica.³

Quanto à área cível, cumpre salientar, ainda, o caráter conciliatório da instituição, com a composição extrajudicial de litígios, formatando acordos, sem necessidade de audiência, que geram títulos passíveis de execução judicial no caso de descumprimento, bem como os plantões cíveis, que ocorrem com atendimentos aos casos de urgência nas áreas cível e família em sistema de plantão junto aos Foros, como, por exemplo, o ajuizamento de ações cautelares de internação compulsória, busca e apreensão de bens ou menores, dentre outras.

Ainda, em algumas comunidades, as Defensorias Públicas investem na alfabetização. Há cursos para crianças e adolescentes, idosos, pessoas com deficiência, mulheres, consumidores, pessoas que lutam por moradia digna, pequenos produtores rurais, entre outros. Muitas vezes, esses cursos contam com o apoio de psicólogos, assistentes sociais e entidades da sociedade civil organizada.⁴

Na área da tutela coletiva, a lei prevê também que a Defensoria Pública promova termos de ajustamento de conduta (acordos extrajudiciais com força legal) também na esfera coletiva, para garantir que as demandas dessa natureza sejam resolvidas rapidamente e sem

³ DPE/RS. Disponível em <<http://www.dpe.rs.gov.br/site/index1.php>>. Acesso em 16/04/2012.

⁴ Fonte: Cartilha da DPE. *Ensinar, prevenir e conciliar: Defensores Públicos pela garantia extrajudicial dos direitos*. Brasília: ANADEP, 2012.

necessidade de um processo judicial, tendo em vista a complexidade de determinados litígios coletivos e a demora na resolução dos mesmos.

Neste contexto, cumpre esclarecer que, não obstante os direitos humanos encontrarem-se em todas as esferas supracitadas, tal preocupação é encarada inclusive com tópico paralelo pela instituição, possivelmente por acreditar que é possível a tutela dos mesmos de maneira equilibrada e igualitária.

Assim, nos casos em que haja violação dos Direitos Humanos no Brasil sem a sua garantia pelo sistema jurisdicional local, a Defensoria Pública pode, inclusive, postular perante estes organismos internacionais de proteção destes direitos.

São exemplos de atuação da Defensoria Pública nesta área as ações para garantir o acesso à saúde (medicamentos, tratamentos, cirurgias, etc), educação (ações preventivas, em conjunto com as escolas, contra o bullying, acesso à pré-escola e escola, ações para garantir estruturação física mínima nos ambientes escolares), moradia (regularização, acesso), alimentação, defesa aos acusados criminalmente e aos presos, dentre tantas outras.

3.4 O DEFENSOR E O ADVOGADO

O advogado, segundo o próprio senso comum, é o indivíduo com capacidade de atuar em juízo a favor da causa alheia. Amplamente conhecido, compõe talvez uma das profissões mais antigas do mundo. Contudo, inexistiria fora do contrato social, pois sem a tutela estatal não haveria razão nem condições para a criação do *jus postulandi*.

No Brasil, para ser advogado, é preciso ter o título de graduação como bacharel em Direito e estar regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, mediante prévia aprovação no Exame de Ordem, uma prova instituída por lei (Estatuto da OAB - Lei Federal 8.906/94, art. 8º, inciso IV), que é realizada pela OAB em todo o país, três vezes ao ano, de forma unificada, pela Fundação Getúlio Vargas.

Diferentemente, para atuar na carreira de defensor público necessita-se, **além** do requisito supracitado, de aprovação em concurso de provas e títulos, assegurada aos seus integrantes a garantia de inamovibilidade, sendo proibido o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais, de forma particular. Tampouco pode exercer qualquer tipo de consultoria em escritório ou estabelecimento particular destinado a esse fim.

Daí conclui-se que o defensor, além de patrocinar o direito postulatório de ações judiciais nas mais variadas esferas, é servidor público e, como tal, não se limita apenas à administração, colaboração e integração da justiça. Em outras palavras, são agentes políticos, isto é, titulares de cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado. A relação jurídica que os vincula ao Estado é de natureza institucional, estatutária. Seus direitos e deveres não advêm de contrato travado com o Poder Público, mas descendem diretamente da Constituição e das leis. Donde, são por elas modificáveis, sem que caiba precedente oposição às alterações supervenientes, sub color de que vigoravam condições diversas ao tempo das respectivas investiduras (MELLO, 2012, p. 252).

Segue esse entendimento o Egrégio TJRS:

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE PROVADAS. Destinação mercantil da substância tóxica sobejamente evidenciada. Impossibilidade de desclassificação para as lindes do artigo 16 da Lei nº 6368/76. PENA. Havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, correta a fixação da pena-base acima do mínimo legal. ALTERAÇÃO DO REGIME. IMPOSSIBILIDADE. Ante a decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, firmando a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, forçoso se faz afastar a integralidade do regime. Regime mantido. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS À DEFENSORIA PÚBLICA. DESCABIMENTO. Em primeiro lugar, o processo penal não prevê o pagamento de honorários advocatícios, mas sim custas processuais conforme determina o artigo 804 do Código de Processo Penal. Além disso, **o Defensor Público é agente político** e seus vencimentos são arcados pelo Estado, e não pela parte. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. APELO MINISTERIAL IMPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70015734767, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Hirt Preiss, Julgado em 31/08/2006) [grifo nosso]

Nas palavras de Larissa Wayne de Melo (2007, p. 40), a principal atividade que o Defensor Público desempenha junto aos Magistrados se refere, primordialmente, à garantia de defesa preconizada pela Constituição (art. 5º, LV), em estrito cumprimento ao princípio do contraditório. Diferentemente do advogado, o Defensor Público tem seu mandato proveniente de preceito constitucional, não se exigindo do assistido sequer uma procuração em favor do mesmo, desde que a parte interessada declare expressamente a impossibilidade de arcar com o pagamento das custas e honorários advocatícios. No caso do advogado, sua atividade deriva da outorga de mandato privativo, atribuídos por clientes particulares antecipadamente selecionados, com o respectivo pagamento de honorários.

4 DO ASSISTIDO

Verdadeiro destinatário dos serviços prestados pela DPE, o assistido compreende um universo de mais de 71% da classe trabalhadora brasileira, conforme já demonstrado na introdução do presente trabalho.

Daí a incontestável importância de aferirmos a sua visão a respeito da instituição que lhe representa em momentos tão decisivos em suas vidas, vez que as regras da sociedade são cada vez mais expandidas pelo “manual” do direito.

4.1 DA SUA CONDIÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA E DO DIREITO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA/JUDICIÁRIA INTEGRAL

Diz o inciso LXXIV do art. 5º da Carta da República: *“O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”*. Daí verifica-se que a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados é uma garantia fundamental de acesso à justiça dos hipossuficientes na defesa de seus direitos, seja na seara judiciária ou administrativa a ser prestada por serviço público do Estado.

À primeira vista, num olhar pouco cuidadoso sobre o texto normativo suprarreferido, pode-se inferir que tal insuficiência de recursos representa uma condição da ação, um pressuposto processual a ser amplamente demonstrado ao Juiz por aquele que não pode pagar pela prestação jurisdicional. Não é. Vejamos:

APELAÇÕES REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. CONSTITUCIONAL. COMPROVAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA DA PARTE OU DE SUA FAMÍLIA. DESNECESSIDADE. **A comprovação da hipossuficiência da parte e de sua família não é pressuposto processual ou condição da ação.** (...) Apelação e Reexame Necessário Nº 70049343221, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 11/06/2012. [grifo nosso]

Dando continuidade ao raciocínio, destaca-se que a Lei 1.060/50¹ definiu quem é “necessitado” para os fins de receber assistência jurídica prestada pelo Estado: *“considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários e advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”*. Seu artigo 3º aduz a abrangência da AJG.

A atribuição de “assistência jurídica integral” é espectro maior do que simplesmente participar em processos judiciais. Pretende a Constituição, através da Defensoria Pública, colocar à disposição do cidadão necessitado todas as informações necessárias e indispensáveis a que o mesmo se realize enquanto sujeito de direitos em uma ordem jurídica democrática. O papel da Defensoria Pública, ao prestar orientação jurídica, é ativo, dando ao louvável dispositivo constitucional plena e completa eficácia em prol do necessitado (SOUZA, 2008).

Mas qual o parâmetro de necessitado? A Lei Ordinária 1.060/50 prescreve no parágrafo primeiro do art. 4º que a situação financeira de hipossuficiência é, por presunção, constatada mediante simples

¹Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060compilada.htm> Acesso em 05/07/2012.

declaração do necessitado, conforme o anexo I, utilizada pela DPE-RS, seccional de Rio Grande. Nessa lógica, o Egrégio Tribunal de Justiça gaúcho vem entendendo que o crivo da Defensoria é suficiente a ensejar o deferimento do pedido, ao contrário do patrocínio por procurador constituído nos autos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. INDEFERIMENTO. Cabe ao juiz examinar a razoabilidade da concessão da gratuidade da justiça, considerando os elementos que evidenciem a condição de necessidade do requerente, **SE este se faz representar por advogado particular e não pela Defensoria Pública.** Caso em que a agravante, aposentada, apenas alega situação de pobreza, não sendo suficiente para presumir insuficiência de recursos. Indeferimento do benefício mantido. Seguimento liminarmente negado. (Agravo de Instrumento Nº 70031845092, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Orlando Heemann Júnior, Julgado em 25/08/2009)[grifo nosso]

Outro ponto importante a ser aqui mencionado é que, no caso de o litigante pertencente ao polo oposto ao assistido da Defensoria Pública entender que o mesmo não é digno da Assistência Judiciária Gratuita, pode opôr-se em Ação própria de Impugnação a AJG, que corre em autos apartados e devidamente pensados ao processo principal.

Ainda, questão interessante abordada por Horácio Vanderlei Tostes² se dá na aplicação do art. 804 do CPP aos réus assistidos pela Defensoria Pública em face da sua hipossuficiência, pois possuindo as custas natureza tributária de taxa, não há como condenar o assistido pelo órgão oficial da assistência judiciária sem ofender a Constituição,

²Artigo disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/12342/a-gratuidade-de-justica-como-funcao-institucional-da-defensoria-publica>>. Acesso em 06/07/2012.

uma vez que o texto normativo invocado não faz distinção entre procedência ou improcedência do pedido condenatório contido na ação penal, pois determina que o juiz deve condenar em custas o vencido.

Continuando, indaga ele: quando há absolvição do réu na ação penal pública, o vencido, Ministério Público, é condenado em custas? Não, então por que o réu hipossuficiente, com garantia constitucional de assistência judiciária integral e gratuita deve ser condenado em custas? Não faz sentido esse odioso tratamento diferenciado.

4.2 METODOLOGIA

O presente trabalho busca identificar a visão do assistido rio-grandino quanto a DPE-RS como órgão de acesso gratuito à justiça. Dessa forma, para que o objetivo deste estudo fosse alcançado, utilizou-se dados quantitativos obtidos através de uma pesquisa descritiva.

Para a obtenção destes dados primários, fez-se uso de uma pesquisa quantitativa, que é o método que procura quantificar dados e generalizar resultados (MALHOTRA, 2006). A aplicação desta metodologia tem o objetivo de obter dados sobre a visão do assistido com relação a: recepção, limpeza, segurança, organização, acessibilidade, infraestrutura, horário de atendimento, atendimento do Defensor, atendimento do estagiário, como conheceu a DPE e se conhece outro órgão que atue da mesma forma, e, por fim, se confia nos serviços prestados pela instituição e na justiça de uma forma geral.

Para tanto, utilizou-se de um questionário, que, de acordo com Malhotra (2001), é uma técnica estruturada para coleta de dados que

consiste em uma série de perguntas escritas ou orais que um entrevistado deve responder. O formulário utilizado apresenta questões fechadas, ou seja, com opções pré-definidas de resposta e um último questionamento de resposta aberta, a fim de que o assistido se sinta livre para deixar alguma contribuição, ou opinião, sobre algo que julgue necessário e que, eventualmente, não esteja contemplado nas questões fechadas.

Foram disponibilizados 250 questionários entre os meses de maio e julho de 2012 aos assistidos, dentro da instituição da DPE/RS – Unidade de Rio Grande/RS. Contudo, recolheu-se 158, tendo sido os demais extraviados durante o processo ou descartados por estarem incompletos, principalmente nos campos sobre atendimento do Defensor e atendimento do Estagiário.

Em sequência ao trabalho de campo, os dados recolhidos e analisados foram devidamente tabulados em uma planilha do BrOffice Calc., e, em seguida, com a organização simples dos resultados, foi dado tratamento estatístico.

Compulsando os dados abaixo, tem-se a percepção real da faixa etária do grupo pesquisado, em percentagem, deixando evidente que metade das pessoas assistidas pela Defensoria Pública têm entre 31 e 50 anos de idade (1% não declarou a idade).

4.3 A VISÃO DO ASSISTIDO RIO-GRANDINO SOBRE A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

No presente título visa-se atender ao objetivo do trabalho no que tange à verificação da opinião de um grupo delimitado externamente

(assistidos da defensoria) e genérico no plano interno. Desconsiderou-se, por se tratar de pesquisa quantitativa e em conexão com o foco principal do trabalho, as inúmeras variáveis internas, tais como as fases processuais em que se encontra o entrevistado, a natureza, o pedido e a causa de pedir da ação, o polo em que ocupa na demanda, a Vara em que corre o pleito, entre outros que tornariam o estudo demasiado extenso em face daquilo a que se propõe.

Saliente-se, ainda, que não é nosso objetivo a interpretação subjetiva dos dados colhidos e aqui apresentados, podendo, para tanto, serem utilizados para tal fim em futura pesquisa que a isso se proponha.

Vencido o título dedicado à explanação da metodologia, passemos então à verificação dos resultados obtidos na pesquisa empírica, com o primeiro ponto dedicado à recepção, prestada por um(a) estagiário(a) administrativo e um(a) secretário(a) nível 3, por se tratar do contato preliminar do assistido com o serviço público a ele destinado.

Foi possível avaliar que o serviço de recepção prestado pela Defensoria Pública do Estado – Unidade de Rio Grande/RS, realizado por um(a) secretário(a) nível 3 e um(a) estagiário(a) forense, é visto de maneira muito satisfatória pela grande maioria dos entrevistados, sendo que os campos “BOM” e “ÓTIMO”, juntos, representam de 86%, ou seja, quase 136 assistidos.

Dos 14% restantes, 11% (17 assistidos) acham “REGULAR” o serviço de recepção e apenas 3% (8 assistidos) entendem como que deve haver considerável melhora no serviço, tendo assinalado a opção “RUIM”.

Não houve quem entenda péssimo o serviço de recepção entre os participantes.

Do mesmo modo, analisando o critério de limpeza do espaço de atendimento da Defensoria, percebe-se que nenhum assistido assinalou a opção “PÉSSIMO” para o quesito “Limpeza” da instituição. Tampouco foi apontada a opção “RUIM”.

Destacou-se o serviço de limpeza como “ÓTIMO” na visão dos entrevistados, representando o aporte de 52% (82 dos assistidos). Assim, 36% (57 assistidos) acha “BOM” o serviço de limpeza e 12% (19 assistidos) acha “REGULAR” o serviço, que é prestado por duas empregadas contratadas por empresa terceirizada.

Importa referir que o prédio da DPE-RS, unidade de Rio Grande foi inaugurado no segundo semestre de 2011, embora se trate de um prédio alugado, e, assim, temporário.

Continuando, um quesito de extrema importância que não poderia deixar de aparecer na pesquisa, sem menosprezar os demais, é o da segurança, prestada por dois policiais militares em regime de revezamento por diárias.

Nesse mister, a proporção dos assistidos segundo a satisfação em relação à segurança no âmbito das instalações da unidade foi de 57% (90 assistidos) para “ÓTIMO”, 37% (58 assistidos) “BOM”, 4% (6 assistidos) “REGULAR”, 1% (1 assistido) “RUIM” e ninguém apontou a opção “PÉSSIMO”. 1% não respondeu.

A “organização” apresentou resultados em todos os campos de abordagem. O citado quesito foi abordado no presente estudo devido ao confronto da enorme demanda cidadina pelo serviço público de assistência judiciária gratuita em face da infraestrutura e disponibilidade

de pessoal para tanto. Por vezes, o acúmulo de assistidos em espera é tanto que o fluxo humano torna precário e lento o serviço como um todo.

Na condição em testilha, a proporção se deu no montante de 47% (74 assistidos) “ÓTIMO”, 38% (60 assistidos) “BOM”, 12% (19 assistidos) “REGULAR”, 1% (1 assistido) “RUIM” e 1% (1 assistido) “PÉSSIMO”.

Adiante, foi indagado sobre a acessibilidade. Tamaña importância dessa pergunta reside no fato de que, embora muito bem localizado o prédio em relação ao trabalho que se desenvolve (ao lado do fórum), os assistidos são provenientes principalmente dos bairros mais afastados do centro da cidade.

Assim quedou-se: 42% (66 assistidos) “ÓTIMO”, 43% (68 assistidos) “BOM”, 15% (24 assistidos) “REGULAR” e 1% (1 assistido) “PÉSSIMO”. Aqui, não foi apontada a opção “RUIM” por nenhum participante da pesquisa.

A questão da infraestrutura foi a única com percentual inferior a 40% na alternativa “ÓTIMO”, o que já era esperado em face da arquitetura um tanto hostil do prédio. Assim, tivemos 36% (57 assistidos) “ÓTIMO”, 43% (68 assistidos) “BOM”, 18% (28 assistidos) “REGULAR” e 3% (5 assistidos) “RUIM”.

Quanto ao horário de atendimento da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Unidade de Rio Grande/RS, que, até o momento de conclusão do presente estudo ocorria das 08:30h às 12:00h e das 13:30h às 18:30h, apresentou-se o seguinte resultado: 40% (63 assistidos) “ÓTIMO”, 48% (75 assistidos) “BOM”, 9% (14 assistidos) “REGULAR”, 2% (3 assistidos) “RUIM” e 1% (1 assistido)

“PÉSSIMO”.

Os próximos dois quesitos pesquisados referem-se, respectivamente, à qualidade do atendimento do Defensor Público e do estagiário de direito (independente se remunerado ou voluntário) dispensados ao assistido durante o pleito ou quando do contato inicial para o ajuizamento da ação.

Aqui, reitera-se que foram colhidos apenas os questionários completos, ou seja, aqueles respondidos por assistidos que efetivamente foram atendidos tanto pelo estagiário quanto pelo Defensor Público (ainda que em oportunidades diversas ou não), podendo assim fazer um juízo de valor comparativo entre ambos.

Assim, apontou-se 53% (84 assistidos) “ÓTIMO”, 39% (62 assistidos) “BOM”, 7% (11 assistidos) “REGULAR” e 2% (3 assistidos) “RUIM” para atendimento exclusivo do Defensor Público.

Quanto ao serviço prestado pelo estagiário de direito na DPE/RS na cidade do Rio Grande, de maneira geral, dispensado ao assistido, de acordo com os dados coletados, temos que 50% (79 assistidos) acham “ÓTIMO”, 39% (62 assistidos) “BOM” e 11% (17 assistidos) “REGULAR”. Não houve quem entendesse a atenção do estagiário de direito como “RUIM” ou “PÉSSIMA”.

Dando continuidade, a seguir foi averiguada a proporção de assistidos rio-grandinos sobre a maneira através da qual conheceram a instituição, demonstrando que 60% (95 assistidos) conheceram através de “INDICAÇÃO”, 20% (32 assistidos) pela “TV”, 11% (17 assistidos) através de jornal e 9% (14 assistidos) tomaram conhecimento da instituição por qualquer outro meio de comunicação (“OUTRO”) que não os já citados.

Perguntado se conhece outro órgão que oferece assistência judiciária gratuita em Rio Grande, 80% (126 assistidos) respondeu que não, ou seja, a esmagadora maioria.

Para o campo de resposta “SIM”, foi disponibilizado um espaço para que o assistido escrevesse que órgão é esse. Os resultados foram que 12% (19 assistidos) responderam “SIM”, conhecendo também a Defensoria Pública da União, 7% (11 assistidos) responderam “SIM”, apontando o Serviço de Assistência Judiciária da Furg – SAJ e 1% (1 assistido) apontou que “SIM” e indicou que conhece um órgão que fornece AJG no Bairro Getúlio Vargas, o qual ignoramos.

Outro ponto constante do questionário é a questão da confiança no labor prestado pela instituição. Essa indagação foi motivada principalmente pela descrença que costumeiramente se vê pelas ruas a respeito da justiça, dos três poderes e principalmente dos mais variados serviços públicos das administrações direta e indireta. A proporção de assistidos que muito, pouco ou nada confiam no trabalho dispensado pelos Defensores Públicos foi assim coletada: obtivemos o montante de 89% (141 assistidos) que confiam “MUITO”, 9% (14 assistidos) que confiam “POUCO” e apenas 2% (3 assistidos) que “NÃO CONFIAM” na instituição.

Pelo resultado obtido, percebe-se que a imensa maioria acredita que pode ter seu problema resolvido de maneira satisfatória pela instituição, pois depositam grande confiança na mesma.

Contudo, ao confrontarmos os dois últimos dados apresentados pela pesquisa, torna-se possível a tese de que tal crença está intimamente ligada ao fato do desconhecimento dos assistidos a respeito de alguma outra instituição que preste os serviços de que

necessitem, haja vista que resta apenas o Serviço de Assistência Judiciária da Furg (com apenas 7% de conhecimento pelos assistidos em geral), pois a Defensoria Pública da União é excluída em face não apenas da reserva de competência processual, como também pela precária infraestrutura pelo recente início de suas atividades na época da pesquisa.

4.4 A VISÃO DO ASSISTIDO RIO-GRANDINO SOBRE A JUSTIÇA

Com o intuito de trazer maior contribuição e enriquecer o trabalho aqui desenvolvido, bem como pela estreita relação de existência entre o acesso à assistência judiciária gratuita proposta pelo Estado através da Defensoria Pública e o acesso à justiça *lato sensu*, coube-nos enfrentar a relação de crença/descrença na justiça por parte dos assistidos.

Se, por um lado, temos no limiar da “caminhada” o pobre buscando a assistência, o termo desta nada mais é do que a justiça plena e eficaz. Já estudados tais institutos nos títulos acima, cumpre-nos aqui expor o sentimento de quem viveu a experiência de tentar alcançá-los da forma tão bem idealizada na Carta de 1988.

Sob a indagação “acredita na justiça?”, a pesquisa mostra a proporção de assistidos que acreditam na justiça de uma maneira geral, perguntados de forma genérica e desvinculada dos serviços da Defensoria. Assim, tivemos 64% (101 assistidos) que acreditam “MUITO” na justiça brasileira, 35% (55 assistidos) que “POUCO” acreditam e uma minoria de 1% (1 assistido) que não acredita.

Continuando, apontou-se a faixa etária dos 36% (56,88 assistidos) que pouco ou nada acreditam na justiça pátria. Como já

esperado, mais da metade se encontra na linha dos 31 a 50 anos de idade, zona que representa exatamente 50% dos assistidos rio-grandinos, em acerto com a faixa etária média dos assistidos rio-grandinos no segundo semestre do ano de 2012.

Segue a proporção em 24% (14 assistidos) para a faixa etária entre 18 anos e 30 anos, 53% (30 assistidos) entre os 31 anos e 50 anos e 22% (12 assistidos) no grupo dos 51 anos a 65 anos. Dos 5% que frequentam a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Unidade de Rio Grande que estão acima dos 65 anos de idade, todos acreditam muito na justiça.

Na esteira dos dados suprarreferidos, surgiu-nos a indagação de qual seria a proporção de assistidos que nada ou pouco acreditam na justiça (36% da totalidade dos entrevistados) e que, concomitantemente, confiam nos serviços prestados pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Unidade de Rio Grande.

Curiosamente, 76% (43 assistidos), mesmo pouco ou nada acreditando na justiça pátria, confiam muito no serviço público de assistência judiciária gratuita da Defensoria Pública. O restante ficou em 18% (10 assistidos) para “POUCO” e 6% (3 assistidos) “NÃO CONFIA”.

Talvez a ideia de justiça do consciente coletivo esteja muito afastada das teorias “explicativas” aqui estudadas no capítulo 1. Talvez não: apenas têm os assistidos na figura do Defensor um amigo que, embora *longa manus* do poder Estatal, age com fervor na causa alheia, construindo aos poucos uma imagem positiva do poder judiciário e das instituições jurídicas como um todo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A difícil missão de conceituar o vocábulo “justiça” é árdua por seus próprios fundamentos, eis que eivado de subjetividade e pertinente ao que cada um imagina como ideal a si próprio. Deve-se igualmente levarmos em consideração a situação-problema sob a qual se debruçamos os juízos de valor da coletividade.

Partindo de uma concepção jurídica da noção de justiça, inclusive com o escopo de delimitarmos a abrangência do termo, parece-nos mais acertada – bem como em maior sintonia com o objetivo do trabalho – a ideia jusnaturalista de que o sentimento de justiça é de certa forma intrínseco ao ser humano.

Somando a isso a concepção Capraniana de “aldeia global”, chega-se aos postulados do emérito professor John Rawls, o qual brilha ao dizer que cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras, e que as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos (1996, p. 64).

Na esteira desse raciocínio, o acesso à justiça surge como necessidade primordial para alcançarmos ao tão falado Estado democrático de direito. Esse conceito é muito pertinente nas palavras de Cappelletti e Garth, segundo os quais o sistema deve ser igualmente acessível a todos e deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (1998, p. 08).

Nesse sentido, o Brasil, nas linhas do art. 5º, incisos XXXV e LXXIV, da Constituição Federal de 1988, busca garantir esse acesso ao órgão do Estado, através do Poder Judiciário, para reclamar de lesão ou ameaça de lesão a seus direitos. É uma das características essenciais do estado de direito, constituindo obrigação do mesmo torná-lo efetivo.

Para efeitos práticos, surge a Defensoria Pública como órgão máximo de acesso gratuito à justiça pelo hipossuficiente, através do serviço de assistência jurídica gratuita tutelada pelo Estado. Instituição independente financeiramente, ainda “engatinha” quando o assunto é infraestrutura e disponibilidade de pessoal para a demanda de um país subdesenvolvido como o nosso.

A situação é realmente alarmante: o potencial assistido representa mais de 71% da classe trabalhadora brasileira, conforme já demonstrado na introdução do presente trabalho. Mas então por que só agora, início do século XXI, é que jaz uma preocupação com o fortalecimento da Defensoria Pública? Diversas podem ser as respostas, como a pouca idade da Constituição de 1988, precedida de uma ditadura militar consolidada a ponto de macular toda uma formação cultural de quase meio século, ou mesmo a falta de vontade política e o individualismo exacerbado, cumulado com o caráter reacionário que reveste o poder de mando no país.

Devido à enorme importância dessa instituição para vermos a justiça com os próprios olhos, perto o suficiente para cremos no Estado democrático de direito, imperioso o fortalecimento da mesma, em todos os aspectos. Não menos necessário é o estudo da instituição e a visão daqueles que dela necessitam.

Assim, com o intuito de responder às questões introduzidas no presente estudo, a pesquisa mostrou resultados que parecem bastante satisfatórios e bem otimistas em torno da problemática que aqui se expôs.

A grande maioria dos assistidos rio-grandinos aceita muito bem os serviços da Defensoria Pública do Estado, confiando no potencial da mesma e acreditando que evidentemente pode ser ajudado a alcançar a tutela pretendida, saciando, assim, a sua vontade de justiça.

Ainda, percebeu-se que 76% dos que não acreditam na justiça como um todo confiam no serviço dispendido pela instituição, o que eleva muito o caráter social da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Unidade de Rio Grande/RS, bem como aponta que os profissionais que ali atuam estão no caminho certo, garantindo um acesso de qualidade à justiça aos assistidos rio-grandinos.

Quanto à logística (pensada como um todo) e infraestrutura da casa, sabe-se que há muito a melhorar. Contudo, tendo em vista a já ocorrida mudança de prédio, no ano de 2011, com elevado acréscimo na qualidade do local e de todo o material de trabalho, é notório o empenho pelo crescimento e excelência, refletido no resultado da pesquisa aqui apurada.

Acreditamos, assim, que a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Unidade de Rio Grande/RS encontra-se preparada para atender a atual demanda, assim como prevê o seu crescimento e tenta, de forma explícita, acompanhar essa crescente.

Dando fôlego ao presente raciocínio, a Defensora Pública Dra. Larissa Pedrolo Silveira, administradora da Unidade de Rio Grande/RS até a conclusão do presente trabalho, concedeu-nos uma rápida

entrevista no mês de dezembro de 2012 para salientar os principais pontos trabalhados para alcançarem melhorias no serviço.

Na oportunidade, foi mencionado que haverá mais um estagiário para auxiliar no atendimento ao público, ou seja, aos assistidos, ficando então com uma servidora (secretária nível 3) – cargo que passará à denominação de técnico administrativo da Defensoria Pública, conforme concurso público com provas marcadas para o dia 10 de março de 2013 –, e três estagiários, sendo um na modalidade administrativo (nível de ensino médio) e dois forenses (nível superior incompleto – curso de direito).

Pensando a longo prazo, salientou a Defensora que já houve a doação de um terreno por parte da Prefeitura de Rio Grande para a construção do novo Fórum estadual e o novo prédio da DPE/RS – Unidade de Rio Grande, com a possibilidade inclusive de uma sala no próprio Fórum reservada à Defensoria, o que tornará as diligências – especialmente as urgentes – mais céleres e eficazes, haja vista o contato direto pela criação de uma “teia” em que todos os principais órgãos do judiciário interligam-se no intuito de promover com mais rapidez o cumprimento das leis.

Concluimos então o trabalho com a certeza de que, ainda que a passos curtos, mas cada vez mais acelerados, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Unidade de Rio Grande está cumprindo de forma satisfatória os postulados constitucionais e infraconstitucionais na busca pelo acesso gratuito e de qualidade à justiça para os hipossuficientes.

Verificou-se que a assistência judiciária gratuita se consolida em conformidade com as necessidades sociais locais. Contudo, mesmo

com os avanços obtidos com a assistência judiciária da Defensoria Pública e dos Juizados Especiais, é certo que muitas pessoas ainda permanecem excluídas da proteção do Estado, porém muito mais devido ao engessamento do poder judiciário em face do colapso processual e da cultura de judicialização exacerbada, contra a qual lutam os defensores da mediação de conflitos em geral.

Assim, nas palavras de Carolina Decco Correia d'Arce (2004, p. 123), mesmo que seja efetivado o acesso a todos aos órgãos jurisdicionais, por isso só os desafios não serão vencidos, pois de nada adianta que a prestação jurisdicional seja dada sem, contudo, efetivar proteção, resultados e a satisfação dos direitos. Por tais motivos, a jurisdição deve se desenvolver por meio de um instrumento efetivo, capaz de projetar os anseios sociais. Todas estas questões permeiam o direito ao *acesso efetivo à justiça* e merecem ser defendidas pelos operadores do Direito. É um dever que se estabelece diante daqueles que clamam por justiça e igualdade social e lutam pela concretização dos direitos. A Defensoria Pública é meio, e não fim.

6 REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BAUER, M. W.; GASKELL, G. **Pesquisa qualitativa com texto imagem e som: um manual prático**. Petrópolis: Vozes, 2002.

BREAKWELL, Glynis; SCHAW, Chris; HAMMOND, Sean; SMITH, Jonathan. **Métodos de pesquisa em psicologia**. Bookman: Porto Alegre, 2010.

CAPPELLETI, Mauro; CARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998.

D'ARCE, Carolina Decco Correia. **Poder judiciário brasileiro: os desafios para o acesso à justiça e a efetiva prestação jurisdicional.** Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. São Paulo, 2004.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <http://www.dpe.rs.gov.br/site/institucional_atuacao.php>. Acesso em: 01/11/2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FLICK, Uwe. **Introdução à Pesquisa Qualitativa.** Porto Alegre: Bookman, 2009.

GRACIE, Ellen. **RE nº 207.732/MS**, 1ª Turma, DJ de 2/8/02. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774074/recurso-extraordinario-re-207732-ms>> Acesso em abril de 2012.

HEERDT, Cristiano; PRAETZEL, Adriana; COUTO, Rogério. (Org). **Legislação da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.** 1 ed. Porto Alegre: ADPERGS, 2011.

HERKENHOFF, João Batista. **Para gostar do direito.** 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

HOBBS, Thomas. **Leviatã.** São Paulo: Martin Claret, 2006. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>> Acesso em 19/04/2012.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A sociedade e o Estado.** São Paulo: LZN, 2003.

MALHOTRA, Naresh K. **Pesquisa de Marketing. Uma orientação aplicada.** Porto Alegre: Bookman, 2006.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARQUES, Arthur Luiz Pádua. **Defensoria Pública: Uma visão Contemporânea**. Disponível em <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=8538>> Acesso em 17/04/2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29° ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELO, Larissa Wayne Torres de. **A Defensoria Pública como meio de acesso do cidadão à justiça**. Universidade de Fortaleza. Centro de Estudos Jurídicos, 2007.

MELO, Shirley Márcia Martinez de. **A Defensoria Pública do Estado Mato Grosso como meio de viabilização do exercício dos direitos e garantias constitucionais do cidadão hipossuficiente**. Cuiabá: Universidade de Cuiabá, Faculdade de Direito, 2007.

NALINI, José Renato. **Filosofia e ética jurídica**. São Paulo: RT, 2008.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SOUZA, Rogério de Oliveira. **Da Hipossuficiência**. Artigo disponível em <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f397314c-6e89-4e94-b2e9-d05e06d3b6ca&groupId=10136>. Acesso em 06/02/2012.

THOREAU, Henry David. **A desobediência Civil**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

TOFFOLI, Dias. **Recurso Extraordinário 363.889**. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>> Acesso em abril de 2012.

VALE, Thiago Rodrigues do. **A Defensoria Pública como pilar do acesso à justiça**. Goiânia: Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito, 2009.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Introdução ao estudo do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDADE DE DIREITOS ENTRE HOMENS E MULHERES E UMA ANÁLISE CRÍTICA AO ASSÉDIO SEXUAL EM LOCAIS PÚBLICOS

Renata Borba Reckziegel¹

Marcelo Schenk Duque²

RESUMO: O presente artigo científico tem como objetivo abordar a questão-problema acerca de quais os avanços da igualdade de direitos no que tange às medidas de proteção às mulheres, a partir da previsão constitucional expressa de igualdade de direitos, especialmente no que tange ao assédio sexual em locais públicos tendo como vítimas as mulheres, prática ainda recorrente em nossa sociedade. O objetivo geral é analisar a concretização do princípio constitucional de igualdade de direitos entre homens e mulheres. Conclui-se que já houve avanços significativos na legislação brasileira, com o objetivo de concretizar a igualdade constitucional de direitos. Entretanto, deveria ser editada lei específica para as situações de assédio sexual público, como incentivo à mudança de comportamento em nossa sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal brasileira. Igualdade de direitos. Lei Maria da Penha. Assédio Sexual.

¹ Pós-graduada no Curso de Especialização em Direito Público, da Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul, em convênio com a Universidade de Caxias do Sul. Graduada em Ciências Jurídicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul.

² Doutor em Direito do Estado pela UFRGS/ed. *Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg*, Alemanha. Pesquisador convidado junto ao *Europa Institut* da Universidade de Saarland, Alemanha. Membro da Associação Luso-Alemã de Juristas: DLJV – *Deutsch-Lusitanische Juristenvereinigung*. Autor de *Direito Privado e Constituição* (RT, 2013), *Curso de Direitos Fundamentais – teoria e prática* (RT, 2014) e de diversos artigos na área do Direito Constitucional e direitos fundamentais.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Igualdade de Direitos Prevista na Constituição Federal Brasileira de 1988. 3. Normas de Concretização dos Direitos da Mulher. 4. O Assédio Sexual contra Mulheres em Locais Públicos. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo terá como enfoque os avanços da concretização da igualdade de direitos no que tange às medidas de proteção às mulheres já realizadas, bem como quais são aquelas que ainda precisam ser tomadas especialmente quanto às cantadas agressivas realizadas por homens, que caracterizam assédio sexual em locais públicos, que é prática ainda recorrente em nossa sociedade.

O tema é extremamente relevante considerando ser demanda bastante atual, sendo que inclusive houve diversas manifestações na sociedade demandando uma mudança de atitude, especialmente dos homens perante as mulheres. Nesse contexto, analisa-se o papel do direito em, através de normas, buscar a concretização dos direitos fundamentais através da igualdade almejada pela sociedade.

Este artigo será dividido em três capítulos: iniciar-se-á tratando acerca da previsão constitucional da igualdade, da importância dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, bem como da sua eficácia horizontal; no segundo, far-se-á uma análise acerca da legislação de proteção à mulher já existente, com especial atenção aos preceitos da Lei Maria da Penha; já no terceiro e último, abordar-se-á a situação social atual de assédio sexual em locais públicos e a falta de

norma específica que regulamente essa questão, considerando o combate ao preconceito e o papel da lei na promoção da igualdade.

2 A IGUALDADE DE DIREITOS PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988.

A Constituição Federal brasileira de 1988 previu, em seu artigo 5º, *caput*, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.³ Dessa maneira, criou igualdade de possibilidades entre os cidadãos, sendo que todos possuem o mesmo tratamento a ser dado pela lei. Não apenas a questão da isonomia em si, princípio típico do Estado de direito,⁴ a proteção da mulher é considerada parte integrante dos direitos humanos internacionalmente consolidados, ao menos nos países de tradição democrática ocidental.

Ainda, previu em seu artigo 5º, inciso I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”⁵ sendo que a interpretação desta disposição constitucional revela como inaceitável a utilização da diferença de sexo, para que seja realizado qualquer tipo de discriminação.

Tal dispositivo deve ser interpretado como forma de tornar inconcebível a utilização do sexo de um ser humano a título de discriminação, especialmente quando for utilizado com a intenção de

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 135.

⁵ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 nov. 2014.

desnívelar materialmente tanto o homem como a mulher. O que se combate, em primeira linha, é aquilo que a doutrina clássica chama de discriminação juridicamente intolerável, cabendo à lei, conforme o caso, atenuar desníveis existentes.⁶ Trata-se, a rigor, da concepção de igualdade material, essa consistente em tratar igualmente os iguais, na medida em que se igualem, e desigualmente os desiguais, na medida em que desigualem, trabalhada entre nós por Rui Barbosa⁷ e sacramentada na jurisprudência do STF.⁸

No direito comparado merece destaque a contribuição de matriz germânica, que destaca que os direitos de igualdade buscam a diferenciação correta perante o tratamento dos cidadãos por meio dos órgãos estatais.⁹ Com efeito, o fenômeno do constitucionalismo agregou um novo contorno a esse entendimento, no sentido de que a igualdade é um direito fundamental¹⁰ que, como tal, vige não apenas no marco da lei, mas em face da Constituição, acentuando o fato de que a lei dever direcionar o seu sentido à Lei Maior.¹¹

Dessa forma, é admitido, e inclusive determinado, que sejam tratados de forma desigual os desiguais, inclusive com previsão expressa constitucional já existente de certos casos em que homens e

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 10s.

⁷ BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 26.

⁸ STF, ADI 3330/DF. Rel. Min. Ayres Britto, j. 03/5/2012.

⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 77.

¹⁰ JARASS, Hans D. *GrundgesetzKommentar*. In: JARASS, Hans D; BODO, Pieroth. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar**. 10. Auflage. München: Beck, 2009, art. 3, Rdnr. 1.

¹¹ STARCK, Christian. *Das Bonner Grundgesetz*. In: MANGOLDT, Hermann von; KLEIN, Friedrich; STARCK, Christian. **Das Bonner Grundgesetz. Kommentar**. 4. Auflage. München: Franz Vahlen, Band I, 1999, art. 3 Abs. 1 GG, Rdnr. 2.

mulheres devem ser tratados de forma diversa, de modo a concretizar a igualdade de direitos. Ademais, existem previsões na própria Constituição¹² que afirmam e reiteram o princípio da igualdade, fazendo cristalina opção pela igualdade material, e não meramente formal, na qual se objetiva reduzir as desigualdades sociais, quiçá extingui-las, buscando a justiça social e a igualdade de tratamento entre os cidadãos.¹³

Em verdade, trata-se de um imperativo com status de objetivo fundamental do Estado, que não pode ser negligenciado por governos ou ideologias. Uma concepção, portanto, que deve unir a sociedade como um todo, acima de interesses setoriais que a dividem. Assim, pode-se afirmar a existência de direito fundamental inquestionável à isonomia no tratamento entre homem e mulher.

Ainda, a igualdade de gêneros é um desdobramento do princípio da dignidade humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), atingindo *status* de cláusula pétreia,¹⁴ nos termos do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, que engloba os direitos e garantias originados diretamente da Constituição.¹⁵ Nesse sentido, a proteção da dignidade deve ser considerada como uma tarefa do Estado, um

¹² Por exemplo, o art. 7, XX CF, que assegura a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”, e o art. 7, XXX, que prevê a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”.

¹³ BARBOSA, Joaquim. Voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>> Acesso em 31 Mar. 2015.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Cláusulas Pétreas ou Garantias Constitucionais?** Consulex: revista jurídica. Brasília: Consulex, n. 12, ano 1, dez. 1997, p. 48ss.

¹⁵ BRITTO, Ayres. Voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>> Acesso em 31 Mar. 2015.

verdadeiro dever estatal de hierarquia constitucional,¹⁶ impondo a este não somente o dever de respeito e proteção, mas igualmente uma obrigação: a de promover condições aptas a sua viabilização e exclusão de qualquer impedimento às pessoas de viverem de forma digna.¹⁷

O motivo, para tanto, é que a proteção da dignidade humana traduz um fim supremo de todo o Direito¹⁸ de modo que a sua afirmação como fundamento do Estado¹⁹ lhe conduz ao cume do ordenamento jurídico, como conceito-chave na relação entre a pessoa e o Estado.²⁰ Por essa razão que a Constituição, ao assentar a garantia da dignidade humana como fundamento do próprio Estado, torna nítidas as estruturas elementares do Estado de direito,²¹ consagradas no âmbito de uma concepção material de Constituição.²²

Nesse ponto, tem-se que, tradicionalmente, os direitos e garantias fundamentais são aplicados nas relações existentes entre o indivíduo e o Estado, fundamentando, como já exposto, não somente o

¹⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição – Drittwirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 314ss.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 109.

¹⁸ BENDA, Ernst. **Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht**. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen. *et al.* (Hrsg.). *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (HVerfR). 2., neubearb. und erw. Aufl. Berlin, New York: Walter de Gruyter & Co, 1994, Rdnr. 4.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia**. *Revista de Direito Administrativo*. RJ: Renovar, n. 212, abr.-jun. 1998, p. 92.

²⁰ STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte**. München: Beck, 1988, B. III/1, p. 15.

²¹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 239.

²² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1.042ss.

dever de observação do Estado, mas de promoção efetiva. Contudo, essa constatação não afasta outra, de igual valor, que é o reconhecimento de que os direitos fundamentais possuem eficácia nas relações entre particulares – o que se costuma denominar de eficácia horizontal – limitando a liberdade no âmbito de ações em que o Estado não atua diretamente,²³ tarefa que atrai grandes desafios.²⁴

É justamente na perspectiva de uma eficácia horizontal que a proteção da mulher ganha enorme relevo, já que, não raro, grande parte da discriminação de gênero costuma se originar da esfera privada. A literatura aponta casos diversos onde essa triste realidade se confirma.²⁵ Fato é que se os direitos fundamentais expressam valores superiores, não podendo ser suprimidos ou desconsiderados em nenhuma hipótese, ainda que se trate de relações exclusivamente particulares.²⁶

Na mesma linha, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 promoveu significativo avanço em nosso ordenamento, sendo que a legislação infraconstitucional passou a ser atingida pelos preceitos constitucionais, constituindo-se o fenômeno denominado de “constitucionalização do Direito”.²⁷ Dessa forma, considerando os

²³ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição – Drittwirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 57ss.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 373ss.

²⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição – Drittwirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 102ss.

²⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 537.

²⁷ AURÉLIO, Marco. Voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>> Acesso em 31 Mar. 2015.

pressupostos de hierarquização e a força normativa da Constituição, não se pode mais pensar o direito privado de forma isolada, é necessário filtrar suas normas pelo crivo das disposições constitucionais.²⁸

Sem embargo, é fato que a Constituição Federal vigente previu o princípio de igualdade, orientador de todas as demais áreas de nosso ordenamento jurídico, de forma que se devem buscar medidas para concretizá-lo. Por seu turno, a legislação pátria já evoluiu muito no que tange à posituação dos direitos das mulheres, sendo que antes havia diversas previsões expressas de desigualdade, atribuindo aos homens um maior poder e dever de agir, inclusive em nome das mulheres. Atualmente, tem-se o movimento contrário, em que medidas são previstas para que se desfaça esta tendência da sociedade, há muito enraizada em nossa sociedade.

Nesse contexto, não há como não se fazer breve menção acerca da histórica inferioridade da mulher no contexto social, Entretanto, é importante que se destaque que quanto maior for o distanciamento existente entre homens e mulheres na sociedade, maior será, na mesma proporção, o atraso dessa sociedade. Por outro lado, o progresso surge em todas as situações que aproximam e igualam as pessoas de diferente sexo, seja no exercício de direitos, seja no desempenho de deveres na coletividade.²⁹

²⁸ FISCHER, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. **Direitos fundamentais nas relações interpriadas: construindo um novo direito das obrigações.** In: Constitucionalismo contemporâneo: direitos fundamentais em debate. Porto Alegre: Norton Editor, 2005. p. 52.

²⁹ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 131

Assim, muito já se evoluiu em nosso ordenamento jurídico com a edição de normas que buscam a realização da igualdade de fato em nossa sociedade, inclusive com a previsão de forma expressa na Constituição Federal, buscando-se a adoção de leis infraconstitucionais que, através da previsão de tratamento aparentemente desigual, promova a igualdade entre homens e mulheres.

3 NORMAS DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER

Resta demonstrado que somente se conseguirá a concretização dos direitos fundamentais e de um Estado Democrático de Direito, a partir da promoção da igualdade, especialmente considerando a posição da mulher em nossa sociedade, inclusive com a necessária edição de normas visando esta igualdade. Sob esse panorama, ressalta-se o artigo 226, § 8º, da Constituição Federal, que determina ao Estado dever de assistência à família, na pessoa de cada um dos seus integrantes, mediante a criação de mecanismo para coibir a violência, no âmbito de suas relações.

Em comentário a esse artigo, é possível afirmar que a Constituição expressa à necessidade de políticas públicas que visem coibir e erradicar a violência doméstica, especialmente o tipo de violência praticado contra os integrantes mais frágeis da estrutura familiar, estando entre eles os idosos, mulheres e crianças.³⁰ A proteção da legislação surge para tentar dirimir a desigualdade, tendo singular importância no que tange à violência doméstica e familiar. Em

³⁰ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p.17.

nossa sociedade, é inegável que a mulher ainda sofre grande opressão por parte dos homens.

Assim, o legislador se baseia na notória situação da sociedade, na qual a mulher ainda sofre, reiteradamente, opressão, pelo homem, sendo tal opressão significativamente mais grave, pois ocorre em sua maioria no ambiente doméstico e familiar, sendo por tal motivo a origem, inclusive, de outras desigualdades. Ocorre que, enquanto perdurar esta situação de violência contra a mulher, não será o Brasil um país livre, tampouco igualitário, afastando-se do ideal de Estado Democrático de Direito.³¹

Nesse ponto, uma das normas adotadas com este propósito foi a Lei nº 11.340 de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que tem como objetivo a erradicação, ou, no mínimo, a diminuição da violência doméstica e familiar contra a mulher. A Lei Maria da Penha configurou importante avanço em nosso sistema jurídico, prevendo normativamente o combate a diversas formas de violência praticadas contra a mulher, as sanções respectivas e a possibilidade de adoção de medidas de proteção à mulher.

Inclusive, a legislação prevê expressamente que toda mulher goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, de forma que lhes deve ser assegurada condições de viver sem violência, preservando sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento.³² Assim,

³¹ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p.21.

³² MENDES, Gilmar. Voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>> Acesso em 1º Abr. 2015.

determinou a sua finalidade em seu artigo 1º³³, onde estabelece visar à criação de mecanismo para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Reafirma-se que o tratamento desigual com relação à mulher, conforme já referido, não se trata de inconstitucionalidade, pelo contrário, de efetiva concretização de direito, devendo essa proteção ser dirigida a todas as pessoas em sua abstração e generalidade. Há, ainda, um sistema de proteção que destaca o processo de especificação do sujeito de direito, sendo visualizado de maneira concreta e específica, tendo em vista que certos sujeitos e determinadas violações de direitos demandam resposta diferenciada do ordenamento, o que demonstra o respeito à diversidade e à diferença.³⁴

Também, especificou em seu artigo 5º a definição de violência doméstica contra a mulher, podendo ser resumida como qualquer agressão ou omissão praticada em determinado ambiente, seja doméstico, familiar ou de intimidade, com a finalidade específica de objetar a mulher, ou seja, retirar-lhe direitos com abuso de sua hipossuficiência.

No mesmo artigo, foram previstas cinco formas de violência, quais sejam: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral; as quais

³³ Art. 1.º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8.º do art. 226 da Constituição federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

³⁴ FARIA, Helena Omena Lopes de; MELO, Mônica de. **Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade**. São Paulo: Centro de Estudos, 1998. p. 373

foram mais detalhadamente conceituadas no artigo 7º do mesmo diploma legal.

Essa conceituação expressa cinco formas diferentes de violência, consagradas pelo legislador, agrega grande grau de efetividade à Lei Maria da Penha, uma vez que demonstra diversas formas de vulnerabilidade a que está exposta a mulher, em inúmeras vezes, no âmbito familiar. Em especial, na situação enfrentada pela Lei Maria da Penha, é necessário que se tenha em mente que a mulher, quando vítima de violência doméstica, se encontra em situação particularmente grave, pois, frequentemente, depende do agressor, afetiva ou financeiramente, por isso a sua aplicação e interpretação deverá considerar tal realidade.

Importante destacar que a legislação determinou como dever do Estado promover políticas para a garantia e efetivo exercício dos direitos das mulheres estabelecidos na norma.

Dessa forma, está claro que se incumbiu ao Estado à responsabilidade pela efetividade da Lei Maria da Penha, em especial, pela coibição da violência sofrida pela mulher, com a tomada de diversas medidas concretas para tanto. Nesse ponto, ressalta-se que esta atribuição do Estado deve dar-se de forma integrada, mediante um conjunto de ações entre União, Estados, Distrito Federal, Municípios e entes da administração indireta.

Em prosseguimento, foram previstos, ainda, os mecanismos a serem adotados em assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, os quais podem ser divididos em: assistência social, saúde, e segurança pública. Atribui-se à assistência social medidas de inclusão da ofendida no cadastro de programas

assistenciais do governo. No setor da saúde, está o acesso aos benefícios decorrentes de desenvolvimento científico e tecnológico, inclusive de contracepção de emergência e de combate a Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST). Quanto à segurança pública, estariam medidas que visem garantir à vítima proteção policial e eventual acompanhamento para retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do âmbito familiar.³⁵

Foram diversas as previsões de mecanismos a serem adotados pelo poder público, de forma integrada, visando amenizar para a vítima as consequências decorrentes da violência doméstica e familiar, considerando a necessidade de atendimento especial a estes casos, conforme alhures mencionado.

Nesse contexto, foram elencadas no Capítulo II da Lei, em especial no artigo 22, medidas protetivas de urgência que podem ser solicitadas pela ofendida de imediato, com as quais se busca a prestação jurisdicional justa. Observa-se que essa legislação expressa a sensibilização quanto à violência generalizada contra a mulher, buscando o combate a uma das causas desta lamentável situação, qual seja, a impunidade, ou, no mínimo, a proteção deficiente, prevendo medidas protetivas de urgência a serem adotadas em benefício da vítima, de forma cautelar e com base na hipossuficiência da mulher, informalidade, celeridade e efetividade.³⁶

³⁵ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), comentada artigo por artigo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 72.

³⁶ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 86.

Dessa forma, as medidas de urgência, divididas pelo legislador naquelas que obrigam ao agressor e nas direcionadas à ofendida, constituem elemento de grande significância trazido pela legislação, uma vez que possibilitam a concretização de direitos da mulher, ao passo que possibilitam a efetividade da prestação jurisdicional. Assim, a Lei Maria da Penha previu um sistema de proteção para a mulher vítima de violência doméstica e familiar, quando em posição mais vulnerável, com o reconhecimento de diversos tipos de violência praticados, da responsabilidade do estado de ação, inclusive mediante sistema integrado, bem como de medidas urgentes que podem ser adotadas nesses casos especiais.

Em análise sintática, esses são os pontos da Lei Maria da Penha que se quer destacar, visando o foco do presente artigo. Impende registrar que essa legislação se trata de um grande avanço em nosso ordenamento jurídico na busca de concretização da igualdade de direitos, mediante a proteção da mulher em situação de vulnerabilidade, como o ambiente doméstico e familiar.

Essa situação de hipossuficiência da mulher, decorrente do contexto histórico vivido, merece exatamente isto: tentar ser protegida e alterada mediante a tomada de medidas legais que possam promover a igualdade material. Inobstante, não é somente no ambiente doméstico e familiar que a mulher se encontra vulnerável em relação ao agressor, mas existem outras situações que também merecem a atenção do poder público e a criação de meios legais para minimizar esses efeitos, como na ocorrência do assédio sexual em local público, conforme se abordará a seguir.

4 O ASSÉDIO SEXUAL CONTRA MULHERES EM LOCAIS PÚBLICOS.

Sob esse prisma, resta demonstrado que já ocorreram avanços em busca da concretização da igualdade de direitos, em especial atenção à figura da mulher, inclusive no âmbito criminal, em proteção à violência doméstica e familiar com a edição da Lei Maria da Penha. Mais, podemos afirmar que a busca pela igualdade de direitos entre homens e mulheres tornou-se paradigma do século XX. Gradativamente, os direitos das mulheres foram ganhando espaço no âmbito dos direitos humanos, demandando a construção de uma cultura universal de respeito pela pessoa humana.³⁷

Analisando a realidade fática, não se pode deixar de mencionar que o capitalismo exigiu a entrada da mulher no mercado de trabalho, o que demandou uma modificação definitiva no papel do sexo feminino tanto nos setores públicos como privados.³⁸

Apesar do grande avanço da proteção e promoção dos direitos da mulher no âmbito familiar, obtido com a edição da Lei Maria da Penha, inúmeros são os problemas ainda enfrentados em nossa sociedade. Entre eles, encontra-se o assédio em local público, o qual ainda é prática bastante usual e não possui proteção específica em nosso ordenamento jurídico.

³⁷ NOVAIS, Denise Pasello Valente. **Discriminação da mulher e direito do trabalho: da proteção à promoção da igualdade**. São Paulo: LTr Editora Ltda, 2005. p. 56.

³⁸ AURÉLIO, Marco. Voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>> Acesso em 04 Abr. 2015.

O contexto social atual ainda demonstra a desigualdade havida entre os sexos, com foco na prática de abuso sexual em locais públicos, por meio de cantadas agressivas, realizadas por homens. Tal situação tem sido objeto de relevante análise e manifestação da sociedade, sendo abordada de forma mais intensa, inclusive através de manifestações populares.

Neste sentido, foi criada uma campanha, liderada pelo Think Olga, denominada “Chega de FiuFiu”, a qual se conceitua através da informação de que ninguém deveria ter medo de caminhar pelas ruas pelo simples fato de ser mulher, mas que, infelizmente, isso acontece diariamente. Ainda, pouco se discute e tampouco se sabe sobre o tamanho e a natureza desse problema, sendo a “Chega de FiuFiu” criada com intuito de lutar contra o assédio sexual em locais públicos, e, também, contra outros tipos de violência contra a mulher.³⁹

A campanha realizou uma pesquisa na internet, entre os meses de julho e agosto de 2013, com a participação de aproximadamente sete mil e setecentas mulheres, na qual o resultado demonstrou que 99,6% (noventa e nove inteiros e seis décimos por cento) delas já haviam sido assediadas, sendo que 81% (oitenta e um por cento) disseram ter deixado de sair para algum lugar por medo de sofrerem assédio e 90% (noventa por cento) trocaram de roupa por receio de passar por este tipo de situação.⁴⁰

³⁹ Disponível em: < <http://chegadefiuuiu.com.br/>>. Acesso em 15 mar. 2015.

⁴⁰ MACIEL, Camila. **Campanha Chega de FiuFiu quer o fim do assédio a mulheres em locais públicos**. Disponível em: < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-12/domcampanha-chega-de-fiu-fiu-quer-o-fim-do-assedio-mulheres-em-locais-publicos>> Acesso em 15 mar. 2015.

Ainda, está disponível no endereço eletrônico da campanha um mapa, onde se tentam identificar as áreas mais problemáticas quanto ao assédio às mulheres, confeccionado mediante denúncias e relatos que podem ser realizado através do próprio site. Ressalta-se que o objetivo deste mapa, não é fazer com que as mulheres parem de frequentar tais locais, mas que se possa analisar quais os motivos que os levam a ter a grande incidência da prática e buscar meios para solucionar ou amenizar a questão.

Assim, surge a discriminação, já tendo definição consagrada por organismos internacionais, como sendo qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência com objetivo de anular ou restringir reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais.⁴¹

Outrossim, impende destacar aqui a vedação ao preconceito, prevista no art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal, que nivela a todos os seres, independente do sexo, origem social ou geográfica. O preconceito é uma espécie de entrave para visão, e até para o sentimento, que por vezes se torna coletivizada a fim de configurar traço cultural, o que é um tanto perigoso para a harmonia social e a objetiva verdade das coisas. Nesse panorama, o sexo deve ser considerado como um dado empírico que não tem qualquer relação com merecimento ou desmerecimento do indivíduo, não sendo qualquer um mais ou menos digno de direito pelo fato de se ter nascido mulher ou homem.⁴²

⁴¹ RODRIGUES, Jorge Arthur Moojen. **Políticas públicas afirmativas e o princípio da igualdade em face do preconceito e da discriminação no Brasil**. São Paulo: Comunnicar Editora, 2007. p. 71.

⁴² BRITTO, Ayres. Voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?>

Também, a “Chega de FiuFiu” está trabalhando na arrecadação de valores para realizar um documentário sobre o tema, a fim de estabelecer um diálogo entre as vítimas, os que praticam o assédio e com especialistas no tema. Pretendem, com essa abordagem, uma visão completa sobre o assunto, investigando suas causas, motivações, contexto social e soluções para a violência. Nesse sentido, exemplificam como funcionam algumas das cantadas: “Que delícia!”, “Me dá um sorriso, princesa”, “Ô lá em casa!”; não há o uso de qualquer expressão como “bom dia”, nem pedido de licença, e, principalmente, não há consentimento. As mulheres estão passando na rua e um indivíduo, completo estranho, dá alguma ordem, faz algum comentário, muitas vezes erótico, sobre a sua aparência, ou ainda toca o seu corpo. Ressaltam que não é o que ninguém deseja para suas mães, filhas ou irmãs, mas que, entretanto, são essas ações praticadas com quase todas as mulheres, todos os dias.⁴³

Essa é a realidade. As cantadas em locais públicos são realizadas diariamente, tornando-se um fato banal, quase ignorado pela sociedade, o que não pode ser aceito. Todas essas cantadas são uma violação ao direito de intimidade feminina e ferem o princípio constitucional de igualdade.

Sobre o tema, ressalta-se que é tão comum que uma mulher ouça cantadas ou passe pelas situações já narradas, as quais beiram ao assédio físico propriamente dito, que o assunto se torna pouco discutido, sendo tratado como se fosse um simples fato da existência. Não se pode, contudo, esquecer que todas essas formas de “cantadas”

incidente=11872> Acesso em 04 Abr. 2015.

⁴³*Documentário Chega de FiuFiu*, por Brodagem Filmes. Disponível em: <<https://www.catarse.me/pt/videochegadefiufiu>> . Acesso em 15 mar. 2015.

são uma violação à intimidade feminina, na qual o assediador parte do princípio de que o corpo da mulher pode ser visto como algo público, sobre o qual se pode opinar abertamente, ocorrendo inclusive intimidação com mulheres que decidem se manifestar contra esse assédio.⁴⁴

Além da violação decorrente da própria cantada, a mulher é intimada a não reagir, mediante o abuso dos homens desta situação de vulnerabilidade enfrentada pelas mulheres.

A questão analisada nesse trabalho trata-se de uma situação de justiça, mas esse não é um conceito empiricamente encontrado. Pode-se afirmar que para buscar uma medida de justiça tem-se que se empreender em uma resposta, sendo que o importante não é obter a resposta, mas não parar de se perguntar. Só assim a justiça poderá se aproximar da realidade.⁴⁵ Nesse panorama, reitera-se que contra todas as formas de preconceito, contra quem quer que seja, existe o direito constitucional, sendo que o preconceito merece repúdio de qualquer pessoa que se comprometa com a justiça e a democracia.⁴⁶

Ainda, para elucidar, destaca-se um caso ocorrido na cidade de Porto Alegre/RS, recentemente, que ganhou maior destaque na mídia, e se tratava de um caso de estupro, ocorrido durante o dia em uma praça pública, tendo a vítima registrado depoimento comovente nas

⁴⁴HUECK, Karin. *As cantadas ofendem*. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2013/09/cantadas-bofendemb.html>> Acesso em 15 mar. 2015.

⁴⁵ FUX, Luiz. Voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>> Acesso em 04 Abr. 2015.

⁴⁶ LÚCIA, Carmen. Voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>> Acesso em 04 Abr. 2015.

redes sociais, que, apesar de situação já reconhecida como mais grave, qual seja o estupro, retrata a mesma vulnerabilidade que as mulheres sentem diariamente diante do assédio sexual.⁴⁷

Somente as pessoas que já passaram por situações parecidas podem saber exatamente o impacto dos fatos em suas vidas. Nesse sentido, a maioria absoluta das mulheres já sofreu assédio sexual em público, conforme os dados da pesquisa já mencionada, configurando uma situação de medo que não pode continuar a ser ignorada.

Dessa forma, podemos afirmar que diversas mulheres sofrem assédio sexual, em locais públicos, diariamente, conceituando-se como uma manifestação, sensual ou sexual, alheia à vontade da pessoa a quem se dirige. Se for realizada em ambiente de trabalho por um

⁴⁷Depoimento anônimo na página: *se essa rua fosse nossa*. Disponível em: <<https://www.facebook.com/seessaruafossenossa/posts/1556677794583652:0>>. Acesso em 20 Mar. 2015. Veja-se o teor: “Foi há uma semana, mas ainda me desce seco pela garganta. Era segunda-feira, meio-dia. Um dia depois do dia da mulher. Parecia mentira que um dia antes eu estava no mesmo lugar, conversando com minhas irmãs sobre respeito e liberdade, com alguma esperança preenchendo meu coração. Voltando da aula, desci do ônibus na Av. João Pessoa, última parada, próxima a Rua da República. Meu trajeto seria o mesmo de sempre: atravessar a rua e caminhar pela Rua José Bonifácio até o Bom Fim. Esse trajeto era o melhor possível, por mais que atravessar o Parque da Redenção a pé fosse muito mais próximo. Já resignada com o fato de que minha rotina seja pautada pela insegurança, desci e fui. Eu caminhava rapidamente - acompanhada pelo medo de tudo-de-ruim que poderia me acontecer. Acho que toda mulher sente isso ao passar por esse tipo de local. Mas nesse dia, meus medos não ficaram só na minha mente. Pelas minhas costas, dois homens me agarraram e me arrastaram pra dentro do Parque da Redenção. Eles me taparam a boca e meus gritos eram abafados pelos dedos dos meus agressores e o tráfego de carros da rua. Não lembro muito bem como eles eram - sem camisa, calção preto amarrado por um cordão de tênis, um deles tinha cabelo raspado descolorido - mas lembro e muito de cada minuto da agressão que eles me causaram. Um deles estava por trás de mim e outro pela frente. As mãos rápidas e vorazes passeavam por todo meu corpo. (...) Há essa hora eu já gritava muito e meus gritos se ouviam de longe, porém todos que passavam, e também outros que estavam ali, pareciam ver uma cena cotidiana. Ninguém se solidarizou ou sequer parecia ver aquilo com espanto. E eles continuavam: sentia as quatro mãos como lâminas no meu corpo. Não sei ao certo se pelo medo de alguém ouvir meus gritos ensurdecadores ou pelo esgotamento de interesse em mim, em um certo ponto eles pararam. Reviraram minha bolsa e só pegaram meu celular. Atiraram minha bolsa em cima de mim e saíram correndo. Meu valor estava ali taxado: o preço de um smartphone popular. Eu fiquei ali, violada, no chão junto com minhas coisas”.

superior já é tipificada como crime. Inobstante, em outras condições, inclusive em local público, a lei não possui dispositivos específicos de repressão, o que não significa que o assédio sexual cometido nas ruas não acarrete graves danos, sejam físicos, psicológicos ou morais às vítimas.

Esse ponto é o foco de destaque deste trabalho. O assédio sexual já possui algumas restrições e punições impostas pela lei, seja no âmbito familiar e doméstico, com a Lei Maria da Penha, supra analisada, bem como no ambiente de trabalho, sobre o qual também já existe a tutela jurídica positivada de forma específica. Já, o assédio em locais públicos não possui o cuidado especial da legislação.

Atualmente no Brasil, uma pessoa acusada da prática de assédio sexual em local público é enquadrada por perturbação de tranquilidade, contravenção penal tipificada no artigo 65, do Decreto-Lei nº 3.688/41, tendo como pena prevista prisão simples de quinze dias a dois meses, sendo adotado o procedimento do Juizado Especial Criminal. Ou seja, qualquer indivíduo que aja de uma maneira tão bárbara, e especialmente violenta contra as mulheres, em local público, terá a pena máxima a ser cominada de dois meses de prisão simples.

Nesse panorama, pede-se vênica para transcrever a ementa de um julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul por contravenção de perturbação da tranquilidade:

APELAÇÃO CRIME. CONTRAÇÃO DE PERTUBAÇÃO DE TRANQUILIDADE. ART. 65 DA LCP, NA FORMA DO ARTIGO 71, CAPUT DO CÓDIGO PENAL. 1. Diante do contexto probatório restou provado, sem qualquer dúvida, que o réu, por diversas vezes, em datas variadas espionava a adolescente quando estava no banheiro, dizendo-lhe palavras obscenas, bem como molestava a criança com seis anos de idade, irmão da adolescente, praticado a conduta tipificada no artigo 65,

da Lei das Contravenções Penais, impondo-se a confirmação da sentença condenatória, que realizou adequado exame dos fatos e das provas, sendo a pena adequadamente aplicada. 2. Omissa a sentença no tocante ao regime de cumprimento da pena, de ofício, fixo o regime aberto para o cumprimento de pena. APELAÇÃO IMPROVIDA.⁴⁸

No caso transcrito, entendeu-se que um homem, por diversas vezes, disse palavras obscenas a uma adolescente, inclusive a espiando quando estava no banheiro, bem como também molestou uma criança com seis anos de idade. A sentença foi condenatória em um mês e cinco dias de prisão, convertida em uma pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade.

Esclarece-se que não se está discutindo a decisão, uma vez que se amolda à legislação vigente, mas sim pondo em debate justamente a falta de uma legislação mais severa para regular e punir a prática do assédio sexual em locais públicos, a exemplo daquelas já existentes.

Nesse ponto, destaca-se que a omissão da lei também deve ser considerada como violação de direitos. A falta de modelo institucional que proteja direitos e coíba comportamentos agressivos acaba contribuindo para um quadro de discriminação. Reitera-se que o próprio Estado, no que tange a direitos fundamentais, tem o dever de proteção e promoção destes.⁴⁹ A própria Constituição Federal previu

⁴⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Recurso Crime Nº 71001749746, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Angela Maria Silveira, Julgado em 25/08/2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=71001749746&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em 20 de Mar. 2015.

⁴⁹ MENDES, Gilmar. Voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>> Acesso em 04 Abr. 2015.

expressamente em seu artigo 5º, inciso XLI, que a lei servirá para punir qualquer discriminação que atente contra os direitos e liberdades fundamentais.

Os dispositivos do ordenamento jurídico possuem o dever de tutelar as situações de fato em que há violações de direito, em especial ao tratarmos de direitos fundamentais, como forma de proteção jurídica integral dos fundamentos que baseiam a dignidade da pessoa humana.⁵⁰ Dessa forma, o combate à desigualdade justifica uma série de medidas, inclusive com a tomada de ações afirmativas com o objetivo de implementar uma igualdade material que a igualdade formal, por si só, não consegue proporcionar.⁵¹

Está demonstrado o atual repúdio da sociedade da prática do assédio sexual contra as mulheres em local público, bem como consagrada a igualdade de direito em âmbito constitucional, sendo de público e notório conhecimento a violência e o impacto dessas ações nas mulheres, de forma que alguma medida legal deveria ser tomada.

Nesse sentido, em 15/05/2014, o Senado da Bélgica aprovou uma lei que classifica como ofensa criminal o assédio nas ruas, tendo previsto a punição de até um ano de prisão ou o pagamento de multa que varia de 50 a 1000 euros, sendo o primeiro País da Europa a punir através de legislação específica esse tipo de ação. O tema ganhou destaque na Bélgica a partir do documentário *Femme de La Rue* (A mulher da rua), realizado por Sophie Peeters, que demonstra alguns dos assédios que as mulheres sofrem nas ruas do País, pois ela gravou

⁵⁰ AURÉLIO, Marco. Voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>> Acesso em 04 Abr. 2015.

⁵¹ NOVAIS, Denise Pasello Valente. **Discriminação da mulher e direito do trabalho: da proteção à promoção da igualdade**. São Paulo: LTr Editora Ltda, 2005. p. 37.

durante alguns meses as cantadas que ouvia de homens em espaços públicos.⁵²

Ainda não se podem averiguar os impactos que a legislação teve naquele País, se de fato se tornou uma medida efetiva para coibir as agressões em locais públicos. No entanto, pode-se reconhecer que foi um significativo avanço a atenção e a tutela dada pela Bélgica à situação enfrentada.

No Brasil, houve a edição recente da Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015, que criou o chamado feminicídio, sendo uma modalidade de homicídio qualificado, ocorrendo quando uma mulher se torna vítima de homicídio em virtude de sua condição de ser do sexo feminino. Não se pode dizer que as pessoas apontadas como vulneráveis, entre elas as mulheres e as crianças, sejam vítimas unicamente no âmbito doméstico. As mulheres, em especial, pela simples condição de serem do sexo feminino, por muitas vezes, são vítimas também fora dos seus lares, o que levou o legislador a despertar a fim de criar elementos para sua proteção. Assim, para ocorrer o feminicídio é necessário que a vítima seja mulher e que o crime seja praticado em razão da sua condição do sexo feminino.⁵³

A edição desta lei foi mais um passo importante adotado pelo legislador brasileiro em reconhecimento à vulnerabilidade da mulher em nosso ordenamento, decorrente, seja do contexto histórico, seja das próprias características físicas. Inobstante, ainda não sana a deficiência legislativa que apontamos nesse estudo, da necessidade de proteção

⁵² DINIZ, Lucilia. **Chega de cantada**. Disponível em: < <http://luciliadiniz.com/cheга-de-cantada/>>. Acesso em 20 Mar. 2015.

⁵³ DOUGLAS, William. **Femicídio – Comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Disponível em: < <http://williamdouglas.com.br/femicidio-comentarios-sobre-a-lei-no-13-104-de-9-de-marco-de-2015/>> Acesso em 20 Mar. 2015.

específica, inclusive por meio de legislação, da vulnerabilidade vivida pelas mulheres em locais públicos, através de cantadas agressivas realizadas pelos homens.

A elaboração de leis e de políticas públicas com intuito de combater o preconceito significa a aceitação das diferenças e a experimentação do pluralismo sócio-político-cultural em nossa sociedade. O Direito é uma técnica de controle social, devendo buscar submeter, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, as situações ameaçadas pelos sentimentos dos próprios instintos dos seres humanos às normas que concretizam a sua essência, sejam por normas de efeitos positivos, quanto pelas de efeitos negativos.⁵⁴

Dessa maneira, a igualdade é uma relação que se estabelecem entre pessoas, coisas ou situações com diferenças, devendo o direito, como ordem normativa, ao prever tais situações, estabelecer a maneira com que serão tuteladas essas diferenciações a fim de promover a sua equiparação.⁵⁵

Nesse contexto, não se pode determinar com absoluta precisão qual seria o meio mais eficaz para tentar modificar a situação de fato de agressões vivida em nossa sociedade, inclusive porque o direito não se trata de uma ciência exata. Mas, demonstrado está, que é urgente a necessidade da tomada de mais medidas pelo governo, no sentido de coibir a prática de assédio sexual em lugares públicos.

Assim, acredita-se que um passo inicial seria a elaboração de uma legislação específica que previsse punição mais severa para

⁵⁴ BRITTO, Ayres. Voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>> Acesso em 04 Abr. 2015.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000. p. 11

àqueles que realizassem tal prática, em especial contra as mulheres. Sabe-se que para mudar uma sociedade uma lei somente não basta, sendo necessários diversos mecanismos de conscientização. Inobstante, entende-se, que a legislação, e em especial, a punição, em conjunto com outras ações diversas, como a campanha “Chega de FiuFiu”, já referida, possuem o condão de pelo menos tentar iniciar a mudança que todos merecem ver concretizada, inclusive com a efetiva consagração da igualdade de direitos almejada constitucionalmente.

O que não se pode é permanecer do jeito que está, sem a tomada de medidas efetivas por parte do governo, deixando sem a devida tutela parte vulnerável em uma situação fática e recorrente na sociedade, qual seja, as mulheres. Não se pode mais coadunar com tal situação, através da omissão do dever de agir do Estado. Sabe-se que algumas medidas de proteção já foram realizadas, inclusive através das legislações citadas ao longo desse artigo, mas notória é a urgência em criar mecanismos cujo foco seja o assédio sexual em locais públicos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão-problema buscou orientar o desenvolvimento do trabalho sobre o prisma de quanto já se avançou na busca da concretização da igualdade de direitos, prevista constitucionalmente, e o que ainda pode ser feito, em especial no que tange ao assédio sexual em locais públicos, praticado contra mulheres. Para responder a pergunta fez-se uma breve introdução demonstrando a previsão constitucional de igualdade de direitos, análise a legislação já existente,

em especial a Lei Maria da Penha e, por fim, verificação da situação fática em nossa sociedade.

Os objetivos gerais foram atingidos no momento em que foi possível demonstrar que, de fato, há a consagração legal da igualdade de direito entre homens e mulheres, sendo que legislações infraconstitucionais foram editadas buscando esse fim, mas ainda existem situações que necessitam de maior tutela legal, como o assédio sexual em locais públicos.

Assim, infere-se que diante da igualdade de direitos prevista em nosso ordenamento jurídico, bem como do contexto fático em nossa sociedade em que as mulheres ainda se encontram em situação de vulnerabilidade, especialmente quanto à prática de assédio sexual em locais públicos, mediante as cantadas agressivas realizadas por homens, sendo necessário que medidas específicas sejam tomadas pelo governo a fim de garantir efetividade à previsão constitucional.

Nesse sentido, apesar de concluir-se que diversas ações são necessárias para que se alcance o fim almejado, a igualdade de direitos, acredita-se que a edição de lei com a previsão de punições mais severas e com enfoque sobre a situação do assédio sexual em locais públicos, poderia ser uma iniciativa de grande valia para a mudança gradativa do comportamento social.

6 REFERÊNCIAS

AURÉLIO, Marco. Voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>.

BARBOSA, Joaquim. Voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.

BENDA, Ernst. **Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht**. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen. *et al.* (Hrsg.). *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (HVerfR). 2., neubearb. und erw. Aufl. Berlin, New York: Walter de Gruyter&Co, 1994, p. 161-190.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRITTO, Ayres. Voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), comentada artigo por artigo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Lucilia. **Chega de cantada.** Disponível em: <<http://luciliadiniz.com/cheга-de-cantada/>>.

DOUGLAS, William. **Feminicídio – Comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015.** Disponível em: <<http://williamdouglas.com.br/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-no-13-104-de-9-de-marco-de-2015/>>.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. ***Direito Privado e Constituição – Drittwirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo.*** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FARIA, Helena Omena Lopes de; MELO, Mônica de. **Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade.** São Paulo: Centro de Estudos, 1998.

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

FISCHER, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. **Direitos fundamentais nas relações interprivadas: construindo um novo direito das obrigações.** In: *Constitucionalismo contemporâneo: direitos fundamentais em debate.* Porto Alegre: Norton Editor, 2005.

FUX, Luiz. Voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>.

HUECK, Karin. **As cantadas ofendem.** Disponível em: <<http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2013/09/cantadas-bofendemb.html>>.

IZUMINO, Wânia Pasinato. **Delegacias de defesa da mulher e juizados especiais criminais: Contribuições para a consolidação**

de uma cidadania de gênero. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 40, out-dez.

JARASS, Hans D. **Grundgesetz Kommentar.** In: JARASS, Hans D; BODO, Pieroth. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar.* 10. Auflage. München: Beck, 2009.

LÚCIA, Carmen. Voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>.

MACIEL, Camila. **Campanha Chega de FiuFiu quer o fim do assédio a mulheres em locais públicos.** Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-12/domcampanha-chega-de-fiu-fiu-quer-o-fim-do-assedio-mulheres-em-locais-publicos>>.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Cláusulas Pétreas ou Garantias Constitucionais?** Consulex: revista jurídica. Brasília: Consulex, n. 12, ano 1, dez. 1997, p. 48-50.

____ **Curso de Direito Constitucional.** In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

____ Voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>.

MENDES, Gilmar. Voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>.

NOVAIS, Denise Pasello Valente. **Discriminação da mulher e direito do trabalho: da proteção à promoção da igualdade.** São Paulo: LTr Editora Ltda, 2005.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

RODRIGUES, Jorge Arthur Moojen. **Políticas públicas afirmativas e o princípio da igualdade em face do preconceito e da discriminação no Brasil.** São Paulo: Comunnicar Editora, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 11. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. **A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia.** Revista de Direito Administrativo. RJ: Renovar, n. 212, abr.-jun. 1998, p. 89-94.

STARCK, Christian. **Das Bonner Grundgesetz.** In: MANGOLDT, Hermann von; KLEIN, Friedrich; STARCK, Christian. **Das Bonner Grundgesetz. Kommentar.** 4. Auflage. München: Franz Vahlen, Band I, 1999.

STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte.** München: Beck, 1988, B. III/1.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Recurso Crime Nº 71001749746, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Angela Maria Silveira, Julgado em 25/08/2008. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=71001749746&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>.

<https://www.catarse.me/pt/videochegadefiufiu>

<http://chegadefiufiu.com.br>

<https://www.facebook.com/seessaruafoffenossa/posts/1556677794583652:0>

FUNDAMENTOS DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO DIREITO BRASILEIRO: UMA PERSPECTIVA COMPARADA A PARTIR DO DIREITO ALEMÃO

Fernando Vogel Cintra⁵⁶

RESUMO: O artigo pretende contribuir para o esclarecimento dos fundamentos dogmáticos e doutrinários do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil e na Alemanha, tomando como ponto de partida o exame de aspectos fundamentais da ordem jurídica de cada um desses países. O artigo também pretende contribuir para o exame da prática do controle jurisdicional de políticas públicas, tomando como exemplo duas decisões significativas: no Brasil, a Reclamação nº 4.374/PE, que tinha como pano de fundo o benefício de prestação continuada previsto na Lei Orgânica de Assistência Social; e, na Alemanha, o caso *Hartz IV*, que versava sobre as prestações regulares da assistência fundamental para quem procura emprego. Ao final, apresentam-se algumas conclusões obtidas por meio da comparação de direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito administrativo brasileiro. Direitos sociais. Assistência social. Direito administrativo alemão. Prestações regulares.

⁵⁶ Bacharel em filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre em filosofia contemporânea pela UFRGS. Bacharel em direito pela UFRGS. *Master of Laws* (LL.M.) pela University of Southern California (Gould School of Law) – USC. Doutorando em direito pela UFRGS. Advogado licenciado. Analista Processual da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2.1 Controle jurisdicional de políticas públicas no direito brasileiro. 2.2 Análise da Reclamação nº 4.374/PE. 3.1 Controle jurisdicional de políticas públicas no direito alemão. 3.2 Análise da decisão *Hartz IV*. 4. Conclusão. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende contribuir para a elaboração de uma resposta às seguintes questões: (i) quais são os principais fundamentos dogmáticos e doutrinários do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil e como isso pode ser exemplificado pela jurisprudência; (ii) quais são os principais fundamentos dogmáticos e doutrinários do controle jurisdicional de políticas públicas na Alemanha e como isso pode ser exemplificado pela jurisprudência.

Diante da amplitude do tema suscitado por essas questões e da estreiteza dos limites inerentes a uma exposição como a presente, não se pode abrigar aqui a pretensão de esgotar o assunto. Assim, é preciso deixar claro que a presente exposição visa a contribuir para a análise do controle da administração pública que é feito pelo Poder Judiciário – sem examinar, portanto, outras modalidades de controle da administração pública.

Outrossim, o exame da jurisprudência ficará restrito a uma decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que se julgou bem importante, e a uma decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, que também se considerou bastante significativa.

A expressão “políticas públicas” suscita dificuldades terminológicas, as quais não se pretende responder de forma definitiva no presente. É bom que se diga que, no texto da Constituição da República Federativa do Brasil, tal como promulgado em 5 de outubro de 1988, não há referência literal à expressão “políticas públicas”. A menção explícita à expressão só aparece com o advento da Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010, que modificou o texto constitucional para cuidar dos interesses da juventude, introduzindo a expressão “políticas públicas” no art. 227, §8º, inciso II da CRFB. Pouco tempo depois, a Emenda Constitucional nº 71, de 29 de novembro de 2012, que instituiu o Sistema Nacional de Cultura, também empregou literalmente a expressão “políticas públicas”, positivando-a no *caput* do art. 216-A da CRFB.

É oportuno destacar que tanto o art. 216-A quanto o art. 227, §8º, inciso II estão inseridos no Título VIII da CRFB, que regula a ordem social. Entretanto, o texto constitucional não define o que sejam políticas públicas.

Passando ao âmbito doutrinário, observa-se que a expressão “políticas públicas” admite definições as mais diversas. Maria Paula Dallari Bucci, por exemplo, trabalha com um conceito de políticas públicas que aqui poderia ser denominado de “amplo”, conforme se depreende da seguinte passagem:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo

administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.⁵⁷

Por seu turno, Ronald Dworkin, tomando como ponto de partida a distinção entre regras, políticas (*policies*) e princípios, chama de política (*policy*) aquele tipo de padrão que dispõe um objetivo a ser alcançado, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade (embora alguns objetivos sejam negativos, na medida em que estipulam que alguma característica atual deva ser protegida de mudança adversa)⁵⁸.

Não há como passar em revista aqui todas as definições doutrinárias da expressão. Para os propósitos do presente, basta notar que as duas definições acima expostas convergem no seguinte: vinculam a ideia de políticas públicas à promoção de objetivos sociais relevantes por meio da escolha de meios estatais adequados e necessários. Nota-se ainda a sobreposição, ao menos parte, com o tema da efetivação dos direitos sociais, os quais podem ser classificados dogmaticamente como direitos a uma prestação estatal em sentido estrito.

⁵⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 38, nota de rodapé 12.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1978. P. 22.

Desse modo, quando se fala do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, é importante ter em mente a distinção entre a *formulação ou fixação* de políticas públicas, a cargo do Poder Legislativo, e a *execução ou implementação* de políticas públicas, cometida aos diferentes órgãos do Poder Executivo. Nesse contexto, pode-se distinguir ainda entre (i) o controle pelo judiciário de uma política pública devidamente formulada pelo legislador, mas indevidamente executada pela administração pública; e (ii) o controle de uma política pública indevidamente formulada pelo legislador e indevidamente executada pela administração (por exemplo, em caso de omissão do legislador).

Outro aspecto a ser considerado nesta introdução diz respeito aos limites de uma comparação de direito como a que é aqui proposta. Os *argumentos comparativos* podem ser enquadrados no marco de uma teoria da argumentação jurídica, como aquela desenvolvida por Robert Alexy⁵⁹. Para ele, os argumentos comparativos, entendidos como aqueles concernentes às soluções praticadas nos ordenamentos

⁵⁹ De modo extremamente sintético, pode-se dizer que Alexy distingue entre dois aspectos da justificação ou fundamentação de proposições jurídicas, a justificação interna e a justificação externa. Na *justificação interna*, trata-se de determinar se a proposição se segue logicamente das premissas aduzidas para a justificação. O objeto da *justificação externa* é a correção dessas premissas. No contexto da justificação externa, Alexy distingue entre seis grupos de regras e formas da justificação externa: (1) as regras e formas da interpretação, (2) a argumentação “dogmática” (ou “doutrinária”), (3) o emprego de precedentes, (4) a argumentação prática geral e (5) a argumentação empírica, bem como (6) as formas de argumento jurídicas especiais. No âmbito de (1) acima, Alexy situa os cânones da interpretação, os quais, por sua vez, podem ser resumidos em seis grupos: na interpretação (i) semântica, (ii) genética, (iii) histórica, (iv) comparativa, (v) sistemática e (vi) teleológica. ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung**. 3ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. P. 273; 285; 289.

jurídicos de outras sociedades para o mesmo problema jurídico discutido, têm seu lugar no âmbito das regras e formas da interpretação, as quais estão situadas no âmbito da justificação externa de proposições jurídicas. Com isso está assegurada também a *racionalidade* dos argumentos comparativos. No entanto, a demonstração de tal proposição, que é aqui somente afirmada, não é possível nem conveniente empreender no curso da presente exposição, tendo de ser, por isso, pressuposta.

Em sentido semelhante vão Konrad Zweigert e Hein Kötz, ao dizer que, no começo de cada investigação comparativo-jurídica, está a colocação da questão ou hipótese de trabalho, abreviadamente a *ideia*⁶⁰, sem a qual no mundo do espírito nada prospera. Frequentemente, o sentimento crítico da inadequação de uma solução no ordenamento jurídico próprio conduz à investigação sobre se ordenamentos jurídicos estrangeiros talvez tenham resolvido melhor. Mas, por outro lado, a pura e inicialmente desinteressada pesquisa nos ordenamentos jurídicos estrangeiros pode afiar o sentido crítico para a solução doméstica e, assim, gerar a ideia da hipótese de trabalho⁶¹.

Fixadas essas premissas, verifica-se que o tema ora examinado está diretamente ligado à ideia de divisão dos poderes estatais. Sabe-se que Charles-Louis de Secondat, mais conhecido como Barão de Montesquieu, afirmou em sua obra *De l'esprit des lois* que, para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das

⁶⁰ *Einfall*.

⁶¹ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Einführung in die Rechtsvergleichung**: auf dem Gebiete des Privatrechts. 3^o ed. Tübingen: Mohr, 1996. P. 33.

coisas, o poder impeça o poder⁶². Sabe-se também que Montesquieu apresentou sua teoria sobre as leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição, distinguindo entre o poder legislativo, o poder de julgar e o poder executivo. Outrossim, sustentou que não há ainda liberdade se o poder de julgar não é separado do poder legislativo e do executivo. Se ele estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: porque o juiz seria legislador. Se ele estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor⁶³.

Nessa visão, os juízes da nação não seriam mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor⁶⁴.

Já no século XX, todavia, Hans Kelsen, ao discorrer sobre a dinâmica do direito, mais especificamente sobre a construção escalonada do ordenamento jurídico, argumentou que uma norma, que determina a produção de uma outra norma, é aplicada na, por ela determinada, produção da outra norma. Aplicação do direito é ao mesmo tempo produção do direito. Esses dois conceitos não apresentam, como aceito pela teoria tradicional, uma oposição absoluta. É incorreto distinguir entre atos produtores do direito e aplicadores do direito⁶⁵. Diante disso, constata-se que os três poderes

⁶² MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois*. Paris: Éditions Gallimard, 1970. P. 167.

⁶³ MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois*. Paris: Éditions Gallimard, 1970. P. 169.

⁶⁴ *Ibidem*. P. 178.

estatais (legislativo, executivo e judiciário) são ao mesmo tempo aplicadores e produtores do direito.

2.1 CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO DIREITO BRASILEIRO

Nesta seção, trata-se de examinar os principais pontos do controle jurisdicional de políticas públicas praticado no Brasil. Para tanto, convém ter em mente alguns aspectos fundamentais da ordem jurídica instituída pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Assim sendo, tem-se que o art. 2º positiva o princípio da divisão dos poderes em: legislativo, executivo e judiciário. Em sintonia com isso, o art. 48 da Constituição estabelece que cabe ao Congresso Nacional dispor sobre todas as matérias de competência da União; o art. 84, inc. II, da Constituição dispõe que compete privativamente ao Presidente da República exercer, com o auxílio dos Ministros de Estados, a direção superior da administração federal; e o art. 87, parágrafo único, inc. I da Constituição fixa que compete ao Ministro de Estado exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República. No tocante ao Poder Judiciário, a Constituição não lhe determina as competências de um modo geral, mas sim de um modo específico, isto

⁶⁵ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Mit einem Anhang: das Problem der Gerechtigkeit. 2ª ed. Viena: Franz Deuticke, 1960. P. 240.

é, discriminando as competências de cada órgão a ele pertencente (Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e juízes federais, Tribunais e juízes do trabalho, Tribunais e juízes eleitorais, Tribunais e juízes militares, Tribunais e juízes dos estados, bem como do distrito federal e territórios). Como se sabe, a Constituição outorga precipuamente ao STF a competência para a guarda da Constituição (art. 102, *caput*).

Diante dessa divisão de poderes, bem como da Súmula nº 339 do STF, convertida recentemente na Súmula Vinculante nº 37⁶⁶, convém indagar qual o fundamento normativo que autoriza o controle da administração pública pelo Poder Judiciário. Ora, o art. 5º, inciso XXXV da Constituição positiva, entre o rol de direitos e garantias fundamentais do indivíduo, o direito a que a lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Para Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁷, decorre disso a possibilidade de controle da administração pública pelo Poder Judiciário – até porque sustentar de modo contrário daria azo a eventual negativa de prestação jurisdicional.

Podem ser lembradas aqui também as normas positivando as chamadas *ações constitucionais*, já que elas pressupõem logicamente a pretensão ao gozo dos direitos fundamentais que visam a tutelar:

⁶⁶ “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”.

⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. P. 963.

habeas corpus (art. 5º, inc. LXVIII), mandado de segurança individual e coletivo (art. 5º, incs. LXIX e LXX), mandado de injunção (art. 5º, inc. LXXI), *habeas data* (art. 5º, inc. LXXII), ação popular (art. 5º, inc. LXXIII), bem como ação civil pública (art. 129, III).

Daí que a primazia dos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira autoriza o controle da administração e de políticas públicas pelo Poder Judiciário. E essa possibilidade não se restringe aos direitos individuais, mas compreende também os direitos sociais⁶⁸.

Nesse contexto, vale lembrar que os artigos 6º a 11 da Constituição positivaram um significativo catálogo de direitos sociais: o art. 6º enuncia os direitos sociais a educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte⁶⁹, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. O art. 7º, em seus trinta e quatro incisos, densifica o conteúdo do direito ao trabalho, com vistas à relação individual de trabalho. Já o art. 8º, estabelece a liberdade de associação profissional ou sindical. O art. 9º, por seu turno, versa sobre o direito de greve. O art. 10 diz respeito à representação dos trabalhadores em órgãos

⁶⁸ Nesse sentido, por exemplo, Paulo Otero: “A Lei Fundamental brasileira, encontrando nos direitos fundamentais o centro de seu discurso constitucional, estabelece também um conjunto de obrigações econômicas, sociais e culturais dos poderes públicos, enquanto expressão de correspondentes direitos titulados pelos cidadãos, tal como acontece em matéria de ‘seguridade social’ – aqui incluindo a saúde, a previdência social e a assistência social –, educação, cultura e desporto, ciência e tecnologia, comunicação social, meio ambiente, família, criança, adolescente e idoso e ainda no que respeita aos índios” (OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Volume I. Coimbra: Almedina, 2009. P. 352).

⁶⁹ Incluído no rol por força da Emenda Constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015.

públicos. Por fim, o art. 11 refere-se ao direito de representação dentro da própria empresa.

Andreas Joachim Krell chama atenção para o fato de que também a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º) é apta a provocar o controle jurisdicional, sempre que o legislador não cumpre (ou cumpre insuficientemente) o dever constitucional de concretizar imposições constitucionais concretas⁷⁰, situação recorrente no âmbito dos direitos sociais.

Neste ponto, é importante salientar que a *liberdade conformadora do legislador* não pode ser confundida com a discricionariedade administrativa exercida pelo Poder Executivo. Essa distinção é importante para a discussão sobre a extensão e a profundidade do controle jurisdicional da Administração Pública, a qual se liga aos conceitos de *poder vinculado* e *poder discricionário*. De acordo com Rafael Maffini, esses dois poderes são instrumentos de concretização de um mesmo princípio do direito administrativo, qual seja o princípio da legalidade administrativa, especialmente na sua feição de reserva legal⁷¹.

⁷⁰ KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999. P. 251.

⁷¹ MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 4ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 60.

Ora, há que se distinguir entre, de um lado, a possibilidade jurídica do controle jurisdicional de políticas públicas e, de outro lado, os critérios aptos a nortear esse controle.

Sendo assim, vale dizer que, para Ada Pellegrini Grinover, o Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas para aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da CRFB)⁷². Dentro de limites, o Judiciário pode intervir nas políticas públicas – entendidas como programas e ações do Poder Público pretendendo atingir os objetivos fundamentais do Estado⁷³ – quer para implementá-las, quer para corrigi-las quando equivocadas⁷⁴.

Ainda segundo Grinover, o *pressuposto*, que autoriza a imediata judicialização do direito, é a restrição à garantia do mínimo existencial. Por outro lado, constituem *limites* à intervenção: a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha da lei ou do agente público; e a reserva do

⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 149.

⁷³ Note-se que essa definição é compatível com as outras definições expostas na introdução do presente trabalho.

⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 149.

possível, entendida tanto em sentido orçamentário-financeiro como em tempo necessário para o planejamento da nova política pública⁷⁵.

Prosseguindo, Grinover esclarece que todas as espécies de ações – na jurisdição constitucional (mandado de injunção, inclusive coletivo, ação de descumprimento de preceito fundamental e ação de inconstitucionalidade por omissão) – e na jurisdição ordinária – ações coletivas, individuais com efeitos coletivos, ou meramente individuais – são idôneas a provocar o controle e a eventual intervenção do Judiciário nas políticas públicas⁷⁶. No entanto, deve ser tomado cuidado na observância do pressuposto e dos limites em relação às ações estritamente individuais, cujo acolhimento diminuirá a verba destinada à política pública geral, embora elas possam ter efeito positivo, influenciando sobre a ampliação da política pública⁷⁷.

Finalmente, cumpre registrar que, na visão de Kazuo Watanabe, os direitos fundamentais sociais, sob a perspectiva de justiciabilidade imediata, ou seja, da possibilidade de tutela jurisdicional, podem ser distribuídos em três categorias: (i) os que correspondem ao núcleo básico do princípio da dignidade da pessoa humana e configuram o chamado “mínimo existencial”; (ii) os que, embora não estejam referidos ao “mínimo existencial”, estão previstos em normas constitucionais de “densidade suficiente” e por isto não são dependentes, para a judicialização, de prévia ponderação do Legislativo

⁷⁵ *Ibidem*. P. 149.

⁷⁶ *Ibidem*. P. 150.

⁷⁷ *Ibidem*. P. 150.

ou do Executivo por meio de política pública específica; (iii) os demais direitos fundamentais sociais, previstos em normas constitucionais de cunho programático⁷⁸.

Diante desse cenário, é útil mencionar o Projeto de Lei nº 8.058 de 2014 da Câmara dos Deputados, proposto pelo deputado federal Paulo Teixeira (PT/SP) e que pretende instituir processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário⁷⁹.

Se aprovado, o art. 2º do projeto de lei determinará que o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário seja regido, sem prejuízo de outros princípios que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais, pelos seguintes princípios: (i) proporcionalidade, (ii) razoabilidade, (iii) garantia do mínimo existencial, (iv) justiça social, (v) atendimento ao bem comum, (vi) universalidade das políticas públicas, e (viii) equilíbrio orçamentário. O projeto de lei também estabelece um processo especial para o controle jurisdicional de políticas públicas: prevê no art. 19 a figura de uma pessoa ou ente colaborador, denominado *comissário*, pertencente ou não ao Poder Público, e que também poderá ser instituição ou pessoa jurídica. O comissário ficará encarregado da implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações de fazer

⁷⁸ WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional de políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 224.

⁷⁹Cumprer registrar que o projeto de lei resultou de pesquisas feitas no âmbito do CEBEPEJ - Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, então presidido pela Professora Ada Pellegrini Grinover.

sucessivas, abertas e flexíveis de que fala o art. 18 do projeto de lei, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.

Assim, com vistas a traçar limites para a discricionariedade da administração pública na implementação e na execução de políticas públicas, o legislador infraconstitucional editou numerosas leis por meio das quais conferiu densidade normativa aos direitos sociais. Descabe aqui examiná-las todas⁸⁰; para os propósitos desta exposição, convém referir apenas a legislação atinente à *assistência aos desamparados*.

Tem-se assim que a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, dispôs sobre a organização da assistência social (LOAS). A lei encontra-se regulamentada em aspectos variados pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007 e pelo Decreto nº 7.788, de 15 de agosto de 2012. Os arts. 20 e 21 da LOAS tratam do Benefício de Prestação Continuada – BPC, o qual foi regulamentado pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. Convém notar que o art. 3º do Decreto determina ser o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS o responsável pela operacionalização do Benefício de Prestação Continuada.

⁸⁰ Tem-se, para o direito social à *educação*, a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabeleceu as diretrizes e bases da educação nacional, bem como a Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, que aprovou o Plano Nacional de Educação para os 10 anos seguintes à publicação da lei. Para o direito social à *saúde*, tem-se a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispôs sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Para o direito social à *alimentação*, tem-se a Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006, que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada, bem como a Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, que criou o Programa Bolsa Família. Para o direito social à *previdência social*, tem-se a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social.

Na dicção legal, pois, o benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. De acordo com o art. 1º, §2º, do Decreto nº 6.214/07, o BPC visa ao enfrentamento da pobreza, à garantia da proteção social, ao provimento de condições para atender contingências sociais e à universalização dos direitos sociais.

2.2 ANÁLISE DA RECLAMAÇÃO Nº 4.374/PE

Há um grande número de precedentes oriundos do Supremo Tribunal Federal com relevância para o estudo do tema que se está analisando⁸¹. Por exemplo, a Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, decidida monocraticamente pelo Ministro Celso de Mello⁸², e que, segundo Ada

⁸¹ Apenas a título de referência, podem ser citadas as seguintes decisões: ADI 1439 MC, RE 271286 AgR, Pet 2836 QO, AI 474444, RE 431773, RE 436996, RE 410715 AgR, STA 91, SL 235, RE 482611, STA 175 AgR.

⁸² “EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)”. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de

Pellegrini Grinover, constituiria o posicionamento mais representativo a favor da intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas⁸³.

Na ocasião, o Ministro Celso de Mello admitiu a intervenção do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas, propondo, como critério para o controle jurisdicional, a satisfação de duas condições simultâneas, que se poderiam traduzir *“em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”* (RTJ 200/195, Rel. Min. Celso de Mello).

Seja como for, o fato é que as limitações inerentes a um trabalho como este impedem um exame abrangente dos precedentes relevantes. Sendo assim, na presente seção, será analisada apenas uma decisão do STF, que foi escolhida por sua grande relevância.

Trata-se da Reclamação nº 4.374/PE, que teve como relator o Ministro Gilmar Mendes e foi julgada em 18/04/2013 pelo pleno do STF. Cuidava-se de uma reclamação ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) contra decisão proferida pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco, nos autos do Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, julgamento em 18/04/2013.

⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 130.

processo nº 2005.83.20.009801-7, que havia concedido ao interessado o benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V, da Constituição⁸⁴ (p. 04)⁸⁵.

O INSS alegou violação à decisão proferida pelo STF na ADI nº 1.232/DF, em que o STF declarou a constitucionalidade do §3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993⁸⁶, que estabelece critérios para a concessão do benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V, da Constituição (p. 06)

O Ministro Gilmar Mendes proferiu decisão monocrática em 1º de fevereiro de 2007, em que indeferiu o pedido de liminar (p. 07).

O extenso voto do relator teve sua fundamentação dividida em cinco partes: (1) considerações iniciais: o histórico da concessão judicial do benefício assistencial e sua repercussão na jurisprudência do STF; (2) a revisão da decisão na ADI nº 1.232 em sede de reclamação; (3) o julgamento da ADI nº 1.232 e a possível constatação da omissão inconstitucional parcial em relação ao dever constitucional de efetivar o comando do art. 203, V, da Constituição; (4) o processo de

⁸⁴Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

⁸⁵Referências às páginas do inteiro teor do acórdão.

⁸⁶ “§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal **per capita** seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.”.

inconstitucionalização do §3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 (LOAS); e, por fim, (5) o dispositivo da decisão.

Na primeira parte do voto, pois, o Ministro Gilmar Mendes traçou o histórico da concessão judicial do benefício assistencial e sua repercussão na jurisprudência do STF. Começou pela análise da ADI nº 1.232, que o STF apreciou em 1998, julgando-a ao final improcedente⁸⁷. Na ocasião, o STF decidiu imbuído de um espírito de *self restraint*, de modo a interpretar de maneira restritiva a extensão do direito fundamental positivado pelo art. 203, V, da Constituição e regulamentado pela Lei nº 8.742/93 (LOAS).

Tal decisão, entretanto, não removeu o problema da lacuna normativa existente, qual seja: a regulamentação dada pela Lei nº 8.742/93 (LOAS) não era capaz de abarcar adequadamente a realidade social. Desse modo, a inventividade hermenêutica da jurisprudência encontrou outras formas de contornar o problema.

Nesse sentido, a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais chegou a editar a Súmula 11, depois cancelada, cujo texto dizia que "a renda mensal per capita familiar superior a ¼ do salário mínimo não impede a concessão do

⁸⁷“EMENTA: CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.”. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232, Relator Ministro Ilmar Galvão, Relator para o Acórdão: Ministro Nelson Jobim, Brasília, julgamento em 27/08/1998.

benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742, de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante”. Ou seja, alargando o círculo de possíveis titulares do benefício.

Contra esse entendimento ampliativo, o INSS passou a ajuizar inúmeras reclamações e a interpor incontáveis recursos extraordinários, tendo sua pretensão acolhida pelo STF. O Ministro Gilmar Mendes cita, como exemplo disso, o Agravo Regimental na Reclamação nº 2.303/RS⁸⁸.

O Relator mencionou também a proliferação de leis editadas no campo do direito social, assinalando que isso foi visto pelos aplicadores da LOAS como um fato revelador de que o próprio legislador estaria reinterpretando o art. 203 da Constituição da República. Em consequência, juízes e tribunais passaram a estabelecer o valor de ½ salário mínimo como referência para aferição da renda familiar *per capita* (p. 12).

Nesse contexto, a Turma Regional de Uniformização da 4ª Região editou a Súmula nº 06/2004, cujo texto dizia: “O critério de verificação objetiva da miserabilidade correspondente a ¼ (um quarto) do salário mínimo, previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, restou modificado para ½ (meio) salário mínimo, a teor do disposto no art. 5º,

⁸⁸“RECLAMAÇÃO. SALÁRIO MÍNIMO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E IDOSO. ART. 203. CF. A sentença impugnada ao adotar a fundamentação defendida no voto vencido afronta o voto vencedor e assim a própria decisão final da ADI 1.232. Reclamação procedente.”. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo Regimental na Reclamação nº 2.303/RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, Brasília, julgamento em 13/05/2004.

I, da Lei nº 9.533/97, que autorizava o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituíssem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, e art. 2º, § 2º, da Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA”.

Mesmo assim, o STF manteve seu entendimento restritivo, como se observa, por exemplo, na Reclamação nº 2.323/PR⁸⁹.

Entretanto, o Relator afirma que, a partir do ano de 2006, decisões monocráticas de alguns Ministros do STF passaram a rever anteriores posicionamentos, para o efeito de negar seguimento às reclamações ajuizadas pelo INSS (p. 14). Importante exemplo dessa alteração pode ser encontrado na Reclamação nº 3.805/SP, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia⁹⁰.

⁸⁹ “EMENTA: RECLAMAÇÃO. ARTIGO 20 DA LEI N. 8.742/93. DESRESPEITO À DECISÃO PROFERIDA QUANDO DO JULGAMENTO DA ADI N. 1.232. A sentença que, embora tenha afirmado a constitucionalidade do artigo 20 da Lei n. 8.742/93, ignorou seu comando, afronta a autoridade de decisão proferida por esta Corte no julgamento da ADI n. 1.232. Pedido julgado procedente.”. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Reclamação nº 2.323/PR, Relator Ministro Eros Grau, Brasília, julgamento em 07/04/2005.

⁹⁰ “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. BENEFÍCIO DE AMPARO ASSISTENCIAL. ART. 20 DA LEI N. 8.742/1993. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.232/DF. NÃO CUMPRIMENTO DO REQUISITO EXIGIDO NO ART. 317, § 1º, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Os fundamentos da decisão agravada não foram impugnados pelo Agravante, que se limitou a reiterar os argumentos apresentados na inicial. Precedentes. 2. Decisão agravada mantida pelos seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.”. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo Regimental na Reclamação nº 3.805/SP, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Brasília, julgamento em 01/07/2009.

Tudo isso, segundo o Ministro Gilmar Mendes, levou-o à decisão monocrática proferida na própria Reclamação nº 4.374/PE, em que passou a indeferir as pretensões cautelares do INSS (p. 18).

Por fim, em 9 de fevereiro de 2008, o STF reconheceu, no âmbito do Recurso Extraordinário nº 567.985 (Rel. Min. Marco Aurélio)⁹¹, a existência de repercussão geral na questão constitucional relativa à concessão do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição.

Feito o exame histórico e jurisprudencial da questão, o Ministro Gilmar Mendes, na segunda parte de seu voto, passou a analisar a possibilidade de que, em sede de reclamação, o Tribunal pudesse rever seu posicionamento quanto à decisão tida por violada, especificamente a decisão proferida na ADI nº 1.232.

Para o Relator, é natural que o Tribunal, ao realizar o exercício – típico do julgamento de qualquer reclamação – de confronto e comparação entre o ato impugnado (o *objeto* da reclamação) e a decisão ou súmula tida por violada (o *parâmetro* da reclamação), sinta a necessidade de reavaliar o próprio parâmetro e redefinir seus contornos fundamentais (p. 22-23).

Em seguida, o Ministro citou diversos casos do STF em que isso foi admitido. Segundo Gilmar Mendes, “é por meio da reclamação [...]

⁹¹“REPERCUSSÃO GERAL - BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA - IDOSO - RENDA PER CAPITA FAMILIAR INFERIOR A MEIO SALÁRIO MÍNIMO - ARTIGO 203, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Admissão pelo Colegiado Maior.”. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 567.985/MT, Relator Ministro Marco Aurélio, Brasília, julgamento em 08/02/2008.

que as decisões do Supremo Tribunal Federal permanecem abertas a esse constante processo hermenêutico de reinterpretação levado a cabo pelo próprio Tribunal. A reclamação, dessa forma, constitui o *locus* de apreciação, pela Corte Suprema, dos processos de *mutação constitucional* e de *inconstitucionalização de normas* (*des Prozess des Verfassungswidrigwerdens*), que muitas vezes podem levar à redefinição do conteúdo e do alcance, e até mesmo à superação, total ou parcial, de uma antiga decisão” (p. 25).

Na terceira parte de seu voto, o Ministro Gilmar Mendes abordou a omissão inconstitucional parcial em relação ao dever constitucional de efetivar a norma do art. 203, V da Constituição. Afirmou que o STF, ao decidir a ADI nº 1.232, não deixou de constatar que o dispositivo legal questionado era insuficiente para cumprir integralmente o comando constitucional do art. 203, V da Constituição da República (p. 31-32).

O Relator apontou que, naquela ocasião, o voto do Ministro Pertence já enfatizava a insuficiência e, portanto, a *omissão inconstitucional parcial* presente do art. 20 da Lei 8.742/1993 (Lei de Organização da Assistência Social – LOAS) (p. 33). Para Gilmar Mendes, já se fazia claro no entendimento dos Ministros que o critério objetivo previsto na LOAS não era por si só inconstitucional, mas, por outro lado, era visivelmente insuficiente para possibilitar a efetividade do benefício assistencial assegurado pelo art. 203, V, da Constituição (p. 33).

Ocorre que, na época, o STF mantinha firme posicionamento pela *infungibilidade* das ações diretas de inconstitucionalidade por ação

e por omissão, assim como entendia que a constatação da omissão inconstitucional apenas deveria ser comunicada ao legislador (p. 34).

Indo adiante, o Ministro Gilmar Mendes destacou que a Constituição de 1988 instituiu ambiciosa agenda social, com a incorporação de número elevado de direitos sociais, inclusive alguns de perfil fortemente programático, como o direito a um salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador urbano e rural (art. 7º, IV), e à assistência social para todos aqueles que dela necessitarem (art. 203) (p. 34-35).

Nesse contexto, o Relator reconheceu duas dimensões do direito ao benefício assistencial de um salário mínimo: a *dimensão subjetiva*, que o torna um típico direito público subjetivo de caráter positivo, o qual impõe ao Estado obrigações de ordem normativa e fática. Trata-se, nesse sentido, de um direito à prestação em face do Estado, o qual fica obrigado a assegurar as condições *normativas* (edição de normas e conformação de órgãos e procedimentos) e *fáticas* (manutenção de um estado de coisas favorável, tais como recursos humanos e financeiros) necessárias à efetividade do direito fundamental (p. 37).

Na *dimensão objetiva*, o direito fundamental à assistência social assume o importante papel de norma constitucional vinculante para o Estado, especificamente para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ela assim impõe ao legislador um dever constitucional de legislar, o qual deve ser cumprido de forma adequada (p. 37). O não cumprimento total ou parcial desse dever constitucional de legislar gera,

impreterivelmente, um estado de proteção insuficiente do direito fundamental (p. 37).

Gilmar Mendes citou Claus-Wilhelm Canaris, ao dizer que haveria não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*).

Diante disso, argumentou o Relator, o STF, provavelmente, não tomaria a mesma decisão que foi proferida, em 1998, na ADI nº 1.232.

O Ministro Gilmar Mendes referiu que o STF passou a adotar sentenças de perfil aditivo, tal como ocorreu no conhecido caso do direito de greve dos servidores públicos. Afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, o Tribunal, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, passou a aceitar a possibilidade de uma *regulação provisória do tema pelo próprio Judiciário* (p. 39-40). Foram citados o MI 670, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes; o MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes e o MI 712, Rel. Min. Eros Grau.

O Relator acrescentou que, recentemente, o STF revisou sua jurisprudência e passou a adotar o entendimento segundo o qual existe uma fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão (p. 40)

O Ministro Gilmar Mendes afirmou então que seria o caso de se adotar uma decisão parecida com a que o Tribunal Constitucional Federal alemão proferiu no caso Hartz IV. Referiu que a lei do Hartz IV

fez alterações no sistema de assistência social da Alemanha e unificou os benefícios de auxílio-desemprego (*Arbeitslosenhilfe*) e da assistência social (*Sozialhilfe*), criando um novo “auxílio desemprego II” (*Arbeitslosenhilfe II*), destinado a pessoas que, ainda que aptas ao mercado de trabalho, estejam desempregadas (p. 41).

Após discorrer sobre as particularidades do caso, o Relator afirmou que certos aspectos da Lei do Hartz IV foram declarados inconstitucionais pelo Tribunal, que entendeu, entretanto, que sua pronúncia de nulidade poderia gerar uma situação pior da que a já vigente. O Tribunal decidiu que os dispositivos, ainda que inconstitucionais, deveriam permanecer aplicáveis até que nova legislação fosse elaborada. Para isso, foi fixado um prazo ao legislador para estabelecer um novo procedimento, compatível com a Lei Fundamental – no caso, 31 de dezembro de 2010, final do ano seguinte à decisão (p. 43).

Na quarta parte de seu voto, o Ministro Gilmar Mendes argumentou em prol de um processo de inconstitucionalização do §3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 (LOAS). Fez isso com base nas significativas mudanças fáticas e jurídicas experimentadas pela sociedade brasileira desde a decisão da ADI nº 1.232 em 1998.

Referiu que as legislações em matéria de benefícios previdenciários e assistenciais trouxeram critérios econômicos mais generosos, aumentando para $\frac{1}{2}$ do salário mínimo o *valor padrão* da renda familiar *per capita*. Para exemplificar, citou a Lei nº 10.689, de 13 de junho de 2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à

Alimentação – PNAA; e a Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, que criou o Programa Bolsa Família (p. 44).

Para o Ministro Gilmar Mendes, isso demonstraria que o critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo utilizado pela LOAS estaria completamente defasado, bem como indicaria que o próprio legislador estaria reinterpretando o art. 203 da Constituição segundo parâmetros econômico-sociais distintos daqueles que serviram de base para a edição da LOAS no início da década de 1990 (p. 45).

Portanto, seria possível verificar um estado de inconstitucionalidade superveniente, resultado de um processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro) (p. 45).

Em seguida, o Ministro Gilmar Mendes passou a tecer considerações sobre os significativos impactos orçamentários da elevação do critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo para $\frac{1}{2}$ do salário mínimo.

O Relator abordou também a necessidade de o legislador tratar a matéria de benefícios assistenciais e previdenciários de maneira sistemática, o que não ocorreu no caso (p. 48).

Concluindo seu voto, na quinta e última parte, o Ministro Gilmar Mendes propôs que o STF julgasse improcedente a reclamação, e em seu bojo revisasse a decisão anteriormente proferida na ADI nº 1.232 e

declarasse a inconstitucionalidade do §3º do art. 20 da Lei 8.742 (LOAS), sem pronúncia da nulidade, de forma a manter-se a sua vigência até o dia 31 de dezembro de 2014 (p. 50).

Seguiu-se debate entre os Ministros da Corte, em que as principais questões debatidas foram o conhecimento ou não da reclamação, bem como a possibilidade jurídica de se operar uma mudança do que restou julgado na ADI nº 1.232 em sede de reclamação.

3.1 CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO DIREITO ALEMÃO

Nesta seção, trata-se de examinar os principais pontos do controle jurisdicional de políticas públicas praticado na Alemanha. Para tanto, convém ter em mente alguns aspectos fundamentais da ordem jurídica instituída pela Lei Fundamental para a República Federativa da Alemanha de 1949.

Assim sendo, tem-se que o art. 20, seção 2, segunda frase, positiva o princípio da divisão dos Poderes⁹² em Legislativo, Executivo e Judiciário. O art. 77, seção 1 dispõe que as leis federais são decididas pelo Parlamento Federal; elas devem ser imediatamente enviadas ao Conselho Federal após sua aprovação pelo Presidente do Parlamento Federal. Por seu turno, o art. 65 dispõe que o Chanceler Federal

⁹²Cf. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20ª. ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 365, número de margem 475 e seguintes.

determina as diretrizes da política e carrega a responsabilidade disso; no interior dessas diretrizes, cada Ministro Federal conduz sua área de atuação autonomamente e sob responsabilidade própria. Finalmente, de acordo com o art. 92 da Lei Fundamental, o Poder Judiciário é confiado aos juízes; ele é exercido pelo Tribunal Constitucional Federal, pelos tribunais supremos previstos na Lei Fundamental e pelos tribunais dos estados.

Complementando essa determinação, tem-se, segundo o art. 95 (1) da Lei Fundamental, que a União institui, para os âmbitos da jurisdição ordinária, administrativa, financeira, trabalhista e social, como tribunais supremos, o Tribunal Federal, o Tribunal Administrativo Federal, o Tribunal Financeiro Federal, o Tribunal Trabalhista Federal e o Tribunal Social Federal.

Assim, merece destaque a situação de existir na Alemanha uma jurisdição administrativa subordinada ao Tribunal Administrativo Federal, ao lado de uma jurisdição social encabeçada pelo Tribunal Social Federal. Nesse quadro normativo, a possibilidade jurídica de controle da administração pública pelo Poder Judiciário decorre expressamente do § 42 (1) da Ordem Judiciária Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung*), que dispõe que, por meio de ação, pode a rejeição de um ato administrativo (ação anulatória) bem como a condenação à edição de um ato administrativo declinado ou omitido (ação de obrigação) ser pretendida. Também o § 54 (1) da Lei Judiciária Social (*Sozialgerichtsgesetz*) prevê de modo expresso que, por meio de ação, pode a rejeição de um ato administração ou sua

alteração bem como a condenação à edição de um ato administrativo declinado ou omitido ser pretendida.

A Lei Fundamental positiva o princípio do estado federal social no art. 20 (1), mas não positiva os direitos sociais em espécie. Nesse sentido, afirma Konrad Hesse que objetivos estatais sociais nomeados em particular, como o cuidado pelas necessidades existenciais: trabalho, habitação suficiente e segurança social, ao contrário, não encontraram acolhimento na Lei Fundamental. Em vez disso, a Lei Fundamental restringe-se a uma *determinação de objetivo estatal geral*: à fórmula do estado de direito social⁹³. Ainda segundo Hesse, a amplitude dessa fórmula dificulta uma determinação de seu conteúdo, e, assim, esse conteúdo sempre é discutido⁹⁴.

Hans-Jürgen Papier destaca que, diferentemente da Constituição de Weimar de 1919, a Lei Fundamental não contém um programa social expresso, uma constituição social material. O princípio do estado social da Lei Fundamental distingue-se muito mais por meio de uma relativa indeterminação e abertura conteudística⁹⁵. No debate público, castiga-se, por exemplo, o abismo cada vez mais profundo entre pobres e ricos, entre as prestações regulares para a garantia do sustento de vida dos recebedores de Hartz IV, de um lado, e os rendimentos

⁹³ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20ª. ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 172, número de margem 208.

⁹⁴ *Ibidem*. P. 172, número de margem 208.

⁹⁵ PAPIER, Hans-Jürgen. Das Sozialstaatsgebot des Grundgesetzes - der rechtliche Rahmen der sozialen Sicherung; in: PÖTTERING, Hans-Gert (org.). **Die Zukunft des Sozialstaates**. Freiburg: Herder, 2011. P. 47 - 72. P. 49.

milionários anuais de diretores executivos de empresas listadas no DAX⁹⁶ como sendo injustiças sociais⁹⁷.

Na visão de Luís Afonso Heck, o Tribunal Constitucional Federal sempre acentuou que a realização e o aperfeiçoamento do Princípio do Estado Social cabem ao legislador⁹⁸.

Entretanto, vale notar que, no plano constitucional estadual, há direitos sociais positivados em diversas constituições estaduais. Por exemplo, no art. 106 (1) da Constituição Bávara tem-se que cada morador da Bavária tem pretensão a uma moradia adequada. Por seu turno, o art. 166 (2) dispõe que cada um tem o direito de obter para si uma existência adequada por meio do trabalho.

Já a Constituição de Hessen dispõe, em seus artigos 27 a 47, sobre direitos e deveres sociais e econômicos. O art. 28 (2), por exemplo, determina que todos têm de acordo com suas capacidades um direito ao trabalho e, irrespectivamente de sua liberdade pessoal, o dever moral de trabalho. O art. 28 (3) acrescenta que quem é desempregado sem culpa, tem pretensão ao sustento necessário para

⁹⁶ Abreviação de *Deutscher Aktienindex*, índice de ações negociadas na bolsa de valores de Frankfurt.

⁹⁷ PAPIER, Hans-Jürgen. Das Sozialstaatsgebot des Grundgesetzes - der rechtliche Rahmen der sozialen Sicherung; in: PÖTTERING, Hans-Gert (org.). **Die Zukunft des Sozialstaates**. Freiburg: Herder, 2011. P. 47 - 72. P. 49.

⁹⁸ HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais**: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012. P. 237.

si e para seus dependentes justificados ao sustento, sendo que a lei regula o seguro-desemprego.

A Constituição de Baden-Württemberg, em seu art. 11, dispõe que cada pessoa jovem tem, sem consideração a sua origem ou situação econômica, o direito a uma educação e formação correspondente a sua capacidade.

Por seu turno, a Constituição de Sachsen reconhece no art. 7 (1) o direito de cada pessoa a uma existência (*Dasein*) humanamente digna, especificamente ao trabalho, à moradia adequada, ao sustento de vida adequado, ao seguro social e à formação, como objetivos estatais. Por seu turno, o art. 13 determina que o Estado tem o dever, conforme suas forças, de objetivar e de alinhar sua ação com os objetivos estatais dispostos na constituição.

Finalmente, a Constituição de Thüringen estabelece no art. 43 que o estado livre (*Freistaat*) tem o dever, conforme suas forças e no quadro de suas competências, de objetivar e de alinhar sua ação com a efetivação dos objetivos estatais dispostos na constituição. No art. 15, trata da moradia como objetivo estatal e “tarefa do estado”.

Voltando ao plano federal, mas agora centrando a análise no âmbito infraconstitucional, observa-se que os direitos sociais em espécie encontram sua positivação no chamado Código Social (*Sozialgesetzbuch* – SGB). O SGB possui uma parte geral e uma parte especial.

A *parte geral* do SGB compõe-se de doze livros, que regulam os mais diversos aspectos da ordem social, tais como: (I) programa básico do SGB, bem como prescrições de definição e processo; (II) assistência fundamental para quem procura emprego⁹⁹; (III) promoção do emprego; (IV) prescrições gerais para o seguro social; (V) seguro-saúde legal; (VI) seguro de aposentadoria legal; (VII) seguro acidente legal; (VIII) auxílio infantil e juvenil; (IX) reabilitação e inclusão de pessoas com deficiência; (X) procedimento administrativo e proteção de dados sociais; (XI) seguro de assistência física; e (XII) assistência social.

A *parte especial* do SGB compõe-se, por força do §68 do SGB I, de seis leis esparsas: (1) lei federal de promoção da formação (BAföG), (2) lei para a assistência das vítimas de guerra (BVG), (3) lei para assistência de soldados (SVG), (4) lei para indenização de vítimas (OEG), (5) lei de auxílio-moradia (WoGG), e (6) lei de auxílio-criança federal (BKGG).

Indo além, os §§3 – 10 do SGB I positivam direitos sociais (*soziale Rechte*) em espécie.

Ainda nesse contexto, vale a pena referir, para os propósitos deste trabalho, a seguinte passagem, extraída de publicação do Ministério Federal para o Trabalho e o Social:

Seguindo o princípio do estado social ancorado na Lei Fundamental, nós garantimos como sociedade a todas as pessoas que, mesmo no caso de um longo tempo sem capacidade de trabalho, para o mínimo existencial

⁹⁹ Este segundo livro do SGB compõe a parte essencial da chamada “Lei *Hartz IV*”, que sua constitucionalidade questionada em diversas ações, entre as quais a ação cuja decisão é analisada no item 3.2 deste trabalho.

humanamente digno estará provido: que a moradia será paga, bem como tudo que pertence à vida diária.

A assistência fundamental para quem procura emprego presta exatamente isso: nós oferecemos auxílio para deixar rapidamente o desemprego. E nós apoiamos os desempregados e suas famílias financeiramente. Quem recebe prestações do estado, portanto da contribuinte e do contribuinte, deve reciprocamente colaborar de modo ativo para que ele ou ela possa andar com as próprias pernas o mais rápido possível. Isso é do interesse da sociedade, mas também é do interesse do próprio afetado. Promover e exigir¹⁰⁰ são os princípios fundamentais, pelos quais nos guiamos¹⁰¹.

Após essas considerações acerca do arcabouço jurídico com respeito ao qual se pode falar de políticas públicas e direitos sociais na Alemanha, convém apoiar-se também em alguns apontamentos da doutrina que são aptos a lançar luz sobre o tema.

Assim é que Hans Wolff, Otto Bachof e Rolf Stober oferecem uma esclarecedora categorização da administração pública nos seguintes termos: (a) administração ordenadora (sobretudo administração de intervenção), (b) administração de prestação e de asseguramento, (c) administração planejadora, (d) administração preservadora, (e) administração de necessidades, e (f) administração como agente econômico¹⁰².

¹⁰⁰ *Fördern und fordern.*

¹⁰¹ REPÚBLICA FEDERATIVA DA ALEMANHA. **Grundsicherung für Arbeitsuchende:** Sozialgesetzbuch SGB II Fragen und Antworten. Bonn: Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2015. P. 6.

¹⁰² WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. **Verwaltungsrecht:** ein Studienbuch. Band 1. 11ª ed. München: Beck, 1999. P. 54-59, números de margem 5 a 10.

Por seu turno, Hartmut Maurer reafirma a distinção tradicional entre a administração de intervenção e administração de prestação¹⁰³. *Administração de intervenção (Eingriffsverwaltung)* existe quando a administração intervém na esfera jurídica do cidadão e limita sua liberdade e propriedade, quando ela, portanto, impõe ao cidadão obrigações e agravamentos. *Administração de prestação (Leistungsverwaltung)*, ao contrário, deve ser aceita, quando ela concede ao cidadão prestações ou outras vantagens. No primeiro caso, a administração apresenta-se ordenadora e, em caso de necessidade, impõe suas ordens com coerção, no segundo caso, a administração oferece-se auxiliar e fomentadora¹⁰⁴.

Steffen Detterbeck também trabalha com a distinção entre administração de intervenção e administração de prestação, acrescentando que, nesta última, se deixa colocar a questão sobre a necessidade de existência de uma lei formal específica¹⁰⁵ - pois como a administração de prestação não está infringindo na esfera de liberdade do indivíduo, poder-se-ia imaginar que o alcance de uma prestação pelo estado prescindiria de expressa previsão legal. Essa ideia é compatível com a assertiva de Ingo von Münch, consoante o qual, na visão do Tribunal Constitucional Federal, existe “uma especial liberdade

¹⁰³No mesmo sentido, ARZT, Günther. **Einführung in die Rechtswissenschaft: Grundfragen mit Beispielen aus dem deutschen Recht.** Neuwied; Krefeld; Berlin: Luchterhand, 1996. P. 139.

¹⁰⁴MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral.** Tradução da 14ª ed. rev. e compl. por Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006. P. 8, número de margem 20.

¹⁰⁵DETTERBECK, Steffen. **Allgemeines Verwaltungsrecht.** München: Beck, 2002. P. 165. Números de margem 589 a 591.

conformadora do legislador” (isto é, uma especialmente ampla liberdade conformadora do legislador)¹⁰⁶ no campo da administração asseguradora (isto é, administração de prestação).

Ora, a distinção entre administração de intervenção e administração de prestação, por certo, deve ser entendida em conexão com o conceito e a divisão dos direitos a uma prestação por parte do Estado. Seguindo aqui Robert Alexy, tem-se que os direitos a uma prestação (em sentido amplo) deixam-se dividir em três grupos: (1) direito à proteção, (2) direito à organização e ao procedimento e (3) direitos a prestações em sentido estrito¹⁰⁷ – nos quais estão, portanto, compreendidos os direitos sociais.

Ainda nessa conexão, Alexy observa que a justiciabilidade dos direitos a ações negativas (direitos de defesa) sempre causa menos problemas que a dos direitos a ações positivas (direitos a prestações). Uma razão essencial para isso reside em uma distinção teórico-estrutural simples, porém fundamental. Se é *proibido* violar ou intervir em algo, então é *qualquer* ação, que apresenta ou efetua uma violação ou intervenção, proibida. Contrariamente a isso, se é *ordenado* proteger ou promover algo, *nem toda* ação, que apresenta ou efetua uma proteção ou promoção, ordenada¹⁰⁸. Em outras palavras, no âmbito dos

¹⁰⁶MÜNCH, Ingo von. Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. In: ERICHSEN, Hans-Uwe; MARTENS, Wolfgang (organizadores). **Allgemeines Verwaltungsrecht**. 7ª ed. Berlin; New York: de Gruyter, 1985. P. 25.

¹⁰⁷ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. P. 405.

¹⁰⁸ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. P. 420.

direitos a uma prestação há sempre um espaço de apreciação para a escolha entre as diversas maneiras de satisfazer o mandamento.

Diga-se de passagem que, talvez por não perceber a exata dimensão dessa distinção estrutural, juristas mais antigos chegassem ao ponto de negar a existência de direitos sociais, como, por exemplo, Carl Schmitt, para o qual os direitos fundamentais em sentido próprio seriam apenas direitos de liberdade individualísticos, não as pretensões sociais¹⁰⁹.

Por fim, observa-se que o controle jurisdicional de políticas públicas na Alemanha leva em conta a relativamente grande liberdade conformadora do legislador infraconstitucional na definição das prestações que devem ser oferecidas ao indivíduo pela administração pública.

3.2 ANÁLISE DA DECISÃO HARTZ IV

Na presente seção, trata-se de expor e analisar um precedente marcante do Tribunal Constitucional Federal da República Federativa da Alemanha, registrado em BVerfGE 125, 175, no qual se discutiu a constitucionalidade da Quarta Lei para Serviços Modernos no Mercado de Trabalho, de 24 de dezembro de 2003¹¹⁰.

¹⁰⁹SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre**. 3ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1957. P. 164-165.

¹¹⁰ „Viertes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003“ (BGBl I S. 2954, 2955), que passou a compor o SGB II. A lei é comumente chamada de *Hartz IV*, em alusão ao sobrenome do presidente da “Comissão para a Redução do Desemprego e para a Reestruturação do Instituto Federal para o Trabalho”, Dr. Peter Hartz, que havia atuado como executivo na Volkswagen AG.

Questionou-se aí a compatibilidade do §20, (1) a (3)¹¹¹ e do §28 (1)(3)(1)¹¹² do SGB II, na redação dada pelo art. 1º da lei *Hartz IV*, com a Lei Fundamental, mais especificamente com o art. 1 (1), art. 3 (1), art. 6 (1) e (2), bem como art. 20 (1) e (3) da Lei Fundamental. Tratava-se, pois, de decidir se o montante da prestação regular para garantia do sustento vital para adultos e crianças até a conclusão do 14º aniversário, no lapso temporal de 1º de janeiro de 2005 até 30 de junho de 2005, era compatível com a Lei Fundamental.

A decisão julgou conjuntamente três procedimentos de controle de normas concretos, um proveniente do Tribunal Social do Estado de Hessen e outros dois provenientes do Tribunal Social Federal.

¹¹¹„§ 20 Regelleistung zur Sicherung des Lebensunterhalts

(1) Die Regelleistung zur Sicherung des Lebensunterhalts umfasst insbesondere Ernährung, Kleidung, Körperpflege, Hausrat, Bedarfe des täglichen Lebens sowie in vertretbarem Umfang auch Beziehungen zur Umwelt und eine Teilnahme am kulturellen Leben. Nicht umfasst sind die in § 5 Abs. 2 Satz 2 dieses Buches genannten Leistungen nach dem Zwölften Buch.

(2) Die monatliche Regelleistung beträgt für Personen, die allein stehend oder allein erziehend sind oder deren Partner minderjährig ist, in den alten Bundesländern einschließlich Berlin (Ost) 345 Euro, in den neuen Bundesländern 331 Euro.

(3) Haben zwei Angehörige der Bedarfsgemeinschaft das 18. Lebensjahr vollendet, beträgt die Regelleistung jeweils 90 vom Hundert der Regelleistung nach Absatz 2. Die Regelleistung für sonstige erwerbsfähige Angehörige der Bedarfsgemeinschaft beträgt 80 vom Hundert der Regelleistung nach Absatz 2.”

¹¹²“§ 28 Sozialgeld

(1) . . . Hierbei gelten ergänzend folgende Maßgaben:

1. Die Regelleistung beträgt bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres 60 vom Hundert und im 15. Lebensjahr 80 vom Hundert der nach § 20 Abs. 2 maßgebenden Regelleistung;”

Os demandantes do processo 1 BvL 1/09 compunham uma família de três pessoas, sendo o demandante nascido em 1962, sua esposa nascida em 1963 e a filha em comum nascida em 1994. Eles recebiam desde 1º de janeiro de 2005 prestações da assistência fundamental para quem procura emprego. Para o lapso temporal, que era objeto do litígio, de 1º de janeiro de 2005 até 30 de junho de 2005, concedia-lhe a ré¹¹³ do processo original prestações mensais no montante total de 825 euros. A concessão compreendia prestações para moradia e aquecimento no total de 150 euros, uma prestação regular para o demandante (1) e para a demandante (2) no montante de 311 euros cada, e uma prestação regular no montante de 53 euros para o demandante (3), a qual resultava da prestação regular legal no montante de 207 euros, porque o auxílio-criança no montante de 154 euros mensais era levado em conta (BVerfGE 125, 175 <205>). Os demandantes pleitearam perante a corte social a concessão de prestações mais elevadas, com o fundamento de que as prestações regulares mensais não bastavam para a garantia de seu mínimo existencial (BVerfGE 125, 175 <205>).

O processo foi apresentado para conhecimento do Tribunal Constitucional Federal em conformidade com o dever de apresentação judicial (*“Richtervorlage”*), positivado no art. 100 (1) da Lei Fundamental¹¹⁴. Neste ponto, convém referir, ainda que de passagem,

¹¹³ Arbeitsförderung Werra-Meißner – ARGE.

¹¹⁴ **Art. 100. [Apresentação judicial].** (1) considera um tribunal uma lei, de cuja validade trata-se na decisão, como anticonstitucional, então o procedimento deve ser suspenso e, se se trata da violação da constituição de um estado, ser pedida a decisão do tribunal do estado competente para litígios constitucionais, se se trata da violação desta lei fundamental, a decisão do tribunal constitucional federal. Isso também vale quando se

a explanação de Klaus Schlaich e Stefan Koriöth, os quais, ao apresentarem o procedimento de controle normativo concreto, situam o dever de apresentação judicial no contexto da distinção entre competência para o exame e competência para a rejeição: “é usual falar que o juiz tem a competência para o exame, mas não a competência para a rejeição; para esta, o Tribunal Constitucional Federal detém o monopólio”¹¹⁵.

Voltando, pois, ao caso concreto, tinha-se que os demandantes do processo 1 BvL 3/09 eram exclusivamente os filhos nascidos em 1991 e 1993 do necessitado de auxílio. Em litígio estavam as prestações para janeiro de 2005 e fevereiro de 2005, incluindo os custos de moradia e aquecimento (BVerfGE 125, 175 <208>).

Os demandantes do processo 1 BvL 4/09 eram apenas as crianças nascidas em 1997 e 2000. Para o lapso temporal, que era objeto do litígio, de 1º de janeiro de 2005 a 30 de abril de 2005, recebeu a “comunidade de necessidade” (*Bedarfsgemeinschaft*) composta pelos demandantes e por seus pais um total de 716,88 euros mensalmente (BVerfGE 125, 175 <212>).

trata da violação desta lei fundamental pelo direito estadual ou da incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal”. HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais**: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012. P. 269.

¹¹⁵ SCHLAICH, Klaus; KORIÖTH, Stefan. **Das Bundesverfassungsgericht**: Stellung, Verfahren, Entscheidungen; ein Studienbuch. 5ª ed. München: Beck, 2001. P. 96, número de margem 127.

O Tribunal Constitucional Federal, preliminarmente, reconheceu a admissibilidade da apresentação judicial (BVerfGE 125, 175 <218>).

Em seguida, ao dispor do caso, o Tribunal iniciou assentando alguns princípios fundamentais sobre o direito fundamental à garantia do mínimo existencial humanamente digno e a liberdade conformadora do legislador, bem como sobre outros direitos fundamentais.

Assim, o Tribunal constatou que o mandamento do estado social do art. 20 (1) da Lei Fundamental coloca para o legislador a tarefa de garantir a todos um mínimo existencial humanamente digno, tarefa na qual cabe ao legislador uma liberdade conformadora na inescapável valoração que está ligada com a determinação do nível do mínimo existencial (BVerfGE 125, 175 <222>).

O Tribunal também declarou que esse direito fundamental do art. 1 (1) da Lei Fundamental tem um significado independente, como direito de garantia em conexão com o art. 20 (1) da Lei Fundamental, ao lado da pretensão de eficácia absoluta do art. 1 (1) à observação da dignidade de cada indivíduo. Nessa medida, é indisponível e deve ser realizado; carece, no entanto, da concretização e contínua atualização pelo legislador, que tem de alinhá-lo com prestações resultantes ao respectivo estado de desenvolvimento da comunidade e das condições de vida existentes. Nisso cabe-lhe um espaço de conformação (BVerfGE 125, 175 <222>).

O Tribunal ressaltou que, enquanto direito fundamental, é a norma do art. 1 (1) da Lei Fundamental não apenas direito de defesa

contra a intervenção do estado; o estado deve proteger a dignidade humana também de maneira positiva (BVerfGE 125, 175 <222>).

Prosseguindo, o Tribunal destacou que à garantia de um mínimo existencial humanamente digno deve ser assegurada por meio de uma pretensão legal. Exige isso já imediatamente o conteúdo de proteção do art. 1 (1) da Lei Fundamental. Uma pessoa necessitada de auxílio não pode ser relegada a prestações voluntárias do estado ou de terceiros, cujo fornecimento não esteja garantido por meio de um direito subjetivo do necessitado de auxílio. A garantia jurídico-constitucional de um mínimo existencial humanamente digno deve resultar de uma lei do parlamento, que contenha uma pretensão de prestação concreta do cidadão em face do competente encarregado de prestar (BVerfGE 125, 175 <223>). O Tribunal acrescentou que isso encontra apoio em outros princípios jurídico-constitucionais: já a partir do princípio do estado de direito e do princípio democrático resulta o dever do legislador de encontrar por si mesmo as regulações relevantes para a efetivação dos direitos fundamentais (BVerfGE 125, 175 <223>).

Em seguida, o Tribunal reconheceu que a fundamentação de pretensões de prestações em dinheiro está ligada com efeitos financeiros consideráveis para os orçamentos públicos. Esse tipo de decisões são, porém, reservadas ao legislador. Para isso não basta a lei orçamentária, porque o cidadão não pode deduzir dela pretensões imediatas (BVerfGE 125, 175 <224>).

Um ponto importante da fundamentação é este: a pretensão de prestação do art. 1 (1) da Lei Fundamental é, nessa medida, dada a

partir da própria Lei Fundamental. A extensão dessa pretensão, com respeito aos tipos de necessidades e aos meios necessários para isso, não pode ser derivada imediatamente da Lei Fundamental. Ela depende das concepções sociais acerca do necessário para uma existência humanamente digna, da situação de vida concreta do necessitado de auxílio, bem como das condições econômicas e técnicas, e deve, conforme isso, ser determinada concretamente pelo legislador (BVerfGE 125, 175 <224>).

Indo além, o Tribunal afirmou que, para a concretização da pretensão, deve o legislador calcular todas as despesas necessárias para a existência de maneira consistente, em um processo transparente e apropriado, de acordo com a necessidade fática; portanto, de maneira apropriada à realidade (BVerfGE 125, 175 <225>).

Outro ponto que merece destaque é o seguinte: à liberdade conformadora do legislador no cálculo do mínimo existencial corresponde um controle restrito da regulação simplesmente legal pelo Tribunal Constitucional Federal. Como a própria Lei Fundamental não permite uma mensuração exata da pretensão, o controle material – orientado ao resultado – restringe-se a determinar se as prestações são evidentemente insuficientes (BVerfGE 125, 175 <225>).

Nesse sentido, exige-se um controle das bases e do método do cálculo da prestação para determinar se são apropriados ao objetivo do direito fundamental. A proteção do direito fundamental estende-se, portanto, ao procedimento de determinação do mínimo existencial, porque um controle de resultado que toma como padrão de medida

esse direito fundamental é possível apenas de maneira limitada (BVerfGE 125, 175 <226>).

Por fim, outros direitos fundamentais, como, por exemplo, do art. 3 (1) (igualdade perante a lei) ou art. 6 (1) da Lei Fundamental (proteção especial do casal e da família), não podem colocar um padrão de medida adicional para o cálculo do mínimo existencial no direito social. É decisivo apenas, do ponto de vista da Lei Fundamental, que, para cada pessoa individual necessitada de auxílio, o mínimo existencial, conforme o art. 1 (1) da Lei Fundamental em conexão com o art. 20 (1) da Lei Fundamental, seja concebido de um modo suficiente; um regresso a outros direitos fundamentais não é necessário aqui (BVerfGE 125, 175 <227>).

Após essas considerações, o Tribunal apresentou o núcleo de sua argumentação, que pode ser assim sintetizado: de acordo com os princípios já expostos, as prescrições apresentadas não satisfazem as demandas do art. 1 (1) da Lei Fundamental em conexão com o art. 20 (1) da Lei Fundamental. O legislador seguramente definiu de modo correto, por meio da prestação regular para assegurar o sustento vital, de acordo com o Livro Segundo do Código Social, o objetivo de garantir um mínimo existencial humanamente digno. A quantia total da prestação estabelecida no § 20, Seção 2, primeira metade e Seção 3, cláusula 1 do SGB II na redação antiga, bem como no § 28, Seção 1, cláusula 3, número 1, primeira alternativa do SGB II na redação antiga, para o asseguramento de um mínimo existencial humanamente digno, não se deixa determinar como sendo evidentemente insuficiente. O legislador também encontrou para a prestação regular básica, de

acordo com o § 20, Seção 2, primeira metade do SGB II na redação antiga, fundamentalmente, um processo de cálculo adequado para o cálculo do mínimo existencial. No cálculo da prestação regular de 345 euros, ele abandonou-o em diferentes aspectos, sem substituí-los por outros critérios reconhecíveis ou aceitáveis. Isso conduziu também à contrariedade à Lei Fundamental das prestações derivadas do § 20, Seção 2, primeira metade e Seção 3, cláusula 1 do SGB II na redação antiga, e do § 28, Seção 1, cláusula 3, número 1, primeira alternativa do SGB II na redação antiga; por fim, padece, ademais, de uma completa falha de determinação com respeito às necessidades específicas da criança (BVerfGE 125, 175 <227>).

Por fim, no tocante aos efeitos jurídicos da decisão, o Tribunal entendeu que uma declaração de nulidade levaria a que a base legal necessária para a concessão das prestações para a garantia de um mínimo existencial humanamente digno, conforme o art. 1 (1) da Lei Fundamental em conexão com o art. 20 (1) da Lei Fundamental, faltasse completamente, e a que nenhum necessitado de auxílio, por causa da reserva legal ordenada no §31 SGB I e dada pela Lei Fundamental, pudesse receber prestações. Com isso seria criado um estado de coisas, que estaria mais distante da ordem conforme a constituição do que o atual (BVerfGE 125, 175 <255>).

Como não pôde ser determinado que as quantias das prestações regulares determinadas por lei fossem evidentemente insuficientes, não está o legislador obrigado pela Lei Fundamental a determinar prestações mais elevadas (BVerfGE 125, 175 <256>).

De outro lado, por causa da liberdade conformadora do Legislador, não está o Tribunal Constitucional Federal autorizado, com base em suas próprias estimativas e avaliações, a determinar ele próprio certa quantia para a prestação. O Tribunal conclui, então, dizendo que as normas contrárias à Lei Fundamental permaneceriam, portanto, até que uma nova regulação feita pelo legislador fosse aplicável (BVerfGE 125, 175 <256>).

4 CONCLUSÃO

Trata-se agora de estabelecer as conclusões alcançadas por meio da comparação de direito desenvolvida neste trabalho.

Constata-se que, no Brasil, onde não existe uma jurisdição administrativa especializada, nem uma jurisdição social especializada, o controle jurisdicional de políticas públicas é feito pela jurisdição ordinária com fundamento no art. 5º, XXXV da Constituição. As decisões tomadas na esfera administrativa não têm caráter definitivo, do ponto de vista do ordenamento jurídico como um todo, o que dá margem à rediscussão das mesmas questões na esfera judicial. A multiplicação de processos judiciais questionando decisões tomadas na esfera administrativa pelo INSS apresenta-se como o exemplo mais eloquente disso¹¹⁶. Na Alemanha, a existência de uma jurisdição

¹¹⁶A esse propósito, convém mencionar que a segunda edição do relatório “100 maiores litigantes”, publicada em 2012 pelo Conselho Nacional de Justiça, apontou que, no âmbito da justiça federal, há grande concentração da litigância em apenas duas instituições: o Instituto Nacional do Seguro Social, INSS, que apresentou aproximadamente 34% do total de processos ingressados no 1º Grau e 79% nos Juizados Especiais; e a Caixa Econômica Federal, com cerca de 13% no 1º Grau e 7% nos Juizados Especiais. Cf. 100 maiores litigantes. **Conselho Nacional De Justiça**, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas->

administrativa especializada e de uma jurisdição social especializada conduz, por certo, a decisões tecnicamente mais apuradas, o que contribui para uma maior clareza e certeza do direito – e, nesse sentido, para um aumento da segurança jurídica. Outrossim, o dever de apresentação judicial para o Tribunal Constitucional Federal e o monopólio da rejeição detido por este deixam mais clara a divisão de trabalho entre a jurisdição constitucional especializada e os outros ramos da jurisdição.

Verifica-se também que, no Brasil, a Constituição positivou um significativo elenco de direitos sociais, os quais requerem, para seu exercício, a formulação de políticas públicas pelo Poder Legislativo e a execução de políticas públicas pelo Poder Executivo. Entende-se esse amplo catálogo de direitos sociais como reflexo da vontade do legislador constituinte de salvaguardar esses direitos em face das maiorias parlamentares; ocorre que, diante da escassez e do desperdício de recursos públicos no plano fático, a inexecução das políticas públicas prometidas pelo texto constitucional leva a uma diminuição da força estabilizadora da constituição na sociedade.

Na Alemanha, a não positivação dos direitos sociais na Lei Fundamental teve como resultado a formulação, pelo legislador, de políticas extremamente detalhadas – isto é, com alto grau de densidade normativa e de discriminação de situações diferentes. Isso está de acordo com a ideia segundo a qual quanto mais detalhada for a formulação de políticas públicas destinadas a efetivar certo direito social, menor será o espaço de discricionariedade da administração e

[judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf](#)>. Acesso em: 19/09/15. P. 12.

maior será a possibilidade de controle jurisdicional – bem como maior será o grau de definitividade do direito.

No Brasil, o Projeto de Lei nº 8.058 de 2014 da Câmara dos Deputados busca equacionar as preocupações com a garantia do mínimo existencial, a proporcionalidade e o equilíbrio orçamentário, além de outros princípios. Entretanto, a simples positivação de todos esses princípios não terá o condão de resolver os casos de colisão entre eles; para tanto, faz-se necessário o emprego de algum modelo de ponderação dos direitos fundamentais sociais (quanto ao ponto, convém recordar o teor do art. 489, §2º do Novo Código de Processo Civil, segundo o qual o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, no caso de colisão entre normas, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão).

Ainda no cenário brasileiro, o exame da Reclamação nº 4.374/PE revela algumas conclusões importantes: no julgamento da ADI nº 1.232/DF, o STF proferiu uma decisão que, sob o pretexto de autorrestrrição judicial, efetivamente falhou em analisar com profundidade o problema colocado. Em outras palavras, o STF não prolatou uma decisão “adequada à realidade” – *realitätsgerecht*, na dicção do Tribunal Constitucional Federal alemão. A consequência disso foi a incapacidade da decisão de normalizar satisfatoriamente a realidade social que precisava ser regulada, com a consequente proliferação de reclamações e recursos extraordinários para o próprio STF. Como o Ministro Gilmar Mendes apontou, o Ministro Sepúlveda Pertence já havia identificado, em 1998, a existência de omissão parcial

inconstitucional no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, do que se depreende que a decisão da ADI nº 1.232/DF já poderia ter apresentado maior grau de correção na época em que foi proferida.

No tocante à decisão *Hartz IV*, colhe-se que o Tribunal alemão deu grande peso argumentativo para o princípio do estado social, a dignidade da pessoa humana, e a garantia ao mínimo existencial. O Tribunal delimitou com muita precisão a esfera de competência do legislador diante da sua própria esfera de competência, o que está em conformidade com a divisão dos poderes, mas também com a cooperação entre eles. Dois elementos que desempenham um papel importante na decisão *Hartz IV*, mas que estão ausentes da decisão na Reclamação nº 4.374/PE são estes: (i) a preocupação com a transparência do processo de cálculo da prestação regular, sem a pretensão de fixar *a priori* o resultado; e (ii) a necessidade de que a regulação feita seja “adequada à realidade”, ou seja, de que a decisão resolva o problema de maneira concreta, não se restringindo ao plano meramente conceitual.

Em suma: o princípio da dignidade da pessoa humana mostra-se apto a fundamentar dogmaticamente a prestação de um mínimo existencial aos indivíduos, por meio de políticas públicas que são formuladas de modo democrático pelo Poder Legislativo e executadas pelo Poder Executivo (enquanto administração de prestação). Entretanto, a definição do que satisfaz a exigência de um mínimo existencial não pode ser dada *a priori*, necessitando sempre, a cada vez, de um detalhamento normativo que só pode ser feito pelo Poder Legislativo, no exercício de sua liberdade conformadora. Em respeito

ao princípio da divisão dos poderes, portanto, o Poder Judiciário deve considerar, nas hipóteses de intervenção em políticas públicas, a mutabilidade do conceito de mínimo existencial, abstendo-se, assim, de impor um conteúdo material pré-definido (poder-se-ia dizer “ôntico”) a esse conceito.

5 REFERÊNCIAS

100 maiores litigantes. **Conselho Nacional De Justiça**, Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 19/09/15.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

_____. **Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung**. 3ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

ARZT, Günther. **Einführung in die Rechtswissenschaft: Grundfragen mit Beispielen aus dem deutschen Recht**. Neuwied; Kriftel; Berlin: Luchterhand, 1996.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DETERBECK, Steffen. **Allgemeines Verwaltungsrecht**. München: Beck, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1978.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais**: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20ª. ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Mit einem Anhang: das Problem der Gerechtigkeit. 2ª ed. Viena: Franz Deuticke, 1960.

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999. P. 251.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 4ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. Tradução da 14ª ed. rev. e compl. por Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.

MONTESQUIEU. **De L'Esprit des Lois**. Paris: Éditions Gallimard, 1970.

MÜNCH, Ingo von. Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. In: ERICHSEN, Hans-Uwe; MARTENS, Wolfgang (organizadores). **Allgemeines Verwaltungsrecht**. 7ª ed. Berlin; New York: de Gruyter, 1985.

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

PAPIER, Hans-Jürgen. Das Sozialstaatsgebot des Grundgesetzes - der rechtliche Rahmen der sozialen Sicherung; in: PÖTTERING, Hans-Gert (org.). **Die Zukunft des Sozialstaates**. Freiburg: Herder, 2011.

REPÚBLICA FEDERATIVA DA ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht v. 09/02/2010, BVerfGE 125, 175 – *Hartz IV*.

_____. **Grundsicherung für Arbeitsuchende**: Sozialgesetzbuch SGB II Fragen und Antworten. Bonn: Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2015.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, julgamento em 18/04/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 567.985/MT, Relator Ministro Marco Aurélio, Brasília, julgamento em 08/02/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232, Relator Ministro Ilmar Galvão, Relator para o Acórdão: Ministro Nelson Jobim, Brasília, julgamento em 27/08/1998.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo Regimental na Reclamação nº 2.303/RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, Brasília, julgamento em 13/05/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo Regimental na Reclamação nº 3.805/SP, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Brasília, julgamento em 01/07/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Reclamação nº 2.323/PR, Relator Ministro Eros Grau, Brasília, julgamento em 07/04/2005.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Reclamação nº 4.374/PE, Relator Ministro Gilmar Mendes, Brasília, julgamento em 18/04/2013.

SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan. **Das Bundesverfassungsgericht:** Stellung, Verfahren, Entscheidungen; ein Studienbuch. 5ª ed. München: Beck, 2001.

SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre.** 3ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1957.

WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional de políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas.** Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. **Verwaltungsrecht:** ein Studienbuch. Band 1. 11ª ed. München: Beck, 1999.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Einführung in die Rechtsvergleichung:** auf dem Gebiete des Privatrechts. 3ª ed. Tübingen: Mohr, 1996.

A REDUÇÃO DA IDADE DA MAIORIDADE PENAL FRENTE À RESPONSABILIDADE SOCIAL E AOS DIREITOS HUMANOS

Angelita Maria Maders¹¹⁷

Rosângela Angelin¹¹⁸

SOBRE A VIOLÊNCIA

*A corrente impetuosa é chamada de violenta
Mas o leito de rio que a contém
Ninguém chama de violento.*

*A tempestade que faz dobrar as bétulas
É tida como violenta
E a tempestade que faz dobrar
Os dorsos dos operários na rua?*

Bertold Brecht

RESUMO: Partindo de uma denominada “cultura da violência” que assola o país, neste artigo, pretende-se, pontuar os argumentos

¹¹⁷ Defensora Pública do Estado na Comarca de Santo Ângelo/RS, Professora da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus de Santo Ângelo e da Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, Mestre em Gestão, Desenvolvimento e Cidadania pela Unijuí, Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrück, (Alemanha), Pós-doutora pela Universidade de Santiago do Chile, e membro do Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: angmaders@hotmail.com

¹¹⁸ Pós-Doutora pelas Faculdades EST, São Leopoldo-RS. Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrueck (Alemanha). Docente do Programa de Pós-Graduação stricto sensu – Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo-RS e da Graduação de Direito desta Instituição. Membro do grupo de pesquisa Tutela dos Direitos e sua Efetividade, registrado no CNPq e sustentação da linha de pesquisa Cidadania e Novas formas de Solução de Conflitos, deste Mestrado. Coordenadora do Projeto de Pesquisa *Direitos Humanos e Movimentos Sociais em Sociedades Multiculturais*, vinculado ao PPGDireito - Mestrado acima referido. E-mail: rosangelaangelin@yahoo.com.br

contrários e favoráveis à redução da idade da maioridade penal apontados na mídia, o que se faz sob uma perspectiva de construção de um debate voltado para a efetividade dos direitos humanos. O estudo aponta para o fato de que reduzir a idade da maioridade penal vem a ser uma forma de *limpeza social* e que o problema não vem sendo enfrentado pela sociedade e pelo Estado com a responsabilidade que a problemática requer. Apesar da complexidade ao entorno do tema, conclui-se que é salutar discutir as intervenções estatais e sociais que propagam o combate à violência e à criminalidade, no intuito de criar uma cultura de paz, em detrimento do aumento da rigidez penal.

PALAVRAS-CHAVE: Redução da idade da maioridade penal. Violência. Responsabilidade social. Direitos Humanos.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Cultura da violência: do caos ao cárcere. 3 Redução da Idade da Maioridade Penal no Brasil: efetividade dos direitos fundamentais ou *limpeza social*? 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil enfrenta uma crise social propagadora da intolerância, a qual vem sendo alargada pela publicidade da violência reproduzida diariamente na mídia usando como uma espécie de *bode expiatório* os adolescentes, que, como demonstram as pesquisas, seriam

responsáveis por menos de 1% dos delitos cometidos no país¹¹⁹ e de cuja incidência de agressões e ou maus-tratos dos quais são vítimas diariamente são propositadamente esquecidos. A população vítima de tamanho assédio midiático acaba fragilizada e reproduzindo uma cultura da violência, fazendo aflorar seus mais comezinhos instintos como em um ímpeto de vingança, esquecendo-se de sua responsabilidade quanto ao combate e à prevenção da violência.

Nesse afã, a sociedade tem-se olvidado de buscar compreender as raízes da violência, que se encontram no passado, nos erros cometidos pelos próprios integrantes desta sociedade, isto é, por pais, por juristas, por legisladores, por professores, etc. Não deixa, quem sabe, de ser por isso também, que essa mesma sociedade e seus integrantes têm-se esquecido de cuidar do outro, do seu próximo, de ver nele algo ou alguém além de um inimigo, ou seja, de perceber nele um ser humano como eles próprios.

Pesquisas realizadas no país, dentre elas uma conduzida no ano de 2013 pelo Instituto Paraná Pesquisas, demonstram que 90,4% dos entrevistados seriam a favor da responsabilização criminal dos adolescentes e 64% dos entrevistados entendem que a redução da idade da maioridade penal poderá contribuir para a redução da violência (VIDA E CIDADANIA, 2013). Concomitantemente, tramitam no Congresso Nacional diferentes Projetos de Lei e/ou Propostas de Emendas Constitucionais (PECs) para alterar o Estatuto da Criança e

¹¹⁹ A Senasp estima que os menores de 16 a 18 anos – faixa etária que mais seria afetada por uma eventual redução da maioridade penal – são responsáveis por 0,9% do total dos crimes praticados no Brasil. Se considerados apenas homicídios e tentativas de homicídio, o percentual cai para 0,5%. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/segundo-ministerio-da-justica-menores-cometem-menos-de-1-dos-crimes-no-pais/> Acesso em: 2 jul. 2015.

do Adolescente e tornar as medidas nele previstas mais rígidas ou para reduzir a idade da maioridade penal. Em 1º de julho de 2015, foi levada à votação na Câmara dos Deputados a PEC 171 de 1993, de autoria do Deputado Benedito Domingos do PP/DF, a qual, embora tenha sido aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, não logrou aprovação. Em razão disso foi inserido em pauta o texto principal, com a mesma temática, porém mais branda, por dele terem sido retirados alguns delitos para os quais não seria utilizada a referida regra, já que o anterior seria uma proposta aglutinativa, o qual, então, restou aprovado nos dois turnos da votação.

Apesar do clamor público, ao qual os deputados federais se apegaram para a votação ocorrida, mas cuja proposta ainda precisa ser votada no Senado Federal, não se pode deixar de tecer algumas considerações acerca da problemática que envolve o tema, seja com relação aos argumentos contrários e favoráveis à redução da idade da maioridade penal, seja com relação à responsabilidade social com relação ao problema.

Passa-se, então, neste texto, em um primeiro momento, a tecer algumas considerações acerca da cultura da violência e da propagada solução à redução da criminalidade com o aprisionamento das pessoas. Depois, são pontuados os argumentos favoráveis à redução da idade da maioridade penal no Brasil, que seguem rebatidos com os desfavoráveis, numa perspectiva de construção de um debate mais voltado para a efetividade responsável dos direitos humanos, em um Estado democrático e republicano, o que se acredita possa ocorrer por meio de uma maior conscientização das pessoas quanto a sua

responsabilidade nessa tangente, bem como de haver maior respeito e reconhecimento pelo outro, dando-lhe condições de cidadania.¹²⁰

2 CULTURA DA VIOLÊNCIA: DO CAOS AO CÁRCERE

O Estado Constitucional que teria surgido ao final do século XVII (Estado Constitucional Liberal) e se desenvolvido incorporando novos pressupostos nas primeiras décadas do século XX, bem como alcançado o Estado de Bem Estar Social, contudo, não se concretizou no Brasil nos mesmos moldes do que ocorreu na Europa. Embora tal circunstância, algumas conquistas sociais podem ser relatadas, a exemplo do acesso à educação, à moradia, da universalização do direito à saúde, da luta contra as desigualdades e o desenvolvimento de algumas políticas sociais que, para tanto, ainda são insuficientes, mas que existem. A atuação do Estado e de seus agentes nessas conquistas não pode ser descartada, até mesmo no sentido de regulá-las. Por isso, não se pode primar por uma intervenção mínima do Estado no setor social, ao contrário da esfera criminal, onde se tem percebido a falência do seu agir.

O ato de criminalizar ou de aumentar uma pena cominada pode até transpassar uma sensação positiva a alguns integrantes da sociedade, mas produz resultados eficazes para a relação do legislador com seu eleitor, a exemplo do “apito que somente o cachorro pode ouvir”, que se pode aqui usar metaforicamente. Nesse sentido, José Vicente Tavares dos Santos, sociólogo gaúcho, pondera sobre a sensação de insegurança que toma conta da sociedade e que, muitas

¹²⁰ Cidadania também significa inclusão do outro e está estreitamente vinculada à justiça social.

vezes, é propagada pelos meios de comunicação social, produzindo uma dramatização acentuada da violência, em especial, diante de casos específicos e isolados. Segundo ele,

Na vida cotidiana, realiza-se uma inter-relação entre mal-estar, violência simbólica e sentimento de insegurança. Por um lado, estamos vivendo em um horizonte de representações sociais da violência para cuja disseminação em muito contribuem os meios de comunicação de massa, produzindo a dramatização da violência e difundindo sua espetacularização, enquanto um efeito da violência exercida pelo campo jornalístico (SANTOS, 2002).

No meio social, deve-se estar atento ao que é propagado, como e por quem isto é divulgado, pois “uma mentira repetida pode transformar-se em verdade”, a exemplo da máxima atribuída a Joseph Goebbels. Tem-se, no caso da criminalidade, ser falsa a ideia de que com o aumento das penalizações o problema estará resolvido. A violência é um elemento estrutural que está intrínseco ao fato social e não o resto de uma ordem bárbara em vias de extinção. Ela não está à margem da cultura, mas, ao contrário, está inserida nela, pois integra-a como um de seus elementos (GAUER *In*: GAUER (Org.), 2000, p. 13) e como tal deve ser tratada.

É sabido que as modificações por que passou a sociedade nas últimas décadas em razão de um processo globalizante e capitalista têm ensejado a redução da atuação estatal no setor social e o surgimento de classes excluídas, também chamadas subclasses, que ensejam, ao revés do pregado na chamada pós-modernidade, a necessidade de uma atuação mais efetiva do Estado na esfera penal, por ainda persistir um entendimento de que aqueles que praticam

condutas antissociais devem ser excluídos do convívio e colocados nas prisões.

Em decorrência da globalização econômica e da má distribuição da renda, aliada a aspectos culturais, tem-se, inevitavelmente, um aumento da violência social. Com o aumento da violência, por sua vez, ocorre um aumento das vítimas, da intolerância e do número de pessoas favoráveis a punições criminais mais severas, inclusive defendendo a prisão perpétua e a pena de morte, que há tempos foram abolidas do Direito brasileiro e são proibidas no Estado constitucional e democrático que se pretende viver. Essas pessoas se esquecem de que a origem da violência e da criminalidade é social e que o remédio para combatê-la não deve ser meramente penal, assim como olvidam de sua responsabilidade para com sua prevenção e redução. Em virtude disso torna-se evidente que não se pode eliminar a atuação do Estado nesse setor. É necessário, no entanto, dar-lhe um novo enfoque para enfrentar a problemática da crescente criminalidade, combinando ações repressivas e preventivas imediatas, incentivando as políticas sociais a longo prazo e de proteção às vítimas, que têm sido esquecidas no sistema penal vigente.

Ao estudar a violência, percebe-se que este fenômeno é anterior ao crime ou à criminalização desta nos códigos penais. O crime é tido por Durkheim como um fenômeno social resultante do convívio das sociedades (1983). Sabe-se, também, que a violência gera violência, pois se torna uma cultura de relações sociais. Assim sendo, a violência perpetrada pelo próprio Estado com um sistema penal que beira ao caos, como é o caso brasileiro, somente pode fortalecer a onda de violência reinante no país. Se existe alguma solução mágica para

cessar a violência, ainda não se sabe. O que se sabe é que a violência deve ser tratada em sua complexidade, como refere Morin (2009), já que não se pode acabar totalmente com ela, apenas minimizá-la. Acredita-se que um caminho a ser percorrido para atenuar sua incidência é por meio da educação. Educação esta não somente em níveis formais, em âmbito escolar, mas em valores, em princípios, em respeito à outridade, a padrões mínimos de convivência social e aos direitos humanos, que deve ser iniciada nos lares.

A *outridade*, também conhecida como *alteridade* envolve a compreensão de que os seres humanos são seres sociais e, portanto, devem conviver. Para que esse convívio seja minimamente respeitoso é fundamental que as pessoas se coloquem no lugar do *outro* para entender o *outro* com o *outro* e não como se fosse o *outro* (SIDEKUM *In*: SIDEKUM, 2003). Isso enseja que se possa englobar no exercício de alteridade, a análise de outros tantos fatores que não somente os visíveis, corroborando para um melhor convívio social baseado na responsabilidade e na solidariedade para com o bem-estar do próximo.

Se considerados tais aspectos, a exemplo que já se fez em outro texto, talvez o presente artigo devesse ter sido iniciado com perguntas constantemente repetidas, como por exemplo: será que a prisão recupera o ser humano? Será que ela transforma um(a) criminoso(a) em não criminoso(a)? Agressores em pessoas afetuosas e respeitadoras das regras de conduta social? E para respondê-las seria necessário recordar, o que se tenta fazer agora, que, de acordo com as teorias da pena adotadas no sistema jurídico brasileiro, ela teria duas funções: uma retributiva e a outra preventiva. Tangencialmente à punição no Direito pátrio, a pena abstratamente cominada dirige-se a

toda a coletividade, o que objetiva induzir um temor quanto à sua aplicação, o qual supostamente inibiria a pessoa a cometer crimes. Isso seria uma forma de prevenção. A pena aplicada, por sua vez, além do caráter retributivo, também teria o preventivo, para que o(a) condenado(a) não volte a delinquir ou a cometer outros crimes e para que retorne ao convívio social recuperado.

Adotou-se a privação da liberdade como pena no Brasil, porque a liberdade é um bem de grande valia para os brasileiros. Além disso, a pena de morte e a prisão perpétua são proibidas constitucionalmente, embora sejam constantemente ovacionadas por um grande número de pessoas. Ocorre que, da forma como executada e aplicada a pena no País, não há como conciliar prisão com ressocialização, pois, como já demonstrado pelos estudos realizados e publicados, a cadeia brasileira não é uma escola onde também se educa, embora seja vista por alguns como a *universidade do crime*, assim como não é um hospital para recuperar alguém que esteja padecendo de alguma doença. Ela é apenas um local onde se cumpre um castigo (esse o verdadeiro significado da pena para alguns autores), muitas vezes em condições sub-humanas, em face do que a proposta de ressocialização da pena, nada mais seria do que uma propaganda enganosa; tratar-se-ia de uma mera vingança do Estado, cujos efeitos são questionáveis, pois não há como ensinar alguém a viver em liberdade retirando-lhe justamente esta, assim como é extremamente difícil reeducar aqueles que não sabem para que serve a liberdade, quando não a possuem.

Partindo do pressuposto já anunciado neste artigo de que violência gera violência como em um ciclo vicioso, entende-se que submeter uma pessoa ao cárcere pode fortalecer seu lado criminoso e

violento. Então, a prisão é, no mínimo, contraditória, o que acaba ensejando a conclusão de que a pena tem apenas uma finalidade: a retributiva, ou seja, o castigo, já que a outra não se alcançou concretizar.

A relação do que ora se trata acerca da pena com a redução ou não da idade da maioridade penal ocorre, porque se entende que a lei não conseguirá acabar com a criminalidade somente castigando mais severamente os agressores, tanto que até hoje se questiona se a prisão conseguiu diminuir a violência ao longo do período em que vem sendo utilizada. Alguns autores chegam a defender seu abolicionismo, a exemplo de Maria Lúcia Karam, para quem a repressão penal vai contra os direitos fundamentais:

[...] em nada pode contribuir para o reconhecimento e garantia de direitos fundamentais, tampouco podendo trazer qualquer contribuição para a superação de preconceitos ou discriminações, até porque preconceitos e discriminações estão na base da própria ideia de punição exemplificativa, que informa e sustenta o sistema penal (KARAM, 2006, p. 7).

Ademais, a violência tem sido causa e consequência de diferentes formas de desigualdade e, portanto, atentatória aos direitos humanos. Não se quer com isso dizer que as modalidades de pena privativa de liberdade não devam existir, assim como não se quer dizer que se deve ignorar a violência. Ao contrário, este é um fator de risco que deve ser analisado em conjunto com diferentes variáveis de vulnerabilidade, dentre elas a personalidade do agressor, a estrutura familiar e os índices globais de violência. Não se pode deixar de observar, também, a exemplo do que já foi feito por diferentes

autoridades no assunto, que o discurso penal ao longo dos anos e, mais ainda nos regimes capitalistas, sob um discurso de proteção, acabam punindo somente os pobres e dando pouca proteção às vítimas.

Nesse contexto pode-se, inclusive, adentrar no conceito e evolução do Estado Penal que se herdou para a atualidade, o qual teria sido cunhado por Loïc Wacquant¹²¹, que estuda a segregação racial, a pobreza, a violência urbana, a desproteção social, bem como a criminalização na França e nos Estados Unidos da América no contexto do neoliberalismo. De acordo com o referido autor, desde os anos 80 do século XX, assiste-se a uma exacerbação do Estado penal em detrimento de um Estado social, o que ocorreu na segurança pública dos Estados Unidos, pois, a partir dos anos 90, teria havido a retração da rede de segurança social, com cortes orçamentários nas políticas sociais, em particular na assistência, saúde, educação e habitação, e o deslocamento de recursos para a segurança pública, com apoio ao aparato policial e do Judiciário, revelando o viés repressivo e punitivo da política governamental norte-americana (WACQUANT *apud* BRISOLA, 2012, p. 130). As transformações no âmbito do Estado expressam a “remoção do Estado econômico, o desmantelamento do Estado social e o fortalecimento do Estado penal” (WACQUANT, 2008, p. 96).

Essas considerações foram propositadamente trazidas para o presente texto para dizer que, no Brasil, a situação não é diferente;

¹²¹ Sociólogo francês erradicado nos Estados Unidos da América que é autor de obras do tema em voga, como *Do Estado Providência ao Estado Penal* (1998), *As prisões da miséria* (1999), *As duas faces do gueto* (2008), *Punir os pobres: o governo neoliberal de Insegurança Social* (2009).

entretanto, não há tanto investimento em segurança pública como nos Estados Unidos, o que, aliás, é objeto de críticas e também de clamor social. Acredita-se, em razão disso, que talvez nunca, como na atualidade, a população brasileira tenha sido tão favorável ao endurecimento ainda maior do sistema punitivo, bem como tem-se mostrado quase unânime em exigir a modificação da legislação para permitir a redução da maioria penal e a viabilidade da pena de morte. Olvida-se, porém, que este Estado mínimo que muitos querem, ao atender as demandas do capital por meio do fundo público, acaba reduzindo os gastos sociais, transferindo os investimentos que serão destinados a garantir a segurança das classes dominantes em relação às chamadas classes perigosas (CASTRO, 2010), já que, no Brasil, a pobreza vem sendo tratada, ao longo dos anos, como sinônimo de vadiagem, de amoralidade e vinculada à delinquência e à criminalidade (COIMBRA *apud* BARROS, 2008, p. 143). Além disso, de acordo com Castro, o Estado penal, além de criminalizar e estigmatizar os jovens pobres e, principalmente, os negros, dissemina o medo do outro, o que aumenta a intolerância e dilui a solidariedade. No Brasil, essa lógica de culpar os jovens negros e pobres está ainda acobertada pelo discurso de uma suposta preguiça, de falta de vontade e de incapacidade para o trabalho (BRISOLA, 2012, p. 143).

Certo é que a violência não escolhe classe social, nem idade, estando presente nas relações sociais como um todo, porém, mais visível, ou menos velada, em espaços onde a pobreza econômica está presente. Diante destes fatos, tem-se a impossibilidade de abdicar de um instrumento como o Direito Penal. Ele, porém, deveria ser usado o mínimo possível e não como vem ocorrendo, já que está sendo usado

como a regra, com uma ânsia punitiva tendente a simplificar o complexo fenômeno da violência e da criminalidade, cujas raízes se encontram na desordem social e econômica.

É preciso, pois, construir alternativas à prisão que não revitimem a vítima, a exemplo do que se pretende com algumas reformas do Código de Processo Penal, pois o aumento da sanção cominada aos crimes pouco ou nada mudará no cenário de injustiça em que vivem os cidadãos, assim como o sistema penal não poderá cumprir com sua função de garantir segurança jurídica. Vê-se, pois, que o sistema penal não é o local ideal para a discussão acerca da violência e da criminalidade, pois estes são problemas fundamentais, que se encontram alicerçados na raiz da sociedade¹²² e como tal devem ser tratados. Consequentemente, medidas não-penais mostrar-se-iam mais eficazes e sensatas para fazer cessar a violência e fazer com que as vítimas e os agressores possam superar o conflito. Elas poderiam iniciar por meio de atividades preventivas e de assistência aos jovens vulneráveis, a serem desenvolvidas na sociedade, nos lares, nas escolas, nos grupos e associações de pessoas e seguir para as delegacias de polícia, onde as partes já poderiam ser encaminhadas diretamente para grupos de apoio psicológico, de mediação, por equipes multidisciplinares, a fim de que possam construir soluções positivas para seus conflitos. Ademais, as políticas públicas já colocadas em prática devem ser constantemente reavaliadas para sua readequação à realidade, bem como para a verificação do desenvolvimento de novos projetos sempre mais eficientes.

¹²² De acordo com Santos (1995, p. 283), problemas fundamentais “[...] são aqueles que estão na raiz das instituições e causam incoerências que repercutem em diversos setores da vida social”.

Edgar Morin atenta à complexidade da problemática, ensejando a necessidade de que a sociedade pare de separar as coisas, em um intuito reducionista, e inicie um processo de religação de fatores e características que envolvem os seres humanos, para então, melhor compreendê-lo e, diante disso, agir com mais efetividade frente aos problemas sociais:

Na complexidade, não podemos reduzir uma pessoa a seu ato mais negativo. O filósofo Hegel disse: se uma pessoa é um criminoso, reduzir todas as demais características de sua personalidade ao crime é fácil. Entender, não reduzir a uma característica má uma pessoa que tem outras características, isso é a complexidade. Uma pessoa humana tem várias características, é boa, má e muito mais. Devemos entender que a palavra latina *complexus* significa tecido. Em geral, o nosso modo de conhecer que vem da escola nos ensina a separar as coisas, e não religá-las. A complexidade significa religar. [...] A complexidade busca favorecer uma compreensão maior que a compreensão que vem de se isolar as coisas, colocar o contexto, todos os contextos em uma situação. (MORIN, 2009).

Frente aos aspectos apontados acerca da origem da maioria dos atos de violência e da criminalidade, apregoa-se o que a lei já anuncia: que a punição através da privação da liberdade não é suficiente para reduzir a violência, necessitando-se de um processo ressocializante que seja capaz de modificar a cultura da violência para uma cultura de melhores relações sociais. Evidente que esta é uma tarefa complexa que exige muito mais do que boa vontade. A responsabilidade pela construção de relações sociais mais equilibradas e harmônicas perpassa tanto por ações estatais, quanto pela responsabilidade em criar mecanismos capazes de contribuir para tal intento. Isso tudo adentra caminhos que vão além da penalidade: também exige

mudanças estruturais do Estado, bem como uma postura mais prestacional deste; alteridade e comprometimento da sociedade diante da complexidade das relações sociais e culturais. Mas o que se tem observado nos últimos anos é um avanço desenfreado de posturas simplistas que anunciam, no caso da redução da idade da maioridade penal, uma solução imediata para o problema: uma *limpeza social*.

3 REDUÇÃO DA IDADE DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL: EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS OU LIMPEZA SOCIAL?

A propagada urgência na redução da idade da maioridade penal é uma medida drástica e paliativa por meio da qual o Legislativo tem tentado demonstrar à população brasileira que está disposto a resolver a criminalidade infanto-juvenil, eleita como o grande problema da insegurança pública, através de uma medida drástica com a conotação de *limpeza social*. Isto significa dizer, retirar das ruas supostos infratores e atores de condutas consideradas antissociais. Metaforicamente, esse agir pode ser considerado como uma parte de uma obra de engenharia na construção de um “castelo de cartas”, que, por sua instabilidade, qualquer vento derruba.

Como já se pode perceber das notícias e opiniões publicadas pelos meios de comunicação social, mesmo havendo diversos argumentos favoráveis a tal medida, existem diferentes motivos contrários à redução da idade da maioridade penal no Brasil, os quais precisam ser mais divulgados para que sobre eles se possa refletir e

melhor compreender a responsabilidade social por trás do aumento desenfreado da criminalidade e da violência no país.

Dentre os argumentos contrários está a questão da duvidosa constitucionalidade da referida alteração do artigo 228 da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), aliada à inconstitucionalidade do proceder legislativo para obter sua aprovação, o que, aliás, é objeto de mandado de segurança interposto por uma centena de parlamentares junto ao Supremo Tribunal Federal, que pende de julgamento. Não bastasse isso, argumenta-se que a inimizabilidade penal para menores de 18 anos seria cláusula pétrea insuscetível de alteração por emenda constitucional por se tratar de direito fundamental de acordo com o alargamento material deste disposto na norma do artigo 5º, § 2º, da CF/1988. A chamada cláusula de abertura material alarga o rol dos direitos fundamentais previstos no Título II da Constituição pátria àqueles que decorrem do próprio regime e dos princípios constitucionais expressos ou implícitos, bem como de tratados internacionais dos quais o Brasil seria signatário. Sob essa égide, o citado artigo 228 seria, além de um direito fundamental, uma garantia individual frente ao Estado para não ser punido penalmente, com caráter de fundamentalidade por estar diretamente ligada ao exercício do direito de liberdade até os 18 anos. Logo, não podendo ser objeto de deliberação eventual emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais, sendo, portanto, considerada cláusula pétrea, seria insuscetível de modificação por Emenda Constitucional, conforme norma disposta no artigo 60, § 4º, da CF/1988. Dentre os juristas que entendem ser inconstitucional a matéria objeto da PEC 171/1993 estão

Dalmo de Abreu Dallari¹²³ e Luiz Flávio Gomes (2015), que, inclusive, manifestaram tal posicionamento nos meios de comunicação.

Dificuldades de se atestar a constitucionalidade de tal matéria são encontradas também frente a normativa internacional, pois, caso a referida proposta venha a ser aprovada, haverá violação do disposto na norma do artigo 41 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (CDC) (Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 - Resolução 44/25), documento internacional do qual o Brasil também é signatário. De acordo com o referido diploma, os países signatários não poderão tornar mais gravosa a lei interna em face do contexto normativo da própria Convenção. Além disso, haveria violação também das Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça, da Infância e da Juventude (Regras de Beijing – Resolução 40/33 da Assembleia Geral, de 29 de novembro de 1985), das Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil e Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (Diretrizes de Riad – 1990) e do Pacto de San Jose da Costa Rica.

Também pode ser observado do noticiado na imprensa que instituições importantes no contexto social já teriam se manifestado contrárias à redução da maioria penal, a exemplo do UNICEF, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), da Fundação ABRINQ (Save the Children) e do Conselho Nacional de Juventude (CONJUVE), com apoio do Fórum Nacional dos Direitos das Crianças e

¹²³ Seu posicionamento pode ser acompanhado, mesmo que parcialmente, em palestra proferida na VI Conferência Internacional de Direitos Humanos da OAB, realizada entre os dias 27 e 29 de abril, em Belém (PA) (DALLARI, 2015).

Adolescentes (FÓRUM DCA). Essas instituições acreditam que a medida que se pretende adotar representa um enorme retrocesso no atual estágio de defesa, promoção e garantia dos direitos da criança e do adolescente no Brasil e, por sua vez, dos direitos humanos.

Ainda, de acordo com os entendimentos constantemente expostos na mídia, não se pode utilizar de argumentos simplistas e imputar aos adolescentes a responsabilidade pelo aumento da violência e da criminalidade no país, uma vez que os adolescentes em conflito com a lei são, em sua maioria, vítimas de violações de seus direitos humanos pela ação ou omissão do Estado, da sociedade e da família. Além disso, dados estatísticos demonstram que eles seriam responsáveis por menos de 20% das infrações registradas, sendo que deste percentual, a maioria refere-se a delitos contra o patrimônio. De acordo com o Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei (CNAEL, 2015), do Conselho Nacional de Justiça, até junho de 2011, cerca de 30 mil adolescentes cumprem medidas socioeducativas no país. Trata-se de um número considerável, mas que corresponde a apenas 0,5% da população jovem do Brasil, que conta com 21 milhões de meninos e meninas entre 12 e 18 anos.¹²⁴

Por outro lado, os crimes praticados contra crianças e adolescentes não são mostrados e não chamam a atenção da população, mas dados estatísticos retratam que os homicídios de crianças e adolescentes brasileiros cresceram vertiginosamente nas

¹²⁴ De acordo com o último levantamento do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo realizado em 2013, o Brasil possui cerca de 26 milhões de adolescentes. Mas apenas 23,06 mil cumprem algum tipo de medida socioeducativa por terem cometido ato infracional. Isso representa 0,08% do total. Disponível em: <http://cress-sc.org.br/wp-content/uploads/2015/07/N%C3%A3o-a-Redu%C3%A7%C3%A3o-Sim-%C3%A0-Educa%C3%A7%C3%A3o-%C3%BAltima-vers%C3%A3o-com-capa.pdf> Acesso em: 02 jul. 2015.

últimas décadas: 346% entre 1980 e 2010. De 1981 a 2010, mais de 176 mil foram mortos e, somente em 2010, o número foi para 8.686 crianças e adolescentes assassinadas, ou seja, 24 por dia. A Organização Mundial de Saúde (OMS) refere que o Brasil ocupa a 4ª posição entre 92 países analisados, pois tem um número de 13 homicídios para cada 100 mil crianças e adolescentes, 50 a 150 vezes maior do que países como Inglaterra, Portugal, Espanha, Irlanda, Itália, Egito, cujas taxas giram em torno de 0,2 homicídio para a mesma quantidade de crianças e adolescentes.¹²⁵ A conclusão a que se chega é que a redução da idade penal somente poderia servir para atingir adolescentes pobres das periferias que não estudam e não trabalham, vítimas de um sistema de exclusão social que sofrem com a ausência de políticas sociais básicas, em um processo de varredura e ou limpeza social.

Não se pode esquecer, também, que a inimputabilidade dos menores de 18 anos adotada no Brasil encontra sua base em um critério biológico e isso não significa irresponsabilidade. Ao contrário, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prevê responsabilização pelos atos infracionais cometidos por adolescentes a partir dos 12 anos de idade. No entanto, a punição é diversa da punição criminal. Tão diversa que recebe outro nome e também é mais rígida e mais eficaz. Vale destacar, nesse sentido, que os dados apresentados pela Fundação Casa, do Estado de São Paulo, que constatou que a reincidência ao crime de adolescentes em sistema socioeducativo foi de 12,8%, enquanto a reincidência de adultos detidos no sistema

¹²⁵ Dados disponíveis em: <https://18razoes.wordpress.com/quem-somos/> Acesso em: 02 jul. 2015.

convencional foi de 60% (NAVES, 2015), o que revela a maior efetividade do sistema socioeducativo em detrimento do sistema prisional.

Do até aqui exposto já se percebe que o argumento de que os adolescentes em conflito com a lei restam impunes diante da legislação especial vigente não se sustenta. O processo especial de responsabilização previsto no ECA não implica irresponsabilidade e impunidade, pois os adolescentes autores de ato infracional estão sujeitos a medidas socioeducativas, inclusive com privação de liberdade. A legislação em comento é suficientemente severa no que concerne às consequências jurídicas decorrentes dos atos infracionais praticados por adolescentes e as medidas socioeducativas previstas no artigo 112 ao artigo 125 do ECA – advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação – são consideradas ações eficazes de responsabilização. Se ocorre há a ineficiência do Estado em implementá-las, resta à sociedade exigir a aplicação de forma eficiente das medidas socioeducativas para fazê-las cumprir seu mister.

Não se desconhece, todavia, que, apesar dos avanços normativos registrados nas últimas décadas, o Brasil ainda convive com graves violações de direitos nas unidades de internação socioeducativa. Entende-se desse modo por não haver uma política consolidada de atendimento que garanta estruturas, procedimentos e recursos humanos e orçamentários adequados em todas as fases do processo, desde a prevenção, a abordagem policial, o julgamento, a responsabilização e a reinserção social. Assim, a baixa eficiência das

medidas socioeducativas deve ser imputada ao próprio Estado e não ao adolescente envolvido no ciclo de violência e criminalidade.

Atualmente, seria muito mais benéfico para a sociedade receber um jovem que saiu do sistema socioeducativo do que aquele que saiu do sistema prisional, já que as medidas socioeducativas, como dito, têm melhor cumprido sua finalidade pedagógica do que a prisão. Por razões como essa é que se pode afirmar que o sistema da socioeducação deveria ser utilizado como exemplo para o sistema prisional, e o Estado, por sua vez, deveria investir no que está dando certo e não o contrário. Isso significa lutar por avanços e não somente contra o retrocesso. Para tanto, é necessário combater o senso comum e discutir políticas públicas hábeis a mudar a realidade.

Relevante esclarecer que não basta ampliar o tempo de internação e ou endurecer nas penalidades aplicadas para se combater a violência e a criminalidade. O Estado tem de fazer cumprir a legislação vigente, dando condições de cumprimento das medidas socioeducativas já existentes, pois estas têm um caráter ressocializador maior do que a pena de prisão, cujo índice de reprovação nesse quesito já restou demonstrado. O fato de o Direito se utilizar de um sistema de punição diferenciado para pessoas em desenvolvimento justifica-se pela própria diferenciação dos adolescentes em relação aos adultos, tendo a medida socioeducativa uma finalidade mais pedagógica do que a pena criminal, reconhecendo, portanto, a condição peculiar de desenvolvimento do adolescente. É, pois, uma falácia afirmar que para os adolescentes não existem penas. Como visto, efetivamente elas existem, embora não com esse nome. Elas são chamadas de medidas socioeducativas e, pela forma de seu cumprimento, são bem mais

rígidas do que a pena mais severa do sistema penal, a perda da liberdade pela prisão. Se elas não funcionam adequadamente em alguns lugares, não é por falta ou inexistência de lei, mas, talvez, de indolência ou negligência do Poder Público, o que ensejaria a necessidade não de alteração legislativa, mas de ação estatal e responsabilização daqueles que se omitem. Então, embora com nome diverso, elas, as medidas socioeducativas, assemelham-se muito à pena do Direito Penal.

Destaca-se, também, que não se está aqui afirmando que pessoas menores de 18 anos, inimputáveis, não possuam capacidade de discernimento. Ao contrário, tem-se que elas possuem plena consciência da ilicitude das condutas que venham a praticar, assim como uma criança de seis ou sete anos também tem capacidade para distinguir o *certo* do *errado*. Ocorre que a fixação da idade penal não leva em consideração apenas a capacidade de discernimento, mas a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, além da inadequação do sistema prisional para a recuperação de um adolescente que ainda está em processo de formação física, psíquica, moral e intelectual. Nesse sentido, o Conselho Regional de Psicologia de São Paulo alerta para o fato de que tanto as crianças quanto os adolescentes são seres humanos que se encontram em um processo de desenvolvimento, colocando-as em uma situação especial. Isso remete àquilo que se quer demonstrar: a responsabilidade da sociedade em olhar por e para estas pessoas e, ao mesmo tempo, do Estado em promover políticas que garantam a proteção delas, bem como de seus direitos, inclusive com prioridade diante de outras demandas sociais (CAPRIGLIONE, 2015).

O critério adotado no Brasil para a fixação da maioridade penal, por uma questão de política criminal, como antes referido, é o biológico, sendo, pois, irrelevante a capacidade de distinção entre o *certo* e o *errado*. Adotou-se este critério por se entender, após comprovação técnico-científica, que a adolescência é um período de transição entre a infância e a idade adulta, no qual as pessoas sofrem profundas transformações físicas e psicossomáticas, quando, então, encontram-se mais vulneráveis e volúveis ao envolvimento em práticas antissociais, o que pode ser observado na mudança comportamental externalizada pela forma de vestir, ao consumo de bebida alcoólica, etc... Essa condição *sui generis* dos adolescentes demanda tratamento diferenciado de acordo com as peculiaridades da referida fase vital.

Outro argumento que é frequentemente levantado para tentar validar a redução da idade penal é o fato de o adolescente de 16 anos poder votar, o qual também não pode ser tido como argumento hábil, pois o voto, além de ser facultativo entre os 16 e os 18 anos, não dá direito a esse mesmo adolescente de ser votado, assim como de assumir um cargo, exercer uma função pública e ou dirigir veículo automotor. Outrossim, a idade de responsabilidade penal no Brasil não se encontra em desequilíbrio se comparada aos demais países. De uma lista de 54 países analisados pela ONU, a maioria deles adota a idade de responsabilidade penal absoluta aos 18 anos de idade. Essa fixação majoritária decorre das recomendações internacionais que sugerem a existência de um sistema de justiça especializado para julgar, processar e responsabilizar autores de delitos abaixo dos 18 anos. Das 54 legislações analisadas, apenas 17% adotam idade menor do que 18 anos como critério para a definição legal de adulto. Tanto é

assim que, recentemente, Alemanha e Espanha elevaram para 18 a idade penal, sendo que a primeira criou, ainda, um sistema especial para julgar os jovens na faixa de 18 a 21 anos. Dentre os países avaliados pela ONU, em média, os jovens representam 11,6% do total de infratores, enquanto no Brasil está em torno de 10%, do que se extrai que o Brasil ainda está dentro dos padrões internacionais e abaixo do que se poderia esperar. No Japão, eles representam 42,6%, mesmo sendo a idade penal de 20 anos.¹²⁶

Outra questão a se pensar é que a redução da maioridade penal de 18 para 16 anos, além de não resolver o problema da impunidade, por não tratar as causas da violência, contraria conquistas históricas e sociais da população no âmbito da garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, apresentando-se como um retrocesso no campo das políticas públicas e dos direitos humanos. As causas da violência e da desigualdade social não se resolverão com adoção de leis penais mais rígidas, em face do que se conclui que seria melhor discutir políticas públicas para mudar a realidade e não apenas debater sobre o mesmo tema esperando resultados diversos.¹²⁷ O processo exige que sejam tomadas medidas capazes de romper com a banalização da violência e seu ciclo, evitando a proliferação de uma cultura da intolerância.

O adolescente marginalizado não surge ao acaso. Bourdieu (2009), sociólogo francês, ao referir-se à violência, pondera que ela pode se apresentar de formas visíveis ou invisíveis, porém, sempre é antecedida por algum outro tipo de violência simbólica. Assim, o adolescente é fruto de um estado de injustiça social que gera e agrava

¹²⁶ Dados disponíveis em: <https://18razoes.wordpress.com/quem-somos/> Acesso em: 02 jul. 2015.

¹²⁷ “Insanidade é continuar fazendo sempre a mesma coisa e esperar resultados diferentes” (Albert Einstein).

a pobreza em que sobrevive grande parte da população. A marginalidade é uma prática moldada pelas condições sociais e históricas em que vive. O adolescente em conflito com a lei é considerado um sintoma desse sistema de exclusão social, utilizado como uma forma de eximir a responsabilidade que a sociedade tem nessa construção. Reduzir a idade da maioridade penal ensejará apenas a transferência do problema, o que pode parecer, à primeira vista, mais fácil para o Estado, no entanto, não menos oneroso do que educar.

Ações no campo da educação, por exemplo, já se demonstraram positivas na diminuição da vulnerabilidade de centenas de adolescentes ao crime e à violência, mas, lamentavelmente, muitos ainda se encontram excluídos deste processo. Puni-los com o encarceramento é tirar-lhes a chance de se tornarem cidadãos conscientes de direitos e deveres; é assumir a própria incompetência do Estado em assegurar-lhes esse direito básico que é a educação.

Deveras, estudos no campo da criminologia e das ciências sociais têm demonstrado que não há relação direta de causalidade entre a adoção de soluções punitivas e repressivas e a diminuição dos índices de violência. Dados do Fundo das Nações Unidas para a Infância revelam a experiência não bem sucedida dos EUA, uma vez que jovens que cumpriram pena em penitenciárias de adultos voltaram a delinquir e de forma mais violenta, o que se percebe, inclusive, da obra de Wacquant já citada. O resultado concreto para a sociedade foi o agravamento da violência. Por outro lado, observa-se que políticas e ações de natureza social desempenham papel importante na redução das taxas de criminalidade.

É, pois, lamentável que um país, em que uma sociedade que não cuidou de sua juventude, agora somente queira segregá-la, quando, sabidamente, o aumento da pena e ou da rigidez em seu cumprimento, a exemplo da Lei dos Crimes Hediondos no Brasil, bem como a instituição da pena de prisão perpétua e ou de morte em alguns países, não ensejou a redução da criminalidade ou da violência.

Não se pode deixar de mencionar que reduzir a idade da maioridade penal implicaria aumento da população carcerária em um sistema superlotado, precarizado, brutalizador, desumano e incapaz de ressocializar. Dados do relatório final do Programa Justiça ao Jovem, implementado pelo Conselho Nacional de Justiça, revelam que o número de adolescentes internados no Brasil entre os anos de 2010 e 2011, era de 17.502. Isso demonstra a incapacidade de absorção pelo sistema carcerário adulto que, segundo o Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça tem um déficit de cerca de 240.503 vagas.¹²⁸ Portanto, além de uma afronta aos direitos humanos, o encarceramento de adolescentes em prisões comuns, juntamente com a criminalidade adulta, representaria o total colapso de um sistema que já se encontra em péssimas condições, agravando o atual quadro da violência.

Muito se questiona nesse aspecto, pois se estaria apenas transferindo o problema de um para outro setor. Em vez de educar, caberia ao Estado apenas punir, o que pode ser rápido e corresponder à chamada *lei do menor esforço*, porém sabidamente menos eficiente

¹²⁸ Dados retirados da Nota Técnica do NUDECA da Defensoria Pública do Estado do RS. Disponível em: www.defensoria.rs.gov.br/.../20150325112347nota_tecnica_contra_reducao_da_maiorida_de_penal.doc Acesso em: 1 jul. 2015.

para que efetivamente se caminhe rumo a uma sociedade mais justa e igualitária. Com tal prática, o Estado estará tão somente assumindo a ineficiência de sua atuação na esfera educacional.

Além disso, o que se vê hoje no que se refere à criminalidade também é reflexo de anos de descaso do Poder Público na área da educação e da garantia de direitos fundamentais às crianças e adolescentes e não somente a estes, mas também aos cidadãos brasileiros, que são seus pais e que os geraram em condições de extrema desigualdade social, que foram vítimas de um sistema que não lhes proporcionou programas de assistência social adequados, bem como que deixou de prevenir o aumento da criminalidade.

Por isso, faz-se salutar uma guinada geral na responsabilidade humana para com o próximo. Conforme destaca Pimenta, além da punibilidade de uma pessoa por um crime cometido, encontra-se o elemento social da responsabilidade de compreendê-la na complexidade que o envolve com ser humano:

A ética da responsabilidade trata de demonstrar que a humanidade do criminoso está além do fato de o direito conceituá-lo como criminoso. O direito pode mandar prendê-lo, pode ordenar torturá-lo, reeducá-lo, espancá-lo; mas a responsabilidade sobre sua humanidade está em compreendê-lo como um ser que sofre e, portanto, que ordena o indivíduo (Eu) - no sentido de se comprometer com seu essencial sofrimento - atuar sobre sua penúria, apesar de sua categoria, de toda a dureza da lei (PIMENTA, 2012, p. 1341).

Neste mesmo sentido, Lévinas chama a atenção para a infinita responsabilidade que a sociedade tem para com o *outro*, numa perspectiva de alteridade. Sobre tal aspecto, o autor afirma que: “[...] *nossos deveres não têm limites [...]. A extensão das obrigações para com os homens plenamente homens não tem limites*” (LÉVINAS, 2001,

p. 22). Justo por este motivo que o tema envolvendo a redução da idade da maioridade penal precisa ser encarado como um problema de toda a sociedade, necessitando de solução efetiva e responsável e não de uma maquiagem, ou de uma tática de “varrer a sujeira para debaixo do tapete”, como que a pretender uma *limpeza social* para retirar do alcance dos olhos dos tidos como *justos* um problema latente e de responsabilidade de todos, já que se vive em sociedade e se busca construir relações de bom convívio social.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já referido, a redução da idade penal traduz-se em solução simplista e reducionista e que não responde satisfatoriamente à complexidade da questão da violência e da criminalidade, até mesmo porque não tem o condão de afastar as crianças e os adolescentes do crime. Ao contrário, poderão ser mais facilmente recrutados para tanto.

Os problemas do Brasil e que constituem fatores para o aumento da criminalidade são de ordem econômica, social e política, fruto de uma má distribuição de renda e má gestão de programas sociais e educacionais, assim como da escassez de ações de planejamento familiar, pouca oferta de lazer nas periferias, lentidão de urbanização de favelas, pouco policiamento, dentre tantas outras mazelas que compõem a complexidade que envolve o país.

Antes de discutir a redução da idade penal, seria necessário implementar o disposto no artigo 228 da CF/1988 que determina ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar os direitos fundamentais de crianças e adolescentes com absoluta prioridade.

Seria preciso combater a omissão das famílias, da sociedade e do Estado frente a toda sorte de violência que sofrem as crianças e os adolescentes no país, que se voltam para o crime como que em um pedido de socorro, quando não em legítima defesa contra aqueles que teriam a obrigação de protegê-los. A falta de implementação de políticas sociais básicas é um dos fatores responsáveis pelo aumento da criminalidade em todas as faixas etárias.

Frente a atual situação em que se encontram as crianças e adolescentes, acredita-se que somente a prioridade orçamentária nas políticas públicas, a competência e a vontade política poderão garantir uma correta aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, seja no que se refere às medidas socioeducativas, seja na garantia dos direitos fundamentais. Dessa forma, solução mais coerente passaria pela necessidade de cobrança ao Poder Público no que diz respeito à implementação de políticas públicas que garantam os direitos fundamentais básicos de crianças e adolescentes, além de implementar e executar adequadamente as medidas protetivas e socioeducativas estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

A sociedade necessita repensar seu conceito de ordem e voltar os olhos para o passado e repensar seu papel e sua responsabilidade na geração desses *seres indesejados* que necessitam ser *varridos* das ruas. Precisa repensar o sistema punitivo vigente, porque, mesmo encarcerando mais pessoas, estas um dia retornarão à sociedade. Como o farão? Melhor ou mais brutalizadas do que quando foram privadas da liberdade nas chamadas *universidades do crime*? O que acontecerá com os adolescentes que ficarem aprisionados nesse mesmo sistema se aprovada a redução da idade da maioria penal?

Essas são perguntas pertinentes que assolam a vida da sociedade e que requerem respostas que alcançam um nível de complexidade muitas vezes desanimador, incerto, mas que, sobretudo, são urgentes de serem melhor debatidas pela sociedade e por Estados democráticos e republicanos que prezam pelos direitos humanos e que são responsáveis pela garantia de um mínimo de dignidade a seus cidadãos.

*Na primeira noite, eles se aproximam e colhem
uma flor de nosso jardim.*

E não dizemos nada.

*Na segunda noite, já não se escondem, pisam as
flores, matam nosso cão.*

E não dizemos nada.

*Até que um dia, o mais frágil deles, entra sozinho
em nossa casa, rouba-nos a lua, e, conhecendo
nosso medo, arranca-nos a voz da garganta.*

*E porque não dissemos nada, já não podemos
dizer nada.*

Eduardo Alves da Costa

5 REFERÊNCIAS

BARROS, N. V. et. al. **Juventude e Criminalização da Pobreza.** Educere et Educare. *Revista em Educação*, v. 3, n. 5, p. 141-148, jan.-jun./2008.

BOURDIEU, Pierre. **O pode simbólico.** Tradução: Fernando Tomaz (português de Portugal). 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

BRISOLA, Elisa. **Estado penal, criminalização da pobreza e serviço social.** *SER Social*. Brasília v. 14, n. 30, p. 127-154, jan/jun. 2012.

CAMPOS, Carmen Hein de. **A Lei n. 9.099/95: reprivatização do conflito doméstico.** *Revista AJURIS*. Ano XXVII, n. 83, set. 2001, p. 94-111.

CAPRIGLIONE, Laura. **Psicólogos contra redução da maioria penal: 'Estado deve promover direitos de crianças e adolescentes, não criminalizá-los'**. *Opera Mundi*. Jornalistas Livres. São Paulo - 28/03/2015. Disponível em:

<<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/samuel/39959/psicologos+contra+reducao+da+maioridade+penal+estado+deve+promover+direitos+de+criancas+e+adolescente+s+nao+criminaliza-los.shtml>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

CASTRO, C. C. **Criminalização da pobreza: mídia e propagação de uma ideologia higienista de proteção social aos pobres**. 150f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação), Universidade de Brasília-UnB, Brasília, 2010.

CNACL – Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei. **Conselho Nacional de Justiça**. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistemas/infancia-e-juventude/20531-cadastro-nacional-de-adolescentes-em-conflito-com-a-lei-cnacl>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

DALLARI, Damo de Abreu. **Redução da maioria penal é inconstitucional**. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. 2015. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/28349/reducao-da-maioridade-penal-e-inconstitucional-afirma-dalmo-dallari>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

DURKHEIM, Ernílio. **Lições de sociologia: a moral, o direito e o Estado**. T.A. Queiroz / Universidade de São Paulo, São Paulo, 1983.

GAUER, Ruth M. Chittó. **Alguns aspectos da fenomenologia da violência**. In: GAUER, Gabriel J. Chittó; GAUER, Ruth M. Chittó (Orgs.). *A fenomenologia da violência*. Curitiba: Juruá, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. **Redução da Maioridade Penal**. *Jus Brasil*. 2015. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/178865734/reducao-da-maioridade-penal>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

KARAM, Maria Lúcia. **A violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal.** *Boletim IBCCRIM*, ano 14, n. 168, nov./2006, p. 282-295.

LÉVINAS, Emmanuel. **Do sagrado ao santo: cinco novas interpretações talmúdicas.** Tradução de Marcos de Castro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

MORIN, Edgar. **Entrevista concedida a Lincoln Macário da TV Brasil em 24-06-2009.** Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-arquivadas/23368-%60%60a-violencia-deve-ser-tratada-em-sua-complexidade%60%60-entrevista-com-edgar-morin>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

NAVES, Rubens. **Maioridade penal: mitos e fatos.** *Le Monde Diplomatique Brasil*. 2015. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1430>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

PIMENTA, Leonardo Goulart. **Responsabilidade e direito na teoria de Emmanuel Lévinas.** *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791 Acesso em: 2 jul. 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** Cortez, São Paulo, 1995.

SANTOS, José Vicente Tavares dos. **Microfísica da Violência, uma questão social mundial.** *Ciência e Cultura*. vol. 54. Nº 1. São Paulo June/Sept. 2002. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252002000100017&script=sci_arttext>. Acesso em: 27 jul. 2015.

SIDEKUM, Antônio. **Alteridade e Interculturalidade.** In: SIDEKUM, Antônio (Org.). *Alteridade e Multiculturalismo*. Ijuí: Editora Unijuí, 2003.

VIDA E CIDADANIA. **90% apoiam redução da idade penal.** *Gazeta do Povo*. 14 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/90-apoiam-reducao-da-idade-penal-c8e24o0vlosyiway5n00aryvi>> Acesso em: 14 jul. 2015.

WACQUANT, L. ***Punir os pobres***. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 24.
_____. *As duas faces do gueto*. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008.

O DELITO DE ABORTO E A SUA CONFIGURAÇÃO NO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL

Mariana Py Muniz Cappellari¹

RESUMO: Com o presente artigo, se objetiva, num primeiro momento, analisar o delito de aborto na contextualidade atual, traçando breves considerações acerca da sua disposição no Código Penal vigente, bem como trazer a lume decisão do Supremo Tribunal Federal, que diz respeito à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, a qual, dando interpretação conforme a Constituição, entendeu por não criminalizar a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia. Posteriormente, pretende-se ingressar na doutrina dos deveres de proteção dos direitos fundamentais, expondo a configuração do delito de aborto no Projeto de Reforma do Código Penal, primeiro de acordo com o Relatório Final entregue pela Comissão de Juristas ao Senado Federal, em junho de 2012, e, após, conforme Relatório aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, em dezembro de 2014, sempre tendo por norte a proteção dos direitos humanos fundamentais via Direito Internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Direitos Fundamentais. Direito Internacional.

¹ Defensora Pública, Dirigente do Núcleo de Direitos Humanos e Coordenadora do Centro de Referência em Direitos Humanos da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul. Coordenadora da Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS (2013). Especialista em Ciências Penais pela PUCRS (2010). Especialista em Direito Privado pela UNISINOS (2004). Professora da FESDEP - Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Professora da Graduação do Direito nas Faculdades Integradas São Judas Tadeu.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O delito de aborto na contextualidade atual. 3 Da doutrina dos deveres de proteção dos direitos fundamentais. 4 O delito de aborto no Projeto de Reforma do Código Penal. 5 Da proteção dos direitos humanos fundamentais no plano internacional. 6 Considerações Finais. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A atualidade nos impõe diversas reflexões no que diz respeito ao sistema penal vigente. O Código Penal Brasileiro data do ano de 1940, sendo que, no que tange ao tema objeto da presente análise, tem-se que as disposições legais referentes ao delito de aborto estendem-se aos dias de hoje, haja vista a inexistência de qualquer alteração legislativa nesses 75 anos da sua edição. Dessa forma, parece necessário debruçar-se sobre o tema, mormente considerando que, em dezembro de 2014, foi aprovado Relatório Final no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal relacionado à nova redação a ser conferida ao Código Penal Brasileiro.

Entretanto, cumpre deixar claro que o presente estudo não tem por finalidade levantar questões morais, éticas ou filosóficas no que diz respeito ao delito de aborto, temas sempre trazidos à tona quando da análise desta questão, até porque isso demandaria pesquisa muito maior, à qual, por ora, não nos propomos.

Na verdade, tem-se por objetivo traçar breves considerações acerca do delito de aborto no contexto atual, levando em conta as

disposições legais vigentes no Código Penal de 1940, bem como a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, em abril de 2012, a qual, de certa forma, amplia as hipóteses do chamado aborto legal ou permitido.

Posteriormente, através da doutrina dos deveres de proteção dos direitos fundamentais, procurar-se-á introduzir a configuração do delito de aborto no Projeto de Reforma do Código Penal, finalizando com a proteção dos direitos humanos fundamentais via Direito Internacional, mormente no que se refere aos Direitos Sexuais e Reprodutivos, estes imprescindíveis à manutenção e sustentabilidade de um Estado que se diz e se acredita Democrático de Direito.

Ao final, será delineada conclusão acerca da exposição, incluindo-se as referências bibliográficas.

2 O DELITO DE ABORTO NA CONTEXTUALIDADE ATUAL

O delito de aborto, na atualidade, encontra tipificação no Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940, não tendo sofrido qualquer alteração legislativa nesse ínterim, pois, veja-se que a reforma do Código Penal, em 1984, deu-se apenas em sua parte geral. Dessa forma, resulta claro que, passados mais de 75 anos da sua edição, já era tempo de realizar-se uma devida atualização da legislação, mormente dada à aceleração e complexidade da sociedade moderna, revelando-se fato incontroverso a mudança de valores, cultura e paradigmas.

Ao que se vê, o aborto encontra-se inserido na parte especial do Código Penal, dentro do Título I – Dos Crimes contra a pessoa e do Capítulo I – Dos crimes contra a vida. Os artigos 124 a 128 tratam do delito de aborto, especificamente. O artigo 124 refere-se ao aborto provocado pela própria gestante (autoaborto) ou consentido por ela; o artigo 125 refere-se ao aborto provocado por terceiro, sem consentimento da gestante; o artigo 126 alude ao aborto provocado por terceiro, mas com o consentimento da gestante; o artigo 127 embora esteja disposto no Código Penal como forma qualificada, traz duas causas de aumento de pena; se do aborto resultar lesão grave à gestante ou morte; e o artigo 128 traz o chamado aborto necessário ou terapêutico e o humanitário ou ético, os quais não são punidos se praticados por médico.

Mas o que é o aborto para o Código Penal? Segundo a doutrina tradicional (CUNHA, 2010), o aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção, pouco importando para a caracterização do crime se a gravidez é natural ou não (inseminação artificial). Bitencourt (2010) afirma que o bem jurídico protegido no delito de aborto é a vida do ser humano em formação. O produto da concepção – feto ou embrião – não é pessoa, segundo ele, embora tampouco seja mera esperança de vida ou simples parte do organismo materno, pois tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica (vide o Código Civil - Art. 2º: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro). Por outro lado, quando o aborto for provocado por terceiro, o tipo penal protege também a incolumidade

da gestante. A bem da verdade, pode-se dizer que a lei pretende no delito de aborto a proteção da vida intrauterina.

A doutrina (CUNHA, 2010) traz algumas classificações do aborto: **natural**, interrupção espontânea da gravidez (indiferente penal); **acidental**, decorrente de quedas, acidentes (em regra, atípico); **criminoso**, previsto nos artigos 124 a 127 do Código Penal; **legal ou permitido**, previsto no artigo 128 do Código Penal; **miserável ou econômico-social**, por ausência de condições financeiras (não exime o agente de pena); **eugenésico ou eugênico**, praticado em face dos comprovados riscos de que o feto nasça com graves anomalias psíquicas ou físicas (exculpante não acolhida por nossa lei – ingressa aqui a ADPF nº 54, que permitiu o aborto de fetos anencéfalos); e **honoris causa**, realizado para interromper a gravidez extra matrimônio (é crime).

É bom que se diga, por outro lado, que todas as espécies de aborto criminoso estão sujeitas ao procedimento do Tribunal do Júri, eis que previstas no capítulo referente aos crimes contra a vida, logo, a condenação ou absolvição dos acusados se sujeitará ao que os jurados assim entenderem, devido às suas íntimas convicções, necessariamente regadas por sua moral e religião.

No que diz respeito ao tipo objetivo, pode-se dizer que o aborto é a solução de continuidade, artificial ou dolosamente provocada, do curso fisiológico da vida intrauterina. A conduta típica no auto-aborto (artigo 124 do Código Penal– detenção de 01 a 03 anos) consiste em provocar o aborto em si mesma, isto é, interromper a sua própria

gestação, ou consentir que outro o faça. O aborto sem o consentimento da gestante (artigo 125 do Código Penal – reclusão de 03 a 10 anos) recebe punição mais grave e pode assumir duas formas: sem o consentimento real da gestante ou diante a ausência de consentimento presumido (menor de 14 anos, alienada ou débil mental). O aborto com consentimento (artigo 126 do Código Penal – reclusão de 01 a 04 anos) constitui exceção à teoria monística adotada pelo nosso Código. Quem provocar o aborto com o consentimento da gestante não será coautor do delito do artigo 124, mas responderá pelo delito do artigo 126. A segunda figura do artigo 124 do Código Penal encerra dois crimes: um para a gestante que consente (artigo 124), outro para o sujeito que o provoca (artigo 126).

O que mais nos interessa, no momento, até diante do que se exporá em relação ao delito de aborto no Projeto de Reforma do Código Penal, posteriormente, são as disposições constantes do artigo 128 do Código Penal. O artigo 128, então, nos traz as chamadas, segundo Bitencourt (2010), excludentes especiais de ilicitude, embora a sua redação diga que não se pune o aborto praticado por médico nos casos dos incisos I e II, configurando os chamados abortos legais ou permitidos. No seu primeiro inciso temos o aborto necessário ou terapêutico, já no inciso segundo temos o aborto sentimental, humanitário ou ético. A razão da permissão está tratada na exposição de motivos do Código Penal:² “Mantém o projeto a incriminação do aborto, mas declara penalmente lícito, quando praticado por médico habilitado, o aborto necessário, ou em caso de prenhez resultante de

²BRASIL. Código Penal (2012). *Código Penal Brasileiro*. Brasília, DF: Senado Federal, 2012.

estupro. Militam em favor da exceção razões de ordem social e individual, a que o legislador penal não pode deixar de atender.”

O aborto necessário, verdadeiro e autêntico estado de necessidade, segundo Bitencourt (2010), requer para a sua configuração as seguintes condições: que seja praticado por médico (se for por outra pessoa, como, por exemplo, enfermeira, pode ser, dependendo do caso, que se aplique o estado de necessidade); perigo de vida da gestante (não basta o perigo para a saúde); a impossibilidade do uso de outro meio de que não seja o aborto para salvá-la (não necessita de consentimento da gestante e nem de autorização judicial, segundo a doutrina).

O aborto sentimental, humanitário ou ético é permitido quando a gravidez é resultante de estupro e há consenso por parte da gestante, sendo que, segundo Bitencourt (2010), o nosso Código Penal não impõe limitação temporal a sua realização. Depende das seguintes condições: que o aborto seja praticado por médico (do contrário, subsiste o crime, podendo ser que no caso em que a enfermeira o pratique caiba à inexigibilidade de conduta diversa); que a gravidez seja resultante de estupro (havia discussão anterior a Lei nº 12.015/2009 se a permissão abrangia o estupro com violência presumida. Agora, diante a figura do art. 217-A, estupro de vulnerável, a discussão resta vencida), entendendo-se que nesses casos também cabe o aborto, desde que haja consenso da gestante ou de seu representante legal. Não se discute mais se se aplica ao atentado violento ao pudor, porque este está inserido no tipo do estupro e, portanto, cabe o aborto. O consentimento da gestante ou de seu responsável deve ser obtido por

escrito, o mais formalmente possível, ou na presença de testemunhas, como garantia do médico, se possível, acompanhado do boletim de ocorrência. Não é necessária sentença condenatória ou autorização judicial, entretanto, deve o médico cercar-se das devidas cautelas, até porque lhe é facultativa a realização diante do Código de Ética Médica. A boa-fé do médico pode caracterizar erro de tipo.

Cumpra-se asseverar, no que diz com o aborto humanitário, que no ano de 2005, o Ministério da Saúde lançou uma Norma Técnica de Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes. Neste documento, a principal novidade dizia respeito à desnecessidade de boletim de ocorrência por parte das mulheres grávidas por meio do estupro para a realização do aborto. A Norma divulgada no dia 22 de março de 2005, segundo site do CREMESP,³ integra várias medidas da Política Nacional de Direitos Sexuais e Reprodutivos, sendo, também, na oportunidade, lançada a norma de Atenção Humanizada ao Abortamento, que cria parâmetros de humanização e acolhimento para as mulheres que chegam aos serviços de saúde em processo de abortamento espontâneo ou inseguro.

Segundo o site referido, todos os anos, no Brasil, ocorrem, de acordo com as estimativas, cerca de 1,4 milhões de abortamentos espontâneos ou inseguros, com uma taxa de 3,7 abortos para 100 mulheres de 15 a 49 anos. Como reflexo dessa situação, no ano de 2004, 243.998 internações no SUS foram motivadas por curetagens

³CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. CREMESP. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br>>. Acesso em: nov. 2012.

pós-aborto. São complicações decorrentes de abortamentos espontâneos ou inseguros, geralmente realizados por mulheres pobres que chegam com hemorragia intensa ou infecção. As curetagens são o segundo procedimento obstétrico mais praticado nas unidades de internação, superadas apenas pelos partos normais. Já o abortamento é a quarta causa de óbito materno no país. Os dados mais recentes disponíveis sobre razão de mortalidade materna por causa, de 2001, apontaram 9,4 mortes de mulheres por aborto por 100 mil nascidos vivos.

A prática do aborto inseguro, aquele que se dá em condições precárias, não higiênicas, viola por completo os direitos humanos fundamentais das mulheres. E o aborto eugenésico? O Código Penal pune tal conduta, eis que não se encontra inserida nas hipóteses legais dos incisos I e II do artigo 128, entretanto, anteriormente ao ajuizamento da ADPF nº 54, os Tribunais concediam, em determinadas circunstâncias, autorização para o abortamento, quase sempre, na hipótese de anencefalia e desde que: as anomalias inviabilizassem a vida extrauterina; que estivesse devidamente atestada por perícia médica e houvesse a prova do dano psicológico da gestante.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) ingressou com a ADPF nº 54 no Supremo Tribunal Federal, em 2004, tendo por Relator o Ministro Marco Aurélio. Segundo a autora, nesses casos, não haveria que se falar no crime de aborto do Código Penal. Em sede de liminar, num primeiro momento, o Relator reconheceu o direito constitucional das gestantes que decidam realizar operação terapêutica de parto de fetos anencéfalos, condicionando a interrupção

a prévio laudo médico. Na oportunidade, também, foram paralisados os feitos que discutiam essa possibilidade, caso ainda não acobertado pela coisa julgada. O Ministro, na ocasião, levou em consideração ser a deformidade irreversível, podendo isto a medicina atestar com margem de certeza igual a 100%. Disse que a situação fugiria do aborto, eis que a gestante convive com uma realidade triste que é saber que o seu feto nunca se tornará ser vivo, o que conflita com a dignidade humana, legalidade, liberdade e autonomia da vontade.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, posteriormente, por maioria, cassou em parte a liminar, proibindo a interrupção nesses casos, apenas mantendo a suspensão dos feitos. A doutrina (CUNHA, 2010) procura legitimar essa espécie de abortamento valendo-se de interpretação da Lei nº 9.434/97, a qual determina como morte a cessação da atividade encefálica. Ora, se a cessação da atividade cerebral é caso de morte (não vida), feto anencéfalo não tem vida intrauterina, logo, não morre juridicamente (não se mata aquilo que jamais viveu para o direito). Logo, seria o caso de revelar-se atípico o fato em comento.

Ocorre que, em abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal acabou por julgar procedente a referida Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, para declarar inconstitucional a interpretação dada aos artigos 124, 126 e 128 (incisos I e II) do Código Penal, que criminaliza a antecipação terapêutica de parto nos casos de anencefalia.

A quase totalidade dos votos proferidos levou em consideração a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a autonomia da vontade e a saúde física e psíquica da mulher, desconsiderada a conceituação do que seja o marco do início da vida, apenas asseverado que a anencefalia, para a maioria dos Ministros, não revelaria vida, diante a ausência de possibilidade de sobrevivência extrauterina.

Embora haja divergência, apenas dois Ministros, dos dez componentes da Suprema Corte votaram pela improcedência da ação. É inegável que a referida decisão representa um avanço e uma atualização que o legislativo se quedou a realizar. A ampliação das hipóteses de aborto legal ou permitido veio a abarcar infindáveis situações levadas a cabo ao Judiciário, as quais esperavam e ansiavam por uma resposta.

Contudo, há quem entenda que a argumentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, ao primar, de forma ampla e vaga por demais pelos direitos fundamentais das mulheres, pode vir a ser utilizada para outros casos de malformações fetais que não os referentes à anencefalia, com isso causando preocupação, diante da possibilidade de realização de abortos eugênicos, o que poderia representar seleção de embriões.

Segundo Silva e outros (2012), a decisão do Supremo Tribunal Federal pode acabar dando margem a outras interpretações, uma vez que a morte cerebral não pacificamente configura a morte de um indivíduo, tendo sido, em nossa opinião, uma construção argumentativa que mais se encaixa em aborto eugênico por malformação incompatível

com a vida extrauterina. Mesmo hoje, nenhum sistema jurídico considera como mortos aqueles que estão num estado vegetativo persistente. A morte cerebral como critério descriminalizador obedece a um raciocínio utilitarista que, muito embora possa ser empregado em um sentido ético prático, ou seja, a partir de um caso específico, não pode ser desvinculada de sua possibilidade de aplicação universal. Dentro da lógica consequencialista, nota-se que da decisão prepondera o direito da mãe em interromper a gestação, uma vez que da mesma decorra algum risco à sua saúde física e psicológica. A gestação compulsória, nesses casos, seria considerada como tortura à mulher. Está em jogo, portanto, o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a sua vontade. Estão em jogo a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Para Silva e outros (2012), invariavelmente, esses são valores presentes nos demais casos de malformações fetais incompatíveis com a vida extrauterina. Isso nos remete à possibilidade da ocorrência do fenômeno denominado na bioética de *slippery slope*, onde a construção de determinados critérios e argumentos previstos para casos específicos pode acabar servindo para outros casos análogos não previstos ou indesejados.

Embora haja a preocupação referida acima, é fato, conforme veremos na sequência, que o Projeto de Reforma do Código Penal, ao ampliar as hipóteses de abortos legais e permitidos, prevê a possibilidade de realização do aborto não somente no caso de anencefalia, mas, também, referentemente a outras malformações

congênitas que impeçam a vida extrauterina, por isso, a assente discussão em torno do tema.

3 DA DOCTRINA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Embora não tenham restados abordados pelo Supremo Tribunal Federal na decisão da ADPF nº 54, ingressam, aqui, os chamados deveres de proteção dos direitos fundamentais. A chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais exige do Estado uma prestação positiva, ativa, em relação à eficácia destes direitos.

O que são deveres de proteção dos direitos fundamentais? O seu conceito advém da construção dogmática constitucional que destaca a dupla dimensão dos direitos fundamentais. Uma dimensão subjetiva, de defesa, frente ao Estado, o qual se abstém de intervir, através de uma prestação negativa; e uma dimensão objetiva, onde os deveres de proteção são tratados como imperativos de tutela, exigindo uma atuação positiva por parte do Estado, o qual deve proteger eficazmente estes direitos para que possam ser eles exercidos, através de uma proibição de proteção deficiente, a qual irá formar conjuntamente com a proibição de excesso, um binômio que sempre pautará a ação do Estado no que diz respeito aos direitos fundamentais.

Sarlet (2005) nos ensina que apesar de já se encontrar na doutrina constitucional do primeiro pós-guerra certos desenvolvimentos do que hoje se considera a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, é com o advento da Lei Fundamental de 1949 que ocorreu o impulso decisivo nesse sentido. É o que se vê na

paradigmática decisão proferida em 1958 pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no caso “Lüth”. Nesta decisão, segundo o autor, ficou consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas da natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.

Dessa forma, pode-se dizer que o fundamento dos deveres de proteção, portanto, se encontra no modelo de Estado adotado pela Constituição, mormente através do advento do Estado Social e Democrático de Direito, bem como diante da aceitação da dupla dimensão dos direitos fundamentais. Segundo Feldens (2007), na medida em que o Estado liberal de Direito evolui para outras formas de Estado Social de Direito, os direitos fundamentais dinamizam sua própria significação, deixando de figurar como meros limites ao exercício do poder político para se tornarem um conjunto de fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos.

A sua origem filosófica, no entanto, está assentada no contratualismo. Segundo Feldens (2012), os deveres (estatais) de proteção revelam-se como consequência primária da atribuição ao Estado do monopólio da força em um ambiente social onde a autodefesa dos particulares é, em princípio, vedada. Hobbes entendia, segundo Feldens (2012), que pela natureza do ser humano o qual possui um desejo permanente de apoderar-se de todos os bens, somente um poder suficiente a garantir a nossa segurança, e que cada

um confiaria para isso, seria capaz de limitar essa característica humana, do contrário, ainda se teria a força de um contra o outro.

A legitimidade do Estado, portanto, se origina desta adesão mútua, mas somente se perfaz na troca. Segundo Feldens (2012), Alexy nos colocará que racionalmente só se justificaria a renúncia ao direito de efetiva autoproteção, se o Estado assumisse a efetiva proteção do indivíduo.

A dogmática constitucional, ao reconhecer os direitos fundamentais como princípios objetivos da ordem jurídico-constitucional, lhes agregou a tradicional concepção de direitos de defesa, a função de imperativos de tutela, da qual se deduz os deveres de proteção, ou seja, a intervenção ativa do Estado na realização dos direitos fundamentais (FELDENS, 2012).

Por se traduzirem em imperativos de tutela, os direitos fundamentais legitimam restrições aos direitos individuais, em favor da própria liberdade de ação dos indivíduos ou de outros bens constitucionalmente valiosos. Essas restrições visam conter o exercício dos direitos e das liberdades nos limites constitucionais (e legais) exigidos pela própria coexistência de liberdades. Para que o ser humano possa viver em sociedade e harmonicamente faz-se necessário o reconhecimento dos seus direitos, mas, também, de deveres e de limitações a estes mesmos direitos, para que os demais também possam fazer valer a sua parcela de direitos e de deveres. Do contrário, instala-se a barbárie e a destruição. Há que se trabalhar com

o seguinte binômio: liberdade perante o Estado, mas também liberdade através do Estado (FELDENS, 2012).

Os deveres de proteção, portanto, encontram como sujeito ativo o próprio Estado e como sujeito passivo o indivíduo, a pessoa, em que pese à relação tripartida de Novais (2003), a qual se estabelece entre Estado-indivíduo-terceiro, já que a atuação positiva do Estado normalmente se dará diante a colisão de direitos entre indivíduo e terceiro, sendo necessária a atuação do Estado como meio de proteção eficaz dos direitos fundamentais.

Segundo o referido autor (NOVAIS, 2003), considera-se que o Estado está obrigado, através da mediação do legislador ordinário, mas, também, em caso de omissão deste, através da ação autônoma do poder judicial e da administração, a uma atuação normativa, judicial ou fática tendente a garantir os bens e as atividades protegidas de direitos fundamentais também contra agressões não estatais, contra intervenções de terceiros (particulares e entidades públicas estrangeiras, terceiros na relação primária de direito fundamental que se estabelece entre cidadão e Estado) ou contra contingências naturais ou riscos sociais.

Sinale-se que a concreta aplicação da função objetiva dos direitos fundamentais como deveres de proteção se deu no âmbito dos Tribunais Constitucionais, no que se refere à Alemanha e à Espanha, na questão da despenalização do aborto, sendo o primeiro passo rumo à aceitação da teoria dos mandados implícitos de criminalização. Estas decisões trouxeram uma rediscussão acerca dos limites da liberdade de

configuração do legislador penal, o qual há de transitar entre um limite mínimo e máximo, encontrando-se vinculado não apenas às disposições constitucionais expressas, mas, também, às implícitas.

Na ótica dos deveres de proteção, compete ao Estado, enquanto Poder Legislativo, portanto, a elaboração ou manutenção de disposições jurídico-penais (quando justificada a sua necessidade) à tutela dos direitos fundamentais. Enquanto Poder Executivo, imprimir, mediante o seu poder de polícia, a necessária investigação tendente à elucidação e punição dos atentados criminais ao direito fundamental e, enquanto Poder Judiciário, oferecer uma tutela efetiva na apreciação das ofensas submetidas à sua avaliação (FELDENS, 2012).

Entretanto, cumpre asseverar que a intervenção legislativa penal deve se pautar pela proporcionalidade, de acordo com Feldens (2012), eis que diante um Estado Democrático de Direito, está vedada a ação estatal arbitrária, assim compreendida aquela que imponha limitações desnecessárias ou excessivas às esferas de liberdades consagradas na Constituição Federal. Daí o caráter subsidiário do Direito Penal, o qual se apresenta como diretriz político-criminal, havendo de informar a totalidade da atividade do legislador penal. O debate em torno dos limites do legislador penal, portanto, encontra seu centro de tensão na dogmática dos direitos fundamentais, onde são colocados sobre a mesa o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, os sujeitos ativos e passivos dessas porções de liberdade e seus limites implícitos e explícitos (FELDENS, 2012).

O princípio da proporcionalidade, conforme Feldens (2012), vincula o legislador (plano abstrato), servindo como critério de legitimação negativa da intervenção punitiva. Este princípio, por sua vez, se desdobra nos seguintes elementos: adequação (idoneidade), a medida estatal desencadeada (meio) há de ser adequada (idônea) para atingir a finalidade perseguida (fim), a qual deve ser legítima (fim legítimo); necessidade (exigibilidade), a medida eleita há de consubstanciar-se como o meio menos gravoso, dentre os disponíveis e eficazes, à obtenção do fim almejado e a proporcionalidade em sentido estrito.

Entretanto, é no âmbito da necessidade que é bom referir que o princípio referido vincula também o juiz no plano concreto. Isso porque o juízo de necessidade penal ou merecimento de pena, em princípio acometido ao legislador no exercício de sua ampla liberdade de configuração, não se confunde, em extensão e profundidade, com o juízo de necessidade realizado a partir do exame de proporcionalidade da medida restritiva. Enquanto aquele exame se realiza a partir de uma perspectiva político-criminal, este corresponde a uma análise constitucional. Uma análise que prestigia a decisão legislativa e que não pode, sem mais, contrapor-se a ela. Ao juiz não compete eleger a melhor decisão política; cabe-lhe, apenas, afastar a decisão política incompatível com a Constituição Federal (FELDENS, 2012).

Na ótica do referido autor (FELDENS, 2012), isso, às vezes, se confunde, quiçá, quando o Tribunal é chamado a pronunciar-se sobre a ilegitimidade da penalização de uma determinada conduta à luz, não apenas da restrição da liberdade em si, mas de todo o conjunto de

valores que estejam afetados pela restrição imposta pelo legislador. Aqui, então, a análise do Tribunal terá de penetrar na existência de outros meios extrapenais menos gravosos que possam cumprir com a tutela do bem jurídico que o legislador pretendia estabelecer.

Nessa seara, portanto, ingressa a questão da necessidade de penalização de uma conduta em relação a qual exista uma forte divisão social acerca da sua ilicitude. Segundo Dworkin, citado por Feldens (2012), um Estado não pode restringir a liberdade para proteger um valor quando o efeito sobre um grupo de cidadãos resulte especialmente grave, quando a comunidade se ache seriamente dividida acerca de que tipo de tutela esse valor requer e quando as opiniões das pessoas sobre a natureza desse valor reflitam convicções fundamentais para a personalidade moral, mas apenas para ela. Essas situações de divisão, em regra, se verificam quando a criminalização de uma conduta implica uma limitação à autodeterminação da pessoa, existindo razões que justificariam sua licitude se analisada sob a perspectiva da autonomia pessoal.

Tal é o caso do aborto quando realizado pela gestante ou com seu consentimento (artigos 124 e 126 do Código Penal). Se medidas extrapenais (política social de conscientização) se revelarem aptas a surtir resultados, o Direito Penal não seria necessário na espécie. Foi nessa linha que o Tribunal Constitucional Alemão, em uma segunda decisão acerca do aborto, decidiu, quando estabeleceu não ser constitucionalmente vedada ao legislador a transição do regime penal para um plano de proteção da vida intrauterina que, no início da gestação, dê ênfase ao aconselhamento à gestante para convencê-la

de levar a termo a gestação. O mandamento de proteção, diz o TCFA, obriga o Estado a manter e ativar na mentalidade coletiva a necessidade da proteção da vida intrauterina. E finaliza o Tribunal, afirmando que, com a garantia dessa prestação social de aconselhamento, o Estado não se afasta de seu dever de proteção, ao tempo que impede que mulheres recorram à ilegalidade e, com isso, fiquem sujeitas a sofrer danos à própria saúde (FELDENS, 2012), o que se observa ocorrer sobremaneira no Brasil.

4 O DELITO DE ABORTO NO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL

Conforme relatório final apresentado pela Comissão de Juristas para a elaboração de Anteprojeto de Código Penal, em junho de 2012, o que se infere do site do Senado Federal,⁴ verifica-se que a Comissão informa que as suas tarefas referem-se à modernização do Código, à unificação da legislação esparsa, à compatibilidade dos tipos com a Constituição Federal, à descriminalização de determinadas figuras, se necessárias, e, também, à criação de novas, bem como, à proporcionalidade das penas dos diversos crimes, a partir de sua gravidade relativa, sempre primando por buscar formas alternativas, não prisionais, de sanção penal.

Entretanto, verifica-se do Projeto que o delito de aborto, dessa forma, ainda se encontra inserido na Parte Especial do Código Penal, mormente, em seu Título I, Dos Crimes contra a pessoa, Capítulo I, Dos

⁴ SENADO FEDERAL. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: nov. 2012.

Crimes contra a vida, mais especificamente, nos artigos 125, 126, 127 e 128.

O delito de autoaborto, com a mesma redação, encontra-se no artigo 125, alterada apenas a penalidade, reduzida a detenção de 1 a 3 anos, para prisão de seis meses a dois anos. Por outro lado, tem-se no artigo 125 a figura do aborto consensual, provocado por terceiro, antigo artigo 126, sem o seu parágrafo único, onde, também, se verifica uma redução de pena, de reclusão de 1 a 4 anos, para prisão de seis meses a dois anos, mesma pena, portanto, do autoaborto ou do aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento.

O artigo 127 diz respeito ao aborto provocado por terceiro, repetindo a redação do artigo 125 do Código Penal vigente. Traz uma pena maior, pois de reclusão de 3 a 10 anos, passa-se para prisão de 4 a 10 anos. Dentro do artigo 127, temos a inserção de dois parágrafos. O § 1º refere-se a uma causa de aumento de pena, de um a dois terços se, em consequência do aborto ou da tentativa de aborto, resultar má formação do feto sobrevivente. O § 2º traz outra causa de aumento de pena, pela metade se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofrer lesão corporal grave; e até o dobro, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte, o que estava tipificado no Código Penal vigente em seu artigo 127 como forma qualificada, mas lá se aplicava ao aborto com e sem consentimento da gestante e, aqui, se aplica tão somente ao aborto sem consentimento da gestante, retirada a forma qualificada, eis o por quê do aumento de pena.

E, veja-se que o disposto no parágrafo único do artigo 126 do Código Penal vigente não veio a ser contemplado pelo Projeto, logo, o chamado não consentimento ficto não mais se encontra inserido no aborto realizado sem consentimento da gestante.

Por fim, o artigo 128 do Projeto, sob o título exclusão do crime, amplia as causas de aborto legal ou permitido, aduzindo que não há crime de aborto quando: houver risco à vida ou à saúde da gestante (na redação atual o aborto terapêutico tutela somente a vida e não a saúde da gestante); se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual (ingressa, aqui, inclusive, o estupro de vulnerável, hoje artigo 217-A do Código Penal, praticado sem o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, em que se presume pela idade ou condição da vítima a não concordância com a realização do ato sexual), ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida (atualização da nomenclatura no aborto ético, humanitário, inserido aí também a reprodução assistida); se comprovada à anencefalia (conforme decisão do Supremo Tribunal Federal) ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, em ambos os casos atestado por dois médicos (evidente ampliação das hipóteses de realização do aborto para além da decisão do Supremo Tribunal Federal, o que pode gerar para alguns a inserção do aborto eugênico); ou, se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação (veja-se que nessa hipótese é até quando o feto está iniciando a sua atividade cerebral), quando o médico ou psicólogo (isso requererá regulamentação por parte dos respectivos Conselhos Federais e Regionais) constatar que a mulher não apresenta condições

psicológicas de arcar com a maternidade. Nos casos dos incisos II (humanitário e técnica de reprodução assistida) e III (anencefalia e outras alterações), e da segunda parte do inciso I (saúde da gestante), o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou, quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro.

Desta simples análise, resta evidente, portanto, a ampliação dos casos de aborto legal ou permitido, quase que se podendo dizer que, desta forma, pretende-se buscar uma alternativa à descriminalização e despenalização do aborto, deixando para trás, assim, a discussão em torno do autoaborto.

Parece que a Comissão de Juristas, ao que se vê, se pautou na dignidade da pessoa humana, bem como em diversos direitos fundamentais, como a saúde, privacidade, integridade física e moral, igualdade e autonomia reprodutiva, todos eles encontrando equivalência em tratados internacionais de direitos humanos.

Ocorre que, após diversas proposições e emendas, debate amplamente divulgado na mídia, em dezembro de 2014, perante o Senado Federal, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça, referenda-se redação diversa, restando esta à espera de votação e aprovação, ainda, nos seguintes termos: permanece a criminalização do aborto praticado pela própria gestante, assim como daquele que o provoca, com ou sem o seu consentimento, sendo certo que o que mais nos interessa, por ora, são as disposições ditas gerais aplicáveis ao aborto, as quais se encontram inseridas no artigo 127, suprimido o

artigo 128, o qual passará a abarcar crime diverso. Isso porque essas referem-se ao aborto permitido ou legal, o qual mais uma vez têm as suas hipóteses reduzidas, em evidente retrocesso ao que primeiramente foi proposto pela Comissão de Juristas, conforme referimos antes.

Isso porque são mantidas as hipóteses atuais de aborto legal, sendo inserida apenas a possibilidade de realização deste no caso da anencefalia, em consonância com a decisão do Supremo Tribunal Federal, conforme também verificamos, bem como no caso de outras anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina, excluídas as demais proposições.

Evidente, portanto, que se o Projeto apresentado pela Comissão de Juristas caminhava nesse ponto em consonância com os direitos humanos sexuais e reprodutivos, a redação final dada pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, retrocede sobremaneira, mais uma vez limitando os direitos humanos fundamentais.

5 DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NO PLANO INTERNACIONAL

Segundo Piovesan (2012), o sistema internacional de proteção dos direitos humanos constitui o legado maior da chamada “Era dos Direitos”, que tem permitido a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do Direito Internacional contemporâneo. A internacionalização dos direitos humanos é fenômeno recente na história, surgindo a partir do pós-guerra, evidentemente como resposta

às atrocidades e aos horrores produzidos de toda a sorte durante a vigência dos regimes totalitários.

É bom ressaltar que os tratados internacionais, mormente a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos desempenharam um papel fundamental na afirmação dos direitos humanos e, atualmente, vêm assumindo um protagonismo ainda maior, em face da incorporação de seus conteúdos aos constitucionalismos dos países que as subscreveram.

Isso se infere mediante a previsão constitucional de cláusulas de recepção expressa (vide artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988); mediante a previsão constitucional e/ou o desenvolvimento dogmático do princípio da interpretação dos direitos fundamentais, conforme os direitos humanos, ou, ainda, mediante à atividade da justiça constitucional, que as pode incorporar ao parâmetro de constitucionalidade (PIOVESAN, 2012).

Dessa forma, destacamos a posição de Fernandes e outros (2012), no sentido de que a reforma do Código Penal, nesses termos, mesmo mantendo a criminalização do aborto, representaria avanço enorme no campo da saúde reprodutiva da mulher brasileira e aproximaria o Brasil das recomendações de saúde internacionais, dentre as quais a da Conferência Internacional de População e Desenvolvimento, no Cairo, em 1994, e da Conferência Mundial sobre a Mulher, em Pequim, de 1995, que consolidaram os conceitos de direitos reprodutivos e direitos sexuais no cenário internacional. Tais direitos,

por sua vez, constituem parte inalienável dos direitos humanos universais e indivisíveis.

Segundo Fernandes e outros (2012), os documentos internacionais originados nestas conferências – o Programa de Ação do Cairo e a Plataforma de Ação de Beijing – são diretrizes para ações governamentais na área de saúde sexual e reprodutiva. Com efeito, o § 8.25 do relatório da CIPD diz que em circunstâncias em que o aborto não contraria a lei, esse aborto deve ser seguro. Em todos os casos, as mulheres devem ter acesso a serviços de qualidade para o tratamento de complicações resultantes de aborto. E o § 106 K da Plataforma de Ação de Beijing, de 1995, dispõe que os governos devem considerar revisar as leis que contêm medidas punitivas contra mulheres que realizaram abortos ilegais.

Assim, a aprovação da proposta de reforma do Código Penal, nos moldes do Relatório apresentado pela Comissão de Juristas, num primeiro momento, poderia representar não só uma atenção especial aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, mas, sobretudo, uma drástica redução da mortalidade materna, desafio que nosso país precisa alcançar para atingir a meta cinco (melhorar a saúde materna) dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio das Nações Unidas (o Brasil é um dos 191 Estados-membros das Nações Unidas que assumiram o compromisso de alcançar os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio das Nações Unidas até 2015. O aborto inseguro é a 4ª causa de mortalidade materna no país. Sem revisão da legislação punitiva do aborto, aliada a uma promoção integral da saúde das mulheres em idade reprodutiva,

difícilmente o país conseguirá atingir essa meta) (FERNANDES E OUTROS, 2012).

Vale ressaltar que, à luz dos preceitos enunciados em diversos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, pode-se asseverar que os direitos reprodutivos incluem: o direito de adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coerção ou violência; o direito de decidir livremente, de forma responsável, o número de filhos e o intervalo entre seus nascimentos; o direito de ter acesso a informações e meios seguros, disponíveis e acessíveis; e o direito de acesso ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva. Já os direitos sexuais compreendem: o direito de decidir livre e responsabilmente sobre sua sexualidade; o direito a ter controle sobre seu próprio corpo; o direito a viver livremente sua orientação sexual, sem sofrer discriminação, coação ou violência; o direito a receber educação sexual; o direito à privacidade; o direito de acesso às informações e aos meios para desfrutar do mais alto padrão de saúde sexual; e o direito a fruir do progresso científico e a consentir livremente à experimentação, com os devidos cuidados éticos recomendados pelos instrumentos internacionais (PIOVESAN, 2012).

Por outro lado, o efetivo exercício destes direitos demanda políticas públicas, que assegurem a saúde sexual e reprodutiva. Podendo-se dizer que a plena observância dos direitos reprodutivos impõe ao Estado um duplo papel. De um lado, demanda políticas públicas voltadas a assegurar alto padrão de saúde sexual e reprodutiva. Por outro lado, exige a omissão do Estado em área

reservada à decisão livre e responsável dos indivíduos acerca da sua vida sexual e reprodutiva.

Por isso tudo é que Piovesan (2012) aduz que como afirmaram, recentemente, os Comitês da ONU (PIDESC, sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e CEDAW, sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher), o Estado Brasileiro deve adotar medidas que garantam o pleno exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, enfatizando, mais uma vez, a incompatibilidade entre a criminalização do abortamento e a necessidade de garantir a saúde das mulheres, pois o abortamento, conforme já reconhecido pelo sistema internacional de direitos humanos, é um grave problema de saúde pública, não um problema que pode ser enfrentado no âmbito repressivo dos sistemas penais.

Embora o projeto não descriminalize o aborto, a ampliação das causas de exclusão de ilicitude, nos termos do primeiro relatório apresentado, já representariam avanço na garantia e proteção dos direitos humanos das mulheres, nos termos das recomendações do Sistema Internacional de Direitos Humanos, especialmente, em face da certa e conseqüente redução dos índices de mortalidade e morbidade feminina, e das sequelas físicas, psicológicas e sociais acarretadas às mulheres pelo aborto inseguro.

A aprovação do projeto, nesse ponto, portanto, já seria bastante para demonstrar que a perspectiva da saúde pública pode substituir com eficiência a ótica da repressão penal. Por fim, Piovesan (2012) assevera que muitos países adotaram o caminho da descriminalização

do aborto, como a quase unanimidade dos países europeus, EUA, Canadá, África do Sul e México. Em todos eles, houve redução significativa da mortalidade materna e maior acesso das mulheres à informação em saúde sexual e reprodutiva e a métodos contraceptivos, com a consequente redução drástica da prática do aborto em condições inseguras.

É forçoso reconhecer, dessa forma, que a aprovação do relatório final pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, nos termos então propostos, no que diz respeito ao aborto, revela evidente retrocesso, na medida em que não consegue lograr na proteção efetiva dos direitos fundamentais dos cidadãos e, consequentemente, do Estado Democrático de Direito.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fato incontroverso que passados mais de 75 anos da edição do Código Penal, já andava em boa hora a alteração legislativa, quiçá, no caso do delito de aborto, eis que é evidente que a complexidade da sociedade moderna assim impunha. Não há como se afastar da realidade latente de morbidade materna devido à realização de abortos inseguros. É evidente que tal situação remonta a uma questão de saúde pública e, consequentemente, conforme aduziu o Ministro Luiz Fux, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de assistência social.

Sem pretender ingressar no âmbito dos valores morais, éticos ou filosóficos, nem no conceito do marco do início da vida, já que o Projeto do Código Penal não pretende a descriminalização, tampouco a

despenalização do aborto, conforme pudemos visualizar; é fato que a ampliação das hipóteses de aborto legal ou permitido provocam discussões, não só entre os juristas, mas, é claro e evidente, que na própria sociedade civil.

Entretanto, nessa linha, é bom que não nos esqueçamos de que adotamos, através da Carta Constitucional dita cidadã, um Estado Democrático de Direito, laico por natureza, como não poderia deixar de ser, o qual deve se pautar pelos direitos humanos fundamentais, sendo a pessoa humana, a sua verdadeira razão de ser e de existir.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 foi nesse sentido. Primou-se pela leitura da legislação penal vigente conforme a Constituição, suprimindo omissão legislativa, a qual, segundo o Ministro Gilmar Mendes, ofenderia a integridade física e psíquica da mulher, bem como violaria o seu direito de privacidade e intimidade, aliado à ofensa à autonomia da vontade.

A doutrina dos deveres de proteção dos direitos fundamentais impõe esta obrigação positiva de atuação na concreção e eficácia destes direitos a todos os Poderes integrantes do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário. Outrossim, como medida disso, há que se primar pela aplicação do princípio da proporcionalidade, não só na confecção das leis, mas, também, na atividade judicial de apreciação do caso concreto, verificando-se sempre a necessidade da imposição de uma restrição de liberdade pública, quiçá, de natureza penal, se existentes

outros meios legais condizentes a tanto. É o caráter subsidiário e de última *ratio* do Direito Penal que o clama.

Aliado a isso tudo, cumpre asseverar a importância dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, muitos ratificados pelo Brasil, cumprindo a sua observância em âmbito interno, diante da ordem internacional. Os direitos sexuais e reprodutivos já se encontram inseridos nos direitos humanos fundamentais, conforme doutrina o direito internacional através destes instrumentos.

O acesso cada vez maior aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos e o seu conseqüente fortalecimento perpassa pela interconstitucionalidade como busca ao cumprimento e a efetivação dos direitos humanos, e, conseqüentemente, como meio de permanência e de (re)afirmação constante de um Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, parece que a experiência do Tribunal Constitucional Alemão no que diz respeito ao delito de aborto é um norte a ser pensado, já que busca medidas extrapenais para demonstração do interesse e dever do Estado de proteção da vida, com o intuito de se conciliar os interesses divergentes de tantos cidadãos, primando-se por um conceito de democracia que englobe não só a maioria, como também a minoria, assentadas as liberdades na proporcionalidade, como forma de resolução racional de um problema que permeia o universo moral, ético e filosófico do homem.

7 REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Código Penal (2012). **Código Penal Brasileiro**. Brasília, DF: Senado Federal, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. CREMESP. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br>>. Acesso em: nov. 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal Parte Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

_____. A Constituição Penal – A Dupla Face da Proporcionalidade em Matéria Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Deveres de Proteção Penal na Perspectiva dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. Direitos Fundamentais e Justiça, Ano 1, nº 1, Out./Dez. 2007, pág. 214/230.**

FERNANDES, Maíra, GOLLOP, Thomaz Rafael, PEDROSO, Daniela e TORRES, José Henrique Rodrigues. **Os Crimes Contra a Vida na Reforma do Código Penal: Uma Visão Médico-Jurista**. Cienc. Cult. Vol. 64. nº 2. São Paulo, Apr. Jun. 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre a Proibição de Excesso e de Insuficiência**. Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Vol. LXXXI. Coimbra, 2005.

SILVA, Anelise Crippa, FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos, ROCHA, Andréia Ribeiro da e NETO, João Beccon de Almeida. **Análise das decisões judiciais de aborto de malformações fetais e a problematização do slippery slope**. Revista da AMRIGS, Porto Alegre, 56 (2): 175-182, abr.-jun. 2012.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: nov. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: nov. 2012.

A (A)TIPICIDADE PENAL DO CHAMADO “FURTO DE SINAL DE TV A CABO” À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Douglas Roberto Winkel Santin⁵

RESUMO: O presente estudo tem por finalidade proceder a análise da questão do denominado “furto de sinal de TV a cabo”, bem como demonstrar a atipicidade desta conduta à luz do vigente Direito Penal Brasileiro. Para tanto são realizadas análises acerca dos aspectos gerais do delito de furto e do furto de energia, da regulação sobre a captação não autorizada de sinal de TV a cabo e da discussão acerca da tipicidade penal da referida conduta. Por fim, procede-se a verificação do tema no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

PALAVRAS-CHAVE: Furto. Furto de Energia. Furto de Sinal de TV. Atipicidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do Crime de Furto. 3. Do Furto de Energia. 4. Da Captação Ilícita de Sinal de TV a Cabo. 5. Da (A)tipicidade Penal do Chamado “Furto de Sinal de TV a Cabo”. 6. Do “Furto de Sinal de TV” a Cabo à Luz da Jurisprudência Pátria 6.1 A Posição do Supremo Tribunal Federal. 6.2 A Posição do Superior Tribunal de Justiça. 6.3 A Posição do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 7. Conclusão. 8. Referências.

⁵ Douglas Roberto Winkel Santin. Analista do Ministério Público Federal.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por finalidade contribuir para o debate acerca da controvertida questão da tipicidade penal do chamado “furto de sinal de TV a cabo”. Ora o tema da tipicidade penal ou não da conduta de “furto de sinal de TV a cabo” é amplamente debatido tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Ademais, recentes e conflitantes entendimentos exarados no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça vêm trazendo ainda mais controvérsia e insegurança jurídica com relação à matéria.

Assim, buscando fixar os pontos controvertidos, esclarecer as principais posições relativas ao tema, bem como verificar o entendimento dos tribunais, proceder-se-á num primeiro momento a análise dos aspectos gerais relativos ao delito de furto; em seguida passar-se-á à análise do furto de energia e suas características; logo após, será verificada a situação da captação ilegal de sinal de TV a cabo e os dispositivos legais pertinentes; ato contínuo, proceder-se-á no diagnóstico acerca da situação do tema no plano da jurisprudência, realizando-se a análise das decisões acerca da (a)tipicidade do furto de sinal de TV a cabo no âmbito dos tribunais superiores (STF e STJ) e do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

O método de abordagem utilizado foi o indutivo. O método de procedimento, o monográfico. A técnica de pesquisa empregada foi essencialmente a bibliográfica, por intermédio da pesquisa de lei, doutrina e jurisprudência atinentes à matéria.

2 DO CRIME DE FURTO

O delito de furto, se encontra tipificado no artigo 155 do Código Penal Brasileiro (CPB), notadamente, inserido no Capítulo I, do Título II (“Dos Crimes contra o Patrimônio”), da Parte Especial do CPB. Com efeito, dispõe o Código Penal sobre o crime de furto: *Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. [...]*.

Trata-se, pois, e em breves linhas, da conduta fundamental de subtrair, com ânimo de assenhoramento definitivo (para si ou para outrem), coisa alheia móvel.

Nesse sentido, e para os fins que se propõe o presente estudo, cumpre num primeiro momento determinar o sentido e alcance do dispositivo legal, fixando os elementos objetivos e subjetivos do tipo, a objetividade jurídica tutelada pela norma, os sujeitos do crime de furto, e o objeto material do delito.

Com efeito, a determinação do alcance e sentido do tipo penal em comento (“subtrair coisa alheia móvel, para si ou para outrem”) impõe, desde logo, a determinação de seus elementos típicos, a começar pelo verbo nuclear do tipo, a conduta fundamental, a saber, o verbo “subtrair”, o qual deve ser entendido como retirar, apoderar-se da *res furtiva* tornando-a indisponível para seu legítimo titular e passando ao poder do autor do delito.

Nesse encadear de ideias é a lição de Luiz Regis Prado:

A ação incriminada consiste em subtrair, que corresponde a deduzir, diminuir, retirar, tirar às escondidas a coisa da vítima, vale dizer, o agente tira a coisa de alguém,

subordinando-a ao seu poder de disposição (PRADO, 2006, p.394).

No pertinente à objetividade jurídica do delito, notadamente o bem jurídico tutelado pela norma, predomina na doutrina o entendimento no sentido de que a incriminação do furto tutela precipuamente a posse, inclusa a detenção, e secundariamente a propriedade (GRECO, 2011, p.10).

No atinente aos sujeitos do delito, pode ser o furto praticado por qualquer pessoa (sujeito ativo), ressalvado o proprietário da coisa (a qual tem de ser alheia, não própria), tratando-se de crime classificado como comum. O sujeito passivo (vítima) será o titular da propriedade ou da posse, incluída a detenção, da *res furtiva*.

O objeto material do delito, por sua vez, deve ser “coisa móvel”, o que significa dizer todo o objeto mobilizável, passível de subtração, não se aplicando em matéria penal as ficções jurídicas do Direito Civil que, para seus efeitos, entende determinados bens móveis como se imóveis fossem. Pessoas não podem ser objeto de furto, eis que não são coisas. O cadáver humano somente poderá ser tido como coisa suscetível de furto nas circunstâncias em que compor o patrimônio de alguém, como no caso dos cadáveres que pertencem ao acervo das instituições de ensino, situação em que se tornaria suscetível de apropriação.

A coisa móvel em questão deve, ainda, ser “alheia”, trata-se do chamado elemento normativo do tipo, e significa dizer que a coisa deve pertencer ao patrimônio de alguém para que possa ser objeto material do delito em comento. Nesse sentido, excluem-se da hipótese de incidência do furto as coisas sem dono e as abandonadas pelo dono

(*res nullius e res derelictae*), bem como as coisas que pertencem ao patrimônio do próprio autor da subtração (coisa própria).

Por fim, o comportamento delituoso deve ser direcionado a um especial fim de agir, a saber, a vontade de assenhoreamento definitivo da coisa (*animus rem sibi habendi*), representada na expressão “para si ou para outrem”.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo. Com efeito, esclarece o parágrafo único do artigo 18 do Código Penal Brasileiro que, de regra, os delitos são punidos quando praticados dolosamente, e só por exceção – e de forma expressa – na forma culposa. Dessa forma, a partir da simples análise do artigo 155 depreende-se somente existir o crime de furto quando praticado na forma dolosa, devendo, como já referido, tal dolo abranger o elemento normativo “alheia”; bem como estar presente o chamado especial fim de agir do agente (ou dolo específico), o ânimo de assenhoreamento definitivo.

No pertinente à consumação do delito de furto, não obstante as várias teorizações construídas em torno do tema, a questão em sua posição atual pode ser sintetizada da seguinte forma: para uma corrente, a predominante no âmbito dos tribunais superiores, basta que a coisa tenha saído da esfera de disponibilidade da vítima para que o delito esteja consumado, tal como ocorre com o delito de roubo, é a chamada teoria da inversão da posse (TELES, 2004, p.350). Não obstante, alguns ainda insistem que tal não bastaria, sendo necessário ainda que o autor da subtração exerça, mesmo que por curto espaço de tempo, a “posse tranqüila” da coisa, é a chamada teoria da *ilatio* ou da posse tranqüila (MASSON, 2012, p.523; JUNQUEIRA, 2011, p.266).

3 DO FURTO DE ENERGIA

Ponderadas, em um primeiro momento, as anotações gerais acerca do delito de furto, cabe analisar o disposto no §3.º do artigo 155, do CPB, dispositivo este que amplia o alcance da elementar coisa móvel, estendendo o seu conceito, e nela fazendo incluir a energia elétrica ou qualquer outra energia que tenha valor econômico.

Com efeito, estabelece o Código Penal: *Art.155 - [...] §3.º - Equipara-se a coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.*

Trata-se de norma penal explicativa instituída para afastar as discussões até então existentes acerca da possibilidade de subtração de energia elétrica e outras de natureza econômica (MASSON, 2012, 310).

Na lição de Pierangeli:

A discussão doutrinária sobre a possibilidade de estender o significado de coisa móvel à energia elétrica, ou qualquer outra que tenha valor econômico, levou o nosso legislador, a exemplo do italiano, a criar um dispositivo explicativo acerca do problema visualizado pela doutrina e as incertezas desta. Porque a energia em si não constitui coisa móvel, corpórea e material, como exige o objeto material no delito em estudo. Somente com o recurso à analogia *in malam partem*, recurso inaceitável no direito penal, possibilitaria uma punição pela subtração de energia, se não houvesse uma solução legislativa (PIERANGELI, 2005, p.341).

Nesse sentir, a rigor, a energia elétrica não constitui coisa móvel e, somente por razão da extensão legal para fins penais do sentido de coisa móvel (realizada com a introdução do dispositivo constante do §3.º, do artigo 155, CPB) é que se passou a poder entender a energia

elétrica, bem como outras energias de valor econômico, como bens móveis para fins penais.

Tal modalidade de furto, o furto de energia, pode se dar com relação à subtração de energia elétrica e, por força da interpretação analógica possibilitada pela expressão “quaisquer outra de valor econômico”, também a térmica, solar, atômica, mecânica, e outras energias, desde que possuam valor econômico (CAPEZ, 2010, p.446).

Porém, conforme a lição do penalista Luiz Régis Prado: *a energia deve ser suscetível de apossamento, podendo ser separada da substância ou matéria a que está ligada, ou ainda, de sua fonte geradora [...] (PRADO, 2006, p.397).*

Dessa maneira, para a configuração do furto de energia, não basta que esta tenha valor econômico, é preciso que a dita energia seja suscetível de ser subtraída, ou seja, deve ser passível de apossamento, assenhoreamento, pelo agente.

4 DA CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SINAL DE TV A CABO

A Lei nº 8.977/1995, a qual dispõe sobre o Serviço de TV a Cabo, tipificou, em seu artigo 35, a conduta de interceptar ou receber de forma não autorizada sinais de TV a cabo, definindo tais condutas como ilícito penal.

Com efeito, estabelece o citado dispositivo: *Art. 35. Constitui ilícito penal a interceptação ou a recepção não autorizada dos sinais de TV a Cabo.*

Ocorre que, conforme se verifica, o artigo 35 prevê apenas o preceito primário, definindo a conduta incriminada, porém nada dispondo acerca da sanção cominada a referida conduta.

Nesse sentido, e na esteira do entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 97.261/RS, sustenta-se constituir tal dispositivo em uma norma penal em branco invertida, onde o preceito primário – conduta incriminada vem traçado de forma completa –, porém o preceito secundário – pena cominada – depende de complementação por outra norma (GOMES e MOLINA, 2007, p.73).

Ocorre que, por força do princípio da estrita legalidade, fundamento basilar do direito penal (TOLEDO, 1994, p.21-44), tal complementação somente poderia dar-se por meio de outra norma penal, e nunca por analogia (fazendo, por exemplo, aplicar-se a pena prevista para o delito de furto), pois nesse caso incorrer-se-ia em analogia *in malam partem*.

Assim, ainda que se possa afirmar ser penalmente típica a conduta de interceptar ou receber ilicitamente sinal de TV a cabo – o que, releva destacar, é matéria também controvertida, eis que há posicionamento no sentido de tratar-se mero ilícito administrativo punível com as sanções descritas no art.39 da citada lei (ALMEIDA, 2012) – trata-se de tipo ausente de complemento legal em seu preceito secundário e, dessa forma, incapaz de produzir qualquer efeito.

5 DA (A)TIPICIDADE PENAL DO CHAMADO “FURTO DE SINAL DE TV A CABO”

Analisados os aspectos gerais acerca do delito de furto, e o sentido de seu verbo nuclear (“subtrair”), bem como verificados o

sentido e alcance do disposto no artigo 155, §3.º, do CPB, ponderados ainda os aspectos da captação ilícita de sinal de TV a cabo nos termos da Lei 8.977/1995, cabe, já em um momento mais avançado, proceder na análise da (a)tipicidade penal do chamado “furto de sinal de TV a cabo”.

Com efeito, a tipicidade penal do chamado “furto de sinal de TV a cabo”, conforme já destacado é matéria de elevadíssimo grau de controvérsia tanto no âmbito doutrinário, conforme cabe analisar nesse momento, como do ponto de vista jurisprudencial (conforme se poderá analisar complementarmente quando do ponto 6, do presente artigo)

Acerca do tema há essencialmente duas posições, cabendo ponderar as razões e argumentos de cada uma.

De um lado se colocam aqueles que entendem ser penalmente típica a conduta de “subtrair sinal de TV a cabo” eis que (a) o sinal de TV consistiria em energia de valor econômico, e assim equiparável à energia elétrica, e nesse sentido à coisa móvel, nos termos do artigo 155, §3.º, CPB; outro ponto de argumentação desta corrente se basearia na noção de que (b) nos termos do artigo 35 da Lei 8.977/1995, a captação ou recepção não autorizadas de sinal de TV a cabo constituiriam, genericamente, ilícito penal, de modo que caberia ao julgador, no caso concreto, promover o enquadramento desta “captação ilícita” no tipo penal adequado.

Nesse sentido é o pensamento de importantes doutrinadores, entre os quais Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2010, p. 745) e Cleber Rogério Masson (MASSON, 2012, p.310). É, ainda, posição acolhida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, conforme será analisado em momento subsequente do presente estudo.

De outra banda, há posição divergente, a qual entende tratar-se o “furto de sinal de TV a cabo” de conduta penalmente atípica à luz do Direito Penal Brasileiro, e isso com base no argumento de que (a) o sinal de TV a cabo ou assemelhado não constituiria energia e assim não poderia ser equiparado à coisa móvel; ademais, (b) tal sinal seria insuscetível de ser subtraído; bem como (c) o enunciado legal insculpido no art. 35 da Lei 8.977/1995 não possuiria preceito secundário, não podendo aplicar-se analogicamente, no caso, as penas do artigo 155 do CPB.

Sobre a questão, e sustentando a atipicidade da conduta, de clareza meridiana é a exposição do Professor João Carlos Carollo:

O legislador usa a expressão “qualquer outra” referindo-se, obviamente, a todo o tipo de energia, como já elucidado. Porém, com o avanço da tecnologia, nos dias de hoje, temos os serviços de televisão por assinatura, o que não poderia ser previsto em 1940. O Código Penal Espanhol já prevê esse tipo de furto de sinal de TV, pois foi um código que entrou em vigor após o advento desse tipo de tecnologia. Portanto, fica a pergunta: seria possível o furto de sinal de TV a cabo, equiparando-o a energia? Para nós a resposta é negativa, uma vez que a locução “qualquer outra” refere-se à energia tão-somente, e como sinal de TV a cabo sabidamente não é energia, não será possível essa equiparação. E, como em Direito Penal não podemos usar de analogia em prejuízo do agente (*in malam partem*) para preencher uma lacuna, a única conclusão é a atipicidade dessa conduta (CAROLLO, 2010, p.48-49).

Ora, indubitavelmente, e data máxima vênia a entendimentos contrários, e na esteira de Carollo, razão assiste a segunda corrente, a saber, àqueles que entendem pela atipicidade do denominado “furto de sinal de TV a cabo”.

Isso porque, de fato, o sinal de TV a cabo ou análogo não pode ser entendido como energia, eis que energia se consome, se esgota, sua apropriação implica redução da energia globalmente disponível para a vítima; já o sinal de TV, captado ou recebido ilicitamente, não diminui, não se gasta (BITENCOURT, 2012, p. 662).

Ademais, não sendo o sinal de TV energia de valor econômico, não se pode adotar interpretação analógica para incluí-lo entre as coisas móveis suscetíveis de serem furtadas, afinal o artigo 155, §3.º, CPB equipara à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra energia de valor econômico, e não “qualquer outra coisa de valor econômico” (BITENCOURT, p. 662, 2012).

Outrossim, o sinal de TV a cabo não é suscetível de ser subtraído. Com efeito, subtrair, conforme já verificado, é conduta que implica retirar, suprimir, apoderar-se da coisa alheia móvel, tornando-a indisponível para o seu titular. Ocorre que o referido sinal não é coisa suscetível de apossamento, na medida em que sua captação ou recebimento não autorizados não implicam redução do “patrimônio de sinal” ou “montante de sinal” alheios (BITENCOURT, p. 662, 2012).

Por fim, conforme igualmente já referido, o artigo 35 da Lei 8.977/1995 constitui-se numa norma penal incompleta, composta tão somente de preceito primário (descrição da conduta proibida), mas sem preceito sancionador (preceito secundário). Assim, não se pode sustentar a possibilidade de o magistrado no caso concreto, aplicar por analogia, a pena de delito de furto nos casos de captação ilícita de sinal de TV a cabo, sob pena de evidente violação ao sagrado princípio da estrita legalidade penal.

Ainda como argumento pela atipicidade do “furto de sinal de TV a cabo” poderia se aludir à circunstância de que o Anteprojeto de Código Penal de 2012, atualmente em tramitação no Senado Federal (CONJUR, 2012), propõe, com relação ao furto, a ampliação do rol de objetos materiais do delito, fazendo incluir neste o sinal de TV a cabo, e nos seguintes termos:

Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena – Prisão, de 6 meses a 3 anos.

§ 1º **Equipara-se à coisa móvel** o documento de identificação pessoal, a energia elétrica, a água ou gás canalizados, **o sinal de televisão a cabo** ou de internet ou item assemelhado que tenha valor econômico. [...] (BRASIL. Senado Federal, 2012, p.299) (*grifei*)

Ora, fosse o furto de sinal de TV a cabo fato penalmente típico nos termos do vigente Código Penal Brasileiro, abrangido na atual noção legal de coisa móvel para fins penais, não se faria necessária a sua inclusão expressa na redação do dispositivo análogo constante no anteprojeto que deverá dar origem ao novel diploma repressor, o que somente reforça a atipicidade de tal conduta.

Aliás, no plano do direito comparado, verifica-se que o legislador penal estrangeiro vem adotando justamente essa postura (a da expressa inclusão do referido sinal no rol de objetos equiparados a coisa móvel para fins penais), em face da atipicidade do furto de sinal de TV a cabo enquanto “energia de valor econômico”, e da impossibilidade de sua equiparação à coisa móvel por analogia em razão do princípio da estrita legalidade. Nesse sentido, inclusive, é a tendência que se identifica no Código Penal Espanhol (CAROLLO, 2010, p.47-49).

Cumpra advertir, porém, que a circunstância de se afirmar ser penalmente atípica a conduta em comento, não significa afirmar que, à luz do Direito Brasileiro, tal seja lícita. O que se sustenta é apenas e tão-somente ser o denominado “furto de sinal de TV a cabo” uma conduta ilícita não tutelada pelo Direito Penal, remanescendo, pois, eventual tutela do direito civil ou mesmo do direito administrativo.

Nesse sentido, é a lição do Professor Gilberto Thums:

Defendo a existência de mero ilícito civil entre o agente que subtrai sinal de TV por satélite e a empresa que explora o sistema, visto que a energia eletromagnética produzida é inesgotável. Todos os aparelhos de TV do mundo poderiam conectar-se ao sinal e ele não acabaria, portanto é infinita a energia por onde corre o sinal de TV (THUMS, 2010, p.54).

Nestes termos, resta inquestionável a atipicidade penal da conduta denominada no âmbito doutrinário e jurisprudencial como “furto de sinal de TV a cabo”.

No mesmo sentido, pela atipicidade estão: Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (JUNQUEIRA, 2011, p.267); Rogério Greco (GRECO, 2011, p.40); e Cezar Roberto Bitencourt (BITENCOURT, 2012, p.662).

6 DO “FURTO DE SINAL DE TV” A CABO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Verificados os aspectos legais e doutrinários acerca da matéria, cumpre estabelecer um diagnóstico acerca da situação do tema no âmbito da jurisprudência dos tribunais. Para tanto preceder-se-á a

análise dos precedentes existentes acerca do denominado “furto de sinal de TV a cabo”, e com ênfase no entendimento mais atual, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal foi considerado apenas o acórdão proferido pela Segunda Turma daquela Excelsa Corte, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, eis que se trata da única decisão colegiada acerca do tema na referida corte, e reflete seu mais atual entendimento.

Em relação ao Superior Tribunal de Justiça igualmente foi procedida busca acerca dos precedentes relativos ao “furto de sinal de TV a cabo”, sendo citados no presente trabalho os resultados relevantes acerca do tema. Nas mesmas condições a pesquisa realizada em relação às decisões relevantes acerca da matéria no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

6.1 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O entendimento atualmente reinante no âmbito do Supremo Tribunal Federal é no sentido da atipicidade do chamado “furto de sinal de TV”, eis que tal sinal não poderia ser equiparado à energia, e assim não poderia ser objeto material do delito de furto; ademais, o sinal de TV a cabo seria insuscetível de ser “subtraído”; bem como a aplicação das penas do art. 155, §3º, do Código Penal às condutas previstas no artigo 35 da Lei 8.997/1995 constituiria *analogia in malam partem* e, nesse sentido, violação o princípio da legalidade penal (Constituição Federal, art.5.º, inc. XXXIX; Código Penal, Art.2.º).

Nesse sentido, a emblemática decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 97.261 – RS:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE RECURSAL DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. INTERCEPTAÇÃO OU RECEPÇÃO NÃO AUTORIZADA DE SINAL DE TV A CABO. FURTO DE ENERGIA (ART. 155, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). ADEQUAÇÃO TÍPICA NÃO EVIDENCIADA. CONDUTA TÍPICA PREVISTA NO ART. 35 DA L. E. 8.977/95. INEXISTÊNCIA DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. APLICAÇÃO DE ANALOGIA IN MALAM PARTEM PARA COMPLEMENTAR A NORMA. INADMISSIBILIDADE. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ESTRITA LEGALIDADE PENAL. PRECEDENTES. O assistente de acusação tem legitimidade para recorrer de decisão absolutória nos casos em que o Ministério Público não interpõe recurso. Decorrencia do enunciado da Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal. **O sinal de TV a cabo não é energia, e assim, não pode ser objeto material do delito previsto no art. 155, § 3º, do Código Penal. Daí a impossibilidade de se equiparar o desvio de sinal de TV a cabo ao delito descrito no referido dispositivo. Ademais, na esfera penal não se admite a aplicação da analogia para suprir lacunas, de modo a se criar penalidade não mencionada na lei (analogia in malam partem), sob pena de violação ao princípio constitucional da estrita legalidade.** Precedentes. Ordem concedida. (HC 97261, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 12/04/2011, DJe-081 DIVULG 02-05-2011 PUBLIC 03-05-2011 EMENT VOL-02513-01 PP-00029 RTJ VOL-00219- PP-00423 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 409-415). (grifei)

Portanto, no entender do Pretório Excelso o sinal de TV a cabo não pode ser considerado uma energia, na forma do artigo 155, §3.º, Código Penal, e por isso não pode ser objeto material do delito de furto.

Ainda, na esteira da decisão em comento, assentou-se na Suprema Corte o entendimento de que o disposto no artigo 35 da Lei 8977/1995 não autoriza permite o sancionamento penal do agente, posto que trata-se de dispositivo desprovido de preceito secundário cuja eficácia dependeria de complementação analógica de maneira a

se criar uma penalidade não prevista em lei. Tal proceder, no entanto, esbarraria no princípio constitucional da legalidade estrita, conforme o qual somente a lei pode criar infração penal e a ela cominar penas, vedando a analogia in malam partem em matéria penal.

6.2 A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça os precedentes mais atuais apontam para o entendimento pacífico no sentido da tipicidade do delito de furto para as condutas de captar ou receber ilicitamente sinal de TV a cabo, entendendo-se ser o referido sinal uma energia de valor econômico:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO DE SINAL DE TV A CABO. TIPICIDADE DA CONDUTA. FORMA DE ENERGIA ENQUADRÁVEL NO TIPO PENAL. RECURSO PROVIDO. I. **O sinal de televisão propaga-se através de ondas, o que na definição técnica se enquadra como energia radiante, que é uma forma de energia associada à radiação eletromagnética.** II. Ampliação do rol do item 56 da Exposição de Motivos do Código Penal para abranger formas de energia ali não dispostas, considerando a revolução tecnológica a que o mundo vem sendo submetido nas últimas décadas. III. **Tipicidade da conduta do furto de sinal de TV a cabo.** IV. **Recurso provido, nos termos do voto do Relator.** (REsp 1123747/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011) *(grifei)*

No mesmo sentido: **REsp 1076287/RN**, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 29/06/2009; **HC 21.175/SP**, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA

TURMA, julgado em 03/02/2004, DJ 23/08/2004, p. 276; **HC 17.867/SP**, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2002, DJ 17/03/2003, p. 243

Ocorre que todos os citados precedentes existentes no âmbito do *Tribunal da Cidadania* são anteriores à paradigmática decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido da atipicidade das referidas condutas. Não obstante, a partir das referidas decisões, é possível afirmar que até o presente momento o STJ persiste no entendimento pela tipicidade da conduta.

6.3 A POSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

No âmbito do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul, a jurisprudência ao longo dos anos foi se consolidando no sentido da atipicidade do chamado “furto de sinal de TV a cabo”.

Nesse sentido é o consolidado entendimento exarado nos precedentes das quatro Câmaras Criminais do Tribunal Gaúcho com competência para delitos de contra o patrimônio (TJRS, Resolução 01/98, artigo 12, inciso III): **Apelação Crime Nº 70025479668**, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 15/07/2009; **Apelação Crime Nº 70027717040**, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mario Rocha Lopes Filho, Julgado em 09/07/2009; **Apelação Crime Nº 70023273469**, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Gonzaga da Silva Moura, Julgado em 24/09/2008;

Habeas Corpus Nº 70023640485, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 09/04/2008; **Apelação Crime Nº 70021107727**, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 30/01/2008; **Apelação Crime Nº 70014636252**, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 05/10/2006.

Em sentido contrário, e nitidamente sob a influência da posição jurisprudencial até o presente consolidada no Superior Tribunal de Justiça, se encontra apenas um precedente mais recente, nos seguintes termos:

APELAÇÃO CRIME. FURTO DE ENERGIA. CAPTAÇÃO IRREGULAR DE SINAL DE TV A CABO. TIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA AFASTADA. - Art. 395, inc. III, CPP. **A hipótese dos autos não autorizava a absolvição sumária por atipicidade da conduta, pois a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça entende que a captação irregular de sinal de TV por assinatura é fato que pode ser subsumido à previsão típica do art. 155, §3º, do Código Penal.** APELO PROVIDO PARA AFASTAR A ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA E DETERMINAR O REGULAR PROCESSAMENTO DO FEITO. Por maioria. (Apelação Crime Nº 70041678327, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 18/05/2011) (*grifei*)

Releva destacar ainda que entendimento antigo e isolado, embora reconhecesse a atipicidade da conduta para o delito de furto, sustentava a possibilidade de reconhecimento de estelionato na hipótese:

FURTO - ESTELIONATO - SINAL DE TV A CABO. O SINAL DE TV A CABO NAO PODE SER EQUIPARADO A ENERGIA ELETRICA (ART. 155, § 3º), POIS EMBORA TENHA VALOR ECONOMICO NAO E ENERGIA. **A**

LIGACAO CLANDESTINA DE TV A CABO CONFIGURA ESTELIONATO. POSSIBILIDADE DE NOVA DEFINICAO JURIDICA PARA O MESMO FATOS, POIS NAO EXISTE INOVACAO ACUSATORIA. CONSIDERANDO O PEQUENO PREJUIZO CAUSADO, O FATOS E CONSIDERADO PRIVILEGIADO, POIS PRIMARIO O AGENTE. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO EM PARTE, REDEFINIDA A CONDUTA CRIMINOSA, APLICANDO APENAS SANCAO PECUNIARIA. (07 FLS) (Apelação Crime Nº 70001779305, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 09/08/2001) (*grifei*)

Após um período de divergências – com uma corrente sólida e majoritária sustentando pela atipicidade da conduta de um lado; e de outra banda, uma reduzida corrente entendendo pela tipicidade – se pode dizer que atualmente a mais segura posição no âmbito do TJ-RS é, acompanhando a própria tradição do tribunal e na esteira do mais atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido da atipicidade da captação ilícita de sinal de TV a cabo.

De tal situação é emblemática a decisão do Quarto Grupo de Câmaras – o qual reúne a Sétima e Oitava Câmaras Criminais – em sede de embargos infringentes, o mais atual precedente da corte sobre a matéria, e que aparentemente pacificou a questão:

EMBARGOS INFRINGENTES. CAPTAÇÃO IRREGULAR DE SINAL DE TV A CABO. DIVERGÊNCIA QUANTO À ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. O sinal de sinal de TV a cabo não pode ser equiparado à energia, pois, "não é fonte capaz de gerar força, potência, fornecer energia para determinados equipamentos, ou de transformar-se em outras fontes de energia", razão pela qual "não está sujeito à apropriação material, não pode ser armazenado, retido, transportado como res furtivae". A ligação clandestina de TV a cabo corresponde aos verbos "interceptar" ou "receptar" e não "subtrair", de modo que a

previsão legislativa para tanto se encontra no art. 35 da Lei nº 8.977/95. Conduta proibida por lei que não impõe a correspondente sanção, não constitui figura típica penal. A ausência do preceito secundário não pode ser suprida com a imposição aos recorrentes da pena fixada em abstrato para o delito de furto de energia, situação que constituiria analogia in malam partem, vedada em lei. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS. (Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70044466845, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 30/09/2011) (grifei)

Com efeito, tal decisão representa a pacificação da matéria no âmbito das Câmaras do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em que ainda era mais presente a resistência ao reconhecimento da atipicidade da conduta.

A partir do *decisum* acima assentou-se no âmbito da corte estadual o entendimento de que, de um lado, a conduta de captar ou interceptar irregularmente de sinal de TV a cabo não se subsume ao verbo nuclear do delito de furto, subtrair, bem como que o sinal de TV a cabo não pode ser equiparado à energia; e de outro lado, que o disposto no artigo 35 da Lei 8977/1995 não se configura como norma penal incriminadora porque despido de preceito secundário (cominação de pena).

7 CONCLUSÃO

Com efeito, e em face das ponderações estabelecidas no presente estudo, é possível afirmar ser o denominado “furto de sinal de TV a cabo” conduta penalmente atípica à luz do Direito Brasileiro.

Isso porque, o referido sinal de TV não constitui energia de valor econômico para os fins do artigo 155,§3.º, do CPB. Tal sinal, aliás,

sequer é objeto suscetível de subtração e dessa forma não pode constituir-se em objeto material do delito de furto.

Ademais, pretender incluir o sinal de TV a cabo, por analogia, no rol das “energias” passíveis de delito de furto consistiria em desprezível analogia *in malam partem*, a qual é repudiada por nosso ordenamento jurídico face ao princípio da legalidade estrita em matéria penal (Constituição Federal, art.5.º, inc. XXXIX; Código Penal, Art.2.º).

Outrossim, e novamente com base no princípio da legalidade estrita e da vedação à analogia *in malam partem* em matéria penal, não se pode sustentar a possibilidade de o magistrado com base no art.35 da Lei 8.997/1995 – que prevê a tipicidade penal das condutas de captar ou receber de forma não autorizada sinal de TV a cabo –, fazer aplicar as penas previstas no artigo 155, CPB, nesses casos. Isso porque o citado artigo 35 da Lei 8.997/2012 não possui qualquer preceito secundário, prevendo apenas uma conduta típica sem cominar qualquer pena. Com efeito, trata-se de norma penal em branco inversa ou ao revés, em relação a qual somente se pode admitir um complemento de lei no preceito secundário, nunca a aplicação voluntariosa de uma pena, ao arbítrio do julgador, por analogia.

Por derradeiro, verifica-se que, não obstante a sólida posição do Superior Tribunal de Justiça acerca da tipicidade do “furto de sinal de TV a cabo”, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e, entre as cortes estaduais, no âmbito do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, é atualmente pacífico o entendimento acerca da atipicidade penal da captação não autorizada do sinal de TV a cabo.

8 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Patrícia Donati de. **Interceptação de sinal de TV a cabo. O art. 35 da Lei 8.977/95 pode ser considerado norma penal em branco invertida (HC 97261/RS)?**. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110908134926240&mode=print. Acesso em: 04 out. 2012

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**, 7.^aed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Lei 8.977/1995**. Dispõe sobre o Serviço de TV a Cabo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8977.htm. Acesso em: 01 out. 2012

_____. Senado Federal. **Relatório final da Comissão de Juristas nomeada para a elaboração do Anteprojeto de Código Penal**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1>. Acesso em: 29 set. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Pesquisa de Jurisprudência. **Precedentes relacionados ao furto de sinal de TV a cabo**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=furto%20sinal%20tv. Acesso em: 03 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de Jurisprudência. **Precedentes relacionados ao furto de sinal de TV a cabo**. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>. Acesso em: 03 out. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Pesquisa de Jurisprudência. **Precedentes relacionados ao furto de sinal de TV a cabo**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=furto+sinal+tv&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal>

[%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acrime&requiredfields=&s_q=](#). Acesso em: 03 out. 2012

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Resolução 01/98. Dispõe sobre a composição e competência dos Órgãos do Tribunal de Justiça.** Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/legislacao/estadual/> Acesso em: 05 out. 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, v.2., 10.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAROLLO, João Carlos. **Os crimes de furto, roubo e latrocínio: doutrina e jurisprudência**, 2.^a ed..Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CONJUR. **Comissão apresenta anteprojeto do novo Código Penal.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-27/leia-anteprojeto-codigo-penal-entregue-senado-juristas>. Acesso em: 29 set. 2012.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal – Parte Geral**, v. 2. São Paulo: RT, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**, v. III, 8.^a ed. Niterói: Impetus, 2011.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquemático: parte especial**, vol.2, 4.^a ed. São Paulo: Método, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal: parte especial: arts. 121 a 183**, v. 2, 5.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte especial: arts.121 a 122**, v.2. São Paulo: Atlas, 2004.

THUMS, Gilberto. **Crimes contra o patrimônio**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**, 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL

Joseane Ledebrium Gloeckner⁶

RESUMO: Este estudo tem por objetivo a análise da possibilidade de utilização do argumento da Reserva do Possível pelo Poder Judiciário nas ações em que esteja em causa o direito fundamental à saúde. Para isso, busca-se compreender cada um dos limites impostos pela reserva do possível: fático, jurídico e de razoabilidade e até que ponto estas restrições podem interferir na efetivação dos direitos fundamentais prestacionais e especialmente no direito à saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Saúde. Reserva do Possível.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A Saúde como Direito Fundamental Social. 3 Da Reserva do Possível. 3.1 Da competência do Judiciário para decidir sobre a prestação de direitos sociais. 4 A Reserva do Possível como Limite à Realização do Direito à Saúde. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

⁶Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Especialista em Direito Público pela PUCRS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade IDC. Advogada.

O direito à saúde consiste, de acordo com os artigos 6º e 196 da Constituição da República em direito fundamental social. Esta característica lhe outorga proteções que vinculam o poder público. Como se sabe, apesar de toda a gama de garantias estabelecidas na Constituição Federal, o direito à saúde detém graves problemas no que diz respeito à sua eficácia e efetividade. A realidade brasileira, no campo específico da realização do direito à saúde deixa muito a desejar. A ausência de políticas públicas que implementem este direito em sua integralidade, autoriza o recurso a meios administrativos e judiciais.

As decisões judiciais referentes à saúde muitas vezes são limitadas pela chamada reserva do possível que leva em consideração o custo financeiro e orçamentário da efetivação deste direito para os cofres públicos. Justifica-se, portanto, o presente estudo a partir da necessidade da análise desta possibilidade da limitação de um direito fundamental tão importante e vital como a saúde.

A eficácia e efetivação do direito social à saúde, assim como a grande maioria dos outros direitos sociais, merece especial discussão no estudo dos direitos fundamentais. Apesar de ser, atualmente, objeto de crescente interesse na produção doutrinária e das decisões dos Tribunais, o direito social à saúde ainda carece de regulamentação e estudo, pois consiste em grande desafio tanto para a sociedade como para o Estado.

As demandas judiciais concernentes aos direitos sociais, especialmente no que tange ao direito à saúde, vêm crescendo de forma acelerada. Estas demandas requerem dos juízes decisões mais criteriosas, pois cabe a eles decidir sobre alocação de dinheiro público.

Assim, deve ser enfrentada a questão referente à denominada reserva do possível e até que ponto pode servir de limite à eficácia e efetividade do direito à saúde.

2 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Antes de adentrarmos no conteúdo específico da saúde como direito fundamental cabe esclarecer que, apesar de haverem entendimentos distintos da definição de saúde, adota-se a definição trazida pelo preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde segundo a qual saúde seria o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença.

A Constituição Federal consagrou, no caput do art. 6º, o direito à saúde como direito social. Ainda existe certa discussão a respeito de serem os direitos sociais fundamentais ou não, pois se encontram fora do Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) e, por este motivo, há quem entenda não se tratarem de direitos fundamentais. Felizmente predomina o entendimento de que os direitos sociais se configuram como fundamentais. Isto porque § 2º do art. 5º do mesmo diploma legal prevê a existência de direitos fundamentais em outras partes do texto constitucional, decorrentes de seus princípios e regime e, até mesmo de tratados internacionais do qual o Brasil seja signatário.

Para Sarlet⁷, mesmo que o direito à saúde não estivesse expressamente positivado no texto constitucional poderia ser admitido como direito fundamental implícito como ocorre em outros sistemas jurídicos, como o da Alemanha. Isso porque a salvaguarda do direito à saúde também se dá pela proteção conferida a outros bens fundamentais como a vida, a dignidade da pessoa humana, o meio ambiente, etc. Reforça este entendimento a noção de “intersetorialidade” da Declaração de Alma-Ata, o que significa que a efetivação do direito à saúde, entendida como garantia da qualidade mínima de vida, não depende exclusivamente do “setor saúde”, mas de políticas públicas mais amplas que visem à superação das desigualdades sociais e ao pleno desenvolvimento da personalidade, com compromisso com as futuras gerações.

Segundo Gomes Canotilho⁸, adotando as características de fundamentalidade dadas por Robert Alexy, os direitos fundamentais possuem proteção em sentido formal e material. A fundamentalidade formal encontra-se associada à constitucionalização e resulta em alguns aspectos que, sendo trazidos ao direito constitucional pátrio pelo professor Ingo Sarlet⁹, seriam: a) os direitos fundamentais são colocados em grau superior a todo ordenamento jurídico, possuindo

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988.** In KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Sílvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara (orgs.). **As Ações Judiciais no SUS e a Promoção do Direito à Saúde.** São Paulo: Instituto da Saúde: 2009. p. 28-29.

⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 4 ed. Coimbra: Livraria Almedina, s.d. p. 372-373.

⁹SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 74-75.

natureza supralegal; b) incluem-se no rol de cláusulas pétreas, submetendo-se aos limites formais e materiais de reforma constitucional; c) tratam-se de normas dotadas de imediata aplicabilidade, vinculando as entidades públicas e privadas.

Segundo a fundamentalidade material o conteúdo dos direitos fundamentais constitui a estrutura básica do Estado e da sociedade. A fundamentalidade material pode não estar associada à ideia de fundamentalidade formal e à constituição escrita¹⁰. Porém, é por meio do direito constitucional positivo que a fundamentalidade material autoriza a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não incluídos em seu texto (apenas materialmente formais), assim como àqueles direitos situados fora do catálogo, mas dentro da Constituição Federal¹¹. Portanto, é em virtude da fundamentalidade material que mesmo direitos fora do catálogo do art. 5º da Constituição Federal são reconhecidos como fundamentais.

Dessa forma, o direito à saúde deve ser lido de forma constitucionalmente adequada segundo a fundamentalidade formal e material e, além disso em conformidade com o conteúdo dos direitos sociais.

¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Livraria Almedina, s.d. p. 373.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 75.

Os direitos sociais são direitos de segunda dimensão¹² (econômicos, sociais e culturais), possuindo preponderantemente dimensão positiva e que têm por finalidade propiciar a todos o direito de participar do bem-estar social. Caracterizam-se por outorgarem direitos a prestações estatais como na área da saúde, trabalho, educação, assistência social, etc. Porém, apresentam também uma dimensão negativa, denominadas de liberdades sociais como, por exemplo, o direito de greve do trabalhador, que exige apenas uma abstenção por parte do Estado¹³.

Os direitos sociais, portanto, como os direitos fundamentais em geral, abrangem tanto direitos a prestações (positivos) como direitos de defesa (negativos). As normas consagradoras dos direitos de defesa, de regra, já receberam do Constituinte a suficiente normatividade e independem de concretização legislativa e, por isso, são mais facilmente reconhecidos como de aplicabilidade imediata e plena eficácia¹⁴. A estes direitos não se aplicam os argumentos que restringem a aplicabilidade imediata dos direitos a prestações que são a

¹²Optou-se por utilizar a expressão “dimensão”, pois denota cumulatividade e complementariedade das dimensões dos direitos fundamentais. O termo “geração” poderia levar a crer em uma substituição gradativa de uma geração por outra, conforme SARLET, Ingo Wolfgang. ***A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional***. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45.

¹³SARLET, Ingo Wolfgang. SARLET, Ingo Wolfgang. ***A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional***. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47-48.

¹⁴SARLET, Ingo Wolfgang. SARLET, Ingo Wolfgang. ***A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional***. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 274.

reserva do possível e a ausência de legitimação dos tribunais para definirem o conteúdo e o alcance da prestação¹⁵.

Os direitos sociais prestacionais têm por objeto uma conduta positiva por parte do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistindo numa prestação fática. Pressupõem a realização da igualdade material, garantindo a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais para efetiva fruição das liberdades¹⁶. Os direitos sociais a prestações estão ligados intimamente às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes e à criação de bens materiais essenciais não disponíveis para todos que deles necessitem. Tendo em vista a nota econômica dos direitos a prestações e em sendo necessária uma escolha da utilização dos “escassos” recursos financeiros do Estado, para efetivação destes direitos, tornou-se necessário o estabelecimento de critérios constitucionais para que pudesse ser dada a máxima efetividade possível aos direitos fundamentais a prestações¹⁷.

É por este motivo que estes direitos prestacionais dependem da conjuntura econômica estatal, pois está em causa a possibilidade de o judiciário impor ao poder público a satisfação das prestações

¹⁵SARLET, Ingo Wolfgang. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 277.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 282-283.

¹⁷CALIENDO, Paulo. **Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação**. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 176.

reclamadas. Não sendo o direito à saúde efetivado através de políticas públicas e prestado regularmente pelo Estado, o cidadão pode recorrer ao Judiciário para garantir este direito. E, é o que vem acontecendo nos tribunais brasileiros, expressivamente na área da saúde. Estas demandas apresentam novos dilemas a serem apreciados pelo Judiciário e pelos operadores do direito, especialmente no que tange à reserva do possível.

3 DA RESERVA DO POSSÍVEL

Todos os direitos fundamentais implicam em algum custo, não se limitado apenas aos direitos de cunho social prestacional. Porém, aqueles direitos que não implicam em uma prestação por parte do Estado possuem neutralidade econômica e, portanto, sua efetivação não depende de dispêndio de dinheiro público, ao menos não de forma direta. Porém, em se tratando dos direitos sociais a prestações, sua efetivação depende da alocação direta de recursos financeiros.

Ocorre que, quando o Estado deixa de fornecer ou prestar aquilo que lhe cabe, o cidadão recorre ao Poder Judiciário para a realização de seus direitos prestacionais. Com isso e em virtude da reduzida capacidade econômico-financeira do ente público, a doutrina e a jurisprudência buscaram estabelecer critérios que pudessem limitar a prestação pública destes direitos. Ao conjunto destes critérios denominou-se reserva do possível.

A reserva do possível teve origem em uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão e, embora de modo modificado foi recepcionada no Brasil pelo meio judicial e doutrinário como três formas de limitação: fática, jurídica e de razoabilidade. O limite fático consiste na

possibilidade financeira do Estado, ou seja, se o Estado possui recursos para prestar aquele direito.

A limitação jurídica reside na capacidade de o Estado, mesmo possuindo meios financeiros, poder dispor dos recursos existentes. Desse modo, o ente público, além de possuir a capacidade material (limite fático) deverá ter a possibilidade jurídica de disposição destes bens. Isso significa que o gasto com o direito prestacional deverá estar previsto no orçamento público anual. Neste caso, mesmo tendo a Administração Pública possibilidade financeira de prestar o direito, se o gasto não estiver previsto em Lei Orçamentária, não poderá dispor daquele valor.

Além disso, o pedido deve observar a razoabilidade. Ou seja, deve ser razoável que o indivíduo exija do Estado a prestação daquele direito social. Isso se pode depreender do caso paradigmático da jurisprudência alemã em que um estudante exigia o seu acesso a um curso superior. Entendeu a Corte Constitucional alemã que não se poderia exigir do Estado e da sociedade a realização de uma prestação não razoável ou de responsabilidade do destinatário, que neste caso deveria prover seu próprio acesso à universidade¹⁸. A definição do que é ou não razoável sempre vai depender da decisão do intérprete no caso concreto.

¹⁸CALIENDO, Paulo. **Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e "Reserva do Possível"*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 176.

Há quem entenda¹⁹ que além de limite fático, jurídico e de razoabilidade, a reserva do possível também possa atuar como garantia dos direitos fundamentais. Exemplo deste entendimento seria a hipótese de conflito entre direitos em que haja a invocação da indisponibilidade de recursos com a intenção de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Com todo respeito, não se coaduna do entendimento de que se poderia enxergar a reserva do possível como garantia. Garantia, segundo Ferrajoli²⁰ é toda obrigação que corresponde a um direito subjetivo, e direito subjetivo é toda expectativa jurídica positiva (de prestação) ou negativa (de não lesão), seja patrimonial ou fundamental. Acrescenta ainda o autor que também são garantias as obrigações que correspondem a particulares expectativas de reparação, através de sanção ou anulação geradas por violação aos direitos fundamentais. Assim, não há como se afirmar que a reserva do possível seja direito subjetivo, pois não consiste em prestação e nem se trata de expectativa de não lesão. Muito mais difícil ainda sustentar-se que a reserva do possível possa ser vista como expectativa de reparação por violação a direitos fundamentais. Dessa forma, não se pode tratar a reserva do possível como garantia, pois garantia não é.

¹⁹ Entendimento defendido por SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações.** In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível.* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 30.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia e Garantismo.** Madrid: Trotta, 2008. p. 63-64.

3.1 DA COMPETÊNCIA DO JUDICIÁRIO PARA DECIDIR SOBRE A PRESTAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

A realização dos direitos sociais a prestações, na condição de direitos subjetivos acaba sendo também um problema de competências constitucionais, pois existem doutrinadores com o entendimento de que o Poder Judiciário não pode decidir sobre a concessão de direitos sociais diretamente da Constituição Federal, ou seja, aqueles direitos que ainda não foram implementados pelo legislador infraconstitucional. Segundo Scaff²¹ não cabe ao Judiciário e ao Supremo Tribunal Federal transformarem-se em “ordenadores de despesas públicas”, exercendo papel que a Constituição não lhes atribuiu. Para o autor, estar-se-ia diante da discricionariedade do legislador, que é substituída por força de uma ordem judicial, que estaria implementando políticas públicas ao arrepio de determinada lei ou de regulamentações administrativas. Não seria, portanto, papel do Judiciário substituir o Poder Legislativo em sua função.

A este respeito, primeiramente, há que se destacar o fato de que todas as normas previstas na Constituição Federal possuem força normativa, em maior ou menor grau, dependendo da forma de positivação. Dispõe Hesse²² que “a Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”. Acontece que, no que se refere aos direitos sociais, por serem

²¹ SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”.* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 135-142.

²² HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19.

fundamentais possuem aplicação imediata (§1º, art. 5º da Constituição Federal).

A Carta Magna expressamente atribui a titularidade de direitos sociais a toda e qualquer pessoa como se extrai, a título exemplificativo, da tutela do meio ambiente (art. 225) e do próprio direito à saúde (art. 196), relacionando com o princípio da universalidade e da dignidade da pessoa humana que, em primeira análise, refere-se à pessoa individualmente considerada. Dessa forma, os direitos sociais reportam-se à pessoa individual, titular do direito por excelência, ainda mais em se tratando de direito essencial como a saúde. A titularidade individual, todavia, não exclui uma simultânea titularidade coletiva. Os direitos sociais têm como meta imediata tutelar interesse individual com base na dignidade da pessoa e não no interesse coletivo, ainda que este também possua relevância e implique em um conjunto de direitos e deveres²³.

Segundo uma conceituação teórica, Ferrajoli²⁴ define os direitos fundamentais como sendo “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”. O mesmo autor entende por direito subjetivo “cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, prevista asimismo por una norma

²³ SOUZA, Italo Roberto Fuhrmann e. “**Judicialização**” dos Direitos Sociais e o Direito Fundamental à Saúde: por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro. 2011, 151f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito PUCRS. Porto Alegre. p. 101-102.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 19.

jurídica positiva”. Em sendo, portanto, os direitos fundamentais (inclusive os sociais) direitos subjetivos, podem ser exigidos judicialmente por cada indivíduo perante o Estado.

Compete ao Poder Legislativo, regra geral, garantir as prestações que integram os direitos sociais, econômicos e culturais, dentro da reserva e dos limites do orçamento. Porém, sendo o legislador omissis cabe ao Judiciário suprir tal lacuna e decidir sobre a concessão da prestação do direito social ou não. Não se considera a atuação do Judiciário concedendo direitos sociais prestacionais como afronta ao princípio da separação dos poderes, pois possui “já afirmada legitimação para atuar, de modo pró-ativo no controle dos atos do poder público em prol da efetivação ótima dos direitos (de todos os direitos) fundamentais”²⁵. Entende-se que, se procedesse este argumento, maior afronta e intromissão ao Poder Legislativo seria se o Poder Judiciário determinasse ao Legislativo que votasse e aprovasse lei concretizadora de política pública do que o simples fato de deferir pedido prestacional de direito à saúde.

Além disso, não há que se confundir a noção de direitos fundamentais sociais com políticas públicas. Trata-se de categorias distintas, ainda que uma possa servir de meio para realização da outra, judicialmente exigível. Não existe dúvida de que as políticas públicas são o melhor meio para efetivação dos direitos sociais, pois atendem de forma mais eficaz e racional a alocação do dinheiro público e, atendendo de forma mais efetiva ao princípio da igualdade. Todavia, tal

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações.** In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível.* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 35.

afirmativa não implica, de forma alguma, na ausência de tutela individual dos direitos sociais, inclusive no concernente às prestações individuais em matéria de saúde²⁶.

Neste sentido, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça em acórdão referente ao direito à saúde, onde foi relatora a Ministra Eliana Calmon, estabelecendo que os direitos sociais não podem depender da boa vontade do Administrador, cabendo ao Judiciário atuar como órgão controlador da atividade administrativa²⁷.

Além disso, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada n.º175 restou assente que grande parte das demandas judiciais que envolvem o direito à saúde se refere ao não cumprimento pelo Estado de obrigação já regulamentada pelo Legislativo e incorporada em política pública da Administração Pública²⁸. Assim, na maioria dos casos referentes ao direito à saúde, a intervenção do Poder Judiciário não ocorre pela omissão absoluta de políticas públicas, mas para o cumprimento de políticas públicas já previamente estabelecidas.

4 A RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE À REALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

²⁶ SOUZA, Italo Roberto Fuhrmann e. **“Judicialização” dos Direitos Sociais e o Direito Fundamental à Saúde: por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro**. 2011, 151f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito PUCRS. Porto Alegre. p. 102.

²⁷Recurso Especial n.º 777.537, Segunda Turma, D.J 03/10/2005.

²⁸ SOUZA, Italo Roberto Fuhrmann e. **“Judicialização” dos Direitos Sociais e o Direito Fundamental à Saúde: por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro**. 2011, 151f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito PUCRS. Porto Alegre. p. 103.

O Direito à saúde não pode ser considerado norma meramente programática, pois, apesar de ser direito originário à prestação, podendo ser extraído e concretizado diretamente da Constituição, já foi regulamentado, dispondo a Carta Magna que a saúde “é direito de todos e dever do Estado” e que este direito assegura o acesso igualitário e universal aos seus serviços. Na regulamentação deste dispositivo, o legislador dispôs que a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis abrange todas as ações e serviços públicos e privados de saúde que integram o Sistema único de Saúde - SUS²⁹.

Resta saber se e até que ponto pode o direito à saúde ser limitado pela reserva do possível. Para isto, deve-se fazer uma análise de cada uma das três concepções da reserva do possível. Primeiramente, quanto à hipótese da reserva do possível como limitação fática, ou seja, da falta de recursos públicos para que se obrigue o Estado a prestar ao titular do direito a saúde, o tratamento ou medicamento de que necessita.

No Brasil, diferentemente de como ocorre na Alemanha onde teve origem, a reserva do possível deve ser analisada segundo a questão da legitimidade para definir o que seja “possível” no concernente aos direitos sociais básicos, como a saúde. A exigência de “caixas cheias” para a efetivação destes direitos reduz a zero a sua eficácia. Subordinar os direitos sociais ao condicionamento econômico

²⁹Lei 8.080/90. Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde - SUS são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

leva à relativização de sua eficácia, condenando-os a direitos de segunda categoria³⁰.

É claro que um país, especialmente como o Brasil, não terá como financiar todos os direitos sociais de maneira plena. Mas deve-se estar atento aos problemas de gestão do dinheiro público. Exemplo disso é a Lei n.º 12.292/10 em que o Brasil doa vinte e cinco milhões de reais para a reconstrução da faixa de Gaza. Não parece ser este um bom uso das finanças públicas, ainda mais com os problemas sociais do país hoje. Parece que neste caso a questão é muito mais de vontade política e organização administrativa.

Quanto ao segundo limite consistente na reserva do possível, ou seja, a limitação jurídica do pedido referente ao direito social prestacional significa que o juiz não poderia deferir pedido baseado em direito fundamental social se o valor monetário de tal pedido ultrapassasse o previsto em Lei Orçamentária. Por este entendimento, mesmo em se tratando de direito à saúde, o Judiciário não poderia conceder pedido ao paciente necessitado se o valor deste tratamento ou medicamento solicitado não estiver inserido no orçamento anual da União, Unidade de Federação ou Município. Porém, como se sabe, o orçamento para prestações de saúde é insuficiente. Sendo assim, como poderá o juiz decidir quem irá receber a prestação? O atendimento ficaria limitado àqueles tratamentos e medicamentos de baixo custo para que mais pessoas pudessem ser atendidas? E os portadores de doenças graves que necessitam de tratamento e fármacos de alto custo?

³⁰ KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 51.

Há quem entenda que decisões no sentido de determinar ao Estado que despenda milhões em tratamento de doença de uma única pessoa ou a um grupo de pessoas não implementa o direito social à saúde, pois abrange apenas quem foi beneficiado com aquela decisão. E, uma decisão que beneficia apenas um ou alguns indivíduos não seria adequada, pois o direito não será usufruído pelo conjunto de cidadãos que dele necessitem³¹.

Os defensores deste posicionamento desconhecem, por óbvio, o significado de direito transindividual que incorpora o individual e o coletivo. Não são excludentes. Depois, qual seria o titular então, senão o indivíduo? Além disso, tal interpretação é equivocada, pois segundo este entendimento, os direitos de segunda dimensão excluiriam os anteriores (de primeira dimensão), mas isso não acontece já que as dimensões dos direitos são complementares entre si.

Dessa forma, sendo o direito à saúde um direito de todos não se pode acolher a tese de que, por ser um direito coletivo não poderia ser objeto de dedução individual em juízo. Todos os direitos fundamentais possuem dimensão transindividual e isso não os impede de serem em primeira linha direitos de cada pessoa. Portanto, os direitos sociais também são sempre individuais, o que possui grande relevância quando se fala em direito à saúde.

Conforme defendem Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo³²:

³¹SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e "Reserva do Possível"*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 137.

³² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988.** In KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Sílvia

A caracterização do direito à saúde como direito coletivo, ou mesmo como um interesse difuso em certas hipóteses, não lhe serve para afastar a titularidade individual que apresenta, visto que, a despeito das questões ligadas à saúde pública e coletiva, jamais perderá o cunho individual que o liga à proteção individual da vida, da integridade física e corporal pessoal, assim como da dignidade humana da pessoa individualmente considerada em suas particularidades, até mesmo em termos de garantia das condições que constituam o mínimo existencial de cada um.

Partilha-se do entendimento de Andreas Krell³³ no sentido de que alguns direitos sociais como a saúde e educação devem ser priorizados em relação a outros, tais como o direito ao transporte e ao fomento econômico. Segundo o autor, se houvesse milhares de pessoas vítimas das doenças comuns à pobreza e poucos doentes terminais de doenças raras e de cura improvável, só haveria uma solução referente a quem deveria ser priorizado o tratamento: a todos! E, além disso, não sendo os recursos orçamentários da saúde suficientes, dever-se-ia retirá-los de outras áreas menos prioritárias. Partindo deste entendimento e deste critério, poucas vezes caberia a não concessão de pedido referente à saúde.

Neste sentido, em estudo sobre equidade na saúde, Amartya Sen³⁴ afirma que as questões mais importantes na política de

Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara (orgs.). *As Ações Judiciais no SUS e a Promoção do Direito à Saúde*. São Paulo: Instituto da Saúde: 2009. p.35.

³³KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 52.

³⁴ SEN Amartya; KLIKSBERG, Bernardo. **As Pessoas em Primeiro Lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. Trad. Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 81.

atendimento em saúde pública dependem da alocação geral de recursos e não apenas arranjos distributivos dentro do atendimento de saúde. Para o autor, recursos são substituíveis e aparatos sociais podem trazer melhoras à saúde de quem necessita, mas não apenas em detrimento do atendimento da saúde de outras pessoas, mas por meio de mecanismos sociais diferentes ou de uma modificada alocação de recursos.

Além disso, a possibilidade de redirecionamento de recursos pode minimizar os efeitos da reserva do possível, especialmente no que se refere à limitação jurídica. Não se pode pretender bloquear qualquer forma de intervenção neste plano, pois se estaria priorizando legislação orçamentária em detrimento da legislação de imposições constitucionais. Haveria aqui uma inversão de ordem hierárquica. E, em um Estado Democrático de Direito quem governa é a Constituição Federal³⁵.

Nesse sentido, Keinert³⁶ esclarece que

A imprescindibilidade dos direitos sociais torna-os mandamentos, garantias constitucionais inadiáveis, o que reclama por um tratamento prioritário por parte do poder público, de toda a Administração do Estado no momento de destinar os recursos financeiros. *A reserva do possível*

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações.** In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 34.

³⁶ KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo. **Direitos fundamentais, direito à saúde e papel do executivo, legislativo e judiciário: fundamentos do direito constitucional e administrativo.** In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo et al (Orgs). *As Ações Judiciais no SUS e a Promoção do Direito à Saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 99-100.

não pode ser utilizada com o intuito de *exoneração desse compromisso*.

Percebe-se, portanto, que razões vinculadas à reserva do possível não podem, sozinhas, impedir a satisfação do direito e exigência do cumprimento de deveres em matéria de saúde, já que nem o princípio da reserva parlamentar quanto ao orçamento e nem o da separação dos poderes são absolutos³⁷. A maioria da jurisprudência brasileira posiciona-se no sentido de dar plena eficácia ao dispositivo constitucional que garante o direito à saúde quando confrontados com os limites de orçamento do Estado³⁸.

Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal recentemente, consolidando entendimento

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Reserva do possível. Invocação. Impossibilidade. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações**. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 41

³⁸WANG, Daniel Wei ILiang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e "Reserva do Possível"*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 353.

reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. *A Administração não pode invocar a cláusula da "reserva do possível" a fim de justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República, voltados à garantia da dignidade da pessoa humana, sob o fundamento de insuficiência orçamentária.* 4. Agravo regimental não provido. AI 674764 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 04/10/2011, DJe-205 DIVULG 24-10-2011 PUBLIC 25-10-2011. (grifo nosso).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julga de acordo com o entendimento estabelecido pelo Supremo tribunal Federal. Exemplo disso é o que dispõe a Apelação Cível nº 70045451200 da Primeira Câmara Cível, julgada em 20/10/2011 onde se estabeleceu que o “princípio da reserva do possível não se aplica quando se está diante de direitos fundamentais, em que se busca preservar a dignidade da vida humana, consagrado na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático e Social de Direito (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal). Da mesma forma o Agravo de Instrumento nº 70044873123 da Oitava Câmara Cível do mesmo Tribunal, julgado em 27/10/2011 que, tratando da reserva do possível dispôs que limitações ou dificuldades de orçamento “não podem servir de pretexto para negar o direito à saúde e à vida garantido nos dispositivos constitucionais, não havendo que se cogitar, desse modo, da incidência do princípio da reserva do possível, dada a prevalência do direito em questão”.

Dessa forma, para que o Estado se abstenha de prestar o direito à saúde por limitação financeira ou orçamentária deverá efetivamente comprovar não possuir tal recurso. A simples alegação da escassez de recursos não pode justificar a omissão estatal na efetivação do direito à

saúde, ou qualquer outro direito fundamental, pois é necessário “demonstrar de maneira legal, impessoal, moral e pública a eficiência da administração pública (art. 37, *caput*), por meio de uma maximização de recursos, a efetiva indisponibilidade total ou parcial desses e o não desperdício dos fundos existentes”. Deve-se, portanto, analisar cautelosamente as provas quando o Poder Executivo se valer do argumento da reserva do possível para justificar sua omissão na efetivação de direitos sociais, como a saúde. Cabe ao Estado o dever de demonstrar eficiência e publicidade na sua administração pública, facilitando o controle social na destinação e prioridades na utilização dos recursos públicos finitos³⁹. Sem tal comprovação, não poderá o ente público valer-se da reserva do possível para deixar de financiar o direito à saúde.

O Superior Tribunal de Justiça no REsp 771.537/RJ de 03/10/05 que teve como Relatora a Ministra Eliana Calmon, dispôs que

(...) tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, *mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal*. (grifo nosso).

No entanto, havendo a possibilidade, conforma já tratado, de redirecionamento de recursos de outras áreas menos prioritárias para a efetivação do direito à saúde, dificilmente poderá o Poder Público

³⁹ KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo. **Direitos fundamentais, direito à saúde e papel do executivo, legislativo e judiciário: fundamentos do direito constitucional e administrativo**. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo *et al* (Orgs). *As Ações Judiciais no SUS e a Promoção do Direito à Saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 97.

comprovar falta de recursos. Isso porque, se tais recursos puderem ser extraídos de áreas como o transporte, o fomento econômico, etc., poucas vezes ou nunca poderia o Estado alegar falta de recursos para tratamento ou medicamento necessários para a garantia da saúde de cada indivíduo.

Cabe aqui ressaltar que também caberá ao paciente a comprovação de seu estado de doença para que possa requerer a efetivação por parte do Estado de seu tratamento de saúde ou medicamento de que necessite. O que se questiona apenas é se o atestado médico aceito deverá ser apenas aquele fornecido pelo profissional atuante no Sistema Único de Saúde (SUS) ou se poderá ser atestado de médico que atenda em consultório particular.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu em sede de Recurso Especial que a concessão de medicamento ou tratamento de saúde deverá estar “respaldado em atestado médico da rede pública estadual”⁴⁰. Já o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul vem entendendo que resta comprovada a necessidade de medicamento com apresentação de “atestado firmado por médico devidamente inscrito no CREMERS⁴¹”, ou seja, todo médico poderá atestar a necessidade de medicamento ou tratamento de saúde do paciente. Entende-se que assiste razão ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pois a possibilidade que alguém possui de pagar por um plano de saúde ou uma consulta médica particular não significa que

⁴⁰REsp n.º 1218800/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/04/2011.

⁴¹ Apelação Cível nº 70043772342, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 26/10/2011.

possa arcar com os custos de seu tratamento, ainda mais se for de alto custo.

Por fim, não se pode olvidar do critério da razoabilidade que sempre deve servir de critério para a decisão judicial. Não pode e nem deve o Estado deferir todo e qualquer pedido de direito social postulado em juízo, isso também vale para o direito à saúde. Mesmo no que se refere a um direito social básico e tão importante como a saúde, não pode o Judiciário exigir que o Estado atenda qualquer pretensão.

Cabe aqui esclarecer que a decisão paradigmática do Tribunal Constitucional Alemão citada anteriormente, referente ao estudante que visava seu acesso ao ensino superior teve por objetivo, na perspectiva da exigibilidade individual, colocar limites a uma interpretação ultra-extensiva dos direitos fundamentais sociais. Somente de forma secundária fundamentaram a sentença aspectos relativos à reserva financeira e de orçamento. Desse modo, o teor originário da reserva do possível significa que é exigível aquilo que se pode conceber como prestação social devida, afastando-se demandas desarrazoadas e excessivas⁴². Excluem-se demandas que estejam acima de determinado patamar.

Alguns pedidos podem não estar no limite da razoabilidade e pode-se entender como não razoável que o Estado seja compelido a prestar, por exemplo, a imposição de prestação de uma determinada marca de medicamento quando existir outra opção de menor custo e com a mesma eficiência e segurança⁴³. Por este motivo é necessário

⁴² SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos: volume I: reserva do possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 153.

que se analise o caso concreto para que se verifique a razoabilidade daquele tratamento ou medicamento.

A razoabilidade da decisão dependerá, não da disponibilidade financeira e/ou orçamentária, mas sim da natureza do pedido. Assim, pode-se mencionar como não razoável a Ação Ordinária n.º 2007.39.00.927397-4 proposta na Justiça Federal do Estado do Pará na qual os autores narraram que “quando jovens, passaram a efetuar em seu corpo tatuagem de figuras aterradoras porque sofreram forte influência de pessoas desleixadas” e, declarando-se arrependidos, requerem o deferimento de tutela antecipada para que a União seja condenada a estabelecer convênio com certa Clínica Médica, custeando o tratamento para retirada das tatuagens com sessões a laser, num total de R\$ 21.000,00 (vinte e um mil reais)⁴⁴. Seria absurdo exigir-se que este tipo de tratamento fosse pago pela Administração Pública, mesmo com disposição orçamentária e financeira.

Desse modo, percebe-se que em se tratando de direito fundamental à saúde o que deve ser analisado e considerado é a razoabilidade do pedido, ou seja, se o pedido está de acordo com aquilo que o indivíduo pode ou não exigir da sociedade, segundo análise de cada caso concreto. Quanto à possibilidade de alegação da limitação orçamentária por parte do Estado, em se tratando de direito à

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações.** In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 44-45.

⁴⁴ Dados retirados de CORDEIRO, Maria Leiliane Xavier. O direito à saúde e a atuação do poder judiciário: breves considerações. In: GUEDES, Jefferson Carús; NEIVA, Juliana Sahione Mayrink. *Publicações da Escola da AGU: temas de direito à saúde*. Brasília: Advocacia Geral da União: 2010. p. 92.

saúde, não poderá ser alegada, pois os recursos necessários e não previstos no orçamento, devem ser retirados de outras áreas, referentes a serviços e prestações menos prioritárias. Já em se tratando de limitação financeira do Estado, deve ser relegada a segundo plano, somente sendo relevante quando o ente público comprovar que efetivamente não possui recursos para financiar tratamento ou medicamento pleiteado.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo teve como finalidade analisar em que circunstâncias o argumento da reserva do possível pode interferir na efetivação do direito fundamental à saúde. Para isso, primeiramente estabeleceu-se a demonstração do direito à saúde como direito fundamental social, com preponderante dimensão positiva e que se caracteriza por outorgar direito a prestações estatais.

Quando o Estado deixa de prestar estes direitos, inclusive à saúde, o cidadão recorre ao Poder Judiciário. A efetivação destes direitos prestacionais depende da alocação de dinheiro público e, devido à escassez dos recursos estatais, a doutrina e a jurisprudência buscaram estabelecer critérios que pudessem limitar a prestação destes direitos. Ao conjunto destes critérios denominou-se reserva do possível.

A reserva do possível apresenta as limitações fáticas, jurídicas e de razoabilidade. A limitação fática consiste na capacidade financeira do Estado para dar efetividade aos direitos prestacionais. Porém, deve-se atentar para a má gestão do dinheiro público. Não há como o direito

fundamental à saúde ficar relegado aos “caixas cheios” do ente público, sob pena de reduzir a zero sua efetividade.

A limitação jurídica significa que o Estado somente poderá prestar o direito à saúde quando o seu financiamento estiver previsto em Lei Orçamentária. A previsão orçamentária para prestações de saúde é insuficiente. Assim, a quem deveria ser prestado? Quem deveria ser escolhido? Entende-se que todos deveriam ser atendidos, pois sendo o direito à saúde fundamental e prioritário para a vida e dignidade humana, deve sempre ser prestado e seu financiamento deverá ser buscado em outros serviços públicos menos prioritários. Essa possibilidade de redirecionamento da verba pública poderá reduzir os efeitos da reserva do possível, ao menos em se tratando de direito à saúde.

É claro que a pretensão na área da saúde deve sempre observar a razoabilidade, terceiro limitador incluso na reserva do possível. É certo que não há como o Estado deferir toda pretensão de direito social postulada. Portanto, devem ser atendidos apenas os pedidos que estiverem dentro dos limites do razoável. Isso significa dizer que a pretensão deve estar de acordo com aquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade. Este é o critério limitador ao qual se deve dar prevalência na solução da alocação do dinheiro público nas ações que tenham por pretensão o direito à saúde.

6 REFERÊNCIAS

CALIENDO, Paulo. **Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação.** In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Livraria Almedina, s.d.

CORDEIRO, Maria Leiliane Xavier. **O direito à saúde e a atuação do poder judiciário: breves considerações**. In: GUEDES, Jefferson Carús; NEIVA, Juliana Sahione Mayrink. *Publicações da Escola da AGU: temas de direito à saúde*. Brasília: Advocacia Geral da União: 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia e Garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo. **Direitos fundamentais, direito à saúde e papel do executivo, legislativo e judiciário: fundamentos do direito constitucional e administrativo**. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo *et al* (Orgs). *As Ações Judiciais no SUS e a Promoção do Direito à Saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009.

KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações**. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. In KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Sílvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara (orgs.). *As Ações Judiciais no SUS e a Promoção do Direito à Saúde*. São Paulo: Instituto da Saúde: 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos: volume I: reserva do possível**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 153.

SOUZA, Italo Roberto Fuhrmann e. **“Judicialização” dos Direitos Sociais e o Direito Fundamental à Saúde: por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro**. 2011, 151f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito PUCRS. Porto Alegre.

WANG, Daniel Wei Iliang. **Escassez de recursos , custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA POR ERRO DE DIAGNÓSTICO

Paloma Mendes Campos⁴⁵

RESUMO: O presente artigo tem por escopo a análise da responsabilidade civil do médico enquanto profissional liberal, precipuamente no que tange ao erro de diagnóstico. Inicia-se a abordagem pela caracterização da natureza jurídica da obrigação médica, para em seguida traçar os pressupostos de responsabilidade e as suas excludentes. A partir de então analisa-se o erro de diagnóstico, suas espécies, casos especiais e meios de prova. Explorar as singularidades atreladas ao erro de diagnóstico, e seus reflexos na responsabilidade civil médica foi um dos fatores que desencadeou esta pesquisa, como forma de resguardar o direito constitucional à saúde em tempos de aumento vertiginoso da litigância envolvendo o erro médico.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil do Médico. Erro médico. Erro de diagnóstico.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da Responsabilidade Civil Médica. 2.1. Dos Pressupostos da Responsabilidade Civil Médica. 2.2. Das Excludentes de Responsabilidade Civil do Médico. 3. Do Erro de

⁴⁵ Especialista em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Porto Alegre. Advogada inscrita no Conselho Seccional do Rio Grande do Sul, Subseção de Porto Alegre. Endereço eletrônico: palomamendescampos@hotmail.com.

Diagnóstico. 3.1. Do Erro Escusável e Inescusável. 3.2. Da Prova do Erro de Diagnóstico. 3.3. Do Diagnóstico de Doenças Desconhecidas e das Informações Erradas Fornecidas pelo Paciente ou por Exames Complementares. 4. Conclusão. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Medicina e Direito são áreas do conhecimento científico que se envolvem completamente com a ordem social, vez que ambas visam o socorro às necessidades do homem. Enquanto concerne ao profissional da Medicina a função de guarda de bens indisponíveis ao indivíduo, quais sejam, vida e integridade física, ao jurista incumbe o papel de fazer valer estes direitos inalienáveis quando violados ou na iminência de os ser.

Hodiernamente as situações conflituosas entre os dois ramos estão se tornando mais presentes em nossa sociedade. A responsabilidade civil médica ganha espaço cada vez maior na esfera jurídica, assim como na legislativa e nos meios de comunicação. Dados coletados⁴⁶ nos últimos cinco anos revelam que houve recrudescimento significativo do número de processos envolvendo erro médico no Brasil, havendo aumento de 140% destas ações no Superior Tribunal de Justiça.

A nível nacional estima-se que o número de ações por erro médico ultrapasse vinte e oito mil. Ademais, levantamento realizado no

⁴⁶ O fantasma do erro médico. **Vox Médica**, Porto Alegre, ano XV, n.71, p.8-11, abril/2016.

Rio Grande do Sul⁴⁷, pelo sindicato da classe médica, aponta que um a cada cinco médicos possui ao menos um processo em andamento no Estado relacionado a erro médico.⁴⁸

Incluso nestas estatísticas encontra-se o erro de diagnóstico, este que precede a fase de efetiva intervenção médica, caracterizada pelo tratamento. Assim como o erro médico em geral, o erro de diagnóstico apresenta sérias dificuldades em sua verificação, por se adentrar em campo estritamente técnico.

Diante desta realidade, descortina-se a relevância do estudo da matéria. O presente artigo tem por condão a avaliação da responsabilidade civil médica, e do erro de diagnóstico médico em sua extensão, tendo como pano de fundo a seguinte indagação: seria o erro de diagnóstico, por si só, ato indenizável?

Para tanto a pesquisa teve por base doutrina e jurisprudência pátrias, além de periódicos e artigos.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A responsabilidade civil médica é o instituto que regula a forma pela qual o profissional responde por seus erros e pelas consequências deles decorrentes. A fim de se determinar em que condições o médico é considerado responsável pelo dano experimentado pelo paciente, e

⁴⁷ O fantasma do erro médico. **Vox Médica**, Porto Alegre, ano XV, n.71, p.8-11, abril/2016.

⁴⁸ O fantasma do erro médico. **Vox Médica**, Porto Alegre, ano XV, n.71, p.8-11, abril/2016.

em que medida está obrigado a repará-lo, impende observar a natureza jurídica e os elementos da obrigação envolvida.

A responsabilidade do profissional liberal inicia-se quando da aproximação entre paciente e médico, onde este se dispõe a assistir o doente para fins de cura ou de minoração dos efeitos ou, ainda, controle da enfermidade.⁴⁹ Tal vínculo nascido antes da fase de diagnóstico, perdurará por todas as etapas de intervenção médica, alcançando inclusive fase posterior ao tratamento.

Nesse sentido, os deveres do médico deverão ser observados em todas as fases a fim de elidir sua responsabilização. Acerca dos deveres do galeno⁵⁰, Fernanda Schaefer⁵¹ cita rol não exaustivo:

São deveres dos médicos: dever de informar (Código de Ética Médica, art.59) e de aconselhar de forma que o paciente possa compreender suas condições e o tratamento a ser seguido; dever de assistência (é imperativo ético) e de perícia; dever de prudência e de diligência; dever de ouvir o paciente e interrogá-lo sobre seus sintomas; dever de recomendar qual o melhor tratamento e explicar seus pormenores técnicos; dever de manter-se constantemente informado sobre o quadro clínico de seu paciente; dever de vigilância; dever de sigilo quanto às informações confidenciais a que tiver tido acesso no desempenho de sua profissão (Código de

⁴⁹ POLICASTRO, Décio. **Erro médico e suas consequências jurídicas**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 3.

⁵⁰ Segundo o Dicionário Brasileiro de Saúde, Galeno foi um famoso médico na Roma antiga, e por esta razão seu nome se tornou sinônimo de médico. MURTA, Genilda Ferreira (organizadora). **Dicionário brasileiro de saúde: mais de 20 mil vocábulos e siglas**. 3. Ed. São Caetano do Sul: Difusão Editora, 2009, p.384.

⁵¹ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimp. Curitiba: Juruá, 2010, p. 35.

Ética, art.11); dever de guardar a vida humana (Código de Ética, art.6º) e, finalmente, o dever de aperfeiçoamento constante, principalmente na área do diagnóstico que passa por transformações constantes devido ao desenvolvimento de novas tecnologias.⁵²

Concernente à classificação da relação médico-paciente, a doutrina se divide ao abordar o caráter contratual e extracontratual da responsabilidade médica. Enquanto Arnaldo Rizzardo⁵³ e Carlos Roberto Gonçalves⁵⁴ abordam somente o caráter contratual da prestação de assistência médica, Décio Policastro⁵⁵, Marilise Kostelnaki Baú⁵⁶ e Ruy Rosado de Aguiar Jr.⁵⁷ admitem sua dualidade. Defendem que em situações como de calamidades, mal súbito em via pública, procura de atendimento em rede de profissionais credenciados, ou de prestação de atendimento de médico servidor público a responsabilidade será aquiliana⁵⁸.

⁵² SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimp. Curitiba: Juruá, 2010, p. 35.

⁵³ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 329.

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 395.

⁵⁵ POLICASTRO, Décio. **Erro médico e suas consequências jurídicas**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 3-4.

⁵⁶ BAÚ, Marilise Kostelnaki. **O contrato de assistência médica e a responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 26-27.

⁵⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 138-139.

Também diverge a doutrina sobre a natureza do pacto firmado entre paciente e médico. Enquanto para parte dos doutrinadores trata-se de mera avença de prestação de serviços, para outros constitui contrato *sui generis*. A contratação *sui generis*, posição defendida por Sergio Cavalieri Filho⁵⁹, afasta a simples noção de locação de serviços técnicos, abarcando o papel de conselheiro, guardião e protetor que o médico exerce perante o paciente e sua família.

Por oportuno, ainda cabe referir a classificação no que tange à dicotomia existente entre obrigações de meio e de resultado⁶⁰. Significa dizer que o objeto da prestação médica não é a cura, obrigação de resultado, mas a dispensa de cuidados conscienciosos, assim como de todos meios e recursos disponíveis para a melhor condução do quadro clínico.⁶¹

⁵⁸ A responsabilidade aquiliana, ou extracontratual disposta nos artigos 186 e 187 do Código Civil é aquela que decorre de violação à norma de comportamento, em situações em que não há obrigação contratual preexistente, quer seja ela expressa ou tácita. Dentro da seara médica, conforme Décio Policastro: “será extracontratual quando, embora sem prévia existência de contrato, um acontecimento imprevisto e grave cause situação de emergência tal, que obrigue o médico intervir para dar assistência de urgência a alguém”. (POLICASTRO, Décio. **Erro médico e suas consequências jurídicas**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 3-4). Ademais, nos casos de atendimento em rede de médicos credenciados, ou médicos servidores públicos, o dever de atendimento decorre de normas de Direito Administrativo ou civil que visam efetivar o disposto no artigo 37, parágrafo 6 da CF, e que são aplicáveis ao contrato estabelecido entre a pessoa jurídica e o médico, e não de avença firmada diretamente entre o médico e o paciente (BAÚ, Marilise Kostelnaki. **O contrato de assistência médica e a responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 26-27).

⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 371.

⁶⁰ **Apelação Cível Nº 70056713282**, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 28/08/2014.

Contudo, há hipóteses em que o serviço médico assume obrigação de resultado, como na vacinação. Acerca da temática, Fernanda Schaefer⁶² atenta que tal posicionamento vem sendo abandonado pela jurisprudência brasileira.

Nesse íterim, possível aferir que usualmente sendo classificada, a assistência médica, como obrigação de meio, ela não gerará a presunção de culpa do profissional, ou seja, a responsabilidade não será objetivamente atribuída ao médico. A natureza subjetiva da obrigação médica encontra respaldo no artigo 951 do Código Civil, que tem sua redação repisada pelo artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor e pelo artigo 1º do Código de Ética Médica (Resolução 1.931 do Conselho Federal de Medicina - CFM).

Ao arremate, importante sinalar que incide na relação médico-paciente o CDC porquanto médicos podem ser categorizados na qualidade de profissionais liberais prestadores de serviços⁶³.

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 395-396.

⁶² SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimp. Curitiba: Juruá, 2010, p. 38.

⁶³ O conceito de fornecedor estabelecido pelo CDC, em seu artigo 3º, é amplo no que concerne ao fornecimento de serviços, o que ora nos diz respeito. A legislação consumerista não restringe o fornecedor à figura do profissional, bastando o exercício de atividade habitual e reiterada. O caso do profissional médico também figura na cadeia de responsabilização, tanto quanto a entidade hospitalar, por força do dispositivo 14, § 4º da legislação aplicada às relações de consumo. Ainda, atenta-se para a solidariedade existente entre os fornecedores dentro da cadeia de fornecimento. (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 113-141).

Naturalmente, pacientes enquadram-se na condição de clientes, destinatários finais⁶⁴ dos serviços.⁶⁵

2.1 DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A saúde e as relações a ela inerentes estão regulamentadas no ordenamento jurídico brasileiro em diversas leis com graus de especificidade e hierarquia diferentes. A Constituição Federal de 1988, Lei Suprema da legislação pátria, confere o status de direito fundamental à saúde, universalizando, desta forma, a atenção à assistência médica. Tal direito, genericamente positivado na Carta Magna, ganha na legislação infraconstitucional o aprofundamento necessário para o deslinde de casos em que esta garantia constitucional é talhada por médicos.

Neste sentido, é no Código Civil, em seu artigo 186, que se encontram os elementos basilares da responsabilidade civil, quais sejam: conduta culposa do agente, nexu causal, e o dano sofrido pela vítima.⁶⁶

⁶⁴ O legislador, ao adotar definição mais objetiva de consumidor, aproximou a noção de consumidor final à destinatário final, ou seja, aquele que retira o bem ou serviço do mercado para fins de o adquirir ou o utilizar. Em assim sendo, é ele quem coloca fim a cadeia de produção. (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 83-112).

⁶⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 339-341.

⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 39-40.

O primeiro pressuposto é composto por um elemento físico e objetivo, que é a conduta, e um elemento subjetivo que é o aspecto volitivo. A exteriorização da conduta pode se dar por ação ou omissão (em hipóteses onde há dever jurídico de agir).⁶⁷ Já no que tange ao aspecto volitivo, ponto nevrálgico da responsabilidade civil médica, a culpa *lato sensu* é exteriorizada através do dolo, imperícia, negligência ou imprudência.

O dolo se caracteriza por ser a violação intencional e consciente de um dever jurídico. A imperícia, por sua vez, caracteriza-se pela ignorância, incompetência, imaturidade e inabilidade no exercício da profissão que demanda saber específico. É notória a imperícia em caso em que o médico delega atos para pessoas não habilitadas exercerem a Medicina, ou quando é conivente com atos médicos ilícitos (base legal⁶⁸ dada pelos artigos 2º e 10 do Código de Ética Médica).⁶⁹

A imprudência é verificada através de uma ação cuja ilicitude do resultado era previsível ao agente. Aplica-se a casos médicos em que o profissional age com excesso de confiança a tal ponto de desprezar normas básicas, ou, ainda, em situações em que, ao atuar sem a

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 43.

⁶⁸ Artigo 2º da Resolução CFM nº1931/2009: “Delegar a outros profissionais atos ou atribuições exclusivos da profissão médica.”

Artigo 10 da Resolução CFM nº1931/2009: “Acumular-se com os que exercem ilegalmente a Medicina ou com profissionais ou instituições médicas nas quais se pratiquem atos ilícitos.”

⁶⁹ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimp. Curitiba: Juruá, 2010, p. 47-48.

precaução ideal, o médico acaba por expor o paciente a risco desnecessário.

A negligência advém de uma omissão de cautelas razoáveis. É o descuido, a falta de diligência, o desleixo, a desídia. Na área da saúde, a negligência é observada em casos de uso de instrumentos contaminados, no descaso em período pós-cirúrgico e no silêncio quanto à informação da diagnose (artigo 34 do Código de Ética Médica⁷⁰).⁷¹

Contudo, estas espécies se comunicam e interpenetram a tal ponto que é possível observar casos de negligência revestidos de imprevisão, da imperícia impregnada de negligência, e da imprudência oriunda da falta de diligência e habilidade.⁷² Em qualquer destas modalidades, a apreciação da conduta se dará a partir da noção de culpa *in concreto*, isto é, o agir do profissional será comparado ao de outro médico colocado frente ao mesmo cenário para fins de determinação de culpa. Ademais, a culpa no caso em concreto é graduada em grave, leve e levíssima.⁷³

⁷⁰ Artigo 34 da Resolução CFM nº1931/2009: “Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa provocar-lhe dano, devendo, neste caso, fazer a comunicação ao seu representante legal.”

⁷¹ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimp. Curitiba: Juruá, 2010, p. 45-46.

⁷² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011, p. 123.

⁷³ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimp. Curitiba: Juruá, 2010, p. 44.

Quanto ao segundo pressuposto da responsabilidade médica, prevalece a máxima de que se do erro médico, ainda que doloso dano algum sobrevier, não haverá nenhuma responsabilidade a se imputar ao Esculápio⁷⁴, tampouco dever indenitário⁷⁵. O cerne da obrigação de indenizar advém do dever de reparar⁷⁶ o prejuízo amargado pela vítima para reintegrá-la ao *status quo ante*, tendo por objetivo final a indenização integral do dano, dentro dos limites do possível no caso concreto. Nesse sentido, o dano não é só fato gerador, mas também balizador do dever de indenizar.⁷⁷

De forma ampla, os danos são doutrinariamente classificados em contratuais, extracontratuais, diretos, indiretos, coletivos, patrimoniais,

⁷⁴ Segundo o Dicionário Brasileiro de Saúde, Esculápio é o deus da Medicina na mitologia grega, desta feita é usado como sinônimo de médico. MURTA, Genilda Ferreira (organizadora). **Dicionário brasileiro de saúde: mais de 20 mil vocábulos e siglas**. 3. Ed. São Caetano do Sul: Difusão Editora, 2009, p.336.

⁷⁵ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 737.

⁷⁶ Acerca do dever de reparar, o doutrinador Paulo de Tarso Sanseverino refere que o princípio da reparação integral é albergado pelo ordenamento jurídico pátrio, em seu dispositivo 944 do CC, e tem por escopo colocar o lesado em situação equivalente a que este se encontrava em momento pretérito ao dano, fazendo desaparecer, na medida do possível, os efeitos nefastos do ato ilícito. Ademais, tal princípio tem a função de uniformização na valoração das diferentes escalas indenizatórias, apresentando, neste sentido estrutura tripartida em: reparação total do dano (função compensatória); proibição do enriquecimento infundado da vítima (função indenitária); e, análise criteriosa do prejuízo efetivamente amargado (função concretizadora). Ainda, ressalta a discussão acerca da aplicabilidade função punitiva no Direito brasileiro, e de forma específica ao que a jurisprudência vem adotando em casos de danos extrapatrimoniais. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48-79).

⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 88-89.

imateriais e estéticos. Para fins de categorização, a distinção mais relevante diz respeito aos danos patrimoniais e os imateriais. O dano patrimonial, habitualmente ligado ao dano físico (este que varia de lesão corporal leve até o resultado morte), possui seu foco voltado para a perda material direta e imediata (dano emergente), e/ou para seus efeitos econômicos futuros (lucros cessantes).

De outra banda, o dano imaterial abarca os danos morais (dor subjetiva usualmente relacionada aos direitos de personalidade e família) e os danos estéticos (lesão à harmonia da beleza física de uma pessoa de forma grave e violenta). Atualmente é pacífica a possibilidade de cumulação de prejuízos morais e materiais (súmula 37 do STJ)⁷⁸, bem como a cumulação de danos morais e estéticos (Súmula 387 do STJ)⁷⁹, nos casos em que desfigurações severas causem transtornos internos e sociais à vítima.

Ao fim e ao cabo, o liame causal é o terceiro pressuposto apto a imputar a conduta culposa como fato gerador do dano. O nexos de causalidade proporciona a triangularização coordenada dos pressupostos que culminam no surgimento da obrigação de indenizar. Diante do caso concreto nem sempre é fácil estabelecer esta relação de causa e efeito, sobretudo quando há pluralidade de fatores envolvidos.

⁷⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético**: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 21/36.

⁷⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético**: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 163/167.

Com o propósito de dirimir casos duvidosos através da seleção dos fatores determinantes dentro de uma universalidade que contribui com o dano, o sistema jurídico nacional adota de forma majoritária a teoria da causalidade adequada, consoante o artigo 403 do Código Civil e a jurisprudência do STJ.

Adentrando a teoria da causalidade adequada, em que prevalecem noções de razoabilidade e previsibilidade do dano, entende-se como causa o antecedente adequado à produção do dano, e será tida como condição aquela mais apta e idônea a originar o resultado de acordo com a experiência comum. Portanto, a condição será a causa adequada do dano, sendo as restantes meras circunstâncias não causais.⁸⁰

2.2 DAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

As causas excludentes de responsabilidade são, em verdade, causas de rompimento de nexos causal, motivo pelo qual não incidirá responsabilidade civil, tampouco o dever de reparação. Em se tratando genericamente de responsabilidade civil, Sílvio Venosa⁸¹ aborda como sendo causas excludentes da responsabilização a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito, a força maior e a cláusula de não indenizar. Fernanda Schaefer⁸² ainda cataloga as situações de legítima defesa, o estado de necessidade (este que não afasta o dever

⁸⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 145/148.

⁸¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 43-44.

de reparação, a rigor dos artigos 188, II c/c 929 e 930 do CC), o exercício regular de direito e cumprimento de dever legal e fato exclusivo de terceiro.

No caso de culpa exclusiva da vítima o médico apontado como causador do dano é completamente eximido de culpa, cabendo ao paciente arcar com seus prejuízos.⁸³ Incorre em culpa exclusiva o paciente que inobserva as orientações médicas prescritas para o seu quadro clínico, afrontando, de forma consciente, advertida e deliberada, as normas técnicas constantes na literatura e prática médica.⁸⁴

Já a culpa concorrente (artigo 945, CC), por sua vez, não rompe completamente o nexo de causalidade, de forma que a responsabilidade deverá ser rateada por médico e paciente, respondendo cada um na proporção de sua contribuição para o evento danoso.⁸⁵ De rara admissão nos tribunais, o fato exclusivo de terceiro ocorre quando o causador do dano não é a vítima, nem o médico ou pessoa de sua equipe. Logo, nestes casos o dever de indenizar irá recair sobre terceiro, e não sobre o médico imputado.⁸⁶

⁸² SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 48-51.

⁸³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 110-116. [Responsabilidade Civil; 7 v.].

⁸⁴ Tribunal de Justiça. Nona Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70042611558**. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Julgado em: 20/07/2011.

⁸⁵ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. p. 48-51.

A responsabilização civil pode também ser afastada pela superveniência de caso fortuito ou força maior (dispositivo 393, CC), casos em que a culpabilidade é fulminada ante a inevitabilidade do resultado danoso. Enquanto no caso fortuito⁸⁷, há fato imprevisível oriundo da natureza, ausente qualquer intervenção humana, na força maior a previsibilidade faz-se presente, conquanto o agente não tenha possibilidade de evitar o dano, como é o caso de queda de cabelo em paciente radioterápico e de iatrogenia^{88, 89}.

O artigo 188 da lei civilista aponta hipóteses em que, embora haja ação voluntária do agente e a superveniência de dano efetivo, o dever de indenizar deverá ser visto de forma pomenorizada e irá variar de acordo com o caso em análise. Nesse sentido, são abrangidos os casos de legítima defesa, estado de necessidade e exercício regular de

⁸⁶ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 48-51.

⁸⁷ RIO GRANDE DO SUL. Nona Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70040265746**. Relator: Marilene Bonzanini Bernardi. Julgado em: 20/07/2011.

⁸⁸ Segundo o Dicionário Brasileiro de Saúde, iatrogenia é: “qualquer agravo à saúde, causado por uma intervenção de qualquer tipo” (MURTA, Genilda Ferreira (organizadora). **Dicionário brasileiro de saúde: mais de 20 mil vocábulos e siglas**. 3. Ed. São Caetano do Sul: Difusão Editora, 2009, p.427). Acerca do tema iatrogenia, de forma mais específica, Décio Policastro leciona: “pode-se dizer que, no enfrentamento da doença do paciente, pode ‘acontecer’ ou ser necessário outros danos à saúde do mesmo (a exemplo da amputação de um membro ou extirpação de parte de um órgão), previsível, mas inevitável. Ou imprevisível e, por isso mesmo, impossível de ser evitado. Ou, por fim, previsível ou imprevisível, mas a exigir ação médica radical em contrário, para cessar a evolução da doença, a exemplo de infecção que torne necessário a extirpação de um membro para evitar a disseminação geral” (POLICASTRO, Décio. **Erro médico e suas consequências jurídicas**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 54-55).

⁸⁹ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 48-51.

direito. Quanto à legítima defesa, esta se dá quando o agente usa de meios moderados e necessários para repelir injusta agressão a seu direito ou de outrem.

O exercício regular de um direito decorre de norma legal e seu exercício deve observar os estritos limites do dever legal, para não configurar abuso de direito ou seu exercício irregular. Tanto na legítima defesa, como também no exercício regular de um direito, os danos praticados não são passíveis de indenização.⁹⁰

O estado de necessidade nada mais é que a prática de ofensa a direito alheio para fins de remoção de perigo iminente face à necessidade das circunstâncias no caso concreto. O dano causado em estado de necessidade não isenta o seu agente e possui base nos artigos 188, II, 929 e 930 do Código Civil⁹¹. Tal prática pode ser exemplificada na hipótese em que o médico sacrifica um feto, a fim de preservar a vida da mãe.⁹²

Acerca da cláusula de não indenizar, esta não possui validade face à leitura sistemática da lei consumerista (dispositivos 24, 25 e 51 do Código de Defesa do Consumidor). Se admitida fosse, tal cláusula trataria de transferir o risco de dano para a vítima.⁹³

⁹⁰ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 48-51.

⁹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 4, p. 50-53.

⁹² SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 48-51.

Por último, forçoso mencionar que a renúncia à indenização não exonera de responsabilidade, no entanto extingue a obrigação. Caracteriza-se a renúncia por se tratar de abstenção de um direito, sem, no entanto, transferir sua titularidade a outrem. Quanto a sua natureza jurídica, tem-se que é ato jurídico unilateral, não receptício e irrevogável da parte.⁹⁴

3 DO ERRO DE DIAGNÓSTICO

Em se tratando a Medicina de ciência milenar, é notório que seus primórdios remontam a técnicas diagnósticas muito rudimentares se comparadas com os meios investigativos hoje existentes. Outrora, o médico para se sobressair na profissão tinha que somar maior número de acertos diagnósticos que os demais, ao que então se denominava o profissional possuidor de “olho clínico”. Ocorre que tal dom sobrenatural nunca existiu. Em verdade, o “olho clínico” se tratava de uma habilidade ímpar característica de profissionais que, apesar dos poucos conhecimentos técnicos de sua época, desenvolviam a capacidade de examinar o doente com devoção.⁹⁵

Tal conceito permanece até os dias de hoje enraizado nas bases da prática diagnóstica e do mecanismo de raciocínio médico.⁹⁶

⁹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 110-116. [Responsabilidade civil; 7 v].

⁹⁴ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. p. 48-51.

⁹⁵ MORAES, Irany Novah. **Erro Médico**. 2. ed. São Paulo: Maltese, 1991, p. 65/66.

⁹⁶ MORAES, Irany Novah. **Erro Médico**. 2. ed. São Paulo: Maltese, 1991, p. 65/66.

Conceitualmente, o diagnóstico consiste na determinação da enfermidade, sua gravidade, caracteres e efeitos. Para tanto, vale-se o esculápio de um complexo mecanismo intelectual, dispondo de dados de observação do paciente, ordenando-os conforme seus conhecimentos teóricos, e os confrontando com experiências e dados anteriores.^{97 98}

Nesta senda, o atendimento ao paciente mostra-se vital para a diagnose, devendo ser o mais completo possível, cabendo ao médico saber ouvir o enfermo. A arguição do paciente visa o seu histórico clínico, eventuais doenças pregressas, hábitos como tabagismo, histórico familiar de doenças, reação a medicamentos, lembrança dos primeiros sintomas da moléstia, bem como checar se há queixas em outras partes do corpo além do problema principal.⁹⁹

Contudo, é recorrente entre os pacientes a reclamação da falta de atenção dos médicos nas consultas, além de constantes interrupções do galeno durante a fala do doente. Pesquisas apontam que 16 segundos é o tempo médio que um médico deixa o paciente

⁹⁷ Nesse ponto, cabe a ressalva especial à Medicina Baseada em Evidências. Tal paradigma corresponde à avaliação e à validação de um diagnóstico perante evidências científicas criteriosamente definidas em bases epidemiológicas e estatísticas. Com a evolução da ciência cada vez mais latente, não há mais espaços para raciocínios e deduções alcançados a partir de experiências e observações pessoais que podem ou não ser casuais.(MEDEIROS, Lídia Rossi; STEIN, Airtton. **Níveis de evidência e graus de recomendação na medicina baseada em evidências**. Revista AMRIGS. Porto Alegre, 46 (1,2): 43-46, jan.-jun.2002).

⁹⁸ MORAES, Irany Novah. **Erro Médico**. 2. ed. São Paulo: Maltese, 1991, p. 66.

⁹⁹ POLICASTRO, Décio. **Erro médico e suas consequências jurídicas**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 57-60.

falar livremente antes de interrompê-lo. Ademais, índices mostram que em 37% das consultas, o médico não pergunta qual é a queixa do paciente nos primeiros 5 minutos. Entretanto, tem-se que em 70% dos casos o diagnóstico poderia ser feito baseado na conversa do médico com o paciente.¹⁰⁰

Outro ponto relevante para o diagnóstico é o exame físico. Faz parte integrante do exame clínico ou físico-corporal a apalpação, a verificação física imediata de sinais vitais, condições gerais de pressão arterial, batimentos cardíacos, abdômen, fundo de olho, língua, garganta, pele etc. Da mesma forma colaboram também para o ato da diagnose os exames laboratoriais que, via de regra, permitem ao médico apoiar-se em meios investigativos seguros. Os recursos laboratoriais e de visualização de imagens permitem também o diagnóstico de quadros associados à doença principal, clinicamente mudos ou pouco visíveis ao exame clínico.

No entanto, em que pese o avanço científico nesta área para diminuição dos erros de diagnóstico, trata-se a Medicina de ciência inexata, com diversas variáveis atreladas ao caso concreto. Nem sempre as circunstâncias facilitam a conclusão de um diagnóstico exato. Há casos em que os sintomas são imprecisos e confusos, outros em que a doença é rara ou desconhecida. Por vezes, sobrevêm casos em que a evolução do quadro se dá de forma célere e estranha à Medicina, inviabilizando a utilização de recursos diagnósticos. Também há situações em que exames laboratoriais defeituosos podem induzir o

¹⁰⁰ **Pacientes reclamam de falta de atenção dos médicos nas consultas, e profissionais se queixam de pressão e da falta de tempo para atender.** Jornal o Sul, Porto Alegre, 23 de outubro de 2011, Caderno Reportagem, p. 3.

médico a um erro de diagnóstico, bem como a diagnose equivocada pode advir de informações erradas fornecidas pelo próprio paciente.¹⁰¹

O erro técnico ocorrido nesta fase de cuidados pode vir a assumir duas faces. A primeira delas é a não identificação de enfermidade alguma, que caso tratada em sua origem, é sanável. Já a segunda, por sua vez, envolve a identificação de doença flagrantemente inexistente ou distinta, onde o emprego de tratamento desnecessário ou inócuo pode culminar em danos ao enfermo.¹⁰² Luis Manuel Barreto Campos ainda pontua que atrasos no diagnóstico, falhas de apreciação de gravidade e na detecção de complicações são espécies de erros de diagnóstico.¹⁰³

Um diagnóstico inadequado além de não cumprir sua finalidade no que tange à cura ou ao alívio da moléstia, ainda pode contribuir para o seu avanço. Outrossim, uma incorreta diagnose é capaz de redundar na realização de procedimento cirúrgico ou medicamentoso equivocado, com a eventual adição de consequências irreversíveis e complicações diversas, ocasionando desde a desestabilização emocional do enfermo até o seu óbito em casos extremados.¹⁰⁴ Nesse ínterim, o dano proveniente do erro de diagnóstico assume viés

¹⁰¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 334-335.

¹⁰² BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Aspectos da Responsabilidade Civil e do Dano Médico in NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (organizadores). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil – direito fundamental à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. V, p. 555-556.

¹⁰³ CAMPOS, Luis Manuel Barreto. **Erros de diagnóstico**. 2012. 36f. Dissertação (Mestrado em Medicina) – Universidad de Murcia, Espanha, p. 5.

patrimonial e/ou extrapatrimonial, sendo jurisprudencialmente aceita a aplicação da teoria da perda de uma chance¹⁰⁵ a casos pontuais.

Os danos patrimoniais serão compostos pelas despesas porventura suportadas a título de danos emergentes e lucros cessantes em razão do diagnóstico equivocado que conclui por doença inexistente quando esta se fazia presente, ou quando se diagnostica moléstia inexistente que impõe tratamento a ser custeado pelo paciente.¹⁰⁶ Já o dano extrapatrimonial será o representado pela angústia e sofrimentos oriundos de diagnóstico equivocado, seja ele falso positivo ou falso negativo. Por sua vez, a aplicação da teoria da perda de uma chance¹⁰⁷

¹⁰⁴ POLICASTRO, Décio. **Erro médico e suas consequências jurídicas**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 57-60.

¹⁰⁵ **Apelação Cível Nº 70067496307**, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 29/01/2016.

¹⁰⁶ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Responsabilidade pelo diagnóstico in DA SILVA, Regina Beatriz Tavares (coordenadora). **Responsabilidade civil na área da saúde**. Disponível em < <http://pt.slideshare.net/luizfernandesvieira9/responsabilidade-civil-na-area-serie-gv-law>> Acesso em 20 de outubro de 2014.

¹⁰⁷ A teoria da perda de uma chance é instituto nascido na jurisprudência francesa (*perte d'une chance*) e possui grandes reflexos na seara da responsabilidade civil médica. Tal teoria é aplicada a casos em que o paciente vê suas chances de cura mitigadas pelo agir médico objetivamente apurado. Para ser indenizável a chance deve ser real/considerável e não meramente eventual, e a reparação não é integral, posto que não se indeniza o prejuízo final, mas sim a chance perdida (KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 67-71). No caso da apelação cível Nº 70067496307 (ver nota de rodapé 61), por exemplo, houve condenação do agir médico que não aprofundou investigação clínica com exames laboratoriais de quadro infeccioso, não permitindo o diagnóstico da moléstia e levando o paciente a óbito no mesmo dia. O diagnóstico correto constatado tardiamente em outro hospital que não o demandado retirou do paciente a chance de conhecer a moléstia que o acometia para iniciar o tratamento adequado à patologia com a maior brevidade possível com vistas à cura ou mesmo a uma convalescência menos sofrida.

condiz com os casos onde a ausência do diagnóstico de mal efetivo ao paciente ocasiona a subtração da oportunidade de cura eficaz, ou em menor tempo, ou com a atenuação de sequelas.¹⁰⁸

Sob esta perspectiva, importa destacar que possivelmente seja a etapa diagnóstica a mais importante na linha de cuidados, pois é através da fixação do diagnóstico que se estabelecerá o prognóstico¹⁰⁹ e terapêutica adequados ao caso clínico.¹¹⁰ Inclusive, muitas vezes a fase do diagnóstico e tratamento se interpenetram, cabendo ao médico rever o diagnóstico ao longo do tratamento, sob pena do agravamento da responsabilidade profissional em caso de erro de tratamento oriundo de equivocada diagnose.¹¹¹

3.1 DO ERRO ESCUSÁVEL E INESCUSÁVEL

Nas hipóteses em que o erro médico antecede o tratamento, a procedência do pleito indenizatório fica atrelada à existência de erro inescusável que acarrete dano concreto ao paciente. Significa dizer que

¹⁰⁸ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Responsabilidade pelo diagnóstico in DA SILVA, Regina Beatriz Tavares (coordenadora). **Responsabilidade civil na área da saúde**. Disponível em < <http://discente.com.br/wp-content/uploads/2014/06/Responsabilidade-Civil-na-Area-Serie-GVLaw.pdf>> Acesso em 20 de outubro de 2014.

¹⁰⁹ Prognóstico para Fernanda Schaeffer é “a opinião ou julgamento feito, antes do tratamento, das perspectivas de desenvolvimento da enfermidade”. (SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 65)

¹¹⁰ POLICASTRO, Décio. **Erro médico e suas consequências jurídicas**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 57-60.

¹¹¹ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 59-60.

prevalece majoritariamente na doutrina e jurisprudência pátrias o entendimento que o erro de diagnóstico, por si só, não induz a responsabilização civil, somente sendo indenizável em caso de erro inescusável.¹¹²

É escusável¹¹³ o erro de diagnóstico tido como inevitável, ou seja, mesmo observadas todas as cautelas ainda sim se verificaria o dano. Tais erros são provenientes das próprias limitações da ciência médica, de casos cientificamente duvidosos ou que comportem opiniões doutrinárias diversas, não constituindo, desta forma, falta grave punível.

O erro escusável se encontra intimamente vinculado à noção de erro profissional, derivado da imperfeição da ciência, razão pela qual são afastadas as hipóteses de negligência e imperícia (modalidades de culpa geralmente relacionadas ao erro de diagnóstico). A título elucidativo, o erro profissional ocorre quando o galeno aplica de forma correta técnica ruim ou de efeito duvidoso, embora aceita e preconizada pela Medicina. Já a imperícia, por sua vez inescusável, ocorre nos casos em que o profissional aplica de forma errônea uma técnica reconhecidamente boa.¹¹⁴ Fernanda Schafer, citando Ramos, elenca os critérios deste para caracterizar o erro escusável:

¹¹² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, p. 102.

¹¹³ **Apelação Cível Nº 70057872418**, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 30/01/2014.

¹¹⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 558-559.

Que o mau resultado tenha advindo de conduta do paciente, e não do médico; que não tenha havido imprudência ou negligência do médico assistente; que o mau resultado tenha sido consequente a um erro de diagnóstico possível do ponto de vista estatístico; que neste diagnóstico tenham sido usados meios e métodos habitualmente empregados; que o tratamento feito tenha sido o habitual para este diagnóstico; que a evolução do caso se tenha processado dentro das expectativas.¹¹⁵

Por outro lado são tidos por inescusáveis, os erros injustificáveis, evitáveis, culposos, e até mesmo grosseiros, de modo que sua constatação implica em responsabilização civil.¹¹⁶ Atualmente com o avanço tecnológico verificado na área da saúde, com a criação de exames e técnicas investigativas cada vez mais modernas, seguras e menos invasivas (neste contexto incluso a ressonância-magnética, tomografia, ultrassonografia, cintilografia, entre outros), não se pode admitir que o açodamento, a ligeireza, a falta de estudos, a carência de exames, o despreparo técnico, sejam albergados pelo mundo jurídico.¹¹⁷

A doutrina cataloga como evitáveis os seguintes erros de diagnóstico: operação de cesariana realizada em mulher com gravidez psicológica; diagnóstico de simples indisposição para paciente com acidente vascular cerebral, quando este já era portador de cardiopatia grave e alto colesterol; tratamento de artrite química como se fosse

¹¹⁵ RAMOS apud SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 63.

¹¹⁶ **Apelação Cível Nº 70044864544**, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 30/05/2012.

¹¹⁷ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 64-70.

fratura; diagnóstico de apendicite, sem realizar exames prévios básicos, quando em verdade se tratava de litíase ureteral; aplicar tratamento de doença diversa da que acometia o paciente sem tentar descobrir qual a moléstia que se apresentava; diagnóstico inexato e leviano em clara contraposição aos exames realizados.¹¹⁸

Outrossim, incorre em erro de diagnóstico o anestesista que procede à má avaliação do paciente e de sua resistência, podendo vir a incorrer em erro de terapêutica e técnica decorrentes do uso de medicação anestésica ineficaz ou inadequada, ou ainda na aplicação de oxigenação insuficiente.¹¹⁹ Entretanto, em que pese o esforço doutrinário ao catalogar a matéria, ostenta-se impossível a formulação de um rol exaustivo. O erro de diagnóstico inescusável possui incontáveis faces atreladas à subjetividade da matéria humana, podendo assumir diversos contornos dentro do caso concreto.

Cabe ressaltar posição minoritária encabeçada por Rui Stocco e Gustavo Tepedino que defende que a doutrina e jurisprudência atuais vêm tratando com certa indulgência o erro de diagnóstico. Para esta corrente a responsabilização dos médicos não pode estar atrelada única e exclusivamente à existência de erro grosseiro e grave. Por considerarem que a evolução dos meios investigativos reduziu as dificuldades inerentes ao ato diagnóstico, os defensores desta corrente alegam que o diagnóstico tardio, equivocado ou gerador de

¹¹⁸ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 68.

¹¹⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 156.

complicações à saúde do paciente impõe a aplicação da teoria da perda de uma chance.¹²⁰

Afora controvérsia sobre a aceitação da falibilidade médica em termos relativos, a doutrina é assente ao apontar que o mesmo não é válido para fins de conduta. Assim, mesmo podendo o diagnóstico assumir forma genérica, uma vez que nem sempre é possível identificar a causa etiológica da doença num primeiro momento, não pode o esculápio proceder de forma equivocada ao tratamento e demais fases do procedimento médico.¹²¹

É consenso que mesmo havendo cerca de novecentos códigos de Classificação Internacional de Doenças (CID), estes que correspondem a aproximadamente seiscentas doenças catalogadas, das quais dois terços seguramente são de causa desconhecida, ainda assim não é dada ao médico a opção de falibilidade quanto à conduta adequada.¹²²

A título de elucidar a questão põe-se como pano de fundo o caso de atendimento emergencial à paciente em insuficiência respiratória grave. Pode em um primeiro momento o médico não conseguir identificar a causa da insuficiência (diagnóstico etiológico), contudo ele terá obrigação de manejar o quadro a fim de estabilizar o paciente, para

¹²⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 738.

¹²¹ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 74.

¹²² MORAES, Irany Novah. **Erro Médico**. 2. ed. São Paulo: Maltese, 1991, p. 68 -69.

só após, com o paciente fora de risco de vida, fazer a investigação das causas daquele quadro.

Ainda no que tange à configuração do erro de diagnóstico, insta ponderar a visão deturpada que muitas pessoas possuem com relação ao seu conceito. Nem todo resultado indesejado configura erro. A não realização de expectativas do paciente gera habitualmente a confusão entre o mal resultado, dentro de uma aceção individualizada, e o erro médico. Desta feita, nem sempre o implemento de resultado diverso do esperado pelo paciente redundará em responsabilidade civil.¹²³

3.2 DA PROVA DO ERRO DE DIAGNÓSTICO

Adentrando a seara processual, cumpre destacar que, assim como nas demais ações de erro médico, a prova do erro de diagnóstico é calcada na comprovação da culpa, conforme disposto nos artigos 186 e 951 do Código Civil, bem como no artigo 14, §4º da lei consumerista.

Afastada a aplicação de culpa virtual¹²⁴, cabe ao julgador analisar se foram observados os cuidados possíveis ao se diagnosticar a moléstia, se houve a utilização de todos os meios investigativos disponíveis, de acordo com padrões determinados pela ciência,¹²⁵ confrontando sempre a norma técnica com a conduta efetivamente

¹²³ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 60.

¹²⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 144-151.

¹²⁵ Tribunal de Justiça. Décima Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70036893303**. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana. Julgado em: 25/08/2011.

apresentada pelo profissional no caso em concreto. Acerca do tema, expõe Miguel Kfoury Neto: “assim, qualquer erro de avaliação diagnóstica induzirá responsabilidade se um médico prudente não o cometesse atuando nas mesmas condições externas que o demandado”.¹²⁶

Para fins de imputação de culpa, é importante o magistrado levar em consideração as circunstâncias especiais como o dever de conhecimento diferenciado que possui um especialista. Consoante Hamid Charaf Bdine Júnior, nos casos em que há atuação conjunta de especialistas e generalistas, responderá o generalista que deixa de chamar o especialista, quando as condições indicavam e disso havia possibilidade; responderá somente o especialista por consequências de suas recomendações acatadas e executadas pelo generalista; e responderá o generalista pelos danos decorrentes de sua indicação terapêutica quando esta for diversa da do especialista.¹²⁷

Outro caso que merece destaque e atenção do julgador é quando o erro de diagnóstico ocorre em atendimento realizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), onde há notória problemática ligada à escassez e sucateamento de recursos disponíveis para fins diagnósticos. Nesses casos em que a ausência de aparelhos, materiais e exames impõe entraves ao diagnóstico, deve se observar se naquelas condições e

¹²⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 102.

¹²⁷ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Responsabilidade pelo diagnóstico in DA SILVA, Regina Beatriz Tavares (coordenadora). **Responsabilidade civil na área da saúde**. Disponível em < <http://discente.com.br/wp-content/uploads/2014/06/Responsabilidade-Civil-na-Area-Serie-GVLaw.pdf>> Acesso em 20 de outubro de 2014.

meios existentes houve crasso desvio da conduta prevista. Do contrário, se havia disponibilidade de material, e o médico optou pela não utilização, incorrendo em erro, sobrevirá culpa do profissional.¹²⁸

No que tange ao ônus probatório, prevalece no ordenamento jurídico brasileiro a regra de que cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos do direito alegado, bem como compete ao réu a demonstração da inexistência do direito invocado, ou algum acontecimento impeditivo do exercício do direito. Todavia, é permitido ao juiz, nos casos de extrema dificuldade para o autor fazer prova, inverter o seu ônus quando o prejudicado for hipossuficiente¹²⁹ ou a alegação for verossímil, nos termos do artigo 6º, inciso VIII do CDC.¹³⁰

Tal inversão é recorrente nas demandas envolvendo o erro médico, vez que labora para a obstacularização da prova da culpa o fato de os acontecimentos transcorrerem em ambientes reservados como consultórios e hospitais. Ademais, o paciente nada sabe sobre a ciência médica, e seus termos técnicos de difícil compreensão, para fazer prova do seu direito e exercê-lo de modo devido. Inclusive, por adentrar em campo estritamente técnico, o erro de diagnóstico impõe sérias dificuldades não só ao autor, como também ao julgador, devendo

¹²⁸ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Responsabilidade pelo diagnóstico in DA SILVA, Regina Beatriz Tavares (coordenadora). **Responsabilidade civil na área da saúde**. Disponível em < <http://discente.com.br/wp-content/uploads/2014/06/Responsabilidade-Civil-na-Area-Serie-GVLaw.pdf>> Acesso em 20 de outubro de 2014.

¹²⁹ **Apelação Cível Nº 70041198458**, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 20/07/2011.

¹³⁰ POLICASTRO, Décio. **Erro médico e suas consequências jurídicas**. 3. ed Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 126-133.

este socorrer-se de todos os meios de prova válidos: oral, documental e principalmente pericial.¹³¹

A prova oral é materializada não só nos depoimentos pessoais do médico e da vítima, como também na oitiva de testemunhas. O bom testemunho é aquele pertencente à pessoa que efetivamente presenciou os fatos, que tratou o paciente após o erro de diagnóstico, ou que acompanhou o enfermo no transcorrer das fases de intervenção médica. Pertinente apontar a dificuldade de coleta de tão qualificado testemunho, haja vista que geralmente pertencente a pessoas diretamente subordinadas ao médico demandado. Ao arremate, não comportam prova oral os fatos confessos, os já provados, ou os fatos que só possam ser provados por documento ou perícia.

A prova documental é aquela produzida pelas partes e entregue ao magistrado, que irá admitir ou não como parte integrante do processo. Consideram-se provas documentais os registros sobre o paciente existentes no hospital, laudos utilizados, atestados, receituários, exames clínicos e laboratoriais, boletins e fichas técnicas,¹³² filmagens, fotos etc. Ganha especial relevo o prontuário médico, este que é o repositório do maior número de informações sobre o paciente, devendo nele constar o histórico dos sintomas apresentados, a evolução da moléstia, os exames realizados e seus

¹³¹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 102.

¹³² **Apelação Cível nº 70040106072**. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Julgado em: 20/07/2011.

resultados, as prescrições, os procedimentos executados, bem como os profissionais que assistiram o enfermo.¹³³

Por sua vez, a prova pericial constitui meio probatório indispensável em lides que tenham por objeto a responsabilidade civil médica, em razão da concentração de vasta matéria técnica a ser discutida.¹³⁴ O laudo elaborado por *expert* nomeado pelo julgador é de suma importância, pois, ainda que o juiz não esteja a ele vinculado, na prática muitas vezes se torna causa influenciadora de sua convicção, vez que o juiz não possui conhecimentos técnicos de Medicina¹³⁵. No laudo serão analisados objetivamente os documentos juntados aos autos, bem como serão respondidos os quesitos formulados pelas partes, devendo sua conclusão ser imparcial.

Deste laudo, caberá formulação de novos quesitos pelas partes, com a respectiva elaboração de laudo complementar pelo perito. Outrossim, dependendo da complexidade da causa, se esta envolver mais de uma especialidade médica, far-se-á necessária mais de uma perícia. Ademais, nesta parte da fase probatória é facultado às partes a contratação e indicação de assistente técnico. O *expert* de confiança das partes poderá as auxiliar na elaboração de quesitos, acompanhar o

¹³³ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 79-84.

¹³⁴ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 70-71.

¹³⁵ **Apelação Cível nº 70042958314**. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Julgado em: 24/08/2011.

ato pericial, e até mesmo emitir seu parecer (inclusive para impugnar o laudo do perito judicial).

Por fim, oportuno sinalizar que em situações excepcionais, é admitida a produção antecipada de provas, quando configurado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.¹³⁶ Tal mecanismo processual é largamente utilizado em demandas que envolvem não só o erro de diagnóstico, mas o erro médico em geral, devido à alta incidência de casos que exigem a imediata intervenção médica a fim de se evitar a majoração de malefícios ao paciente.¹³⁷

3.3 DO DIAGNÓSTICO DE DOENÇAS DESCONHECIDAS E DAS INFORMAÇÕES ERRADAS FORNECIDAS PELO PACIENTE OU POR EXAMES COMPLEMENTARES

Seguindo o estudo das variáveis atreladas ao ato diagnóstico, faz-se imperioso o cotejo das situações em que o médico é colocado à prova através do enfrentamento de situações em que a melhor técnica ensinada nos bancos universitários não será bastante.

A primeira delas diz respeito ao caso em que o médico se defronta com doença nunca antes descrita na literatura médica, ou, que se descrita, seja pouco relatada. Neste caso deverá o médico agir como um pesquisador, não havendo a configuração da responsabilidade civil,

¹³⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Nona Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70041092586**. Relator: Marilene Bonzanini Bernardi. Julgado em: 29/06/2011.

¹³⁷ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 70-71.

vez que não há parâmetro científico capaz de demonstrar que o profissional não agiu corretamente, salvo hipótese de erro grosseiro.¹³⁸

Em se tratando de doença de causa etiológica desconhecida, caberá ao médico estudá-la a fim de traçar o perfil do grupo social de risco (características comuns a todos integrantes), e identificar os fatores de risco (elementos que tornam o paciente integrante do grupo de risco). Coletados estes dados, e considerados dentro de um juízo analítico de probabilidades, só então o médico emitirá diagnóstico pautado em estatísticas, podendo para fins de tratamento se valer dos já existentes, ou ainda utilizar meios experimentais, desde que expressamente autorizados pelo paciente.¹³⁹

Outra hipótese tormentosa na rotina médica diz respeito às situações em que o erro diagnóstico deriva de informações erradas fornecidas pelo próprio paciente. É fato notório que a relação médico-paciente é e sempre foi calcada na confiança mútua entre as partes, mas quando há quebra do vínculo justamente pelo maior beneficiário, a doutrina majoritariamente entende não ser o caso de responsabilização do médico. Isso porque elementos centrais do diagnóstico são baseados principalmente nas informações relatadas pelo queixoso. E se o paciente mascara a gravidade dos sinais ou sintomas, mesmo que

¹³⁸ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 70-71.

¹³⁹ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 70-71.

de forma subconsciente e não dolosa, ainda sim induz o médico a erro.¹⁴⁰

Cabe registrar o posicionamento minoritário e divergente de Fernanda Schaefer. Para a autora, ainda que o médico tenha sido induzido ao erro, sua total isenção não se mostra crível, podendo se falar nestes casos em culpa concorrente. Isso porque o médico tem o dever de investigar atentamente as informações fornecidas pelo paciente, e sempre que possível as confirmar por exames complementares, a fim de corrigir eventuais distorções de informação. Nessa linha de raciocínio, não se pode imputar ao leigo credibilidade cega, até mesmo porque as informações erradas podem sobrevir do próprio abalo físico ou psicológico da enfermidade, que pode criar falsas realidades no paciente.¹⁴¹

Por terceiro, apresentam-se os casos em que o erro de diagnóstico sobrevém de informações erradas fornecidas por exames complementares. Tal situação torna-se relevante à medida que, atualmente, com a constante e crescente evolução dos meios investigativos de alta tecnologia, a regra dentro da prática médica é a emissão de juízo diagnóstico somente após a realização de exames complementares.¹⁴² Inclusive, por se basear em exames de alta

¹⁴⁰ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 73-74.

¹⁴¹ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 73-74.

¹⁴² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 738.

tecnologia, Rui Stocco¹⁴³, em posição minoritária, defende que o ato diagnóstico passou a ser obrigação de resultado.

Corrente minoritária à parte, o fato é que o médico não só pode, como deve se servir de todos os meios diagnósticos, conforme artigo 32¹⁴⁴ do Código de Ética Médica, sob pena de responder civilmente por sua omissão quando o erro na diagnose estiver fundado na ausência de exames indispensáveis. Dentro deste contexto se extrai que o diagnóstico passou a ser uma atividade complexa e interdependente, que amplia o espectro da responsabilidade civil aos demais profissionais da saúde que colaboram com o médico solicitante dos exames complementares.

Nesse sentido, é recorrente na doutrina e jurisprudência pátrias a abordagem de resultado falso positivo (resultado indicativo de doença em paciente, em verdade, saudável) e falso negativo (resultado indicativo de saúde em paciente, em verdade, doente) em exames ou procedimentos para detecção de vírus HIV, hepatite C, gravidez, câncer, entre outros. Se por um lado um exame que ateste a presença de enfermidade inexistente redundava em sofrimento psicológico desnecessário ao paciente que crê ser portador de doença, por outro também acaba por expô-lo aos riscos de uso de farmacoterapia e procedimentos, estes que se não forem inócuos, poderão ainda sim ser potencialmente lesivos ao quadro clínico estável de fato apresentado.

¹⁴³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 737-738.

¹⁴⁴ Artigo 32 da Resolução CFM nº 1931/2009: “É vedado ao médico deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.”

De outra banda, em caso de falso negativo os efeitos podem ser ainda mais nefastos, na medida em que se mascara moléstia efetiva e ativa, permitindo o avanço e agravamento do quadro mórbido, este que se desenvolverá de forma silenciosa e sem o acompanhamento devido. Ainda no que tange ao falso negativo, tem-se por aplicável a teoria da perda de uma chance, posto que em não havendo diagnóstico e respectivo tratamento, as chances de sequelas e sobrevida do enfermo com mal silenciado por exames equivocados poderão ser substancialmente comprometidas.

Nas ações em que a causa de pedir fica atrelada a resultado de falso positivo, a jurisprudência pátria se movimenta no sentido de que somente responderá o médico que agiu desacauteladamente, sem fazer a leitura dos exames laboratoriais em conjunto com o exame clínico, sem respeitar protocolos de repetição de exames¹⁴⁵ para fins confirmatórios, e sem observar o dever de informação ao paciente. Isto porque eventual erro diagnóstico por exames complementares laboratoriais pode advir de limitações da ciência relacionadas ao próprio estágio do paciente.

Nos casos de falso positivo de HIV, por exemplo, existem diversas variáveis que podem mascarar o resultado, inclusive condições clínicas do próprio paciente, tal como a vacina contra a influenza A H1N1, entre outras comorbidades. Em sobrevivendo resultado positivo para HIV, o resultado é entregue diretamente ao médico, que, por sua vez, deverá comunicar a alteração do exame ao paciente, o

¹⁴⁵ **Apelação Cível Nº 70050069160**, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 29/11/2012.

alertando da possibilidade de falso positivo e da necessidade de repetição do teste para confirmação. Atente-se que a mera comunicação de alteração de exame, se sucedida de adequada informação, não configura falha do profissional¹⁴⁶.

Por outro vértice, com relação ao resultado falso negativo de HIV, mais raro na prática forense, o resultado equivocado se vincula à janela imunológica da patologia. Significa dizer que entre a infecção do vírus e o início de sua detecção podem transcorrer período de 30 a 60 dias. Em suspeitando o médico do exame falso negativo, analisado o conjunto clínico, deverá repetir o exame 120 dias após a data de possível contágio para confirmação do resultado, este que se divergir, ainda deverá resultar em terceiro novo teste a fim de corroborar um dos resultados anteriores.¹⁴⁷

Outra situação que se amolda ao erro em exames complementares e ganha destaque pela presença de dois médicos na linha de diagnóstico é o erro em exames radiológicos por imagem, como ultrassonografia, tomografia e ressonância magnética. Em caso de litisconsórcio passivo entre o médico solicitante dos exames, e o médico radiologista, em se verificando a presença de erro grosseiro, responderão ambos pelo dano causado¹⁴⁸. Responderá o radiologista

¹⁴⁶ **Apelação Cível Nº 70030801542**, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 29/08/2013.

¹⁴⁷ <http://www.aids.gov.br/pagina/o-que-e-janela-imunologica>; acesso em 7 de julho de 2016.

¹⁴⁸ **Apelação Cível Nº 70015709066**, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 26/10/2006.

por infringir princípios básicos da interpretação radiológica, e responderá o médico solicitante dos exames, e conhecedor das individualidades do paciente, por confirmar o diagnóstico de imagem, sem interpretar o laudo à luz dos exames clínicos e demais exames complementares, ou mesmo repetir o exame incorreto para confirmação.

4 CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objeto a análise da responsabilidade civil do médico, enquanto profissional liberal, decorrente de erro de diagnóstico, sem, contudo, exaurir o tema. A abordagem feita de forma sistemática dos pressupostos e elementos caracterizadores da responsabilidade civil médica, suas causas excludentes, juntamente com a conceituação, espécies, aspectos processuais e casos especiais do erro de diagnóstico, dá recursos ao leitor para responder ao questionamento inicialmente posto.

Nesse sentido, observada a natureza subjetiva da obrigação médica delineada no dispositivo 186 do CC, o qual institui como elementos configuradores da responsabilidade civil o dano, a conduta culposa do agente e o nexo causal, bem como as diversas variáveis atreladas ao ato da diagnose, tem-se que o erro de diagnóstico, *a priori*, não é indenizável. Isto porque, impera na doutrina e jurisprudência pátrias o entendimento que, nos casos em que o erro médico é calcado na não identificação da moléstia que acomete o paciente, ou ainda na falsa identificação de doença em paciente saudável, somente haverá

responsabilização quando verificada a existência de erro grosseiro e inescusável causador de dano.

O erro inescusável de diagnóstico é traduzido nas situações em que as normas técnicas da profissão são desrespeitadas de forma crassa. Tal desrespeito deve ser analisado dentro do caso em concreto, observadas suas especificidades, de forma que a conduta do médico será apurada de modo comparativo. Importa dizer, só haverá responsabilização se um médico prudente não cometesse o mesmo erro diagnóstico se colocado nas mesmas condições do demandado.

Dentro dessa estrutura probatória, a prova pericial ganha especial destaque, cabendo ao perito judicial fazer a análise comportamental-comparativa do médico demandado, além de verificar a extensão dos danos, estes que podem assumir viés tanto patrimonial, quanto extrapatrimonial. Com relação ao dano, importa referir que os valores indenitários têm por pano de fundo não o enriquecimento indevido do demandante, mas sim a preservação de bens jurídicos primordiais negligenciados, e que muitas vezes já não podem mais ser recompostos por valor algum.

Atualmente, na Era da Informação, com todos os meios de comunicação disponíveis, inclusive com o uso do “Dr. Google” como frequente fonte de pesquisa entre os pacientes, não há que se olvidar que erros palmares são cada vez mais visíveis ao leigo. Assim sendo, com a informação disponível, a tolerância da população a erros grosseiros ostenta-se cada vez menor, realidade que invariavelmente é

convertida no aumento da litigância no Judiciário, onde cada vez mais médicos figuram no banco dos réus.

Nesse ínterim, é preciso que o estudioso do Direito esteja atento às demandas sociais no que concerne à má prática médica, porquanto cabe ao jurista o poder de fazer valer os direitos constitucionais à saúde e integridade física da população como um todo.

5 REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 133-180.

BAÚ, Marilise Kostelnaki. **O contrato de assistência médica e a responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Responsabilidade pelo diagnóstico in DA SILVA, Regina Beatriz Tavares (coordenadora). **Responsabilidade civil na área da saúde**. Disponível em < <http://discente.com.br/wp-content/uploads/2014/06/Responsabilidade-Civil-na-Area-Serie-GVLaw.pdf>> Acesso em 20 de outubro de 2014.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil – teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. I. p. 543-574.

CAMPOS, Luis Manuel Barreto. **Erros de diagnóstico**. 2012. 36f. Dissertação (Mestrado em Medicina) – Universidad de Murcia, Espanha.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. [7º Volume: Responsabilidade Civil; v. 7].

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDEIROS, Lídia Rossi; STEIN, Airton. **Níveis de evidência e graus de recomendação na medicina baseada em evidências**. Revista AMRIGS. Porto Alegre, 46 (1,2): 43-46, jan.-jun.2002.

MORAES, Irany Novah. **Erro Médico**. 2. ed. São Paulo: Maltese, 1991.

O fantasma do erro médico. **Vox Médica**, Porto Alegre, ano XV, n.71, p.8-11, abril/2016.

Pacientes reclamam de falta de atenção dos médicos nas consultas, e profissionais se queixam de pressão e da falta de tempo para atender. Jornal o Sul, Porto Alegre, 23 de outubro de 2011, Caderno Reportagem, p. 3.

POLICASTRO, Décio. **Erro médico e suas consequências jurídicas**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. 1. ed. (2002). 9. reimp. Curitiba: Juruá, 2010.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 4.

<http://www.aids.gov.br/pagina/o-que-e-janela-imunologica>; acesso em 7 de julho de 2016.