

.def

Revista da Defensoria Pública
do Estado de Minas Gerais

Ano 1 nº 1 maio 2017 | ISSN 2526-7051



REPORTAGEM ESPECIAL

PPP – Prós e contras do modelo prisional público-privado mineiro

ENTREVISTA

Desemb. Herbert José Almeida Carneiro, presidente do TJMG



SUMÁRIO

Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

Rua Guajajara, 1.707, Barro Preto.
30180-099 – Belo Horizonte, MG
Telefone: 31 3526-0310
www.defensoria.mg.def.br

Defensora pública-geral
Christiane Neves Procópio Malard

Subdefensor público-geral
Wagner Geraldo Ramalho Lima

Corregedor-geral
Ricardo Sales Cordeiro

Conselho Superior
Christiane Neves Procópio Malard
Wagner Geraldo Ramalho Lima
Ricardo Sales Cordeiro
Galen Gomes Siqueira
Thiago Dutra Vaz de Souza
Fernando Campelo Martelletto
Erika Almeida Gomes
Fernando Orlan Pires Resende
Marco Túlio Frutuoso Xavier



Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais
ISSN 2526-7051

Realização
Defensoria Pública-Geral do Estado de Minas Gerais

Editor
Pericles Batista da Silva

Editor adjunto
Cláudio Miranda Pagano

Conselho Editorial
Bruno Cláudio Penna Amorim Pereira
Carlos Henrique Soares
Cláudio Miranda Pagano
Daniel Firmato de Almeida Glória
Juliana de Carvalho Bastone
Marcelo Paes Ferreira da Silva (*secretário*)
Paulo Adyr Dias do Amaral
Pericles Batista da Silva
Renata Furtado de Barros

Jornalista responsável
Alessandra Amaral – MTB 5898

Projeto gráfico | Direção de arte | Diagramação
Lúcia Helena de Assis
Matheus Malta e Zaira Fonseca (estagiários)

Fotos: Ascom/DPMG. Fred Wanderley/GPA (capa e p.6-7)

Revisão
Graciana Marie Oliveira

Impressão, acabamento, embalagem e etiquetagem
RB Gráfica Digital Eireli

Tiragem: 1 mil exemplares

Cartas à redação: revista.def@defensoria.mg.def.br

Os artigos assinados não refletem, necessariamente, a opinião da *Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais*, sendo seu conteúdo de responsabilidade de seus autores.

Permitida a reprodução parcial e integral desde que citada a fonte.

1 EDITORIAL

2 ENTREVISTA

Desemb. Herbert José Almeida Carneiro

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

6 REPORTAGEM ESPECIAL

PPP – Prós e contras do modelo prisional público-privado mineiro

13 ARTIGOS

A pena privativa de liberdade e o enunciado da Súmula Vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal

18

Judicialização do direito à saúde: breves anotações

26

O repasse dos recursos referentes às dotações orçamentárias por duodécimo às Defensorias Públicas como garantia ao direito fundamental de assistência jurídica

30

O vínculo biológico e socioafetivo sob a perspectiva da multiparentalidade

36

Problemas envolvendo a dosimetria da pena

40

Da prioridade absoluta ao absoluto abandono

44

O papel da Defensoria Pública no estado democrático de direito

A **.def – Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais** é uma publicação semestral que busca promover a análise crítica e a veiculação de diferentes pontos de vista sobre temas que, direta ou indiretamente, possam contribuir para atenuar a vulnerabilidade de cidadãos e grupos sociais, o que constitui a missão precípua da Defensoria Pública. Ademais, em tempos de superprodução de conteúdos, a **.def** aposta em uma linha editorial que conjugue qualidade e seriedade, com uma linguagem acessível e conectada ao nosso século.

EDITORIAL

Lá no distante 1764, Beccaria concluiu, com propriedade, que, para não constituir violência contra o cidadão, a pena deveria ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcional ao delito e determinada pela lei. Séculos se passaram, revoluções mudaram a feição política e econômica do mundo, o desenvolvimento tecnológico encurtou distâncias e eliminou barreiras, as ciências jurídicas e sociais conceberam teorias que escrutinaram as coletividades humanas. Mas a dinâmica do encarceramento, seja em unidade prisional pública ou em uma administrada por parceria público-privada, como a que é objeto da reportagem especial desta edição, é questão ainda pendente de conceitos estabelecidos e ações efetivas. Algo precisa ser feito. Mais do que ações açodadas concebidas no calor dos fatos, há que se pensar em uma mudança estrutural, com amplitude e profundidade suficientes para fazer frente ao desafio de promover a integração social de que fala a lei. A política de repressão pura e simples, de forma indistinta, da massa carcerária, propagada pela retórica populista de encarceramento e vingança penal, adotada por alguns que parecem buscar locupletar-se politicamente em meio ao caos do sistema, tem se revelado ineficaz, não conseguindo diminuir os índices de reincidência, nem os de violência. O caminho íngreme passa pela adoção de medidas diversas, como garantir a assistência jurídica integral aos presos, viabilizar e incentivar as formas alternativas de cumprimento de pena, investir na capacitação dos recursos humanos nas unidades prisionais, para citar apenas algumas. O trabalho de forças-tarefas pode contribuir para atenuar, no plano conjuntural, o caótico quadro criado por anos de leniência e políticas equivocadas, mas somente surtirá o efeito desejado se for convertido em programas de atuação permanente, e não apenas em projetos temporários. Ademais, o adequado encaminhamento da questão deve incluir um amplo debate que consista na escuta ativa dos atores que efetivamente conhecem e vivenciam a rotina de unidades prisionais superlotadas, onde a ausência de Estado dá ensejo ao aparecimento de poderes paralelos.

ENTREVISTA

Desembargador Herbert José Almeida Carneiro

Presidente do Tribunal
de Justiça do Estado
de Minas Gerais

Natural de Conceição do Mato Dentro, Minas Gerais, o desembargador Herbert José Almeida Carneiro ingressou na magistratura em 1992, tendo atuado nas comarcas de Almenara e Caratinga. A partir de 1998, foi designado juiz na comarca de Belo Horizonte, onde exerceu as funções de juiz diretor dos juizados especiais, de juiz orientador da Escola Judicial e de juiz da Vara de Execuções Criminais. Foi nomeado desembargador em 2009, esteve à frente da Associação dos Magistrados Mineiros nos anos de 2013 a 2015 e, em julho de 2016, assumiu a presidência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Nesta entrevista, o desembargador fala de sua gestão na presidência do TJMG, da questão prisional no Brasil e em Minas Gerais e da relação entre o Tribunal de Justiça e a Defensoria Pública.

• • •

Qual o maior desafio de sua gestão na presidência do TJMG?

Vivemos um tempo paradigmático, de crises que se alastram por diferentes setores da sociedade brasileira: a crise é econômica, política, social e ética. As dificuldades financeiras pelas quais passam o país e o estado de Minas Gerais impõem a nós, gestores públicos, mais que nunca, sabedoria e criatividade para fazer mais com menos recursos. É hora de rever velhas práticas e de inovar, de apostar em iniciativas pioneiras e de mobilizar nosso capital humano para aproveitar de maneira inteligente e eficaz os recursos materiais e profissionais de que dispomos. Estamos empenhados em contribuir para fortalecer o Judiciário mineiro, para manter a motivação de magistrados e servidores que atuam em nossas comarcas, apesar da avalanche de processos a impor-lhes elevada carga de trabalho. O grande desafio, não podemos jamais perder de vista, é o de oferecer ao cidadão a Justiça



que ele merece, pois é, no Judiciário, que ele deposita esperanças de ver seus direitos garantidos. Todo processo carrega em suas páginas uma mistura de dramas e expectativas, por isso, nosso grande desafio deriva de nossa missão maior, que é a de nos constituirmos em instrumento efetivo de justiça, equidade e de promoção da paz social. Para isso, não existe outra fórmula, senão a do trabalho árduo, com foco, criatividade e determinação.

Sabemos que dois anos é um período relativamente curto para a implementação de algumas medidas de gestão. Passado um quarto de seu mandato, o senhor poderia fazer um balanço do que já foi feito?

Gerir o Judiciário mineiro é uma tarefa de grande complexidade, que nos apresenta diariamente inúmeros desafios e nos impõe situações complexas, que não permitem respostas provisórias, mas, ao mesmo tempo, clamam urgência. As mudanças e os resultados que almejamos não ocorrerão da noite para o dia, mas sementes estão sendo plantadas. Estamos apostando em iniciativas duradouras, que trarão benefícios que permanecerão no tempo. Entre os projetos que poderíamos destacar, estão o Sistema Eletrônico de Execução Unificado, importante ferramenta para o aprimoramento da justiça criminal, e o Programa Julgar, que busca antecipar audiências e julgamentos com o apoio de uma força-tarefa de magistrados >>

e assessores. Estamos comprometidos em disseminar a cultura do diálogo, mantendo o compromisso de instalação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania pelas diversas comarcas mineiras, e estamos consolidando iniciativas, como o Processo Judicial eletrônico, o teletrabalho e o Trabalho Solidário Remoto, entre outras. Nesses primeiros meses, destaca-se ainda a composição do Comitê Gestor Regional, que atuará de maneira a desenvolver, em caráter permanente, propostas que possibilitem o aprimoramento da Justiça de Primeira Instância. Além disso, estamos fortalecendo o diálogo com magistrados e servidores, com a OAB, com o Ministério Público, a Defensoria Pública e os poderes Executivo e Legislativo. O balanço é positivo e nos motiva a seguir em frente.

A crise financeira do Estado afetou, em alguma medida, os projetos do TJMG?

Acreditamos que o país está passando, neste momento, por uma grande transformação. Já diziam os sábios chineses que os momentos de crise podem ser revelar também como momentos de grandes oportunidades. Temos fé de que o Brasil sairá desse processo mais maduro e fortalecido. Reitero que, a escassez de recursos tem exigido de nós criatividade e um esforço redobrado para definir bem as prioridades, de modo a gastar os recursos financeiros da melhor maneira. Um importante movimento que a crise tem desencadeado é o da cultura da sustentabilidade na instituição. Por meio dela, tem sido possível combater a cultura do desperdício, com economia de recursos naturais e proporcionando a melhor alocação de espaços e de recursos materiais e humanos. Isso é fortalecido com os investimentos em tecnologia, por meio de iniciativas, como o PJe, o SEEU e o Sistema Eletrônico de Informações. Também, de extrema relevância é o que temos feito revendo fluxos e processos:

“Hoje, temos cerca de 700 mil presos no país. Estimativas apontam que em 2020 podemos ter um assustador montante de 1 milhão. É preciso encarar a reforma no modelo atual como um exercício de cidadania.

com a simples adequação do tipo de veículo ao serviço prestado, conseguimos poupar o consumo de 86 mil litros de combustível em seis meses, e, até outubro próximo, iremos reduzir, aproximadamente, R\$ 9,6 milhões nos gastos com aluguel de imóveis na capital e interior. Esses trabalhos têm sido permanentes e, para além da economia e da sustentabilidade, têm consequência direta na qualidade da Justiça que ofertamos ao cidadão.

O senhor foi membro da Comissão de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas do Ministério da Justiça e da Comissão de Execução Penal do CNJ, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e do Instituto de Ciências Penais. Com essa larga experiência na área da execução penal, como o senhor encara as perspectivas do sistema penitenciário no Brasil?

Hoje, temos cerca de 700 mil presos no país. Estimativas apontam que em 2020 podemos ter o assustador montante de 1 milhão. É preciso encarar a reforma no modelo atual como um exercício de cidadania. A mudança passa pela conscientização da população, pela melhoria do processo legislativo e pelo engajamento do poder público e de diversas instituições, focando o retorno à coletividade dos cidadãos que delinquiram, mas com a autoestima reabilitada. Acredito que as penas alternativas constituem-se em ferramenta importante para fins de se evitar que todas as pessoas que incorram em prática de crime sejam submetidas aos efeitos prejudiciais do encarceramento. A despeito de existir um conjunto de crimes, nós temos uma graduação da gravidade deles. Para determinados crimes, há previsão de penas que devem ter tratamento diferente do encarceramento. Com isso, evita-se que uma pessoa, que, eventualmente, incorreu em prática de crime, submeta-se aos efeitos prejudiciais do encarceramento, entre eles, o rompimento do vínculo familiar e do vínculo de emprego. Os critérios de cabimento das penas alternativas são definidos por lei. Um deles é a exigência de a pessoa não ser reincidente. Há, no entanto, discussão que avalia a possibilidade de se ampliar o foco de cabimento da aplicação das penas alternativas. Acredito que, embora suficientes, essas sejam muito rígidas e, muitas vezes, pessoas que não deveriam ser submetidas à pena privativa de liberdade, recebam esse tratamento. As penas alternativas são eficientes no sentido de evitar nova prática criminosa. Entretanto, ainda é preciso evoluir naquilo que diz respeito à fiscalização dessas penas. São poucos os órgãos fiscalizadores e o êxito dessa medida depende da fiscalização efetiva.

>> No meio jurídico, fala-se da existência de uma "cultura do encarceramento". Os juízes prendem mais do que deveriam?

Temos um cenário caracterizado por um flagrante déficit de vagas no sistema prisional comum, que está relacionado ao alto índice de encarceramento. Mas uma das razões pelas quais temos muitos presos é que, diante da falta de estrutura de proteção social e de medidas efetivas para a recuperação durante o cumprimento das penas, os presos reincidem no crime e retornam aos presídios. No que diz respeito às penas alternativas, nós vivemos um cenário de necessidade de melhor estruturação de fiscalização. Em contrapartida, temos algumas medidas importantes evoluindo, sobretudo em três aspectos: as medidas alternativas à prisão provisória, que é a monitoração eletrônica do preso preventivo; a monitoração eletrônica de quem está em cumprindo a pena; e as Associações de Proteção e Assistência aos Condenados (Apacs), voltadas para o cumprimento humanizado da pena privativa de liberdade e para a efetiva ressocialização dos presos, e que também têm mostrado resultados positivos. Quanto a uma possível cultura do encarceramento, avalio que o que ocorre é o retorno dos presos ao sistema prisional. E, se é verdade que se vive essa realidade, trata-se de uma cultura enraizada em toda a sociedade, sendo uma postura não do Judiciário, mas de todos os atores envolvidos nesse processo. Somos todos formados nessa mesma sociedade.

As audiências de custódia têm contribuído efetivamente nesse sentido?

As audiências de custódia não mudam as hipóteses de cabimento de prisão, ou seja, as situações em que os indivíduos devem ser encarcerados, tendo em vista o previsto na lei. Mas elas evitam que as pessoas sejam presas para aguardar uma decisão. Nesse sentido, elas contribuem, sim.

A legislação confere à execução da pena a fiscalização dúplice, a ser exercida pelo Ministério Público e pela Defensoria.

As medidas alternativas de cumprimento de pena previstas em lei são suficientes?

Acredito que sim, o importante é que sua aplicação se dê de maneira correta. As penas substitutivas, quando bem empregadas, são educativas e evitam as penas mais gravosas. Ao mesmo tempo, elas inibem a sensação de impunidade, pois a pessoa que presta serviços comunitários dá uma satisfação à sociedade.

O Sistema Eletrônico de Execução Unificado, que permite o controle informatizado da execução penal, está sendo implementado em Minas Gerais. O TJMG tem conseguido seguir o cronograma de implantação do projeto?

O SEEU começou a ser implantado nas comarcas mineiras em 2016, e sua implantação vem sendo realizada de forma gradativa. Até o momento, sete comarcas já concluíram integralmente a implantação do sistema: Betim, Governador Valadares, Juiz de Fora, Montes Claros, Patrocínio, Unaí e Uberlândia. Outras oito comarcas estão sendo preparadas para receber o sistema e sete encontram-se na fase de implantação. O cronograma estabelecido não só vem sendo cumprido normalmente, como está sendo antecipado e ampliado.

Qual o prazo para a expansão do sistema em todas as comarcas do estado?

O cronograma do TJMG, na atual gestão, prevê a implantação do sistema em 50 comarcas, que registram maior população prisional. Como os benefícios trazidos pelo SEEU contribuem para a redução da taxa de congestionamento judicial, uma das metas do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, estamos empenhando todos os esforços nesse sentido. A expectativa é de que, até julho de 2018, 93% dos processos de execução das penas privativas de liberdade estejam tramitando exclusivamente por meio eletrônico, alcançando 52% das pessoas encarceradas.

Já há resultados aferidos nas comarcas nas quais já está instalado?

Os resultados são indiscutíveis, embora não consigamos ainda quantificar. O trâmite acelerado do processo é percepção corrente de magistrados, servidores, promotores, advogados, defensores e dos próprios presos.

“

As penas substitutivas, quando bem empregadas, são educativas e evitam as penas mais gravosas. Ao mesmo tempo, elas inibem a sensação de impunidade, pois a pessoa que presta serviços comunitários dá uma satisfação à sociedade.



O sistema, concebido pelo Conselho Nacional de Justiça, já está 100% adequado aos protocolos e à realidade do sistema de Justiça mineiro?

Sim. O SEEU é um sistema em constante construção. Foi concebido com base em uma realidade próxima da nossa, mas não, necessariamente, a de Minas. O sistema vem sendo adaptado, aprimorado, e contamos, para isso, com a constituição de um grupo conjunto, com representantes do Tribunal de Justiça do Paraná.

Na opinião do senhor, qual o papel da Defensoria Pública no sistema prisional?

O papel e o trabalho da Defensoria Pública são imprescindíveis para que a realização da Justiça não se restrinja apenas a algumas parcelas limitadas da sociedade, mas alcance também aquelas pessoas mais carentes, que, apesar do baixo poder aquisitivo, têm, igualmente, seus conflitos e a necessidade de vê-los solucionados. Mais do que exercer o seu papel de defesa, a Defensoria exerce também a função de órgão de execução penal. Juntamente com o juiz e com o promotor, tem função de fiscalização. A legislação confere à execução da pena a fiscalização duplice, a ser exercida pelo Ministério Público e pela Defensoria.

A EC nº 80/2014 que incluiu o artigo 98 no ADCT, dispôs que o número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população. Estabeleceu, ainda, que, no prazo de oito anos, a União, os estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais. Decorrido mais de um terço

desse prazo, muito há ainda a ser feito em Minas Gerais e em nível nacional. O senhor acha que essa meta é possível especialmente diante da conjuntura econômica nacional?

Em relação à meta de contratação de defensores, há lei que determina a contratação e há outras que limitam os gastos. Tudo depende, portanto, da evolução das despesas com pessoal e da receita corrente de cada Estado. De qualquer forma, o prazo de cumprimento da meta está em curso e várias medidas podem ser implementadas.

A Defensoria participa em projetos do Tribunal, como o "Projeto Julgar" e o TJMG participa de projetos da Defensoria, com o "Mutirão Direito a ter Pai". Há margem e perspectivas de outras parcerias conjuntas?

A Defensoria Pública de Minas Gerais é uma parceria valiosa em uma grande quantidade de iniciativas do Judiciário, e um elemento indispensável no atendimento ao cidadão. Inúmeras iniciativas do Judiciário mineiro não podem prescindir da colaboração da Defensoria, projetos que nos são muito caros, como o Mutirão Direito a Ter Pai, a implantação do PJe e do SEEU, a consolidação das audiências de custódia entre outros. Mais recentemente, destacaria a formação do Comitê Interinstitucional de Ação no Sistema de Justiça Criminal do Estado de Minas Gerais, que surgiu com a finalidade de catalisar iniciativas conjuntas em prol da justiça criminal, reunindo diversas instituições parceiras, envolvidas com a questão da segurança pública no estado. As perspectivas de outras parcerias conjuntas encontram-se permanentemente abertas, pois estamos certos que as instituições devem somar esforços, uma vez que nosso objetivo é o mesmo: o bem comum. •

PPP – Prós e contras do modelo prisional público-privado mineiro

Por Alessandra Amaral | Jornalista

A rebelião, em janeiro deste ano, no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus, que resultou na morte de 56 presos, além de trazer a questão penitenciária para a pauta nacional, como costuma ocorrer após cada acontecimento desse tipo, levantou a polêmica sobre a administração privada de presídios como o caminho viável para por fim ao caos do sistema.

Após a tragédia, os contrários ao modelo não pouparam críticas, erigindo à condição de fator responsável pelos fatos ocorridos, a natureza privada do sistema amazonense. E como não poderia deixar de ser, a discussão acabou chegando à Parceria Público-Privada (PPP) mineira, cujo modelo, embora administrado em parceria com a iniciativa privada, não se confunde com o amazonense.

Na enxurrada de estatísticas e debates que se seguiram, pode-se encontrar, desde ponderações lógicas e irrefutáveis, até arroubos que pouco contribuem para que se vislumbre uma luz no fim do túnel.

E, de fato, a análise crítica e imparcial de critérios ou parâmetros não é fácil, razão pela qual a informação é, uma vez mais, a chave para a opinião abalizada, embora as discussões sobre o modelo nunca tenham estado nem perto de um consenso.

Uma saída para o problema da infraestrutura?

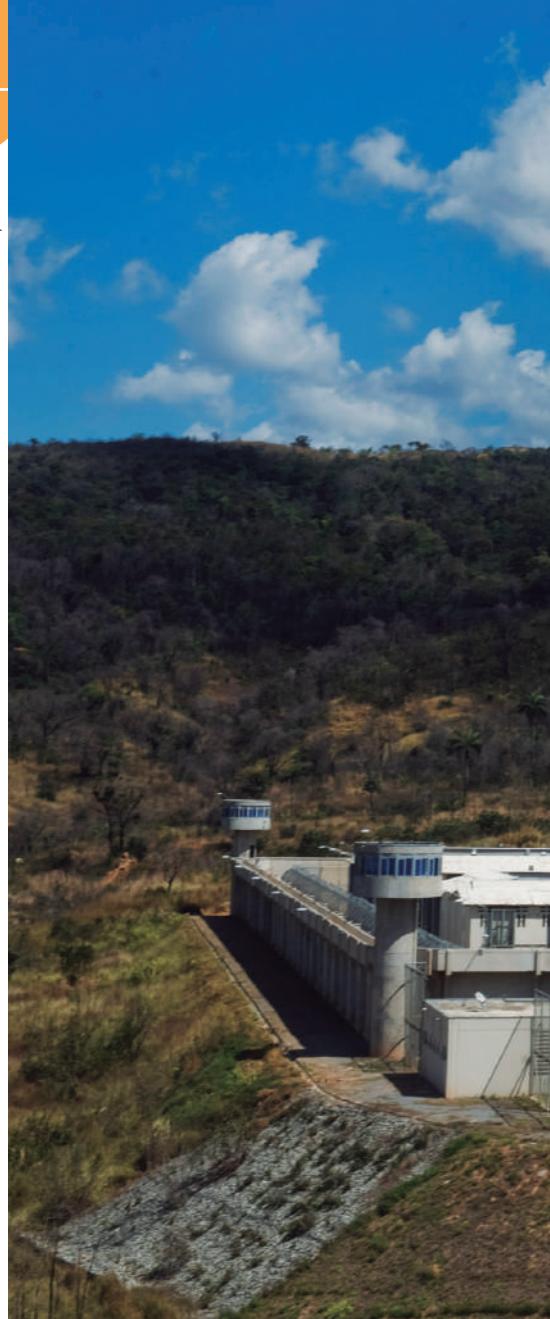
Foi no Governo Lula que se sancionou a Lei nº 11.079/2004, que estabelecia normas gerais para a licitação e contratação de Parceria Público-Privada no âmbito da administração pública.

A lei federal, entretanto, não foi a primeira norma a regular a matéria. Em Minas Gerais, foi sancionada, na gestão do então governador Aécio Neves, a Lei 14.868/2003, que instituiu programa destinado a promover a realização de Parcerias Público-Privadas no âmbito da administração pública estadual.

Um ano depois, a lei federal foi sancionada, definindo a parceria como o contrato administrativo de concessão na modalidade patrocinada ou administrativa, tendo como requisitos de celebração, entre outros: o valor mínimo de 20 milhões de reais para a contratação; a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; período de prestação de serviço entre cinco e 35 anos, incluindo eventuais prorrogações; e critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado.

A ideia era suprir a lacuna de infraestrutura do país por meio de obras financiadas pela iniciativa privada.

Não demorou até a fórmula ser aplicada no sistema penitenciário, no



qual a carência de infraestrutura é gritante. Com a falta de instalações adequadas, seja porque faltam vagas, seja porque, na vasta maioria dos casos, as que existem padecem de precariedade que compromete a segurança e inviabiliza qualquer esforço de integração social do apenado, o fato é que, em 16 de junho de 2009, foi assinado o contrato de Concessão Administrativa do Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves, em Minas Gerais.

Passados três anos e meio, a primeira PPP do país foi inaugurada em Ribeirão das Neves, cidade cujo nome se destaca no sistema penitenciário mineiro, por agregar um conjunto de presídios e penitenciárias onde estão mais de 8 mil presos.

>>



PPP em Ribeirão das Neves: primeiro Complexo Penitenciário de Parceria Público-Privada do país, inaugurado em 2009

Como funciona a PPP

Entrar na PPP mineira remete o visitante aos cenários das prisões americanas. A estrutura física é nova, limpa, organizada e em nada lembra as cenas de degradação total que estamos acostumados a ver nos noticiários. Há possibilidade e ambientes para estudo, trabalho e lazer. O sistema de segurança é destaque, com portas automatizadas, monitoração permanente, inclusive por circuito fechado de TV, relatórios diários, bloqueador de celular e centro de controle nas três unidades. As 792 câmeras estão distribuídas por todo o complexo, sendo, segundo a Secretaria de Estado da Administração

Prisional (Seap), proporcionalmente à população carcerária do Estado, a unidade prisional com o maior número de câmeras de segurança. “Há mais do que a BHTrans tem, em Belo Horizonte, para cuidar do trânsito de toda a cidade”, de acordo com o gerente operacional da Unidade I, Ubaldo Souza. A única fuga registrada foi digna de uma produção *hollywoodiana*: o preso conseguiu sair escondido dentro um saco que levava a produção de roupas da unidade.

Pelo contrato celebrado, a administração da rotina carcerária, no âmbito interno, é realizada por meio de monitores que não portam arma de fogo.

A prestação de assistência material, médica, odontológica, social e jurí-

dica (essa de forma complementar à assistência prestada pela Defensoria Pública) é responsabilidade da empresa privada, no caso, a Concessionária Gestores Prisionais Associados S.A. (GPA), grupo formado por cinco empresas. A concessionária arcou com os cursos e construiu o Complexo Penitenciário PPP. Em contrapartida, celebrou contrato de concessão por 27 anos, com possível renovação por mais cinco, recebendo uma remuneração do Estado, que inclui o custo dos serviços prestados, a amortização do valor investido na obra e o lucro. Contratualmente, o Estado remunera por, no mínimo, 90% das vagas, mesmo se não tivessem ocupadas. Porém a ocupação é quase sempre de 100%.

A PPP mineira, que não opera com superlotação, tem hoje 2.164 vagas distribuídas em três unidades. Outras duas unidades estão em construção.

Na PPP, o poder de polícia é responsabilidade do Estado, o que inclui a fiscalização e, se necessária, a intervenção na área interna em caso de motins, bem como, a segurança externa e das muralhas e a escolta de presos, por exemplo, para o comparecimento a audiências.

O Complexo conta com um diretor público e outro privado, para cuidar das respectivas áreas. A SEAP nomeia um agente público como diretor das penitenciárias, encarregado pela coordenação e pelas medidas de segurança das unidades. Esse agente público também atua como fiscal do Estado, relatando quaisquer desvios por parte do parceiro privado.

Responsabilidades compartilhadas...

PÚBLICO – Estado	PRIVADO – Empresa
<ul style="list-style-type: none"> Segurança externa, de muralhas e vias de acesso 	<ul style="list-style-type: none"> Projeto arquitetônico, construção, administração e manutenção física da unidade
<ul style="list-style-type: none"> Transporte de presos (escutas) 	<ul style="list-style-type: none"> Financiamento do empreendimento
<ul style="list-style-type: none"> Questões disciplinares e de segurança (poder de polícia) 	<ul style="list-style-type: none"> Prestação de serviços assistenciais (educacional, de saúde, material, de trabalho e jurídico, este último, de forma complementar ao Estado)
<ul style="list-style-type: none"> Controle da execução da pena 	<ul style="list-style-type: none"> Planos operacionais e de ressocialização
<ul style="list-style-type: none"> Assistência jurídica para os que não tiverem condições de promover sua defesa 	<ul style="list-style-type: none"> Gestão de todo o Complexo Prisional, inclusive operação dos controles eletrônicos de segurança

A questão dos custos: PPP x OUTROS MODELOS

De acordo com dados da SEAP, a concessionária é remunerada por vaga/dia. Atualmente, o custo é de R\$ 115,92 por preso, ou seja, aproximadamente R\$ 3.500 por mês. O valor inclui a amortização do investimento feito na construção das unidades, podendo haver desconto em caso de descumprimento parcial ou total de indicadores de desempenho previstos no contrato de concessão administrativa.

O gestor privado tem de cumprir um conjunto de indicadores de desempenho definidos pelo Governo de Minas. Entre os indicadores, estão, por exemplo, as metas para impedimentos de fugas e outros eventos graves, como motins ou rebeliões.

A inevitável comparação com outros modelos de unidades prisionais deve ser vista com cautela. Por exemplo, nas unidades prisionais públicas administradas pela SEAP, o custo médio de cada preso, gira em torno de R\$ 2.700 por preso/mês, mas a infraes-

trutura e as condições de manutenção e assistência ao preso são precárias.

As prisões federais, por sua vez, têm estrutura semelhante à PPP mineira, porém os custos operacionais são diferentes. Nas quatro unidades prisionais federais, o governo federal gasta aproximadamente R\$ 4.500 por mês com cada preso, de acordo com dados do Grupo de Estudos Carcerários Aplicados da Universidade de São Paulo (USP).

Deve ser considerado que o sistema público de prisões federais tem a peculiaridade de ter um gasto muito superior com pessoal. Os agentes penitenciários federais ganham por volta de R\$ 5.400, bem acima do patamar salarial dos agentes estaduais (R\$ 4.000 em Minas Gerais) e dos monitores da PPP (em média R\$ 1.300).

Em qualquer dos casos, os custos superam os das APACs, associações privadas que, nas suas 40 unidades em Minas Gerais e em outras espalhadas por diversos estados, desenvolvem uma metodologia ba-

seada na laborterapia e na conscientização do preso, que tem tido bons resultados. Estima-se que o custo do preso na APAC é, em média, de R\$ 1.100.

Nesse caso, a comparação é inviável pela impossibilidade de permanência na instituição de presos que não possuam um perfil que se ajuste ao sistema, até porque, em muitas unidades, os protocolos de segurança não são dimensionados para presos de alta periculosidade.

Em Manaus, foco das atenções após as revoltas do início do ano, o modelo é de terceirização e não de PPP. Lá, o custo por preso é de R\$ 4.200, “valor exorbitante” no entender de Alessa Pagan, membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) que, em fevereiro deste ano, coordenou uma força-tarefa do “Projeto Defensores Sem Fronteiras” nos presídios de Manaus. “Se esse gasto fosse diretamente com o serviço público, este seria muito mais efetivo do que o efetuado pelo setor privado”, ressaltou ela.

Para o coordenador da Defensoria Pública na Execução Penal em Ribeirão das Neves, Luís Felipe Rocha Mascarenhas, a comparação entre o sistema público e o sistema público-privado é injusta. “Enquanto as unidades públicas se encontram com mais do que o dobro de sua capacidade, no CPPP há vedação contratual à superlotação, o que otimiza as atividades lá desenvolvidas. O Presídio Regional Inspetor José Martinho Drummond, por exemplo, conta com 820 vagas e, no mês de fevereiro de 2017, abrigava 2.070 pessoas privadas de liberdade. Além disso, o quadro de servidores das unidades públicas encontra-se defasado, assim como o aparelhamento utilizado para a custódia e assistência das pessoas privadas de liberdade.”

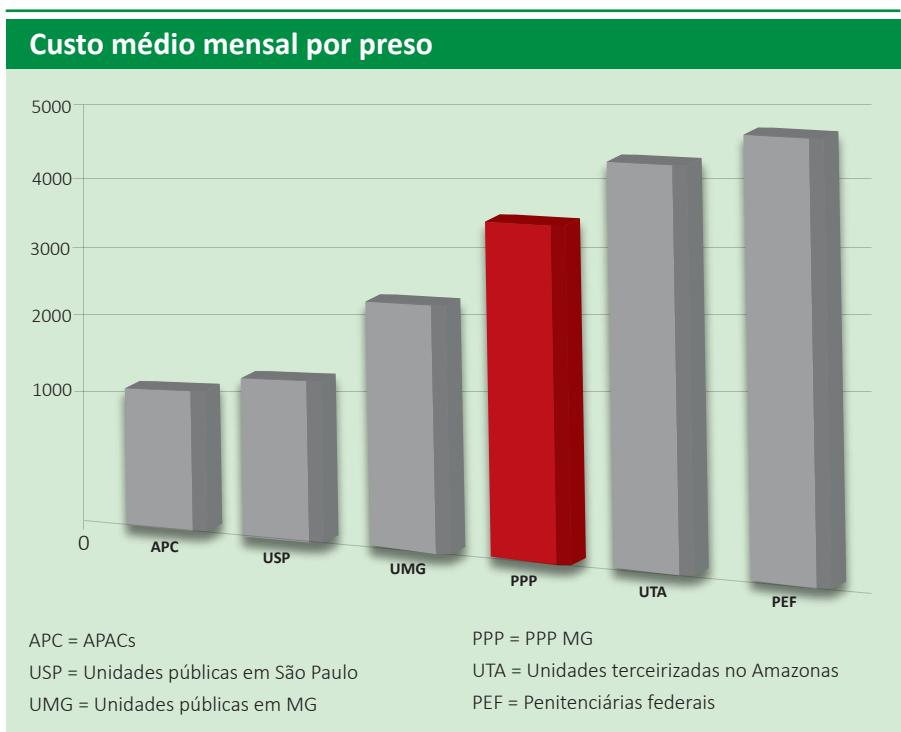
Prós e contras: problematizando conceitos

Da análise dos dados disponíveis, podem surgir visões opostas.

O eixo da crítica ao sistema público-privado consiste no fato de o ente que prestará os serviços públicos, nesse caso, essenciais, ser um ente privado, cuja existência pressupõe a busca do lucro. Muitos entendem que seria um contrassenso a imposição de uma dinâmica capitalista em atividade essencial e inexoravelmente pública e estatal, em um processo de mercantilização do preso, na medida em que, de alguma forma e em algum grau, o lucro decorreria da manutenção de pessoas encarceradas, com todos os potenciais problemas que essa configuração poderia causar. Haveria o interesse em manter pessoas presas, pois “quanto mais presos, mais lucro”.

Fala-se, ainda, da constitucionalidade do modelo que colocaria nas mãos de particulares a atividade punitiva estatal.

De fato, o perfil capitalista do empreendimento pode ser notado pelo



sistema de auditoria externa adotado, que está a cargo da filial brasileira da gigante norte-americana *Accenture*, uma das maiores empresas de consultoria de gestão e *outsourcing* (subcontratação e terceirização de serviços) do mundo, com mais de 300 mil funcionários em 120 países, com faturamento superior a 30 bilhões de dólares e que, segundo o seu próprio site, presta serviços para mais de três quartos das empresas Fortune Global 500. O negócio é, sem dúvida, voltado para a obtenção de lucro.

Para a Pastoral Carcerária, o modelo privatizado “aprofunda o encarceramento em massa e a mercantilização da vida, da liberdade e do punitivismo. Privatizar o sistema carcerário, seja por PPP’s, seja por modelos de cogestão e terceirização, representa expandir as cadeias e atender aos interesses dos grupos que visam obter lucros sobre as mazelas da sociedade”.

Por outro lado, há os que veem na iniciativa uma mudança na concepção na prestação de serviços públicos, marcados pela ineficiência

e lentidão, apesar do custo sempre mais elevado que o do mercado.

Quem se propõe, porém, a entender o tema PPP deve, antes de tudo, estar preparado para cavar mais fundo, pois as questões não são tão simples como parecem.

Por exemplo, a alegação de inconstitucionalidade do modelo, pela impossibilidade de delegação da atividade punitiva do Estado, é questão que exige uma análise mais profunda, até porque o contrato da PPP mineira exclui as atividades de exercício do poder de polícia. Em suma, o que estaria a cargo da iniciativa privada, na verdade, seria a gestão das rotinas administrativas do dia a dia, que não se confunde com o poder de polícia de que fala a Constituição.

É certo, entretanto, que o poder de polícia não abrange somente o de fiscalização e intervenção para manutenção da ordem e da disciplina. Como explicam Paulo Henrique Drummond Monteiro e Luís Felipe Rocha Mascarenhas, defensores públicos com atuação em Ribeirão das Neves, em recente artigo publicado no site *Conjur*: >>

“Na PPP, a imputação e a classificação de determinado fato como falta disciplinar é realizada pelo diretor público da unidade”, mas “essa imputação se origina de Comunicado Interno lavrado pelo funcionário do parceiro privado que presenciou o fato”. O problema, segundo os defensores públicos, é que o poder de polícia se materializa pela intervenção estatal na esfera privada com o fim de resguardar interesses da coletividade, o que é indelegável.

Para os coordenadores do Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública de São Paulo, Bernardo Faêda e Flávia D’Urso, trata-se de responsabilidade direta e intransferível do Poder Público, sendo o poder de polícia “atribuição privativa do Estado, não podendo ser desenvolvida por ente privado, em razão da horizontalidade que caracteriza a relação entre particulares”. Para eles, norma que pretenda estabelecer tal sistema “padece de vício de inconstitucionalidade”.

Da mesma forma, a relação entre quantidade de presos e lucro, estratificada pela expressão “quanto mais presos, mais lucro”, tem sua lógica contestada pelo fato de que o gestor privado não tem o poder de determinar o número de presos que abrigará. Cabe ao setor de gestão de vagas da Seap transferir presos da unidade.



Body scan ainda em instalação na visita da equipe de reportagem à unidade

E isso sob a fiscalização, no processo, do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e do advogado constituído, caso o possua. Além disso, o contrato mineiro prevê que a concessionária seja remunerada por, no mínimo, 90% das vagas, mesmo que não estivessem ocupadas. Ademais, com mais de 65 mil presos no estado e um déficit de 25 mil vagas, não se vislumbra no horizonte a falta de presos para que haja uma disputa para abrigá-los.

Mas a problematização de conceitos é necessária também no caso dos que defendem o sistema. Em primeiro lugar, há a inconcebível comparação de números com as unidades exclusivamente públicas. Não é preciso ser expert para perceber que a maior parte dos problemas do cárcere no Brasil é decorrência direta da superlotação. Sem ela, os números das prisões públicas seriam melhores, sem dúvida.

Segundo, o trabalho e estudo, ainda que disponíveis, não beneficiam a todos. Atualmente, cerca de 30% dos presos estão inseridos em processos de educação formal. A PPP possui oito salas de aula e dois laboratórios de informática em cada unidade e oferece oportunidades de estudo, incluindo profissionalizante, Educação de Adultos e Jovens (EJA), além de parcerias para bolsas de ensino a distância, mas a estrutura não é suficiente.

Quanto às vagas de trabalho, a PPP, que já chegou a ter 19 empresas, conta, no momento, com 13 empreendimentos instalados.

O que se percebe, porém, é que mesmo o fato de o empresário ter que arcar somente com a energia elétrica consumida e de as condições de trabalho não serem regidas pela CLT, mas sim pela Lei de Execução Penal (LEP), que estabelece que um preso deve receber $\frac{3}{4}$ do salário-mínimo, não são suficientes para estimular as empresas a trazer sua linha de produção para a unidade. Os que estão lá, entretanto, veem bons resultados, como o empresário do ramo de fabricação de assessórios



Rotina de trabalho: vagas insuficientes

automotivos, cuja mão de obra está concentrada na PPP há cerca de quatro anos. Ele afirma que: “o trabalho realizado pelos presos é igual ou melhor do que o executado fora da penitenciária”.

Terceiro, embora não se possa estabelecer a relação simplista entre lucro e a quantidade de presos, o ímpeto de lucro, ínsito na atividade empresarial, pode ter reflexos negativos, ainda que de forma indireta, no processo de execução penal. Veja-se o caso da avaliação de desempenho da empresa privada, que influi diretamente em sua remuneração e tem como um dos indicadores questões relacionadas à disciplina interna. Imaginemos a hipótese de uma falta disciplinar praticada por um preso que consistisse em riscar as paredes da cela. A empresa gestora, tendo a obrigação de, dentro de um prazo estabelecido, reparar o dano, o que implica custos, pode aumentar progressivamente a rigidez dos procedimentos disciplinares no intuito de coibir a conduta. Embora necessária, a rigidez na disciplina levada a extremos pode dificultar a própria convivência dos presos e monitores, a ponto de gerar excesso de fricções.

Com base nesses e em outros fatores, as opiniões se dividem. Luis Flávio Saporì, professor do curso de Ciências Sociais e coordenador do Centro de Estudos e Pesquisa em Segurança Pública (Cepesp) da PUC/MG, acredita que “o CPPP de Minas Gerais hoje oferece uma qualidade de assistências previstas na Lei de Execução Penal que talvez nenhuma outra unidade prisional do Estado forneça”. >>

O promotor de Justiça Henrique Nogueira Macedo, que atuou na execução penal de Ribeirão das Neves nos últimos quatro anos, pondera que a ação de PPPs no sistema prisional não é solução “para todas as mazelas resultantes de décadas de descaso governamental e falta de investimentos e gestão em unidades prisionais”.

Macedo acredita que o modelo da PPP de Ribeirão das Neves pode ser considerado como um caso exitoso. “Em primeiro lugar, porque o contrato veda a acomodação de reeducandos além da capacidade legal. Em segundo lugar, há definição clara do papel do Estado de Minas Gerais que não delegou o poder de polícia.” Ressalta, ainda, a constante fiscalização dos serviços prestados pela empresa privada e conclui que “especificamente em Ribeirão das Neves, há uma sinergia entre o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Poder Judiciário na fiscalização das unidades prisionais e constante diálogo com a empresa privada e os órgãos da SEAP”.

Aliás, a necessidade de fiscalização é tema recorrente entre os que atuam na área. Segundo o ouvidor do Sistema Penitenciário da Ouvidoria-Geral do Estado, Rodrigo Xavier, “é preciso avançar nos mecanismos de controle e fiscalização contratual, aperfeiçoando-se os instrumentos de fiscalização a cargo do Conselho Consultivo da PPP”, considera Xavier.

Para o ouvidor, “o debate sobre o sistema prisional não pode se resumir à simplista dicotomia entre ser “favorável” ou “contra” esta ou aquela iniciativa. É preciso reconhecer a complexidade do debate, especialmente frente a um contexto carcerário que enfrenta graves problemas e fragilidades, que pouco reintegra e menos ainda evita a reincidência criminal. Neste sentido, a proposição de novas experiências e práticas foi uma saída buscada pelos governos, sendo a parceria com o setor privado na gestão de unidades prisionais uma realidade con-

creta e que merece, antes de qualquer julgamento maniqueísta, uma avaliação imparcial de seus procedimentos, resultados e custos”. “A experiência ainda é muito recente e seus resultados, sejam eles positivos ou negativos, merecem ser melhor mensurados e analisados pelos órgãos de gestão e fiscalização da execução penal. Uma coisa é certa, não podemos prescindir da busca de alternativas de gestão, de novas e boas práticas para o sistema prisional”, completa Xavier.

Segundo a juíza Miriam Vaz Chagas, titular da Vara de Execuções Penais de Ribeirão das Neves “a visão que o Poder Judiciário de Ribeirão das Neves tem, desde o início da implementação da PPP, é que o projeto tem muito a servir de exemplo. Trata-se de um projeto paradigma e o que der certo ou errado poderá ser eventualmente ajustado e replicado para outras unidades prisionais. Essa é a primeira Parceria Público-Privada no País, na área do sistema prisional, então, os erros e acertos serão objeto de crítica e de sugestão para traçar alternativas de políticas públicas que se enveredem para a melhoria da estrutura do sistema carcerário”.

A pergunta que se propõe, assim, é: o formato de PPP é o caminho para substituir o modelo público de unidades prisionais?

Há um razoável consenso entre os defensores do sistema no sentido de que a resposta a esse questionamento

é “não”. Os modelos devem coexistir. Para o presidente da GPA, Rodrigo Gai-ga, a PPP não substitui o sistema público e, sim, o complementa.

O professor Luis Flávio Saporì e sua equipe de pesquisadores, que estão estudando a PPP mineira, entendem que a experiência de Minas Gerais é exemplar e pode servir de modelo para todos os estados brasileiros, mas não no sentido de a PPP substituir o sistema convencional. “Eu acho que o desafio que temos hoje, no Brasil, não é encontrar o modelo perfeito, e sim encontrar uma maneira de combinar o público, o privado e a sociedade civil para melhorar a qualidade da gestão do sistema prisional ao longo dos próximos dez anos. Está claro, do meu ponto de vista, que o poder público sozinho não vai conseguir fazer isso, mas ele tem que ser o carro-chefe”, afirma Saporì.

Para o defensor público Luís Felipe Mascarenhas, “parece-me necessário aprofundar o estudo sobre a real necessidade de privatização das unidades prisionais, levando em conta que, talvez, se nas unidades públicas não houvesse superlotação e o gasto fosse equiparado ao que ocorre na unidade público-privado, o Estado poderia oferecer a mesma eficiência na custódia das pessoas que cumprem pena privativa de liberdade, sem delegar ao particular atividades que envolvem o Poder de Império”, ponderou.

Alguns números da PPP...

Unidades projetadas	5
Unidades em operação	3
Capacidade total instalada	2.164
Presos abrigados (24/04/2017)	2.154
Empresas que mantêm atividade nas unidades	13
Custo diário por preso	R\$ 115, 92
Câmeras no complexo	792
Percentual de presos inseridos na educação formal	30%
Salário pago, no mínimo, ao preso	R\$ 702,75

>>

Em suma, o modelo tem méritos e deficiências. Uma deficiência que salta aos olhos é a falta de implementação efetiva de um sistema que elimine a revista vexatória aos familiares dos presos. Causa surpresa que, em um projeto tão elaborado, com tecnologia de ponta e recursos que permitem o controle de cada fase do cumprimento de pena, os familiares ainda sejam submetidos a revistas vexatórias do século passado. A rotina de agachamento e de fazer força sobre um espelho ainda é imposta, como condição para ingresso na unidade, a senhoras de qualquer idade. Apesar de o Complexo estar funcionando há mais de quatro anos, o *body scan*, aparelho que permite a necessária revista sem constrangimento, ainda estava em fase de instalação,

quando a equipe de reportagem da revista visitou o complexo.

Quanto aos presos, as opiniões se dividem: pelo que se percebe, alguns estão satisfeitos, em especial os que trabalham ou estudam. Afinal, a PPP propicia condições de higiene e assistência que, provavelmente, eles não teriam em unidades públicas.

Mas a rigidez da rotina diária não agrada a muitos. Foi por isso que, no início do ano, os presos fizeram uma manifestação com várias demandas, algumas das quais foram atendidas: permissão para uso de cigarro, entrada de certos alimentos trazidos por familiares e autorização para visita íntima à noite, demanda de esposas e companheiras que trabalham e não podem estar com seus maridos e companhei-

ros durante o dia. Outra reivindicação atendida foi a autorização para posse e uso de TV e rádio nas celas, com limitação de horário.

Embora a Seap afirme que a associação de recursos tecnológicos de ponta com a ressocialização é considerada como a essência do contrato PPP de Minas, não há como comprovar, até o momento, a relação entre investimento e a reintegração social do preso na PPP.

O cárcere, ainda que justificado, necessário e adequado, é sempre cárcere. Dá para entender porque, apesar de toda a estrutura e dos recursos da PPP, um preso se dirigiu à equipe da revista durante a visita feita à unidade, falando em tom suplicante: "Doutor, eu estou esquecido aqui".

PPP em frases...

"O Complexo só estará na forma ideal quando as pessoas se sentirem em uma escola e não em um presídio."

Rodrigo Gaiga – Presidente da GPA

"Essa é a primeira parceria público-privada no país, na área do sistema prisional, então, é realmente um piloto. Tudo o que der certo ou errado aqui será objeto de crítica e de sugestão para traçar alternativas de políticas públicas que se enveredem para a melhoria da estrutura do sistema carcerário."

Miriam Vaz Chagas – Juíza da VEC de Ribeirão das Neves/MG

"O desafio que temos hoje, no Brasil, não é encontrar o modelo perfeito, e sim uma maneira de combinar o público, o privado e a sociedade civil para melhorar a qualidade da gestão do sistema prisional ao longo dos próximos dez anos."

Luis Flávio Sapori – Professor do curso de Ciências Sociais e coordenador do Cepesp da PUC Minas

"É preciso reconhecer a complexidade do debate, especialmente frente a um contexto carcerário que enfrenta graves problemas e fragilidades, que pouco reintegra e menos ainda evita a reincidência criminal."

Rodrigo Xavier – Ouvidor do Sistema Penitenciário do Estado

"Especificamente em Ribeirão das Neves, há uma sinergia entre o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Poder Judiciário na fiscalização das unidades prisionais e constante diálogo com a empresa privada e os órgãos da Secretaria de Estado de Administração Prisional."

Henrique Nogueira Macedo – Promotor de Justiça

"Em uma ótica de redução dos danos, a simples possibilidade de que questões econômico-financeiras do parceiro privado venham a influenciar o sistema disciplinar de uma unidade prisional demonstra que, neste ponto, há grave falha do sistema de PPP."

Paulo Henrique Drummond Monteiro e Luís Felipe Rocha Mascarenhas – Defensores públicos com atuação em Ribeirão das Neves/MG

"Privatizar o sistema carcerário, seja por PPPs, seja por modelos de cogestão e terceirização, representa expandir as cadeias e atender aos interesses dos grupos que visam obter lucros sobre as mazelas da sociedade."

Pastoral Carcerária

"O trabalho realizado pelos presos é igual ou melhor do que o executado fora da penitenciária."

Empresário, cuja produção está concentrada no Complexo PPP

"O poder de polícia se insere, portanto, em atribuição privativa do Estado, não podendo ser desenvolvido por ente privado em razão da horizontalidade que caracteriza a relação entre particulares."

Bernardo Faêda e Flávia D'Urso – Coordenadores do Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública de SP

"Meu marido reclamava do cigarro e que é muito rígido aí dentro. Eles não deixam entrar comida. Para a família é sempre sofrimento... a revista... a demora. E funcionário, o senhor sabe como é, ... é mulher de preso, né."

Darcilene – Esposa de preso na PPP

"Eu gosto muito do lugar onde trabalho. Aqui é o melhor lugar. Os diretores viram o meu empenho e resolveram me dar uma oportunidade. E eu quero fazer o melhor."

Preso que ocupa um dos postos de trabalho na PPP

"Doutor, estou esquecido aqui..."

Preso, dirigindo-se à equipe da revista no dia da visita à PPP

A pena privativa de liberdade e o enunciado da Súmula Vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal

Marcella Moraes Pereira das Neves | Paula de Deus Mendes do Vale

Resumo

Este estudo traz uma breve reflexão acerca da utilização desenfreada da pena privativa de liberdade, partir da filosofia iluminista, relatando o fenômeno do encarceramento em massa e o estado de falência do sistema prisional. Por fim, constata a inefetividade das medidas descarcerizadoras e das tentativas de humanização do cumprimento da pena e a premente necessidade de mudanças em nosso modelo penal.

Introdução

Desde os primórdios todo e qualquer grupo social possui suas regras, as quais são aplicadas quando alguém comete algum ato que atente contra os interesses coletivos. Isto é, em toda e qualquer sociedade sempre esteve presente a ideia de punição, destinada à satisfação de um ideal nato de justiça e a organização interna dos agrupamentos humanos.

A história do Direito de Penal e o fundamento da punição confundem-se com a própria evolução da humanidade, passando por profunda transformação ao longo dos séculos.

Durante muito tempo o fundamento da punição foi a vingança, seja ela privada, divina ou pública, predominando o uso de penas afeitivas ou corporais aplicadas de forma desumana e cruel com nítido caráter intimidatório.

O que se observa é que a pena de prisão foi historicamente consubstanciada como principal meio punitivo,

porém não com o objetivo de conter a criminalidade, mas sim para servir de tática de dominação e, mais especificamente, de instrumento de controle seletivo da criminalidade.

O encarceramento em massa ocasionou o aumento da criminalidade e das taxas de reincidência. A partir dos anos 90, a reboque do modelo estadunidense, ocorreu um assustador processo de expansão da população carcerária. O sociólogo Loic Wacquant enfatiza em sua obra, *As Prisões da Miséria*, que “O modelo de encarceramento em massa que se agravou globalmente é originário dos Estados Unidos e está inserido no processo de aprofundamento das desigualdades geradas pelo sistema capitalista neoliberal” (WACQUABT, 2001, p. 53).

Dentro desse contexto social, constata-se atualmente que o sistema prisional se tornou mais extensivo e povoado quanto mais restrito é o acesso de direitos sociais básicos, tendo como público-alvo as pessoas mais vulneráveis à relativização de direitos sociais.

No campo dogmático, a solução apresentada pela penologia tecnocrática para a superlotação nas unidades prisionais e aclamadas pela opinião pública é a abertura de novas vagas no sistema. Ocorre que tal medida mostra-se ineficiente, visto que gera o crescente aumento do número de pessoas encarceradas, sem reduzir os índices de violência urbana e sem melhorar as condições materiais do encarceramento.

A respeito do tema, interessante foi a decisão da Corte Federal da Califórnia, de 8 de abril de 2009, relatada pelo doutrinador Rodrigo Roig (2016, p.548):

>>

Marcella Moraes Pereira das Neves é defensora pública do Estado de Minas Gerais; membro da Câmara de Estudos de Execução Penal da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais; e especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

Paula de Deus Mendes do Vale é defensora pública do Estado de Minas Gerais; membro da Câmara de Estudos de Execução Penal da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais; especialista em Direito Processual (Grandes Transformações) pela Universidade do Sul de Santa Catarina; e especialista em Direito Penal (Ciências Sociais Aplicadas) pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá.

“A construção de novas unidades é essencialmente uma medida de expansão do cárcere que incrementa o número de celas sem enfrentar o fundamento do problema estrutural que causou a crise e que criou condições inconstitucionais no interior das prisões”.

As degradantes e desumanas atuais condições de encarceramento levam a concluir que a maioria da população carcerária é exposta a tratamento desumano, sendo submetida, muitas vezes, a atos de tortura, visto que toda ordem de violação a integridade física e psíquica são, em si mesmas, torturadoras.

Constata-se a falta de estrutura material das unidades prisionais e a omissão do Estado em efetivar os direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, diante da superlotação carcerária aliada a falta de banho de sol diário, falta de água potável, falta de ventilação nas celas, falta de alimentação adequada, falta de vestuário decente, falta de assistência médica, psicológica e material, além da exposição à doenças infectocontagiosas, dentre outros.

Nessa esteira, cabe destacar o voto do Min. Ricardo Lewandowski ao julgar o RE 592.581/RS, em que constatou a total falência do sistema carcerário brasileiro e o caos institucional. Vejamos:

“Nesse contexto, são recorrentes os relatos de sevícias, torturas físicas e psíquicas, abusos sexuais, ofensas morais, execuções sumárias, revoltas, conflitos entre facções criminosas, superlotação de presídios, ausência de serviços básicos de saúde, falta de assistência social e psicológica, condições de higiene e alimentação sub-humanas nos presídios.”

O que se verifica é a frustração ao ler a Constituição da República Federativa de 1988 e ver o descompasso do cotidiano das prisões brasileiras.

A falência do sistema prisional e o enunciado da Súmula Vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal

Diante desse cenário de falência do sistema carcerário brasileiro frente à novel legislação o próprio STF, inspirado no modelo Colombiano, declarou o *Estado de Coisas Inconstitucional* do sistema carcerário nacional por meio da ADPF 347, deferindo medidas cautelares voltadas ao esvaziamento do cárcere através da célere análise da necessidade manutenção da prisão após o flagrante (audiências de custódia), bem como descontigenciamento do Fundo Penitenciário Nacional – Funpen.

Ainda que renomados autores venham a criticar a adoção do instituto ao taxar de ativismo judicial a decisão proferida no âmbito da ADPF 347, importa destacar que a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no que concerne ao sistema carcerário confere maior legitimidade às decisões judiciais voltadas a garantir a efetivação dos direitos fundamentais diante de violações massivas, omissões sistêmicas e falhas estruturais reiteradas pelas autoridades públicas.

Dentre as violações ocorridas no sistema prisional brasileiro, é de se destacar a dramática realidade do cumprimento da pena no regime semiaberto. Isso porque, Colônias Agrícolas ou estabelecimentos similares para a execução da pena no mencionado regime praticamente não existem. Importante registrar que as unidades que sustentam tal título ou se qualificam similares não passam de verdadeiras adaptações, a própria *gambiarra* em seu sentido pejorativo, ao arrepião do que prescreve o artigo 33, §1º, alínea “a”, do Código Penal e artigos 91 e 92 da Lei de Execuções Penais.

Na prática, o que se constata são os sentenciados cumprindo pena no regime semiaberto em presídios ou penitenciárias, juntamente com presos provisórios e sentenciados do regime fechado.

Além disso, na maioria dos estabelecimentos penais o que se vê é a mistura de presos em regime fechado e semiaberto dentro de uma mesma cela, ala ou pavilhão, em flagrante ofensa ao princípio constitucional da individualização das penas (art. 5º, inciso XLVI, da CF/88), artigo 84 da Lei de Execuções Penais e das regras de Mandela.

Nesse cenário, a tese de que a falta de vagas em estabelecimento prisional adequado ao cumprimento de pena no regime semiaberto configura absurdo excesso de execução impulsionou a edição do enunciado de Súmula Vinculante nº 56 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 29 de junho de 2016. O Tribunal guardião-maior da Lei fundamental, por maioria de votos, aprovou o enunciado de S.V. 56, nesses termos: “A falta de vagas em estabelecimento prisional não autoriza a manutenção do preso em regime mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros do Recurso Extraordinário 641.320” (BRASIL. STF, 2016).

Na verdade, a proposta original apresentada pelo Defensor Público-Geral da União almejava a seguinte redação: “O princípio constitucional da individualização da pena impõe seja esta cumprida pelo condenado, em regime mais benéfico, aberto ou domiciliar, inexistindo vaga em estabelecimento adequado, no local da execução. >>

Como muito bem salientado pelo Ministro Marco Aurélio, ao votar pela proposta de redação original, a súmula vinculante deve ser o mais clara possível, de modo a refletir a jurisprudência do Tribunal a fim de “permitir uma compreensão imediata, sem ter-se que buscar precedente que teria sido formalizado pelo Supremo, sob pena de confundirmos ainda mais a observância do nosso direito positivo” (BRASIL. STF, 2016).

O certo é que, pelo texto aprovado, impõe-se a aplicação da nova súmula vinculante sempre que constatada a manutenção do preso em regime mais gravoso, observados os parâmetros do Recurso Extraordinário 641.320, conforme trecho da ementa seguir:

Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como ‘colônia agrícola, industrial’ (regime semiaberto) ou ‘casa de albergado ou estabelecimento adequado’ (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas “b” e “c”). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. (RE 641320, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 11.5.2016, DJe de 8.8.2016.)

Ao traçar parâmetros para a identificação do estado mais gravoso de cumprimento da pena em regime semiaberto, a decisão paradigma preza por avaliar as condições do estabelecimento penal no qual aquele indivíduo está inserido, independentemente de sua classificação. Dessa forma, caberá aos juízes da execução penal avaliar, mediante a realização de inspeções periódicas, as unidades destinadas ao regime semiaberto para a qualificação como adequados. Restará, também, aos magistrados avaliarem a efetiva separação dos reeducandos nos estabelecimentos penais e as condições para o cumprimento da pena dos que se encontram no regime intermediário.

Em que pese todo o avanço obtido pela ADPF nº 347 e do propósito sumular, a qualificação dos estabelecimentos penais existentes como *adequados* ao regime semiaberto, a partir de avaliação judicial, acaba por conferir menor liquidez ao precedente, comprometendo o seu caráter vinculador e eficácia imediata proclamada pelo artigo 4º, da Lei nº 11.417/06, criando uma espécie de norma penal parcialmente em branco a ser complementada pela discricionariedade do magistrado. Ademais, tal previsão remete à ideia de conceito jurídico indeterminado permitindo, pela vaguedade semântica que caracteriza o seu termo, a abertura de espaço para o subjetivismo do órgão judicante.

Caberá à jurisprudência definir os critérios para a *certificação* do estabelecimento prisional como adequado para o cumprimento da pena no regime semiaberto, tendo como ponto de partida o disposto na decisão paradigmática de que “não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado” (BRASIL. STF, 2016).

Nesse ponto, cabe registrar um alerta. Não basta simplesmente selecionar os presos pelo regime e amontoá-los em celas superlotadas, sem qualquer programa que viabilize o seu contato gradual com o meio externo, deixando-os relegados às mesmas condições dos sentenciados em cumprimento de pena em regime fechado ou presos provisórios.

De igual modo, não basta ao reeducando em regime semiaberto gozar do direito de saídas temporárias ou ter deferido judicialmente o direito ao trabalho externo para que não haja excesso de execução. Tais direitos são autônomos e muito embora seja necessário que o sentenciado esteja cumprindo pena em regime semiaberto para seu deferimento, não podem ser tidos como compensações para que se pressuponha o adequado cumprimento de pena, de modo a afastar a aplicação da súmula em estudo e desconstituir o excesso de execução.

O trabalho no regime semiaberto, como base educativa e construtiva para afirmação da dignidade, resta totalmente desprestigiado por ausência de estabelecimentos e políticas voltadas para a inserção do sentenciado em programas laborais seja no interior das unidades, seja mediante parcerias com empresas e órgãos públicos.

Como o Estado não cumpre seu papel na execução das ações voltadas ao desenvolvimento de atividades laborativas não é plausível exigir daquele que se encontra com a liberdade privada a possibilidade de obter, nesse cenário de crise e pânico social, uma proposta formal de emprego a ser desenvolvida concomitantemente ao cárcere. >>

Logo, a simples autorização para o trabalho externo é incapaz de minimizar o excesso de execução já que na prática, por ausência de propostas formais de emprego, o reeducando permanecerá recolhido em sua cela e a LEP continuará sendo uma das mais avançadas cartas de intenções do nosso ordenamento jurídico penal.

O Juiz da Execução Penal, ao avaliar a aplicação da súmula vinculante aos presos e estabelecimentos sob sua jurisdição, deve olhar para além do regime semiaberto, sob pena de comprometer o restante do sistema, notadamente as condições daqueles que se encontram no cumprimento da pena em regime fechado e os presos cautelares.

No atual contexto de endêmica superlotação, a manutenção de presos do regime intermediário em locais inadequados importa no agravamento das condições daqueles que cumprem pena em regime fechado ou que estão acautelados provisoriamente, visto que com o aumento do número de presos ocorre o comprometimento de seus direitos, como o trabalho interno e a educação, reduzindo perspectivas, por meio da remição e outros programas, voltados à ressocialização destes internos.

Diante da nova orientação sumular, devem os operadores do direito ficarem atentos para as condições de cumprimento da pena em regime semiaberto, avaliando a adequação do estabelecimento penal não apenas pela separação dos sentenciados, mas também pelas condições de superlotação, respeito e promoção dos direitos fundamentais de todos os reclusos, independentemente do regime.

Infelizmente, o que se tem visto em algumas decisões mineiras é a preponderância do não declarado, mas oculto discurso da impunidade e da responsabilidade social para afastar a aplicação da súmula vinculante, considerando o número de presos que passariam a cumprir pena em prisão domiciliar. Esse fundamento judicial obscuro é legitimado pelo clamor dos cidadãos e estimulado pelo populismo penal midiático, os valores, idiossincrasias e pré-juízos exalados pelos meios de comunicação, incluindo as redes sociais, que acabam sendo introjetados pelo homem-juiz, interferindo de alguma forma em sua atividade jurisdicional. Assim, o que se vê são estabelecimentos penais maquiados como adequados ao cumprimento da pena no regime intermediário, quando, na verdade, não passam de masmorras desumanas.

Como acontece mais uma vez, a edição da Súmula Vinculante nº 56, do Supremo Tribunal Federal, ainda não apresentou a efetividade esperada, visto que o seu subjetivismo deu abertura para contornos ilegais por alguns magistrados de primeira instância, que etique-

tam como adequados ao cumprimento da pena no regime semiaberto estabelecimento penal, até mesmo, interditado judicialmente, em razão da superpopulação carcerária e carente de condições dignas para o cumprimento da pena, permanecendo misturados presos provisórios, sentenciados do regime fechado e semiaberto, sem qualquer constrangimento. Para escapar da aplicação da súmula vinculante tenta-se alocar os condenados em regime semiaberto em um pavilhão, ala ou galeria, amontando os demais onde couber no estabelecimento penal, gerando um enorme hiato entre o declarado na decisão judicial para negar a existência de excesso de execução e a realidade no interior das unidades prisionais.

Portanto, diante desse subjetivismo deixado pelo verbete, caberá aos Tribunais Pátrios e ao próprio Supremo Tribunal Federal decidir situações individuais para que se possa extrair a *ratio decidendi* a partir de avaliações concretas de problemas estruturais semelhantes e tão conhecidos.

Nessa esteira, resta mais uma vez inócuia a tentativa de humanizar e legalizar o cumprimento da pena, já que os juízes de primeira instância atuam como se não conhecessem a realidade das unidades prisionais. Os Tribunais de Justiça e Tribunais Superiores não concedem direta e imediatamente o direito de prisão domiciliar, diante do excesso de execução, já que a prova pré-constituída é produzida pela defesa. Como consequência, entregam novamente o problema ao magistrado de primeiro grau ordenando que seja o sentenciado colocado em estabelecimento adequado, mesmo ciente de sua inexistência, ou, na sua falta, que seja concedida a prisão domiciliar, mediante fiscalização por monitoração eletrônica. Logo, novamente, as masmorras são maquiadas em estabelecimentos adequados pelas decisões judiciais e os sentenciados mantidos em nítido e ilegal excesso de execução.

Conclusão

Como se nota, o nosso modelo penal tem no encarceramento o seu método hegemônico, desde a época do iluminismo. Todas as tentativas legislativas de reduzir a aplicação da pena privativa de liberdade mostraram-se ineficazes, desde a vigência das Regras de Tóquio, Lei nº 9.099/95, Lei nº 9.714/98, Lei nº 12.403/2011, visto que tais diplomas apenas ampliaram a rede de controle penal para incluir na criminalização secundária aqueles que antes escapavam dela.

>>

Dessa forma, permanece crescente a população carcerária e, com isso, cada vez mais desumanas as condições de encarceramento, o que tem gerando um verdadeiro caos no sistema prisional, a exemplo da recente explosão da barbárie nas prisões no Amazonas, Roraima e Rio Grande do Norte.

São editadas medidas legislativas e judiciais na tentativa de diminuir o abismo existente entre o direito penal constitucional e garantista e a prática aberrante do encarceramento em massa e suas precárias condições de sobrevida. Porém, sem qualquer êxito, já que não há preocupação com o ser humano violador da lei, que deixa de ser visto como sujeito de direitos, para ser merecedor de todo e qualquer tipo de sofrimento e constrangimento, inclusive, cumprir pena de forma mais gravosa, em virtude da omissão do Estado em construir estabelecimentos adequados a execução da pena.

As mudanças sociais, políticas e judiciais ocorreram, mas a necessidade de humanização do sistema penal e sistema penitenciário se faz presente, desde o absolutísmo monárquico. Muda-se a forma e o regime de governo, o fundamento e os fins da pena, a modalidade de punição, mas o descaso com a pessoa humana que o viola a lei permanece e a sua exclusão ao acesso de direitos fundamentais também. Em suma, informalmente, permanecem as penas afitivas e corporais em razão dos recorrentes relatos de agressões e mortes no interior das unidades prisionais, além das degradantes condições que são submetidas as pessoas privadas de liberdade, sendo, na prática, chancelada pelas autoridades públicas todas as formas de violação de direitos, mesmo que por omissão.

As técnicas descarcerizadoras serão sempre inócuas enquanto não houver alteração cultural, social e política acerca da visão da pena privativa de liberdade

como a melhor solução para os conflitos humanos penais e da ideia de que respeitar os direitos de presos implicaria em “premiar a bandidagem”. De toda sorte, qualquer iniciativa que torne menos dolorosa e danosa a vida nas prisões deve ser adotada, porquanto nada justifica que uma pessoa presa tenha menos direitos do que uma pessoa livre. Afinal, a liberdade é que foi perdida e não dignidade humana.

Infelizmente, a promessa iluminista de levar luzes às trevas não se concretizou ainda. O enunciado da Súmula Vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal, por ora, é mais uma vela acesa incapaz de iluminar a escuridão.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF*. Relator: Mello, Marco Aurélio. Publicado no DJE 031, em 19/02/2016. Disponível em <http://stf.jus.br>.

_____. *Acórdão no Recurso Extraordinário n. 592.581/RS*. Relator: Lewandoski, Ricardo. Publicado no DJE 018, em 01/02/2016. Disponível em <http://stf.jus.br>

_____. *Acórdão no Recurso Extraordinário n. 641.320/RS*. Relator: Mendes, Gilmar. Publicado no DJE 159, em 01/08/2016. Disponível em <http://stf.jus.br>

_____. *Aplicação das Súmulas no STF. Súmula Vinculante 56*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>. Acesso em 08/02/2017.

_____. *Plenário aprova súmula vinculante sobre regime prisional*. Publicado em 29.06.2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319993> Acesso em 08/02/2017.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.



DEFENSOR PÚBLICO.
Transformando a causa de um no benefício de todos.

anadep.org.br

 **ANADEP**
Associação Nacional dos Defensores Públicos

Judicialização do direito à saúde: breves anotações

Felipe Rocha Panconi

Resumo

O artigo que se segue procurar desenvolver uma reflexão teórica acerca da judicialização do direito à saúde, descrevendo os parâmetros que justificam e legitimam a atuação judicial no campo particular das ações e serviços de saúde. O Poder Judiciário não deve deixar tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação e de outra parte, não pode presumir-se demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 elencou, em seu artigo 5º, uma série de garantias individuais essenciais ao ser humano, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, dentre outros. Nesse contexto, pode-se destacar o direito à vida, eis que serve de base para a concretização dos demais direitos fundamentais. Por sua vez, o artigo 6º da Magna Carta traz os chamados direitos sociais, que visam concretizar a efetivação da justiça social, mediante a atuação do Estado na garantia e provimento desses direitos. Dentre os direitos sociais, destaca-se o direito de acesso aos serviços públicos de saúde, cuja prestação, a partir da Carta da República de 1988, foi estendida a todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício. Estabelece o artigo 196 da Lei Fundamental que a saúde é "direito de todos e dever do Estado", e institui o "acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

A formulação e implementação de políticas públicas pelos Poderes Executivo e Legislativo, notadamente

aquelas destinadas a garantir os chamados direitos de segunda dimensão (direitos econômicos, sociais e culturais), depende, em grande parte, de opção política e de disponibilidade orçamentária e financeira do Poder Público, o qual poderá, em tese, se eximir de implementar total ou parcialmente tais políticas em razão de falta ou insuficiência de recursos financeiros. Entretanto, com a força normativa conquistada pela Constituição nos últimos anos, as normas constitucionais passaram a ser dotadas do caráter de imperatividade, com aplicabilidade direta e imediata pelo Poder Judiciário. Em consequência, os direitos sociais em geral, e o direito à saúde em particular, transformaram-se em direitos com eficácia jurídica e social, passíveis de serem tutelados judicialmente, importando na intervenção do Poder Judiciário no sentido de determinar à Administração Pública o fornecimento gratuito de medicamentos e a prestação de assistência médica em uma ampla variedade de hipóteses (DELVECHIO, 2010, p. 07).

Não obstante, o cumprimento de determinações judiciais que pressupõem a atuação positiva do Estado enfrenta limitações decorrentes da escassez de recursos financeiros face às crescentes demandas da sociedade por políticas públicas, nas suas mais diversas formas. Assim, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria condicionada à capacidade financeira do Estado – a denominada reserva do possível.

No entanto, de acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 45/DF), quando da inércia ou comportamento abusivo do Estado puder resultar lesão ou ameaça a direitos constitucionais fundamentais, sem motivo objetivamente aferível, a reserva do possível não poderá ser invocada, sob pena de provocação do Poder Judiciário.

>>

Felipe Rocha Panconi é defensor público do Estado de Minas Gerais; especialista em Ciências Penais pela UFJF; e membro da Câmara de Estudos Cíveis, Processual Civil e Direito Público da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

Embora diversos autores considerem que a interferência do Poder Judiciário na formulação e implementação das políticas públicas vai de encontro ao princípio da separação dos poderes, no entendimento da Suprema Corte brasileira, se os Poderes Executivo e Legislativo se mostrarem incapazes de cumprir as normas constitucionais destinadas a preservar as condições materiais mínimas de existência do indivíduo e dos cidadãos, caberá ao Poder Judiciário intervir e assegurar o cumprimento do mandamento constitucional pelo Poder Público de forma a garantir a todos o acesso aos bens e direitos que lhes foram injustamente negados.

Apesar dos constantes avanços na prestação dos serviços públicos de saúde, o Poder Público não tem conseguido atender a todas as necessidades dos indivíduos, particularmente no que se refere ao fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde inovadores, decorrentes do processo de desenvolvimento científico e tecnológico. O resultado é a crescente reivindicação por parte dos cidadãos, pela via judicial, por fornecimento de medicamentos e tratamentos não cobertos pela rede pública de saúde.

1. Judicialização e ativismo judicial

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira. Imperioso consignar que o ativismo judicial caracteriza-se pelas decisões judiciais que impõem obrigações ao administrador, sem, contudo, haver previsão legal expressa. Decorre da nova hermenêutica constitucional na interpretação dos princípios e das cláusulas abertas.

O ativismo judicial se expande quando outros Poderes se retraem. Nesse sentido, o ativismo tem um ponto positivo: atende às demandas sociais não atendidas por instâncias políticas. Todavia, apresenta um aspecto negativo ao revelar que instituições constitucionalmente competentes não funcionam satisfatoriamente.

Para Luis Roberto Barroso, o ativismo judicial é uma atitude, uma escolha do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais, expandindo seu sentido e alcance e, normalmente, está associado a uma retração do Poder Legislativo. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de

manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público (BARROSO, 2009, p. 06).

A judicialização representa a transferência de poder político para o Judiciário, principalmente, para o Supremo Tribunal Federal. Apontam-se três causas para essa situação fática: a redemocratização do país, ensejando uma maior procura do Poder Judiciário; a constitucionalização, que fez com que a Constituição de 1988 tratasse de inúmeros assuntos; e o sistema de controle de constitucionalidade.

A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático da judicialização e do consequente ativismo judicial. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera exortação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral e os direitos sociais em particular converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

No tocante ao direito fundamental à saúde, a postura ativista do Supremo Tribunal Federal possui uma visibilidade maior, na medida em que o tribunal é continuamente provocado a se manifestar quanto à concessão de medida concernente à sua garantia.

Cumpre registrar, à guisa de exemplificação, a extensão do conceito de solidariedade, empreendido pela Corte Suprema. O tema da solidariedade dos entes federados em matéria de saúde é recorrente nas decisões proferidas pelo Pretório Excelso.

Dessa forma, decide o Supremo Tribunal Federal, que em relação ao tema da solidariedade dos entes públicos no tocante ao direito à saúde, a responsabilidade é de todos, não cabendo a utilização de institutos processuais como o chamamento ao processo, para com isso exigir dos demais devedores que participem da lide e sejam demandados, por aquele que arcou com as despesas quanto aos valores de responsabilidade dos demais codevedores, uma vez que não há direito de regresso, sobretudo, em razão da opção do autor da demanda judicial.

>>

Defende o Ministro Luiz Fux, que o recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.

In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida (STF, RE 607.381/ SC, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 17.06.2011).

Trata-se de construção pretoriana e exemplo de ativismo judicial, na medida em que a solidariedade pressupõe a possibilidade de se buscar o ressarcimento do valor integral pago por um devedor aos demais devedores. O próprio Ministro Luiz Fux assevera que o chamamento ao processo é modalidade de intervenção forçada de terceiro que pode ser manejada pelo réu.

(...), tem como ratio essendi o vínculo da solidariedade passiva. Consoante é sabido, na solidariedade passiva há uma relação interna entre os devedores que lhes impõe um rateio da cota de cada um na dívida comum. Observando esse aspecto, estabeleceu o legislador processual a possibilidade de o devedor demandado convocar ao processo os demais coobrigados, com o fim de estender-lhes os efeitos da sentença, e autorizar àquele que, por fim, satisfizer a dívida, recobrar, de cada um, a sua cota parte (FUX, 2004, p. 304).

Tem-se, portanto, um novo conceito de solidariedade, em que o ente que arcar com as despesas relacionadas às prestações de saúde, não poderá reaver os valores devidos por seus coobrigados. Cuida-se, assim, de uma construção ativista, uma vez que estabeleceu uma obrigação além dos limites definidos pela legislação processual.

O ativismo, portanto, no direito à saúde é uma realidade que se traduz nas determinações quanto à entrega de medicamentos não constantes das listas oficiais, a realização de cirurgias e outros tratamentos médicos, desorganizando a estrutura administrativa montada para atender a sociedade (MEDEIROS, 2011, p. 113).

2. Do direito à saúde: mínimo existencial e reserva do possível

O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) “direito de todos” e (2) “dever do Estado”, (3) “garantido mediante políticas sociais e econômicas” (4) “que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”, (5) regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário” (6) “às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Examinemos cada um desses elementos.

- (1) Direito de todos. É possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo Poder Público, significaria negar a força normativa da Constituição.
- (2) Dever do Estado. O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). A competência comum dos entes da Federação para cuidar da saúde consta do artigo 23, inciso II, da Constituição. O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da Federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.
- (3) Garantido mediante políticas sociais e econômicas. A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada.
- (4) Políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. Tais políticas visam à redução do risco de doença e outros agravos, de forma a evidenciar sua dimensão preventiva. As ações preventivas na área de saúde foram, inclusive, indicadas como prioritárias pelo artigo 198, inciso II, da Constituição.

>>

- (5) Políticas que visem ao acesso universal e igualitário. O constituinte estabeleceu, ainda, um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde. Nesse sentido, a Ministra Ellen Gracie, ressaltou que, no seu entendimento, o artigo 196 da Constituição refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo. O princípio do acesso igualitário e universal reforça a responsabilidade solidária dos entes da Federação, garantindo, inclusive, a “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie” (artigo 7º, inciso IV, da Lei 8.080/90) (STF, STA 91/AL, Ministra Ellen Gracie, DJ 26.02.2007).
- (6) Ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215 e 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais (STF, STA 175 AgR/CE, Ministro Gilmar Mendes, DJe 29.04.2010).

Diferentemente dos textos constitucionais anteriores, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, pela primeira vez, que a saúde é um direito social, dotado das mesmas características atribuídas aos demais direitos fundamentais elencados pelo texto constitucional, nos termos do artigo 6º. Nesse sentido, fala-se que o direito à saúde é direito fundamental em termos material e formal.

A fundamentalidade material é decorrente da relevância social e jurídica do bem que é protegido pela norma jusfundamental, que, no caso da saúde, é indiscutível, já que estreitamente relacionada à manutenção e ao desenvolvimento da própria vida humana, na sua integridade física, psíquica e social, assim como à fruição dos demais direitos da pessoa, fundamentais ou não. Além disso, a estreita relação da saúde com outros bens tutelados por normas de direitos fundamentais – como a própria vida, o ambiente, a moradia, o trabalho, por exemplo – acentuam a relevância da proteção constitucional à saúde, como bem jurídico fundamental.

A fundamentalidade formal do direito à saúde decorre do regime jurídico de proteção reforçada outorgado pelas normas constitucionais, sobretudo: (a) da previsão do direito à saúde sob o mesmo Título II, *Dos Direitos e Garantias Fundamentais* da Constituição Federal; (b) da *cláusula inclusiva*, prevista no artigo 5º, § 2º, do texto constitucional, por meio da qual se viabiliza a abertura do sistema e, com isso, o reconhecimento de outros direitos fundamentais para além daqueles expressamente previstos pelo catálogo do artigo 5º, com a consequente extensão do regime de fundamentalidade formal outorgado pelas normas constitucionais; (c) da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, na forma do artigo 5º, § 1º, do texto constitucional, interpretado como um *mandado de otimização* das normas de direitos fundamentais, no sentido de que se lhes reconheça a maior eficácia possível; (d) da inclusão dos direitos sociais entre os limites materiais à reforma constitucional (artigo 60, § 4º, IV, CF), seguindo a interpretação não restritiva propugnada pelo Supremo Tribunal Federal.

Para Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial corresponderia a um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo (BARCELLOS, 2002, p. 126).

Dessa forma, o mínimo existencial seria um núcleo irreduzível do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual incluiria um mínimo de quatro elementos de natureza prestacional: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça.

Segundo Andreas Krell, esta teoria engenhosa do mínimo social aos direitos fundamentais é fruto da doutrina alemã que tinha de superar a ausência de qualquer direito social na Carta de Bonn, sendo baseada na função de estrita normatividade e jurisdicionalidade do texto constitucional. A teoria do mínimo existencial tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação de serviços sociais básicos que garantam a sua existência digna, significando o direito de requerer um mínimo dos meios de sobrevivência ou subsistência, de tal forma que sem o mínimo necessário a existência, cessaria a possibilidade da própria sobrevivência. Esse mínimo estaria baseado no próprio conceito de dignidade humana (KRELL, 2002, p. 60-62).

Em linhas gerais, a reserva do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos fundamentais sociais, tais como o direito à saúde, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis. >>

Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo afirmam que não parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte de seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constituiu, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 30).

A reserva do possível teve origem no julgamento do caso *numerus clausus* pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, julgado em 1972. Discutia-se o acesso ao curso de medicina e a compatibilidade de certas regras legais estaduais que restringiam esse acesso ao ensino superior (*numerus clausus*), com a Lei Fundamental, que garantia a liberdade de escolha da profissão. O Tribunal decidiu que a prestação exigida do Estado deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade e entendeu que não seria razoável impor ao Estado a obrigação de acesso a todos os que pretendessem cursar medicina.

Andreas Krell, critica a importação da reserva do possível pelo sistema brasileiro, ressaltando a grande diferença socioeconômica entre os dois países, lembrando que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham vagas nos hospitais mal equipados da rede pública; não há necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem, etc (KRELL, 2002, p. 108-109).

A proteção do mínimo existencial não se sujeita à reserva do possível, pois tais direitos se encontram nas garantias institucionais de liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos

públicos. O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à saúde não podem ser menosprezados pelo Estado, sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu principal destinatário.

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção ao direito à saúde, traduz meta cuja não realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público, ainda mais se se tiver presente que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser necessariamente implementado mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis.

Ao julgar a ADPF 45/DF, o Relator Ministro Celso de Mello proferiu decisão assim ementada (Informativo/STF nº 354/2004):

ARGUIÇÃO 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 ARBITRIO 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 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Nesse diapasão, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará, lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (STF, ADPF 45/DF, Ministro Celso de Mello, DJ 04.05.2004).

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da *reserva do possível* – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Tal como enfatizou o Ministro Celso de Mello no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (artigo 5º, *caput*, e artigo 196) – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendeu, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível solução: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas (STF, Pet 1246/SC, Ministro Celso de Mello, DJ 30.08.2002).

O caráter programático da regra inscrita no artigo 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JÚNIOR, 1993, p. 181) – não pode convertê-la em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

3. Intervenção do Poder Judiciário no acesso à saúde e Postulado da Separação dos Poderes

O postulado da separação dos poderes, além de qualificar-se como núcleo temático irreformável do ordenamento constitucional positivo brasileiro, reflete, na concreção do seu alcance, um significativo dogma de preservação do

equilíbrio de nosso sistema político e de intangibilidade do modelo normativo das liberdades públicas, impedindo – a partir da estrita subordinação estatal aos limites impostos ao âmbito de atuação dos poderes constituídos – que o regime democrático venha a ser conspurcado pelo exercício ilegítimo das prerrogativas estatais.

O que interessa é impedir a concentração de poderes em uma única pessoa. Para isso, o princípio também abriga a premência do controle recíproco entre os titulares destas funções estatais. Para tal fim, Montesquieu previu as faculdades de impedir e estatuir, o que mais tarde, após a contribuição de Bolingbroke (ZIPPELIUS, 1999, p. 405), passou a ser denominado de sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), de importância vital para o equilíbrio entre os poderes (BONAVIDES, 1999, p. 268).

Com efeito, a discussão sobre a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de “relevância pública”, as ações e serviços de saúde (CF, artigo 197), em ordem a legitimar a atuação do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalamente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

Assim, a questão central é verificar se se revela possível ao Judiciário, sem que incorra em ofensa ao postulado da separação dos poderes, determinar a adoção, pelos entes federados, quando injustamente omissos no adimplemento de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas, de medidas ou providências destinadas a assegurar, concretamente, à coletividade em geral, o acesso e o gozo de direitos afetados pela inexecução governamental de deveres jurídico-constitucionais.

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo (VIEIRA DE ANDRADE, 1987, p. 207).

Impende assinalar, contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional (STF, ARE 745.745/AgR, Ministro Celso de Mello, DJe 18.12.2014).

>>

Ressalta-se que é certo que o Poder Judiciário não pode substituir o Poder Executivo na prática do ato administrativo. A missão constitucional deste é a de exercer o controle judicial do referido ato. Deve distanciar-se do critério político, isto é, ficar circunscrito apenas em verificar se o agente público atuou dentro dos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, eficiência, impessoalidade, finalidade, bem como aos atributos do mesmo ato. Todavia, quando o Poder Judiciário determina ao Poder Executivo o cumprimento de obrigação constitucional e legal, não está substituindo o Administrador Público, mas apenas determinando que se cumpra a lei.

Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrariedade recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima, sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e proteção ao direito à saúde.

Cabe referir, neste ponto, a advertência de Luiza Frischeisen, em que, nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer (FRISCHEISEN, 2000, p. 57).

O administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais – que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (SILVA, 2000, p. 199) –, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.

Dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, inclui-se a

necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

Na realidade, o Poder Judiciário, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivam restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política – refletem comportamento estatal que deve ser repelido, pois a inércia do Estado qualifica-se como uma das causas geradoras dos processos informais de mudança da Constituição, tal como o revela autorizado magistério doutrinário (FERRAZ, 1986, p. 230-232).

A inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de desapreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

A percepção da gravidade e das consequências lesivas derivadas do gesto infiel do Poder Público que transgride, por omissão ou por insatisfatória concretização, os encargos de que se tornou depositário, por efeito de expressa determinação constitucional, foi revelada, entre outros, por renomado autor em lição que acentua o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo (SILVA, 1998, p. 226).

Conclusão

A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade extenso adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Assim sendo, a judicialização não decorre da vontade do Judiciário e de seus atores, mas sim do constituinte.

O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário.

Isso significa, portanto, considerada a indiscutível primazia constitucional reconhecida à assistência à saúde, que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de saúde pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a saúde dos cidadãos, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes, não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Estado, das normas inscritas nos artigos 196 e 197 da Constituição da República, que traduzem e impõem, ao próprio Estado, um inafastável dever de cumprimento obrigacional, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a direitos fundamentais da cidadania e que são, no contexto que ora se examina, o direito à saúde e o direito à vida (STF, ARE 745.745/AgR, Ministro Celso de Mello, DJe 18.12.2014).

Dessa forma, se configurada a inércia da administração pública, incumbe ao Poder Judiciário quando provocado, assegurar o implemento do direito constitucionalmente previsto à saúde, determinando o fornecimento de medicamentos e a realização dos procedimentos necessários à melhoria da qualidade de vida dos paciente, não configurando afronta ao princípio da separação dos poderes.

E se há omissão do Poder Público na efetivação de norma constitucional, compete ao Poder Judiciário ordenar o seu cumprimento, sem que isso implique ofensa ao disposto no artigo 2º, Constituição Federal de 1988, ainda mais quando se tratar de fazer valer garantia fundamental prevista na Magna Carta.

Nesse contexto, cabe ao Poder Judiciário analisar a legalidade do ato administrativo quando o ente político descumpre os encargos a ele cometidos, de maneira a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais assegurados pela Constituição Federal (STF, AI 550.530 AgR/PR, Ministro Joaquim Barbosa, DJe 16.08.2012).

Por derradeiro, imperioso consignar que a reserva do possível não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na pró-

pria Constituição, encontrando insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana (STF, STA 175 AgR/CE, Ministro Gilmar Mendes, DJe 29.04.2010).

Referências Bibliográficas

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. Max Limonad, 1986.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. Max Limonad, 2000.
- FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- JÚNIOR, JOSÉ CRETELLA. *Comentários à Constituição de 1988*. Vol. VIII, p. 4332/4334, item n. 181, Forense Universitária, 1993.
- MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O Ativismo Judicial e o Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- _____. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002.
- PEREIRA, Delvechio de Souza. *O Orçamento Público e o Processo de Judicialização da Saúde*. In: Portal do Tribunal de Contas da União, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade nas Normas Constitucionais*. 3. ed. Malheiros, 1998.
- _____. *Poder Constituinte e Poder Popular*. Malheiros, 2000.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do estado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

O repasse dos recursos referentes às dotações orçamentárias por duodécimo às Defensorias Públicas como garantia ao direito fundamental de assistência jurídica

Ariane de Figueiredo Murta | Flávio Aurélio Wandeck Filho | Heitor Teixeira Lanzellotti Baldez
Janaina dos Santos Damas Ribeiro | Marcelo Paes Ferreira da Silva

Resumo

O presente artigo analisa a autonomia financeira da Defensoria Pública – consagrada na Constituição, na lei e na jurisprudência – e a possibilidade de o Poder Executivo reter, atrasar ou repassar a menor os recursos correspondentes às dotações orçamentárias constitucionalmente destinadas à instituição, em virtude da cláusula da reserva do possível.

Introdução

Em momentos de crise econômica, passam a ocorrer situações em que o Poder Executivo atrasa, retém ou mesmo repassa os recursos orçamentários para outros poderes e órgãos autônomos em valor inferior àquele previsto na Lei Orçamentária Anual, com fundamento na cláusula da reserva do possível, sob a alegação de dificuldades financeiras advindas da redução na atividade econômica e consequente queda na arrecadação de tributos².

1. Artigo 168 da Constituição da República: autonomia financeira da Defensoria Pública e dotações orçamentárias em duodécimos

Eventos de tal natureza geram, invariavelmente, o ajuizamento de medidas judiciais e fomentam a discussão sobre se é possível ao Poder Executivo invocar a cláusula da reserva do possível para exonerar-se da obrigação legal de transferir os recursos orçamentários na forma acertada na Lei Orçamentária Anual.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, optou pelo modelo *estatal* de assistência jurídica, no qual este direito fundamental é prestado por um órgão público específico, organizado em carreira e cujas atribuições estão previstas em legislação específica: a *Defensoria Pública*, definida como “instituição essencial à função jurisdicional do Estado” (BRASIL, 1988).

² Artigo 168 da Constituição da República: autonomia financeira da Defensoria Pública e dotações orçamentárias em duodécimos

>>

Ariane de Figueiredo Murta é defensora pública do Estado de Minas Gerais; e especialista em Direitos Difusos e Coletivos pelo IEC/PUC-MG.

Flávio Aurélio Wandeck Filho é defensor público do Estado de Minas Gerais; mestre em Direitos Humanos pela Universidade Northwestern (EUA); e especialista em direito público pela Universidade Cândido Mendes (RJ).

Heitor Teixeira Lanzellotti Baldez é defensor público do Estado de Minas Gerais; vice-presidente da Associação dos Defensores Públicos de Minas Gerais – ADEP-MG; diretor da Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP; membro e coordenador da Câmara de Estudos Institucionais da DPMG.

Janaina dos Santos Damas Ribeiro é defensora pública do Estado de Minas Gerais; e especialista em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina e em Direito Urbanístico pela PUC Minas.

Marcelo Paes Ferreira da Silva é defensor público do Estado de Minas Gerais; assessor da Corregedoria-Geral da DPMG; especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho; e mestre em Direito pela UFMG.

No intuito de conferir instrumentos para que a Defensoria Pública possa desempenhar suas diversas atribuições sem a interferência de terceiros, a Constituição Federal, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, passou a prever a *autonomia funcional e administrativa* da instituição, *além da iniciativa de proposta orçamentária* dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

A possibilidade de exercer a iniciativa de proposta orçamentária conduz, de forma inexorável, à conclusão de que o constituinte derivado consagrou a *autonomia financeira* da Defensoria Pública, pois esta é “*a capacidade de elaboração da proposta orçamentária e de gestão e aplicação dos recursos destinados a prover as atividades e serviços do órgão titular da dotação*” (MEIRELLES apud MAZZILLI, 1997, p. 28).

A autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 307/PB, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, tendo sido reconhecida como preceito fundamental, uma vez que “*constitui garantia densificadora do dever do Estado de prestar assistência jurídica aos necessitados e do próprio direito que a esses corresponde*” (BRASIL, STF, 2014), tendo sido firmado o entendimento de que aquela constitui “*norma estruturante do sistema de direitos e garantias fundamentais, sendo também pertinente à organização do Estado*” (BRASIL, Idem, ibidem).

Como consectário lógico da autonomia financeira, o artigo 168 da Constituição da República e os artigos 129, § 1º e 162 da Constituição do Estado de Minas Gerais preveem que a Defensoria Pública detém a prerrogativa constitucional de gerir e aplicar os recursos orçamentários aprovados na Lei Orçamentária Anual, os quais devem ser repassados na forma de duodécimos até o dia vinte de cada mês, como ocorre em relação aos Poderes Legislativo e Judiciário e ao Ministério Público (BRASIL, 1988; MINAS GERAIS, 1989).

A Corte Constitucional, em decisão monocrática proferida na ADPF nº 384/MG, de relatoria do Ministro Edson Fachin, destacou a *imprescindibilidade* do repasse dos recursos orçamentários à Defensoria Pública, considerando que a “*retenção injusta de duodécimos*” por parte do Poder Executivo gera a violação dos preceitos fundamentais do acesso à Justiça e da Assistência Jurídica integral e gratuita e “*representa, em concreto, um óbice ao pleno exercício de função essencial à Justiça*”, pois priva “*os mais necessitados do ponto de vista econômico do ‘direito a ter direitos’, na célebre expressão de Hannah*

Arendt, ao se diminuir a capacidade de atendimento e alcance social de órgão da burocracia estatal de extrema relevância no contexto brasileiro” (BRASIL, STF, 2016).

No julgamento da ADPF nº 339/PI, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, restou mais uma vez consignada a autonomia da Defensoria Pública e o dever do Executivo de repassar os recursos das dotações orçamentárias em forma de duodécimos, haja vista que este Poder atua como mero arrecadador, não podendo, em qualquer hipótese, reter recursos orçamentários que não lhe pertencem (BRASIL, STF, 2016b).

Não se pode olvidar, ainda, que a Constituição do Estado de Minas Gerais, no artigo 162, § 2º, foi um pouco além da Constituição Federal ao vedar expressamente a retenção ou restrição de repasse dos recursos orçamentários aos órgãos mencionados no *caput* do artigo, dentre os quais está a Defensoria Pública, esclarecendo que eventual violação pode configurar, inclusive, crime de responsabilidade.

2. A cláusula da reserva do possível e o artigo 168 da Constituição da República

Em momentos de crise econômica, alguns Estados alegam dificuldades financeiras para, com fundamento na reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), deixar de efetuar o repasse dos recursos orçamentários às Defensorias Públicas ou para fazê-lo de forma distinta daquela legalmente prevista.

A cláusula da reserva do possível, segundo argumentam estes Estados, justificaria o inadimplemento estatal na concretização de direitos fundamentais, especialmente os de cunho social, cuja consolidação, dado seu caráter eminentemente econômico, encontrar-se-ia tragicamente condicionada à disponibilidade orçamentária do ente estatal.

Tal concepção, contudo, parte de uma leitura equivocada da reserva do possível, que, segundo a doutrina majoritária, em sua origem³, não se relacionava diretamente aos problemas advindos das limitações orçamentárias, mas, especialmente, à (ir)razoabilidade da pretensão exigida pelo indivíduo em face do Estado.

³) O princípio da reserva do possível, segundo a doutrina majoritária, originou-se no Direito germânico, mais especificamente na decisão BVerfGE 333, 303 (*numerus clausus*), proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão em 18 de julho de 1972, na qual este construiu a tese de que as prestações reclamadas pelos cidadãos deveriam corresponder ao que estes razoavelmente podem exigir da sociedade (SARLET, 2005, p. 289), razão pela qual o Estado não possuía a obrigação de garantir o acesso de todo e qualquer cidadão às instituições públicas de ensino superior, ainda que possuísse recursos para tanto.

Assim, certo é que essa cláusula constituiu, originalmente, um instrumento destinado a combater o arbítrio e não as limitações orçamentárias propriamente ditas.

A reserva do possível, portanto, ao contrário de constituir instrumento de limitação *tout court* de concretização de direitos fundamentais, apresenta-se como verdadeira expressão da eficiência administrativa, impedindo que recursos públicos sejam aplicados em desfavor daqueles que mais necessitam (MARTINS, 2005, pp. 663-664).

A forma como a citada cláusula passou a ser empregada no Brasil – como verdadeiro obstáculo teórico à concretização de direitos fundamentais, notadamente aqueles de cunho social –, não leva em consideração as diferenças abissais entre a realidade alemã e a brasileira, notadamente o nível de concretização de direitos fundamentais básicos.

Não por outro motivo, a doutrina mais abalizada já constatou que “*na ausência de um estudo mais aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais*” (BARCELLOS, 2002, p. 237).

Assim, tem-se que a importação acrítica e irrefletida da cláusula da reserva do possível, animada por interesses ou justificativas meramente conjecturais, acabou por gerar um resultado irreconhecível sob a ótica do ordenamento brasileiro, frustrando o projeto constitucional que celebra uma dogmática emancipatória, lastreada na promoção da dignidade da pessoa humana pela concretização gradual dos direitos fundamentais (CLÈVE, 2006, p.28), dentre os quais a assistência jurídica integral e gratuita assume posição de destaque.

3. Impossibilidade de descumprimento unilateral da obrigação de repasse dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias pelo Poder Executivo

Diante da autonomia financeira da Defensoria Pública e da obrigação imposta nas Constituições da República e do Estado de Minas Gerais, resta uma pergunta: se o Poder Executivo não pode alegar a cláusula da reserva do possível para reter, atrasar ou repassar os recursos orçamentários a menor para os demais poderes e instituições autônomas, *como deveria ele proceder em caso de diminuição da receita, especialmente em situações de grave crise econômica?*

O Supremo Tribunal Federal respondeu parcialmente a essa questão quando do julgamento do Mandado de

Segurança nº 31.671/RN, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, no qual a Corte Constitucional brasileira analisou o repasse, pelo Poder Executivo potiguar, dos recursos orçamentários do Poder Judiciário daquele Estado em valor inferior àquele estabelecido na Lei Orçamentária Anual, assentando que eventuais dificuldades financeiras não permitem “*a prática de atos unilaterais*” pelo Poder Executivo, tais como a retenção, atraso ou repasse a menor dos recursos orçamentários (BRASIL, STF, 2014)⁴.

Ainda neste julgamento, o Supremo Tribunal Federal asseverou que, em situações desse jaez, quando verificado que a receita poderá não comportar o cumprimento das metas estabelecidas, os poderes e órgãos autônomos devem proceder na forma do artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, promovendo, “*por ato próprio e nos montantes necessários (...) limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias*” (BRASIL, 2000).

Essa medida, contudo, pode não ser suficiente, em alguns casos, para sanar o déficit orçamentário, especialmente quando as receitas arrecadadas são excessivamente inferiores àquelas previstas na Lei Orçamentária Anual. Mesmo nesses casos, como não é possível ao Poder Executivo solucionar unilateralmente a questão, segundo jurisprudência da Corte Constitucional, mostra-se mais adequada a *via legislativa*⁵, já que o valor do repasse encontra-se previsto na Lei Orçamentária Anual, que é um ato normativo devidamente votado e aprovado pelo Poder Legislativo.

Nas hipóteses em que o Poder Executivo verifica discrepância entre a previsão de receita contida na Lei Orçamentária Anual e a receita efetivamente auferida, de maneira a inviabilizar o repasse dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias sem comprometer o atendimento das demais prioridades estatais,

⁽⁴⁾ Impende ressaltar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, em decisão liminar no MS 34.483/RJ, proferida por sua 2ª Turma, em 22/11/2016, divergiu de sua jurisprudência consolidada até então para entender que em caso de frustração de receita orçamentária, pode o Poder Executivo proceder ao “*desconto uniforme*”, equivalente ao percentual de decrescimento da receita, nos repasses dos recursos orçamentários para os demais poderes e órgãos autônomos. Trata-se de posicionamento que não modifica o entendimento consolidado da Corte sobre a matéria.

⁽⁵⁾ No Estado de Minas Gerais, a necessidade de observância da via legislativa é ainda mais evidente devido à previsão trazida pelo artigo 162, § 2º da Constituição Estadual no sentido de que a retenção ou restrição do repasse pode configurar crime de responsabilidade.

portanto, deve ele convocar os demais poderes e órgãos autônomos para uma repactuação orçamentária, encaminhando ao Poder Legislativo projeto de lei para alteração da Lei Orçamentária Anual.

Nesse sentido, importante destacar a decisão do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais que, no julgamento da Consulta nº 785.693, firmou entendimento semelhante ao aqui exposto quando tratou do repasse dos recursos orçamentários do Poder Executivo Municipal para o Poder Legislativo Municipal, exigindo emenda à Lei Orçamentária Municipal para essa finalidade (MINAS GERAIS, TCE, 2011).

Conclusão

Momentos de crise econômico-financeira, que acarretam a frustração de receitas orçamentárias, acabam por trazer à discussão a possibilidade de o Poder Executivo não repassar, da forma como prevista na Lei Orçamentária Anual, os recursos orçamentários constitucionalmente garantidos aos demais poderes e instituições autônomas, como a Defensoria Pública.

Para jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, entretanto, o repasse dos recursos orçamentários, na forma como legalmente previsto, é prerrogativa conferida à Defensoria Pública e não pode ser descumprido pelo Poder Executivo, uma vez que a autonomia financeira assegurada à Instituição tem como objetivo viabilizar a prestação do direito fundamental de assistência jurídica sem ingerências externas.

Nesse sentido, sendo inoportuna a alegação da cláusula da reserva do possível na tentativa de justificar a retenção, atraso ou repasse a menor dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias, o presente artigo aponta para a necessidade de repactuação com os demais poderes e instituições autônomas e, portanto, de alteração legislativa sempre que o Poder Executivo não puder cumprir o dever constitucional de repasse dos mencionados recursos na forma estabelecida pela Lei Orçamentária Anual.

Referências

- BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomilado.htm>. Acesso em 26/11/2016.
- BRASIL. *Lei Complementar Federal nº 101*, de 4 de maio de 2000. Lei de Responsabilidade Fiscal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em 26/11/2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 307 MC-Ref*. Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Publicação 27/03/2014. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5519916>>. Acesso em 21/11/2016.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *ADPF nº 384 MC*, Relator: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe-022, Publicação 05/02/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=22&dataPublicacaoDj=05/02/2016&incidente=4919659&codCapitulo=6&numMateria=5&codMateria=2>>. Acesso em 21/11/2016.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *ADPF nº 339 MC*, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe-159, Publicação 01/08/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4743299>>. Acesso em 21/11/2016.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *MS nº 31.671/RN*, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe-028, Publicação 10/02/2014. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4319809>>. Acesso em 21/11/2016.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, v. 54, p. 28 – 39, Jan.-Mar./ 2006.
- MARTINS, Leonardo. (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MINAS GERAIS, *Constituição do Estado de Minas Gerais*, de 21 de setembro de 1989. Disponível em <<https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>>. Acesso em 26/11/2016.
- _____, *Consulta nº 785.693*. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Relator: Cons. Eduardo Carone Costa, Sessão 16/02/2011, Disponível em <<http://tcjuris.tce.mg.gov.br/Home/Visualizar?arquivo=95638&processo=785693&data=16-2F02%2F2011%2000%3A00%3A00>>. Acesso em 25/11/2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

• • •

Siga-nos.



@PontoDef



revista.def

O vínculo biológico e socioafetivo sob a perspectiva da multiparentalidade

Bárbara Silveira Machado Bissochi | Eliane Aparecida de Castro Medeiros | Elisa Schröder Alves Cesar Lívia Matias de Souza Silva | Luciana Bär Infante Antunes Rabelo

Resumo

O Direito de Família exige perfeita sintonia com as necessidades sociais, devendo-se cogitar a respeito de seus novos rumos. Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que não existe prevalência, em abstrato, entre os vínculos biológico e socioafetivo, firmando a tese da multiparentalidade, com atribuição de todos os efeitos jurídicos próprios.

Introdução

O direito de buscar suas origens é um dos mais elementares direitos da personalidade, corolário da dignidade da pessoa humana, com fulcro no artigo 1º, inciso III da Constituição da República como fundamento do *Estado Democrático de Direito*. Esse direito, tolhido durante séculos por uma legislação preconceituosa aos filhos havidos fora do casamento, é hoje amplo e irrestrito, sendo

imprescritível e irrenunciável, consoante entendimento pacífico da doutrina e jurisprudência atual e determinação expressa do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A investigação de parentalidade, denominação hodierna das demandas que buscam identificar a paternidade ou maternidade, passou por profundas mudanças desde o final do século XX até os dias atuais. A evolução deste tema acompanha especialmente as modificações no conceito social e jurídico de família e o avanço da ciência, que permite identificar com certeza os vínculos sanguíneos.

Referidas conquistas não passaram despercebidas ao Direito de Família, que, sob nova roupagem, transpõe uma visão preponderantemente patriarcalista e patrimonialista, para alcançar um conceito de família cujo fundamento e fim maior é o afeto. A família, agora relida sob o princípio da dignidade da pessoa humana, deixou de ser exclusivamente aquela formada pelo casamento e alcançou uma pluralidade de formas.

>>

Bárbara Silveira Machado Bissochi é graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia-MG; especialista em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia; especialista em Políticas Públicas pela Escola do Legislativo de Minas Gerais; é defensora pública do Estado de Minas Gerais; e membro da Câmara de Estudo de Tutela das Famílias da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

Eliane Aparecida de Castro Medeiros é graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce; especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes; especialista em Políticas Públicas pela Escola do Legislativo de Minas Gerais; defensora pública do Estado de Minas Gerais; e membro da Câmara de Estudo de Tutela das Famílias da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

Elisa Schröder Alves Cesar é graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora; especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Metodista Granbery; defensora pública do Estado de Minas Gerais; e membro da Câmara de Estudo de Tutela das Famílias da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

Lívia Matias de Souza Silva é graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes; especialista em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Juiz de Fora-MG; defensora pública do Estado de Minas Gerais; e membro da Câmara de Estudo de Tutela das Famílias da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

Luciana Bär Infante Antunes Rabelo é graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; especialista em Processo Civil pela UNISUL, SC; defensora pública do Estado de Minas Gerais; e membro da Câmara de Estudo de Tutela das Famílias da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

Superados os preconceitos, ao menos na legislação, a batalha mais recente é travada em torno do seguinte questionamento: qual vínculo deveria prevalecer para ser determinada a paternidade ou maternidade: o biológico ou o socioafetivo? Poderiam coexistir juridicamente ambos os critérios na definição da relação paterno-filial, sob a ótica da multiparentalidade?

Foi neste contexto que o Supremo Tribunal Federal, por maioria, enfrentou a temática no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060, com repercussão geral reconhecida, sobre o qual serão tecidas breves considerações.

A evolução do Instituto da Filiação no Direito Brasileiro

Anteriormente à Constituição Federal de 1988, os filhos havidos fora do casamento, além de achacados, pejorativamente, de *ilegítimos*, não possuíam iguais direitos aos concebidos no casamento, então chamados *legítimos*, tanto que havia impedimento ao ajuizamento de ação de investigação de paternidade em face de pessoa casada.

Neste contexto, destaca-se que “apenas com o advento da Lei nº 883/49 é que se permitiu, juridicamente, o reconhecimento de filhos nascidos fora do casamento pelo homem casado” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 546).

No entanto, a visão humanista do Direito, alcançada na segunda metade do século XX, deslocou o foco da parentalidade, centrada exclusivamente na presunção legal decorrente do casamento, para concentrá-la na pessoa humana e na pluralidade de conformações familiares, independentemente de um modelo pré-constituído pelo Estado, reconhecendo-lhes a dignidade e amparo jurídico imanentes.

No Brasil, a Constituição da República de 1988 é o grande marco na evolução do Direito de Família, seja por conferir igual proteção aos diversos arranjos familiares existentes na sociedade, seja pela consagração do princípio da isonomia entre a prole e da paternidade responsável, colocando fim à discriminação da filiação¹.

Com a instauração da nova ordem constitucional, não foi recepcionado o artigo 358 do Código Civil de 1916, que vedava o reconhecimento dos filhos incestuosos e

adulterinos, negando-lhes “identidade, personalidade e dignidade, como se eles fossem responsáveis pelas escolhas afetivas e procriadoras de seus pais” (MADALENO, 2015, p. 105).

O Código Civil de 2002, por sua vez, consolidou a opção do constituinte, com o expresso reconhecimento de que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (art. 1.596).

Pode-se dizer, ainda, que coexistem atualmente no Direito Brasileiro diversas formas de filiação, para além do vínculo puramente biológico, fundado, sobretudo, nas relações de afeto, estabelecidas de forma cotidiana, no seio da família. Assim é que o Código Civil vigente dispõe, em seu artigo 1.593, que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

As inovações tecnológicas e científicas na exploração do genoma humano, notadamente o desenvolvimento do exame de ácido desoxirribonucleico (DNA), cujo resultado determina com precisão a existência de vínculo biológico, tornou menos necessário o recurso ao sistema de presunção legal.

Embora ainda mantida a presunção legal quanto à parentalidade no caso de filhos concebidos na constância do casamento, consoante artigo 1.597 do Código Civil, previu-se também a possibilidade de reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, sendo este ato irrevogável e irretratável, nos termos dos artigos 1.607 e 1.609 do mesmo diploma normativo.

Apesar da presunção de filiação decorrente do registro civil, cuja desconstituição depende do reconhecimento judicial de vício de consentimento originário, o Direito avança no sentido de dar efetividade e proteção jurídica também às formas de parentesco estabelecidas como fato social. Trata-se de resguardar as relações paterno/materno-filiais originadas tão somente do afeto e independentemente do registro formal, ou seja, distintas da presunção de paternidade registral, da adoção regular ou de complacência, popularmente conhecida também como *adoção à brasileira*.

¹ Art. 226. “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Art. 226, § 7º “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

Art. 227. “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao

adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligéncia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Art. 227, § 6º “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

A socioafetividade, por sua vez, está intimamente relacionada à *posse do estado de filho*, embora com ela não se confunda. Ainda na vigência do Código Civil de 1916, já se discutia a posse do estado de filho e caracterização do vínculo materno ou paterno-filial, em casos extremos, desde que utilizado o nome da família (*nomem*), presente o tratamento como filho pelo pai e/ou pela mãe no núcleo familiar (*tractatus*) e o conhecimento desta situação na comunidade a que pertence, com a ciência pública da condição de filho (*fama ou reputatio*).

No entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, o papel preponderante da posse do estado de filho é conferir juridicidade a uma realidade social, pessoal e afetiva indivídiosa, conferindo, desta forma, mais Direito à vida e mais vida ao Direito (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 548).

O critério socioafetivo de filiação, entretanto, demanda também outro elemento.

Para além da posse de estado, porém, entende-se que filiação socioafetiva requer um outro pressuposto principal: a unívoca intenção daquele que age como se genitor(a) fosse de se ver juridicamente instituído pai ou mãe. (ALMEIDA; RODRIGUES JUNIOR, 2012, p. 364-365.)

Por conseguinte, a certeza da existência de diversos vínculos de parentalidade levou ao questionamento quanto à prevalência do critério socioafetivo ou biológico e, ainda, quanto à possibilidade de reconhecimento de múltiplos laços concomitantes de filiação.

Doutrina e jurisprudência divergem a respeito. Ao abordar a questão, Cristiano Chaves de Farias defende que, no conflito entre os diferentes critérios de filiação, um deles deve prevalecer, salientando que a admissibilidade da tese da multiparentalidade ou pluriparentalidade teria por consequência natural o reconhecimento da multi-hereditariedade. E lembra que:

historicamente, prevaleceu em sede jurisprudencial, o raciocínio que sinalizou no sentido de que, entre os diferentes critérios determinativos de filiação (presunção legal, biológico e socioafetivo), um deles deve avultar, permitindo o estabelecimento da relação paterno-filial, com todos os seus efeitos, inclusive sucessórios. Assim sendo, o filho herdaria do seu *pai*, e não do seu genitor. (FARIAS, 2016, p. 261.)

No mesmo sentido, entende Rolf Madaleno pelo afastamento do propósito meramente material, no embate entre a parentalidade biológica e a afetiva, prevalecendo os legítimos vínculos criados ao longo de toda uma biografia familiar, haja vista que “o papel vitalício de

pai, seguirá sempre na pessoa do genitor socioafetivo, em uma mostra de um *venire contra factum proprium*, pois presentes sempre os fortes vínculos de uma filiação socioafetiva” (MADALENO, 2016, p. 37). E prossegue:

A filiação pode estar determinada pela socioafetividade e pelo registro e estes vínculos é que devem prevalecer quando visivelmente consolidados pelo transcurso do tempo e pelo fortalecimento dos sentimentos e das relações, cujos fatos representam a filiação em estreita convivência familiar, justamente edificada pelo tempo e pelo coração, sobressaindo manifestação processual de proteção desta família sem nenhuma ingerência na vida dinâmica construída com os pais socioafetivos e registrais no curso da vida (...). (MADALENO, 2016, p. 43)

Seguido este entendimento, caso verificada a paternidade socioafetiva, o reconhecimento do vínculo biológico de parentalidade se confundiria apenas com o exercício do direito fundamental à busca da identidade genética. Isto porque, nenhuma outra consequência jurídica produziria senão a identificação do(a) progenitor(a), afastando qualquer direito material decorrente da filiação, a exemplo do que ocorre no caso de inseminação artificial heteróloga com doador anônimo e nos casos de adoção regular (art. 41 e 48 da Lei nº 8.069/1990).

Lado outro, com o objetivo de compatibilizar os critérios socioafetivo e biológico, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior defendem a possibilidade da multiparentalidade:

A socioafetividade ganha importância isolada e passa a corresponder a critério autônomo de filiação quando ausente o vínculo paterno ou materno já estabelecido pelo parâmetro biológico ou jurídico. É na circunstância em que a presunção matrimonial ou imposição genética do vínculo de descendência não foram capazes de gerar uma relação afetiva que surge espaço para o aprimoramento filial. Logo, se a ideia é de acréscimo, não parece haver obstáculo à defesa, nestes casos, do reconhecimento de uma segunda mãe ou de um segundo pai socioafetivo. (ALMEIDA; RODRIGUES JUNIOR, 2012, p. 357.)

É também esta a conclusão de Marianna Chaves, que defende a desnecessidade de ver o tema da filiação numa lógica de mono ou biparentalidade, posicionando-se favoravelmente à “viabilidade de uma multiparentalidade não apenas fática, mas também jurídica, num cenário plural, cujo fito primacial é a difusão e manutenção da felicidade entre os partícipes da relação” (CHAVES, 2014, p. 155). >>

A Multiparentalidade pelo Supremo Tribunal Federal

A divergência doutrinária existente a respeito do tema também se repetiu nos tribunais estaduais e no Superior Tribunal de Justiça.

Há na jurisprudência diferentes tratamentos para os referidos vínculos parentais, apesar de ser possível encontrar a defesa da coexistência das paternidades em algumas decisões estaduais, como a proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 2011.027498-4, julgada em 22.09.2011.

O relator, Desembargador Eládio Torret Rocha, por meio do voto proferido naquela ocasião, há mais de cinco anos, manifestou-se no sentido de que:

Não reconhecer as paternidades genética e socioafetiva, ao mesmo tempo, com a concessão de todos os efeitos jurídicos, é negar a existência tridimensional do ser humano, que é reflexo da condição e da dignidade humana, na medida em que a filiação socioafetiva é tão irrevogável quanto a biológica, *pelo que se deve manter incólumes as duas paternidades, com o acréscimo de todos os direitos, já que ambas fazem parte da trajetória da vida humana.* (WELTER, Belmiro Pedro – *grifamos.*) (BRASIL, 2011.)

Noutro diapasão, em consulta aos julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, é possível defender a existência da prevalência do vínculo biológico sobre o socioafetivo nos casos de pedido judicial de reconhecimento de paternidade apresentados pelos filhos.

Em outubro de 2015, foi noticiado que a Terceira Turma do STJ negou pedido do Ministério Público de Rondônia para que constassem na certidão de nascimento de uma criança os nomes de dois pais, o biológico e o socioafetivo. À época, o ministro Villas Bôas Cueva, relator, destacou que o duplo registro é possível nos casos de adoção por casal homoafetivo, mas não na hipótese em discussão. Ele observou que o pai socioafetivo não tinha interesse em figurar na certidão da criança, a qual, no futuro, quando se tornar plenamente capaz, poderia pleitear a alteração de seu registro civil (BRASIL, 2015).

No entanto, importante ressaltar que situações de manutenção de dois pais ou duas mães já vinham sendo objeto de algumas decisões judiciais, havendo, inclusive, Enunciado nº 09 do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família –, aprovado sobre o assunto, no X Congresso Brasileiro de Direito de Família, que assim preconiza: “A multiparentalidade gera efeitos jurídicos” (IBDFAM, 2016).

No dia 21 de setembro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o Recurso Extraordinário nº 898.060, com Repercussão Geral reconhecida (nº 622), por maioria de votos de seus Ministros, consagrou a relevância jurídica da afetividade na construção e consolidação das relações paterno-filiais. Firmou, ainda, entendimento de vanguarda acerca da possibilidade de coexistência de múltiplas parentalidades, com lastro, na compreensão de que não deve existir uma prévia e abstrata hierarquia estabelecida entre a paternidade socioafetiva e a biológica.

Nessa esteira, a Suprema Corte, que julgou o Recurso Extraordinário interposto por um pai biológico contra acórdão que estabeleceu sua paternidade, com efeitos patrimoniais, inclusive, independentemente do vínculo existente com o pai socioafetivo de seu filho, afastou a tradicional compreensão de que um indivíduo dever ter apenas um pai e uma mãe.

Para o relator do RE nº 898060, ministro Luiz Fux, o princípio da paternidade responsável, de base constitucional, impõe a necessidade de acolhimento jurídico-legal tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles advindos da ascendência biológica, de modo que não haveria óbice ao reconhecimento simultâneo de ambas as formas de paternidade – socioafetiva e genética –, desde que este reconhecimento da multiparentalidade represente o melhor interesse do filho. Nesse sentido, destaca-se sua ponderação:

Não cabe à lei agir como o Rei Salomão, na conhecida história em que propôs dividir a criança ao meio pela impossibilidade de reconhecer a parentalidade entre ela e duas pessoas ao mesmo tempo. Da mesma forma, nos tempos atuais, descebe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos. Do contrário, estar-se-ia transformando o ser humano em mero instrumento de aplicação dos esquadrões determinados pelos legisladores. É o direito que deve servir à pessoa, não o contrário. (BRASIL, 2016.)

Uma das justificativas para essa compreensão multifacetada do vínculo paterno-filial advém da necessidade de adequar o tratamento jurídico que lhe deve ser dado à realidade da instituição família, que não mais se enquadra em conceitos tradicionais, fechados, estritamente vinculados ao instituto do casamento, já que a percepção e proteção hodiernas abrangem o reconhecimento do afeto como o seu principal elemento constituinte e o justificador da proteção jurídica que lhe é destinada. >>

Nesse sentido, oportuno destacar as lições de Maria Berenice Dias:

A ideia de família formal, cujo comprometimento mútuo decorre do casamento, vem cedendo lugar à certeza de que é o envolvimento afetivo que garante um espaço de individualidade e assegura uma auréola da privacidade indispensável ao pleno desenvolvimento do ser humano. Cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa. É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento [...]. (DIAS, 2011, p.45.)

E a própria principiologia trazida pela Constituição Federal de 1988, mais voltada para a promoção dos interesses existenciais do ser humano, amplia a proteção destinada às diversas formas de entidade familiar, de modo que não se justifica, sob essa ótica, o reconhecimento de apenas uma forma legítima de filiação, sendo todas as modalidades, biológica ou afetiva, destinatárias do mesmo *status* e proteção, em igualdade de condições.

Enfatiza-se que, nessa esteira, sendo consolidado o critério sociológico-afetivo como também apto a definir a relação de parentalidade, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, decidiu por firmar a tese de que não deve existir hierarquia ou prevalência abstratamente prevista da socioafetividade em relação ao vínculo genético, no reconhecimento jurídico da paternidade, orientação que possibilita a pluralidade e coexistência de vínculos parentais, sendo esta, decerto, uma diretriz que servirá de parâmetro para casos semelhantes³.

Assim, apenas o caso concreto e suas particularidades, levado à discussão e apreciação pelo judiciário, deverá assinalar a melhor solução, com possibilidade, inclusive, do reconhecimento da multiparentalidade e produção de todos os seus efeitos jurídicos, inclusive, patrimoniais.

Contudo, há ainda que se destacar o fato de que dois votos, no referido julgamento proferido pelo STF, foram parcialmente divergentes em relação à tese prevalecente. O voto exarado pelo Ministro Edson Fachin aponta para a necessidade de se diferenciar o direito do indivíduo de investigar a sua ascendência biológica

⁽³⁾ Tese proposta pelo Ministro Relator Luiz Fux quando da exposição de seu voto, negando provimento ao Recurso Extraordinário proposto: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios".

do direito à paternidade, que mais se vincula à ideia da afetividade construída por meio da convivência diuturna, a proximidade física e emocional entre os envolvidos nessa relação, do que apenas a verdade genética. Para Fachin, o vínculo socioafetivo "é o que se impõe juridicamente" (BRASIL, 2016) no caso dos autos, pois considera o fato de que existe um vínculo socioafetivo com um pai e vínculo biológico com o genitor, havendo diferenciação entre essas duas figuras. Por fim, enfatiza que: "o vínculo biológico, com efeito, pode ser hábil, por si só, a determinar o parentesco jurídico, desde que na falta de uma dimensão relacional que a ele se sobreponha, e é o caso, no meu modo de ver, que estamos a examinar" (BRASIL, 2016).

Também divergiu do relator o Ministro Teori Zavascki, para o qual, a paternidade socioafetiva, se existente, não coexistiria com a biológica: "No caso há uma paternidade socioafetiva que persistiu, persiste e deve ser preservada" (BRASIL, 2016).

Destaca-se, outrossim, a reflexão trazida por Ricardo Calderón, valendo-se dos próprios contrapontos apresentados pelo Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, em seu parecer no referido Recurso Extraordinário, no tocante à necessidade de utilização dos parâmetros e balizas principiológicas como limites aos eventuais abusos observados em cada caso concreto:

Não se nega que alguns pontos não restaram acolhidos, como a distinção entre o papel de genitor e pai, bem destacado no voto divergente do Min. Edson Fachin ao deliberar sobre o caso concreto, mas que não teve aprovação do plenário. Esta é uma questão que seguirá em pauta para ser melhor esclarecida, sendo que caberá a doutrina digerir o resultado do julgamento a partir de então.

Merecem ouvidos os alertas de José Fernando Simão, a respeito do risco de se abrir a porta para demandas frívolas, que visem puramente o patrimônio contra os pais biológicos. Essa possibilidade deverá merecer atenção especial por parte dos operadores do direito, mas não parece alarmante e, muito menos, intransponível.

O parecer do Ministério Pùblico Federal apresentado no caso concreto que balizou a repercussão geral também traz esses alertas, mas confia na existência de salvaguardas dentro do próprio sistema: "De todo modo, os riscos de indolência e excesso nas questões alimentícias são controlados pelo binômio necessidade-possibilidade, que obsta o enriquecimento ilícito dos envolvidos na multiparentalidade. (...) >>

Eventuais abusos podem e devem ser controlados no caso concreto. Porém, esperar que a realidade familiar se amolde aos desejos de um ideário familiar não é só ingênuo, é inconstitucional." (CALDERÓN, 2016.)

É de se ver, portanto, que, a despeito do avanço que representa a mencionada decisão para a ampliação da proteção jurídica que é dada ao instituto da filiação, o precedente deve ser invocado com cautela, cabendo ao aplicador do direito, no caso concreto, coibir eventuais abusos, em especial no âmbito do direito patrimonial, mormente no que tange à questão alimentar e ao direito sucessório.

Conclusão

O Direito das Famílias, dinâmico como a vida em sociedade, vem passando por modificações significativas que representam a superação de dogmas históricos e o rompimento com conceitos tradicionais considerados intangíveis.

A parentalidade única – existência de um único pai ou única mãe na certidão de nascimento – prevaleceu e ainda prevalece no Direito e na consciência social, mas vai cedendo espaço à possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade, que pode ser percebida em decisões esparsas dos Tribunais de Justiça de nosso país. E agora, a pluriparentalidade alcançou posição de destaque com a recente decisão exarada por nossa Corte Suprema.

A grande relevância desta decisão está não apenas na possibilidade da coexistência da parentalidade biológica e da afetiva, sem qualquer grau de hierarquia entre ambas, mas especialmente na determinação de que a multiparentalidade deverá gerar todos os efeitos jurídicos decorrentes da relação paterno ou materno-filial, inclusive os patrimoniais e a responsabilidade parental. Trata-se de entendimento divergente de grande parte da doutrina que ainda advoga a tese de que, existindo a socioafetividade, poder-se-ia reconhecer o vínculo genético, sem, no entanto, estabelecer-se qualquer relação parental entre o investigante e o pai biológico, tratando-se, exclusivamente, do direito fundamental do indivíduo em conhecer sua origem biológica, sem qualquer consequência patrimonial. Esta, inclusive, foi a posição esposada pelo Ministro Edson Fachin em seu voto divergente.

A decisão em espeque, em que pese representar aclamado avanço no trato das famílias, entretanto, deverá ser

vista com cautela pelos aplicadores do Direito já que pode dar ensejo a demandas com cunho exclusivamente patrimonial, desprezando a valorização do afeto nas relações familiares, tão aclamado pelos modernos doutrinadores do Direito das Famílias. De toda forma, como de praxe, no trato das questões de família é indispensável a análise das peculiaridades do caso concreto, o que exigirá dos operadores do direito enorme sensibilidade.

Referências

- ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: Famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em 30/11/2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 898.060. Julgado em 21 de setembro de 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781>>. Acesso em 20/11/2016.
- BRASIL. Tribunal do Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 2011.027498-4. Julgado em 22.09.2011. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 30/11/2016.
- CALDERÓN, Ricardo. *Reflexos da decisão do STF de acolher socioafetividade e multiparentalidade*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetividade-multiparentalidade>>. Acesso em 20/11/2016
- CHAVES, Marianna. *Famílias mosaico, socioafetividade e multiparentalidade: breve ensaio sobre as relações parentais na pós-modernidade*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.). Família: pluralidade e felicidade. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014. p. 143-157.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *A família parental*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 251-279.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. Vol. 6. 7. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.
- IBDFAM. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/>>. Acesso em 30/11/2016.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. rev., atual. e ampl. RJ: Forense, 2015.
- WELTER, Belmiro Pedro. *O confronto da filiação socioafetiva e o pretenso direito sucessório sobre a filiação biológica*. Revista IBDFAM: Família e Sucessões, Belo Horizonte, v. 15, p. 11-74, maio-jun. 2016.
- WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, v. 14, jul./ago./set. 2002.

Problemas envolvendo a dosimetria da pena

Rômulo Luis Veloso de Carvalho

Resumo

Os critérios de aplicação de uma reprimenda penal são extremamente fluídos na jurisprudência e a situação viola a segurança jurídica. A defesa precisa se insurgir contra a prática judicial de se utilizar de critérios ilegais para majorar a pena durante as fases da dosimetria da pena.

Introdução

Durante o polêmico julgamento em que passou a permitir que depois de decisões de segundo grau eventual pena de prisão já possa ser executada, o Supremo Tribunal Federal recebeu de combativos defensores públicos atuantes em Brasília a informação de que a Defensoria Pública obtinha êxito em mais de 65% dos casos em que atuava no Superior Tribunal de Justiça e 43% dos casos no Supremo Tribunal Federal (BOTTINO, 2014).

Os números, que não foram suficientes para convencer a maioria dos ministros do equívoco de se autorizar uma prisão baseada em um trânsito em julgado *ficto*, impressionam e servem de gancho para analisar um problema central do dia a dia do defensor atuante em uma das varas criminais do país: os equivocados critérios utilizados para dosimetria de uma sanção penal.

A correção dos métodos utilizados por magistrados do país para individualizar uma reprimenda penal é uma das principais causas dos pedidos de reformas levados aos tribunais superiores.

Tratando especificamente dos recursos especiais e agravos em recursos especiais, Lima e Muneratti (2017) fizeram as seguintes observações:

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo obteve resultado positivo em 64% dos casos, que em sua maioria pedem redução da pena, atenuação de regime e/ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, e até mesmo absolvição. E, para estes pedidos específicos, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro possui uma taxa de sucesso nos recursos e agravos em recursos especiais de 41%, sendo que em mais de 50% destes casos foi reconhecida a ilegalidade do regime prisional fixado e em outros 7% foi reconhecida a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos.

Sempre que a conclusão jurídica de um caso concreto decorre da sorte, ou seja, do sorteio do julgador, a segurança jurídica se fulmina e consequentemente a sensação de confiança e legitimidade no sistema se esvai.

Alguns exemplos concretos que vêm sendo debatidos pela jurisprudência auxiliarão a lançar luz sobre obscuros critérios, manifestamente ilegais, que por vezes prologam uma custódia penal muito além do que autoriza o sistema jurídico nacional e contra os quais os defensores públicos devem sempre se insurgir.

Pinçam-se dois exemplos: a exasperação da pena base pela *nocividade* da substância envolvida em uma apuração penal de tráfico de drogas e a inclusão de elementos inerentes ao tipo penal para agravar ainda mais a reprimenda aplicada no crime de homicídio.

É recorrente a utilização, por parte de magistrados, do permissivo do artigo 42 da Lei nº 11.343/06 para exasperar a pena na primeira fase da dosimetria, com fundamentos abstratos e absolutamente questionáveis de gravidade, quando a instrução penal envolve substâncias diferentes da maconha, destacadamente a cocaína e o *crack*.

Rômulo Luis Veloso de Carvalho é defensor público do Estado de Minas Gerais; mestreando em Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; pós-graduado no curso de especialização em Direito *lato sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; graduado em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO); e membro da Câmara de Estudos Criminal e Processual Penal da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

A fundamentação utilizada normalmente aponta que são drogas mais fortes, viciantes ou destrutivas. A ideia mascara um reforço ao estigma sobre os usuários pobres e legitima o foco da repressão nas classes mais desfavorecidas, já que é a parcela mais carente a grande consumidora dessas substâncias nas periferias nacionais.

A associação não escrita dos usuários dessas substâncias a pessoas perigosas que habita o imaginário pátrio sem dúvida impulsiona referida postura. O problema central é que a elevação da pena pela alegada nocividade da substância se faz sem nenhuma previsão legal autorizativa, pois as propriedades proibidas estão horizontalmente elencadas na normativa da ANVISA. O fato de o uso delas supostamente atentar contra a saúde pública já foi considerado pelo legislador quando as inseriu no dispositivo proibitivo, sendo elemento inerente ao injusto e que reconsiderado na dosimetria da pena representativa indevida *bis in idem*.

A prática fere ainda a própria legalidade penal. As substâncias proibidas não foram dispostas na legislação para que cada magistrado busque em suas convicções particulares, sem comprovada científicidade, estabelecer ordem de nocividade entre elas.

Estando todas substâncias elencadas na mesma portaria, sem diferenciação, não pode um magistrado com formação jurídica criar uma tabela para a partir de sua pura vontade e impressões leigas de periculosidade aumentar a reprimenda penal.

Já sob o paradigma criminológico, é impossível pensar a posição judicial desprendida de sua aplicação no mundo dos fatos. O que habita o imaginário popular é a baixa ofensividade da maconha, associada pelo público ao mero ócio, enquanto o *crack* ganha terreno como mal criador de inimigos, substância por trás de organizações paraestatais incapazes de medir as consequências de seus atos e responsáveis por quase todas as mazelas da segurança pública. Enfim, o problema ainda é visitado com todos os estereótipos de um modelo já ultrapassado.

Acontece que o tratamento diferenciador entre as substâncias projeta as impressões particulares do julgador e juízos morais sobre o efeito da conduta ao arrepio de qualquer diferenciação legal. É como se a maconha tivesse pena base e as demais circunstâncias todas elevassem a pena: tudo à revelia da lei.

Novamente a questão das drogas é tratada com o gigantamento do direito penal, única *política pública* verdadeiramente oferecida nesse país para o tema (quase exclusivamente dirigida aos pobres). Deve a defesa insistir para que o judiciário atue no sentido de podar as exacerbações punitivas do estado penal e que não

reforce a criminalização da pobreza. Aos envolvidos com a cocaína ou o *crack* todas as mazelas sociais são atribuídas, responsabiliza-se a substância por problemas que passam ao seu largo, agravando ainda mais a condição dos acusados.

A juíza fluminense aposentada Maria Lúcia Karam (2015, p.54) alerta para a crescente política de estímulo ao pânico do *crack*, verdadeira cópia da histeria sobre a mesma substância que dominou a cena americana de 1986 a 1992. A política mascara que o problema mais grave da maior parte dos usuários de *crack* não é a substância, mas a privação de direitos básicos.

O tratamento estatal aos usuários de *crack* é de sujeição a humilhações, perseguição e recolhimentos, em uma perspectiva lombrosiana de tratar o outro como louco, sem capacidade de autodeterminação, indivíduo que deve ser neutralizado. As consequências do tratamento são o aumento da disparidade racial no encarceramento e o reforço da repressão aos setores populares.

O envolvido com o *crack* é o indivíduo considerado inimigo, aquele que estaria disposto a cometer atrocidades e sua neutralização sempre se afigura tentadora no imaginário da perseguição, patrocinada por setores que alimentam esses estigmas e aos quais o judiciário, com a criticada postura, se alinha.

Nesse cenário, Salo de Carvalho (2016, p.125) lembra que a crença no direito penal como solucionador de problemas como o das drogas obtém como resultado a maximização do arbítrio, perda do controle dos atos do poder e incontrolável repressão, como exemplos abundam no dia a dia.

Felizmente ainda existem precedentes no sentido de impossibilitar a exasperação da pena com base unicamente no tipo da substância, por todos:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – [...] – DOSIMETRIA – PENA – REDUÇÃO – POSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, REDUZIDA, DE OFÍCIO, A PENA APLICADA. [...]. A simples apreensão de cocaína, apesar de seu notável potencial lesivo à saúde, não basta para que se proceda à exasperação da pena-base, haja vista não ter havido a localização de relevante quantidade deste entorpecente. (TJMG-Apelação Criminal 1.0317.14.017613-0/001, Relator(a): Des.(a) Luziene Barbosa Lima (JD Convocada), 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 03/05/2016, publicação da súmula em 12/05/2016.)

Versando já sobre o processo de quantificação da pena, são esclarecedoras as palavras de Cirino dos Santos (2017, p. 520):

>>

A delimitação da *moldura penal* e a indicação do *método legal* de preenchimento da moldura penal não podem determinar a pena necessária e suficiente para reprovar e prevenir o crime, segundo a ideologia penal – nem existem fórmulas matemáticas para determinar a pena criminal. Somente processos intelectuais e emocionais do juiz criminal podem empregar o método legal para definir o *conteúdo* criminal da moldura penal, determinando a pena *necessária e suficiente para reprovar e prevenir o crime*.

A opinião de Nucci (2007, p. 309), autor recorrentemente citado na jurisprudência, é no sentido de que a individualização da pena, preceito constitucional e de determinação legal, é processo judiciário discricionário, embora juridicamente vinculado, bem como devidamente fundamentado, contendo inúmeros elementos subjetivos à abordagem do magistrado por ocasião da sentença condenatória.

Apesar dos autores aludidos aparentarem comungar de pensamento análogo, a realidade é que o primeiro tem posição clara de descrença no cumprimento das funções declaradas da pena, no sentido de que a pena criminal se reduz à função de retribuição, visto que a função de prevenção é refutada em toda a experiência histórica.

Já o segundo autor, magistrado paulista, em que pese ser convededor das críticas que recebe a aplicação da pena em território nacional, assevera extremamente duro contra o que chama de *política da pena mínima*, aduzindo que é proibido ao magistrado fixar uma pena no mínimo legal quando não forem favoráveis todas as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal. Ou seja, assume inequivocamente bandeira de que as penas no Brasil são fixadas de forma comedida.

Com razão, Juarez Cirino dos Santos. Não se nega ao juiz o poder de examinar as circunstâncias do artigo 59 e individualizar a pena tal qual o permissivo legal autoriza. Ocorre que ao examinar os elementos o magistrado não pode olvidar das reais funções inerentes a uma reprimenda penal.

Ademais, o princípio da legalidade penal, corolário de todo o sistema de balizamento da forma de liberação do poder punitivo por parte do Estado, é de observância obrigatória. Ou seja, a individualização da pena e a consequente análise das circunstâncias judiciais presentes na legislação somente podem se operar a partir da elementar lição de que a interpretação de norma deve ser restritiva e comedida. Não há espaço para inovação.

Roig (2015, p. 182) acrescenta ao debate a proposta de um novo sistema de interpretação das balizas, ideia que não negaria vigência aos exames dos

critérios escolhidos pelo legislador e guardaria respeito aos direitos fundamentais daqueles que se encontram em confronto com a lei:

sob um viés estritamente crítico tem, a esse respeito, o escopo de redimensionar a equação dano-pena, demonstrando que a sanção não deve ser tão somente proporcional aos danos causados pelo fato delitivo (caso reconhecida a legitimidade deste critério), mas, sobretudo, proporcional aos danos que poderão ser evitados ou minorados ao apenado com a escorreita aplicação da pena privativa de liberdade.

O que se pretende é não permitir que com interpretações judiciais elásticas e solipsistas se produzam mais danos ao autor de um fato criminoso do que os permitidos pela Constituição Federal.

É o já citado Cirino dos Santos (2017, p. 25) quem ensina que as leis obscuras e indefinidas favorecem interpretações judiciais incomuns e dificultam o conhecimento da proibição, contribuindo ainda mais para violência do que as penas “baixas”.

Ao iniciar o cumprimento de uma sanção penal no sistema penitenciário, inevitavelmente o apenado encontra presos incursos em condutas análogas com penas extremamente discrepantes, sem critérios claros de diferenciação, e ao não entender a quantificação de sua pena, ao vislumbrar conceitos subjetivos que imputados na sentença tornam extremamente mais prolongada a execução penal, o sentenciado tem a clara convicção da injustiça do exercício do poder penal, sensação que se refletirá em uma reintegração desacreditada no Estado de Direito.

Grande crítico das interpretações judiciais, Becarria (2014, p. 69), há muito, inspirado na obra de Montesquieu, acreditava que o juiz era a mera boca da lei, limitava-se a declarar a vontade legislativa.

A concepção contemporânea mais aceita não é nesse sentido restritivo. É com acerto que Hassemer (2015, p. 248) não nega a existência de margem de interpretação para o juiz em determinados dispositivos legais. Ocorre que essa tarefa tem como ponto de partida o direito positivo, ou seja, lançando os olhos sobre a lei, o juiz definirá seu sentido sem jamais poder violá-lo.

Portanto, à luz desses ensinamentos não se pode concordar que cada magistrado busque em critérios particulares, absolutamente fluídos, casuísticos e imprevisíveis fórmulas para aplicar acréscimos de penas que por vezes são superiores a inúmeros tipos penais existentes na legislação, usando como pretexto de fundamentação uma leitura elástica dos elementos existentes na norma penal, em desfavor do acusado.

Outra prática deletéria é a comum imputação ao réu de consequências do crime que nem sequer se sabe se eram do conhecimento dele. A prática é ilegal em razão de uma lição elementar. A responsabilização penal não é objetiva. Jamais a condenação de alguém poderá ser aplicada em razão de uma circunstância a respeito da qual não se tem prova de o agente dirigiu sua vontade para realização, com comprovado conhecimento de sua existência.

Exemplo corriqueiro no dia a dia forense é a majoração da pena nos crimes de homicídio pelo fato de a vítima, ao vir a óbito, ter deixado filhos. O acréscimo ocorre sem nenhuma investigação sobre a proximidade da vítima com o filho, sobre a dependência material ou, principalmente, como dito, sobre a ciência do acusado sobre o fato, majora-se a pena pela consequência grave do ocorrido objetivamente.

O primeiro argumento contrário a essa prática é que o fato de a vítima morta deixar familiar – sanguíneo ou afetivo – é elementar ao próprio injusto penal e a gravidade do fato não constituiu fundamento idôneo ao aumento da pena.

A consequência, qual seja, possibilidade de a vítima deixar vivas pessoas que dela gostem ou dependam obviamente já foi contemplada pelo legislador no estabelecimento de uma escala penal mais ou menos elevada. É um elemento atinente à esfera do injusto. Não esperava o legislador a ocorrência de homicídios com a verificação de que a vítima era desgarrada de qualquer afetividade social para manutenção da pena base.

Imagine-se que, em cada crime, o magistrado pudesse, a partir de impressões particulares, perquirir sentimentos alheios para quantificar o sofrimento de familiar A ou B com a morte da vítima para dosar as consequências e aumentar a pena base. A insegurança jurídica seria (é) altíssima.

O sofrimento lamentável que por ventura suportem os familiares que permanecem no plano dos vivos já foi previsto pelo legislador como consequência do crime, insiste-se, cristalinamente inerente ao injusto, e é por isso mesmo que o homicídio é um dos mais graves crimes da legislação, pelas consequências graves das quais os magistrados por vezes pinçam um único exemplo possível, nem mesmo comprovado.

O segundo argumento, no plano da dogmática penal, consiste no fato de o direito penal já há muito ter superado o paradigma causalista (*Von Liszt e Beling*). De forma mais definitiva, desde os valorosos trabalhos de Welzel que a doutrina penal trabalha com o direito penal final do fato, transportando definitivamente o dolo para a tipicidade. Não existe responsabilidade penal sem que toda a

conduta esteja eivada de dolo e seja dirigida finalisticamente para a hipótese valorada como injusto penal.

É função da dogmática penal trazer maior segurança jurídica ao sistema e a quadra atual maltrata a técnica.

Não é sem razão que são inúmeras as provocações enviadas aos tribunais nacionais que restam providas com a modificação da pena. A imprecisão técnica na dosimetria longe de ser uma preocupação meramente acadêmica agrava o quadro do já combalido sistema carcerário nacional, visto que por interpretações ilegais os magistrados impõem aos apenados em todo o país o cumprimento de um período muito superior de reclusão do que aquele que seria devido a partir dos cânones jurídicos aludidos.

É dever de quem milita na defesa penal insistir que decorre da legalidade penal a regra limitadora do arbítrio do aplicador da pena. A explicação pertine porque está definitivamente superada, no direito penal brasileiro, a responsabilização penal objetiva e é chegada a hora de se prestar reverência aos pilares em que se alicerçam o Estado de Direito na justiça criminal para atenuar a loteria judicial na aplicação das penas no país.

Referências

- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- BOTTINO, Thiago. *Projeto "Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores"*. Rio de Janeiro: FGV, 2014.
- CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- LIMA, Thaís e MENERATTI, Rafael. *Caminhos alternativos para a execução provisória no processo penal*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-ago-30/caminhos-alternativos-execucao-provisoria-processo-penal#sdfootnote2sym> >. Acessado em 14 de fev. de 2017.
- KARAM, Maria Lúcia. *Legalização das drogas*. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015.
- KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Da prioridade absoluta ao absoluto abandono

**Alexandre Henrique Oliveira Barbosa | Daniele Bellettato | Emilia Eunice Alcaraz Castilho
Rodrigo Parente Ferreira Dias | Wellerson Eduardo da Silva Correa**

Resumo

A Constituição Federal de 1988 elencou a prioridade absoluta como princípio maior a ser seguido pelo Estado Brasileiro na garantia e defesa dos direitos da criança, adolescente e jovem. Entretanto, vemos uma omissão do Poder Público, em todas as suas esferas, em dar cumprimento ao comando constitucional. O artigo procura demonstrar esse abandono estatal e propor medidas que possam ajudar a solucionar a questão.

Introdução

Eis a redação do *caput* do art. 227 da Constituição Federal de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização,

à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência,残酷和 opressão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) – sem grifo no original (BRASIL, 2014, p. 72).

Vemos, pelo texto constitucional, que o Estado Brasileiro elegeu a criança, o adolescente e o jovem como figuras merecedoras da absoluta prioridade da família, da sociedade e do próprio Estado enquanto instituições responsáveis pela garantia e efetivação dos direitos lá expressamente descritos. Segundo os ensinamentos da doutrina especializada: "...a prioridade tem um objetivo bem claro: realizar a proteção integral, assegurando primazia que facilitará a concretização dos direitos fundamentais enumerados no artigo 227, *caput*, da Constituição da República" (AMIN apud MACIEL, 2011, p. 23). >>

Alexandre Henrique Oliveira Barbosa é defensor público do Estado de Minas Gerais, titular da Defensoria Pública Especializada da Infância e Juventude/Ato Infracional na Comarca de Belo Horizonte; graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); conselheiro suplente do PPCAM – Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte; e membro da Câmara de Estudos da Infância e Juventude da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

Daniele Bellettato é defensora pública do Estado de Minas Gerais, titular da Defensoria da Infância e Juventude na Comarca de Ribeirão das Neves; graduada pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, SP; pós-graduada em Direito Público pela Universidade Potiguar; coordenadora do Fórum de Direitos da Criança e do Adolescente de Ribeirão das Neves, MG; representante mineira na Comissão da Infância e Juventude da ANADEP – Associação Nacional dos Defensores Públicos; coordenadora da Câmara de Estudos da Infância e Juventude da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

Emilia Eunice Alcaraz Castilho é defensora pública do Estado de Minas Gerais, titular da Defensoria Pública Especializada da Infância e Juventude/Ato Infracional na Comarca de Belo Horizonte; graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); especialista em Direito Civil pela Universidade Panthéon-Assas/Paris II; representante Mineira na Comissão da Infância e Juventude da ANADEP; e membro da Câmara de Estudos da Infância e Juventude da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

Rodrigo Parente Ferreira Dias é defensor público do Estado de Minas Gerais, com atuação na Defensoria Pública na Comarca de Boa Esperança; graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes, RJ; pós-graduado em Direito Constitucional; e membro da Câmara de Estudos da Infância e Juventude da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

Wellerson Eduardo da Silva Correa é defensor público do Estado de Minas Gerais, titular da Defensoria Pública Especializada da Infância e Juventude Cível na Comarca de Belo Horizonte; graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; especialista em Direito da Infância e Juventude pela UNIBAN/SP; representante mineiro na Comissão da Infância e Juventude do CONDEGE – Colégio Nacional de Defensores Públicos-Gerais; conselheiro titular do PPCAM – Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte; e membro da Câmara de Estudos da Infância e Juventude da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

Vemos também que na Constituição Brasileira há diversos outros exemplos de normas que, no papel, dizem mais do que, de fato, o Estado é capaz de implementar, isso é sabido por todos. O que deve ser chamado à reflexão é: será que a norma insculpida no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal merece ter esse mesmo destino de tantas outras que apenas ficam no anseio, quase pueril, do constituinte? Até quando a falta de efetividade das normas constitucionais garantidoras de direitos vai ser negligenciada pelo próprio Estado?

É bem verdade que há, ao menos, um esforço estatal para que o comando constitucional seja cumprido no plano real. Diversas são as legislações elaboradas com foco na criança, adolescente e jovem. Podemos citar como mais importantes, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), a Lei do Sinase – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Lei nº 12.594/2012), o Estatuto da Juventude (Lei nº 12.852/13) e o Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016). Entretanto, quem milita na área do direito da infância e juventude percebe que, na prática, a absoluta prioridade torna-se absoluto abandono, no que se refere às políticas públicas para crianças, adolescentes e jovens, percepção que não passou em branco pela autora Andréa Rodrigues Amim (Apud MACIEL, 2011, p. 24): "...ao Poder Público, em todas as suas esferas...é determinado o respeito e resguardado, com primazia, dos direitos fundamentais infanto-juvenis. Infelizmente, na prática, não é o que se vê".

O presente estudo, nos capítulos seguintes, procurará elencar exemplos desse abandono estatal e evidenciar a necessidade da efetivação dos direitos da criança, adolescente e jovem, nas esferas cível e infracional.

Do abandono em espécie

Quando se trata do campo infracional, vemos um grande abandono por parte do Poder Público. Este abandono é sentido pelos defensores públicos atuantes na área, o que é corroborado por estudos realizados sobre o assunto.

Um ponto crítico do atual Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo trata-se da falta de estabelecimentos adequados ao cumprimento de medidas socioeducativas. Atualmente, segundo o Levantamento Anual Sinase 2013, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (BRASIL, 2013, p. 31), existem 466 estabelecimentos que possuem modalidade de atendimento de internação, internação provisória, semiliberdade e atendimento inicial a adolescentes e jovens em

conflito com a lei, sendo 32 no Estado de Minas Gerais. O mesmo levantamento (BRASIL, 2013, p.21) aponta que, no Brasil, em 2013, 23.066 adolescentes estavam em regime de internação, internação provisória ou semi-liberdade, em Minas Gerais eram 1.562.

A falta de estabelecimentos adequados ao cumprimento de medida socioeducativa ocasiona, muitas vezes, a detenção provisória do adolescente em local inadequado pelo período de cinco dias, nos termos do artigo 185, § 2º, do ECA, o que pode gerar grave violação aos direitos do adolescente, bem como, influências negativas na sua personalidade em desenvolvimento.

Além disso, muitos dos estabelecimentos existentes não se encontram estruturalmente aptos à realização dos comandos legais ou não cumprem as determinações da lei. O Levantamento Anual do Sinase (BRASIL, 2013, p. 21) apontou, por exemplo, que 12.219 adolescentes e jovens encontravam-se matriculados no sistema de educação, cumprindo-se o que determina o artigo 82, da Lei nº 12.594/2012. Logo, conclui-se que apenas cerca da metade dos adolescentes e jovens privados da liberdade cursam regularmente a educação pública.

O número de óbitos ocorridos em unidades de internação também assusta. No Brasil, segundo o Levantamento (2013, p. 21), em 2013, ocorreram 16 óbitos, sendo quatro em Minas Gerais, estado com maior número naquele ano junto com Pernambuco. O Relatório da Unicef "ECA 25 anos" (UNICEF, 2015, p. 29) ainda aponta que em 2012, trinta adolescentes morreram em unidades de internação. Indica também as mazelas do sistema, citando expressamente: unidades superlotadas e sem condições de higiene e salubridade; falta de projetos pedagógicos; uso imoderado da internação, quando seria possível medidas menos drásticas.

Estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2012 (CNJ, 2012, p. 37), caminha no mesmo sentido, indicando que no Brasil o percentual de adolescentes internos em relação à capacidade total já supera os 100%, atingindo 102%. No Estado de Minas Gerais, não é diferente, sendo atingida a capacidade de 101%. O mesmo estudo aponta que 12% dos estabelecimentos de internação pesquisados não disponibilizam nenhuma oportunidade de aprendizado aos adolescentes em situação de conflito com a lei e, apenas, 61% garantem ensino profissionalizante. Alarmante ainda o número de estabelecimentos que não possuem registro de visitas de familiares, 42%, o que é prejudicial para a preservação dos vínculos familiares do adolescente privado da liberdade.

>>

Ainda vale destacar, o descumprimento contumaz no transporte do adolescente e jovem em conflito com a lei, muitas vezes conduzido em veículo policial com compartimento fechado, desrespeitando os ditames do artigo 178, do ECA, que visa resguardar a sua dignidade.

Todos estes dados foram retirados dos últimos estudos realizados sobre o assunto nos respectivos órgãos consultados. Ainda que os estudos e levantamentos não sejam tão recentes, são capazes de passar um panorama da situação que corrobora a ideia aqui defendida, vale dizer, a prioridade absoluta fica, por enquanto, só no papel. Os dados mostram desrespeitos reiterados aos direitos dos jovens e adolescentes expressamente previstos no *caput* do artigo 227 da Constituição Federal, fato este que nos faz crer que as disposições constitucionais mais parecem orientações interpretadas *a contrario sensu*.

Logo, tais levantamentos estatísticos constituem fonte fidedigna a fim de traçarmos pontos de partida para as alterações necessárias à implementação dos comandos constitucionais.

É urgente a construção de mais estabelecimentos que abriguem adolescentes e jovens em regime de internação, com efetivas ações socioeducativas, cessando, assim, a detenção em estabelecimentos prisionais para maiores e evitando o pernicioso contato com o ambiente prisional – igualmente esquecido pelo Poder Público – o que pode gerar influência negativa à personalidade em desenvolvimento do adolescente e jovem, violando sua dignidade.

Necessário ainda a melhora estrutural, seja física, seja de pessoal, dos estabelecimentos existentes, privilegiando o atendimento interdisciplinar e integrado, com oferecimento de estudo e ensino profissionalizante com o intuito de reinserir esse adolescente, com efetividade, no cotidiano social. A preservação dos laços familiares do adolescente privado da liberdade não deve ser negligenciada como se fosse algo de menor relevância, devendo haver intenso esforço para sua conservação, seguindo o que determina o artigo 227, *caput*, da Constituição Federal.

As medidas restritivas da liberdade (internação e regime de semiliberdade) devem ser aplicadas apenas quando houver necessidade real e efetiva, privilegiando medidas menos drásticas que conservam a interação familiar e comunitária, observando-se estritamente os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento.

Estas são apenas algumas das medidas mais urgentes que podem amenizar a crise do sistema infracional brasileiro. Assim, a prioridade absoluta poderá, enfim, sair do papel.

Quando mudamos o foco da área infracional para o acolhimento de crianças e adolescentes, a situação não muda.

O histórico do acolhimento institucional no Brasil remonta às Ordenações do Reino que já em 1603 estabelecia que os hospitais tinham a obrigação de assumir os cuidados com crianças órfãs até os 7 anos de idade, fosse diretamente, fosse contratando as denominadas “famílias criadeiras” ou entregá-las à Instituições. Os maiores de 7 anos já deveriam custear seu próprio sustento, o que levava a um regime de servidão ou escravidão (KREUZ, 2012).

Mas, foi com a implantação da Roda dos Expostos de Salvador (1726) que a possibilidade de entregar crianças para adoção foi institucionalizada. Na sequência, veio a Lei do Ventre Livre (1871) que estimulava a desvinculação do bebê de sua genitora. Surgiram as casas de misericórdia, sociedades de mútua assistência, santas casas, orfanatos, educandários, Febems, abrigos, casas-lares. Em 1927, foi editado o primeiro Código de Menores e, durante o regime militar, que foi o auge dos acolhimentos institucionais, foi editado o segundo Código de Menores (1979) (KREUZ, 2012).

Nota-se que nenhuma destas tentativas ou abordagens para a solução do problema relativo ao abandono de crianças conseguiu resolver a questão. Até então, o Estado só tinha o dever de atuar em prol das crianças quando estas se encontrassem na denominada “situação irregular”. E, nem mesmo o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, inspirado na Constituição Federal e nas Convenções das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças – a Declaração Universal dos Direitos das Crianças (1959) e a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (Convenção de Haia, 1993) –, foi capaz de modificar a situação no plano fático.

Conforme os dados fornecidos pelo CNJ (BRASIL, 2016), há 45899 crianças acolhidas institucionalmente no Brasil. Destas, somente 5.561 estão cadastradas para adoção. Em Minas Gerais, são 5.178 acolhidas, mas apenas 764 estão aptas à adoção. Outro dado alarmante é que, não obstante haja 57.728 casais ou pessoas cadastradas para adotar, apenas 665 aceitam adotar crianças acima de 9 anos, que representam menos de 8% do total de crianças em condições de adoção. E pior, das 5.561 crianças em condições de adoção, 65% são maiores de 9 anos.

Conclui-se que, neste sistema, a adoção não pode ser tomada como única solução para as crianças em situação de abandono. Da mesma forma, que a institucionalização não resolve o problema.

As Resoluções Conjuntas do CNAS/ CONANDA 2/2011, 1/2010, 1/2009 e 1/2006 preveem quatro espécies de acolhimento: institucional, famílias acolhedoras (abrigamento familiar), casa lar e república. A maioria das cidades no Brasil, ainda hoje, só dispõem de acolhimento institucional.

A institucionalização tem sido sistematicamente utilizada no Brasil, desde a colonização, como único caminho para as crianças em situação de abandono, seja para retornarem às suas famílias, seja para serem entregues à família extensa ou, finalmente, para a adoção.

Ocorre que a institucionalização comprovadamente é prejudicial ao desenvolvimento de crianças e adolescentes, que não recebem estímulos adequados, até mesmo em razão da rotatividade dos funcionários, servidores e voluntários. Estas crianças apresentam ainda déficit motor e de linguagem, além de sérios retardos em relação a socialização, tudo isso também ocasionado em razão dos sérios danos afetivos que acabam dificultando a criação de vínculos.

Também é importante mencionar que o governo brasileiro aderiu, em 12/06/2016, a uma campanha na América Latina e no Caribe pelo direito de meninos e meninas menores de 3 anos que vivem em espaços de acolhimento institucional de crescerem em um ambiente familiar. Pela Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1989, os Estados Partes têm a obrigação de garantir que meninos e meninas cresçam junto à família e só recorram ao auxílio institucional – a chamada institucionalização – em último caso (ONUBR, 2016).

Conclusão

Em 19 de novembro de 1969, o Maracanã estava lotado, a partida era Vasco da Gama contra Santos, em campo a expectativa pelo milésimo gol de Pelé. O leitor pode estar se perguntando: e o que isso importa para este trabalho? Bem, nesse dia, Pelé faria seu milésimo gol e, cercado pelos microfones dos repórteres, pediu que cuidassem das crianças do Brasil.

Estamos em 2016 e parece que, desde então, muito pouco, ou quase nada, mudou. Vemos que o descaso com o que a Constituição determinou ser prioridade absoluta já dura muito tempo no nosso país. É chegada a hora de efetivarmos o comando constitucional.

O caminho a ser trilhado deve-se pautar em algumas questões mais urgentes. O relatório Unicef “ECA 25 anos” (UNICEF, 2015, p. 29) traz algumas dessas questões: (a) fortalecimento do SINASE, “implementando, entre outras medidas, a melhoria da estrutura das unidades de internação e criando projetos pedagógicos e profissionais capazes de reintegrar os adolescentes em conflito com a lei”; (b) ampliação das medidas socioeducativas em regime aberto; (c) fortalecimento das Defensorias Públicas; (d) investimento na universalização de políticas de inclusão social, garantindo direito à educação, à saúde e à proteção contra violência e negligência; e (e) investimento em política pública de prevenção de delitos.

A Constituição Federal de 1988; as convenções internacionais, especialmente a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, de 1989, e as leis nacionais, já citadas ao longo do texto, trazem uma série de direitos indeclináveis das crianças, adolescentes e jovens. Cabe, agora, ao Poder Público (incluindo Poder Executivo, Legislativo e Judiciário) efetivar estes direitos lá previstos, valendo-se de medidas próprias à Administração Pública, bem como, através de incentivo e conscientização da família e da sociedade, sobre seu importante papel na defesa dos direitos das crianças e adolescentes. Vale destacar as palavras de Luiz Antonio Miguel Ferreira e João Paulo Faustinoni e Silva (FERREIRA e SILVA, 2014, p. 35):

A experiência na luta diária para a efetivação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes nos permite dizer que não é de novas declarações solenes de direitos que precisamos, mas de normas claras e objetivas, sejam aquelas que obrigam o Poder Público a um fazer ou não fazer, sejam aquelas que viabilizam o financiamento de programas específicos (...) sejam, ainda, aquelas que gerem responsabilização aos gestores omissos ou que violem os referidos direitos.

Mas a crítica não deve ficar restrita apenas a uma perspectiva exógena. Deve-se olhar, igualmente, para a nossa instituição e perguntar: a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais cumpre o comando constitucional e, em sua estrutura e atividades, estabelece a atenção aos direitos da criança, adolescente e jovem como prioridades absolutas?

Infelizmente não. Não há qualquer regulamentação interna que determine o cumprimento do comando constitucional, impondo à própria Instituição a prioridade absoluta na atuação das Defensorias da Infância e Juventude.

É mais uma porção da Administração Pública, *lato sensu*, que negligencia o artigo 227, *caput*, da Constituição Federal. É fato que a Defensoria Pública, ela mesma, carece de atenção dos Poderes do Estado, mas tal fato não pode servir como escusa ao cumprimento de tão importante determinação do Constituinte.

Assim, olhando sob uma perspectiva externa, como também, sob o viés interno, faz-se urgente a observância da prioridade absoluta, enquanto princípio-base do Direito da Infância e Juventude. Dessa forma, esperamos que, num futuro breve, enfim, as palavras de Pelé possam ecoar como um passado distante e obsoleto.

Referências

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Vade Mecum*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. *Levantamento Anual SINASE 2013*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2015.

BRASIL, CNJ – Conselho Nacional de Justiça. *Panorama nacional: A Execução das Medidas Socioeducativas de Internação*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2012.

----- CNA – Cadastro Nacional de Adoção, Relatórios estatísticos. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>. Acesso em 2016.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel; SILVA, João Paulo Faustinoni. Primeira Infância – Análise do Projeto de Lei. *Revista de Direito da Infância e da Juventude*. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

UNICEF - Fundo das Nações Unidas para a Infância. *Relatório "Eca 25 anos"*, 2015. Disponível em < <https://www.unicef.org/brazil/pt/ECA25anosUNICEF.pdf> >. Acesso em 2016.

KREUZ, Sérgio Luiz. *Direito à Convivência Familiar da Criança e do Adolescente*. Juruá Editora, Curitiba, 2012.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ONUBR – Nações Unidas no Brasil. *UNICEF apoia campanha pelo direito de crianças menores de 3 anos de crescerem em ambiente familiar*. Disponível em < <https://nacoesunidas.org/unicef-apoia-campanha-pelo-direito-de-criancas-menores-de-3-anos-de-crescerem-em-ambiente-familiar/> >. Acesso em 2016.



ARTIGO

O papel da Defensoria Pública no estado democrático de direito

Leonardo César Matheus

Resumo

O presente artigo visa a elucidação das formas do Estado e seus paradigmas, analisando-se o papel da Defensoria Pública, enquanto instrumento de transformação social, dentro do contexto democrático, com a abertura sistêmica para os diálogos institucionais para defesa dos necessitados e efetivo acesso à justiça.

Estado de Direito, Estado Social e Estado Democrático de Direito

As estruturas do Estado, em sua visão clássica, permitem a observância de diversos fatores que, por suas próprias razões, se apresentam como implemento ideológico de cada espécie de governo. Isso permite a verificação de que o Estado pode apresentar diversos segmentos >>

Leonardo César Matheus é defensor público do Estado de Minas Gerais; mestreando em Cidadania e Direitos Coletivos pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP); pós-graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes; integrante da Câmara de Estudos de Direitos Humanos da Defensoria Pública do estado de Minas Gerais; e membro diretor da Rede Internacional de Excelência Jurídica, seção de Minas Gerais.

e diretrizes desvinculados de premissas meramente formais se comparados à semântica que fundamenta sua origem, concepção e compreensão.

Nesse ínterim, parte-se de um recorte epistêmico para análise do Estado, partindo-se das premissas marcantes da Revolução Francesa, que inaugurou princípios normativos capazes de nortear os avanços da norma jurídica, de liberdade, igualdade e fraternidade. Esses três pilares ainda servem de analogia para os três grandes momentos que o Estado apresenta sua estrutura.

Enquanto a semântica se refere às questões relativas do *ideário jurisdicional*, as estruturas revelam como o Estado se apresenta de fato, em um constante desvelar de operações passíveis de análise e observação. É a diferença entre o que o Estado *diz ser* e o que ele é. Os ideais de justiça, pautados nos pilares de liberdade, ocasionaram em uma premissa normativa liberal, cujas conjunturas da Lei permitiam os particulares a exploração do capital meramente pela sua exploração, desvinculando-se de conteúdos normativos materiais de proteção da pessoa humana.

A revolução industrial culminou nesse contexto: um Estado Mínimo, com desregulamentação da economia e não interferência (MAGALHÃES, 2012, p.90) do governo nas questões privadas, resultando em um ordenamento jurídico primando pela formalidade dos atos praticados e uma isonomia formal entre os indivíduos. Prismas semânticos se referem às concepções teóricas necessárias para estruturação de uma ordem jurídica e, nesse prisma, a existência de elementos norteadores da *autonomia da vontade* individual influenciaram fortemente as ordenações jurídicas ao longo dos anos. A *laissez faire, laissez passer* propunha a livre abertura do comércio e colocava a vontade do indivíduo sob uma máxima norteadora da lei, relegando o Estado a uma mínima interferência na vida privada.

Tais concepções somente foram quebradas com o revelar da face oculta da justiça: a desigualdade existente entre as classes contratantes, evidenciadas após a criação do capitalismo industrial (MAIOR, 2011, p.107), que apresentou justamente a dicotomia entre os possuidores do capital e aqueles que tão somente vendiam sua força de trabalho para os grandes industriários.

Em oposição a essa doutrina, o Estado de Bem-Estar Social buscava a interferência na economia, com a tentativa de obter uma isonomia *material*, apresentada em sua essência como norteadora da conduta humana, passando do prisma abstencionista para os atos positivos na vida privada. Marca-se pelas políticas públicas assistencialistas. Cumpre ressaltar, entretanto, que esse mo-

delo de Estado somente apresentou sua face maior na Europa e em determinados países ocidentais. Ao Brasil, a doutrina liberal de Estado somente obteve seus reflexos durante um curto período de tempo, notadamente durante a existência dos movimentos abolicionistas do final do século XIX, cujas matrizes comerciais impunham à outrora colônia portuguesa um viés libertário para com seus nacionais, ainda que meramente formal.

Assim, o Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) é compreendido com a existência de uma isonomia material de cunho mais elevado. Ainda que o Brasil não apresente um modelo específico desse Estado, os elementos mais diretivos podem ser encontrados com a tentativa de desertificação das camadas sociais durante o Regime Militar que, a partir de 1964, buscou estratificar as relações humanas. Isso, entretanto, se refere tão somente à semântica do Estado, mas não se verificou em relação aos elementos existentes em sua estrutura. Permite-se a observação de que o Governo impunha determinada medida, ao mesmo passo que sustentava outra diversamente diferente. Confirma-se com existência de tratados e convenções internacionais, que versam sobre direitos humanos, assinados pelo governo brasileiro durante o regime de supressão desses mesmos direitos que declararam proteger, sendo os mais notáveis o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966.

Como corolário das ideias revolucionárias francesas, o terceiro estágio acerca da possibilidade de verificação do Estado se dá com a abertura democrática dos diálogos institucionais, com o fim da ideia assistencial para o prisma da pretensão de inclusão. Essa mudança paradigmática se apresenta com maior ênfase quando verificadas as questões objetivas de direito. Se determinada norma aponta a existência de um "direito à", não haveria divergência argumentativa em relação a isso, posto que os direitos se tornariam absolutos, tal qual se propunha o Estado de Bem-Estar Social ao afirmar a existência desses direitos. Ao revés, se observada a mudança da nomenclatura para a "pretensão ao direito", torna-se mais verificável que as políticas públicas devem ter como finalidade e, consequentemente, tornam as argumentações acerca de determinada norma jurídica diferenciáveis na medida em que o Estado se propõe a realizá-las.

A "abertura democrática" brasileira se deu com a promulgação da Constituição de 1988, que apresentou um rol extenso de direitos e garantias fundamentais, reafirmando os compromissos internacionais acerca dos direitos humanos (PIOVESAN, 2007, p. 52).

>>

Novos atores democráticos: o acesso à justiça e o papel da Defensoria Pública

A democracia apresenta uma multifacetada gama de conceitos, podendo ser definida, em suas origens epistêmicas, como o governo popular (*demos* = povo; *kratein* = reinar). Entretanto, direito e política se demonstram elementos separados, visto que possuem rumos totalmente distintos em sua verificação prática. Ao direito, apenas as questões referentes à legalidade e ao devido processo legal se mostram relevantes, assumindo-se um caráter direutivo material de aplicação. À política, entretanto, incumbe a verificação da diferença existente entre governo e oposição, ambos dicotomicamente relevantes no debate democrático para aplicação das políticas públicas.

Enquanto o substrato do direito permite, em sua matriz deontológica, a defesa dos direitos individuais e coletivos, bem como a promoção da justiça e de equidade social, a política se torna o *meio* pelo qual tais diretrizes devem ser implementadas, perpassando pelo contexto argumentativo sobre como cada setor da sociedade irá buscar essa promoção. Direito e política, assim, não se confundem, e a abertura democrática pode ser verificada nesses dois aspectos totalmente distintos.

Enquanto a política se encontra no evidente sufrágio universal, com a convocação dos cidadãos para escolha dos particulares que irão assumir a posição de instrumentos para a realização social e deliberando sobre a destinação de verbas e normas objetivas a serem introduzidas no ordenamento jurídico, o direito em si somente pode ser visualizado de fato quando confirmado pelas instituições jurídicas, que possuem como competência o resguardo do direito ou a apreciação da ameaça ao direito individual. Parte-se da premissa organizacional da tripartição dos poderes institucionais, separando-se de acordo com a eficiência técnica na consecução de determinada atividade. Um governo do povo e para o povo, por tais razões, somente se desenvolvem mediante a organização racional dos elementos do Estado.

Aberturas democráticas existem para que esses conceitos, de Estado, governo e sociedade civil sejam estreitados, mediante a participação direta ou indireta da população nas decisões públicas (KELSEN, 2000, p.142). Liberalismo e democracia possuem aparente relação, mas se mostram incompatíveis em pontos específicos: enquanto o liberalismo busca a minimização dos atos governamentais, a democracia pressupõe um movimento inverso, onde os atos públicos necessariamente perpassam

pela consulta popular. É nesse sentido que a constituição brasileira de 1988 inova em aspectos fundamentais para a promoção da justiça, implementando conceitos de tessitura aberta e, portanto, interpretáveis sob o ponto de vista popular. Significa, assim, que a autocracia existente anterior a 1988 se esfacela perante a necessidade de repensar os institutos jurídicos de formação pessoal, implicando na valorização do indivíduo e criação de mecanismos institucionais para a defesa desses interesses.

Atores democráticos possuem espaços de debate delimitados, com competências específicas criadas para sua discussão. Espera-se que, assim, busquem efetivar as diretrizes para os quais foram legitimados, atuando na consecução de direitos dentro da ordem jurídica, em uma linha argumentativa proposta por Max Weber, cuja teoria burocrática se fundamenta na aptidão técnica para determinada finalidade (WEBER, 2001, p.11). Esse modelo de Estado, dividido conforme competências, apresenta a possibilidade de distinção e atribuição de papéis específicos dentro da organização Estatal, independente do implemento ideológico sobre como o governo irá atuar.

A Defensoria Pública é fruto desses implementos: um órgão do Estado constitucionalmente previsto (art. 134 e seguintes da CFR/1988), na atuação e defesa do cidadão contra lesão ou ameaça a direitos, mesmo que os possíveis violadores desses direitos sejam agentes do próprio Estado. Formulam-se, assim, nortes mais delimitados para que as instituições possam promover o acesso à justiça na defesa dos pretensos direitos estabelecidos na norma objetiva. Contudo, ainda cumpre assimilar os demais atores sociais que versam sobre os direitos e garantias individuais.

A tessitura aberta dos comandos normativos constitucionais não apenas delimita quais são os direitos e garantias que devem ser observados, mas, antes de tudo, buscam modificar os paradigmas sociais existentes. Direitos sociais não mais podem ser concebidos mediante uma observação estratificada das camadas sociais. Sociedades complexas apresentam maior quantidade de expectativas normativas e expectativas sociais, mediante a necessidade de reconhecimento da diversidade como implemento de justiça social. Pessoas não são iguais e, portanto, necessitam de tratamentos diferenciados. Nas sociedades mais arcaicas, o pensamento estratificado denotava a existência de castas sociais definidas de acordo com o nascimento, posição social ou mesmo de acordo com aspectos físicos, podendo-se conceber tais observações de acordo com a identidade atribuível a cada campo social. A contemporaneidade é marcada por essa >>

quebra metodológica, que visa buscar a unidade a partir da diferença e, desse modo, reconhecimento das necessidades especiais ou, em melhor aspecto, necessidade de atribuir uma *isonomia material* aos indivíduos.

Surgem novas tendências, como o reconhecimento das minorias e das necessidades especiais de proteção, bem como a adoção de princípios contra majoritários na formulação de leis, sendo tais grupos sociais relevantes no ato da confecção da norma ou mesmo da abertura interpretativa no ato de declarar o direito. Acesso à justiça, assim, se reveste de um conjunto de princípios e regramentos necessários à efetiva prestação jurisdicional em favor do afetado, resguardando assim uma intrínseca relação normativa-pragmática para declaração do direito.

Assim, na

Constituição brasileira, o acesso à justiça acha-se previsto, implicitamente, nos fundamentos do Estado democrático de direito e nos objetivos definidos para a República, contido que está na ideia de "cidadania" (Constituição, art. 1º, II) e no ideal de "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (Constituição, art. 3º, I). Descendo ao plano processual, propriamente, vamos encontrar a garantia do acesso à justiça concebida sob a forma de princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (Constituição, art. 5º, XXXV), a que Pontes de Miranda deu a expressiva denominação de princípio de ubiquidade de justiça. À referida norma conjuga-se à do inciso LXXIV do mesmo artigo, que trata da assistência jurídica, entre esta está incluída, obviamente, a assistência judiciária. Assim, embora em nenhum dispositivo apareça a expressão textual acesso à justiça, como em outras Constituições se verifica, esse que Cappelletti e Garth consideram "o ponto central da moderna processualística" está definido de forma bem clara no ordenamento constitucional brasileiro (MEDINA, 2004, p.241-242).

A Defensoria Pública, assim, assume um papel consolidor dessas premissas de abertura cognitiva, utilizando-se de elementos sociais implementados pelo próprio Estado como forma de garantir a efetivação de direitos. Se analisadas as concepções liberais dentro da esfera privada de atuação profissional, o condicionamento de acessar determinadas repartições somente por intermédio de advogados regularmente constituídos ou, mesmo possibilitando a capacidade postulatória individual, mas sem a aptidão técnica na defesa de interesses individuais e coletivos, resultaria em um afunilamento dos interesses sociais contidos na Constituição da República.

A Defensoria Pública como instrumento de justiça social

Promulgando a necessidade de inclusão do indivíduo e para fornecer mecanismos mais efetivos para o acesso à justiça, a Defensoria Pública é sistematizada com fundamento na proteção do cidadão que não possui condições técnicas e financeiras para a defesa de seus interesses. Traz-se, assim, a existência normativa que busca implementar, de fato, políticas públicas voltadas para a abertura democrática, havendo instrumentos essenciais para essa consecução.

Assim,

a Defensoria Pública é o serviço público institucionalmente destinado a prestar aos necessitados a assistência jurídica capaz de permitir o acesso de todos à justiça e de resguardar e garantir o direito de todos à ampla defesa, com o objetivo que se viabilize o direito fundamental de todos quantos não tiverem recursos à assistência jurídica integral e gratuita (NERY, 2013, p. 1778).

As necessidades sociais, por si e só, apresentam-se inalcançáveis sob o ponto de vista prático, eis que a plena democracia não é um espaço onde se busca chegar, mas sim o percurso necessário para que se chegue em algum lugar. Necessita de instrumentos, de realizações práticas e aptas a gerar algum efeito no mundo da vida, por intermédio de outros canais de acesso aos poderes públicos. As eleições ocorridas nas diversas esferas da federação possibilitam a existência de mecanismos de diálogos para que se possam alcançar representantes. A democracia busca algo além, com o efetivo debate entre a sociedade civil e o Estado na deliberação desses direitos e valores a serem alcançados.

Isso permite o surgimento de teorias e de sistematizações institucionais, com a atuação de determinados setores para a ampliação do debate e dos espaços democráticos. Sendo relevantes aos resguardos dos direitos fundamentais, esculpidos na Constituição da República e de normas internacionais ratificadas pelo ordenamento jurídico pátrio (dentre as quais destacamos o pacto de direitos civis e políticos e o pacto de direitos econômicos, sociais e culturais, ambos de 1966), a Defensoria Pública atua em demandas individuais e coletivas, sendo legitimada para defender as necessidades da população.

Si, no obstante, partimos del reconocimiento de todas las necesidades y de la legitimidad de su satisfacción, entonces la determinación de las prioridades presupone un sistema de instituciones sociales diferente de aquel que divide las necesidades entre reales e irreales. >>

El sistema que mejor se adecuara para la determinación de tales prioridades sería uno que institucionalizara la decisión misma a través de alguna forma de debate público democrático. En tales debates, las fuerzas sociales que representaran necesidades igualmente reales decidirían (siempre, una y otra vez, por medio del consenso) qué tipos de satisfacción de necesidades habrían de ser preferidos en su satisfacción frente a otras necesidades – igualmente reconocidas. Por tanto, el establecimiento de prioridades en modo alguno entra en conflicto con el principio democrático del consenso (HELLER, 1996, p.61).

Necessidades são valores abstratos, devendo ser operadas mediante institucionalização de políticas públicas e de participação popular. Democracias representativas operam no sentido puramente formal: bastam-se na formalidade dos atos institucionais sem a participação democrática e, da mesma forma, o acesso à justiça formal se esgota unicamente no direito de ação.

As democracias mais recentes buscam abrir sua margem argumentativa, fornecendo mecanismos de tessitura aberta para que novos conceitos e novos atores democráticos possam confluir para a existência de um debate sadio na consecução das finalidades estatais. Assim, o consenso deve ser buscado na medida em que se torna necessário, com a ampliação de instrumentos capazes de fornecer a materialidade do acesso à justiça, quebrando com os paradigmas meramente ontológicos da doutrina clássica. Isso faz com que a Defensoria Pública também seja instrumento de busca no aperfeiçoamento das decisões do Estado, notadamente pela possibilidade de questionamento das legalidades dos atos oficiais, sempre na promoção do indivíduo enquanto indivíduo, resguardando a sociedade das intempéries dentre todas as esferas do Estado. Assim, a Defensoria Pública não apenas recebeu a missão de defender os necessitados em todos os graus de jurisdição, como também lhe foi assinada a tarefa de orientar essa

mesma população nos seus problemas jurídicos, mesmo que não estejam vertidos em uma causa deduzida em juízo (MENDES, 2009, p.1047).

As diretrizes normativas constitucionais buscam a emancipação do homem e as realizações humanas por instrumentos delimitados. A Defensoria, portanto, se mostra um desses instrumentos: um espaço institucional aberto ao diálogo, de forma irrestrita aos comprovadamente necessitados, para atendimento gratuito na elucidação de direitos e deveres na ordem civil, penal, constitucional e social, não havendo unicamente o dever de propor demandas judiciais, mas sim de promover a emancipação do homem.

Referências

- HELLER, Agnes. *Una Revisión de la Teoría de las Necesidades*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1996.
- JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Democracia e Constituição: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária – a alternativa plurinacional boliviana*. In FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; [et al.]. (coord.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho: Teoria geral do direito do trabalho*. Vol. I, parte I, São Paulo: LTr, 2011.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Processo Civil e Constituição. Revista Latino-Americana de estudos constitucionais*. (Dir.) Paulo Bona-vides. Del Rey, n. 3, janeiro-junho/2004. Belo Horizonte, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- WEBER, Max. *Ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2001.

• • •

Para ler e consultar...

Este livro, seguindo a dinâmica de intensa pesquisa e prática, propõe um estudo sobre o mandado de segurança, contextualizando-o, além da sua evolução histórica, diante das repercussões do novo Código de Processo Civil em diversos pontos.

Sua organização segue uma divisão metodológica coerente com a Constituição Federal e a Lei n. 12.016/09, que lhe transforma em um didático roteiro de estudo e elaboração de peças práticas.

■ Pode ser adquirido em < <http://www.ltreditora.com.br/mandado-de-segurança-5540.html#> >

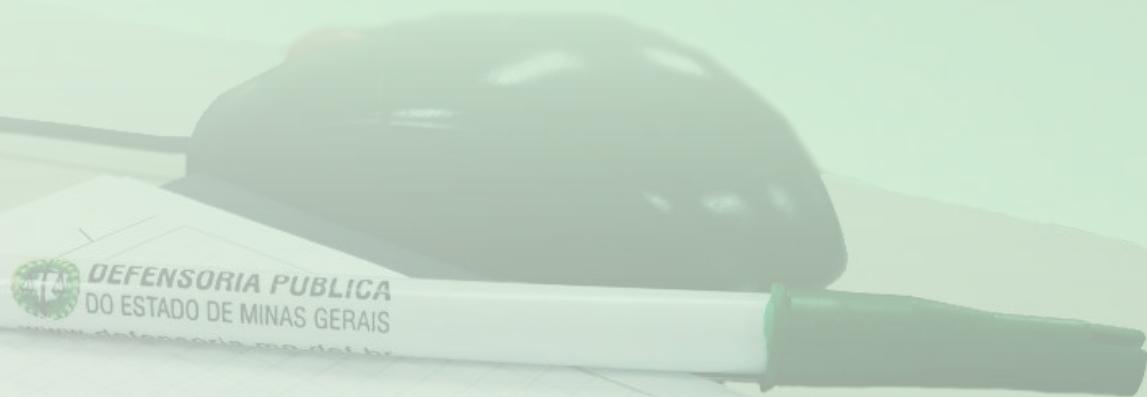
ROGER VIEIRA FEICHAS – Professor universitário e defensor público do Estado de Minas Gerais.

SÉRGIO HENRIQUE SALVADOR – Professor graduação e pós-graduação, palestrante e advogado em Minas Gerais.

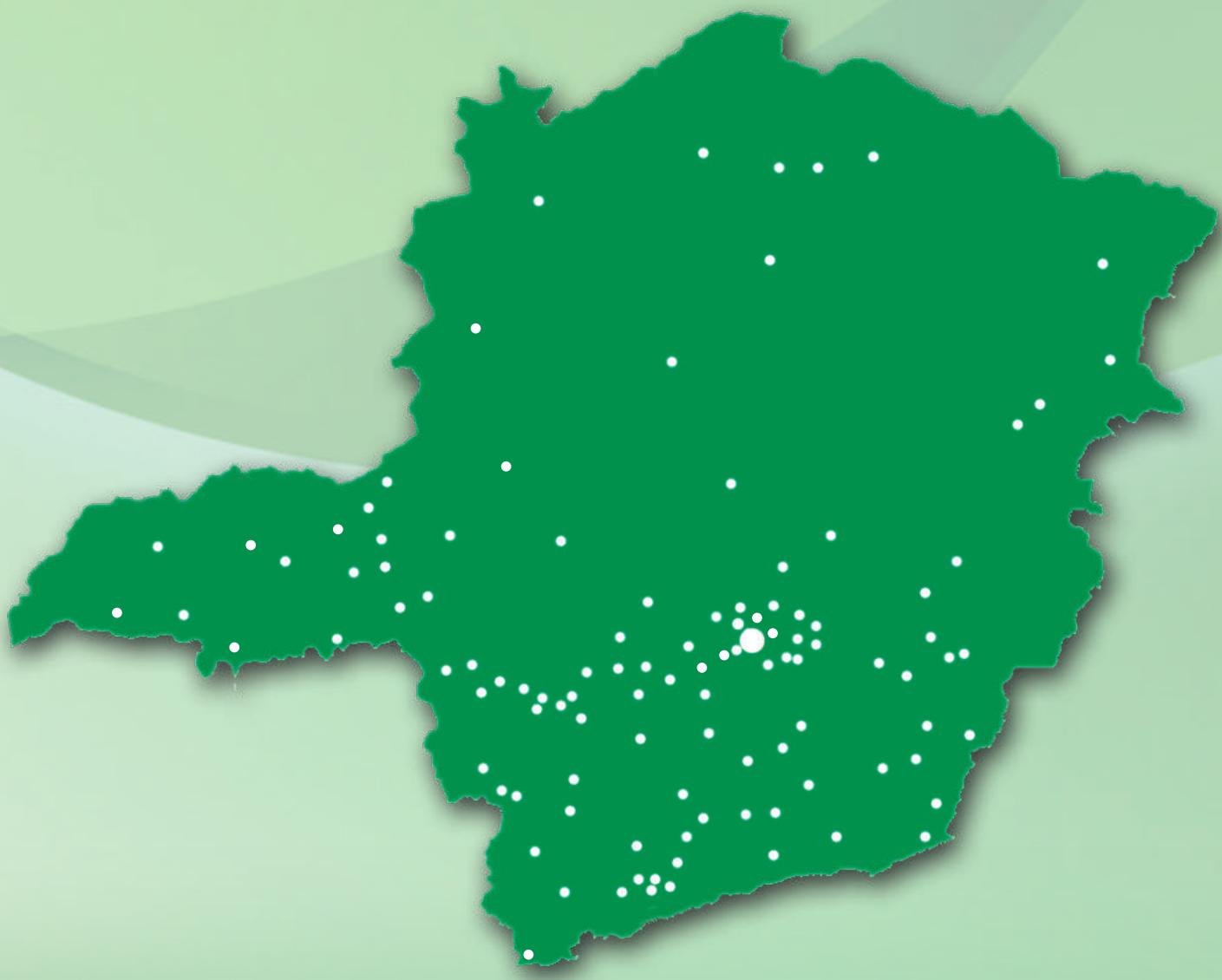


“ A institucionalização do conhecimento na Defensoria Pública de Minas Gerais é um momento especial para a instituição e para a comunidade. Conhecimento é algo que não possui limite. Evolui, deve ser compartilhado e muito valorizado. ”

NEFI CORDEIRO – Ministro do Superior Tribunal de Justiça, em palestra proferida na inauguração da Escola Superior da Defensoria Pública. Março 2017



www.escolasuperior.mg.def.br



IGUALDADE E CIDADANIA PARA TODOS



www.defensoria.mg.def.br