

Curso virtual de DDHH – Caso 5

Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (Acceso al mínimo vital de agua)

Aspectos procesales* y solución de fondo

Brasil - Realizado por: Mônia Hennig Leal

Aspectos procesales

1. Tipo de acción

Por tratar-se de inconformidade com o conteúdo de decisão judicial, a medida judicial cabível é o Recurso às instâncias superiores, não sendo cabível o Mandado de Segurança, pois o ato do magistrado não configura violação de “direito líquido e certo” e nem é indicativo de arbitrariedade, caracterizando-se como algo inerente à sua atividade jurisdiccional e atividade interpretativa que lhe é ínsita. Não haveria, portanto, ação judicial específica para insurgir-se contra o conteúdo da decisão proferida pelo juiz.

2. La competencia del Tribunal o Corte para conocer el caso

Por tratar-se de recurso, o Tribunal competente é o juízo de segunda instância – no caso, o Tribunal de Justiça do Estado em que se encontra o estabelecimento penitenciário.

3. El reclamante

Sujeito A, preso no estabelecimento penitenciário X.

* Germán Alejandro Patiño Peña y Daniel Felipe Enríquez Cubides, estudiantes de derecho de la Universidad de los Andes (Colombia), apoyaron a la autora en una primera búsqueda sobre los aspectos procesales para resolver este caso con fundamento en la legislación brasileña.

4. La legitimación del demandante

Em já havendo sido o autor da ação que deu origem ao posicionamento judicial ora questionado, entende-se ser também legitimado para interpor o presente recurso de apelação à segunda instância.

5. El objeto de tutela o amparo constitucional

No presente caso, os direitos objeto de tutela jurisdiccional versam sobre as garantias constitucionais outorgadas à população carcerária, previstos no art. 5º, incisos XLVII e XLIX da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), particularmente o respeito à sua dignidade humana, integridade física e moral, especialmente sua violação relacionada à restrição de acesso à água.

6. El agotamiento de la vía jurídica ordinaria

O prazo para interposição do recurso de apelação é de 15 dias, a contar da intimação da sentença, conforme dispõe o Código de Processo Civil.

Solución de fondo

I. Conformação dos problemas jurídicos

O caso aborda, para além de aspectos identificados com o “mínimo existencial” e com a suficiente proteção e prestação dos direitos aos presidiários pelos Poderes Públicos, diretamente a problemática do tratamento não isonômico de pessoas postas em situações marginalizadas pela sociedade, no caso, o entendimento, oriundo do senso comum, de que os integrantes da população carcerária possuem menos direitos do que os demais, ou, mais especificamente, que o direito destes últimos possui “prevalência” em relação àqueles recolhidos em estabelecimentos prisionais. Tal entendimento justificaria, como visto no caso, o fornecimento reduzido de água para os apenados (10 litros diários) em comparação com o restante da população (40 litros diários).

Trata-se, no caso em estudo, de violação praticada pelo próprio Poder Judiciário ao decidir, sem qualquer espécie de justificativa racional e adequada à situação, que os habitantes da cidade X possuíam um “melhor direito” em relação à população carcerária. A situação calamitosa e os

esforços empreendidos pelo Estado para reverter a situação justificam medidas restritivas no direito de toda a coletividade local, mas tal argumento não pode, por si só, fundamentar a ideia de um tratamento desigual em evidente dissonância aos ditames da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, ocorre cristalina violação ao direito à igualdade, vez que, muito embora os presos não tenham seus direitos negados ou expressamente classificados como “piores” pelos entes públicos, os mesmos não são plenamente efetivados no cotidiano dos presídios (aqui sendo traçado um paralelo com a realidade brasileira), resultando num tratamento desigual em relação ao resto da sociedade no que concerne à garantia de um mínimo existencial, evidenciando, assim, um claro caráter discriminatório (numa dimensão fática, e não propriamente jurídica), vedado pela Constituição e pela própria [CADH](#).

II. Marco jurídico de proteção dos direitos alegados

II. 1 Direito à água (das pessoas privadas de liberdade) e direito à saúde

Muito embora não tenham sido encontradas decisões específicas na jurisprudência brasileira acerca do fornecimento de água/alimentos aos presos, são muito comuns aquelas nas quais se verifica a incapacidade do ente público de fornecer as condições mínimas de vida digna – como, por exemplo, colocando 20 pessoas para dormir em cela apta para comportar apenas 8, ou condições insalubres envolvendo esgoto, infiltração, calor, enfim, pontos que comprometem drasticamente a qualidade de vida dos encarcerados.

As garantias à população carcerária encontram guarida na Constituição, nos incisos XLVII¹ e XLIX², os quais proíbem, respectivamente, a crueldade no cumprimento das penas e garantem aos presos o respeito à sua integridade física e moral. Tais garantias são reforçadas na Lei 7.210/1984, a Lei de Execuções Penais, a qual prevê, em seus artigos 40³, 41, I⁴, direitos referentes à integridade física e moral dos apenados, fazendo referência direta à obrigação no fornecimento adequado de alimentos.

O agir do ente estatal encontra suas limitações e diretrizes na Constituição, de modo que possui o dever de garantir a concretização em níveis adequados dos direitos fundamentais – quer dizer, o

¹ XLVII - não haverá penas: [...] e) cruéis;

² XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

³ Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

⁴ Art. 41 - Constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário;

dever de proteção, em uma relação vertical, entre o Estado e o indivíduo. Os comandos emitidos pelo Judiciário, contudo, são raramente cumpridos em virtude de alegações de deficiência orçamentária, congelando o cenário de violações aos direitos humanos.

II. 2 Resolução do primeiro problema jurídico: ponderação

O cerne da questão reside no frequente embate entre “dignidade da pessoa humana” *versus* “reserva do possível”. Utilizando-se como exemplo do Recurso Extraordinário n. 580.252, verifica-se que, em seu julgamento, o STF afastou o princípio da “reserva do possível”, entendendo que o Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas ao cárcere durante todo o período de reclusão. Trata-se, pois, de dever seu manter as condições carcerárias com um padrão mínimo de dignidade, entendendo que, diante de casos de omissão estatal, é possível ao preso exigir indenização moral.

O entendimento do STF se coaduna, portanto, com os dispositivos da Constituição que vedam tratamentos discriminatórios, ao entender que os apenados encontram-se em situação degradante à sua dignidade, sendo, portanto, merecedores de compensação, tendo em vista a omissão do ente público em solucionar o problema.

Muito embora as decisões pesquisadas não envolvam diretamente o aspecto do fornecimento de água e hidratação, entende-se que tais medidas amoldam-se diretamente ao dever do Estado de fornecer as condições físicas e morais adequadas à população carcerária.

Em restando impossível fazê-lo, como no caso do Município X, há que se justificar de maneira racional a adoção de qualquer prática discriminatória em relação aos apenados, sob pena de, em não o fazendo, incidir em violação aos direitos destes. Significa dizer que, em havendo uma colisão entre os direitos dos apenados e da população local acerca da quantidade de água a lhes ser fornecida, não há como se chegar a um consenso, tendo-se como parâmetro os ditames da igualdade. Todavia, em se encontrando argumento razoável para embasar posição contrária, poder-se-ia, em uma ponderação de princípios, entender que, por algum motivo técnico (como o já dado exemplo do consumo de água ser eventualmente menor em estabelecimentos coletivos) ou circunstância específica, uma das partes afetadas receba tratamento diferenciado.

III. Resolução do segundo problema jurídico: análise da violação do princípio de igualdade e de não-discriminação

III. 1 Marco jurídico de proteção da igualdade

A Constituição brasileira apresenta um vasto arcabouço de direitos e garantias fundamentais referentes à questão da igualdade e do tratamento isonômico, sendo aqui relevante destacar o texto de seu artigo 5º⁵, que estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza”,

Vale, ainda, considerar que o STF, ao menos em julgamento recente sobre a questão da integridade física e moral da população carcerária (RE 580.252), fundamentou sua decisão com base, também, no direito internacional, demonstrando crescente observância aos direitos humanos e sua normativa mundial. Cita, assim: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966 (arts. 2; 7; 10; e 14); a [Convenção Americana de Direitos Humanos](#), de 1969 (arts. 5º; 11; 25); Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955.

Por derradeiro, no caso de A e da cidade X, por sua vez, vê-se uma violação direta aos artigos 5º, 11 e 24 da [Convenção Americana de Direitos Humanos](#), os quais protegem, respectivamente, a integridade pessoal (que abrange, por sua vez, a integridade da população carcerária) e a proteção da honra e da dignidade e o tratamento igualitário. Há violação, também, ao Protocolo e São Salvador no que toca ao artigo 10, “f”, o qual versa sobre o direito à saúde e mais especificamente a necessidade de satisfação da saúde dos grupos de mais alto risco, quer dizer, em situação de grande vulnerabilidade (como presidiários, por exemplo) e também o artigo 12, o qual garante o direito de uma nutrição adequada à população.

III. 2 Constatação de um tratamento diferenciado

Não restam dúvidas de que o Poder Judiciário brasileiro está adstrito à observância do princípio da igualdade, devendo tratar a todos de forma isonômica. O problema no presente caso perpassa, todavia, pela questão da “reserva do possível” – o Supremo Tribunal Federal busca a concretização do “mínimo existencial” e da “vida digna” da população carcerária (como será visto a seguir), mas na maioria das vezes a plena efetivação desses direitos esbarra tanto no aspecto orçamentário quanto na falta de vontade política dos gestores públicos, que, diante da escassez de recursos e tendo em vista o receio de perder votos junto à opinião pública, não se veem motivados a atender

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

as necessidades de presidiários, muitas vezes vistos pela população apenas como “bandidos”⁶. Tal situação poderia se agravar muito caso surgisse alguma calamidade como a enfrentada pelo município X – secas, enchentes, desabamentos, incêndios etc. - em virtude do completo abandono do Poder Público.

Ocorre que esta linha argumentativa da limitação de recursos acaba sendo uma forma de justificar indiretamente o tratamento desigual, diferente do problema em estudo, no qual o “pior direito” dos apenados foi utilizado diretamente na fundamentação da medida discriminatória em situação de escassez de recursos. Em outras palavras, não há nenhuma decisão ou ato do Poder Público suscitando a existência de relativização aos direitos subjetivos dos indivíduos em encarcerados ou do fato dos demais cidadãos possuírem um “melhor direito”, mas mesmo assim os presos continuam sofrendo violações às suas garantias mais básicas.

Assim, os presídios permanecem superlotados e em situações de insalubridade crítica, com estrutura física comprometida, colocando os presos em situações muito distantes dos padrões mínimos exigidos pelo conceito de dignidade da pessoa humana. Tal situação já vem sendo observada pela Corte Interamericana desde 2014, com a emissão de Resoluções, configurando o que, reproduzindo expressão cunhada pelo Tribunal Constitucional da Colômbia, o Supremo Tribunal Federal brasileiro categorizou como “estado de coisas inconstitucional”, quer dizer, uma série de violações permanentes e simultâneas em todos os presídios brasileiros.

III. 3 Constatação de um tratamento diferenciado

Como já mencionado, a justificativa para a omissão do Estado nas limitações aos direitos humanos reside na órbita da reserva do possível em um contexto de calamidade natural (dificuldade no fornecimento de água em virtude de seca) – assim como no Brasil alega-se insuficiência financeira para construção de novos presídios para se resolver a questão da superlotação ou demais gastos com manutenção, reparo e cuidados higiênicos básicos.

O argumento de que os presos possuem um “pior direito”, por sua vez, não se sustenta e configura uma violação, por si só, sem qualquer amparo no ordenamento jurídico brasileiro e na normativa internacional. Pode haver, contudo, situações nas quais um tratamento diferenciado se afigure razoável, cabendo ao intérprete verificar o contexto fático e a justificação para tanto.

⁶ Não são raras, nas campanhas eleitorais, manifestações de candidatos com propostas radicais e restritivas de direitos humanos em nome da segurança pública, sustentando a máxima de que “bandido bom é bandido morto”.

Sobre o tema da “reserva do possível” e sua aplicação à matéria sob análise, vale fazer a análise do Recurso Extraordinário 580.252, de 16/02/2017- no qual um apenado buscava indenização por dano moral em virtude da situação degradante na qual se encontrava dentro de um presídio.

Em primeiro lugar, o demandante fundamentou seu pedido não apenas na Constituição, mas também no [artigo 5º](#) do Pacto de São José da Costa Rica, o que demonstra a gradual inserção do direito internacional dos direitos humanos no cotidiano jurídico brasileiro. Alegou, também, ser notória a situação degradante do presídio no qual se encontra cumprindo pena, pois no Estado já foi decretada “situação de emergência” dos presídios em virtude do colapso do Sistema Penitenciário. Por fim, sustentou que o princípio da “reserva do possível” não pode ser invocado de maneira abstrata, pois dessa forma o Estado poderia utilizar-se deste argumento para justificar toda e qualquer omissão nas suas mais diversas áreas de sua atuação.

Por sua vez, os representantes da parte demandada (no caso, o Estado do Mato Grosso do Sul) alegaram, dentre outros argumentos, a questão da limitação orçamentária (“reserva do possível”) e o fato de o Estado estar tentando solucionar o problema mediante convênios entre a União e Estados da federação, o que afastaria hipótese de omissão do Poder Público. Ainda, aduziram que o descumprimento do dever constitucional de assegurar aos apenados sua integridade física e moral não implica a responsabilidade objetiva do Estado por danos oriundos na demora da construção/reforma de unidades prisionais.

Já em outro caso, o RE 592.581, a parte demandante (o Ministério Público) alegou que a decisão negando a possibilidade de o Judiciário condenar a Administração Pública a realizar obras em presídios por violação do princípio da separação de Poderes desconSIDERA a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, afirmando, ainda, que a integridade física e moral dos presos é de interesse geral da sociedade, em observância à dignidade da pessoa humana – pilar central da Constituição.

Dessa forma, embora não existam, por parte do Supremo Tribunal Federal brasileiro, decisões expressamente “condenando” apenados a uma situação de “direitos inferiores”, reconhecendo a dignidade dos apenados, na prática esta realidade pode ser percebida por via indireta, a partir do momento em que prevelece o entendimento de que é mais fácil indenizar os presos pelas péssimas condições nas quais se encontram inseridos do que promover as políticas públicas necessárias para correção do quadro e busca efetiva do direito à integridade física e igualdade.

O direito ao tratamento isonômico e à garantia de condições dignas nos presídios são direitos que, nos casos analisados, não sofrem nenhuma restrição aprioristicamente – isto porque, muito embora

os apenados encontrem-se em situação excepcional de restrição ao seu direito à liberdade e à privacidade, continuam exercendo pleno gozo de todas as outras garantias fundamentais, não sendo possível qualquer entendimento no sentido de que, em virtude de sua condição, devam receber tratamento diferenciado ou discriminatório.

No caso do município X, contudo, entende-se que há uma restrição em virtude de circunstância fática excepcional que afeta igualmente toda a população local, muito embora o ente público esteja tentando contornar a situação. Dito isso, não cabe questionar a redução no fornecimento de água, pois trata-se de situação de calamidade, mas sim se há justificativa razoável para o tratamento diferenciado aos detentos em relação ao restante da população local.

Do que se aúfere do caso, o Judiciário não teceu qualquer argumento racional e razoável no sentido de justificar um tratamento diferenciado – como apresentar dados evidenciando o menor consumo em estabelecimentos de uso coletivo, por exemplo -, de modo que a fundamentação no sentido da existência de um “melhor direito” é discriminatória por si só. A ideia de existirem pessoas “melhores” do que as outras configura uma violação direta tanto ao ordenamento brasileiro como à normativa internacional acerca de direitos humanos.

IV. Decisão

Assim sendo, a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da situação de A muito provavelmente perpassaria pelas temáticas acima trabalhadas: entenderia como inconstitucional o tratamento diferenciado à população carcerária pautado pela ideia de “melhor direito” e condenaria a Administração Pública a fornecer água em níveis adequados para a higiene e hidratação, ou, pelo menos, de forma equânime ao restante da população da região, caso seja efetivamente comprovada a impossibilidade material da plena efetivação da medida.

Outrossim, possivelmente também garantiria ao apenado A o direito à indenização por danos sofridos em virtude de eventual sofrimento físico e moral recebido durante o cárcere.

Bibliografia

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Constituição da República Federativa do Brasil anotada (jurisprudência). www.stf.jus.br.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Manole, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿Existe realmente "un activismo" o "el" activismo? **Estudios Constitucionales**. Santiago: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, v. 10, n. 2, p. 429-453, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.