



## PRISÃO DOMICILIAR HUMANITÁRIA: ESTUDO DE CASOS JULGADOS PELO STF

Márcia Haydée Porto de Carvalho\*  
Maicy Milhomem Moscoso Maia\*\*

### RESUMO

Este artigo examinou duas decisões do STF, em que a Corte apreciou pedidos de conversão de prisão em regime fechado em prisão domiciliar humanitária. Os litigantes detinham idade avançada, problemas de saúde, foram réus em ações penais de grande repercussão e o argumento de que o ergástulo não dispunha dos meios necessários à garantia da sua saúde. A partir das lições de Robert Alexy sobre a colisão de direitos fundamentais, analisou-se os critérios e parâmetros empregados pelos Ministros do STF nos casos selecionados, utilizando pesquisa bibliográfica, consulta ao sítio eletrônico oficial do STF e análise de conteúdo das decisões estudadas.

**Palavras-chave:** Corte Constitucional. Colisão. Direitos fundamentais. Prisão Humanitária Domiciliar.

### HUMANITARIAN DOMICILIARY PRISON: CASE STUDY JUDGED BY STF

### ABSTRACT

This article examined two decisions of the Supreme Court, in which the Court examined requests for conversion from closed prison to humane home detention. The litigants were of advanced age, health problems, they were defendants in criminal proceedings of great repercussion and the argument that the prison did not have the necessary means to guarantee his health. Based on Robert Alexy's lessons on the fundamental rights collision, the criteria and parameters employed by the STF Ministers in the selected cases were analyzed, using bibliographic research, consulting the official STF website and analyzing the content of the decisions studied.

**Keywords:** Constitutional Court. Collision. Fundamental rights. Home Humanitarian Prison.

## 1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem figurado como importante ator no cenário nacional, ganhando crescente destaque desde a repercussão do julgamento da Ação Penal nº.

\* Doutora em Direito do Estado pela PUC/SP. Professora da Graduação em Direito e do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. Professora pesquisadora do curso de Direito no UNICEUMA. Promotora de Justiça do Estado do Maranhão.

\*\* Mestranda do programa de pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça, da Universidade Federal do Maranhão.



470, popularmente conhecida como “*mensalão*”, em que foram julgados 38 (trinta e oito) acusados de participação em um esquema de compra de votos. Segundo informações do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do “*mensalão*” foi o mais longo da história da Corte<sup>1</sup> e despertou na população brasileira o interesse em acompanhar mais de perto as decisões do Supremo Tribunal Federal.

Esse interesse aumentou com a operação “*lava-jato*”: um complexo de investigações iniciadas em 2014, destinadas à apuração de crimes financeiros com dinheiro oriundo de recursos públicos, como corrupção e lavagem de dinheiro. A “*lava-jato*” revelou um amplo esquema de corrupção envolvendo agentes públicos dos mais variados partidos e empresas privadas, tendo uma série de desdobramentos no Brasil e no exterior, para além do espectro inicial da operação: a estatal Petrobrás. Mais uma vez, as decisões do Supremo Tribunal Federal ganharam relevo nos veículos de comunicação e o brasileiro desenvolveu o hábito de acompanhar e posicionar-se criticamente em relação aos julgamentos da Corte Constitucional.

Questões que antes não eram muito discutidas passaram a ocupar destaque na mídia e no cotidiano das pessoas. Dentre elas despontam o interesse sobre os crimes conhecidos como “*de colarinho branco*” – como são a maioria dos crimes objeto do “*mensalão*” e da “*lava-jato*”, nos quais os autores dos fatos são agentes públicos e políticos ocupantes de altos cargos administrativos e, em sua grande maioria, contam com mais de 60 (sessenta) anos e/ou estão acometidos de doenças graves. Nestas circunstâncias, tem sido comum discussões sobre o cabimento e a legalidade da conversão da pena restritiva de liberdade com regimes mais rigorosos, em prisões domiciliares.

Baseados no argumento de que os estabelecimentos prisionais não dispõem dos meios necessários à garantia da saúde destes condenados, essas demandas chegaram ao STF e a Corte tem oscilado em seu entendimento sobre o tema, já que tais casos implicam no confronto direto entre a dignidade da pessoa humana destes condenados idosos e/ou doentes e o interesse da coletividade no franco cumprimento da pena fixada na lei aos condenados e, pois, das regras do jogo democrático. Tem-se o terreno fértil para a aplicação da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, cujo objetivo é responder os problemas centrais oriundos de um catálogo de direitos fundamentais, como o seu papel no sistema jurídico, a

<sup>1</sup> De acordo com o portal de notícias do STF, durante a tramitação da Ação Penal nº. 470, mais conhecida como “*mensalão*”, foram realizadas 53 (cinquenta e três) sessões plenárias, para julgar 38 (trinta e oito) denunciados, sendo que 25 (vinte e cinco) foram condenados, 12 (doze) absolvidos e uma determinação de baixa dos autos para a justiça de primeiro grau.



resolução de colisões entre eles e a fixação dos critérios e parâmetros para a realização da restrição destes direitos.

Em face disso, pretende-se analisar quais foram as diretrizes utilizadas pelo STF em 02 (dois) casos de repercussão: a) o julgamento do Agravo Regimental na Execução Penal nº. 23/DF, datado de 2014, de relatoria do Ministro Roberto Barroso e b) o julgamento da medida cautelar no HC nº. 152.707/DF e nos Embargos de Declaração interpostos contra a referida decisão, ambos do ano de 2018 e de relatoria do Ministro Dias Toffoli. As decisões foram selecionadas por serem de conhecimento geral, já que foram amplamente divulgadas nos meios de comunicação social, como telejornais, programas de rádio e redes sociais. Por fim, além da identificação das razões dos magistrados nas decisões escolhidas, intenta-se relacionar a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy à colisão entre os direitos fundamentais envolvidos nos dois julgamentos.

## 2 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Os procedimentos metodológicos utilizados neste estudo foram orientados pelas lições de Minayo (2009) de que a metodologia da pesquisa compreende, concomitantemente, a teoria da abordagem (método), os instrumentos de operacionalização do conhecimento (técnicas) e a criatividade do pesquisador, de modo que a metodologia “[...] inclui as concepções teóricas da abordagem, articulando-se com a teoria, com a realidade empírica e com os pensamentos sobre a realidade [...]” (MINAYO, 2009, p. 15).

Tenciona-se demonstrar a viabilidade da utilização prática das lições de Robert Alexy pela Corte Constitucional brasileira no enfrentamento da colisão entre o direito à dignidade da pessoa humana de condenados idosos e/ou doentes e o interesse da coletividade no severo cumprimento das regras do jogo democrático a serem observadas. Para tanto, selecionou-se dois julgados do STF, com decisões diferentes, em que os condenados requereram que as suas penas restritivas de liberdade, que deveriam ser cumpridas em regimes fechados mais gravosos, fossem convertidas em prisão domiciliar.

Concluiu-se que a estratégia mais adequada para a consecução do objetivo traçado era o estudo de caso, tendo-se eleito as orientações de Yin (2001), segundo o qual a referida estratégia de pesquisa se dá através da investigação empírica de um fenômeno contemporâneo, dentro do seu contexto da vida real, principalmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto não estão claramente demarcados. O estudo de é bastante eficiente



para as pesquisas que buscam resolver questões do tipo “*como*” ou “*por que*” acerca de eventos atuais e sobre os quais o estudioso não tem controle. Freitas Filho e Lima (2010) acrescentam que o estudo de caso também pode ser utilizado para a análise de uma decisão, de um grupo de decisões ou de uma questão jurídica determinada, porque possui um protocolo menos rígido e permite certa autonomia na construção da narrativa e estruturação da exposição do problema.

Sob estas diretrizes, estabeleceu-se que os critérios para a seleção dos casos seria: a) a repercussão em meios de comunicação como rádio, televisão e internet e b) casos cujos resultados dos julgamentos tivessem sido diferentes, apesar de envolverem os mesmos direitos fundamentais colidentes, para melhor ilustrar como o STF se comporta nestas situações. Em seguida, constatou-se que o julgamento do Agravo Regimental na Execução Penal nº. 23/DF e o julgamento da medida cautelar no HC nº. 152.707/DF e dos Embargos de Declaração interpostos contra a referida decisão<sup>2</sup>, cumpriam com os critérios estabelecidos. Por fim, definiu-se para este trabalho dois pressupostos metodológicos: o STF não aplicou a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy e que tal teoria é capaz de fornecer à Corte Constitucional, nos dois casos selecionados, melhores subsídios para a sua decisão.

### **3 O JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL NA EXECUÇÃO PENAL Nº. 23/DF, PELO PLENÁRIO DO STF**

Em 2014, o agravante Roberto Jefferson Monteiro Francisco<sup>3</sup> interpôs Agravo Regimental na Execução Penal nº. 23/DF, contra decisão do Relator, o então Ministro Joaquim Barbosa, devido ao indeferimento do seu pedido de conversão do regime semiaberto em prisão domiciliar. Referido recurso foi distribuído ao Ministro Roberto Barroso e o seu respectivo Agravo votado pelo Plenário do STF. No relatório, o Ministro Roberto Barroso recordou os fundamentos da decisão agravada, sendo eles: *a)* o atestado da junta médica oficial informando que o agravante não padecia de doença grave e *b)* a existência de condições do sistema penitenciário do estado do Rio de Janeiro de fornecer a dieta e o

<sup>2</sup> Em que pese a ação principal, relacionada ao HC nº. 152.707/DF, ter tramitado sob sigilo de justiça, de forma alguma isso afetou o presente estudo, já que o debate sobre a necessidade do paciente de ter o seu pleito à prisão domiciliar deferido se deu, na verdade, no julgamento da medida cautelar no HC nº. 152.707/DF e nos embargos de declaração interpostos contra a referida decisão, sendo que estes se encontram disponíveis, tanto no sítio do STF, quanto em outros sítios da *internet*.

<sup>3</sup> O agravante, na época, contava com 61 (sessenta e um) anos de idade, foi condenado à 07 (sete) anos, 14 (quatorze) dias de reclusão, em regime de cumprimento semiaberto, pela prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, nos autos da Ação Penal nº. 470, conhecida como “*mensalão*”.



acompanhamento médico necessários ao tratamento do agravante. No entanto, o agravante sustentou que a prisão domiciliar era medida que se impunha, pois o laudo médico oficial expedido pelo Instituto Nacional do Câncer (INCA) havia interpretado equivocadamente o seu estado de saúde, ao mesmo tempo em que a Secretaria de Administração Penitenciária do estado do Rio de Janeiro declarou não ter condições de garantir a dieta necessária ao recorrente.

Segundo o Ministro, o agravante era “[...] portador de síndrome metabólica, caracterizada por diabetes mellitus tipo II, dislipidemia, hipertensão arterial sistêmica e histórico de obesidade mórbida [...]” (BRASIL, 2014, p. 5) e havia sido “[...] submetido a uma cirurgia oncológica para a remoção de parte do pâncreas, o que teria incrementado a deficiência nutricional crônica de que era portador [...]” (BRASIL, 2014, p. 5). Apesar disso, o laudo médico oficial elaborado pelo INCA concluiu que não havia necessidade do agravante cumprir a sua pena em casa ou internado em unidade hospitalar, bastando apenas o acompanhamento médico regular e o uso contínuo da medicação prescrita. Considerando a ausência de comunicação nos autos de qualquer inobservância da dieta necessária ao controle da deficiência nutricional do agravante, o Relator entendeu que as exigências médicas relacionadas ao agravante foram cumpridas a contento. Todavia, ponderou que, ainda que se admita que o padrão alimentar do agravante não estava sendo obedecido, não existe qualquer óbice legal para que a sua família forneça a ele os alimentos ou medicamentos indisponíveis no sistema carcerário.

[...] não se está minimizando a condição médica do sentenciado, e tampouco negando a evidência de que o regime domiciliar seria mais conveniente para a manutenção da sua saúde, por razões óbvias. Não é esse, contudo, o parâmetro firmado na jurisprudência, que condiciona o deferimento do pedido à impossibilidade de que o tratamento prossiga no sistema prisional. Esse é o critério aplicado à generalidade dos condenados que apresentam patologias, inexistindo fundamento legítimo para excepcionar a situação do agravante. [...]. (BRASIL, 2014, p. 7).

O Relator então proferiu voto pelo indeferimento do pedido de conversão da prisão em regime semiaberto, em prisão domiciliar. Os Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, alegando a gravidade do estado de saúde do réu que era notória, divergiram do voto do Relator e votaram pelo provimento do pedido do agravante, enquanto, os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carmén Lúcia, Rosa Weber e Teori Zavaschi o acompanharam em seu voto.



#### 4. O JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR NO HC Nº. 152.707/DF E DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTERPOSTOS CONTRA A REFERIDA DECISÃO

No início do ano de 2018, foi impetrado *habeas corpus* em favor de Paulo Salim Maluf, indicando como autoridade coatora o Ministro Edson Fachin, Relator da Ação Penal nº. 863/DF<sup>4</sup>, por ter aquele “[...] determinado o imediato início da execução do acórdão condenatório, antecipando o trânsito em julgado da referida ação [...]” (BRASIL, 2018b, p. 1). Em sede de medida cautelar, os impetrantes pretendiam o sobrestamento dos efeitos da decisão condenatória e a consequente expedição de alvará de soltura em favor do paciente, para que este aguardasse em liberdade o trânsito em julgado do acórdão ou a conversão da prisão em regime fechado, ao qual o paciente foi condenado, em prisão domiciliar humanitária, diante da possibilidade de agravamento do seu estado de saúde. Para os impetrantes, a antecipação indevida do trânsito em julgado da sentença condenatória configurava o *fumus boni iuris* da demanda, enquanto o *periculum in mora*, firmava-se na senilidade do paciente, que contava com 86 (oitenta e seis) anos de idade, e no diagnóstico de recidiva de câncer de próstata, hérnia de disco em estágio grave, com limitação severa da mobilidade, problemas cardíacos e diabetes, doenças estas que, de acordo com os impetrantes, não foram devidamente tratadas durante o tempo em que o paciente esteve encarcerado, havendo ainda o risco do paciente perder a visão do único olho funcional que lhe restara.

No julgamento da medida cautelar, o Ministro Relator Dias Toffoli seguiu a jurisprudência da Corte Constitucional, arrimada no art. 318, do Código de Processo Penal<sup>5</sup> e na “[...] demonstração cabal de que o tratamento médico, de que necessita o custodiado, não

<sup>4</sup> A Ação Penal nº. 863/DF até o fechamento deste artigo, tramitava sob sigilo, o sítio eletrônico do STF. Entretanto, os autos do HC nº. 152.707/DF estavam disponíveis no sítio eletrônico da Corte. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314066159&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

<sup>5</sup> O art. 318 do Código de Processo Penal estabelece que “[...] poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: [...] maior de 80 anos; extremamente debilitado por motivo de doença grave; [...]” Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.” No caso em análise, o Relator não deixou escapar que a prisão do paciente do HC não era preventiva. No entanto, o Ministro Dias Toffoli argumentou que, se a situação do paciente fosse considerada como de execução antecipada da pena, não haveria trânsito em julgado, a tese dos impetrantes seria plausível. Por outro lado, se fosse considerado que a situação do paciente se enquadrava como execução do acórdão condenatório e a prisão daquele se caracterizasse como prisão-pena, esta última estaria sujeita aos ditames do art. 117, da Lei de Execuções Penais, permissivo do recolhimento domiciliar aos condenados ao regime fechado. Em face disso, o Relator reconheceu que a situação do paciente não se subsumia perfeitamente à norma, já que ele fora condenado a regime fechado e não aberto, resgatando o julgamento do RHC nº. 94.358/SC, da Segunda Turma, em 2014, quando o STF admitiu a concessão de prisão domiciliar a uma mulher condenada ao regime fechado, diante do seu grave estado de saúde e na prevalência do princípio da dignidade humana.



possa ser prestado no local da prisão ou em estabelecimento hospitalar [...]” (BRASIL, 2018b, p. 10), entendendo que os documentos juntados aos autos demonstravam que “[...] o paciente (de 86 anos de idade), passa por graves problemas relacionados à sua saúde no cárcere, em face de inúmeras e graves patologias que o afligem [...]” (BRASIL, 2018b, p. 15), deferindo, portanto, a medida cautelar no *habeas corpus* nº. 152.707/DF, concedendo ao paciente o direito de cumprir sua pena em regime de prisão domiciliar. Posteriormente, em sede de embargos de declaração, o Relator Dias Toffoli, de ofício, esclareceu que a prisão domiciliar humanitária é reflexo do princípio da dignidade humana como vetor de interpretação constitucional e que a jurisprudência do STF é no sentido de estender esse benefício aos condenados ao regime fechado. Disse o Ministro que não restou clara a “[...]existência de interesse público relevante capaz de neutralizar o interesse individual por ele manifestado, sobretudo em razão da idade avançada 86 (oitenta e seis) anos e das graves patologias que lhe acometem [...]” (BRASIL, 2018a, p. 10).

## 5 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

Robert Alexy nasceu em 1945, na Alemanha, e é considerado um dos mais importantes filósofos do Direito alemão da atualidade. Os seus estudos voltam-se para a Filosofia do Direito e o Direito Constitucional, com foco na jurisdição constitucional, direitos fundamentais e as conexões entre o Direito e a Moral. Autor das obras *Teoria da Argumentação Jurídica* (1983) e *Teoria dos Direitos Fundamentais* (1985), Alexy é mundialmente conhecido e amplamente divulgado no Brasil, onde a Corte Constitucional por diversas vezes recorreu às suas lições. Para além do Brasil, Sánchez (2011) destaca que, nos últimos anos, com o progressivo crescimento do neoconstitucionalismo nas faculdades de Direito latino-americanas, difundiu-se ainda mais a obra de Robert Alexy na América-Latina, fator que influencia fortemente jurisprudência deste continente<sup>6</sup>.

Três mudanças paradigmáticas afetaram profundamente a forma como se faz Direito no mundo contemporâneo em geral, as quais também incidiram no Brasil. Barroso (2014) defende que a primeira é a superação do formalismo jurídico<sup>7</sup> atrelada à noção de que não

<sup>6</sup> Sánchez (2011) cita como exemplo a forte influência da teoria dos princípios de Robert Alexy na compreensão da Corte Constitucional colombiana sobre a maneira em que se pode fazer a ponderação de direitos.

<sup>7</sup> Barroso (2014) compreende que Alexy transcende o positivismo jurídico, ao defender que o Direito possui natureza dupla, dotado de uma dimensão fática – manifestada na validade formal da norma e na sua eficácia social – e outra ideal – fundada na correção moral, na justiça. Essa correção moral, tanto do Direito quanto das



raramente surgem conflitos para os quais não existem soluções prontas, devendo o aplicador do Direito construir argumentativamente tais soluções. A segunda é o advento da cultura jurídica pós-positivista, com a superação da dicotomia entre Direito e Moral e Direito e os demais conhecimentos, mas sempre buscando a legitimidade democrática e a concretização do interesse público. A terceira se dá com a ascensão do Direito Público e a centralidade da Constituição, na medida em que aquele ganha maior destaque e a atividade hermenêutica, agora, deve ser pautada no texto constitucional e em seus princípios. Sarmiento (2011) coaduna com esta visão. Para ele, é inegável a magnitude com que a emergência desse novo paradigma tem influenciado a teoria jurídica brasileira e a prática dos nossos tribunais. Segundo o autor, com as suas bases fíncadas sob a égide da Constituição de 1988, esse novo paradigma tem como características principais

[...] (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário [...]. (SARMENTO, 2011, p. 1).

É neste cenário que o pensamento de Robert Alexy se sobreleva. A coluna mestra da teoria dos direitos fundamentais do autor é a diferenciação teórico-estrutural entre regras e princípios<sup>8</sup>, sendo essa a chave para a solução de problemas centrais, como o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico, os problemas oriundos da colisão entre eles e os critérios para a sua restrição. As características que diferem regras e princípios são qualitativas e não gerais, de modo que uma norma só pode ser um deles:

[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são [...] *mandamentos de otimização*, [...] caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes [...] regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se

decisões jurídicas, vinculam o Direito à moral. Finalmente, resta claro para o autor que o pensamento de Robert Alexy coloca a Constituição em posição central, na medida em que ela incorpora os direitos humanos e os perfilha como direitos fundamentais, condicionando a compreensão do ordenamento a estes últimos.

<sup>8</sup> Alexy (2008) ressalta que existe uma confusão sobre as normas de direitos fundamentais que prejudica a sua compreensão. Segundo o autor, as normas de direitos fundamentais são tratadas, ora como princípios, ora como regras, mas sem o estabelecimento de uma distinção precisa entre regras e princípios, além de não haver a utilização sistemática dessa diferenciação.





uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. (ALEXY, 2008, p. 90-91).

O pensamento de Robert Alexy revoluciona ao formular que as normas de direito fundamental (direitos individuais e direitos coletivos/públicos), com frequência, adquirem estrutura de princípio e, como tal, não raramente, entram em rota de colisão. Barroso (2014) frisa que a complexidade está no fato de, por serem normas dotadas de vagueza – em maior ou menor grau – os direitos fundamentais sempre envolvem questões que são discutidas nas estruturas básicas do Estado e da sociedade, atuando como balizadores de definições precisas e definitivas, precedendo *prima facie* ao nível dos princípios, como explica Ribeiro (2009). Com a agregação dos direitos fundamentais em sua teoria, Robert Alexy formatou um sistema de conceitos que abarca as fórmulas centrais do direito racional moderno, capaz de promover a reabilitação axiológica dos mesmos, já que a positivação dos direitos fundamentais em um catálogo constitui uma abertura do sistema jurídico à moral, que é razoável e pode ser estabelecida através de mecanismos racionais.

Por serem categorias diferentes de normas, a solução dos conflitos entre regras e a solução das colisões entre princípios também exige fórmulas diversas<sup>9</sup>. No conflito de regras, a resolução se dá no âmbito da validade da norma, já que as regras trazem consigo a exata medida da extensão do seu conteúdo, no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Não havendo o estabelecimento de alguma exceção, as regras consolidam-se como razões definitivas. Em termos práticos, o que Alexy (2008) defende é que, inicialmente, um conflito entre regras pode ser resolvido através da introdução de uma cláusula de exceção. No entanto, se tal cláusula não for suficiente, deve-se proceder à declaração de invalidade de uma das regras conflitantes, já que o conceito de validade jurídica não é graduável<sup>10</sup>.

Por outro lado, a concretização dos princípios exige que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, de maneira que os princípios não guardam em si um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. A teoria de

<sup>9</sup> Alexy (2008) esclarece que é através da observação da resolução dos conflitos entre regras e colisões entre princípios que se consegue melhor constatar a diferença entre as duas espécies de normas, já que para cada uma das situações se apresentará uma solução diferente.

<sup>10</sup> Uma dúvida que surge neste ponto é sobre o critério de escolha da norma que deverá ser declarada inválida. Alexy (2008) entende que nesta escolha podem ser utilizados o critério da prevalência da lei mais nova sobre a mais antiga, o critério de prevalência da norma mais específica em detrimento da mais geral ou mesmo a escolha pode se dar de acordo com a importância de cada regra em conflito. Neste ponto, Norberto Bobbio, na obra Teoria do Ordenamento Jurídico (1997) destaca que antinomia jurídica é “[...] aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade. [...] As regras fundamentais para a solução das antinomias são três: a) o critério cronológico; b) o critério hierárquico; c) o critério da especialidade [...]” (BOBBIO, 1997, p. 88-92).



Alexy (2008) sustenta que a extensão do conteúdo dos princípios só se determina diante de uma situação de colisão com outro (s) princípio (s) e com as possibilidades fáticas reais. Em tais situações, a solução se dá por meio da ponderação ou sopesamento dos princípios. Assim, havendo dois princípios em rota de colisão, um deles deverá ceder, já que eles detêm relação de precedência, de peso, que é o que permite que, sob determinadas condições fáticas e jurídicas, um dado princípio X prevaleça sobre o princípio Y, da mesma forma que, sob outras condições fáticas e jurídicas, a questão da prevalência se resolva de maneira diversa.

Deve-se considerar que, segundo Alexy (1999), catálogos de direitos fundamentais tem estrutura de regras e de princípios. O aspecto de regras firma-se no fato de que são determinações definitivas e isso prepondera em relação ao aspecto principiológico também presente em tais catálogos, cujo “[...] ponto decisivo é que atrás e ao lado das regras estão princípios [...]” (ALEXY, 1999, p. 75). Além disso, fundamental saber que “[...] Não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais e também um tal não pode existir [...]” (ALEXY, 1999, p. 68).

A aplicação da teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2008) implica na utilização da regra da proporcionalidade e vice-versa, em suas três sub-regras<sup>11</sup> deriva do caráter principiológico<sup>12</sup> dos direitos fundamentais, de maneira que necessidade e adequação decorrem da vinculação dos princípios às possibilidades fáticas do caso concreto, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito deriva da vinculação dos princípios às possibilidades jurídicas.

Silva (2002) esclarece que a proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, cujo objetivo é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais, devendo o ato estatal submeter-se às etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, necessariamente nesta ordem<sup>13</sup>. Ribeiro (2009) salienta que a regra da proporcionalidade não foi criada por

<sup>11</sup> Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

<sup>12</sup> Alexy (2008) se refere as características teórico-estruturais dos princípios, que confere a eles características de mandados de otimização, que devem ser concretizados na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas apresentadas. Em outras palavras, os direitos fundamentais – que nada mais são, como bem explica Silva (2008), que a incorporação dos direitos humanos pela Constituição Federal de 1988 – são princípios, conforme as premissas do pensamento alexyano, ou seja, possuem caráter *prima facie*, não guardando em si um mandamento definitivo, mas um conteúdo que só é de fato revelado, em seus mínimos detalhes, no caso concreto, diante das possibilidades fáticas e jurídicas que se apresentarem.

<sup>13</sup> Silva (2002) explica que nem sempre há necessidade de se atravessar as três etapas, já que as sub-regras possuem caráter subsidiário entre si, cujas complexidades vão aumentando a cada nível. Assim, em alguns casos, a colisão se resolve com a submissão apenas à primeira etapa, sem precisar passar pelos exames da adequação ou da proporcionalidade em sentido estrito.



Robert Alexy, mas sim pelo Tribunal Constitucional Alemão, no julgamento do caso Luth, em 1958, ocasião em que foram estabelecidos os 3 (três) elementos da máxima da proporcionalidade<sup>14</sup>, que funcionam como indicadores de medida e de controle da decisão judicial e de atos legislativos e administrativos. Apesar disso, Robert Alexy (2008) foi o responsável pela difusão desta regra, aperfeiçoando-a com a sua teoria da argumentação. Neste sentido, afirma Robert Alexy que:

[...] a questão de que uma intervenção em direitos fundamentais esteja justificada deve ser respondida por uma ponderação. O mandamento da ponderação corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade do direito constitucional alemão. O primeiro é o princípio da idoneidade do meio empregado para o alcance do resultado com ele pretendido, o segundo, o da necessidade desse meio. Um meio não é necessário se existe um meio mais ameno, menos interventor [...]. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito deixa-se formular como uma lei de ponderação, cuja forma mais simples relacionada a direitos fundamentais soa: Quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam [...]. (ALEXY, 1999, p. 77-78).

Sobre a máxima da proporcionalidade em sentido estrito ou lei da ponderação, explica o autor:

[...] Segundo a lei da ponderação, a ponderação deve suceder em três fases. Na primeira fase deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda fase se trata, então, da importância das razões que justificam a intervenção. Somente na terceira fase sucede, então, a ponderação no sentido estrito e próprio [...]. (ALEXY, 1999, p. 78).

A adequação é o meio cuja utilização permite o alcance ou o fomento/promoção de um objetivo. Uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que um objetivo legitimamente pretendido<sup>15</sup> seja alcançado ou pelo menos fomentado. A necessidade, por seu turno, determina que um ato estatal limitador de um direito fundamental só é indispensável, quando a realização do objetivo legitimamente perseguido não possa ser promovida – com a mesma intensidade – através de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental do atingido. Finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito é a prática efetiva do sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização desse direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva. Em outras palavras, uma medida desproporcional em sentido estrito é

<sup>14</sup> Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

<sup>15</sup> O autor se refere à legitimidade democrática, ou seja, os objetivos elencados na legislação, com fundamento na Carta Magna, formulados a partir dos representantes do povo, já que no ordenamento jurídico brasileiro todo poder emana deste último.



aquela cujos motivos que fundamentam a sua adoção não tem peso suficiente para justificar a restrição do direito fundamental atingido<sup>16</sup>.

Alexy (2008) analisou alguns julgamentos do Tribunal Constitucional Alemão que envolviam colisão entre direitos fundamentais. Dentre estes casos, o presente artigo focará no julgamento sobre a incapacidade de um réu de participar pessoalmente de uma audiência processual, devido ao risco<sup>17</sup> daquele sofrer um infarto ou derrame cerebral, dada a tensão de tal procedimento. Segundo o autor:

[...] O tribunal observou que nesse tipo de caso há “uma relação de tensão entre o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados, para cuja proteção a Constituição também obriga o Estado” [...]. (ALEXY, 2008, p. 94-95).

O Tribunal Constitucional Alemão identificou nesta demanda uma relação de tensão entre interesses<sup>18</sup>, os quais devem ser resolvidos mediante sopesamento<sup>19</sup>, para que seja determinado qual destes interesses, na situação em concreto, possui maior peso, já que, isoladamente considerados, os direitos envolvidos levam a uma contradição<sup>20</sup> e, por conseguinte, “[...] um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro [...]” (ALEXY, 2008, p. 96). Tomando o julgamento analisado por Alexy (2008), o Tribunal Constitucional Alemão firmou que

<sup>16</sup> Silva (2002) exemplifica de forma bem extremada essa questão: em uma dada situação, para combater a disseminação do vírus da AIDS, o Estado determina que todas as pessoas se submetam ao exame diagnóstico da doença e, aqueles que fossem diagnosticados com o vírus, seriam encarcerados. Segundo o autor, a medida é adequada e necessária, mas não é proporcional, já que, após a ponderação racional verifica-se que, na hipótese colocada, não há como não decidir pela liberdade e dignidade da pessoa humana, ainda que isso implique em menor proteção à saúde pública.

<sup>17</sup> A escolha deste caso específico se deu em virtude da similitude entre a colisão de direitos fundamentais no caso dos condenados possuidores de idade avançada e graves patologias.

<sup>18</sup> Não se pode perder de vista que, segundo a teoria de Robert Alexy, abstratamente, os interesses envolvidos na questão possuem o mesmo peso. Este peso só é relativizado quando um princípio entra em rota de colisão com outro.

<sup>19</sup> Cumpre ressaltar que o autor observa que, no julgamento sob análise: [...] Essa situação de decisão corresponde exatamente à colisão entre princípios. As diferenças são de caráter terminológico. Na decisão não se fala em “colisão”, mas de uma situação de conflito; e aquilo que colide e que é sopesado não é caracterizado como “princípio”, mas como “dever”, “direito fundamental”, “pretensão” e “interesse”. Mas a caracterização da situação decisória como uma colisão entre princípios é perfeitamente possível (ALEXY, 2008, p. 95).

<sup>20</sup> Para analisar o caso da incapacidade do réu para participar de audiência, Alexy (2008) determinou que *P* corresponderia à relação de precedência; que *C* corresponderia às condições em que um princípio prevaleceria sobre o outro; que *P'* representaria o direito à vida e integridade física e; *P<sup>2</sup>* a operacionalidade do Direito Penal. O autor observou que, *P'* e *P<sup>2</sup>*, quando considerados separadamente na hipótese em concreto, conduziam a juízos contraditórios entre si. Segundo o autor, essa colisão pode ser resolvida de duas maneiras: a primeira, seria através do estabelecimento de uma relação de precedência incondicionada, identificadas pelo autor como “abstratas” ou “absolutas”, na qual as possibilidades que se apresentariam são *P' P P<sup>2</sup>* e *P<sup>2</sup> P P'*. O Tribunal Constitucional Alemão rejeitou essas hipóteses, sob o argumento de que nenhum dos princípios envolvidos na questão tem peso absoluto sobre o outro. A segunda saída se dava a partir do estabelecimento de uma relação de precedência condicionada, cujas possibilidades são *(P' P P<sup>2</sup>)C* e *(P<sup>2</sup> P P')C* e o objetivo era determinar em quais condições um princípio devia prevalecer sobre o outro.



[...] se a realização da audiência implica um risco provável e concreto à vida do acusado ou uma possibilidade de dano grave à sua saúde, então a continuação do procedimento lesa seu direito fundamental garantido pelo art. 2º, § 2º, 1, da Constituição [...]. (ALEXY, 2008, p. 98).

Baseado nos julgamentos do Tribunal Constitucional Alemão, o autor observou que a resolução da colisão entre princípios se dá em três etapas: inicialmente, constata-se a tensão entre interesses (ou princípios, como o próprio autor define); em seguida, verifica-se que esta tensão não pode ser solucionada com a declaração de invalidade de um dos interesses envolvidos, concluindo que um deles deve ceder, conforme o caso concreto e suas peculiaridades e; por último, testa-se as hipóteses em que – naquela situação fática – um interesse cede em relação ao outro. O resultado disso é uma decisão em que se constrói argumentativamente o enunciado de precedência de um princípio sobre o outro, em uma certa situação fática, gerando determinadas consequências jurídicas. Resta claro, portanto, que o pensamento de Alexy (2008) não oferece uma resposta pronta para as colisões entre direitos fundamentais, mas, como observa Borowsky (2003), embora a ponderação não ofereça uma fórmula certa, indistintamente aplicável a todos os casos, o sistema constitucional possui uma coerência, que deve ser mantida e a atividade de interpretação e resolução destas colisões deve, necessariamente, observar isso.

Finalmente, Alexy (2008) assevera que o princípio da dignidade da pessoa humana passa a falsa impressão de ser absoluto, mas isso se dá pelo fato de direitos fundamentais possuírem características de regra e de princípio, como mencionado alhures. Existe uma série de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza à prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana sobre os demais direitos fundamentais, além do citado princípio pressupor a existência de duas normas: um princípio e uma regra, de modo que não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, devido a sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência, permitindo que a dignidade da pessoa humana possa ser realizada em diferentes medidas<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Segundo Alexy (2008), ao examinar o caso da interceptação telefônica, a Corte Constitucional alemã firmou o entendimento de que nem sempre a dignidade da pessoa humana prevalecerá, dependendo tudo da definição das circunstâncias do caso concreto nas quais o princípio em questão admitirá mitigação, possibilitando, portanto, a realização do sopesamento. Em contrapartida, no caso da prisão perpétua, o Tribunal Constitucional alemão entendeu que a dignidade humana não é violada quando a execução da pena perpétua for necessária em razão da permanente periculosidade do preso. Neste último julgamento prevaleceu a proteção da comunidade estatal em face da proteção da dignidade humana do condenado.



## **6 A RESOLUÇÃO DA COLISÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA OPERACIONALIDADE DO DIREITO PENAL, NOS CASOS DE RÉUS VELHOS<sup>22</sup> E/OU ACOMETIDOS POR DOENÇAS GRAVES, NO STF**

Os julgamentos examinados nos tópicos anteriores possuem em comum os mesmos direitos fundamentais em órbita de colisão: de um lado, condenados com idade para além de 60 (sessenta) anos e portadores de doenças graves invocando o direito à saúde, como reflexo da dignidade da pessoa humana e, do outro, o interesse de toda a sociedade em ver a efetivação do Direito Penal de forma concreta, por meio do cumprimento da sanção penal, na forma legalmente estabelecida. As circunstâncias fáticas que são o pano de fundo para esta colisão entre princípios são as conhecidas dificuldades enfrentadas pelo sistema prisional brasileiro, fator que alicerça o pedido dos condenados de conversão das suas prisões em regime fechado em prisão domiciliar, sob o argumento de que os presídios onde cumprem as suas penas não dispõem de condições para fornecer-lhes o tratamento ou alimentação de que precisam para se manterem saudáveis.

O Relator do Agravo Regimental na Execução Penal nº. 23/DF baseou-se no laudo médico oficial que atestou que não havia necessidade do condenado cumprir a sua pena em casa ou internado em unidade hospitalar, desde que tivesse acompanhamento médico regular, uso contínuo da medicação prescrita e o cumprimento da dieta adequada<sup>23</sup>, de modo que a prisão domiciliar não era a regra geralmente aplicada aos condenados doentes, inexistindo fundamento legítimo para excepcionar aquela situação em especial.

---

<sup>22</sup> Aqui, optou-se por adotar a terminologia “velho”, utilizada pelo professor Paulo Roberto Barbosa Ramos (2003), na obra “A velhice como questão social relevante no Brasil”. De acordo com o autor, a velhice é um fenômeno complexo, pois reúne múltiplos fatores, como a condição econômica, o grau de instrução, a alimentação, as relações familiares, etc., além de guardar especificidades, dentre elas, a principal, que é a constatação de que as necessidades dos velhos mais vulneráveis financeiramente são bem maiores dos que não são tão vulneráveis financeiramente, e o mesmo acontece com os velhos mais relativamente saudáveis e os mais doentes, etc. Ramos (2003) destaca ainda que surgiram uma série de terminologias para denominar as pessoas que atingiram a velhice – fase da vida caracterizada pelo enfraquecimento físico, medo da morte e solidão. Assim, termos como “terceira idade”, “melhor idade”, “pessoa idosa”, entraram em voga, mascarando o fato de que na verdade trata-se de pessoas que acumulam muitos anos, ou seja, velhos. Sob este aspecto, o termo “velho” se mostrou mais adequado, primeiro, por fugir da esteira do “politicamente correto”. Em segundo lugar, porque o conceito de “velho” é o que melhor abrange as especificidades e complexidades deste estrato populacional, enquanto que os termos mais polidos não conseguem abranger todos os velhos, além de contribuírem para a exclusão social da maioria das pessoas desta categoria, ao homogeneizar uma realidade que de forma alguma é assim.

<sup>23</sup> O Ministro ressaltou que a dieta e os medicamentos poderiam ser fornecidos pela família do condenado, caso o Estado não tivesse condições de provê-los.



Por outro lado, no julgamento da medida cautelar no HC Nº. 152.707/DF e nos embargos de declaração opostos contra o deferimento da medida cautelar, o Relator ateve-se apenas à verificação da comprovação da doença grave apresentada<sup>24</sup> pelo condenado, tendo o Ministro esboçado enfrentamento de uma colisão entre princípios apenas no julgamento dos embargos de declaração, limitando-se a firmar que, naquele procedimento de cognição não exauriente, não foi possível vislumbrar a incidência de interesse público capaz de neutralizar a pretensão individual do condenado.

Discutindo os direitos em colisão, socorre-se das lições de Ramos (2002) sobre a velhice, para quem esta é uma fase frágil da vida humana, cuja característica maior é o declínio da força, disposição e aparência<sup>25</sup>. Mesmo com as especificidades inerentes à velhice, pessoas nessa fase da vida ainda permanecem seres humanos e, como Ramos (2002) assevera, são detentores do direito humano fundamental à velhice, “[...] porque expressão do direito à vida com dignidade, direito essencial a todos os seres humanos [...]” (RAMOS, 2002, p. 50). A Constituição Federal estabelece como um dos objetivos fundamentais<sup>26</sup> da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Igualmente, o art. 5º, do texto constitucional reafirma a igualdade formal entre os indivíduos, na medida em que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

O envelhecimento não é um processo socialmente homogêneo, havendo velhos mais vulneráveis que outros. Tal circunstância depende de fatores que determinam a condição de um indivíduo velho, como a situação econômica, o grau de instrução, a alimentação e os vínculos familiares. Nestes termos, Ramos (2002) defende que as garantias constitucionais relacionadas à condição de velho só serão efetivamente concretizadas quando as peculiaridades do envelhecimento da população brasileira forem consideradas. Para tanto, como sustenta o autor,

[...] a concepção segundo a qual as normas constitucionais existem para ter imediata eficácia e aplicabilidade revela-se perfeitamente adequada à condição das pessoas velhas, que não dispõem mais de muito tempo para ver seus direitos respeitados. Interpretações que dificultem o gozo dos direitos fundamentais por essas pessoas representam a própria negação do direito à vida com dignidade [...]. (RAMOS, 2002, p. 75).

<sup>24</sup> O Ministro se satisfaz com a documentação médica apresentada pelos impetrantes e a declaração de que o estabelecimento carcerário não dispunha de condições para manter o paciente.

<sup>25</sup> O autor observa que, inobstante tal característica, a incapacidade ou o comprometimento do processo vital não é uma regra, entretanto, verifica-se que é um fato na maioria dos casos.

<sup>26</sup> Constituição Federal, art. 3º, inc. IV.



Avançando na discussão e adentrando nas questões pertinentes ao sistema penitenciário brasileiro, o próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já reconheceu as dificuldades e precariedade do sistema. Em seu Relatório de Gestão Carcerária, referente ao ano de 2017, o CNJ informou a existência de epidemias de doenças como tuberculose, HIV/Aids e outras DSTs, além da grande maioria dos estabelecimentos prisionais não dispor de condições adequadas para manter reclusos portadores de necessidades especiais. É notório que o sistema carcerário brasileiro, nas atuais condições, é insalubre<sup>27</sup> para qualquer um que se vê inserido nele e, como o próprio CNJ (2017) destaca que o “[...] encarceramento [...] no Brasil acarreta um sério agravo ao direito à vida e à saúde de inúmeros brasileiros [...] é grande a probabilidade de uma pessoa em situação de privação de liberdade morrer, se comparada à situação daqueles que mantêm sua liberdade [...]” (CNJ, 2017, p. 37).

Sobre a colisão de direitos fundamentais em análise, na contramão dos interesses individuais dos condenados, ergue-se o interesse da sociedade na obediência às regras do jogo democrático. Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998) defendem que as regras do jogo democrático também são conhecidas como “*procedimentos universais*” e a sua função é apenas estabelecer como se deve chegar à decisão política, sem determinar o conteúdo desta decisão, tendo como critério a “[...] exclusão das decisões que de qualquer modo contribuiriam para tornar vãs uma ou mais regras do jogo [...]” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 327). Para além disso, os autores frisam que o nível de democracia de um determinado governo se dá pela medida em que as regras do jogo democrático são obedecidas, de certo que “[...] nenhum regime histórico jamais observou inteiramente o ditado de todas estas regras e por isso é lícito falar de regimes mais ou menos democráticos [...]” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 327) e, tomando por base estes parâmetros, pode-se concluir que “[...] um regime que não observa nenhuma [das regras] não é certamente um regime democrático [...]” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 327).

A obediência às regras do jogo democrático está diretamente relacionada ao cumprimento da lei. Trata-se daquilo que Alexy (2008) chamou de operacionalidade do Direito Penal<sup>28</sup>: a certeza de que as leis – elaboradas pelos representantes do povo, como delegação do poder que emana dele – serão observadas, independentemente de quem esteja no

<sup>27</sup> Segundo o CNJ (2017), a taxa de mortalidade por 100 mil habitantes nas prisões é mais de três vezes maior do que na população em geral.

<sup>28</sup> Ao analisar o julgamento sobre a incapacidade do condenado de participar de audiência, devido ao grave risco à sua saúde, Alexy (2008) sopesou o direito à saúde e à vida do réu em contraposição ao interesse coletivo à observância às regras do jogo.





banco dos réus, inclusive por incidência reflexa do próprio princípio da igualdade, constitucionalmente tutelado. Santos (2011) observa que, apesar do texto constitucional sobrelevar a igualdade como garantia, a realidade mostra o contrário do que preconiza a Constituição. Os estudos penais difundem o crime mais pelo estereótipo do criminoso do que por suas causas sociais, reproduzindo a ideia de que a criminalidade é mais enraizada nas estruturas sociais mais baixas, deixando escapar o que autor chama de “a criminalidade dos poderosos” ou “macrocriminalidade”, responsável por fenômenos delitivos como fraude eleitoral, prevaricação, corrupção ou crimes de natureza econômica. Aqueles que incorrem nas referidas condutas delituosas encaixam-se no arquétipo do “homem canalha”<sup>29</sup>, ou seja, aquele que

[...] satisfaz o seu egoísmo às custas de seus semelhantes, sem, no entanto, deixar de ser reputado oficialmente como um homem honrado perante a sociedade. Sua posição social e seus dotes de inteligência e astúcia, que o fazem conhecer os defeitos e lacunas da lei, levam-no a dela abusar, impedindo-o de converter-se em um delinquente, no sentido ordinário que se dá a esta palavra [...]. (SANTOS, 2011, p. 103).

Em sua tese de Doutorado intitulada “O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei nº. 7.492 de 16.06.86)”, Castilho (1996) explica que a seleção dentro do controle jurídico-penal é um fato inquestionável, tanto na criminalização primária quanto na secundária e que, neste último caso, a variável independente mais importante é a posição ocupada pelos indivíduos na escala social: os indivíduos com maiores chances de serem selecionados como criminosos são aqueles mais socialmente desfavorecidos, geralmente apontados pela criminologia como mais propensos ao crime. Esse posicionamento é compartilhado por Santos (2011):

[...] a crua realidade que perpassa o sistema, em relação a acusados que ocupam posição de destaque na sociedade, constatando-se que, em pleno limiar do século XXI, apenas 5% (cinco por cento) dos autores de crimes macrofinanceiros ou de colarinho branco – que mais causam danos à sociedade – são punidos, ficando, por conseguinte, a grande e esmagadora cifra fora da esfera punitiva estatal; ao passo que, sobre a grande parcela da população que comete delitos contra o patrimônio (furto, roubo, apropriação indébita), preferivelmente os pertencentes aos mais baixos estratos, a lei penal recai fragorosamente como um flagelo [...]. (SANTOS, 2011, p. 104).

Foi este o embate principiológico que se apresentou nos julgamentos analisados neste estudo, nos quais duas circunstâncias fáticas: estado de saúde frágil do condenado –

<sup>29</sup> Santos (2011) recorre ao modelo do “homem canalha”, de Benedikt, citado por Pedro Dorado Montero, na obra “Bases para um Nuevo Derecho Penal”. Barcelona: Companhia Anónima de Librería, Publicaciones y Ediciones, 1923, pp. 48-49.



decorrente tanto da idade avançada, quanto da natureza da própria doença – e a impossibilidade do estabelecimento prisional oferecer as condições mínimas necessárias à manutenção da dignidade humana destes condenados. Considerando o resultado dos julgamentos, está-se diante de dois episódios de colisão entre os mesmo princípios, mas em condições fáticas que se mostraram diversas, resultando em possibilidades jurídicas igualmente diversas.

[...] Isso ocorre quando se fala, de um lado, do dever de garantir, na maior medida possível, a operacionalidade do direito penal e, de outro lado, do dever de manter incólume, na maior medida possível, a vida e a integridade física do acusado. Esse deveres devem ser aplicados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização [...]. (ALEXY, 2008, p. 95).

No julgamento do Agravo Regimental na Execução Penal nº. 23/DF, o Ministro Roberto Barroso verificou as condições fáticas consubstanciadas nos laudos médicos oficiais e, apesar dele não ter aplicado explicitamente a teoria de Robert Alexy nessa decisão, vê-se que o indeferimento da pretensão do agravante, sob o fundamento de que a prisão domiciliar não era a regra aplicada aos condenados doentes, se preocupa em acentuar que a saúde do preso estaria assegurada pelo estabelecimento prisional, inclusive com a possibilidade de ajuda de familiares para suprir as necessidades nutricionais quando o Estado não pudesse provê-la. Prevaleceu o tratamento isonômico entre os indivíduos, garantia limitadora do desvirtuamento do benefício da prisão domiciliar humanitária, que só deve ser concedido para assegurar a dignidade da pessoa humana, quando não for possível ao Estado assegurá-la em suas unidades prisionais. O núcleo essencial do direito à saúde do preso não foi desconsiderado, razão pela qual entende-se que a decisão argumentativamente construída pelo STF foi adequada.

Por outro lado, tanto no julgamento da medida cautelar no HC Nº. 152.707/DF, quanto nos embargos de declaração interpostos contra essa decisão, o Relator considerou que o estado de saúde do condenado de 86 (oitenta e seis) anos era grave e o estabelecimento carcerário em que ele se encontrava não possuía condições de abrigá-lo sem comprometer o seu estado de saúde, decidindo com base nos documentos juntados pelos impetrantes, pela concessão de prisão domiciliar humanitária a ele. A omissão do Ministro Dias Toffoli sobre o direito fundamental da sociedade à operacionalidade do Direito Penal, naquele julgamento, em clara colisão com o direito à dignidade da pessoa humana daquele condenado, gerou um vão em sua decisão que seria perfeitamente preenchido, caso o citado Ministro tivesse ponderado que o interesse social no franco cumprimento da legislação penal não pode se



sobrepôr ao princípio da dignidade da pessoa humana. Esse argumento poderia ser estendido, afirmando que não consta do rol de regras do jogo democrático da República Federativa do Brasil o cumprimento de pena sem as mínimas condições necessárias ao exercício da dignidade humana, endossada principalmente pela vedação constitucional de penas cruéis<sup>30</sup>.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria dos direitos fundamentais formulada por Robert Alexy se mostrou precisa na resolução do conflito entre o direito à saúde de condenados idosos e/ou gravemente doentes e o interesse da sociedade na operacionalidade do Direito Penal. O pensamento alexyano, se bem articulado, é capaz de oferecer respostas bastante adequadas ao ordenamento jurídico brasileiro, principalmente se tomarmos a diferenciação entre regras e princípios em aplicação aos direitos fundamentais, espinha dorsal da teoria do autor em estudo.

Ao contrário do que alegam os opositores da doutrina de Alexy, constatou-se ao longo deste trabalho que, a análise das relações de precedência entre princípios colidentes, não é uma simples relativização do Direito, mas um reconhecimento de que os direitos incidem nas relações entre as pessoas de formas e intensidades diferentes, que só podem ser determinadas em face do caso concreto. Isso demanda uma posição proativa do operador do Direito, que deve mostrar o seu raciocínio, criatividade e argumentação.

Da aplicação das lições de Alexy às duas decisões do Supremo Tribunal Federal que foram submetidas à análise de conteúdo, quais sejam, o julgamento do Agravo Regimental na Execução Penal nº. 23/DF e o julgamento da medida cautelar no HC nº. 152.707/DF e dos embargos de declaração interpostos contra a referida decisão, foi possível perceber que o choque entre direitos fundamentais é constante e a mesma colisão pode acontecer repetidas vezes, mas sob circunstâncias fáticas diversas, podendo levar a soluções diversas. São estas condições fáticas, que só o caso concreto pode descortinar, que determinam a resolução da colisão e as suas consequências jurídicas, estabelecendo qual direito prevalece, qual direito cede e as consequências jurídicas no caso concreto.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

<sup>30</sup> Constituição Federal de 1988, art. 5º, inc. XLVII, alínea e.



ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul. 1999. ISSN 2238-5177.

BRASIL. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 04 jul. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: TRIVISONNO, Alexandre Travesoni; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette. (Org.). **Robert Alexy: princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 69-99.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**: Vol. I. 11. ed. Tradução Carmen C. Varriale. Coordenação e tradução João Ferreira. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília, DF: Editora UNB, 1997.

BOROWSKY, Martin. **Las estructuras de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 47-58.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AGR. REG. NA EXEC. PENAL nº. 23/DF**. Brasília, DF: STF, 2014. Disponível em: <[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/EP\\_23\\_DF\\_1419589484593.pdf?Signature=7ElvIzD2TA8PaPAU3NLumV8NtCM%3D&Expires=1532052532&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=3f0a29a5bd0b7e20de3d499b18a766fb](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/EP_23_DF_1419589484593.pdf?Signature=7ElvIzD2TA8PaPAU3NLumV8NtCM%3D&Expires=1532052532&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=3f0a29a5bd0b7e20de3d499b18a766fb)>. Acesso em: 04 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **EMB. DECL. NA MEDIDA CAUTELAR NO HC Nº. 152.707/DF**. Brasília, DF: STF, 2018a. 10 p. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314066159&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC nº. 152.707/DF**. Brasília, DF: STF, 2018b. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314024660&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Notícias do STF**. Brasília, DF: STF, 2013. 2 p. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>>. Acesso em: 06 jul. 2018.

Castilho, Ela Wiecko Volkmer de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492 de 16.06.86)**. 1996. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 1996.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório de Gestão Carcerária**: Supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF. Brasília, DF: CNJ, 2017. 260 p. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2018.



- DW BRASIL. **Filosofia permanecerá sempre indispensável, diz professor Robert Alexy.** [S.l.: s.n.], 2019. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/filosofia-permanecer%C3%A1-sempre-indispens%C3%A1vel-diz-professor-robert-alexey/a-15098328>>. Acesso em: 05 jul. 2018.
- FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia da análise de decisões: MAD. **Univ. JUS**, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza; DESLANDES, Suely Ferreira; GOMES, Romeu. (Org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade.** 28. ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2009.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A velhice como questão social relevante no Brasil. **Informativo Jurídico Consulex**, Brasília, v. 17, n.13, p. 07-08, 2003.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Fundamentos constitucionais do direito à velhice.** Florianópolis, Letras Contemporâneas, 2002.
- RIBEIRO, Henrique Cardoso. **Proporcionalidade e argumentação: a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 193-247.
- SÁNCHEZ, Miguel Carbonell. Los derechos fundamentales en América Latina: Una perspectiva neoconstitucionalista. **Derecho y Humanidades**, n. 18, 2011, p. 51-71.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009.
- SANTOS, Admaldo Cesário dos. **Ideologia Punitiva e intervenção estatal: uma crítica ao sistema penal a partir das finalidades da pena.** Núria Fabris Ed., Porto Alegre, 2011.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 31. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, 2002, p. 23-50.
- YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos.** Trad. Daniel Grassi. 2. ed. Porto Alegre: Editora Bookman, 2001.