

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

CLERILEI APARECIDA BIER

EID BADR

JULIA MAURMANN XIMENES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos sociais e políticas públicas[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Clerilei Aparecida Bier, Eid Badr, Julia Maurmann Ximenes – Florianópolis:
CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-053-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito sociais. 3. Políticas públicas. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Apresentação

O nosso trabalho consistiu em acolher por meio dos critérios de avaliação científica quinze estudos apresentados, do total de trinta e cinco, no Grupo de Trabalho de Direitos Sociais e Políticas Públicas do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na cidade de Aracaju SE. Admitidos à apresentação após escolha por avaliadores dentre diversos outros artigos submetidos, os estudos também passaram pelo crivo do mencionado Grupo de Trabalho, em intensos debates entre os autores, outros participantes do evento e os coordenadores deste livro. As questões fundamentais relativas aos direitos sociais e as correspondentes políticas públicas, como a normatização, judicialização e os deveres do Estado, nas suas diversas esferas de poder, aparecem fortemente vinculados naquelas reflexões, e, por conseguinte, nos estudos aqui organizados.

Com efeito, registramos o nosso agradecimento à Diretoria do CONPEDI e à Universidade Federal da Sergipe que possibilitaram as condições ideais para reflexão sobre os relevantes temas mencionados, que ora resultam na presente publicação com as mais relevantes conclusões sobre os debates e pesquisas realizadas.

A relevância dos eventos nacionais e suas correspondentes publicações, sem falar na sua experiência de internacionalização, confirmam o fato de que o CONPEDI se constitui no fórum mais importante da pós-graduação stricto sensu em Direito no Brasil.

A presente obra agrupa os artigos científicos apresentados em três eixos temáticos.

O primeiro eixo temático aglutina pesquisas que dialogam com questões mais conceituais sobre os direitos sociais, sua fundamentalidade, efetivação e seus desdobramentos em políticas públicas específicas. Assim, questões sobre a efetivação do direito ao trabalho digno, a responsabilidade dos gestores públicos, ações formativas e a situação de imigrantes no Brasil.

O segundo eixo temático aborda dois direitos sociais específicos: o direito à saúde e o direito à moradia. No primeiro predominam pesquisas sobre o papel do Poder Judiciário na sua efetivação, uma discussão que aborda ainda questões orçamentárias e de planejamento, e a

ponderação de princípios . No tocante à moradia, pesquisas sobre o lazer, função social da propriedade, e as possibilidades de efetivação do direito à moradia para populações de baixa renda, permeando ainda discussões sobre a municipalidade e políticas públicas habitacionais.

No último eixo temático, o direito à educação e à assistência social, bem como temas correlatos ao debate sobre a inclusão social. Assim, análises sobre os custos da efetivação do direito à educação, sobre políticas públicas específicas como PROUNI, educação ambiental e Programa Banda Larga. Importante salientar que o debate permeou o papel da qualidade da educação para a emancipação dos sujeitos de direitos e assim o exercício da plena cidadania. Neste sentido pesquisas sobre o papel das ações afirmativas e dos impactos do Estatuto da Igualdade Racial. E para finalizar, o debate sobre educação afirma a responsabilidade do Estado com a inclusão social, e neste sentido pesquisadores apresentaram reflexões sobre as políticas de assistência social.

Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC/CONPEDI

Prof. Dr. Eid Badr - UEA/ OAB/ CONPEDI

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP/CONPEDI

O DIREITO À SAÚDE DO PRESO NÃO FUMANTE

THE RIGHTS TO HEALTH OF NON-SMOKER PRISONERS

Fernando Navarro Vince
Zulmar Antonio Fachin

Resumo

O presente artigo aborda o direito à saúde do preso não fumante diante das recentes normas antitabagistas editadas em nosso país. Em dezembro de 2014, entrou em vigor o Decreto nº 8.262/2014, que regulamenta a Lei nº9294/96 e estabelece novas regras sobre a comercialização, a publicidade e o consumo de cigarros no Brasil. Dentre os pontos principais do referido ato normativo, destaca-se a proibição do fumo em locais públicos fechados ou parcialmente fechados. Com essa iniciativa legislativa, o Poder Público pretende proteger a população do fumo passivo e contribuir para a diminuição do tabagismo. Os órgãos de vigilância sanitária irão fiscalizar o cumprimento da ordem, entretanto, o controle recairá sobre os estabelecimentos coletivos e não sobre os fumantes. Vale dizer que, quem será punido em caso de desrespeito será o responsável pelo recinto onde foi produzida a fumaça. O dispositivo legal elenca alguns locais onde excepcionalmente o tabaco é liberado, porém, as prisões não estão dentro destas hipóteses, mas sabe-se que, na realidade, os detentos, com anuência tácita da Administração Pública, estão fumando livremente nas celas espalhadas pelo território nacional. De caráter bibliográfico, esta pesquisa pretende, frente a esse quadro insólito de descumprimento da lei por quem a fez, examinar o direito à saúde do preso não fumante, analisar a legitimidade da restrição do direito de fumar imposta pelo comando legal, investigar se a ausência de fiscalização ofende o Estado de Direito e inquirir se existe responsabilidade do Estado nos casos de dano ao encarcerado que não fuma.

Palavras-chave: Direito à saúde, Integridade física do preso, Leis antitabagistas, Restrição a direitos fundamentais.

Abstract/Resumen/Résumé

This article addresses the right to health of the non-smoker prisoner towards the anti-smoking rules that were passed in our country. In December 2011, Decree No. 8,262 / 2014, which regulates Law nº9294 / 96 and establishes new rules for the marketing, advertising and cigarette consumption in Brazil came into effect. Among the main points of this normative act, there is a ban on smoking in enclosed or partially enclosed public places. With this legislative initiative, the Government intends to protect the public from secondhand smoke and contribute to the reduction of smoking. Health authorities will enforce the law, however, it will be the collective establishments that will be controlled and not smokers themselves. That is, who will be punished for non-compliance will be people responsible for the premises where the smoke was produced. The legal provision lists some places where exceptionally

tobacco is released. Prisons are not within these hypotheses, but it is known that, actually, prisoners, with tacit approval of the Public Administration, are smoking freely in the cells over the country. Given this unusual scenario of law being broken by those who should enforce it, this work is intended to analyze the right to health of the non-smokers prisoners, analyze the legitimacy of the restriction of the right to smoke imposed by the legal command, to investigate whether lack of enforcement offends the Rule of Law and inquire whether there is State liability in cases of damage to the health of the inmates not smoke.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Physical integrity of the prisoner, Smoke-free laws, Restriction of fundamental rights.

INTRODUÇÃO

O tabagismo se tornou um problema de saúde pública em todo o mundo. Em nosso país não é diferente. Preocupado com essa situação, o Governo editou nos últimos anos, atos normativos que buscam proteger a população do fumo passivo e contribuir para diminuição do consumo de cigarro. A mais recente regra, o Decreto nº 8.262/2014, proibiu o fumo em recintos coletivos fechados e parcialmente fechados. No entanto, nas prisões espalhadas pelo Brasil, os detentos, ao arrepio da lei, continuam fumando com frequência absoluta. O quadro que se apresenta é esse, o Poder Público criou uma norma para cuidar do bem-estar de seus cidadãos e prevenir doenças oriundas da exposição à fumaça, mas, em flagrante ofensa aos princípios do Estado de Direito, não a cumpre, e deixa a enorme e invisível massa carcerária nacional, privada do direito fundamental à saúde.

Em face dessa situação anômala, buscou-se com o estudo, abordar a questão do direito à saúde do preso não fumante, considerando de forma específica, a legitimidade da restrição ao direito de fumar contida na Lei, as conseqüências jurídicas oriundas da omissão estatal representada pela ausência fiscalização e a responsabilidade civil da Administração Pública nos casos de dano à integridade física do segregado não viciado em nicotina.

Para melhor compreensão do assunto e organização lógica das ideias, foi essencial para o desenvolvimento do ensaio, o enfrentamento de temas correlatos como: malefícios do tabagismo, Decreto nº 8.262/2014, limitação de direitos fundamentais, ponderação como técnica de solução de conflitos de liberdades públicas, princípio da proporcionalidade e direito das minorias. Essa abordagem temática reflexa aconteceu dentro dos cinco capítulos que o artigo contempla.

A metodologia utilizada foi a de análise bibliográfica realizada por meio de levantamento doutrinário, com o escopo de estabelecer uma discussão objetiva sobre a preservação do direito constitucional à integridade física do condenado, bem como a atuação do Poder Político na concretização desse preceito essencial. Também serviram de esteio à realização do trabalho, a última norma jurídica antifumo e algumas decisões dos Tribunais Superiores que guardam afinidade com o tema.

A investigação proposta justificou-se face à atualidade do assunto (O Decreto nº 8.262 entrou em vigor em dezembro de 2014) e também pela universalidade do tema (direitos fundamentais, Estado de Direito, responsabilidade extracontratual). Outro fato que ampara a realização da pesquisa, é que ainda não se examinou com o cuidado necessário, as repercussões fáticas e jurídicas que a vigência do dispositivo legal produzirá no meio social, notadamente os reflexos produzidos na população carcerária sob guarda estatal.

Sem a pretensão inatingível de trazer uma resposta definitiva, o artigo deve contribuir com a evolução do debate sobre a dignidade humana do preso e a obrigatoriedade do Poder Político se submeter às suas próprias leis.

No primeiro capítulo, foi abordado de forma objetiva o direito à saúde do preso. Pela proximidade com assunto, também teve relevo nessa parte do texto, os malefícios do tabaco e seu enquadramento hodierno como questão de saúde pública. No segundo capítulo, os aspectos relevantes do comando normativo que ampara a presente discussão foram apreciados. Buscou-se com isso, além de proporcionar o acesso básico dos termos da lei, identificar e transparecer o pensamento e a intenção do legislador. O terceiro capítulo começou explorando o conflito entre direitos fundamentais (liberdade do fumante e o direito à saúde do não fumante) e terminou concluindo se a limitação contida no decreto normativo é legítima ou não. No quarto capítulo, verificou-se se a conduta da Administração Pública, em permitir o fumo em ambiente fechado sob a sua responsabilidade, afronta ou não o Estado Democrático de Direito. Em arremate, veio o quinto capítulo que averiguou se o Estado é responsável pelos danos experimentados pelo encarcerado que não faz uso do cigarro, mas é obrigado a conviver com a inconveniente e prejudicial fumaça expelida.

1 O DIREITO À SAUDE DO PRESO NÃO FUMANTE

A saúde é um preceito social fundamental previsto especialmente nos artigo 6º e 196 da Constituição Federal de 1988, que decorre logicamente dos dois principais direitos do ser humano, a vida e a existência digna. Essa constitucionalização, como assevera Alarcon (2004), é expressão da dimensão jurídica que adquire a ordem social em uma época em que a subjetivação, vincula-se a uma positivação e uma disciplina sistemática de direitos que revelam um compromisso com a procura de um efetivo Estado Democrático de Direito.

Incluído no rol de direitos denominados de segunda dimensão, essa prerrogativa constitucional caracteriza-se por outorgar ao indivíduo acesso a prestações estatais, revelando-se como transição entre as liberdades formais abstratas para liberdades materiais concretas. (SARLET 2012). Dispõe então, o direito humano supracitado, de uma dúplici vertente, sendo a primeira negativa ou omissiva, nas quais o Estado deve abster-se de práticas que prejudiquem à saúde do cidadão, e a segunda, positiva ou comissiva, que impõe ao Governo a adoção de ações que visem garantir o antevisto direito social.

Como se observa, incumbe ao ente estatal a implementação de políticas públicas que proporcione a pessoa o mínimo de bem-estar. Por outras palavras, a efetividade e concretização do direito à saúde depende da vontade política dos dirigentes e da atuação proativa da Administração Pública.

Consoante lição de Canotilho: "as normas de direitos fundamentais à prestação são, em rigor, normas programáticas, isto é: regras juridicamente vinculativas que podem obrigar a uma 'política' ativa, sem, contudo, fundamentarem pretensões de prestação subjetivas". (1994, p 26.)

Sem adentrar na efervescente discussão sobre a efetivação dos direitos prestacionais, vez que o foco do presente artigo não é exatamente este, tem-se que, uma interpretação sistemática da Lei Fundamental, que prestigia a principiologia, leva ao entendimento de que o bem-estar, na qualidade valor fundamental, é uma prerrogativa inserida no espaço existencial do homem, independentemente de sua exequibilidade imediata. (ALARCON 2004)

Não obstante, frente à envergadura do preceito constitucional *sub examine*, recai sobre o Poder Político o ônus de criar programas assistenciais e desenvolver mecanismos para salvaguardar a integridade física da população, diminuindo a incidência de doenças e proporcionando o acesso total às ações de saúde.

Destarte, extrai-se do comando legal que o respeito à higidez física é um direito do indivíduo e um dever do Estado, pois, sem saúde, a dignidade e a vida, são ofertadas pela metade, o que se perfaz inconcebível e intolerável perante a atual posição que esse considerável postulado ocupa na moderna escala valorativa normativa. O cidadão-presos, assim como o cidadão-livre, também tem direito à saúde, pois a reclusão não lhe retira, de forma alguma, a condição humana.

Ao ser recolhido o apenado é destituído de sua liberdade, mas conserva os direitos fundamentais compatíveis com o estado de segregação, como por exemplo: o direito de não ser torturado (art. 5º, inciso III) direito de propriedade (art. 5º inciso XXII), liberdade religiosa (art. 5º, inciso VI), dentre outros. (FACHIN 2013). Escrito de maneira diferente, o cárcere não ceifa do recluso seus benefícios básicos, desde que esses estejam em plena sintonia com regime fechado.

Oportuno é realçar nesse instante que os objetivos da pena mudaram no decorrer dos tempos. Houve uma evolução do contexto histórico e hodiernamente a punição não visa somente a retribuição do mal praticado e a prevenção de outros delitos. Diante da nova filosofia criminal, implantada especialmente nos governos democráticos, a condenação ultrapassa esses dois limites e atua como instrumento de ressocialização do condenado, pois, a execução da sanção deve reeducar o criminoso e prepará-lo para a reinserção na sociedade. Embora pareça uma utopia, mormente em países de modernidade tardia como o Brasil (STRECK 2002), a execução da sentença condenatória não poderá ofender a dignidade humana do recluso.

Logo, pela total compatibilidade entre o direito à saúde e a condição prisional, o segregado mantém intacta e inatingível a sua integridade física, haja vista que, se os indivíduos livres têm o privilégio legal de um ambiente isento de fumaça, os reclusos também a possuem.

Por estreita relação com a matéria versada, convém a transcrição de algumas palavras sobre o tabagismo.

É de conhecimento notório que o cigarro faz mal à saúde. Porém, pelo fato dessa doença atingir uma parcela significativa da população e ser a causa predominante do aparecimento de outras enfermidades, nota-se que nos últimos anos, ela deixou de ser considerada apenas mais uma moléstia e se tornou um grave problema de saúde pública.

Segundo o Centro de Referência de Álcool, Tabaco e outras drogas da Secretaria de Saúde do estado de São Paulo, o cigarro é o único produto legalmente comercializado que

mata 50% dos seus consumidores¹ Ainda de acordo com os dados desse órgão público, em média, um tabagista perde 20 anos de vida pelo uso habitual da nicotina. E, por ser fator de risco para mais de cinquenta doenças, das 1,3 bilhão de pessoas que fumam no mundo, a metade morrerá, entre 35 e 69 anos. Além das mortes, o fumo é responsável por outros problemas de saúde, sendo-lhe creditado o desenvolvimento das duas maiores causas de falecimento por enfermidades em todo o mundo: doenças cardiovasculares e o câncer.

A preocupação com o tabaco é tanta que a Organização Mundial da Saúde (OMS), o considera uma das mais graves mazelas da era contemporânea, constituindo uma ameaça real e relevante à saúde da população. Estima-se que nas próximas décadas matará mais do que a soma de mortes provocadas pela AIDS, acidentes de trânsito, alcoolismo, drogas ilegais, homicídios, suicídios e tuberculose².

Por isso, resta evidenciado que o cigarro não pode mais ser considerado um simples fenômeno social ou um hábito prejudicial ao bem-estar das pessoas. Devido ao elevado número de usuários e às consequências nocivas advindas de seu uso contínuo, passou a ser motivo de preocupação dos órgãos públicos responsáveis pela oferta e manutenção da saúde.

Não se pode olvidar ainda que os malefícios do fumo atingem também quem não fuma. De acordo com o Instituto Nacional do Câncer, fumantes passivos têm um risco 30% maior de contrair câncer de pulmão e 24% maior de infarto do coração do que os não-fumantes³. Números da OMS também indicam que aproximadamente dois bilhões de pessoas são vítimas indiretas do tabaco, sendo que destas, 700 milhões são crianças, que sofrem com maior incidência de bronquites, pneumonia e infecções de ouvido, entre outras doenças.⁴ Quem convive com fumante em ambientes fechados tem o dobro de chance de ficarem doente, se comparadas aos não-fumantes que respiram ar puro diariamente.

Outro considerável argumento que escora o combate ao fumo e justifica desenvolvimento de programas sanitários nesse sentido é o impacto econômico que as

¹ <http://www.leiantifumo.sp.gov.br/males_saibamais.php>. Acesso em 14.12.2014

² <<http://www.saude.sp.gov.br/cratod-centro-de-referencia-de-alcool-tabaco-e-outras-drogas/tabaco/maleficios-a-saude>>. Acesso em 14.12.2014

³ <<http://www.brasil.gov.br/@search?Subject%3Alist=Fumante>>. Acesso em 14.12.2014

⁴ <<http://www.brasil.gov.br/saude/2011/05/males-do-fumo-passivo>>. Acesso em 14.12.2014

doenças relacionadas ao tabaco representam para o Sistema Único de Saúde. Conforme pesquisa realizada pela Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), os custos totais atribuíveis ao tabagismo no Brasil, em um ano, ultrapassaram os R\$ 330 milhões para pacientes com 35 anos ou mais⁵.

Assim, observa-se que o Estado tem motivos expressivos para se preocupar e conter o avanço do cigarro. A implementação de políticas públicas, monitoramento epidemiológico do uso do tabaco, conscientização da população, são algumas hipóteses para concretizar o necessário enfrentamento. De outro norte, a criação de leis que determinam ambientes livres do tabaco também aparecem como alternativa para coibir o consumo de tabaco e vem sendo adotada pelo Governo brasileiro por meio de produção normas antitabagistas que proíbem ou restringem o consumo da nicotina. A seguir analisa-se a mais nova delas, o Decreto nº 8.262/2014.

2 ALGUNS ASPECTOS RELEVANTES DO DECRETO Nº8.262/2014

Em dezembro de 2014 entrou o vigor o Decreto nº 8.262/2014⁶, que tem por objetivo regulamentar a Lei nº 9.294/1996⁷, denominada Lei Antifumo. Este contemporâneo ato normativo, cria novas regras sobre o uso, sobre a comercialização e a publicidade de cigarros no território nacional e tem como destaques os seguintes pontos: a extinção dos fumódromos (ambientes coletivos fechados destinados a fumantes); a restrição da propaganda de cigarros cigarrilhas, charutos, chachimbos, narguilé ou outro produto fumígeno derivado ou não de tabaco; a proibição de fumar em local público ou privado de uso coletivo, total ou parcialmente fechado.

Os objetivos primordiais do dispositivo legal são proteger a população do fumo passivo e contribuir para diminuição do tabagismo e caberá as agências sanitárias dos Estados e Municípios fiscalizar o cumprimento da norma. Uma peculiaridade que merece ser

⁵<<http://www.agencia.fiocruz.br/pesquisa-calcula-o-custo-econômico-de-doenças-relacionadas-ao-tabagismo>>. Acesso em 14.12.2014

⁶ BRASIL. Decreto Nº 8.262, de 31 de maio de 2014

⁷ BRASIL. Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996.

salientada é que as sanções previstas serão endereçadas aos estabelecimentos coletivos e não os fumantes. Com isso, se alguém fumar dentro de ambiente fechado, a punição não recairá sobre ele, mas sim sobre o responsável pelo local.

Nos termos do § 2º do art. 3º do Decreto nº 8.262, excluem-se da proibição os seguintes ambientes: I - locais de cultos religiosos de cujos rituais o uso do produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, faça parte; II - estabelecimentos destinados especificamente à comercialização de produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco, desde que essa condição esteja anunciada, de forma clara, na entrada, e desde que em local reservado para a experimentação de produtos dotados de condições de isolamento, ventilação ou exaustão do ar que impeçam a contaminação dos demais ambientes; III - estúdios e locais de filmagem ou gravação de produções audiovisuais, quando necessário à produção da obra; IV - locais destinados à pesquisa e ao desenvolvimento de produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco; e, V - instituições de tratamento da saúde que tenham pacientes autorizados a fumar pelo médico que os assista.

Ao apreciar o que diz o texto legal, pode-se notar expressamente que as prisões não estão inseridas nas hipóteses que o tabaco é permitido. Todavia, não é isso que se vê na realidade. É de conhecimento geral que praticamente em todas as celas existentes no Sistema Prisional Nacional, os detidos, contrariando o que diz o ordenamento, estão fumando à vontade, sem qualquer espécie de fiscalização, controle ou repreensão.

Feitas essas avaliações sobre o direito à saúde (capítulo 1) e sobre a nova norma tabagista (capítulo 2), passa-se agora aos questionamentos principais do presente estudo.

3 A LEGITIMIDADE DA RESTRIÇÃO A LIBERDADE DE FUMAR CONTIDA NO DECRETO Nº8.262/2014

Para inquirir se a limitação contida no Decreto nº8262 é oportuna ou não, são necessárias, inicialmente, algumas linhas sobre o conflito de direitos fundamentais ora perpetrado: liberdade do fumante *versus* direito à saúde do não fumante.

Apesar de o tabaco ser um dos vilões da vida contemporânea, sua produção e o seu consumo são permitidos pela lei, ou seja, o cigarro é droga lícita à luz do art. 5.º, inc. II, da CRFB. Dessa premissa, conclui-se de antemão que, diante do princípio da legalidade, o direito de fumar pode até ser disciplinado, mas jamais poderá ocorrer a supressão ou aniquilação total do seu exercício, a pretexto de discipliná-lo. (SAMPAIO 2007). Portanto, essa liberdade individual somente poder ser restringida por outra de igual quilate, escrito de outra maneira, um direito humano somente admite limitação por outro de idêntica equivalência axiológica.

Com efeito, exatamente esse é o espírito do legislador infraconstitucional plasmado no art.1º da Lei nº 9.294/96⁸, donde se enxerga com facilidade que a relativização da liberdade dos fumantes ocorre exclusivamente em nome da saúde dos não fumantes. O direito de fumar entra em conflito com o direito de não ter a saúde afetada pela fumaça do cigarro. Quem não fuma, não é obrigado a conviver com o cigarro e ter sua integridade física prejudicada.

Estabelecido o embate, apresenta-se abaixo, a sugestão de solução.

Os direitos fundamentais, devido à sua alta carga valorativa, têm a natureza jurídica de princípios. De forma mais direta e simples, para o direito, eles são considerados princípios. (VALE 2009) Sobre o tema, é oportuno transcrever a lição de Robert Alexy em sua obra *Teoria de Los Derechos Fundamentales*:

Princípios são normas que ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de serem cumpridos em diferentes graus e que medida devida ao seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. (1997, p.86)

Nesse diapasão, destacando a relevância da espécie normativa, Paulo Bonavides (2009) nos ensina que os princípios, uma vez constitucionalizados, constituem a chave de todo o sistema normativo, se tornando, inclusive fundamento de legitimidade do ordenamento jurídico positivo.

⁸ BRASIL. Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, Art. 1º: O uso e a propaganda de produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco, de bebidas alcoólicas, de medicamentos e terapias e de defensivos agrícolas estão sujeitos às restrições e condições estabelecidas por esta Lei, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal.

Devido à equivalência hierárquica, quando os princípios constitucionais entram em rota de colisão, os métodos tradicionais de interpretação são insuficientes para resolver a questão. Nesse caso, a subsunção se torna imprestável a equacionar o problema, restando ao aplicador do direito socorrer-se da técnica da ponderação. (BARROSO 2009)

Ainda de acordo com o Ministro Barroso (2009), a ponderação engloba um processo que detém três etapas, a saber: a) identificar as normas conflitantes e verificar a impossibilidade de solução através da subsunção; b) examinar os fatos concretos e suas circunstâncias e sua interação com os elementos normativos; c) decidir quão intensamente as normas e a solução por ela indicada deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é, se é possível graduar a intensidade da solução escolhida.

Esse processo de interpretação a ser realizado pelo aplicador do direito, tem como estrela-guia o postulado da proporcionalidade, considerado em seus três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade. (ALEXY 1997). Adequação: compreende a compatibilidade entre o fim e o meio. Devem ser utilizadas medidas apropriadas para alcançar a finalidade prevista no mandamento. A restrição do valor fundamental deve ser apropriada para atingir o fim perseguido. Necessidade: exige que a decisão seja a que produz menor prejuízo para o cidadão e para a coletividade, não podendo ser excessiva nem tão pouco insuficiente. Nem de mais nem de menos. Proporcionalidade em sentido estrito: relaciona-se diretamente com a ponderação, pois, determina avaliação, sopezamento, análise das vantagens e desvantagens que a medida trará, os prós e os contras. O conteúdo valorativo protegido tem que ser maior que o direito restringido. A vantagem alcançada deve ser maior que a prerrogativa sacrificada (SILVA 2002)

Para contribuir com a discussão, é pertinente ainda citar as palavras de Alexy:

“O princípio da proporcionalidade pede que colisões de direitos fundamentais sejam solucionadas por ponderação. A teoria dos princípios pode mostrar que se trata, na ponderação, de uma estrutura racional de argumentar jurídico-constitucional. Mas ela também torna claro que a ponderação deve ser assentada em uma teoria da jurisdição constitucional, se ponderação deve desenvolver plenamente o seu potencial de racionalidade”. (2008, p. 9)

Discorrendo sobre a necessidade de ponderação para resolver o confronto de direitos humanos positivados, Daniel Sarmiento (2004), com propriedade adverte:

A questão não é singela, mas entendemos que, diante da complexidade dos conflitos constitucionais, sobretudo os que se estabelecem no quadro de constituições

compromissórias como a brasileira assentadas sobre bases pluralistas, contendo princípios e diretrizes normativas não convergentes, não há como prescindir da ponderação de interesses. Por mais elaborados que sejam, os juízos de adequação não são suficientes para equacionar todas as tensões entre princípios constitucionais, pois em certas situações mais difíceis o intérprete será levado à conclusão de que dois princípios são igualmente adequados para incidir sobre determinado caso, e terá então de buscar um ponto de equilíbrio; uma solução que, à luz das circunstâncias concretas, sacrifique o mínimo possível cada um dos interesses salvaguardados pelos princípios em confronto, pautando-se pela proporcionalidade e tendo como bússola a axiologia constitucional. Para minimizar os riscos de incerteza e decisionismo na ponderação, importa valorizar a argumentação jurídica e ampliar o controle social sobre a fundamentação das decisões judiciais nos hard cases constitucionais. Isto, se não elimina completamente o subjetivismo na ponderação, pelo menos poderá cingi-lo a limites mais aceitáveis para o Estado de Direito. (2004, p.87)

Na hipótese vertente, vislumbra-se com evidência solar, que a restrição à liberdade do fumante em prol do direito à saúde do não fumante é legítima, à medida em que, após um exame valorativo, atendendo-se aos princípios e subprincípios (proporcionalidade, adequação e necessidade), sem extermínio ou aniquilação do direito de fumar, concluiu-se, sem excesso, que a integridade física da pessoa deve prevalecer.

4 A AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO E A OFENSA AO ESTADO DE DIREITO

Entende-se por Estado de Direito, aquele que, livremente estabelecido com base na lei, por ela regula todas as suas decisões. (REALE 2000) No mesmo rumo são ensinamentos do mestre lusitano Canotilho:

O Direito curva o poder, colocando-o sob o império do direito. Sob o ponto de vista prático, isso quer dizer que o Estado, os poderes locais e regionais, os órgãos, funcionários ou agentes dos poderes públicos devem observar, respeitar e cumprir as normas jurídicas em vigor, tal como o devem fazer os particulares (CANOTILHO, 1999, p. 49).

Da opinião dos preditos estudiosos, pode-se aferir que a essência do Estado Jurídico é a submissão do próprio poder à lei. Essa subordinação diminui a força do Governo em benefício das garantias dos cidadãos. Como asseverou John Adams, discorrendo sobre a Constituição americana, numa expressão já histórica: “O governo da lei, e não o governo dos homens.” (BONAVIDES 2011)

Partindo dessas premissas doutrinárias, certifica-se que essa modalidade de governo irá definir e respeitar o limite de sua atividade através do respeito às normas jurídicas, seja a fronteira de atividade, seja a esfera da liberdade dos indivíduos. (SUNDFELD 2012).

Por conseguinte, oportuna também se faz a ideia de Norberto Bobbio sobre o assunto:

Primeiro liberal, no qual os indivíduos que reivindicam o poder soberano são apenas uma parte da sociedade; depois democrático, no qual são potencialmente todos a fazer tal reivindicação; e, finalmente, social, no qual os indivíduos, todos transformados em soberanos sem distinções de classe, reivindicam – além dos direitos de liberdade – também os direitos sociais, que são igualmente direitos do indivíduo: o Estado dos cidadãos, que não são mais somente os burgueses, nem os cidadãos de que fala Aristóteles no início do Livro III da Política, definidos como aqueles que podem ter acesso aos cargos públicos, e que, quando excluídos os escravos e estrangeiros, mesmo numa democracia, são uma minoria (BOBBIO, 1992, p. 100).

Seguindo por essa trilha de raciocínio, percebe-se que a omissão governamental em permitir o consumo de cigarro dentro das celas, abala os pilares do Estado Democrático de Direito de variadas formas, mas principalmente sob três aspectos: pela não submissão do Estado à lei, pela ofensa a dignidade e a integridade física do preso e pelo desrespeito aos direitos das minorias.

Em primeira análise, forçoso reconhecer que, não existe Estado de Direito quando o próprio Poder Político não obedece a regra jurídica que ele mesmo editou. Não se submeter à lei representa uma exceção ilegítima, que permite ao ente público se situar num espaço inviolável, inatingível, imune as sanções prescrições normativas. O Estado receberá um salvo conduto para não cumprir a regra, ou seja, será instaurada uma proteção excepcional e inconcebível juridicamente. A prescrição legal valerá para os cidadãos, mas não terá efeito para o governante, não pode. A impunidade oficial é incompatível com as prescrições e princípios do Governo que se diz das leis.

Num segundo instante, comprova-se que o comportamento negativo da Administração traduzido pela abstenção fiscalizatória, afrontará preceitos constitucionalmente consagrados como a dignidade e integridade física do detento. De acordo com o exposto acima, apesar de estar preso, o cidadão conserva os direitos compatíveis com a situação de segregação e tem a garantia de que esses direitos servirão como proteção contra a interferência ilegítima do Estado.

Por expressar os bens mais relevantes para a sociedade, os direitos fundamentais, através de sua dimensão objetiva, indicam os valores que servirão de base para a construção do ordenamento jurídico e atuarão como regras de competência negativa para o Poder Público. Isto significa que o conteúdo axiológico que se irradia destes postulados vinculam todo o sistema jurídico e retiram do governante a possibilidade de atuar de forma atentatória aos objetivos protetivos contidos nos referidos preceitos primordiais. Portanto, tem-se que, ao consentir o consumo de cigarro no interior das celas, o Poder Público desconsidera os direitos humanos dos presos e estremece a legalidade do Estado.

Em terceiro lugar, constata-se que a discriminação oficial ofende os direitos da minoria carcerária, comportamento esse inadmissível e intolerável face à promessa de efetivação dos valores democráticos contida na Lei Fundamental. A desatenção aos grupos minoritários, fere de morte o espírito democrático e por consequência invariável, afronta o princípio da igualdade, postulado eleito pelo legislador como objetivo fundamental da República e que obriga o Governo a admitir, respeitar e proteger as diferenças. A discriminação somente deve ser aceita para minimizar as desigualdades, nunca o contrário!

Nesse sentido, esclarecedora é a lição de Ferrajoli:

“Uma Constituição não serve para representar a vontade comum de um povo, mas para garantir os direitos de todos; inclusive diante da vontade popular. Sua função não é expressar a existência de um demos, ou seja, de uma homogeneidade cultural, identidade coletiva ou coesão social, mas, ao contrário, a de garantir através ordinárias, e as opções de governo, não reside no consenso da maioria, mas em um valor muito mais importante e prévio: a igualdade de todos nas liberdades fundamentais e nos direitos sociais, ou seja, em direitos vitais conferidos a todos, como limites e vínculos, precisamente, face às leis e aos atos de governo expressados nas contingentes maiorias”. (FERRAJOLI, 2005. p. 28).

O respeito ao direito das minorias decorre dos valores democráticos sediados na Carta Política e a sua desconsideração afeta, sem equívoco, o Estado de Direito.

Por essas razões, chega-se ao resultado de que, ao aceitar que os presos fumem dentro de ambientes fechado sob a sua custódia, o Poder Público ofende o Estado de Direito especialmente por três motivos: não se sujeitar a lei, ignorar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e desrespeitar o direito das minorias.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELO DANO À SAÚDE DO PRESO NÃO FUMANTE

Como dispõe a Constituição Federal de 1988, Título II, Dos direitos e garantias constitucionais, art. 5º, inciso XLIX, é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral, cabendo ao Estado a obrigação de zelar pela saúde dos encarcerados sob a sua guarda. Dessa previsão, brota o dever indelével do administrador de manter vigilância constante e eficiente, assim como tratamento adequado à saúde física e mental dos aprisionados.

Apesar da concretização desse direito subjetivo estar muito distante da realidade no Brasil, não se pode ignorar que o *status* constitucional da prescrição lhe atribui força normativa a conformar toda e qualquer ação neste sentido. A efetivação, embora pareça utopia, deve sempre ser buscada, seja pela Administração Pública, seja pelo judiciário, sob pena da nossa Lei Maior não passar apenas de uma folha de papel. (LASSALE 2002)

A obrigação do Poder Estatal de cuidar da incolumidade física e moral do preso atrai a responsabilidade indenitária no caso de prejuízo proveniente de sua ação ilícita. Nos termos já mencionados, o chamado fumo passivo é prejudicial, pois, através dele os malefícios do cigarro estendem-se aqueles que não fumam. Pior, além ter que aspirar a fumaça primária, aquela que o fumante expele no ambiente depois de uma tragada, ele engole também a secundária, proveniente da própria queima do cigarro. Portanto, por lhe prejudicar a higidez corporal, o detento que não fuma não deve ser obrigado a conviver em recinto fechado com a fumaça produzida por outro.

É atribuição do Estado, independente da Lei Antifumo, preservar a saúde dos indivíduos sob sua guarda. E, mesmo se não fosse editada a norma antitabagista, o ônus constitucional de zelar pela integridade física do encarcerado, forçaria a administração do estabelecimento prisional a impedir o contato do custodiado com a fumaça, pois o respeito à saúde, compreende a convivência isenta de fumaça. Em razão disso, ao permitir a intoxicação pelo tabaco, o Poder Público está praticando um ato ilícito que o submeterá a obrigação de indenizar, caso se verifique que essa atitude omissa acarrete danos.

Celso Antonio Bandeira de Mello, ilustre publicista, ensina que a noção de responsabilidade extracontratual do Estado é uma consequência lógica inevitável da ideia de

Estado de Direito e “a trabalhar-se com categorias puramente racionais, dedutivas, a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito.” (2011, pág. 1015)

Nesse sentido, a possibilidade de reparação surge incontestemente. Aliás, os Tribunais Superiores já consolidaram o entendimento de que nos casos envolvendo a custódia de presos, a responsabilidade do Estado decorre do dever constitucional descrito no já citado inciso XLIX da CRFB. (Vide STF:AI 577.908 AgR, Rel. Ministro GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 30.09.08, DJe-222, divulgação em 20.11.08, publicação em 21.11.08; RE 466.322 AgR, Rel. Ministro EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 13.03.07, DJe-004, divulgação em 26.04.07, publicação em 27.04.07, DJ de 27.04.07, p. 102; STJ: REsp 713.682/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Turma, julgado em 01.03.05, DJ de 11.04.05, p. 286.IV)

Ademais, o descumprimento do preceito constitucional acima descrito se caracteriza por meio da conduta omissiva de não fiscalizar os presídios e permitir que presos não fumantes tenham sua saúde comprometida pela intoxicação involuntária causada pela fumaça do cigarro alheio. A propósito a seguinte decisão:

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão que julgou parcialmente procedente ação de indenização por danos morais, interposta por presidiário, em decorrência de superlotação carcerária. “É evidente que o (...) laudo demonstra as condições subumanas em que é submetido o apelado, que é obrigado a conviver com ausência de espaço físico, amontoados com outros presos, ambiente insalubre, tendo que se acostumar com goteiras, umidade, falta de água e ar puro, total ausência de higiene, exposto a todo o risco de transmissão de doenças. (...) Por outro lado, contrariamente ao entendimento manifestado pelo recorrente, o dever indenizatório decorrente desta espécie de responsabilidade prescinde da prova do comportamento culposos, e somente pode ser afastado, ou minorado, mediante comprovação de que a vítima agiu com culpa exclusiva ou concorrente no evento danoso ou, ainda, que o dano decorreu de caso fortuito, força maior ou fato de terceiro. Incomprovadas tais hipóteses, persiste a responsabilidade pelo ato lesivo. (...) Ainda que desnecessária a comprovação de culpa, bastando a ocorrência do dano, que é indubitável, entretanto a culpa administrativa do Estado está caracterizada pela sua negligência no dever de fiscalizar. (Recurso extraordinário nº573196. MS. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 11/03/2010 Publicação DJe-055 DIVULG 25/03/2010)

A obrigação de indenizar provém da inércia no dever de vigilância que gerou o prejuízo. Entretanto, observa-se que configura culpa *in vigilando* do Poder Público, o fato das delegacias e presídios descuidarem dos cuidados necessários à preservação da incolumidade

física dos presos, permitindo que danos à saúde ocorram. (Decisão monocrática do RE 566.040, Rel.Min. Ayres Britto, DJe 5.12.2011).

Por fim, destaca-se a recente decisão proferida em dezembro de 2014, no Recurso Extraordinário nº 580252⁹. Neste processo, que teve repercussão geral reconhecida, o Ministro do Teori Zavascki entendeu haver responsabilidade civil do Estado por não garantir as condições mínimas de cumprimento das penas nos estabelecimentos prisionais e, portanto, legítimo o pagamento de indenizações por danos morais a presidiários expostos a situações degradantes. Essa Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, tem por objeto reconhecer que o Poder Público é civilmente responsável pelos danos morais causados a detentos em presídios superlotados e em más condições. Pede-se ainda na ação, que o Pretório Excelso retire do ordenamento jurídico qualquer interpretação que impeça o direito à compensação por danos morais a detentos mantidos em presídios nestas condições insalubres, degradantes ou de superlotação. Conforme decidiu o Ministro Teori: “é dever do Estado manter o preso em condições carcerárias de acordo com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir os danos causados que daí decorrerem”.

Essa pioneira decisão contém uma advertência nas suas entrelinhas, um sutil recado do Poder Judiciário ao Poder Executivo, que pode assim ser traduzido: faça uma reforma no atual Sistema Prisional, e garanta a dignidade do preso, senão, eu a farei. Não se trata apenas de responsabilização civil do Estado. Vai muito além. Refere-se à falência de todo um regime carcerário que redundava em atentados intoleráveis a direitos humanos.

O estágio atual de desenvolvimento das liberdades públicas não permite que um Estado, considerado democrático, considerado de direito, assista as barbáries e atrocidades que são diariamente cometidas dentro dos presídios e permaneça inerte. Algo deve ser feito, e vai ser feito, senão espontaneamente por iniciativa do Executivo, obrigatoriamente por determinação do Judiciário. É o que dá a entender o novel julgado acima reproduzido.

⁹<<http://www.oab.org.br/noticia/27892/ministro-do-stf-reconhece-direito-de-preso-a-indenizacao>>. Acesso em 23 de janeiro de 2015.

Por tais razões, verifica-se que a Administração Pública tem o dever de zelar pela integridade física e moral do preso sob sua custódia e a sua abstenção proporciona responsabilidade civil objetiva, ou seja, recairá sobre o Poder Público o ônus indenitário independente da demonstração de culpa, caso sua conduta negativa proporcione prejuízos ao cidadão-presos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo prometeu uma reflexão sobre o direito à saúde do preso não fumante, mais precisamente buscou analisar se a restrição imposta à liberdade de fumar em prol do direito à saúde é legítima, se o descumprimento da lei por parte do Poder Público, ao permitir o tabaco nos presídios, ofende o Estado de Direito e se a Administração Pública poderá ser responsabilizada civilmente por lesão à integridade física do detento não adepto a nicotina.

Para cumprir a obrigação assumida apresentou no primeiro capítulo considerações sobre o direito à saúde, abrangendo as questões do tabagismo como problema de saúde pública e do malefício do fumo passivo. A título de preparação para o enfrentamento das questões principais, trouxe no segundo capítulo, os aspectos essenciais da norma tabagista mais moderna (Decreto nº8.262/2014).

Posteriormente, no terceiro capítulo, iniciaram-se os debates esperados com a apresentação do confronto de direitos fundamentais instaurado pela disputa entre a liberdade de fumar e o direito à saúde do não fumante. Depois de examinar temas pertinentes como limitação de direitos subjetivos, ponderação, proporcionalidade, foi possível chegar à conclusão de que a proibição do fumo em ambientes fechados é legítima, pois, necessária, adequada e razoável.

No quarto capítulo, o ensaio comprovou que a conduta do Poder Público em permitir o consumo de cigarros nas celas ofende o Estado Democrático de Direito, na medida em que admite o desrespeito oficial a regra e abre uma exceção inconcebível de retrocesso e irresponsabilidade por parte de quem governa e deveria dar o exemplo. Outro motivo que aponta invariavelmente para o abalo do Estado Jurídico é o desrespeito aos direitos humanos

dos cidadãos-presos, que a abstenção ilegítima da Administração proporciona. Finalizando essa parte do trabalho, demonstrou-se ainda que o Governo age antidemocraticamente quando esquece e ignora o direito das minorias e permite que a invisível massa carcerária seja alijada do seu direito inalienável à saúde.

Por derradeiro, no quinto capítulo, o estudo tratou sobre a responsabilidade civil do Estado e comprovou que pelo fato do Poder Público ter a obrigação constitucional de cuidar da integridade física do condenado, pode ser punido se sua omissão fiscalizatória provoque dano à saúde do encarcerado. Na mesma parte do artigo, pode-se atestar através dos julgados colacionados, que o Poder Judiciário representado pela mais alta corte de justiça do país, enxergou o problema da atual situação carcerária e não compactuando com o flagrante aniquilamento da dignidade do recluso, condenou o Estado ao pagamento de indenização por desrespeito aos direitos humanos. Essa decisão, que pode ser considerada um *leading case*, inicia um processo de responsabilização do Poder Público que tem como escopo forçá-lo a equacionar ou ao menos minimizar o problema do atual Sistema Prisional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Afonso Heck. 2ª edição. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2008.

_____. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madri: Centros de Estudos Constitucionais, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Temas de Direito Constitucional, Tomo III**: Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, 20ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos** – Tradução Carlos Nelson Coutinho. 18 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiro Editores, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Emb. Decl. no Ag. Reg. no Agravo de Instrumento. Embargante: Distrito Federal. Embargado Alberdan Nascimento de Araújo e Outros. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 26 de junho de 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 dez. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 1999.

_____, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y Futuro Del Estado de Derecho**. Trad. Pilar Allegue. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Paris: Trotta, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Direito Constitucional: Liberdade de Fumar. Privacidade. Estado. Direitos Humanos e outros temas**. São Paulo: Manole, 2007.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

MACHADO, Jonatas. **Liberdade Religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. RT: São Paulo, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **A Inefetividade dos direitos sociais e a necessidade de da construção de uma teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia.** Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. vol.2. out.2002

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público.** 5.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais:** repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.