

LILIAN CAZORLA DO ESPÍRITO SANTO NUNES
THIAGO GUERREIRO BASTOS
ALESSANDRA DALE GIACOMIN TERRA
ORGANIZADORES

**DIREITOS
FUNDAMENTAIS E
JUDICIALIZAÇÃO
DE POLÍTICAS
PÚBLICAS**



Hipótese
EDITORA

Catálogo na publicação
Elaborada por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

D598

Direitos Fundamentais e Judicialização de Políticas Públicas / Lilian Cazorla do Espírito Santo Nunes (Organizadora), Thiago Guerreiro Bastos (Organizador), Alessandra Dale Giacomini Terra (Organizadora) – Rio Bonito-RJ: Hipótese, 2021.

Livro em PDF

167 p.

ISBN nº 978-65-995030-2-3

1. Direito. 2. Judicialização. 3. Políticas Públicas. I. Nunes, Lilian Cazorla do Espírito Santo (Organizadora). II. Bastos, Thiago Guerreiro (Organizador). III. Terra, Alessandra Dale Giacomini (Organizadora). IV. Título.

CDD 340

Índice para catálogo sistemático:
I. Direito : Políticas Públicas

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-995030-2-3>

LILIAN CAZORLA DO ESPÍRITO SANTO NUNES
THIAGO GUERREIRO BASTOS
ALESSANDRA DALE GIACOMIN TERRA
(Organizadores)

DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUDICIALIZAÇÃO
DE POLÍTICAS PÚBLICAS


Hipótese
EDITORA



Hipótese Editora

Rio Bonito - Rio de Janeiro - Brasil

Telefone: +55 (21) 99758-5056

atendimento@editorahipoteses.com.br

www.editorahipoteses.com.br

Esta obra é licenciada por uma Licença Creative Commons: Atribuição NãoComercialSemDerivações 4.0 Internacional - CC BY NC (CC BY-NC-ND). Os termos desta licença estão disponíveis em: <<https://creativecommons.org/licenses/>>. Direitos para esta edição reservados à Hipótese Editora. O conteúdo publicado é de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es). Os conteúdos abordados não representam necessariamente a posição oficial da Editora Hipótese.

Coordenação Editorial

Profª Drª Lilian Cazorla do Espírito Santo Nunes

Editores

Alessandra Dale Giacomini Terra

Thiago Guerreiro Bastos

Revisão

Paloma Garcia

Projeto Gráfico e Diagramação

Bárbara Terra Queiroz

Conselho Editorial

Profª Drª Andreza Aparecida Franco Câmara

Profª Drª Annelise Caetano Fraga Fernandez

Prof. Dr. Fernando Gama de Miranda Netto

Prof. Dr. Gustavo Proença da Silva Mendonça

Profª Drª Lilian Cazorla do Espírito Santo Nunes

Prof. Dr. Napoleão Miranda

Prof. Dr. Paulo Brasil Dill Soares

Profª Drª Priscila Leal Seifert

Prof. Dr. Rogerio Borba da Silva

Prof. Dr. Siddharta Legale

Prof. Dr. Wilson Madeira Filho

AVALIAÇÃO POR PARES - Os textos que compõem esta obra foram submetidos à avaliação por pares, tendo sido este livro aprovado pelo Conselho Editorial da Hipótese Editora.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO..... 7

CAPÍTULO 1

GARANTISMO PROCESSUAL: O PROCESSO COMO GARANTIA E A LIMITAÇÃO DA JURISDIÇÃO 12

Fernando Gama de Miranda Netto | Lilian Cazorla do Espírito Santo Nunes
<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-995030-2-3.c1>

CAPÍTULO 2

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS ENQUANTO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS 28

Isabela Barros de Rossi | Beatriz Pereira Junqueira | Luiz Geraldo do Carmo Gomes
<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-995030-2-3.c2>

CAPÍTULO 3

A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL APLICADA AO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: REFLEXÕES SOB A ÓPTICA DA SEPARAÇÃO DE PODERES 43

Matheus Prestes Tavares Duarte
<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-995030-2-3.c3>

CAPÍTULO 4

TIPIFICAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA: A DECISÃO DO STF NA ADO N.º 26 E NO MI N.º 4733..... 62

Maíra Batista de Lara
<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-995030-2-3.c4>

CAPÍTULO 5

QUEM PAGA A CONTA? PONDERAÇÕES SOBRE UMA DECISÃO JUDICIAL EM VISTA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA VERSUS DO MELHOR INTERESSE DO MENOR..... 79

Giovana de Oliveira Fistarol | Isabel Cristina Ribeiro dos Reis
<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-995030-2-3.c5>

CAPÍTULO 6

O PAPEL DO ESTADO NA PANDEMIA DA COVID-19 NA PARAÍBA: CONFLITOS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO 98

Leonardo de Araújo e Mota | Vanusa Vaniere Nunes Teixeira | Tiago Costa Torres Nogueira | Marayza Alves Medeiros
<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-995030-2-3.c6>

CAPÍTULO 7

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SANITÁRIAS:
REFLEXÕES 124

Alessandra Dale Giacomini Terra | Thiago Guerreiro Bastos

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-995030-2-3.c7>

CAPÍTULO 8

RESENHA CRÍTICA DA OBRA “ENTRE TÊMIS E LEVIATÃ: UMA
RELAÇÃO DIFÍCIL” DE MARCELO NEVES 141

Lucas Nogueira Rodrigues da Silva | Luiz Fernando Kazmierczak

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-995030-2-3.c8>

SOBRE OS ORGANIZADORES 159

SOBRE OS AUTORES..... 160

APRESENTAÇÃO

A presente obra coletiva comporta uma série de estudos voltados à compreensão e problematização de temática de bastante relevo na contemporaneidade, a valorização político-institucional do Poder Judiciário e, especialmente, das Cortes constitucionais em face dos demais Poderes, a absorver demandas originalmente definidas nos âmbitos políticos, em nome da efetivação dos direitos fundamentais. Seja por força do cenário de retração da representatividade destes Poderes, seja por força de disposição constitucional, fato é que, na atualidade, os órgãos judiciais ocupam lugar nunca antes alcançado por estas estruturas, ao menos em sentido tão significativo.

Essa problemática foi moldada a partir das transformações vivenciadas pelo mundo de meados do século XX em diante, quando, findada a segunda grande Guerra, o direito despontou como uma estrutura social essencial ao estabelecimento e manutenção do regime democrático nos Estados que se reorganizavam após os eventos traumáticos que tomaram o mundo.¹ Diferentes estudos passaram a compartilhar da perspectiva de que o Judiciário seria o canal adequado para realização dos valores caros às sociedades emergentes do conturbado tempo.

Este movimento se compatibilizou com a valorização da Constituição como documento normativo e de cunho acentuadamente axiológico, além de elevado grau hierárquico, marcado por amplo catálogo de direitos e garantias fulcradas na dignidade da pessoa humana como valor fundamental. Deste movimento decorreu uma enorme preocupação com a efetividade das normas constitucionais, fazendo organizar-se uma ousada doutrina a respeito de sua hermenêutica. A concepção sobre a centralidade da Constituição no ordenamento jurídico também passou a demandar forte atuação de um órgão de guarda do texto magno, que agisse como vigilante permanente da compatibilidade vertical entre a Constituição e o ordenamento infraconstitucional, e ainda como garante do cumprimento de direitos fundamentais.

1 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005, p. 1-42.

Assim, no contexto europeu ganharam destaque os Tribunais Constitucionais, conforme idealizado por Hans Kelsen², como órgãos apartados da estrutura judiciária, com função precípua de determinação do sentido das normas constitucionais. E não se pode olvidar a influência da matriz americana sobre este modelo. Nos Estados Unidos, o Judiciário já gozava de enorme prestígio desde pelo menos a alvorada do século XIX, com o julgamento do precedente *Marbury X Madison*, cuja decisão astuciosamente proferida pela Suprema Corte erigiu os alicerces da supremacia constitucional e, em consequência, do Judiciário, alçado à condição de seu órgão de guarda.³

A expansão da jurisdição constitucional, portanto, é fenômeno de feições recentes e alcance global.⁴ Tendo como antecedentes históricos os modelos de Estado liberal e social, respectivamente, que tiveram espaço a partir das revoluções liberais e atravessaram os últimos dois séculos, o atual contexto do Estado democrático de direito foi aquele que se apresentou como uma terceira via, reunindo características dos paradigmas anteriores e ofertando as condições para o florescimento do outrora Terceiro Poder sobre os Poderes políticos.

Neste movimento, nota-se ser evidente o desenvolvimento da função jurisdicional como um todo, algo que se manifesta em primeira linha no ramo constitucional, mas que necessariamente se reflete nos demais sub-ramos do ordenamento jurídico. Isto revela a predominância de uma perspectiva publicista sobre os fenômenos jurídico e judiciário, como expressão máxima daquele campo, ou seja, uma concepção sobre Estado e sociedade ainda fundadas mais no paradigma estatal do que na ótica individualista. Isto não obstante o resgate de valores liberais a inspirar as Constituições da atualidade, como a brasileira de 1988.

2 KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad Alexandre Krug. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

3 Sobre a trajetória de ascensão judicial, cf. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

4 TATE, C. Neal. VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial power*. Nova York: Nova York University Press, 1997.

Os distintos fenômenos da *judicialização de políticas públicas*, como tendência de transferência do centro de decisão de questões políticas para o Judiciário em detrimento das instâncias de legitimidade democrática, e do *ativismo judicial*, como postura proativa do julgador a decidir de modo a interferir nas esferas tipicamente políticas, são sintomáticos do contexto explorado nesta obra.⁵ Revelam justamente o dilema enfrentado pelas sociedades a respeito do canal para efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos. Estes temas sintetizam o ponto em comum dos trabalhos que compõem o presente livro.

O primeiro capítulo, GARANTISMO PROCESSUAL: O PROCESSO COMO GARANTIA E A LIMITAÇÃO DA JURISDIÇÃO, promove um estudo dos fundamentos sobre os quais tem se construído a recente Escola Brasileira do Garantismo Processual, como oposição à tradicional visão publicista que informou o instrumentalismo processual e fomentou a valorização da jurisdição sobre as demais categoriais fundamentais do campo, ação e processo. Inspirado em valores liberais, o garantismo processual civil se apresenta como corrente dogmática que propõe uma releitura do processo como instituição de garantia contra o arbítrio estatal manifestado através da função jurisdicional, como decorrência do direito fundamental ao devido processo legal, rechaçando manifestações ativistas e espaços de discricionariedade judicial no processo.

O segundo capítulo, CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS ENQUANTO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS, buscou sistematizar o dever de elaboração das políticas públicas e as sete fases que permeiam sua construção. No contexto inaugurado pela Constituição de 1988, abordou os deveres prestacionais do Estado e a dificuldade dos poderes políticos em corresponder-los, o que enseja a atuação do Judiciário, neste caso compreendida como legítima.

O terceiro capítulo, A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL APLICADA AO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: REFLEXÕES SOB A ÓPTICA DA SEPARAÇÃO DE PODERES, observa o cenário de escassez

5 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 10 abr. 2021.

de recursos materiais para a satisfação de todas as necessidades sociais e se dedica especificamente à questão enfrentada pela população carcerária, que formalmente conserva direitos fundamentais mas, não raro, encontra-se sujeita a condições degradantes e insalubres em presídios por todo o país. A pesquisa investiga como o Poder Judiciário brasileiro tem se posicionado em relação a estas violações de direitos fundamentais, bem como avalia o emprego, pelo Poder Executivo, da cláusula da reserva do possível para justificar a carência de recursos destinados a esse vulnerável segmento da sociedade.

O quarto capítulo, intitulado TIPIFICAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA: A DECISÃO DO STF NA ADO N.º 26 E NO MI N.º 4733, promove uma análise da decisão da Corte constitucional brasileira nas já emblemáticas ações do controle de constitucionalidade envolvendo a temática da tipificação da homotransfobia. Para tanto, o texto aborda a dimensão do princípio da legalidade no direito penal, a compreensão dos processos interpretativos na aplicação das leis penais e o próprio cabimento do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão no caso. Aponta que nem toda conduta delitiva praticada contra integrantes do grupo LGBTI+ poderá se amoldar ao conceito de racismo. A autora reconhece a relevância do tema para a sociedade e sinaliza insuficiência da atividade jurisdicional para dirimi-lo, alertando para a importância de uma atuação estatal ampla a fim de reduzir a discriminação às minorias sexuais.

O quinto capítulo, QUEM PAGA A CONTA? PONDERAÇÕES SOBRE UMA DECISÃO JUDICIAL EM VISTA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA VERSUS DO MELHOR INTERESSE DO MENOR, revela interessante estudo sobre a colisão dos princípios que intitulam o artigo a partir de análise de decisão judicial em caso difícil envolvendo a definição de paternidade de supostos pais, gêmeos univitelinos, em que as ferramentas probatórias não foram capazes de dirimir o caso, deixando ao alvitre do juiz o encaminhamento da questão. As autoras propõem a ponderação entre os valores abstratos como a técnica para o atingimento da melhor decisão no caso concreto e criticam a atuação judicial.

O sexto capítulo, O PAPEL DO ESTADO NA PANDEMIA DA COVID-19 NA PARAÍBA: CONFLITOS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO, volta-se

à análise do contexto pandêmico e verifica a ocorrência de conflitos entre o poder público e a rede privada de saúde no atendimento médico/hospitalar, em decorrência da Lei Estadual n.º 11.686/2020. A intervenção estatal no setor privado de saúde, embora motivada pela busca de soluções para a crise sanitária, produziu reação por parte dos hospitais particulares, o que ensejou uma série de processos judicializando a questão. Observou-se que a interferência do Estado na gestão da crise foi influenciada por uma agenda política pautada pelo modelo neoliberal de governança, havendo por parte do Judiciário uma preocupação em declarar a inconstitucionalidade da tentativa do governo do Estado de intervir na iniciativa privada.

Adiante, o sétimo capítulo JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SANITÁRIAS: REFLEXÕES, traz uma análise sobre a judicialização de políticas públicas na área da saúde, tema caro à sociedade considerando que a Constituição positivou a saúde como direito fundamental, que, todavia, encontra dificuldades de efetivação na realidade. O estudo se vale da análise de decisões do Supremo Tribunal Federal a fim de compreender como a Corte tem se posicionado diante do assunto.

Por fim, a obra se perfaz com a RESENHA CRÍTICA DA OBRA “ENTRE TÊMIS E LEVIATÃ: UMA RELAÇÃO DIFÍCIL” DE MARCELO NEVES, uma minuciosa análise da já clássica obra do constitucionalista brasileiro, cujo trabalho relaciona justamente a dicotomia entre Direito e Estado e suas vicissitudes.

Boa leitura!

Lilian Cazorla do Espírito Santo Nunes

Thiago Guerreiro Bastos

Alessandra Dale Giacomini Terra

• CAPÍTULO 1 •

GARANTISMO PROCESSUAL: O PROCESSO COMO GARANTIA E A LIMITAÇÃO DA JURISDIÇÃO¹

Fernando Gama de Miranda Netto

<https://orcid.org/0000-0002-5199-6050>

Lílian Cazorla do Espírito Santo Nunes

<https://orcid.org/0000-0001-5314-8672>

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a concepção garantista do processo que recentemente tem adquirido espaço no direito processual brasileiro. Na contramão de um modelo de processo que é corrente majoritária no Brasil desde pelo menos o início dos anos 1990, essencialmente pautado na jurisdição, na definição dos poderes do Estado-juiz e do seu papel na condução dos feitos judiciais, o garantismo reflete uma corrente metodológica que se define pela valorização da categoria processo frente à categoria jurisdição. Propõe, assim, uma concepção do fenômeno processual que se baseia na premissa do processo como garantia e não como instrumento, e se coloca avessa ao ativismo judicial, ideologicamente mais conservadora no sentido da proteção dos indivíduos face aos arbítrios estatais.

Metodologicamente, a presente pesquisa foi desenvolvida por meio de revisão bibliográfica, tanto da doutrina tradicional, como da doutrina processualista que ganha corpo nos últimos anos através da obra de estudiosos que já reivindicam a nomenclatura *Escola brasileira do garantismo processual* ao movimento, e especialmente a partir da voz de Eduardo José da Fonseca Costa, que tem publicado diversos trabalhos reveladores do esforço de apurar e distinguir a corrente brasileira de outras nuances garantistas.

1 Artigo apresentado no III Seminário Interinstitucional Einternacional para a Efetivação dos Direitos humanos na Contemporaneidade, organizado pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP) e a UNILASALLE, 10 e 11 de novembro de 2020.

Como resultado, observa-se que o garantismo processual se ampara na visão do processo como instituição de garantia, decorrente da Constituição, o que o erige à condição inegociável de limitador da jurisdição no sentido da proteção de direitos fundamentais.

O INSTRUMENTALISMO E O MODELO JURISDICIONALISTA DE PROCESSO

Para compreender as raízes históricas e teóricas do garantismo, é preciso considerar as profundas transformações vivenciadas pelos Estados, mundo afora, a partir de meados do século XX, quando, após o término da segunda grande Guerra Mundial as novas democracias se consolidaram amparadas no Direito, como estrutura social, e em valores universais que passaram a ser incorporados pelos sistemas jurídicos, como a dignidade da pessoa humana.

No contexto do Estado Democrático de Direito, considerando um enfoque jusfilosófico, houve um claro resgate de ideais jusnaturalistas, que importaram em valorização do indivíduo em detrimento do coletivismo que embalava os modelos até então vigentes de Estado. Este movimento também foi responsável por uma ascensão político-institucional do Judiciário frente aos demais Poderes do Estado, revelando a erosão do modelo liberal de separação de poderes.

Esta transformação dos Estados e do próprio direito produziu reflexos no ramo processual. Os modelos opostos de processo liberal e social de outrora cederam elementos para a construção de uma via intermediária, mais afinada com o arranjo da democracia deliberativa que se afirmava. Nesta esteira foi moldado o modelo constitucional de processo, preocupado em recuperar a importância do papel das partes na dinâmica processual e de estimular o envolvimento dos litigantes e seus advogados no sentido do rompimento do monopólio da condução do processo pelo juiz.

Eram sinais do antipublicismo, inclinado no sentido oposto à perspectiva estatal na qual se baseava o processo. Diversas correntes metodológicas se dedicaram ao redesenho teórico do processo neste sentido, o que culminou em ondas reformistas dos Códigos processuais mundo afora a partir dos anos 1970.

No Brasil, tais ideias chegaram mais tardiamente. Desde 1973, vigorava o Código de Processo Civil produzido durante o Estado autoritário, de perspectiva socializante com tendências ao fascismo processual². Foi somente com a redemocratização e o advento da Constituição de 1988 que se desenvolveram novas leituras sobre o fenômeno processual e o papel do Estado-juiz a sua condução. A norma processual passou a ser interpretada através de uma lente neoliberal, conforme determinava o cenário político e econômico do início dos anos 1990.

Neste contexto, tomou espaço por aqui um paradigma de processo que valorizava a celeridade e a eficiência, mas que foi erigido em torno da sua função de compensação social, pelo que se atribuía ao juiz um papel-missão de concretização dos valores da sociedade. O magistrado, representando o Estado, deveria ser responsivo à sociedade, e o faria por meio do processo, instrumento a legitimar sua atuação voltada ao “bem comum”. Tais ideias foram ventiladas pela primeira vez por Cândido Rangel Dinamarco, na obra *A Instrumentalidade do Processo*, publicada originalmente em 1987.³

De acordo com estas ideias, o sistema processual funcionaria como instrumento do Estado para a consecução dos escopos por ele traçados (DINAMARCO, 2008). Dinamarco defendia que “pelo fio da instrumentalidade” o processo poderia ser aperfeiçoado. Sua análise atribuía aos principais conceitos da teoria geral do processo uma perspectiva publicista, tendo o Estado como seu epicentro de observação. O maior destaque era conferido à jurisdição, que espelhava o exercício imperativo do poder estatal. O autor considerou

2 Fascismo processual, conforme sugerido por Eduardo José da Fonseca Costa, é o modelo ideológico de processo baseado nos topoi do fascismo, enquanto ideologia política, como antirracionalismo, beligerantismo, ultranacionalismo, elitismo patriarcal e a figura de um líder forte. O processo, assim, aparece marcado pelo fortalecimento da jurisdição com viés autoritário. Esta explicação foi proposta em aula virtual do curso *O processo civil e as ideologias políticas*, ministrado pelo aplicativo Instagram, em 25.06.2020.

3 Dinamarco foi influenciado pelas ideias de Oskar Von Bülow (cf. BÜLOW, Oskar Von. *Las excepciones y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1964), trazidas para o Brasil por Enrico Tullio Liebman, que foi professor na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, lar de formação acadêmica de Dinamarco. Tais ideias foram adotadas pelo Código Processual de 1973, por influência de Alfredo Buzaid, da mesma escola paulista de processo.

substancial o compromisso do Estado em prestar seu serviço de justiça e a jurisdição foi definida como ponto central do ordenamento processual, do qual defluiria o alinhamento deste campo do saber com o sistema político-jurídico da nação.

Esta vertente se fundamentou na teoria do processo como relação jurídica, de Oskar Von Bülow. No mesmo sentido do jurista alemão, no âmbito da Escola Paulista de processo apresentava-se o processo como relação jurídica de cunho autônomo, público, complexo e dinâmico, estabelecida entre juiz e partes, cada qual com seus papéis (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2014). A autonomia da relação processual em face da relação de direito material conduzia o conflito jurídico ao Estado-juiz, com o poder de dirimi-la. Do ponto de vista subjetivo, o juiz aparece como o terceiro imparcial no triângulo relacional, e as partes, paritárias, estariam em posição de sujeição em relação àquela figura. Ao juiz é atribuída imparcialidade por ele não participar do jogo de interesses.

Em última análise, a definição da natureza do processo, de acordo com estas ideias, leva em conta um critério teleológico: o processo como relação jurídica corresponde ao instrumento através do qual se exerce a jurisdição (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2014, p. 311). O processo é visto como um sistema aberto e dependente, legitimado pela aptidão de prestar serviços à comunidade, o que se concretiza por meio da atividade jurisdicional. Ou seja, a instrumentalidade reflete a capacidade do processo de produzir os resultados que dele se esperam (DINAMARCO, 2008, p. 178-179), quando manejado pelo juiz.

É interessante notar que a visão instrumentalista de processo aproxima o fenômeno processual da estrutura política e social, algo que pode ser explicado pelo próprio cenário global de desenvolvimento destas ideias, como mencionado. De modo que se pode afirmar que o ordenamento processual pautado na jurisdição revela também uma politização deste ramo jurídico, bem como do próprio direito. O caráter ideológico sinaliza para a finalidade do instrumento, já que este não subsistiria por si só, necessitando ser manejado pelo

Estado-juiz para a consecução de objetivos genéricos – delimitados ocasionalmente – como o “bem comum”.⁴

Para além dos aspectos formais, observa-se um enaltecimento da figura individual do juiz. É a partir dele que a “transformação do sistema” pode ser efetivada. Posto como agente responsivo do Estado, demandado a agir positivamente para adequar a lei aos “sentimentos da nação”, sob pena de ilegitimidade da própria lei e, por conseguinte, de sua sentença, o juiz teria potencial para encontrar a solução jurídica adequada para os litígios, inclusive empregando suas virtudes pessoais, interpretando e atribuindo significados aos fatos e à norma jurídica, independente de participação ou colaboração das partes (DINAMARCO, 2008).

É de se inferir que o instrumentalismo aponta para a valorização do Poder Judiciário frente aos demais Poderes, tendência no mundo claramente observada, por exemplo, pelo movimento neoconstitucionalista (CAMBI, 2008). As reformas ao Código de Processo Civil de 1973, especialmente sob a égide da Constituição de 1988, manifestaram intenção de reforço do papel dos juízes, a pretexto de dinamismo e celeridade processual, como se nota pela dinâmica conferida à antecipação de tutela e pelo estabelecimento de ritos processuais diferenciados, como dos Juizados Especiais (regidos pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, no âmbito federal pela Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001).

Em síntese, tal modelo reflete uma concepção jurisdicionalista do processo, sendo que esta última categoria passou a receber tratamento burocratizante, desvalorizado e subjugado à figura

4 O “bem comum” perseguido pelo juiz aparece claramente na legislação, por exemplo através do art. 6º da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, que versa sobre os juizados especiais, ao dispor: “O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”. Sobre o assunto, cabe destacar trabalho de José Ignacio Botelho de Mesquita no qual o autor analisa os Juizados Especiais Cíveis a partir de princípios e garantias constitucionais, e, ao discorrer sobre as discussões parlamentares travadas para a confecção da Lei 9.099/1995, comenta a atuação da magistratura no sentido da ampliação de seu poder decisório por meio de uma equidade que poderia até mesmo ser ‘*contra legem*’, o que, de certa forma, influenciou a redação do dispositivo supramencionado. Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. O Juizado Especial em face das garantias constitucionais. *Revista Jurídica*. São Paulo: Nota 10, abr. 2005, v. 330.

virtuosa do juiz, representante do poder do Estado. A valorização do poder correspondeu, também, à minoração do papel das partes no processo, de modo que seus direitos fundamentais não foram tema de importância para esta teoria.

Tal concepção sobre o papel da jurisdição reflete visão publicista da função judicante, com raiz no modelo socializante de processo. Temperada, contudo, por um viés ideológico neoliberal, concebe o juiz como gestor do processo, agente responsável pela eficiência da Justiça. Sobre o assunto, Dierle Nunes compreende que o modelo de processo baseado nestas ideias seria uma versão pseudossocial (NUNES, 2010).

Além disso, esta vertente se apresenta como majoritária no Brasil até a atualidade, tendo adquirido outros contornos ao longo das últimas três décadas, mas essencialmente seguiu atrelada a uma visão publicista do fenômeno processual. Mais recentemente, tal paradigma vem sofrendo oposições, em geral, no sentido de propor novas ideias a respeito da relação entre processo e jurisdição. Como se discutirá, o garantismo processual, nos moldes delineados pela Escola brasileira, volta-se diretamente contra os elementos centrais da teoria do processo baseada nesta visão instrumentalista e em sua inspiração publicista.

DO GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI À ESCOLA DO GARANTISMO PROCESSUAL BRASILEIRO

Garantismo processual é expressão que passou a adquirir destaque a partir da obra *Direito e razão – teoria do garantismo penal*, de Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, 2002). O jurista italiano propôs uma teoria normativa voltada ao campo penal, pela qual asseverava que o direito deve ser um sistema orientado a assegurar limites às autoridades punitivas e a garantia da liberdade contra arbítrio e exacerbação de poder. Assim, estabeleceu axiomas que revelariam garantias dos agentes sujeitos à aplicação da norma penal.

De acordo com sua visão, o processo é garantia contra a insatisfação de direitos subjetivos, e, sendo certo que a todo direito subjetivo deve corresponder uma garantia para satisfazê-lo, seria

dever do Estado instituir as garantias atinentes a cada direito, por seus Poderes Legislativo e Executivo, para evitar lacunas estruturais no direito. Não caberia ao Judiciário colmatar eventuais lacunas, sob pena de ofensa à democracia por violação do postulado da separação de poderes. Com inspiração liberal, suas ideias também revelam preocupação com a efetividade social do direito.

Especificamente quanto ao processo penal, Ferrajoli entendeu se tratar de garantia secundária de defesa (não frustração) dos direitos materiais em sede dele discutidos, reputando-o garantia instrumental à consecução de direitos subjetivos. Ao juiz caberia manejá-lo de forma atenta à efetivação de direitos fundamentais, com certa rigidez procedimental (FERRAJOLI, 2002).

Curiosamente, duas outras correntes se desenvolveram para trabalhar algo um tanto distinto dos ensinamentos do jurista italiano, utilizando, porém, a expressão garantismo; de um lado, no âmbito processual penal, o garantismo penal integral (CALABRICH, FISCHER, PELELLA, 2015), reforçando a função estatal persecutória; de outro, no campo processual civil, o garantismo processual dogmático alavancado por Eduardo José da Fonseca Costa. O primeiro não será explorado aqui, mas apenas o segundo e as suas diferenças de concepção em relação ao garantismo ferrajoliano.

Sobre o assunto, Eduardo Costa interpreta que o sentido de garantia empregado pelo jurista italiano, se aplicado ao direito processual civil, reforçaria a noção de processo como instrumento da jurisdição. Na sua visão, enquanto o processo penal como garantia teria sentido contra-jurisdicional, freando a atividade judicante, no processo civil funcionaria como “motor pró-jurisdicional”, a pretexto da efetivação dos direitos sociais do autor, impulsionando e não contendo a jurisdição (COSTA, 2019).

Neste sentido, a teoria do garantismo processual civil foi se afastando das bases ferrajolianas por rejeitar o discurso próprio dos instrumentalistas, de que o aumento de poderes do juiz e a flexibilidade procedimental seriam elementos viabilizadores dos direitos das partes. Na visão dos garantistas processuais civis, o destaque da jurisdição produz uma desvalorização do processo e, por

consequente, das partes, e é justamente contra isto que se insurgem tais doutrinadores.

Idéias garantistas focadas no processo civil já circulavam na Europa na década de 1990, a partir de trabalhos do italiano Franco Cipriani, que criticava o modelo social de processo proposto por Franz Klein, fundado no aumento dos poderes do juiz. Tal modelo havia influenciado o Código processual austríaco e outros diplomas normativos vigentes durante a ascensão dos Estados totalitários, a partir dos anos 1940 (CIPRIANI, 1995). Adiante, nos anos 2000, jornadas acadêmicas discutiram e criticaram esta tendência jurisdicionalista do processo (RAMOS, 2009).

Mas o garantismo processual civil, como corrente metodológica, ganhou mais expressividade a partir do ano de 2006, quando da publicação da obra *“Proceso Civil y Ideología - un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos”*, organizada pelo processualista espanhol Juan Montero Aroca. A coletânea reuniu escritos de autores latinos e se tornou uma referência do pensamento processual de caráter mais politizado, com capítulos que discutiam o processo à luz de uma perspectiva ideológica de Estado e sociedade.⁵

Somente em 2009 tais idéias foram introduzidas no Brasil. A discussão foi apresentada por meio de artigo de autoria do professor Glauco Gumerato Ramos (RAMOS, 2009), que havia cursado mestrado na Universidade Nacional de Rosario, na Argentina, em contato com o garantista Adolfo Alvarado Velloso. Desde então, a doutrina recebeu novos contornos e seus adeptos passaram a designá-la de Escola

5 Cf., na referida obra, os seguintes trabalhos: CIPRIANI, Franco. *El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos slogans*, p. 89-103; MONTELEONE, Girolamo. *Principios e ideologías del proceso civil. Impresiones de um “revisionista”*, p. 105-115; PICÓ Y JUNOY, Joan. *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, p. 117-135; AROCA, Juan Montero Aroca. *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*, p. 137-169; MONTELEONE, Girolamo. *El actual debate sobre las “orientaciones publicísticas” del proceso civil*, p. 177-199; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *El neoprivatismo em el proceso civil*, p. 201-2017; Adolfo Alvarado Velloso, *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*, p. 219-248; MENDONÇA, Luís Correia de. 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português, p. 375-430, todos os textos na obra organizada por AROCA, Juan Montero. *Proceso Civil e Ideología*. 3ª edición. Buenos Aires, Bogotá, Porto Alegre, Ed. Tirant To Blanch. Ed. Astrea, 2016.

Brasileira de Garantismo Processual (RAMOS, 2020), destacando seu perfil “não ferrajoliano” e antipublicista.

Claramente, a corrente se pauta por uma ideologia liberal conservadora, atenta aos postulados da separação de poderes e da legalidade como elementos determinantes da reformulação do pensamento processual e da contenção judicial. Isto não impede, no entanto, que o garantismo se apresente como um teoria jurídico-dogmática que procura “refundar o processo como uma instituição garantística de direito público material constitucional”, protegendo os jurisdicionados do mau uso do poder jurisdicional (COSTA, 2018).

Este modelo garantístico pressupõe um certo modelo interpretativo dos elementos observados como contrapostos, que são o poder do Estado e os direitos e garantias do cidadão (contrapoder): os primeiros devem ser interpretados estritamente, enquanto os segundos merecem interpretação extensiva. O fundamento de tal raciocínio seria a própria inversão topográfica dos referidos elementos produzidos pela Constituição Federal de 1988. A atual Carta Magna enuncia os direitos antes de dispor sobre a estrutura de poder estatal, sinalizando que a liberdade do cidadão seria o ponto de partida do ordenamento jurídico, e não a autoridade, como outrora arranjado. Neste sentido, extraem-se como diretrizes interpretativas do sistema a intangibilidade, a maximização e a expansão das garantias frente ao poder no edifício do processo jurisdicional (COSTA, 2021).

Atualmente, os maiores debatedores do garantismo processual civil no Brasil compõem a Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPro, que é uma entidade de âmbito nacional que se define exatamente (mas não só) por combater o hiperpublicismo processual e o protagonismo judicial no processo (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL, 2020). Trata-se de pensamento que abriu divergência em relação à corrente majoritária, arquitetado pela Escola Paulista de Direito Processual.

O PROCESSO COMO INSTITUIÇÃO DE GARANTIA

A Escola brasileira do garantismo processual tem por mote o processo como instituição de garantia. Eduardo Costa define instituição como as entidades, bens, relações, hábitos, utilidades e normas cuja

preservação estrutural e funcionamento adequado são imprescindíveis à existência e manutenção de uma sociedade. Ele explica que este conceito metajurídico antecede as normas jurídicas e as protege, pois importa na criação de institutos, uma vez que tais instituições são amparadas normativamente pelo Estado (COSTA, 2016). Deste raciocínio, depreende-se que as instituições condicionariam os produtos formais do Estado, mantendo-os coerentes com a razão de ser deste.

Erigir o processo à condição de garantia, para os pensadores desta corrente, significa atribuir-lhe valor inegociável. A instituição coisa teria natureza absoluta, como garantia *per se*, não variável conforme o caso concreto, sempre funcionando – e determinando o funcionamento dos institutos – sob os mesmos fundamentos (COSTA, 2020). O processo é garantia contra o arbítrio. Na mesma esteira, encara-se o processo como fenômeno uno, como um todo lógico, cujas premissas conceituais devem fazer sentido e possam ser aplicáveis a todo e qualquer rito ou procedimento, razão pela qual os garantistas apostam numa teoria unitária do processo, em vez da tradicional teoria geral do processo (ANCHIETA, 2019; PEREIRA, 2019).

A linha de raciocínio dos garantistas é dogmática e se ampara na essência do fenômeno constitucional, de acordo com suas origens liberais, enaltecendo as funções da Constituição e do direito de limitação do poder do Estado e de defesa dos direitos fundamentais. Como premissa, identifica-se que direitos (indivíduos) e poder (Estado) estão em polos opostos e necessariamente conflitantes, servindo o direito como elementos balizador da atuação estatal.

Neste sentido, Eduardo Costa explica que a todo poder corresponde uma garantia para contê-lo, sendo garantia a “situação jurídica ativa cujo exercício pelo cidadão tende a evitar, mitigar ou eliminar os efeitos nocivos do arbítrio estatal” (COSTA, 2019). A garantia é o que mitiga o exercício do poder. Na seara processual, admitir que o processo é garantia é reconhecer seu papel limitador da jurisdição e esta compreensão encontraria amparo no próprio texto constitucional.

Os garantistas identificam como fundamento de sua teoria o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual

“ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, cláusula localizada no Título dos direitos e garantias fundamentais, dentre os de caráter individual. Esta interpretação é diametralmente oposta à esposada pelos processualistas ditos “ativistas”, que empregam a “cláusula geral” para defender atuação mais discricionária por parte do juiz (BARREIROS, 2013; DIDIER JR., 2010). Sobre o assunto, Eduardo Costa analisa: “é devido porque é elo de comunicação obrigatório entre jurisdição e jurisdicionados; é legal porque só se pode regular em lei. (...) é procedimento legal rígido em contraditório tendente a proteger o cidadão contra eventuais excessos e desvios do Estado-juiz” (COSTA, 2019).

Como se nota, o garantismo processual se funda na Constituição e deste diploma hierarquicamente elevado extrai o paradigma processual. Inclusive, aponta-se que o processo representa fração constitucional e que a própria ciência processual é especificamente um sub-ramo dos estudos constitucionais. Eduardo Costa fala em uma “garantística”, como sub-ramo da dogmática constitucional especializado nas garantias dos cidadãos, dentro da qual se desenvolveria a “processualística” (COSTA, 2018). Assim, qualquer possibilidade de ciência processual só encontraria guarida na Constituição (SOUSA, DELFINO, 2018).

Neste sentido, garantistas rejeitam leituras do processo que partem eminentemente da Lei processual, como é exemplo o “modelo cooperativo de processo” amparado no art. 6º do Código Processual de 2015, que passa largo da Constituição e ainda pretende atribuir interpretação “redimensionada” ao princípio do contraditório (art. 5º, LV, CF) a partir deste ditame (SOUSA, 2017; COSTA, 2017; DELFINO, 2016; NUNES, 2020).

Como decorrência do devido processo legal, ainda, o garantismo se posiciona pela defesa às liberdades constitucionalmente instituídas, destacando que este é o direito fundamental efetivamente protegido pelo devido processo legal, pelo teor do art. 5º, LIV (COSTA, 2018). Assim, posiciona-se contrariamente às condutas estatais que podem significar violação a direitos. Em termos doutrinários, nega qualquer interpretação do processo que o coloque a serviço do poder estatal representado pelo Judiciário. Sua lógica seria a oposta, de servir como freio ao poder.

Ou seja, o processo é enxergado como o instituto destinado à salvaguarda do indivíduo e da sociedade perante o poder do Estado manifestado na jurisdição. Novamente remontando à inspiração liberal, trata-se de uma técnica de limitação vertical do exercício do poder, sendo o processo garantia contrajurisdicional – contra o poder desempenhado pelo Judiciário.

Em síntese, se jurisdição é exercício de poder, o processo em si é a garantia, e o poder só será legitimamente exercido quando concatenar as regras de garantia positivadas no plano constitucional, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade, a acusatoriedade, a liberdade, a dispositividade, a igualdade, a segurança jurídica, a separação dos poderes e a presunção de inocência.

Assim sendo, um dos elementos definidores do garantismo processual é o embate direto contra o ativismo judicial, fenômeno que designa a atuação proativa de magistrados imiscuindo-se nos âmbitos da atuação dos poderes políticos e usurpando-lhes funções típicas. Sobretudo, refuta concepções do processo como um ambiente em que o magistrado possa atuar discricionariamente ou com base em suas próprias visões de mundo, como se o sentido da justiça dependesse de concepções particulares em detrimento da Constituição e da soberania popular.

Contrários ao ativismo, os garantistas enxergam este fenômeno como uma ameaça ao Estado democrático de direito. Ao contrário, defendem que o garantismo designa um ideal democrático de processo e de acesso à justiça. Nas palavras de Eduardo Costa, a noção de processo como garantia evita que este instituto se dissolva na jurisdição, e que o direito se subjugue ao poder, o que faria com que o próprio processo perdesse sua razão de existir, sua “autonomia ôntica” (COSTA, 2016), tornando-se a ciência processual uma ciência jurisdicional (RAATZ, ANCHIETA, 2018).

Resta clara a oposição às ideias publicistas. O garantismo propõe um paradigma de processo no qual este não está a serviço da realização do direito material, mas no qual a jurisdição sim deve se pautar pelos ditames constitucionais e por meio da garantia processual, ser capaz de exercer poder sem abusividade. Rejeitando a hipertrofia da

jurisdição em obediência à liberdade constitucionalmente garantida, o mote do garantismo é o processo como mecanismo intermediário na relação Estado-indivíduo diante de conflitos de interesses em que aquele é chamado a atuar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos elementos expostos, conclui-se que o garantismo processual se afigura como uma corrente de pensamento processual muito recente e ainda em formação no Brasil. Suas premissas, contudo, parecem bem estabelecidas na contramão dos dogmas do processo civil estabelecidos pela doutrina pátria tradicional, desenhada desde a década de 1970 e apurada após a redemocratização e a Constituição de 1988, de cunho instrumentalista e publicista.

Centrando a argumentação na premissa do processo como garantia, interpretação que decorre do direito fundamental constitucional ao devido processo legal, a Escola do garantismo processual adota postura radical na proposição de releitura de inspiração liberal conservadora a respeito do fenômeno processual. Defende, assim, ao processo, a função intermediária de limitador do poder na relação vertical entre Estado e cidadão no exercício da jurisdição.

Reforça, também, a autonomia do processo e da ciência processual, pautando-se numa perspectiva mais individualista, de resgate das partes, e avessa a qualquer manifestação que importe ativismos e excessos de parte do poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANCHIETA, Natasha. Garantismo processual e teoria unitária do processo: breves reflexões. *Empório do Direito*, 22.07.2019. Disponível em <https://emporiiododireito.com.br/leitura/22-garantismo-processual-e-teoria-unitaria-do-processo-brevs-reflexoes>. Acesso em 25.abr.2020.

AROCA, Juan Montero. *Proceso Civil e Ideología*. 3ª edición. Buenos Aires, Bogotá, Porto Alegre, Ed. Tirant To Blanch. Ed. Astrea, 2016.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: JusPodivm, 2013.

BÜLOW, Oskar Von. Las excepciones y los presupuestos procesales. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1964.

CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo. Garantismo Penal Integral. Questões Penais e Processuais, Criminalidade Moderna e Aplicação do Modelo Garantista no Brasil. 3. Ed. São Paulo, Atlas, 2015.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. Ed. São Paulo, Almedina, 2018.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CIPRIANI, Franco. Nel centenario del regolamento di Klein (il processo civile tra libertà e autorità). Rivista de Diritto Processuale, vol. 22, n. 3, Milano: Cedam, 1995, p. 989-1004.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Garantismo é textualismo? Empório do Direito, 10.02.2021. Disponível em <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-163-garantismo-e-textualismo>. Acesso em 06.mar.21.

_____. Instituição de poder e instituição de garantia. Empório do Direito, 20.01.20. Disponível em <https://emporiiododireito.com.br/leitura/45-instituicao-de-poder-e-instituicao-de-garantia>. Acesso em 01.abr.20201.

_____. Garantia: dois sentidos, duas teorias. Empório do Direito, 23.12.2019. Disponível em <https://emporiiododireito.com.br/leitura/44-garantia-dois-sentidos-duas-teorias>. Acesso em 01.abr.2021.

_____. Processo: garantia de liberdade [freedom] e garantia de liberdade [liberty]. Empório do Direito/, 21.08.2018. Disponível em <https://emporiiododireito.com.br/leitura/processo-garantia-de-liberdade-freedom-e-garantia-de-liberdade-liberty>. Acesso em 05.abr.2021.

_____. Notas para uma garantística. Empório do Direito, 04.07.2018. Disponível em 1.

_____. Garantismo, liberalismo e neoprivatismo. Empório do Direito, 11.06.2018. Disponível em <https://emporiiododireito.com.br/leitura/garantismo-liberalismo-e-neoprivatismo>. Acesso em 19.set.20.

_____. Ciência processual, ciência procedimental e ciência jurisdicional. Empório do Direito, 22.11.2017. Disponível em <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-8-ciencia-processual-ciencia-procedimental-e-ciencia-jurisdicional-por-eduardo-jose-da-fonseca-costa>. Acesso em 07. Mai. 2021.

_____. O processo como instituição de garantia. *Conjur*, 16.11.2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>. Acesso em 31.mar.2021.

COSTA, José Eduardo da Fonseca. PEREIRA, Mateus Costa. Processo não pode sufocar os direitos que nele são discutidos. *Conjur, Opinião*, 26.07.2017. Disponível em https://www.conjur.com.br/2017-jul-26/opinio-processo-nao-sufocar-direitos-nele-sao-discutidos#_edn3.

DELFINO, Lucio. Cooperação processual no novo CPC pode incrementar ativismo judicial. *Conjur, Opinião*, 02.05.2016. Disponível em https://www.conjur.com.br/2016-mai-02/cooperacao-processual-cpc-incrementar-ativismo-judicial#_ftn5.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 12. Ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 1, p. 35.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão – teoria geral do garantismo penal. Trad. Fauzi Choukr. São Paulo: RT, 2002.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. O Juizado Especial em face das garantias constitucionais. *Revista Jurídica*. São Paulo: Nota 10, abr. 2005, v. 330.

NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2010.

NUNES, Lílian Cazorla do Espírito Santo. Dever de cooperação na jurisdição constitucional. Tese de Doutorado defendida no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense em novembro de 2020.

PEREIRA, Mateus Costa. Da teoria geral à teoria unitária do processo: um diálogo com Eduardo Costa, Igor Raatz e Natasha Anchieta; em resposta a Fredie Didier Jr. *Empório do Direito*, 10.06.2019. Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/16-da-teoria-geral-a-teoria-unitaria-do-processo-um-dialogo-com-eduardo-costa-igor-raatz-e-natascha-anchieta-em-resposta-a-fredie-didier-jr-1>. Acesso em 06.mar.21.

RAATZ, Igor. ANCHIETA, Natasha. Uma “teoria do processo” sem processo? A breve história de uma ciência processual servil à jurisdição. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 25, n. 102, jul./set. 2018, p. 173-192.

RAMOS, Glauco Gumerato. Patrono póstumo da escola brasileira de garantismo processual: José Joaquim Calmon de Passos. *Empório do Direito*, 31.08.2020. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/77-patrono-postumo-da-escola-brasileira-de-garantismo-processual-jose-joaquim-calmon-de-passos>. Acesso em 06.set.20.

_____. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. *Revista MPMG Jurídico*, n. 18, out./nov./dez. 2009, p. 8-15.

SOUSA, Diego Crevelin de. O caráter mítico da cooperação processual. *Empório do Direito*, 06.12.2017. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-10-o-carater-mitico-da-cooperacao-processual-por-diego-crevelin-de-sousa>. Acesso em 12.jan.2020.

SOUSA, Diego Crevelin. DELFINO, Lucio. Levando a imparcialidade a sério: o (mau) exemplo da Súmula n. 252 do Supremo Tribunal Federal (e do art. 971, parágrafo único, do Código de Processo Civil). *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 26, n. 101, p. 49-69, jan./mar. 2018.

• CAPÍTULO 2 •

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS ENQUANTO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Isabela Barros de Rossi

<https://orcid.org/0000-0002-0553-6440>

Beatriz Pereira Junqueira

<https://orcid.org/0000-0001-6788-6991>

Luiz Geraldo do Carmo Gomes

<https://orcid.org/0000-0002-1333-1891>

INTRODUÇÃO

Conhecida como “Constituição cidadã”, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seus fundamentos uma vasta gama de direitos fundamentais sociais que, por constituírem verdadeiros direitos prestacionais, impuseram ao Estado o dever de materialização dos mandamentos constitucionais, os quais se dão, em sua maioria, por meio da implementação de políticas públicas.

Verifica-se que, ao contrário dos direitos fundamentais de defesa que são diretamente aplicáveis diante da conduta negativa do Estado, como por exemplo o direito fundamental à liberdade, em que o Estado deve abster-se de interferir na esfera individual do cidadão, os direitos sociais prestacionais estão “intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem” (SARLET, 2010), de modo que exigem uma conduta positiva para que se materializem. Caso contrário, carecem de efetividade. Neste sentido, o presente estudo buscou sistematizar o dever de elaboração das políticas públicas, preocupando-se não só com a materialização de fato das medidas, mas também com sua eficiência. Para tanto, foram abordadas as sete fases que permeiam sua construção, quais sejam: identificação do

problema, formação da agenda, formulação de alternativas, tomada de decisão, implementação, avaliação e extinção.

Para além da tecnicidade que permeia a elaboração das políticas públicas, foram abordados os deveres prestacionais do Estado elencados no texto constitucional, o que oportunizou a verificação de que os Poderes representativos, a despeito dos mandamentos constitucionais e da necessidade evidente de políticas públicas em determinados setores, quedam-se inertes, agindo em nítida omissão inconstitucional.

Identificou-se, outrossim, que as dificuldades enfrentadas e as falhas cometidas no desenvolvimento e na elaboração das políticas públicas por meio do ciclo das sete fases, assim como o comportamento omissivo e o descaso Estatal, compreendem as principais causas de judicialização da temática no cenário atual. Judicialização, esta, que, embora extremamente necessária à efetivação de determinados direitos sociais, pode enfrentar sérios problemas, dentre os quais se destaca a falta de expertise do Poder Judiciário em temas específicos afetos às políticas públicas.

Concluiu-se que, diante do cenário de ineficiência e inércia dos Poderes eleitos, a atuação do Poder Judiciário torna-se legítima e apta a garantir maior efetividade aos direitos sociais prestacionais, sendo certo que os limites de sua atuação devem estar bem delimitados para que órgão judicial não interfira de modo indevido ou excessivo em temas cuja discricionariedade é pedra angular, garantindo assim, que sua atuação excepcional não se degenere em obstáculos indevidos ao andamento de políticas públicas já existentes ou na criação arbitrária de políticas públicas sem suficiente conhecimento das peculiaridades políticas e administrativas necessárias à concretização tanto da política quanto do direito em voga.

POLÍTICAS PÚBLICAS E O DEVER DE ELABORAÇÃO

A Constituição Federal de 1988, ao dispor em seu artigo 5º, §1º que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, impõe ao Estado o dever de efetivá-las mediante prestações positivas. Portanto, embora a Constituição Federal não tenha o poder de realizar e concretizar determinados

direitos de forma plena, ela impõe uma tarefa com força normativa que deve ser obedecida, sob pena de, caso não feita, incorrerem em graves violações inconstitucionais (HESSE, 1991).

Assim, cumpre aos Poderes Executivo e Legislativo o dever de concretização da carta constitucional de modo a possibilitar o alcance dos direitos sociais e os objetivos fundamentais do Estado (art. 3º da CF). Para tanto, o principal meio de concretização dos direitos sociais prestacionais passa pelo processo de elaboração e implementação de políticas públicas.

O próprio fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, sendo o desenvolvimento nacional a principal política pública, conformando e harmonizando todas as demais. O desenvolvimento econômico e social, com a eliminação das desigualdades, pode ser considerado como a síntese dos objetivos históricos nacionais (BERCOVICI, 2006, p. 144).

No entanto, para que uma política pública seja de fato capaz de alcançar o objetivo para o qual se propôs, ou seja, de concretizar os direitos sociais prestacionais¹, é necessário que a elaboração da política pública seja eficiente. Do contrário, apenas esforços humanos e financeiros serão gastos sem, contudo, garantir os direitos por ela objetivados. Por este motivo, recomenda-se que o processo de elaboração das políticas públicas obedeça a um ciclo² de fases sequenciais, como o sugerido por Leonardo Secchi (2010) que, embora não seja unânime, revela-se extremamente capaz de ajudar na

1 De acordo com José Afonso da Silva, os direitos sociais prestacionais são “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais” (SILVA, 2011. p. 286).

2 A proposta dessa abordagem das Políticas Públicas de forma simplificada e dividida em ciclos teve como precursor o cientista social Harold Lasswell no seu livro *The Policy Sciences*. Não obstante, a proposta de Lasswell sofreu diversas modificações e variações lineares até que se chegasse ao mais conhecido e discutido ciclo de Políticas Públicas hoje estudado.

elaboração eficiente das políticas públicas, qual seja: identificação do problema, formação da agenda, formulação de alternativas, tomada de decisão, implementação, avaliação e extinção.

Nas palavras de Leonardo Secchi (2010, p. 33), o ciclo de políticas públicas “é um esquema de visualização e interpretação que organiza a vida de uma política pública em fases sequenciais e interdependentes”, podendo ser, em sua grande maioria, misturadas e com seqüências alternadas.

Destarte, a primeira fase do ciclo de elaboração das políticas públicas que deve ser enfrentada pelos agentes estatais é a da identificação de um problema público. O problema público pode ou não vir a ser pautado como prioridade pelos agentes governamentais conforme a relevância do tema e o juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público. Assim, o processo definitivo da escolha do que merece relevância ou não de uma atuação Estatal é denominado de “agenda” e figura-se como a segunda fase de elaboração da política pública.³

É logo na primeira e segunda fases de elaboração de uma política pública que verificamos um grande problema que pode ser objeto de judicialização futura, pois, ainda que haja a existência e a identificação de um problema público que mereça atenção, este pode ser descartado da lista de prioridades de atuação governamental, carecendo assim, de atuação e solução de um direito constitucionalmente garantido. Verifica-se, portanto, que tendo o Poder Público a discricionariedade na escolha do problema que quer enfrentar, não raras vezes acaba excluindo da sua agenda política temas de extrema relevância, que são constantemente judicializados em virtude desse juízo de conveniência.

A título de exemplo, a suspensão liminar nº 235-0 de 2008, que manteve a liminar concedida na Ação Civil Pública de nº 2007.0000.2658-0/0, onde o Supremo Tribunal Federal determinou ao Estado de Tocantins que realizasse a implementação, no prazo de doze meses, de uma unidade especializada para o cumprimento de

3 Para Cobb e Elder, a agenda pode ser dividida em “agenda política: conjunto de problemas ou temas que a comunidade política percebe como merecedor de intervenção política; agenda formal: Também conhecida como agenda institucional, é aquela que elenca os problemas ou temas que o poder público já decidiu enfrentar.” (1983, apud Secchi, 2010, p. 36).

medidas socioeducativas de internação e semiliberdade dos jovens infratores na cidade de Araguaia/TO, em respeito aos artigos 94,120, §2º e 123 do Estatuto da Criança e do adolescente. Esta foi uma das primeiras intervenções judiciais significativas no campo das políticas públicas e se deu em razão do juízo de conveniência e oportunidade exercido pelo Governo de Tocantins que, mesmo após verificar um problema público, deixou de criar condições necessárias para o exercício dos direitos dos jovens infratores por não entenderem que tal problema necessitasse de atenção na agenda estatal.

Deste exemplo, é possível verificar que a falta de criação de políticas públicas evidencia a exclusão de pautas importantes da agenda política que, mesmo sendo de extrema relevância, são deixadas de lado por mera discricionariedade administrativa⁴. Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua a discricionariedade administrativa como sendo

(...) a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente (MELLO, 2012, p.48).

Todavia, essa avaliação e escolha administrativa devem obedecer a “requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública”, sempre com “justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência e oportunidade (com razões jurídicas aceitáveis)” (FREITAS, 2009, p.22). Com efeito, a discricionariedade administrativa não está livre

4 Além disso, soma-se o fato de que, no Brasil, a escolha pelo problema eleito como o mais importante da pauta administrativa e os parâmetros para que tal problema seja escolhido em detrimento de outro na agenda pública é um dado obscuro, onde predomina a falta de informações aferíveis e controláveis da discricionariedade administrativa (BOLESINA; MIGLIAVACCA, 2016), o que acarreta um aumento ainda maior de judicialização da temática.

de controle judicial quando ausentes critérios válidos e aceitáveis de escolha. Escolher, por exemplo, a utilização de dinheiro público para eventos festivos em detrimento de financiamento de políticas públicas para a educação é a indicação clara de discricionariedade administrativa suscetível a controle judicial.

Ultrapassada essa dificuldade, fato é que quando um problema público é alocado para a agenda Estatal, o Poder Público deve iniciar seus esforços para encontrar uma alternativa que viabilize de forma eficiente a solução do problema encontrado. Nesta terceira fase de elaboração de uma política pública, o problema da escassez orçamentária normalmente é levantado. Ressalta-se, entretanto, que a escassez orçamentária jamais deve servir de limite fático para a efetivação dos direitos sociais fundamentais.⁵

Formuladas as alternativas, os atores políticos devem passar para a quarta fase de elaboração das políticas públicas - a fase da tomada de decisão -, que “representa o momento em que os interesses dos atores são equacionados e as intenções (objetivos e métodos) de enfrentamento de um problema público são explicitadas” (SECCHI, 2010, p. 40). É importante ressaltar que a tomada de uma decisão errada nesta quarta fase, além de não solucionar o problema encontrado, pode acarretar enorme prejuízo tanto orçamentário, quanto de atraso na efetivação do direito protegido. Ainda, a depender do dolo do agente causador do prejuízo, este pode responder por improbidade administrativa.

Com a decisão tomada, deve-se implementar a política pública formulada. Nessa quinta fase, é crucial que a política pública seja idealizada de forma objetiva e clara, pois ela pode determinar o sucesso ou fracasso de uma política pública a depender do modelo adotado pelo Poder Estatal: o modelo *top-down* (de cima para baixo) ou o *bottom-up* (de baixo para cima).

5 Neste sentido, Gonçalves (2009, p. 211): “As dificuldades financeiras, sempre alegadas pelos administradores como justificativa para a baixa amplitude e qualidade dos serviços públicos essenciais, não devem ser encaradas como argumento definitivo. A escassez orçamentária caracteriza-se como algo diferente da inexistência total e completa de recursos, sendo que as dificuldades devem ser enfrentadas por meio de uma consciente escolha de prioridades, com alocação adequada de recursos, priorizando, por óbvio, o que a Constituição Federal já sinaliza como objetivos e metas fundamentais.”

No modelo *top-down* há uma separação clara entre a tomada da decisão e a fase de implementação de forma sucessiva, ou seja, a separação hierárquica entre os formuladores de políticas públicas (políticos) e os implementadores (administração), caracterizando-se por uma visão funcionalista e tecnicista onde a implementação é tida como um mero esforço administrativo dos meios encontrados na esfera política. Por outro lado, no modelo *bottom-up* a política pública é definida no nível da sua execução, permitindo, assim, a reconstrução dos seus efeitos quando se constata problemas práticos de implementação. Deste modo, por se caracterizar como um modelo em constante modificação por aqueles atores que se deparam com os problemas práticos, o modelo *bottom-up* é tido como o modelo de implementação mais eficaz (SECCHI, 2010).

Por fim, o ciclo de sete fases de elaboração das políticas públicas se encerra com a avaliação da Política Pública implementada e pela sua extinção. A penúltima fase se revela de extrema relevância tendo em vista que, através dela, será possível verificar as falhas cometidas, os sucessos obtidos e os caminhos percorridos, possibilitando que tais paradigmas se tornem espelho para futuras políticas públicas, descartando medidas que foram consideradas inadequadas e reciclando as medidas eficientes.

Com efeito, ainda que se adote um método diverso das sete fases de elaboração e implementação das políticas públicas aqui abordadas, é sempre necessário frisar que independentemente da ordem, do meio pelo qual se fará, o Estado possui o dever constitucional de agir para a proteção e concretização dos direitos sociais prestacionais através de elaboração de políticas públicas, observando sempre o melhor interesse público.

Não obstante, o que se verifica é que a má elaboração, a falha na implementação e principalmente, a ausência de criação de Políticas Públicas por parte dos poderes eleitos são problemas que afetam diretamente a efetivação dos direitos sociais prestacionais, dando ensejo a atuação da jurisdição constitucional, que tem por função evitar “que as normas constitucionais se tornem promessas insequentas e enganosas” (TAVARES, 2016, p. 42).

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Como visto, a judicialização de temas afetos às políticas públicas está intimamente relacionada com a atuação ineficaz ou inexistente dos órgãos representativos – Executivo e Legislativo. Todavia, a atividade jurisdicional na passagem do Estado liberal para o social sofreu forte resistência para assumir o papel de garantidor do Estado social, inclusive dentro do próprio Poder Judiciário, de modo que vemos ainda nos dias atuais uma constante crítica sobre a judicialização das políticas públicas e uma errônea associação com o ativismo judicial (TAVARES, 2016). Erroneamente, tendo em vista que

O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim ou pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa. [...] Por vezes, para a preservação dos direitos fundamentais, faz-se necessário que o Judiciário (ou os Tribunais Constitucionais) seja chamado a se pronunciar, toda vez que existir uma violação por parte de um dos Poderes à Constituição. Portanto, a judicialização decorre de (in)competência — por motivo de inconstitucionalidades — de poderes ou instituições [...] Assim, de uma questão que sofreu judicialização se pode ter como consequência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável em uma perspectiva de democracia normativa. Todavia, é possível afirmar que existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo Judiciário é adequada à Constituição, concretizadora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guarnecedores da regra

democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista (STRECK, 2016, p. 724).

Destarte, é possível verificar que a judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial são fenômenos totalmente distintos e, ainda que uma pequena parcela dos estudiosos resista à ideia de controle judicial das políticas públicas com ferrenhas críticas quanto a uma possível ofensa ao princípio da separação dos poderes, a intervenção judicial constitui-se em verdadeiro catalisador da democracia e importante ferramenta para a concretização dos direitos fundamentais, ao contrário da atuação ativista.

Neste sentido, Américo Bedê Freire Júnior (2005, p. 38) ressalta que “a separação dos poderes não é um fim em si mesmo, mas um instrumento concebido com o intuito de viabilizar uma efetividade às conquistas obtidas com o movimento constitucionalista”, ao passo que, a atuação judicial no campo das políticas públicas demonstra a importância de se conferir efetividade às normas Constitucionais programáticas.

Nesse mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n.º 45 – MC/DF (2004), cuja relatoria foi do Ministro Celso de Mello, fez importantes considerações sobre o tema:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...], pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. [...] Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...] Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante

já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ n. 175/1212- 1213, rel. min. Celso de Mello). [...] Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. [...] É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Ademais, a atuação do Poder Judicial, que visa garantir os direitos básicos dos indivíduos diante da inércia estatal ou da atuação ineficaz em matéria de políticas públicas, também resguarda

legitimidade constitucional diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição e apreciação de lesão ou ameaça a direito disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso (2005), a constitucionalização, a maior credibilidade conferida ao Poder Judiciário e o aumento da busca por justiça, intensificam a judicialização das relações políticas e sociais, de modo que a Corte Constitucional exerce o importante papel de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais.

No entanto, esta importante e legítima atuação judicial em matéria de políticas públicas deve necessariamente se ater aos limites dos provimentos judiciais para não incorrer em uma atuação ativista e antidemocrática. Para Vanice Regina Lírio do Valle (2016), a maior preocupação da atividade jurisdicional em campo de políticas públicas se dá devido à inaptidão funcional dos órgãos jurisdicionais quando atuam de forma corretiva ou até mesmo substitutiva.

Isso porque tem-se que a intervenção judicial em matéria de política pública já existente, ainda que ineficiente, pode ocasionar efeitos negativos, tendo em vista que as políticas públicas se desenvolvem dentro de uma perspectiva temporal e a interferência judicial sem análise dos desdobramentos previstos na sua formulação pode acarretar na interrupção da política proposta, pois, ainda que a política pública não tenha gerado efeitos imediatos, ela pode estar em vias de obter os resultados propostos. Portanto, paralisar, reconfigurar ou substituir a medida por decisão judicial pode torná-la inadequada (VALLE, 2016).

Igual preocupação ocorre diante da atuação jurisdicional decorrente de inexistência de política pública, tendo em vista que o provimento jurisdicional gera uma maior definição e interferência política do Poder Judiciário que, não sendo o órgão originalmente responsável pela elaboração das políticas públicas, guia-se por um campo não afeto ao seu conhecimento técnico. Problemas como o déficit orçamentário e até mesmo de estrutura administrativa podem ser enfrentados diante de um provimento jurisdicional que desconsidera os fatos além da sentença proferida.

Deste modo, para se evitar problemas oriundos do provimento jurisdicional e garantir uma decisão democrática dentro dos limites jurisdicionais, é necessário que as políticas públicas sejam compreendidas na sua relação de coordenação, ou seja, é necessário que o julgador amplie seu foco de cognição para além do pedido jurisdicional e passe a olhar para as possíveis interferências no quadro do agir estatal que seu provimento pode afetar (VALLE, 2016).

(...) a prospectiva é de se dar tendo em conta os efeitos do eventual provimento judicial naquele segmento de atuação estatal, e ainda os que com esse mesmo campo de ação de alguma maneira se relacionam (VALLE, 2016, p. 209-110).

Portanto, em que pese a efetividade dada aos direitos sociais decorrentes dos provimentos jurisdicionais em matéria de políticas públicas, é sempre necessário ter em mente que o excesso de atuação ou a atuação não coordenada com os efeitos do provimento pode ser prejudicial tanto quanto a inexistência, ou ineficiência de elaboração das políticas públicas pelos órgãos representativos. Assim, o principal desafio no campo da judicialização das políticas públicas tem sido encontrar a harmonia entre a garantia dos direitos sociais e o respeito pelo planejamento governamental.

É preciso, deste modo, agir com cautela e coibir a politização da justiça constitucional, sob pena da Corte Constitucional e o Poder Judiciário transformarem-se em uma sucursal do Poder Executivo, tornando-se em uma espécie de legislativo paralelo e invisível. Em suma, a atuação jurisdicional deve ser cautelosa, pois “se decide bem, garante os direitos fundamentais. Se decide mal, dá um passo para a ditadura dos juízes.” (BONAVIDES, 2004, pg. 141).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se, dessa forma, que, em que pese o dever de efetivação dos direitos sociais prestacionais, os órgãos representativos - responsáveis pela elaboração de políticas públicas – não atuam de forma eficiente no desenvolvimento de políticas públicas eficazes a solucionar os problemas encontrados e, não raras às vezes,

permanecem omissos diante dos problemas identificados e não escolhidos na agenda política.

Denota-se que os reflexos do déficit de meios e descaso dos administradores no enfrentamento de determinadas demandas sociais que necessitam de políticas para sua efetivação, conferem legitimidade para o Poder Judiciário exercer um importante papel democrático ao intervir na efetivação das políticas públicas.

Não se pode negar que o Poder Judiciário não possui a atribuição original de elaboração, reformulação ou substituição de políticas públicas, que originalmente pertencem aos Poderes representativos. Portanto, não se pretendeu, neste estudo, defender a atuação judicial a qualquer custo, mas tão somente quando os Poderes Executivo e Legislativo, órgãos responsáveis pela elaboração das políticas públicas, não cumprirem seu dever de elaboração de políticas eficazes para efetivação dos direitos sociais constitucionalmente garantidos. Esta atuação, no entanto, deve ser guiada sempre de forma retida e limitada para que se assegure o respeito e o cumprimento da Constituição Federal.

Portanto, em que pese a grande resistência por parte dos estudiosos sobre a atuação judicial em matéria de políticas públicas, conclui-se que o Poder Judicial possui uma importante função como garantidor dos direitos sociais prestacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 240: 1-42, abr./jun. 2005.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOLESINA, Iuri; MIGLIAVACCA, Luciano de Araújo. “Crowdfunding” em políticas públicas: ciberparticipação e espelho referencial à agenda política. Revista da Faculdade de Direito da UERJ – RFD. Rio de Janeiro, n. 29, jun. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfdUERJ/article/view/14030>. Acesso em: 29 set. 2020.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil) ESTUDOS AVANÇADOS. pg. 127- 150. v. 18 n. 51. 2004. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10003/11575>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45 – MC/DF. Relator Celso de Mello Brasília, Julgado em 29 de abril de 2004. Publicado no DJU em 04 de maio de 2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>. Acesso em: 17 ago. 2020.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 16 jul. 2020.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. (Coleção Temas Fundamentais de Direito. v. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. O ministério público na tutela dos direitos sociais: atuação no âmbito das políticas públicas. Revista Argumenta n. 11 (julho-dezembro) – Jacarezinho. Pg. 183-216. 2009. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/151/151>. Acesso em: 17 ago. 2020.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LASSWELL, H.D. The Policy Orientation. In: LERNER, D. LASSWELL, H.D. (eds) The Policy Sciences: Recent Developments in Scope and Method. Stanford: Stanford University Press, 1951.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

STRECK, Lenio. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Revista Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. p. 724. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em: 12 jul. 2020.

TAVARES, André Ramos. O controle abstrato de constitucionalidade por omissão e análise histórico-comparativa entre Brasil e México, in *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, ano 10, n. 35, mai/ago 2016, p. 46, referência: p. 43-62.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

• CAPÍTULO 3 •

A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL APLICADA AO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: REFLEXÕES SOB A ÓPTICA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Matheus Prestes Tavares Duarte

<https://orcid.org/0000-0003-2751-1129>

INTRODUÇÃO

Como é cediço, o Estado possui recursos financeiros limitados para satisfazer a inesgotável multiplicidade de interesses dos cidadãos a ele subordinados, o que permite alcançar a conclusão lógica de que as necessidades dos administrados não podem ser todas satisfeitas, simultaneamente, em sua plenitude. Cabe, portanto, ao administrador público, a incumbência de, em conformidade com as leis orçamentárias vigentes, colocar em prática o programa de governo democraticamente escolhido nas urnas, processo em que não deve o detentor de mandato eletivo se olvidar da imperatividade das normas constitucionais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), documento jurídico-normativo máximo de nosso ordenamento, ao qual os demais devem se compatibilizar, enceta, mais precisamente em seus artigos 5º e 6º, um rol exemplificativo de garantias e direitos fundamentais, cuja observância condiciona todos os entes federados, em qualquer dos três Poderes constituídos, e que, de acordo com a preleção do jurista Karel Vasak, proferida na aula inaugural dos cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, de 1979, e contida na obra do constitucionalista de Paulo Bonavides (2014), subdividem-se em três diferentes dimensões, as quais equivalem, respectivamente, aos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, extraídos do lema da Revolução Francesa, de 1789.

Destacam-se, nesse sentido, os direitos de segunda dimensão, os quais, diferentemente daqueles de primeira, não exigem, para sua efetivação, apenas uma postura absenteísta por parte do Estado, mas pelo contrário, necessitam de prestações positivas do Poder Público para que sejam implementados, tratando-se, pois, de direitos sociais, veiculados, por sua vez, por normas que a despeito de programáticas, têm aplicação imediata, conforme expressa disposição do artigo 5º, §1º, da CRFB/1988.

Entre os direitos de segunda dimensão, encontra-se previsto no inciso XLIX do retromencionado dispositivo constitucional, o direito de titularidade dos presos à sua integridade física e moral, garantia também assegurada por Tratados Internacionais de Direitos Humanos e por normas infraconstitucionais, a exemplo do Pacto de San José da Costa Rica, ex vi de seu artigo 5º, item 2, bem como da Lei n.º 7.210/1990 (Lei de Execuções Penais – LEP), diploma legal que assevera, a partir de seu artigo 10, ser dever do Estado a assistência ao preso e ao internado, assistência essa que comporta múltiplas facetas, a saber, material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, o que se dá, inclusive, pela necessidade de serem observadas as finalidades preventiva e ressocializadora da pena, e não apenas a retributiva, nos moldes do que preconiza o artigo 1º da LEP.

Ocorre que a materialização plena da referida assistência apenas pode ocorrer mediante a efetiva adoção de políticas públicas voltadas à população carcerária, as quais, por sua vez, incumbem ao administrador público, que, todavia, no complexo exercício da gestão de recursos, deixa, não raramente, sobretudo em face de sua escassez, de alocá-los ao sistema penitenciário, o que o faz, muitas vezes, invocando a cláusula da reserva do possível.

Como consequências das escolhas políticas que ignoram as pungentes necessidades do sistema penitenciário pátrio, tem-se observado, no Brasil, diversos gargalos sociais atinentes ao cárcere, entre os quais ganha destaque a superlotação dos presídios e demais estabelecimentos penais, que além de deixar de oferecer, não raramente, qualquer possibilidade de estudo ou trabalho aos presos, não contam com infraestrutura mínima para abrigar dignamente os apenados, que são muitas vezes submetidos a condições degradantes

e insalubres, não sendo isolados os casos de inobservância de garantias constitucionalmente asseguradas em presídios por todo o país.

Trata-se, pelo contrário, de grave, permanente e generalizada violação dos direitos fundamentais da população carcerária, fato que acarretou, inclusive, o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento liminar da ADPF n.º 347/DF, do denominado “Estado de Coisas Inconstitucional” no que diz respeito ao sistema penitenciário brasileiro, o que denota a concretude do desrespeito aos ditames da CRFB/1988, que tem sua força normativa tolhida diante de tal situação, evidenciando assim, a necessidade de que estudos sejam empreendidos no sentido de avaliar as causas e possíveis soluções jurídicas às retromencionadas mazelas que assolam grande parte dos estabelecimentos penais brasileiros.

Assim, demonstrada a relevância social do problema acima exposto, justifica-se a presente pesquisa, que tem por objetivo precípuo analisar, por meio de revisão à bibliografia e consulta à legislação e à jurisprudência pátrias, mormente do Supremo Tribunal Federal, como o Poder Judiciário, sob a óptica do princípio da separação de poderes e do fenômeno do ativismo judicial, tem se posicionado em relação às violações de direitos fundamentais da população carcerária decorrentes da escassez de políticas públicas a ela direcionadas, bem como avaliar a plausibilidade da utilização pelo Poder Executivo, da cláusula da reserva do possível para justificar a carência de recursos destinados a esse vulnerável segmento da sociedade.

A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A expressão “reserva do possível” foi empregada, pioneiramente, no ordenamento jurídico alemão, por sua Corte Constitucional, em 1972 (SARLET; FIGUEIREDO, 2008). Embora de difícil conceituação pela doutrina e jurisprudência, a reserva do possível é compreendida por Sarlet (2015) como a possibilidade e o poder de disposição por parte do destinatário da norma dos recursos, estando intimamente conectada à noção de escassez, a qual, por sua vez, pressupõe necessariamente, desigualdade, eis que bens escassos são aqueles que não são passíveis de serem usufruídos por todos.

Ocorre que tal escassez decorre de um processo de escolhas, uma vez que, diante da insuficiência de recursos, o administrador público ao investir em certa área, deixa de direcionar políticas públicas as outras que não foram contempladas com tais recursos. Acerca disso, cumpre mencionar que, via de regra, por atribuição constitucional, compete ao Poder Executivo definir os programas de governo prioritários, os quais, num Estado Democrático de Direito, foram democraticamente escolhidos pelo povo por meio do sufrágio universal, manifestando-se, assim, o princípio majoritário, o qual, todavia, não é o único a ser observado em uma democracia, a qual deve, obrigatoriamente, pautar-se pela vinculatividade e pelo acatamento dos direitos fundamentais, cujo núcleo essencial não pode ser, em qualquer hipótese, ainda que por força de limitações orçamentárias, preterido.

Assim, não obstante o processo de escolhas encetado pelo administrador público no exercício de suas atribuições, a observância e a implementação dos direitos fundamentais não se submetem a qualquer juízo de discricionariedade por parte dos governantes, não se tratando de matéria sujeita unicamente à sua conveniência política.

Isso porque, a despeito de serem os direitos fundamentais veiculados, em sua maioria, por normas programáticas, estas consideradas de aplicabilidade mediata, indireta e, muitas vezes, dependente de complementação legislativa para sua plena implementação, prevalece a hermenêutica constitucional de que, em observância ao princípio da máxima efetividade, sua aplicação, a qual não se confunde com a referida aplicabilidade, deve ser imediata, devendo o Poder Público zelar pela eficácia concreta das normas constitucionais. É o que preconiza Sarlet (2015, p. 278):

[...] Levando-se em conta esta distinção, somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5o, §1o, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior

eficácia possível aos direitos fundamentais, entendimento este sustentado, entre outros, no direito comparado, por Gomes Canotilho e compartilhado, entre nós, por Flávia Piovesan [...].

Assim, conquanto seja legítima a aplicação da cláusula da reserva do possível, o próprio Tribunal Alemão que a concebeu reconheceu que a mesma não é oponível à tese jurídica do “mínimo existencial”, segundo a qual, mesmo na impossibilidade de efetivação plena dos direitos sociais, os indivíduos não podem ser privados de condições mínimas a uma vida digna, tese que se compatibiliza com o princípio da dignidade da pessoa humana, tida como fundamento da República Federativa do Brasil, em conformidade com o que determina o artigo 1º, inciso III, da CRFB/88.

Assenta-se, ainda, a ideia de mínimo existencial na denominada teoria dos limites (Schranken-Schranken), que preconiza a preservação e a intangibilidade de um núcleo essencial dos direitos fundamentais, que, embora comportem relativização, o que decorre, inclusive, de sua própria natureza principiológica, devem ter preservado seu conteúdo primordial, o qual não comporta qualquer supressão, ainda que parcial. É o que preleciona Barcellos (2002, p. 245-246) ao afirmar que:

[...] a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de

sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível [...].

Resta fixado, assim, o âmbito de incidência da cláusula da reserva do possível, bem como os limites à sua aplicação, a qual não pode se dar de forma indistinta, cabendo aos Poderes Constituídos, de forma dialógica, exercer, quando for ela invocada, o controle, em cada caso concreto que se apresentar, quanto ao preenchimento de seus requisitos e pressupostos.

Imperioso destacar, nesse sentido, que, embora se trate a gestão de recursos, via de regra, de atribuição do Poder Executivo, caso os entes estatais deixem de atuar e de alocar investimentos na promoção dos direitos sociais ou atuem com negligência, desídia ou em contrariedade às garantias fundamentais, as quais detêm, inclusive no ordenamento pátrio, o *status* de cláusulas pétreas, vide disposição contida no artigo 60, §4º, inciso IV, da CRFB/88, exsurge a necessidade de que se manifeste, quando instado, o Poder Judiciário, considerado por atribuição constitucional, guardião da Magna Carta e do Estado Democrático de Direito, constituindo-se, pois, como verdadeira instância de deliberação democrática, atuando como interventor e, também, como transformador da realidade social e jurídica, especialmente quando os demais Poderes constituídos falham na efetivação dos direitos fundamentais.

Nesses termos, ao suprir as omissões inconstitucionais dos demais Poderes, determinando a adoção de medidas que têm por intuito restaurar a vinculatividade e a força normativa da Constituição, o Poder Judiciário nada mais faz do que cumprir sua missão institucional, não havendo que se falar em invasão de competências, haja vista que

não pode ele assistir, passivamente, a qualquer afronta à dignidade da pessoa humana, princípio por cuja implementação deve ele zelar.

Assim, não obstante as críticas direcionadas ao denominado fenômeno do ativismo judicial, esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário faz-se necessário, sobretudo na realidade brasileira, uma vez que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada indiscriminadamente, de modo a causar verdadeira estagnação da realidade social, a qual restaria condenada a permanecer aquém das disposições constitucionais.

Ressalta-se, nesses termos, que muito embora haja certa instabilidade quanto à aplicação da cláusula nas Cortes Estaduais, que diferem, não raramente, em relação às suas interpretação e extensão, tem sido observado movimento diverso nos Tribunais Superiores, nos quais é possível constatar, não obstante, a existência de decisões em sentido contrário, certa padronização no tratamento da cláusula em estudo. Tal involução tem se manifestado, inclusive, em diversos âmbitos, sendo seus mais notórios o da saúde, a exemplo da exigibilidade do fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, e o da educação, como ocorre quando é pleiteada a criação de vagas em creches.

Cumprе ressaltar, todavia, sua crescente aplicabilidade no campo do sistema carcerário brasileiro, o que se dá em decorrência do diminuto número de políticas públicas a ele direcionados, acarretando violações aos direitos fundamentais de titularidade dos apenados, as quais têm sido, por sua vez, apresentadas ao Poder Judiciário, tudo em conformidade com o que será exposto no próximo capítulo do presente artigo, pontuando-se, desde já, que a análise do contexto penitenciário guiar-se-á por decisões judiciais que, embora não sejam as únicas que digam respeito à matéria, apresentam caráter meramente informador e ilustram as tendências relativas ao entendimento jurisprudencial vigente.

O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

A população carcerária brasileira atingiu, em junho de 2019, o alarmante montante de 752.277 (setecentos e cinquenta e dois mil, duzentos e setenta e sete) detentos, número que confere a

nosso país a desafortunada terceira posição, em valores absolutos, no ranking mundial de maiores populações prisionais, tudo isso em conformidade com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de junho de 2019, disponibilizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) (INFOPEN, 2019). Verifica-se, ainda, por meio de exame ao aludido documento, que no mesmo período, o déficit de espaço nos estabelecimentos prisionais nacionais ultrapassou o inquietante número, também em valores absolutos, de 306.002 (trezentos e seis mil e duas) vagas, evidenciando, assim, uma das principais adversidades enfrentadas pelo sistema prisional brasileiro: a superlotação carcerária, que, por sua vez, fomenta muitos outros problemas que assolam a execução criminal.

Ocorre que, para além da superlotação, há problemáticas como as péssimas condições de salubridade das celas e demais dependências dos estabelecimentos prisionais, bem como de suas precárias estruturas prediais, que muitas vezes não contam sequer com instalações sanitárias e elétricas adequadas, fato que maximiza a proliferação de doenças e aumenta o risco da ocorrência de acidentes que comprometem não apenas a edificação dos estabelecimentos, mas também a saúde e a integridade física e psíquica dos detentos, constantemente vilipendiadas pela omissão estatal em prover à população carcerária condições mínimas para que possam cumprir, dignamente, a pena que lhe foi imposta por ocasião de uma sentença criminal condenatória.

Acresce-se a tudo isso o fato de que o sistema prisional brasileiro se encontra, há muito, desaparelhado, não contando também, com os recursos humanos necessários para assegurar aos detentos e à sociedade a segurança imprescindível à execução penal, o que acarreta recorrentemente e por todo o território nacional, rebeliões por parte dos detentos e conflitos entre facções criminosas oponentes, as quais muitas vezes ditam regras próprias e impõem suas vontades mediante a utilização de violência no interior dos estabelecimentos prisionais, exercendo verdadeiro poder paralelo ao estatal.

São recorrentes, ainda, os relatos de abusos a que são submetidos aqueles que são privados de sua liberdade, abusos esses praticados não apenas por outros encarcerados, mas também pelos próprios agentes estatais, que, embora incumbidos de assegurar a

integridade física e moral dos presos, não raro são denunciadas pela prática de ofensas morais, sexuais e, inclusive, torturas, tanto físicas quanto psíquicas, que acabam por tolher da população carcerária suas chances de reinserção à sociedade.

Dá-se ênfase, nesse sentido, aos múltiplos casos em que detentos são confinados em *containers* expostos ao sol, sem qualquer instalação sanitária e em péssimas condições de higiene, bem como aos abundantes relatórios e visitas técnicas que noticiam verdadeira e banalizada mixórdia entre presos provisórios e condenados, que, em manifesta contrariedade ao que dispõe o artigo 84 da LEP, misturam-se e dividem, entre si, em inobservância às disposições legais, celas e demais espaços nos estabelecimentos penais brasileiros.

Somados, os supramencionados gargalos carcerários, apontados de forma meramente exemplificativa, evidenciam a verdadeira desordem institucional experienciada pelo sistema prisional brasileiro, o que compromete sobremaneira, senão impossibilita, sua efetividade enquanto instrumento de ressocialização, revelando insustentável desconformidade com a CRFB/1988, a qual consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, vide seu artigo 1º, inciso III, bem como com o ordenamento jurídico infraconstitucional pátrio, representado sobretudo pela LEP, em seus artigos 10 a 27, e pela Resolução n.º 14 de 1994 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), cujo artigo 1º dispõe que as normas por ela previstas obedecem aos princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos e dos demais Tratados, Convenções e regras internacionais de que o Brasil é signatário, revelando que as numerosas transgressões já apontadas pelo presente trabalho repercutem para além das fronteiras do território nacional.

Destacam-se, entre os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que versam sobre matérias afetas à dignidade dos presos, o já mencionado Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, que em seu artigo 5º, item 2, assevera que toda pessoa privada de sua liberdade deve ser tratada com o adequado respeito inerente à sua condição humana, bem como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, que traz disposição semelhante em seu artigo 10, cumprindo ressaltar que tais normas apresentam caráter supralegal, eis que, embora versem sobre Direitos Humanos, foram

internalizadas previamente à vigência da Emenda Constitucional n.º 45/2004. Assim, do ponto de vista da pirâmide kelseniana, conquanto sejam hierarquicamente inferiores à CRFB/1988, encontram-se elas em posição superior àquela ocupada pela legislação interna, o que revela sua importância e o *locus* diferenciado que ocupam em nossa atual ordem jurídica.

Por fim, depreende-se também do panorama carcerário brasileiro, críticas transgressões às “Regras de Mandela”, documento criado pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1955, que contém diretrizes mínimas a serem adotadas pelo Estado no tratamento de presos sob sua custódia, entre as quais se encontra a determinação de que a Administração providencie a disponibilização de banho quente nos estabelecimentos prisionais, ex vi de sua regra 16, determinação essa que foi objeto de recente pronunciamento jurisdicional pelo Superior Tribunal de Justiça, órgão do Poder Judiciário que, instado a se manifestar acerca de omissão por parte do Poder Executivo, firmou a seguinte tese em sede de Informativo de Jurisprudência n.º 666:

A omissão injustificada da Administração em providenciar a disponibilização de banho quente nos estabelecimentos prisionais fere a dignidade de presos sob sua custódia. A determinação de que o Estado forneça banho quente aos presos está relacionada com a dignidade da pessoa humana, naquilo que concerne à integridade física e mental a todos garantida. O Estado tem a obrigação inafastável e imprescritível de tratar prisioneiros como pessoas, e não como animais. O encarceramento configura pena de restrição do direito de liberdade, e não salvo-conduto para a aplicação de sanções extralegais e extrajudiciais, diretas ou indiretas. Em presídios e lugares similares de confinamento, ampliam-se os deveres estatais de proteção da saúde pública e de exercício de medidas de assepsia pessoal e do ambiente, em razão do risco agravado de enfermidades, consequência da natureza fechada dos estabelecimentos,

propícia à disseminação de patologias. (STJ. 2ª Turma. REsp 1.537.530-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 27/04/2017, Info 666).

Verifica-se, assim, que as violações aos direitos fundamentais dos apenados e dos presos provisórios em nosso país, longe de serem isoladas, afiguram-se bastante recorrentes e tão gravosas que o próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento de liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347/DF, em sessão plenária de 09 de setembro de 2015, reconheceu, no que tange ao sistema carcerário brasileiro, a existência do denominado “Estado de Coisas Inconstitucional”, construção teórica pioneiramente invocada pela Suprema Corte colombiana empregada para denotar no Brasil, a existência de graves, recorrentes e generalizadas violações aos direitos fundamentais dos presos, o que afeta diretamente sua dignidade, bem como sua integridade física e psíquica, de modo a converter as penas privativas de liberdade que a eles foram aplicadas em penas desumanas e cruéis, as quais são vedadas em nossa ordem constitucional, vide artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”, da CRFB/1988.

Tal situação acaba por descortinar que as violações aos direitos daqueles que são privados de sua liberdade pelo Estado não atingem apenas a população carcerária, mas, pelo contrário, afetam por via reflexa uma coletividade indeterminada, na medida em que desrespeitar as garantias dos detentos obstaculiza, muitas vezes impossibilita sua ressocialização, o que implica em crescentes e alarmantes índices de reincidência, fomentando assim, o aumento da criminalidade e como consequência, da sensação de insegurança social.

Além disso, a Suprema Corte brasileira decidiu, também, na mesma oportunidade, pela proibição imposta ao Poder Executivo de contingenciar os valores do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), devendo a União liberar, ainda, o saldo acumulado de que dispõe o aludido fundo para que o mesmo fosse utilizado em conformidade com sua finalidade estipulada no artigo 1º da Lei Complementar n.º 79 de 1994, qual seja, a de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional, inclusive para a construção,

reforma, ampliação e o aprimoramento de estabelecimentos penais, vide artigo 3º, inciso I, do mencionado dispositivo legal.

Concluiu, portanto, o STF que as absurdas e subumanas adversidades enfrentadas pelo sistema carcerário brasileiro implicariam verdadeira transgressão ao que se convencionou chamar de “mínimo existencial”, expressão que, por sua vez, designa um feixe de condições mínimas a serem asseguradas a um indivíduo ou a uma coletividade para que possam exercer dignamente os direitos fundamentais de sua titularidade e cidadania.

Assim, em decorrência da magnitude da vislumbrada violação, a qual decorre diretamente, da ausência de coordenação institucional entre os Poderes Constituídos, bem como de grave falta estrutural por parte das instâncias políticas e administrativas de controle, justificar-se-ia a intervenção, no presente caso do Poder Judiciário, ao qual cabe, portanto, a importante prerrogativa de retirar os demais Poderes de sua inércia, catalisando e incentivando debates acerca de novos projetos e políticas a serem adotados de forma coordenada.

Tal compreensão se compatibiliza com aquela depreendida do acórdão de Recurso Extraordinário n.º 592.581/RS, julgado pelo Plenário do STF, na sessão de 13 de agosto de 2015, no qual foi fixada a tese de que a omissão injustificada da Administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais à dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário, sobre a qual preleciona Sarlet, (2001, p 60):

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Destaca-se, ainda, que conforme consignou em seu voto o Ministro Relator do acórdão de RE n.º 592.581/RS, o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), cuja finalidade precípua é a de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional, dispunha, à época do julgamento, de verbas da ordem de R\$ 2,3 bilhões (dois bilhões e trezentos milhões de reais), vultoso montante do qual podem usufruir os entes federados, bastando para isso, que apresentem projetos e firmem convênios para realizar obras, sendo descabido, portanto, o argumento de escassez de recursos comumente utilizados pelos gestores ao invocarem a cláusula da reserva do possível para se eximirem de responsabilidade que lhes foi constitucionalmente outorgada, sobretudo quando se trata da realização de obras emergenciais, como era o caso retratado nos autos submetidos à apreciação do STF.

O que se vislumbra, muitas vezes, é a falta de vontade política para a implementação de ações por parte dos governos, tanto estaduais quanto federais, que deixando de adotar postura proativa no enfrentamento do problema carcerário e de todos os seus desdobramentos, acabam por incorrer em omissão, situação que, além de acarretar consequências demasiadamente danosas não apenas àqueles que são privados de sua liberdade, mas por via reflexa à própria sociedade civil, intimidada por alarmantes índices de reincidência e por uma intragável sensação de insegurança social, reclama também, a atuação do Poder Judiciário a fim de cessar condutas positivas ou negativas que transgridam direitos fundamentais.

Descortina-se, assim, no mau gerenciamento dos recursos públicos uma causa que agrava muito as mazelas sofridas pelo sistema penitenciário brasileiro e que transpõe a inobservância ao direito fundamental à boa administração pública, o que já ensejou, inclusive, a expedição em diversas oportunidades pelo Tribunal de Contas da União (TCU), de determinações e recomendações ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, ao qual o FUNPEN é vinculado.

Isso em virtude do baixo nível de transparência e da ineficiência dos gastos públicos repassados aos entes federados, que não raramente deixam de empregá-los da maneira adequada sem seguir um devido

planejamento prévio, de modo a tolher a eficácia da Lei Complementar n.º 79 de 1994, mais precisamente de seu artigo 3º, dispositivo que dispõe acerca das áreas a serem contempladas pelos recursos do fundo em questão, as quais, ao arrepio da previsão normativa, tornam-se precárias e extremamente deficientes o que acaba por perpetuar o ciclo de transgressões e ilegalidades reiteradamente observadas por todo o país no que se refere às políticas criminal e carcerária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante as críticas tecidas em relação à incorporação, à ordem jurídico-constitucional brasileira, da cláusula da reserva do possível, fato é que referida construção foi recepcionada por nosso ordenamento, sendo ampla sua aplicação enquanto um fator limitador à efetivação de direitos fundamentais, eis que vinculada à denominada teoria das escolhas trágicas, pautada, por sua vez, na escassez de recursos financeiros face a uma multiplicidade de pretensões individuais razoáveis a serem realizadas pelo Estado.

Destaca-se, assim, na experiência brasileira, sua recorrente aplicação no âmbito do direito à saúde, a qual, todavia, não é exauriente, já que se estende a muitas outras garantias de assento constitucional, como por exemplo, os direitos às integridades física, moral e psíquica daqueles que são submetidos à custódia estatal por ocasião de prisão, pena ou provisória, internação ou apreensão, não raramente inobservados.

Em virtude de sua vasta aplicabilidade no Direito brasileiro, juízes de primeira instância e Tribunais têm se deparado, frequentemente, com questões atinentes à cláusula da reserva do possível, cumprindo ressaltar, nesse sentido, que em decorrência de sua relativamente recente incorporação ao ordenamento pátrio, inexistente, ainda, homogeneidade por parte das Cortes no enfrentamento ao tema, sobretudo por parte das Cortes Estaduais, razão pela qual a presente pesquisa tomou como foco de análise a jurisprudência dos Tribunais Superiores e, principalmente, do Supremo Tribunal Federal, onde foi possível observar, sem prejuízo de decisões em sentido diverso, certas tendências na interpretação da construção teórica em comento, mormente em relação aos limites de sua incidência, no caso, o

postulado da dignidade da pessoa humana, a intangibilidade do mínimo vital e a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Examinando as decisões colacionadas ao artigo em comento, pôde-se constatar que autoridades públicas, mormente representantes do Poder Executivo tanto na esfera estadual quanto na esfera federal, têm se socorrido recorrentemente da cláusula estudada, sem o preenchimento de seus pressupostos de aplicação, como instrumento de retórica para obstaculizar a efetivação de direitos fundamentais sociais, o que por sua vez, descortina duplo arbítrio estatal na medida em que, para além das violações decorrentes da desídia dos Poderes Políticos, verifica-se ainda, por parte deles, uma má gestão dos recursos públicos, situação que, por sua vez, não coaduna com os fundamentos constitucionalmente designados da República Federativa do Brasil, entre os quais a promoção da dignidade da pessoa humana.

Isto porque, no que diz respeito ao sistema prisional brasileiro, as condições carcerárias a que são submetidos os presos revelam, muitas vezes, em conformidade com os exemplos e fatos trazidos à baila pela pesquisa em questão, atentados contra o núcleo duro dos direitos humanos fundamentais, o que reclama a aplicação da reserva da intocabilidade da essência, eis que inobservadas obrigações estatais inafastáveis e imprescritíveis, tratando-se de hipótese de manifesto interesse público reverso, não passível de descumprimento estatal, seja ele comissivo ou omissivo.

Dessa maneira, diante da inércia dos demais Poderes Constituídos, o Poder Judiciário quando provocado, incumbido de seu papel de protetor do Estado Democrático de Direito e pautado nos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da vedação da proteção insuficiente, ambos de assento constitucional, tem muitas vezes atuado em demandas que dizem respeito à reserva do possível, isso com vistas à efetivação da cidadania e da justiça social.

Em sede de conclusão, alcança-se a compreensão pelo acerto das recentes decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal no sentido de não se isentar a Corte Suprema de apreciar ataques, diretos ou indiretos, aos pilares centrais do ordenamento jurídico e aos aspectos mais elementares da dignidade da pessoa humana, não podendo o guardião da Constituição, prerrogativa que lhe é atribuída

pela própria CRFB/1988, *ex vi* de seu artigo 102, *caput*, assistir passivamente a gravíssimas violações a um de seus conteúdos mais importantes, qual seja, os direitos fundamentais, até mesmo porque, caso o fizesse, os próprios alicerces do Estado de Direito restariam comprometidos face à injustificada e ilegal omissão.

Assim, avocando para si as importâncias incumbências que lhe foram designadas, conclui-se que é lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer consistente na promoção de medidas, bem como na execução de obras em estabelecimentos prisionais e afins, isso para conferir efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar, minimamente, aos presos a concretização das garantias fundamentais de que são titulares, de modo a evitar que pena privativa de liberdade determinada por ocasião de uma sentença criminal condenatória se reverta em um caráter cruel, extralegal e extrajudicial que não lhe é próprio.

Nesse sentido, uma vez violado o mínimo existencial ou não verificados seus requisitos, não é oponível ao cumprimento de obrigação judicialmente determinada, a cláusula da reserva possível, sendo descabido, ainda, alegar suposta afronta ao princípio da separação dos poderes diante de eventual atuação do Judiciário quando o mesmo, no exercício do fenômeno do Ativismo Judicial, ordena a deflagração de políticas públicas necessárias à observância de ditames constitucionais, até mesmo porque a construção teórica concebida por Montesquieu não é estanque, mas dinâmica e pautada em mecanismos de freios e contrapesos por meio dos quais se efetivam fiscalizações recíprocas.

Cumpra pontuar, todavia, que, não obstante legítima, tal atuação não é irrestrita, visto que, muito embora não possa se omitir diante de graves violações, não está igualmente autorizado o Judiciário a substituir e atuação dos demais Poderes constituídos, estes detentores de legitimidade democrática advinda das urnas e incumbidos, por conseguinte, dos processos de formulação e implementação de políticas públicas, o que permite inferir que para além de um dever de ação, deve ser observado, outrossim, pelo Judiciário, um dever de autocontenção, de modo a se manter o equilíbrio entre os Poderes Constituídos.

Não se trata, portanto, de uma sobreposição de vontades de um Poder em relação a outro, mas, pelo contrário, de soma de esforços para a consecução de um bem comum por todos pretendido: a promoção do bem-estar social e da dignidade da pessoa humana. Não se deve olvidar, também, que tais finalidades devem ser buscadas por meio de um processo colaborativo e dialógico, levando-se em consideração, valorizando e coordenando as capacidades institucionais de cada um dos Poderes para que assim, e somente assim, possa o mínimo existencial conviver produtivamente com a reserva do possível, afastando-se o estado de inércia estatal permanente que dificulta, senão obsta, a concretização dos direitos fundamentais dos presos, bem como impede a observância do direito fundamental à boa administração pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 22 de jun. de 2020.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>>. Acesso em: 8 de jul. de 2020.

FREITAS, Juarez. Discricionarietà administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. 2ª Ed - São Paulo: Malheiros, 2009.

GOMES, Mário Soares Caymmi. Apontamentos para uma análise retórica da reserva do possível como limitador da eficácia dos direitos fundamentais. Revista da UNICORP, Entre Aspas, v.3. Disponível em: <<https://unicorp.tjba.jus.br/revistas/revista-entre-aspas-volume-3/>>. Acesso em: 17 de jun. de 2020.

INFOPEN, junho/2019. Disponível em :<<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>> Acesso em: 13 de jun. de 2020.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Público, v.1, n.8, 2008. Disponível em: <<https://portaldeperiodicos.unibrazil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2580>>. Acesso em: 17 de jun. de 2020.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Revista Direito Mackenzie, v.3, n.2, 2002. Disponível em <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246>>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 12a Ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 1ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 16 de jul. de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Administração Pública e os Direitos Fundamentais. Aula proferida na Escola da Magistratura do TRF-4ª Região, Curso Permanente, Módulo II, Direito Administrativo [online]. (Sem data). Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgang sarlet.pdf>. Acesso em: 27 de jun. 2020.

STEFFENS, Alessandra Franke; MARCO, Crithian Magnus de. Dignidade humana: garantia do mínimo existencial x reserva do possível no sistema

carcerário brasileiro. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, n.34, p.28-44, jan./abr. 2018. Disponível em: <<http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/numero-34/>>. Acesso em: 27 de jun. de 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dez. 2015. (Texto para Discussão no 186). Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/516692>>. Acesso em: 12 de jun. de 2020.

• CAPÍTULO 4 •

TIPIFICAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA: A DECISÃO DO STF NA ADO N.º 26 E NO MI N.º 4733

Maíra Batista de Lara

<https://orcid.org/0000-0002-0382-3155>

INTRODUÇÃO

A diversidade é uma das principais características das sociedades humanas. Existem várias razões pelas quais grupos de indivíduos podem se identificar. No contexto de Estados democráticos é essencial que todos estes grupos tenham seus direitos e pleitos representados, no entanto, as denominadas minorias¹ muitas vezes são preteridas.

O objetivo do presente artigo é fazer uma análise crítica sobre os julgamentos das ações constitucionais ADO nº 26 e do MI nº 4733 pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, o artigo abordará a dimensão do princípio da legalidade no direito penal, a compreensão dos processos interpretativos realizados na aplicação das leis penais e os instrumentos com os quais as demandas foram apresentadas, ou seja, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Além disso, o estudo pretende promover reflexões a respeito do enquadramento da injúria racial praticada contra integrantes do

1 O termo minorias em Direitos Humanos não significa, necessariamente, uma inferioridade numérica, mas sim, um grupo que possui certas características próprias que o identifique e que está em posição de desvantagem em relação ao grupo dominante o que evidencia uma situação de vulnerabilidade. Assim é possível que haja minorias étnicas, linguísticas, religiosas, sexuais, bem como mulheres, idosos, crianças e pessoas com deficiência. A respeito da distinção existente entre minorias e grupos vulneráveis ver: ALMEIDA, Andréia Fernandes de; SILVEIRA, Adinan Rodrigues da. O Multiculturalismo e a Defesa de Minorias e Grupos Vulneráveis Na Perspectiva Do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos e no Sistema Jurídico Brasileiro. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9bbebcea7798629d>>. Acesso em: 21 Mar. 2021.

grupo LGBTI+² como crime de racismo. Para atingir estes objetivos foi realizada pesquisa bibliográfica de autores de direito constitucional, direito penal e processo penal que se mostraram favoráveis e contrários às teses formuladas no julgamento das referidas ações constitucionais.

A partir destas leituras se identificou certo consenso a respeito da importância da criminalização das condutas homotransfóbicas e verificando-se as críticas foi possível identificar que a violação do princípio da legalidade e a aplicação da analogia foram temas reiteradamente utilizados por aqueles que divergiram da decisão do Supremo Tribunal Federal. Assim, a fim de realizar a análise crítica aqui proposta estes foram os primeiros temas abordados, seguidos da reflexão sobre alcance do termo racismo para as condutas tipificadas como injúria racial.

O tema é de extrema relevância visto que as sociedades estão cada vez mais identificando e reconhecendo a diversidade sexual. Em paralelo, nota-se também o aumento da homofobia³. É difícil precisar se o aumento de casos se torna tangível à medida em que se pauta o problema, mas de fato como é estabelecido constitucionalmente, em um Estado democrático deve-se combater toda e qualquer forma de discriminação.

Para a abordagem da decisão ora em análise, inicialmente tratar-se-á do princípio da legalidade, a fim de que se compreenda a relevância deste princípio no direito penal e por que houve críticas apontando violação a este princípio. Após isso, mostra-se necessário entender os métodos interpretativos utilizados no direito e o motivo pelo qual o uso da analogia em normas penais incriminadoras é vedado.

2 A sigla LGBTI+ significa lésbicas, gays, bissexuais, trans (transexuais, travestis e transgênero), intersexuais e o sinal de + simboliza a ampliação para abarcar pessoas que não se identificam com a orientação sexual e identidade de gênero hetero/cisgênero e são apoiadores do movimento. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2020/03/o-que-significam-letras-da-sigla-lgbtqi.html>

A sigla considerada mais adequada seria a LGBTQIA+ que abarca os indivíduos “queer” e assexuais, contudo a fim de manter uniformidade com a sigla utilizada nos julgamentos feitos pelo STF este trabalho faz referência a sigla LGBTI+.

3 O termo homofobia se consagrou como a manifestação de aversão aos homossexuais. (SANNA; PINTO, 2021, p. 100). Atualmente este conceito juntamente com a transfobia e LGBTfobia representam as formas de discriminação, preconceito e desrespeito contra os indivíduos que apresentam orientação sexual e identidade de gênero diferentes da hetero/cisgênero.

Em complementação, o artigo explicita os fundamentos da decisão e chama atenção para as ações utilizadas e as premissas nas quais as decisões se baseiam. Ao final, apresenta-se importante questão sobre a aplicabilidade da lei de racismo em ofensas que utilizem elementos de identidade de gênero e orientação sexual.

Por fim, o presente artigo expõe a importância de uma atuação estatal ampla para reduzir a discriminação das minorias sexuais, não será apenas o direito penal que irá gerar esta mudança tão necessária.

O tratamento digno e respeitoso é dever constitucional do Estado brasileiro que coloca como um dos objetivos fundamentais da República, no artigo 3º da Constituição Federal, a promoção do bem de todos sem preconceitos. Este objetivo somente será alcançado se múltiplas medidas forem realizadas. Entre diversas críticas, a decisão do STF se mostrou pouco efetiva para combater os graves casos de homotransfobia, pois o direito penal é apenas uma medida (a *ultima ratio*) para o enfrentamento do problema.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL

O princípio da legalidade é um dos elementos basilares do Estado democrático (art. 5º, II, da CF), visto que delimita o poder estatal sobre as liberdades individuais e a própria relação entre os Poderes da República. No âmbito do direito penal deve-se compreender que ao se falar em infrações penais a legalidade alça uma acepção ainda mais importante, a ideia de reserva legal. Este princípio determina que todas as condutas delitivas devem estar previstas em lei em sentido formal.

De início, ao se analisar tal princípio, deve-se compreender que a lei atende a uma necessidade de segurança e previsibilidade existentes na sociedade. Os indivíduos em geral conseguem estabelecer relações sociais e manifestar comportamentos acreditando que esses se conformam às regras de convivência social. Desta forma, o princípio da legalidade se fundamenta como uma garantia constitucional (MORAES, 2006, p.36) e limita a atuação do poder estatal resguardando o cidadão a medida que a lei possui abstração e generalidade, impedindo arbitrariedades (FERNANDES, 2016, p.524).

No ramo do direito penal, a legalidade exige que os comportamentos considerados criminosos sejam previstos

expressamente e por meio de lei em sentido formal e material (CUNHA, 2016, p.88), denominado princípio da reserva legal. Em razão da natureza da sanção imposta (privação de liberdade) aos que praticam infrações penais, busca-se evitar que ocorra uma ampliação desmedida dos fatos considerados crimes. Por isso também os princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e da subsidiariedade orientam a formulação de leis penais.

Assim, a legalidade impõe que as condutas e suas sanções não apenas estejam previstas no ordenamento jurídico, mas também, que sejam anteriores aos fatos que pretendem regular. Esta máxima se traduz no disposto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal e é reproduzida na norma infraconstitucional, art.1º, do Código Penal.

A norma penal incriminadora, para atender ao princípio da reserva legal deve, além de ser anterior ao fato que se pretende punir, ser também redigida (ou seja, ser escrita) de forma clara, precisa e sem comportar analogias. Estes desdobramentos do princípio da legalidade são conhecidos por meio dos brocardos latinos: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, nullum crimen nulla poena sine lege stricta, nullum crimen, nulla poena sine lege scripta e nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.⁴

Cumprir esclarecer que a lei em sentido formal à qual se faz referência, como criadora de condutas proibidas no âmbito penal, é a espécie normativa a qual tramitou de acordo com as regras do processo legislativo descrito na Constituição (MIRABETE e FABBRINI, 2014, p.40). Ou seja, no direito penal o sentido dado à palavra lei é limitado para excluir normas que possam ser criadas por outros entes e sem as mesmas formalidades.⁵

Importante ressaltar que a matéria penal é de competência legislativa da União, nos termos do art. 22, I, da CF, desta forma cabe ao Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal) deliberar a respeito dos projetos de lei que versem sobre criminalização de condutas.

4 Em tradução livre: não há crime, nem pena sem lei prévia, não há crime, nem pena sem lei estrita, não há crime, nem pena sem lei escrita e não há crime, nem pena sem lei certa.

5 Poder-se-ia questionar, porque então, o código penal ainda se encontra vigente visto que o mesmo é um decreto-lei e não propriamente lei. Em apertada síntese, o código penal, bem como diversas outras normas foram consideradas recepcionadas pela atual ordem constitucional.

Por fim, parte da doutrina diferencia o princípio da legalidade e o princípio da reserva legal considerando este como a exigência de lei em sentido estrito e aquele como o devido respeito à lei em sentido amplo (FERNANDES, 2016, p.525). A legalidade aqui mencionada se refere a reserva legal, compreendendo que em matéria penal a norma incriminadora tem origem em lei que seja anterior à conduta praticada, precisa, escrita, estrita, em conformidade com os direitos fundamentais (aspecto material) e de acordo com os trâmites formais (da lei ordinária, ou complementar).

O julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) nº 26 e do Mandado de Injunção (MI) nº 4733 pelo Supremo Tribunal Federal trouxe discussão sobre eventual violação ao princípio da legalidade. Isto porque os artigos da Lei nº7716/89 não preveem expressamente a orientação sexual e identidade de gênero como fundamento de discriminação e preconceito.

No entanto, a lei prevê separadamente a discriminação por raça e por cor sem se preocupar em definir legalmente estes conceitos. Foi por meio da interpretação do termo 'raça' que o STF acolheu em parte os pedidos e reconheceu a possibilidade de criminalizar condutas homotransfóbicas utilizando a Lei de racismo.

INTERPRETAÇÃO DA NORMA PENAL

As normas estão sujeitas à interpretação. Pode-se compreender a interpretação como o meio para se conferir um significado ao texto (GUASTINI, 2005, p. 23). Usualmente se classificam os meios de interpretação de acordo com certos critérios, tais como as interpretações quanto ao sujeito que a realiza, quanto ao modo ou maneira pela qual se realiza, bem como quanto ao resultado que se obtém do processo interpretativo.

A interpretação quanto ao seu modo abarca a chamada interpretação gramatical, teleológica, histórica, sistemática e a progressiva (ou evolutiva). Em apertada síntese, a interpretação gramatical, também chamada de literal, seria aquela que corresponde a etimologia da palavra (CUNHA, 2016, p. 60), esta interpretação é tida como um ponto de partida para o intérprete. (GUEIROS; JAPIASSÚ, 2015, p.96)

Por sua vez, a interpretação teleológica busca a finalidade da lei, a intenção da mesma ao ser criada. A interpretação histórica, por seu turno, busca a origem da criação legislativa, ocupando-se em compreender quais são os fundamentos de sua criação. Além desta contextualização tem-se a interpretação sistemática que visa compreender a lei como parte do sistema que integra e não isoladamente.

Por fim, fala-se da interpretação evolutiva ou progressiva⁶ como sendo a que permite a mudança no entendimento e aplicação da norma de acordo com as inovações sociais, jurídicas e científicas. Assim dispõe Renato Brasileiro Lima:

Por fim, considera-se interpretação progressiva (adaptativa ou evolutiva) como aquela que busca ajustar a lei às transformações sociais, jurídicas, científicas e até mesmo morais que se sucedem no tempo e que acabam por interferir na efetividade que buscou o legislador com a edição de determinada norma processual penal. (LIMA, 2020, p. 98).

No tocante à interpretação quanto ao resultado, tem-se a interpretação restritiva, declaratória e a extensiva. A interpretação restritiva se caracteriza pela redução do alcance da norma, em situações que a palavra vai mais além da vontade expressa em lei. Por sua vez, a interpretação extensiva é aquela em que o sentido das palavras deve ser ampliado para que se alcance o sentido do texto. A interpretação declaratória seria aquela em que o sentido e o alcance da lei correspondem exatamente ao que foi escrito no texto legal (CUNHA, 2016, p. 60).

Para que se compreenda a importância destes métodos interpretativos cumpre esclarecer que os mesmos irão impactar sobremaneira na aplicação das normas. O STF por vezes em seus julgamentos fixa a interpretação constitucional de um determinado termo a fim de preservar a lei que poderia padecer de inconstitucionalidade. No caso ora em análise, a tese estabelecida se fundou principalmente na interpretação da palavra racismo, conferindo-lhe interpretação conforme a Constituição em uma perspectiva de interpretação evolutiva.

6 Alguns autores, como Renato Brasileiro, compreendem a interpretação progressiva como uma interpretação quanto ao resultado.

Em matéria penal ganha especial relevo o alcance da interpretação, por isso, continuamente se faz referência à diferença entre interpretação analógica e a analogia. Esta última é método de integração do ordenamento jurídico visando suprir eventuais lacunas do ordenamento com a aplicação da regulamentação existente para casos semelhantes.

O uso da analogia *in malam partem*⁷ é inadmissível em matéria penal, tal como exposto anteriormente. Entende-se que as eventuais omissões na legislação criminal representam “espaços de licitude” (GUEIROS e JAPIASSÚ, 2015, p. 91).

No presente caso, importa esclarecer que as condutas delitivas praticadas em face dos integrantes de grupos LGBTI+ até o julgamento da ADO 26 e do MI 4733 se amoldariam aos tipos penais existentes. Por exemplo, um crime de lesão corporal com uma agravante genérica de motivo torpe (art. 129, combinado com artigo 61, II, alínea a, do CP). Esta tipificação, no entanto, não demonstra a natureza de crime de ódio que se verifica na prática (GUERREIRO, 2020).

Isto demonstra que para o tratamento mais assertivo em situações de violência direcionadas ao grupo LGBTI+ é necessária a especialização. Ou seja, uma lei penal com elemento especializante⁸, que indicasse explicitamente a questão de gênero ou orientação sexual, seria imprescindível para se verificar os índices desta violência com mais precisão. Estes registros viabilizariam o estudo e a promoção de políticas públicas direcionadas para evitar e combater estes crimes.

A interpretação analógica, por sua vez, é enunciada pelo próprio legislador reconhecendo-se incapaz de antever todas as hipóteses possíveis de determinadas condutas delitivas. Em razão disto, formula o dispositivo com uma sequência de exemplos seguido de uma formulação genérica, ou seja, não se trata de aplicar a lei para um caso assemelhado qualquer, mas sim de verificar a semelhança de determinado elemento do fato com os já descritos em lei.⁹

7 Em malefício (tradução livre).

8 Por exemplo o proposto no projeto de Lei nº7582/14 que tipifica os crimes de ódio e intolerância. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1254961&filename=PL+7582/2014. Acesso em: 25 Mar. 2021.

9 Por exemplo, o disposto no art. 121, §2º, III, do CP: “Art. 121 Matar alguém: (...) §2º Se o homicídio é cometido(...) III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura **ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum (...)**” (grifo nosso)

A análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal a respeito da criminalização da homofobia perpassa também a compreensão da interpretação utilizada. Alguns autores¹⁰ ao criticarem a decisão do STF argumentaram que esta representaria o uso da analogia para criar um tipo penal novo. Para Vecchiatti a interpretação feita pelo STF foi em verdade uma interpretação literal e evolutiva do termo racismo (VECCHIATTI, 2019).

Deve-se ter em mente que o termo raça é um termo equívoco, pois originalmente diferenciava os grupos humanos por questões biológicas expressas, principalmente, por cor de pele e características físicas. Ocorre que com o desenvolvimento da ciência a existência de raças humanas foi questionada e refutada. A compreensão do termo na atualidade somente é possível ao realizar uma análise histórica e também socialmente contextualizada identificando-o como expressão de exclusão, desrespeito e odiosa estigmatização.

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA

É inegável que os integrantes do grupo LGBTI+ são minorias que carecem de maior proteção. O Brasil em 2017 registrou significativo aumento no número de mortes de indivíduos LGBTI+ em relação aos números do ano anterior.¹¹ Desta forma, é clara a violação recorrente não apenas do direito à vida, mas igualmente violações aos direitos de liberdade de locomoção, liberdade de expressão, integridade física e psíquica, igualdade, liberdade de plena manifestação de sua personalidade, dentre outros. Este grupo confronta fortes discursos opostos e cotidianamente está diante do preconceito e da discriminação.

Partindo-se da premissa de que o direito penal é o ramo do direito que tem por objetivo proteger bens jurídicos considerados mais relevantes em determinada sociedade, entidades que representam

10 Dentre eles: Lênio Streck, Gustavo Badaró e Alex Santiago.

11 Este levantamento é realizado pelo Grupo Gay da Bahia. Esta organização há 38 anos faz os relatórios apontando a violência praticada contra os integrantes do grupo LGBT. Os dados do ano de 2017 demonstraram ter ocorrido um aumento de 30% nos homicídios praticados contra a população LGBT em relação ao ano anterior. Em 2017 foram contabilizadas 445 mortes, em 2016 foram registradas 343. Matéria completa no endereço: <<https://catracalivre.com.br/cidadania/brasil-mais-mata-lgbts-1-cada-19-horas/>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

esta minoria entendem que este grupo também precisa de proteção efetiva, por isso a importância da criminalização específica.¹²

JULGAMENTO DA ADO 26 E DO MI 4733

Analisando-se os julgamentos da ADO 26 e do MI 4733, resta claro que o direito penal foi considerado instrumento para assegurar os direitos fundamentais, no caso, especialmente do grupo LGBTI+. De acordo com a tese apresentada há mandado de criminalização constitucional, conforme previsto no dispositivo constitucional art. 5º, XLI, que assevera que a lei punirá quaisquer formas de discriminação¹³ e a mora legislativa em criar uma legislação própria caracteriza uma proteção insuficiente (ou deficiente).

Como já citado anteriormente, foi debatido e objeto de divergência entre os próprios ministros se a aplicação da Lei de racismo não se caracterizaria como analogia “*in malam partem*”. Tese fixada nos acórdãos entendeu que não haveria ofensa ao princípio da legalidade considerando que o termo racismo não mais é compreendido em sentido biológico, caracterizando distinções fenotípicas, mas sim, um conceito político-social tal como exposto por Vecchiatti:

E, se racismo é conceito político-social, também é o de raça, enquanto dispositivo político-social de poder, que visa garantir privilégios a um grupo dominante em detrimento de um desumanizado e inferiorizado grupo dominado, afirmado como “degenerado” e, assim, discriminado de maneira estrutural, sistemática, institucional e histórica, para o fim de estigmatizar, desqualificar moralmente, expulsar do convívio familiar ou até internar em hospitais psiquiátricos as minorias sexuais e de gênero (população LGBTI+), em prol de opressoras ideologias normalizadoras, mediante alterocídio discriminatório (...) (VECCHIATTI, 2019)

12 Estabelecendo uma comparação com as mulheres, como grupo também minoritário, observa-se que além da Lei Maria da Penha, foi estabelecido no âmbito penal o crime de homicídio qualificado denominado feminicídio (Lei nº13.104/2015). Ainda que sejam narrativas distintas na construção histórica da discriminação, evidencia-se que o direito penal é utilizado legitimamente para proteger ainda que de forma indireta os direitos fundamentais.

13 “Art. 5º (...) XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.”

A tese fixada pelo STF destaca que o conceito de raça diz respeito a sobreposição social de grupos de poder majoritários em face das minorias que acabam por ser subjugadas e marginalizadas.¹⁴

O STF certificou a mora do legislador e afirmou que enquanto não houver lei específica será aplicada a Lei de racismo. Neste ponto, Vecchiatti (2019) menciona que a interpretação dada ao termo foi cunhada no emblemático Habeas Corpus nº 82424/RS julgado anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no qual o Min. Mauricio Corrêa em seu voto afastou a ideia do conceito biológico de raça compreendendo na ocasião que o termo raça abarcaria grupo religioso (que não estava expressamente previsto na Lei de racismo à época do julgamento).¹⁵

Além desta adequação, o STF entendeu que os homicídios praticados contra os integrantes do grupo LGBTI+ devem ser considerados qualificados por motivo torpe, tal como preconiza o art. 121, §2º, I, do CP, e que o combate à homotransfobia não restringe as manifestações religiosas, desde que não se configurem discursos de ódio, incitando a violência e a discriminação.

Além das críticas ao mérito do julgamento, questionou-se o instrumento utilizado (CLÈVE, et al., 2014) visto que o mandado de injunção é uma ação constitucional com o objetivo de suprir, no caso concreto a ausência de regulamentação que inviabiliza o exercício de um direito e de liberdades constitucionalmente garantidas, bem como prerrogativas relacionadas à nacionalidade, à soberania e à cidadania, conforme disposto no artigo 5º, LXXI, CF.

A criminalização só poderia ser entendida como uma lacuna que inviabiliza o direito ao tratamento digno e ao exercício de liberdades de forma mediata ou indireta. Isto porque a previsão legal de uma conduta como crime teria um efeito dissuasório e intimidativo sobre os agentes homotransfóbicos (GUEIROS; JAPIASSÚ, 2015, p. 89).

Em sua decisão o STF abraçou a teoria concretista geral (FERNANDES, 2016, p. 596), ou seja, não apenas se limitou a

14 STF, ADO nº 26, Plenário, Ministro Relator Celso de Mello, Data do julgamento: 13.06.2019, dje.06.10. 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

15 STF, HC 82424/RS, Plenário, Min. Rel. para acórdão Maurício Corrêa, data do julgamento: 17/09/2003, dje. 19/03/2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false> Acesso em: 28 mar 2021.

identificar e notificar a mora do poder legislativo, mas supriu a omissão existente, assumindo uma postura mais ativa, o que no presente caso caracteriza: “feição mais disfuncional do chamado ativismo judicial (...)” (SANTIAGO, 2020, p. 218).

Não pairam dúvidas a respeito da urgência em garantir ao grupo LGBTI+ os direitos mais essenciais, como o direito à vida, à igualdade, ao tratamento digno e à liberdade, em todas as suas vertentes, entretanto ao se pleitear a criminalização considerando-a como um meio de erradicar a discriminação deve-se ter em mente que o direito penal como instrumento de controle social formal não é capaz de sozinho solucionar a homofobia.¹⁶

Uma das críticas feitas ao julgado aborda exatamente a falácia da proteção que se observa a partir da expansão do direito penal. Estatisticamente, a criminalização de condutas ou aumento de penas no longo prazo não se reflete na redução das práticas delitivas (MENDES, 2020). Não se pode ignorar que o direito penal e as instâncias de controle social formal possuem muitas limitações, como exemplo, pode-se mencionar as cifras ocultas da criminalidade, ou seja, os crimes que sequer são registrados.

Esta realidade demonstra como o alcance da devida investigação e consequente processo e punição pode ser diminuto. As ações contra a homotransfobia precisam ser mais amplas e efetivas a fim de que todos os direitos fundamentais desta minoria sejam preservados. Para tanto, o Estado deveria investir em mais ações preventivas como a realização de ações afirmativas, ações de conscientização, entre outras. (BADARÓ, 2019)

APLICAÇÃO DA LEI DE RACISMO

A decisão da ADO nº 26 e do MI nº 4733 também deve ser analisada no tocante à sua aplicação prática. Isto porque na ementa dos julgados menciona-se que:

PRÁTICAS HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS CONFIGURAM ATOS DELITUOSOS PASSÍVEIS DE REPRESSÃO PENAL, POR EFEITO DE MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO (CF, ART. 5º,

16 O que mudou após 1 ano de criminalização? Entrevista dos advogados Maria Eduarda Aguiar e Paulo Iotti ao site *Catraca Livre*. Disponível em: <<https://catracalivre.com.br/cidadania/o-que-mudou-apos-1-ano-da-criminalizacao-da-lgbtphobia-no-brasil/>>. Acesso em 23 mar 2021.

INCISOS XLI E XLII), POR TRADUZIREM EXPRESSÕES DE RACISMO EM SUA DIMENSÃO SOCIAL – Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989 (...) (STF, Plenário, ADO 26, Min. Rel. Celso de Mello, Data do julgamento: 13/06/2019, Dje:06/10/2020).

Não há referência específica em relação à adequação típica da injúria que utilize elementos de identidade de gênero e orientação sexual. Resta dúvida pois fala-se somente que as condutas “homofóbicas e transfóbicas reais ou supostas” se caracterizam como crimes de racismo.

Os fatos definidos como crime de racismo estão previstos na Lei nº 7.716/89, existem várias condutas que caracterizam o racismo e sempre houve um esforço da doutrina¹⁷ para diferenciar o que caracteriza os crimes de racismo (que implica um regramento bem mais grave) das condutas que se amoldam ao tipo penal de injúria por preconceito (art. 140, §3º, do CP), também chamado injúria racial.

Utiliza-se a palavra racismo de forma ampla, abarcando diversas condutas que ofendem e menosprezam os indivíduos de diferentes cores, raças, etnias, origens e religiões, no entanto, deve-se ter o máximo de prudência ao verificar se a conduta praticada se amolda aos tipos penais de racismo.

Para diferenciar o racismo da injúria preconceito deve-se compreender que os bens jurídicos tutelados são diversos. Se por um lado a injúria ofende a honra subjetiva e o decoro do indivíduo o racismo atinge a dignidade da pessoa, o direito à não segregação, à igualdade (em sua acepção substantiva) e a diversidade humana.

¹⁷ Em sentido contrário, destaca-se o entendimento dos tribunais superiores STF e STJ, em julgados como: AgRg no AResp nº 686965/DF, AgRg no Re 983531/DF, AgRg no AResp 734236/DF, que compreendem a injúria racial como uma forma da prática do racismo. Destaca-se ainda o Projeto de Lei nº4373/2020 que visa alterar a Lei de racismo para nele incluir a injúria racial.

Nucci afirma que a diferenciação é nebulosa e que ao se analisar o tipo penal do artigo 20 da Lei de racismo, por exemplo, pode-se verificar que sua descrição típica é ampla, abarcando inclusive o crime de injúria por preconceito (art. 140, §3º, do CP) (NUCCI, 2020). Ocorre que a tipificação do crime de injúria racial é mais específica que o racismo pois pressupõe um dolo específico (*animus injuriandi*) e tem por objetivo ofender a honra do indivíduo. Ou seja, em caso de conflito aparente de normas, o princípio da especialidade conduz para a aplicação do tipo previsto no artigo 140, §3º, do CP. Ademais a segregação existente nos crimes de racismo é realizada “por meio de ações concretas” (CUNHA, 2020, p.505).

Esta diferenciação é importante, pois o crime de racismo implica diversas consequências, tais como o caráter da imprescritibilidade e inafiançabilidade. Entendendo-se que os objetivos das práticas delitivas são diferentes é possível se estabelecer, então, uma distinção. Assim, se a intenção do agente com a prática da conduta discriminatória é se sobrepor a pessoa ofendida e segregá-la, o crime de racismo se configura; por outro lado, se for uma ofensa pessoal, deve-se compreender que ocorreu o crime de injúria por preconceito.

Importante esclarecer este ponto, pois o dito acima se difere da ideia de que a distinção entre os crimes reside apenas no fato de se direcionar para uma pessoa determinada ou para uma coletividade.

Para além deste debate, deve-se estar atento às teses fixadas pelo STF na ADO nº 26 e no MI nº 4733 ao determinar a aplicação da Lei nº 7716/89, o STF intenciona que a conduta seja analisada a fim de se verificar a adequação a algum dos tipos penais nela previstos. Ou seja, a aplicação da lei dependerá da apreciação em concreto do fato típico.

Como visto, e como destacado pelo STF, há mora do legislador em elaborar lei penal específica para a minoria LGBTI+ e a aplicabilidade da Lei de racismo deve ser utilizada enquanto persistir esta mora. Contudo, é preciso analisar concretamente se é uma conduta que se amolda ao crime de racismo ou de injúria racial.

Esta dificuldade de compreensão entre as distintas condutas ficou ainda mais clara após a decisão do STF, pois há menção de que toda conduta homotransfóbica será enquadrada nos tipos penais da Lei de Racismo, o que acaba por fragilizar a efetividade da decisão.

É inegável que os integrantes do grupo LGBTI+ são minorias vulneráveis que carecem de maior proteção, mas como visto, a decisão do STF gerou interpretações dúbias que acabam por violar também a legalidade no sentido de haver uma lei clara (princípio da taxatividade).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como exposto ao longo do presente estudo as decisões do Supremo Tribunal Federal na ADO nº 26 e no MI nº 4733 podem ser analisadas sob diversos aspectos. O aspecto de maior repercussão diz respeito ao mérito das decisões que entenderam ser cabível a equiparação dos crimes contra a minoria LGBT+ aos crimes de racismo.

Partindo-se da ideia de que o direito penal é instrumento reservado para a proteção dos bens jurídicos de maior relevância em determinada sociedade, é imperioso que as condutas criminosas praticadas em face das minorias sexuais sejam devidamente criminalizadas. No entanto, a solução fixada pelo STF ao julgar a questão não se mostrou adequada.

No direito penal é imprescindível que as condutas delitivas sejam previstas em lei em sentido formal e material. Ou seja, utilizar a Lei de Racismo por sua semelhança aos casos praticados contra a comunidade LGBT+ fragiliza a própria aplicação, pois gera confusão sobre a forma de enquadramento das condutas.

Como visto, existem diversas formas da prática do racismo. Considerar que todas as ofensas utilizando termos pejorativos constituem o crime de racismo do artigo 20 da Lei nº 7716/89 e não o crime de injúria por preconceito, tornam aquelas condutas imprescritíveis e inafiançáveis, gerando desproporcionalidade entre as condutas criminosas mais e menos graves.

Além das questões de mérito da decisão, também gera dúvidas o meio utilizado para provocar a atuação do STF. O mandado de injunção é ação constitucional prevista para resguardar direitos e liberdades que não estão sendo exercidas por força de ausência de norma regulamentadora. Por seu turno, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão declara a existência de omissão inconstitucional.

Originalmente estas ações tinham como finalidade identificar e sinalizar uma omissão que fere direitos constitucionalmente

estabelecidos. Ao longo dos anos foram surgindo flexibilizações a essa postura e se observou a consolidação da tese concretista em diversos casos, o que pode gerar excessos por parte do STF.

Como exposto, a criminalização de uma conduta demonstra socialmente o alto grau de reprovação da mesma, busca-se um efeito dissuasório sobre os indivíduos e a punição no caso da ocorrência do crime. Por isso, o efeito de garantir o direito à vida, à liberdade e à dignidade ocorre de forma mediata, por via indireta, visando impedir que os demais indivíduos pratiquem as condutas tipificadas.

É inegável que os atos preconceituosos e as condutas homotransfóbicas devem ser criminalizadas de forma específica, contudo para que se proteja efetivamente a vida, integridade e liberdade dos indivíduos LGBTI+ mais ações para a prevenção devem ser efetivadas.

Existem diversas formas de expressão do racismo, como por exemplo o racismo estrutural, e esta forma de discriminação geralmente é velada. Para estas práticas, o mais importante seria a implementação de políticas públicas direcionadas para as minorias, tais como o ensino para a diversidade, ações afirmativas, incentivos profissionais, entre outras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Andréia Fernandes de; SILVEIRA, Adinan Rodrigues da. O Multiculturalismo e a Defesa de Minorias e Grupos Vulneráveis na Perspectiva do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos e no Sistema Jurídico Brasileiro. In: CONPEDI/UFSC. v. XXIII.2014.. Florianópolis, 30 de abril a 2 de maio, 2014. Anais Direito Internacional dos Direitos Humanos I. p. 260-284. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9bbebcea7798629d>>. Acesso em:21 Mar. 2021.

AUN, Heloisa. Brasil é o país que mais mata LGBTs no mundo 1 a cada 19h. *Catraca Livre – Cidadania*. Em 17/05/2017 e atualizado em 23/07/2019. Disponível em:<<https://catracalivre.com.br/cidadania/brasil-mais-mata-lgbts-1-cada-19-horas/>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

BADARÓ, Gustavo. Legalidade penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo: Um truque de ilusionista. *Análise, Jota*. 25.05.2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/legalidade-penal-e-a-homofobia-subsumida-ao-crime-de-racismo-um-truque-de-ilusionista-24052019>>. Acesso em:29 mar. 2021.

Brasil. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7582, de 20 de maio de 2014. Define os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso III do art. 1º e caput do art. 5º da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostraintegra?codteor=1254961&filename=PL+7582/2014. Acesso em: 25 Mar. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 107, de 2 de julho de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm>. Acesso em 27 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. “Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm>. Acesso em: 21 mar 2021.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 4373, 27 de agosto de 2020. Altera o § 3º art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e insere o art. 2º-A à Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, tipificando como crime de racismo a injúria racial. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144385>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal e Processo Penal. Imprescritibilidade do delito de injúria racial. AgRg AResp nº 686965/DF, 6ª Turma, Min. Rel. Ericson Maranhão (Desembargador Convocado TJ/SP). Brasília, 18 de agosto de 2015. Dje. 31/08/2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500822903&dt_publicacao=31/08/2015>. Acesso em 23 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Agravo Regimental No Agravo Em Recurso Especial nº734236, 6ª Turma, Min Rel. Nefi Cordeiro. Brasília, 27 de fevereiro de 2018. Dje.08/03/2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501539751&dt_publicacao=08/03/2018>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 13 de junho de 2019, Dje: 06/10/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 4733, Rel. Min. Edson Fachin. Brasília, 13 junho de 2019, Dje: 29/09/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432699/false>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 82424/RS, Plenário, Min. Rel. para acórdão Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Dje. 19/03/2004. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>> Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº983531, Min. Rel. Luís Roberto Barroso. Brasília, 21 de agosto de 2017, Dje. 1/09/2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13501521>> Acesso em: 28 Mar. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. Código Penal para Concursos. 13ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

_____. Manual de Direito Penal – Parte Geral, Vol. Único, 4ª Ed. Rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 8ª Ed. Rev. Ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

GOMES, Tamiris; NICOLAU, André. O que mudou após 1 ano de criminalização? Entrevista dos advogados Maria Eduarda Aguiar e Paulo Iotti ao site *Catraca Livre*, em 13/06/2020. Disponível em: <<https://catracalivre.com.br/cidadania/o-que-mudou-apos-1-ano-da-criminalizacao-da-lgbtobia-no-brasil/>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

GUERREIRO, Fátima Maria Marins. O direito frente ao ódio: dois crimes contra LGBTI+ em Nova Friburgo. Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Disponível em: <[https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1512/O+Direito+frente+ao+%C3%93dio++Dois+Crimes+contra+LG+BTI++em+Nova+Friburgo+\(Cidade+da+Regi%C3%A3o+Serrana+do+Estado+do+Rio+de+Janeiro\)#_ftn3](https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1512/O+Direito+frente+ao+%C3%93dio++Dois+Crimes+contra+LG+BTI++em+Nova+Friburgo+(Cidade+da+Regi%C3%A3o+Serrana+do+Estado+do+Rio+de+Janeiro)#_ftn3)>. Acesso em: 23 mar. 2021.

LIMA, Renato B. de. *Manual de Processo Penal*. Vol. Único. 8ª Ed. Salvador: JusPodivm: 2020.

MEIRELLES, Flávia S. Leal de; PINTO, Iago Luiz Alves. A Homofobia sob a ótica do Direito Penal Brasileiro. In: MELLO, Cleyson de Moraes; PEREIRA, Antônio Celso A.; ALMEIDA NETO, José Rogério Moura de (Coord.) *Direitos Humanos - Cátedra Daisaku Ikeda*. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p.91-115.

MIRABETE, J. Fabbrini; FABBRINI, R. N. *Manual de Direito Penal*. 30ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Atlas: São Paulo, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Injúria racial uma prática do racismo: Uma nova abordagem. 14 de dez de 2020. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/12/14/injuria-racial-pratica-do-racismo/>>. Acesso: 21 mar. 2021.

RODAS, Sérgio. “Não há evidência empírica que o aumento de pena reduza crimes” Entrevista do professor da FGV André Mendes ao site *Conjur*. Em 12 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-12/entrevista-andre-mendes-advogado-professor-fgv-direito-rio>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

SANTIAGO, Alex. O Julgamento Da Ado Nº 26/Df E A Criminalização Da Homotransfobia Pelo STF: Avanço Ou Retrocesso Em Garantias? In: PEREIRA JR. Antonio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos. (Org.) *Supremos Erros: Decisões Inconstitucionais do STF*. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020, p. 207-221.

SCIULO, Marília Mara. O que significam as letras da sigla LGBTQI? Sociedade. *Revista Galileu*. 17 mar de 2020 atualizada em 30 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2020/03/o-que-significam-letras-da-sigla-lgbtqi.html>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *Curso de Direito Penal: parte geral*, 2ª Ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CLÈVE, Clèmerson M; COUTINHO, Jacinto Nelson de M.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio Luiz; PANSIERI, Flávio. Perigo da Criminalização Judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. *Revista Consultor Jurídico, Senso Incomum*, de 21 de agosto de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em: 22 mar. 2021.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O STF não legislou nem fez analogia ao considerar Homofobia como Racismo. *Revista Consultor Jurídico*. 19 ago 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo>>. Acesso em: 21 mar. 2021.

• CAPÍTULO 5 •

QUEM PAGA A CONTA? PONDERAÇÕES SOBRE UMA DECISÃO JUDICIAL EM VISTA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA VERSUS DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Giovana de Oliveira Fistarol

ORCID: 0000-0002-4259-6565

Isabel Cristina Ribeiro dos Reis

INTRODUÇÃO

É inegável o aumento na complexidade das relações humanas. Essa complexidade, por vezes, resulta em conflitos, os quais chegam ao Judiciário em busca de solução. Nem sempre a legislação consegue acompanhar o passo das mudanças sociais e dessas novas interações, tendo o Judiciário que solucionar lides sem o embasamento de um suporte legal que se encaixe perfeitamente ao caso concreto em questão. Quando isso ocorre, existem métodos hermenêuticos que devem ser usados para preencher lacunas legais existentes, sendo que um deles seria o uso dos princípios constitucionais.

Quando mais de um princípio pode ser aplicado ao caso concreto, pode haver colisão de princípios, que pode ser solucionada através da técnica da ponderação dos valores em questão, devendo prevalecer o de maior peso (MORAIS, 2018).

Neste artigo discutiremos um caso concreto que envolve a colisão de dois princípios: a segurança jurídica e o princípio do melhor interesse do menor. Faremos isso analisando a sentença de uma ação de alimentos com reconhecimento de paternidade. No caso, o juiz, pelas provas apresentadas, não pôde aferir com certeza a paternidade, pois o possível pai tinha um irmão gêmeo univitelino, sendo que o exame de DNA, conseqüentemente, apresentou resultado positivo para ambos. Os dois irmãos atribuíram a paternidade um ao outro durante o processo.

O Princípio da segurança jurídica possui conexão direta com os direitos fundamentais e com determinados princípios que dão funcionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro, tais como, a irretroatividade da lei, o devido processo legal e o direito adquirido (CHACON, 2003). Estando no patamar dos direitos fundamentais, passa a ser obrigação do Estado garantir segurança jurídica ao cidadão, não permitindo que ele fique à mercê de decisões arbitrárias, não fundamentadas e que vão contra o texto legal. Além disso, ao servir como fundamento ao devido processo legal e ao direito adquirido, a segurança jurídica é um dos pilares que compõem o Direito como ciência e o nosso sistema legal, devendo ser considerada tanto na formação do sistema jurídico (i.e., processo legislativo), quanto no processo de tomada de decisões.

Para Reale (2002), o princípio da segurança jurídica caminha junto com a ordem, a obrigatoriedade da aplicação do direito e da definição do que é lícito ou ilícito (para as pessoas poderem definir seu comportamento ou aceitarem as consequências deste). A segurança jurídica, juntamente com a justiça e o fim, formariam o tripé de validade da norma.

Por sua vez, o princípio do melhor interesse do menor está acolhido na Convenção Internacional dos Direitos da Criança da ONU, ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710/90. Além disso, este princípio está implícito no art. 227 da Constituição Federal (CF), como leciona Barboza (2000) e, também no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seu artigo 1º. Barboza ensina que, em função da constitucionalização desse princípio, ele passou a reger as relações familiares que envolvam a criança e o adolescente, devendo ser considerado quando tratamos, e.g., dos institutos da filiação, do estabelecimento da paternidade e do pátrio poder.

Nesse estudo, analisaremos a decisão judicial mencionada e a colisão entre os princípios da segurança jurídica (apesar deste não ter sido abordado pelo juiz) e do melhor interesse do menor. Além disso, analisaremos, brevemente, outros fundamentos usados pelo juiz para proferir a sentença.

METODOLOGIA

Este artigo trata-se de um estudo de caso referente a uma ação de alimentos com reconhecimento de paternidade. Iremos, primeiramente, descrever os fatos em questão, partindo, então, para a análise da decisão, considerando os principais pontos usados para fundamentar a sentença: a má-fé, a multiparentalidade e o princípio do melhor interesse do menor. O ponto fundamental do exame é a ponderação entre os princípios da segurança jurídica e do melhor interesse do menor. No caso em questão, o juiz decidiu com base neste segundo princípio. Entretanto, entendemos que ao menos deveria ter sido feita a ponderação entre os dois princípios mencionados, já que a decisão afeta a segurança jurídica.

Diante da ponderação entre princípios, deve-se considerar o de maior peso. Deixamos aqui considerações sobre os efeitos desse sopesamento para o caso concreto em questão e, de forma mais ampla, para decisões futuras, já que a segurança jurídica afeta não somente o caso particular, mas a aplicação do direito como um todo.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

CONTEXTO DA AÇÃO JUDICIAL ANALISADA

Para que se possa analisar a decisão do juiz, é preciso conhecimento dos fatos discutidos no caso concreto. O caso versa sobre ação de alimentos com reconhecimento de paternidade ajuizada por menor, representada por sua genitora, em face de dois réus, irmãos gêmeos. Por se tratar de uma ação que envolve menor e corre em segredo de justiça, temos acesso somente à decisão de primeira instância (de 21 de março de 2019), na qual o nome das partes encontra-se oculto. A autora formulou pedido de reconhecimento de paternidade e alimentos em face do que chamaremos de “irmão A”, réu inicial da ação, sob a alegação de que sua genitora manteve relacionamento amoroso com ele, do qual resultou seu nascimento.

A genitora e o irmão A realizaram de livre vontade o exame de DNA, ambos resultando positivo. Porém, durante audiência de conciliação, o irmão A apresentou nova versão dos fatos, alegando

não ter tido relacionamento com a genitora. Pelo contrário, afirma que quem manteve relacionamento foi seu irmão, que chamaremos de “irmão B”. A partir desse momento, lança-se a dúvida sobre qual dos irmãos realmente manteve um relacionamento com a genitora, sendo essa, exatamente, a intenção do irmão A.

Baseado nos fatos relatados na decisão do juiz, fica claro que a genitora acreditava ter tido um relacionamento com o irmão A, e apenas com este. Por isso, nas alegações finais, a autora volta a colocar como pedido principal o reconhecimento de paternidade do irmão A, mesmo após a inclusão do irmão gêmeo (irmão B) como réu da ação.

Aqui chamamos atenção para o fato de que, se quem manteve relacionamento com a genitora foi, na verdade, o irmão B, os dois irmãos agiram desde o começo de má-fé, pois o irmão B usava a identidade do irmão A junto à genitora, sendo que esse sabia do fato, pois chamou o irmão ao processo, alegando ser B o pai da criança.

A partir dos novos fatos trazidos pelo irmão A durante a audiência de conciliação, foi feito um novo exame de DNA com o irmão B para aferir paternidade, o qual também resultou positivo, já que ambos são gêmeos univitelinos. O irmão B tornou-se réu da ação, juntamente com seu irmão, apesar de a genitora não aceitar esses novos fatos. Em sua defesa, o irmão B alega não ter mantido relações com a genitora, que o irmão A estaria usando desse subterfúgio para “enrolar” o pagamento dos alimentos. Ambos os irmãos requereram a realização de um “*Twin Test*”, exame que poderia confirmar a paternidade quando se trata de dúvida entre irmãos gêmeos. Porém, o juiz afastou essa possibilidade devido ao alto custo do teste, às partes alegarem não terem condições de arcar com o mesmo e à possibilidade de ele resultar inconclusivo por se tratar de gêmeos univitelinos. Nas alegações finais, ambos irmãos negam a paternidade, atribuindo esta, respectivamente, um ao outro.

Em sua sentença, o Juiz decidiu por atribuir a paternidade a ambos os irmãos sob os seguintes argumentos: i) ambos utilizaram de má-fé durante o relacionamento com a genitora, comportamento que parece ser corriqueiro; ii) ambos agiram com má-fé ante a genitora e durante o processo para se esquivarem da obrigação de alimentos;

iii) a justiça não pode dar guarida a quem tenta beneficiar-se da própria torpeza para obter vantagem e iv) usando o conceito de multiparentalidade.

Sobre a multiparentalidade alega que *“o conceito de família não deve ser realizado de forma técnica e imutável, pelo contrário, deve ser extraído do contexto social, jurídico e psicológico, no âmbito da sociedade e levando-se em consideração a consciência coletiva da atualidade. Assim, diz-se que família é gênero, que, por sua vez, comporta diversas modalidades de constituição, devendo todas ser objeto da proteção do direito”*.

Alega também o princípio da plena proteção das crianças e adolescentes e que a solução que melhor atende aos interesses da criança é a da multiparentalidade, não por afinidade, mas biológica ou genética. E, uma vez estabelecido que ambos os irmãos deveriam assumir a paternidade, vem atrelada a obrigação de alimentos. Foi fixado para cada réu o valor de 30% do salário mínimo, além de 50% das despesas médicas, farmacêuticas, odontológicas, escolares, roupas e calçados.

ANÁLISE DA DECISÃO

O objetivo principal deste trabalho é analisar a colisão entre os princípios da segurança jurídica e do melhor interesse do menor. Antes, porém, de adentrar a essa questão, iremos apresentar uma análise breve sobre os dois outros fundamentos apresentados pelo juiz: a má-fé e a multiparentalidade.

Má-fé

A má-fé pode ocorrer em fase pré-processual, ou seja, pode fazer parte dos fatos geradores do conflito, podendo acarretar danos (morais ou materiais) e conseqüente o dever de indenizar. Pode ocorrer também durante o processo, quando é considerada litigância de má-fé, sendo este, ato atentatório à dignidade da justiça resultando em multa, na indenização pelos prejuízos sofridos pela parte contrária e no pagamento dos honorários advocatícios e de todas as despesas que foram efetuadas (art. 81, CPC).

Para verificar a ocorrência de má-fé (se ela ocorreu e quando), precisamos considerar dois possíveis cenários, uma vez que não ficou provado no processo se realmente os dois irmãos mantiveram relacionamento com a genitora, usando de engodo (má-fé) para se fazerem passar um pelo outro, ou se somente se valeram da má-fé no âmbito processual. Esses dois cenários servirão também para as análises posteriores.

No primeiro cenário, os dois irmãos realmente agiram de má-fé perante a genitora desde o relacionamento amoroso, ambos usando a identidade do irmão A para se relacionarem com esta. O entendimento do juiz parece ser nesse sentido, uma vez que, argumenta ele, este seria um comportamento reiterado dos irmãos. Neste cenário, devido à fraude empregada pelos irmãos, fica evidente a violação à liberdade sexual e à livre manifestação da vontade da genitora, o que acarreta dano moral, cabendo ação de indenização que seria ajuizada pela ofendida. Aqui, inclusive, apesar de estar fora do escopo de discussão desse artigo, cabe mencionar que o artifício (fraude) usado para manter relações sexuais com a genitora poderia enquadrar-se no art. 215, do Código Penal, violação sexual mediante fraude (*“ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça, ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”*).

No segundo cenário possível, a genitora manteve relacionamento apenas com irmão A, que passa a agir de má-fé posteriormente, durante o processo, acusando seu irmão B de ser o pai, com o intuito de obstruir a justiça e não arcar com os alimentos. O irmão A, portanto, age com má-fé processual (litigância de má-fé) a qual é proibida pelo art. 79 do Código de Processo Civil e acarreta obrigação de responder pelas perdas e danos causados por tal ato, além de multa.

O que queremos salientar aqui, em relação à decisão tomada, é que, apesar de o juiz ter usado a má-fé como argumento para imputar a paternidade a ambos os irmãos, talvez este fundamento não seja completamente apropriado.

Para que ocorra responsabilização civil é preciso que estejam presentes os elementos do ato ilícito, trazidos pelo art. 186 do Código Civil, i.e., que haja uma ação ou omissão, negligência ou imprudência,

que tenha ocorrido um dano e que este tenha sido decorrente de um daqueles atos, ou seja, que haja um nexo causal entre as condutas e o dano. Embora todos os elementos sejam importantes e necessários para caracterizar a responsabilidade, muitos autores consideram o nexo causal como elemento fundamental.

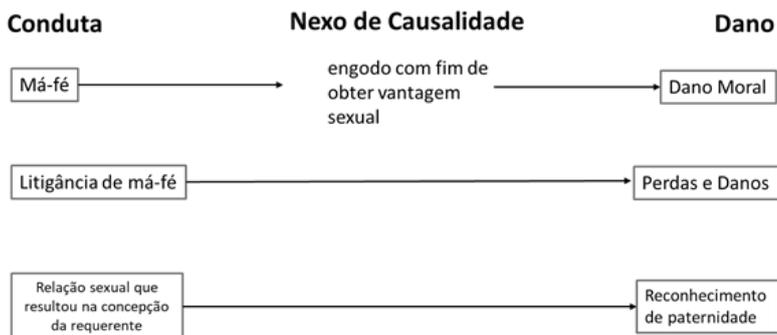
Nem sempre é fácil estabelecer as condutas geradoras do dano, por isso muito se discutiu pela doutrina a melhor forma de estabelecer esse nexo, sendo que várias teorias foram desenvolvidas. Segundo Tartuce (2018), prevaleceria no nosso ordenamento a Teoria da Causalidade Adequada, pela qual não basta que haja culpa e que haja um dano, é necessário que aquela conduta específica que se está analisando seja imprescindível para a ocorrência do dano específico em questão. Dessa forma, conforme ensina Pereira (2018):

“o juiz tem de eliminar fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na sua ausência, o prejuízo ocorreria. Após este processo de expurgo, resta algum que, “no curso normal das coisas”, provoca um dano dessa natureza [...] assim, faz salientar na multiplicidade de fatores causais, aquele que normalmente pode ser o centro do nexo de causalidade, eliminando os demais”.

Isto tendo sido analisado, a má-fé utilizada para enganar a genitora durante o relacionamento amoroso acarreta danos morais e ação de indenização, enquanto a má-fé processual acarreta litigância de má-fé com as consequências dadas pelo artigo 81 do CPC. Porém, essas condutas, apesar de reprováveis, não serviriam para se determinar a paternidade da criança, a qual decorreu da relação sexual de um dos irmãos e que necessitaria ser determinada com precisão através de teste específico.

Cada conduta é conectada a uma consequência específica pelo nexo causal. Logo, o nexo causal pode ser representado por uma linha que liga a conduta a sua consequência jurídica, conforme figura a seguir (Fig. 1).

Figura 1. Nexo de Causalidade entre as condutas praticadas pelos irmãos gêmeos do caso concreto em análise e o dano gerado por esta conduta



Multiparentalidade

Para atribuir a paternidade a ambos os irmãos, o juiz usa o conceito de multiparentalidade, alegando que:

“o conceito de família não deve ser realizado de forma técnica e imutável, pelo contrário, deve ser extraído do contexto social, jurídico e psicológico, no âmbito da sociedade e levando-se em consideração a consciência coletiva da atualidade. Assim, diz-se que família é gênero, que, por sua vez, comporta diversas modalidades de constituição, devendo todas ser objeto da proteção do direito”.

Afirma, ainda, que deve ser instituída a multiparentalidade, não por afinidade, mas biológica ou genética, e em sua argumentação usa os ensinamentos de Gagliano e Pamplona. Porém, estes, em seus ensinamentos (Stolze e Pamplona Filho, 2020), referem-se à multiparentalidade afetiva. Ou seja, dois pontos devem ser esclarecidos sobre a multiparentalidade: a sua definição e uso pela doutrina e a possibilidade de ampliação desse conceito.

A multiparentalidade afetiva vem sendo adotada pela doutrina e nas decisões, à luz da nova dimensão dada à família, para garantir aos filhos um vínculo jurídico que já ocorre no nível afetivo e fático.

Isto é, quando há uma relação entre a criança/adolescente e uma pessoa que passa a exercer a função de pai ou mãe estabelecendo vínculos afetivos, mesmo não sendo biologicamente relacionado ao menor. Ela visa assegurar juridicamente uma situação que já ocorre de fato; garante à criança ou adolescente a possibilidade de ter registrada a filiação dessa pessoa com quem criou esse vínculo, sem ter que renunciar à sua filiação biológica. Com esse registro, a criança passa a ter todos os direitos daí advindos para com todos os pais/mães registrados, como, e.g., os assegurados pelo art. 16, I, da Lei 8.213/91.

Porém, deve-se salientar que a multiparentalidade não traz apenas direitos à criança, ela traz também obrigações (e.g., os pais também se tornam sucessores legítimos do filho, passam a ter direito a alimentos), além de poder gerar problemas relacionados à coexistência de multiparentalidade biológica e afetiva. Exemplos desses problemas podem acontecer na hora de conceder emancipação, autorizar casamento, ser usufrutuário e no exercício de tutela. Logo, o Judiciário deve ser criterioso na hora de conceder a multiparentalidade.

A atitude adotada pelos tribunais é conceder multiparentalidade quando esta for adequada ao melhor interesse da criança. Por exemplo, no julgamento do RE 898.060/SP, em que o pai biológico queria desincumbir-se das obrigações parentais devido à existência de uma paternidade socioafetiva, a multiparentalidade foi concedida, pois era do melhor interesse do menor. Além disso, o pai biológico não pode descartar sua paternidade por mera conveniência, prevalecendo também, dessa forma, o princípio da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, como afirma o Min. Marco Aurélio Bellizze, relator do REsp 1674849/RS:

“O reconhecimento de vínculos concomitante de parentalidade é uma casuística, e não uma regra, pois, como bem salientado pelo STF [...], deve-se observar o princípio da paternidade responsável e primar pela busca do melhor interesse da criança”.

Dessa forma, no julgado mencionado, o pedido de inclusão do pai biológico no registro foi negado, pois, nesse caso, não atendia aos melhores interesses da criança. Aqui, a genitora buscava uma aproximação forçada entre a criança e o pai usando a criança para tal fim. A utilização da criança para se atingir uma finalidade vai contra os preceitos fundamentais que caracterizam a dignidade da pessoa humana, consagrada na nossa Constituição e já afirmado por Kant: *“o homem existe como um fim em si mesmo, e não apenas como um meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade”* (Kant, impressão 2002).

No caso aqui analisado, essa discricionariedade na aplicação da multiparentalidade se faz ainda mais necessária tendo em vista que os dois pais que foram obrigados a reconhecer a paternidade não a desejavam, pelo contrário, rejeitavam a criança. Como agravante no caso em questão, além da falta de afetividade, um dos “pais” não possuía sequer o vínculo biológico com a criança. Vale, portanto, analisar aqui a decisão do juiz de ampliar o conceito de multiparentalidade. Enquanto a multiparentalidade é usada para incluir pais/mães por vínculo afetivo, no caso aqui apresentado o juiz foi na direção oposta, usando o conceito de multiparentalidade para justificar o reconhecimento de paternidade biológica (verdadeira, entretanto, somente para um dos irmãos).

Além do benefício material que é de suma importância (mas não deveria ser o único), nenhum outro benefício foi atingido pela decisão. Pode-se pensar, inclusive, que a sentença terá efeitos contrários: ao sentenciar a questão (se não for interposto recurso), encerra-se a possibilidade de buscar outros meios, com o auxílio judicial, de aferir com certeza paternidade biológica. Isto sim garantiria o direito do menor formar sua identidade.

O direito de conhecer sua origem biológica também está garantido na legislação infraconstitucional, no art. 48 do Estatuto da Criança e Adolescente, e visa a satisfazer uma necessidade psicológica da criança. Queremos dizer com isto, que o reconhecimento da paternidade biológica já era um direito assegurado à criança, não sendo necessário recorrer ao conceito de multiparentalidade, que não se aplica ao caso, para justificar a mesma.

Assim sendo, a criança passará a vida sem saber quem é seu pai verdadeiro, mas carregando o ônus de estar ligada judicialmente a duas pessoas que a rejeitam, sendo que com uma delas não há ligação afetiva e nem biológica. Tanto o Ministério Público, como o próprio juiz, que têm certa discricionariedade para buscar provas, poderiam ter proposto a realização do exame de DNA “*Twin Test*”, o qual traria a possibilidade de averiguar com certeza a paternidade.

PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA VERSUS O DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

O princípio do melhor interesse do menor deve orientar tanto o Legislador quanto o aplicador da norma e visa a garantir que toda decisão que envolva interesses de menores seja tomada objetivando atingir o maior benefício a estes. Este princípio talvez tenha sido o ponto basilar a fundamentar a sentença do caso analisado. Isto porque, uma vez não determinada a real paternidade para o caso, a alternativa seria não conferir a paternidade a nenhum dos irmãos, o que deixaria a menor desamparada economicamente. Entretanto, como afirma Curi Neto (2019), “*apesar da decisão aflorar um certo perfume de justiça, ela vem inebriada com o odor de justiça*”. O justicamento ocorre ao condenar à paternidade um dos irmãos sem que haja nexos de causalidade.

A lógica empregada pelo juiz é óbvia e até mesmo compreensível. O juiz considerou que, ante a dificuldade de se determinar com certeza qual seria o verdadeiro pai biológico da criança, o que acarretaria a impossibilidade de se conceder alimentos, seria do melhor interesse da menor conferir a dupla paternidade, garantindo o suporte econômico a ela devido. Entretanto, pelos fundamentos apresentados na sentença, não foram consideradas possíveis consequências que a decisão teria para a segurança jurídica.

A segurança jurídica tem duas naturezas: de princípio do Direito e de função do Direito. O Direito possui várias funções na sociedade, como de pacificação, integração, legitimação do poder e, também, de conferir segurança jurídica. Esta aparece da necessidade de a sociedade ter regras certas e previsíveis, i.e., estabilidade jurídica. É necessário que cada um possa prever as consequências de seus

atos, de forma a poder orientar suas condutas (Medauar, 2008). Tal função aparece em alguns dispositivos constitucionais (e.g., art. 5º, II – *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*; e inciso XXXIX – *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*), ambos tradução do princípio da legalidade e que cumprem a função do Direito de conferir segurança jurídica à sociedade.

Como princípio, pode ser extraído do art. 5º, XXXVI da CRFB (“*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”) e do art. 6º da LINDB (“*a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada*”), pois conforme leciona Reale (2002) uma das fontes dos princípios gerais do Direito é o simples fato de eles estarem implícitos na legislação positiva, da qual podem ser extraídos por um processo de indução e abstração. Dessa forma, os princípios gerais do direito são as ideias basilares sobre as quais se fundamentam todas as outras normas e orientam tanto o Legislador, que deve segui-los na formulação das leis, quanto os aplicadores do direito diante de um caso concreto.

Entretanto, os princípios, pela sua própria natureza, têm caráter amplo, generalista, por isso deve haver cautela na hora de sua aplicação e uma perfeita identidade entre situação e aplicação, sob o risco de ir contra a própria função de gerar segurança jurídica, criando uma contradição ao próprio princípio, i.e., um paradoxo. Assevera Canotilho (1999) que:

“os indivíduos têm o direito de poder contar com o fato de que aos seus atos ou às decisões públicas concernentes a seus direitos, posições ou relações jurídicas fundadas sobre normas jurídicas válidas e em vigor, se vinculem os efeitos previstos e assinados por estas mesmas normas”.

A resposta correta - Existe uma?

Um dos pilares da obra de Ronald Dworkin (2002) é a possibilidade de encontrar-se a resposta correta. Tal noção aplica-se

quando, cumulativamente: i) não existe uma resposta clara para a questão; ii) não é possível reconhecer a intenção da lei; e iii) há precedentes judiciais em diferentes direções. E o direito como integridade, segundo Dworkin, permite alcançar este resultado.

A questão, entretanto, não é unânime no pensamento jurídico. Eros Grau nega veementemente a tese da única resposta correta, assentando que o próprio “juiz Hércules”, de Dworkin, teria dificuldade de encontrar a resposta ideal, “*pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe*” (GRAU, 2005).

Para ele:

“Não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven: a Pastoral regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas – e corretas.”

A verdade é que cada intérprete, segundo Grau, possui distintas pré-compreensões, compreensões e capacidades de inteligência do texto normativo. Assim, não há princípios, não há argumentação, não há regras que permitam encontrar a única resposta correta. Além disso, o direito está sempre em evolução, e o texto jurídico deve “*ser compreendido em cada momento e em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta*”. (GRAU, 2005).

Na lição de Grau, o direito é um dinamismo, no qual “*a realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento*”. Por isso, a interpretação do direito configura processo de contínua adaptação dos textos ao contexto social (GRAU, 2005).

O Professor Lenio Streck também contesta veementemente a noção de discricionariedade, pois as decisões dos casos difíceis ficam ao arbítrio exclusivo do julgador. Assim, Streck apresenta ajuste à ideia de resposta correta de Dworkin, pois entende que “a resposta (decisão) não é nem a única, nem a melhor: simplesmente se trata ‘da resposta adequada à Constituição’, isto é, uma resposta

que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma”. (STRECK, 2010).

Ainda, para Streck:

Essa resposta (decisão) não pode – sob pena de ferimento do ‘princípio democrático’ – depender da consciência do juiz, do livre convencimento, da busca da ‘verdade real’, para falar apenas nesses artificios que escondem a subjetividade ‘assujeitadora’ do julgador (ou do intérprete em geral, uma vez que a problemática aqui discutida vale, a toda evidência, igualmente para a outra doutrina).

A questão se torna importante porque, conforme já mencionado, Dworkin afirma que todos os litigantes possuem seus próprios direitos. Por isso, na decisão judicial, o direito de uma parte deve ceder em prol do direito de outra parte, daí a necessidade de haver uma justificação decisória adequada. Assim, Dworkin entende que, em princípio, para cada caso existe uma resposta correta. Mas também admite que em algumas situações existam juízos de empate, nos quais é possível justificar o direito do requerente ou o direito do requerido (DWORKIN, 2002).

Ponderação entre os princípios

Portanto, diante de toda abordagem, chegamos ao cerne da discussão e à questão de mais difícil avaliação: a ponderação entre os princípios da segurança jurídica versus o do melhor interesse do menor. O que é mais importante? Garantir os direitos da criança à alimentos, ou não lesar a segurança jurídica (a qual é violada quando se afere um dano sem que haja nexos e quando se condena alguém por um ato ilícito que não cometeu)? O nosso senso de proteção à criança, baseado num senso comum, conduz-nos à tendência de proteger os interesses da criança: esta não pode ser prejudicada, ficando sem a garantia econômica a qual teria direito.

Entretanto, o Direito existe para nos tirar do julgamento baseado no senso comum, o qual é frágil, mutável tanto no tempo quanto socialmente, e nem sempre justo. Logo é necessária uma

ponderação mais profunda entre esses princípios para que se chegue a um posicionamento mais adequado.

É necessário ponderar os possíveis efeitos negativos de uma sentença, contra os efeitos negativos gerados pela insegurança jurídica causada pela reiteração de decisões equivocadas nos tribunais, as quais afetam toda a sociedade. Nesse sentido alerta Theodoro Jr. (2006) que a paz social (outra função do Direito) é atingida através da segurança jurídica. Sem segurança, os indivíduos deixam de confiar no Direito e a paz social, que seria alcançada ao se delegar ao Direito a função de solução dos conflitos, fica ameaçada. Corre-se o risco de retornar a autotutela em desfavor às soluções jurídicas. Continua alertando Theodoro Jr. que *“um Estado que abre mão da segurança em sua organização não pode, por conseguinte, ser qualificado como um Estado de Direito. Será, isto sim, um Estado caótico”*. Por conseguinte, é necessário realizar essa ponderação, por mais dura que seja.

Já discutimos anteriormente que ter preponderado o melhor interesse do menor trouxe uma segurança econômica à criança. Contudo, também trouxe alguns ônus a esta, ao conferir paternidade a uma pessoa que não possui nenhum tipo de vínculo com a criança, nem afetivo, nem biológico.

Entendemos que a melhor solução, a que produziria os maiores benefícios para a maioria dos envolvidos (nos moldes de uma solução utilitarista, conforme a visão de Beauchamp e Childress, 2002 (*“o ato correto em cada circunstância é aquele que produz o melhor resultado global, conforme determinado por uma perspectiva impessoal que confere pesos iguais aos interesses de cada uma das partes afetadas”*)), seria ter determinado a produção de provas adicionais que pudessem comprovar com certeza a paternidade da criança. Atingindo-se o objetivo de aferir a paternidade, essa decisão traria vários benefícios. Embora a determinação da paternidade não assegure a afetividade do pai em relação à criança, pelo menos asseguraria a certeza de sua identidade biológica, a segurança econômica buscada pelo juiz, e traria um vínculo jurídico com seu real pai biológico com todos os direitos legais daí advindos. Além disso, atrelaria a criança a uma pessoa com quem, embora não haja laços afetivos, pelo menos se verificam laços biológicos.

O único senão dessa decisão ocorreria no caso de impossibilidade de determinação do verdadeiro pai biológico, mesmo com a realização do *Twin Test*, se o teste resultasse inconclusivo. Porém, mesmo nesta situação, ainda caberia condenar os irmãos por danos morais e litigância de má-fé, a qual daria a menor e à sua família um certo amparo econômico, sem cometer a injustiça de conferir paternidade sem fundamento biológico ou afetivo que a justifique, nem mesmo a injustiça de atrelar a criança a uma pessoa com a qual não teria nenhum laço.

Se ainda considerarmos que a consequência da litigância de má-fé inclui a indenização pelos prejuízos sofridos, caberia inclusive a fixação de uma indenização compensatória pelos alimentos que a menor deixará de receber em virtude da litigância de má-fé praticada pelos dois irmãos. Isto chegaria perto de se atingir a segurança econômica buscada pelo juiz ao decidir proteger o melhor interesse da menor, porém sem incorrer na injustiça acima mencionada.

É correto afirmar que, neste caso, a criança ficaria sem direitos sucessórios. Infelizmente nem sempre a justiça é atingida em todo seu potencial, mas não se pode tirar direitos ou condenar um inocente em nome de garantir direitos de outrem. Isso fere a segurança jurídica. Apesar de ser negativo quando a justiça não é totalmente atingida em uma ação (não se achou o pai da criança e ela não é herdeira), os efeitos negativos para toda a sociedade, a longo prazo, da instauração de insegurança jurídica e quebra do contrato social, são muito piores.

A decisão aqui analisada, ao ferir a segurança jurídica tem consequências sociais que é a descrença no sistema judiciário, ou numa análise mais profunda, no próprio Direito, pois é deste que emanam as normas materiais e formais que deveriam orientar as decisões do Judiciário. Se o Direito é o que garante a paz social, a legitimação do poder e as garantias individuais, a quebra de confiança neste significa a quebra de confiança na Justiça.

Por tudo isso é que sustenta Theodoro Jr. (2006):

“sendo do Direito a tarefa de estruturar e viabilizar a convivência social, [...] por mais que se proclame que certos valores são supremos e invioláveis, sua efetiva implantação na vida

em sociedade somente se tornará realidade se as estruturas jurídicas contarem com um sistema normativo confiável e sobretudo seguro. [...] Como, portanto, imaginar a vida em paz e harmonia se não se preocupar com a segurança nas relações implantadas sob a égide do Direito?”

Não queremos dizer que o princípio da segurança jurídica seja supremo. Como todo princípio, quando ocorre a colisão com outro, deve-se analisar o caso concreto realizando a ponderação entre os princípios para a situação fática específica. Por isso entendemos como deve ter sido difícil a decisão tomada no caso, já que envolvia a segurança econômica de uma criança. Porém, dada a relevância da segurança jurídica para a manutenção do Estado Democrático de Direito, leciona Theodoro Jr. (2006) que *“a proteção da segurança jurídica só se esvai quando se depara com a necessidade de proteção de outros princípios classificados como supremos na estrutura do Estado de Direito Democrático”*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho não é uma crítica direcionada à atuação jurisdicional do caso em questão, mas visa a realizar uma análise, usando os pontos relevantes deste caso concreto, da questão da insegurança jurídica verificada em nossos tribunais.

A existência de regras que regulam a interpretação e integração de lacunas da lei tem por objetivo evitar que a interpretação das normas seja feita de acordo com critérios subjetivos e arbitrários, ficando dependentes do seu intérprete. Não pensamos que a decisão do juiz tenha sido arbitrária. Sua intenção foi beneficiar a criança. Porém, houve falha de ponderação, ao estabelecer as condutas e as consequências de cada uma destas e em avaliar as consequências dos atos, tanto para as partes quanto para terceiros.

Houve a atribuição de uma consequência sem que houvesse vínculo de causalidade, a qual é uma das premissas básicas para se estabelecer obrigações civis. Toda decisão legal tem consequências sociais, contribuindo para a confiança ou descrédito nos tribunais e,

pior, na Justiça e no Direito. A mensagem que é passada é que pode se estabelecer responsabilidades no âmbito civil sem que haja nexo de causalidade entre o resultado e ações praticadas pelas pessoas. Nesse caso, como elas vão saber o que podem ou não fazer?

Peixoto (2019) ilustra muito bem o fato de que quando os sujeitos de direitos não possuem mais sequer a ilusão de que teriam a habilidade de calcular, com precisão, as consequências jurídicas de seus atos, a aplicação da justiça passa a ser considerada como uma loteria. Theodoro Jr. (2006) discute com precisão as consequências que a perda da segurança jurídica tem para o Estado de Direito, o que inclui um abalo na sua própria estrutura uma vez que um de seus fundamentos é enfraquecido.

Se as pessoas deixam de confiar na justiça, deixa também de haver razão para respeitá-la, havendo uma quebra do contrato social. Apesar de ser negativo quando a justiça não é totalmente atingida em uma ação, os efeitos adversos para toda a sociedade, a longo prazo, da instauração de insegurança jurídica e quebra do contrato social, são muito piores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, M.H, O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. In: A Família na Travessia do Milênio. Anais do II Congresso de Direito de Família. Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte, IBDFAM, 2000.

BEAUCHAMP T.L. e CHILDRESS, J.F. Princípios da Ética Biomédica. São Paulo. Ed. Loyola, 2002, apud Pereira, C.B. O Uso da Doutrina da Ponderação Aplicado ao Princípio da Autonomia. Dissertação (mestrado), UFSC, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, 132p, 2015.

CANOTILHO, J.J.G. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª Ed. Coimbra, Almedina, 1999.

CHACON, P.E.F. O Princípio da Segurança Jurídica. <https://jus.com.br/artigos/4318/o-principio-da-seguranca-juridica> 2003.

CURI NETO, B. Dois Irmãos Gêmeos e Uma Paternidade. <http://www.badycuri.com.br/blog/dois-irmaos-gemeos-e-uma-paternidade/> 2019.

DOS SANTOS, J. N. Multiparentalidade: Reconhecimento e Efeitos Jurídicos. Multiparentalidade: reconhecimento e efeitos jurídicos - Jus.com.br | Jus Navigandi 2014. Acesso: dez, 2020.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

KANT, I. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. Tradução L. Holzbach. Ed. Martim Claret Ltda, São Paulo, impressão 2002.

MEDAUAR, O. Segurança Jurídica e Confiança Legítima. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil, p. 227-231.2008.

MORAES, G.P. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. rev., atual. e ampl. Atlas, São Paulo, 756p.2018.

PEIXOTO, R. Superação do Precedente e Segurança Jurídica. 4ª ed. rev. e ampl. Ed. JusPODIVM, 2019.

PEREIRA, C.M.da S. Responsabilidade Civil. Atualizador: Tepedino, G. 12 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, Forense. 402p. 2018.

REALE, M. Filosofia do Direito. 19 ed., Saraiva, São Paulo, 781p. 2002.

STOLZE, P.; PAMPLONA FILHO, R. Manual de Direito Civil – vol. único. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2943p. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TARTUCE, F. Manual de Direito Civil: volume único. 8ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 1410p. 2018.

THEODORO JR, H. A Onda Reformista do Direito Positivo e Suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica. Rev. Escola Nac. Magistratura, 1(1): 92 – 120. 2006.

• CAPÍTULO 6 •

O PAPEL DO ESTADO NA PANDEMIA DA COVID-19 NA PARAÍBA: CONFLITOS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

Leonardo de Araújo e Mota

<http://orcid.org/0000-0001-5248-7859>

Vanusa Vaniere Nunes Teixeira

<https://orcid.org/0000-0003-3000-8487>

Tiago Costa Torres Nogueira

<https://orcid.org/0000-0003-0810-6152>

Marayza Alves Medeiros

<https://orcid.org/0000-0001-7752-5030>

INTRODUÇÃO

Discutir a pandemia da covid-19 ante as mudanças sociais recentes e seus impactos no mundo contemporâneo implica situar esse debate no âmbito da privatização dos serviços de saúde e acelerada integração entre países e povos do planeta. Assim, tratar a pandemia como um mero fenômeno biológico não faz qualquer sentido. Tampouco ela pode ser considerada como um fato surpreendente para os especialistas em saúde pública, tendo em vista que outras haviam se manifestado de forma sistemática no início do século XXI (UJVARI, 2011).

A grande distinção entre esta e as pandemias anteriores, porém, reside na letalidade, velocidade de propagação e resistência do vírus, aliada à intensa politização sobre como controlá-la em um cenário no qual os sistemas de saúde de diversos países foram desafiados ao máximo, revelando intensas contradições socioeconômicas. A

globalização neoliberal¹ hegemônica em sua lógica mercadológica amiúde desconsidera questões relativas à vida e à saúde pública na formulação das políticas públicas que não podem ser menosprezadas na avaliação de um fenômeno ocorrido em âmbito local, como no caso da Paraíba. Enquanto os organismos internacionais pensam na Saúde Global como promotora de justiça social, a predominância do fundamentalismo monetário neoliberal segue em direção oposta.

Dessa forma, considerando a influência das políticas neoliberais no campo da gestão do estado da Paraíba na área da saúde, este artigo tem como objetivo analisar a pandemia da covid-19 a partir dos conflitos ocorridos na ordenação jurídica entre o poder público e a rede privada de saúde no atendimento médico/hospitalar no âmbito de uma situação de calamidade pública que ocorreu no estado da Paraíba. Além de discussões teóricas pertinentes ao tema, aqui será realizada uma análise documental dos processos jurídicos decorrentes da Lei Estadual n.º 11.686/2020, método a partir do qual se dará a avaliação do objeto.

SOCIEDADE DE RISCO, GLOBALIZAÇÃO E SAÚDE

A existência de uma interdependência global de problemas determinantes e soluções para a saúde impõe que as respostas para muitas questões nessa área não possam ser fornecidas exclusivamente por ações nacionais. Todavia, a despeito de muitas das orientações da Saúde Global - que, diferentemente da saúde internacional clássica, objetiva a justiça social, a equidade e a solidariedade - estarem na contramão da tendência da sociedade de consumo, movida pela competição e a posse, interesses movidos por um pensamento individualista de consumo acelerado dificultam a criação de uma

1 O neoliberalismo pode ser definido de várias formas. Para os fins específicos deste trabalho, ressaltamos o aspecto dessa ideologia relativo à ordenação jurídica no tocante aos objetivos do Estado. Segundo Harvey (2014, p. 76), o neoliberalismo preconiza que “setores antes geridos ou regulados pelo Estado têm de ser passados à iniciativa privada e desregulados”. Assim, a iniciativa privada é concebida como mais eficiente e desejável no tocante à gerência das políticas públicas, justificando a diminuição dos investimentos no setor público e o estímulo ao aumento do protagonismo da iniciativa privada em vários serviços de proteção social.

mentalidade de equidade no mundo contemporâneo globalizado, com forte impacto nos sistemas de saúde (FORTES, 2014).

Nunes (2020) chama atenção para as contradições do neoliberalismo ante a epidemia, principalmente porque a expansão desse modelo de gestão se encarregou da implementação de políticas de ajustamento estrutural focadas na contenção da despesa pública que reduziram os investimentos destinados aos sistemas públicos de saúde em todo o mundo, sobretudo após a crise financeira de 2008, afetando a capacidade dos sistemas de saúde de vigiar, conter e mitigar as epidemias e acentuando, por conseguinte, as desigualdades que colocam a população mundial em situação de extrema vulnerabilidade perante diversas epidemias.

No caso das pandemias, tanto na gripe espanhola quanto naquelas do início do século XXI, existem muitas evidências de que elas normalmente afetam mais as populações mais pobres (CARVALHO, 2020). Condições materiais privilegiadas fornecem proteção contra riscos emergentes como os oriundos de uma pandemia – a exemplo da possibilidade de isolamento social por longo período, o que reduz as chances de contaminação e morte para indivíduos com rendimentos fixos ou reservas econômicas excedentes. Segundo Beck (2010, p. 41):

[...] as possibilidades e capacidades de lidar com situações de risco, de contorná-las ou compensá-las, acabam sendo desigualmente distribuídas entre distintas camadas de renda e educação: quem dispõe do calço financeiro de longo prazo pode tentar contornar os riscos através da escolha do local e da configuração da moradia (ou através de uma segunda moradia, férias etc.).

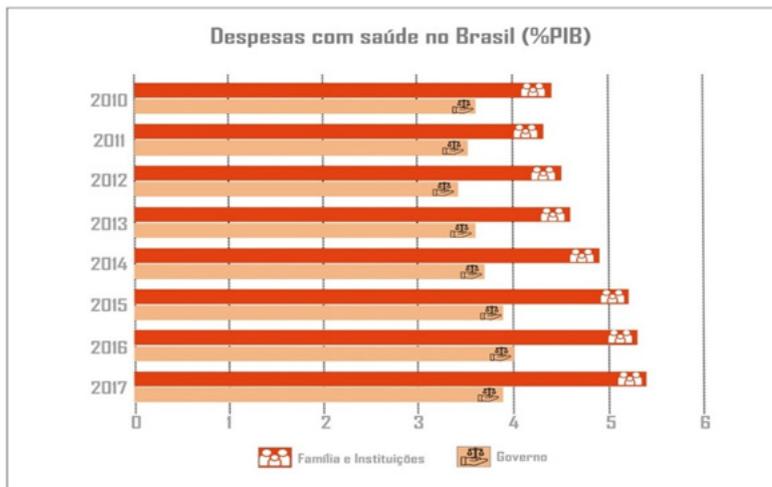
Vivemos em uma sociedade na qual o exercício de direitos essenciais é restringido e gera privações aos indivíduos. Um dos direitos comumente cerceados é o do acesso à saúde, que no contexto da pandemia da covid-19 tem exposto as precárias condições dos serviços de saúde pública, afetando frontalmente a qualidade de vida das pessoas. No caso brasileiro em sua especificidade, a pandemia chega ao país que nem sequer havia se recuperado da grande recessão de 2015-6 (CARVALHO, 2020).

O enfrentamento da covid-19 exigiu a realização de mudanças sociais drásticas em nível global, como a implementação do isolamento social recomendado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) para amenizar os impactos causados pela insuficiência de leitos em relação à quantidade de infectados, fato que evidenciou inúmeras falhas do sistema. A imposição da iniquidade à população mais pobre impede qualquer escolha que possa promover seu bem-estar social, e é observada pelas consequências oriundas da atual pandemia nas classes já profundamente impactadas pelos efeitos da recessão econômica.

A Constituição Federal (BRASIL, 2020) vigente inseriu no ordenamento jurídico brasileiro vários direitos essenciais, como o direito à saúde no art. 196, CF. O Brasil é o único país da América do Sul com um sistema universal de saúde, mas vivencia uma contradição estrutural: gasta menos com saúde que os países vizinhos, e as despesas privadas superam as públicas (LUZURIAGA; BAHIA, 2017). O uso de alguns serviços especializados do Sistema Único de Saúde (SUS) muitas vezes é racionado em função de contínuas restrições orçamentárias, como a EC nº 95 (BRASIL, 2016) que estabelece um teto das despesas primárias federais até 2036 no valor não superior ao que foi gasto em 2016, aplicando apenas o reajuste da inflação.

Em contrapartida, cresce a oferta de prestação de serviços privados de saúde. Para Bahia e Scheffer (2018), a expansão desse mercado e o esfacelamento crescente do SUS derivam dos “[...] estímulos governamentais ao setor privado especializado na comercialização de planos e seguros de saúde associados ao aumento da formalização dos empregos e renda” (p. 166). Assim, verifica-se uma desigualdade oriunda da má distribuição dos recursos destinados à saúde visível nas filas de espera do SUS para consultas e internações, enquanto o setor privado absorve a demanda das classes média e alta, que ainda contam com a oferta dos serviços da saúde, como demonstra o Gráfico 1:

Gráfico 1 – Despesas com saúde no Brasil (% PIB)



Fonte: Adaptado de Barros (2019)

A falta de investimentos em saúde pública e a abundância de práticas burocráticas, corrupção, virtualização dos direitos fundamentais e tantas outras favorecem o crescimento do mercado de consumo dos serviços de saúde particulares. Tal conjuntura ficou evidente quando o sistema de saúde do estado da Paraíba esteve na iminência de sofrer um colapso na data de 25/05/2020, dada a ocupação de 81% dos leitos das Unidades de Terapia Intensiva (UTIs) dos hospitais em um cenário de 8.016 casos de covid-19 confirmados e 7.284 casos descartados, com 2.218 indivíduos recuperados, 279 diagnosticados com a doença e 28 mortos (CORONAVÍRUS..., 2020; PARAÍBA, 2020a, 2020b). Faltaram médicos, equipes de apoio, equipamentos de proteção individual (EPIs), leitos de UTIs, material hospitalar, culminando no agravamento da ineficiência das condições de absorção das demandas emergentes.

A COVID-19 NO BRASIL: BREVE CRONOLOGIA E CRISE DO ESTADO

A covid-19, doença causada pelo coronavírus denominado SARS-CoV-2, foi identificada pela primeira vez na China, em dezembro

de 2019. Em 30 de janeiro de 2020, ante a proliferação do vírus por quase todos os continentes, a OMS declarou que a epidemia da covid-19 constituía uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (Espii), e em 11 de março de 2020, que se tratava de uma pandemia (OLIVEIRA *et al.*, 2020).

No Brasil, em 22 de janeiro, foi acionado o Centro de Operações de Emergência (COE) do Ministério da Saúde, coordenado pela Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS), para harmonização, planejamento e organização das atividades de controle epidemiológico, e em 3 de fevereiro de 2020, a doença causada pelo novo coronavírus foi declarada Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin). O primeiro caso de covid-19 no Brasil foi confirmado em 26 de fevereiro de 2020, e menos de um mês depois já havia transmissão comunitária em algumas cidades. Em 17 de março de 2020 ocorreu o primeiro óbito por covid-19 no país, e em 20 de março de 2020 foi reconhecida a transmissão comunitária da doença em todo o território nacional (OLIVEIRA *et al.*, 2020).

No estado da Paraíba, a confirmação do primeiro caso se deu no dia 18 de março de 2020, no município de João Pessoa, e o primeiro óbito se deu em 23 de março de 2020, no mesmo município, de acordo com os dados epidemiológicos disponibilizados no sítio oficial do governo do estado da Paraíba. Antes da confirmação do primeiro caso, o governador do estado já havia decretado a situação de emergência, por meio do Decreto Estadual n.º 40.122, de 13 de março de 2020 (PARAÍBA, 2020c), e em 20 de março de 2020 decretou o estado de calamidade pública, conforme Decreto Estadual n.º 40.135 (PARAÍBA, 2020d), que dispôs sobre a adoção de medidas temporárias e emergenciais de prevenção de contágio pela covid-19, entre elas a suspensão do funcionamento de vários estabelecimentos públicos e privados.

Até o dia 10 de junho de 2020, o vírus disseminou-se de forma sustentada por todo o estado, registrando 24.032 casos (0,6% da população da Paraíba) e vitimando 559 pessoas (letalidade de 2,33% e mortalidade de 13,84 pessoas para cada 100 mil habitantes), segundo informa a nota técnica emitida pela Secretaria Estadual de Saúde da Paraíba que fundamentou a expedição do Decreto Estadual n.º 40.304, de 12 de junho de 2020 (PARAÍBA, 2020e), o qual dispõe

sobre a adoção do plano “Novo Normal Paraíba”, estabelecendo medidas para a retomada gradual das atividades em todo o estado a partir do dia 15 de junho de 2020.

Até o dia 31 de agosto de 2020, a Paraíba somava 105.778 casos confirmados e 2.450 óbitos (PARAÍBA, 2020f), com uma taxa de mortalidade de 2,3% (DADOS..., 2020), e no país inteiro os infectados já ultrapassavam 3.908.272 e os mortos já totalizavam 121.381 (BRASIL, 2020b), mantendo-se o Brasil como segundo país no mundo em número de casos confirmados. A covid-19 possui características que dificultam o seu controle, entre elas a elevada transmissibilidade e a ausência de vacinas ou tratamentos reconhecidamente eficazes, aliadas à tendência de gerar complicações graves que necessitem de internação hospitalar.

A pandemia expôs as fragilidades estruturais do sistema público de saúde do país, sobretudo a ausência de profissionais de saúde e infraestrutura para atendimento de casos de média e alta gravidade (OLIVEIRA et al., 2020). O Brasil figura como um dos países mais afetados pela pandemia, o que já era esperado, considerando as características de transmissão da doença e o contexto de desigualdade social em que vive boa parte da população brasileira, em precárias condições de moradia, saneamento, acesso à água potável, entre outras.

O SUS NO BRASIL E NA PARAÍBA: O ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DA COVID-19

Werneck e Carvalho (2020) atentam para o fato de que a epidemia de covid-19 encontrou no Brasil uma população extremamente vulnerável pelas altas taxas de desemprego e por cortes orçamentários nas políticas sociais nos últimos anos, especialmente após a aprovação da Emenda Constitucional (EC) n.º 95, de 15 de dezembro de 2016 (BRASIL, 2016), que impôs um teto aos gastos públicos, o que vem ocasionando cortes crescentes nos investimentos em saúde e pesquisa do país.

Para melhor contextualizar a questão da aplicação dos recursos públicos em saúde no Brasil, é preciso inicialmente compreender como

é feita a divisão de recursos entre os entes federativos. A Emenda Constitucional (EC) n.º 29, de 13 de setembro de 2000 (BRASIL, 2000), assegurou o financiamento das ações e serviços públicos de saúde, estabelecendo que as três esferas de governo aportem anualmente recursos mínimos provenientes da aplicação de percentuais das receitas e determinando as suas bases de cálculo. Portanto, tal EC vinculou recursos nas três esferas de governo ao setor da saúde.

Posteriormente foi promulgada a Lei Complementar (LC) n.º 141, de 13 de janeiro de 2012 (BRASIL, 2012), que regulamentando o § 3º do art. 198 da Constituição, dispôs sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde. Referida LC preconiza que a União aplicará anualmente na saúde o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual (art 5º, caput). Já os Estados aplicarão, anualmente, um investimento mínimo de 12% da receita líquida de impostos de natureza estadual e os Municípios aplicarão no mínimo 15% da arrecadação proveniente dos impostos de competência municipal.

Contudo, no ano de 2016, foi aprovada a EC n.º 95 (BRASIL, 2016), conhecida como Emenda do Teto, que preconiza que até 2036 as despesas primárias federais fiquem limitadas ao valor de 2016, sendo apenas corrigidas anualmente pela inflação. Assim, o total das despesas, incluindo os limites mínimos constitucionais destinados à educação e à saúde, ficará congelado em seu valor real por todo esse período, o que implica a sua expressiva redução em proporção ao PIB e em valores *per capita* (PERES; SANTOS, 2016).

Peres e Santos (2016) alertam para o fato de que o gasto federal em saúde proporcional ao PIB caiu ao longo dos últimos vinte anos, passando de 1,79% em 1995 para 1,57% em 2016. Embora a despesa pública total em saúde tenha crescido, tal fato se deu pelo aumento dos recursos destinados à saúde por parte dos Estados e Municípios a partir de 2001 (após a EC n.º 29/2000). Segundo Levi (2016), a União reduziu sua participação de 63,8% dos gastos em saúde em 1995 para 43% em 2015, enquanto no mesmo período os

municípios aumentaram seu financiamento de 17,4% para 31% e os Estados, de 18,8% para 26,0%.

Apesar do desenvolvimento institucional do SUS, a União tem aplicado recursos insuficientes em patamar abaixo do recomendado pela LC n.º 141/2012 (BRASIL, 2012), que regulamentou a EC n.º 29/2000 (BRASIL, 2000). Vários estados vêm diminuindo os recursos nesse setor, recaindo sobre os municípios uma enorme pressão para aplicação de recursos na saúde pública. Embora a União tenha financiado alguns programas, esses têm sido insuficientes, o que gerou disparidade regional, pois não têm sido destinados de forma equânime. O resultado é a desigualdade na prestação de serviços como consequência da divergência das preferências dos governos locais na destinação desses recursos.

Analisando a questão da saúde especificamente na Paraíba, observa-se que os investimentos em saúde também têm sido insuficientes. Segundo consta no Plano Estadual de Saúde (PES) 2016/2019 (PARAÍBA, 2016a), elaborado pelo governo do estado da Paraíba para estabelecer as diretrizes e metas pensadas para a gestão da saúde no estado durante o quadriênio de 2016 a 2019, o contingenciamento que vem sendo feito pela União dos recursos do SUS tem refletido sobremaneira no processo de habilitação de novos serviços. O apelo do mercado por novas tecnologias não contempladas no SUS impõe ao estado e municípios demandas judiciais que exigem a contratação de procedimentos de valores muito acima daqueles previstos na tabela do SUS, os quais comprometem a gestão estatal da saúde. Embora no PES o estado afirme que vem superando o aporte mínimo exigido pela EC n.º 29/2000 (BRASIL, 2000) e pela LC n.º 141/2012 (BRASIL, 2012), observa-se no Quadro 1 que os recursos destinados às ações e serviços públicos de saúde, durante o período de 2011 a 2014, ou não superaram o limite legal, ou o superaram minimamente.

Quadro 1 – Histórico do percentual mínimo e aplicado pelo estado da Paraíba de acordo com a EC 29 e a LC 141 - 2011 / 2015

Estado	2011		2012		2013		2014	
	% Mínimo	% Aplicado						
Paraíba	12,00	12,03	12,00	13,45	12,00	13,44	12,00	13,69

Fonte: Paraíba (2016a, p. 126)

Dados do Balanço Geral do Estado (BGE) de 2015, encontrados no sítio da Controladoria Geral do Estado da Paraíba, informam que as despesas com Ações e Serviços Públicos de Saúde somaram R\$ 1.016.907, correspondendo a 13,35% da receita líquida dos impostos estaduais. Em 2016, as despesas somaram R\$ 1.045.554 e corresponderam a 12,44% da receita líquida. No exercício de 2017 somaram R\$ 1.155.065, correspondendo a 13,58% do limite legal. Em 2018 somaram R\$ 1.186.215, totalizando 12,93% da receita líquida estadual, e, por último, em 2019 as despesas totalizaram R\$ 1.192.973, correspondendo a 12,22% do limite constitucional (PARAÍBA, 2015, 2016b, 2017, 2018, 2019).

Conclui-se, assim, da análise dos dados envolvendo o período compreendido entre os anos de 2011 e 2019, que o estado da Paraíba tem apenas cumprido os limites mínimos constitucionais, abstendo-se de fazer maiores investimentos na área da saúde. As limitações impostas pela EC n.º 95/2016 (BRASIL, 2016) evidenciam a redução gradativa dos repasses dos recursos da União e do estado, seguindo a tendência neoliberal de redução dos investimentos destinados aos sistemas públicos de saúde em todo o mundo.

Considerando a redução dos gastos públicos em saúde ao longo dos anos e a insuficiência dos recursos para garantir um serviço público de qualidade em condições de normalidade, é inegável que diante de todos os agravantes desencadeados pela covid-19, a maior preocupação dos gestores nacionais foi, desde o início da pandemia, com a definição das medidas que deveriam ser adotadas para evitar o colapso do sistema público de saúde.

A recomendação da OMS sobre a quantidade de leitos hospitalares para antes da atual pandemia, por exemplo, era de que os países ofertassem de 1 a 3 leitos em UTIs para cada 10 mil

habitantes. Todavia, segundo reportagem veiculada pela revista Exame em 01/04/2020, baseada em dados da *Bright Cities*, apenas 10% das cidades brasileiras se enquadram nessa orientação, ao oferecer ao menos 1 leito de UTI no SUS para essa quantidade populacional. Ao somar os leitos da rede privada de saúde, o quadro não muda muito: somente 12,6% dos 5.570 municípios brasileiros atendem às especificações. Segundo a reportagem, a quantidade de leitos necessários no cenário da pandemia deveria ser de 3 a 10 vezes maior do que o recomendado para antes do evento (FLACH; RIVEIRA, 2020).

Conforme estimativa de 2019 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o estado da Paraíba tem 4.018.127 habitantes e, conforme informações obtidas da análise do PES, contava em 2016 com 7.203 leitos gerais, dos quais apenas 433 eram de terapia intensiva (PARAÍBA, 2016a). Já em 2020, conforme dados divulgados pela Secretaria Estadual de Saúde, eram 388 os leitos de UTI do estado antes do início da pandemia. O Plano de Contingência aprovado pelo governo destinou para todo o estado um total de 362 unidades de terapia intensiva exclusivas para pacientes acometidos pela doença (PARAÍBA, 2020g).

Para a Secretaria Estadual de Saúde (PARAÍBA, 2020h), o sistema de saúde da Paraíba estava sobrecarregado, com altas demandas por internações hospitalares em leitos de enfermaria e de terapia intensiva, em hospitais públicos e privados. Em 10/06/2020 observou-se a ocupação de 70% dos leitos de UTI para adultos em todo o estado, 84% na região metropolitana de João Pessoa, 70% em Campina Grande e 54% no Sertão. Tal sobrecarga incidia também sobre a rede hospitalar privada e as operadoras de planos de saúde, que nas últimas semanas do mês de abril e primeiras semanas do mês de maio teriam enfrentado ocupações hospitalares de seus leitos de UTI adulto acima dos 90%, por dias consecutivos.

A forma como o Estado brasileiro vem gerindo a saúde, de maneira geral, tem ocasionado o sucateamento dos hospitais públicos e de toda a rede do SUS, o que repercute diretamente na falta de maquinários, profissionais da área, além de insumos necessários ao enfrentamento da pandemia, tais como respiradores e EPIs para os profissionais. Do mesmo modo, a quantidade de leitos disponíveis

em todo o país e também no estado da Paraíba vem se mostrando insuficiente para o atendimento eficaz da população.

A COVID-19 A E LEI N.º 11.686/2020

O contexto epidemiológico gerado pela pandemia autorizou a imposição de restrições à circulação e contato social de pessoas. Para Justen Filho (2020), sob o prisma do Direito, restou evidente a dificuldade de resolver os problemas gerados pela pandemia com os institutos, regras e princípios de outrora, porquanto pensados para outro cenário político, social e econômico. Nessa senda, a crise gerada pela pandemia provocou várias inovações legislativas e regulamentares, embora os institutos jurídicos de antes continuem vigentes. A Constituição (BRASIL, [2020]), em seu art. 5º, inc. XXV prevê o instituto da requisição administrativa, autorizando que “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

Nesse sentido, com a chegada da pandemia no Brasil foi editada a Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020a), que autorizou, para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional oriunda do coronavírus, entre outras providências cabíveis e em situações emergenciais, a “requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa” (art. 3º, inc. VII). Nos moldes constitucionais, a satisfação das necessidades da Administração Pública deve ocorrer, preferencialmente, pela via consensual, cabendo ao Estado negociar com a iniciativa privada para obter a prestação pretendida. Portanto, a medida apresenta natureza excepcional e deve ser acompanhada de imediata indenização ao prejudicado.

Justen Filho (2020) atenta para a tendência, em tempos de pandemia, do uso de medidas de força que sacrificam direitos da minoria alegando beneficiar a maioria. E que, em uma democracia, os direitos fundamentais das minorias são protegidos contra as conveniências, necessidades ou exigências da maioria, considerando

inconstitucional requisitar bens e serviços de particulares como solução rotineira para enfrentar a pandemia.

Dessa forma, após a edição da Lei n.º 13.979/2020 (BRASIL, 2020a), vários estados e municípios brasileiros editaram normas autorizando a requisição de bens e serviços como medicamentos, EPIs para os profissionais de saúde, respiradores, entre outros, como noticiado pelos vários veículos de comunicação do país. O estado da Paraíba previu essa possibilidade no art. 6º do Decreto n.º 40.135/2020 mediante o usufruto, por tempo indeterminado, de unidades de saúde e leitos necessários para o enfrentamento da covid-19 (PARAÍBA, 2020d).

APONTAMENTOS METODOLÓGICOS

Antes de iniciar o seu estudo, o pesquisador deve eleger os instrumentos metodológicos que melhor atendam aos fins de sua pesquisa, uma vez que essa escolha determinará o caminho a ser seguido. Partindo desse pressuposto, para os objetivos propostos neste artigo elegeu-se a pesquisa documental como técnica de pesquisa. Tal opção salienta a importância de valorizar e apreciar documentos em uma pesquisa, pela utilidade dos seus registros na compreensão do social, porque permitem “[...] ampliar o entendimento de objetos cuja compreensão necessita de contextualização histórica e sociocultural” (SÁ-SILVA; ALMEIDA; GUINDANI, 2009, p. 2). Por documental pode-se entender a pesquisa que utiliza fontes de natureza estritamente documental que não receberam tratamento analítico prévio.

Esse entendimento acolhe nessa categoria todo material, escrito ou não, que contenha informações originais de fatos, eventos ou fenômenos (fontes primárias), sem comentários, interpretações ou tratamento analítico de seu conteúdo. Os referidos documentos podem ser classificados de acordo com sua fonte de documentação, importando ao pesquisador sua delimitação no corpus da pesquisa, que determina a amostra que pretende investigar (KRIPKA; SCHELLER; BONOTTO, 2015).

Segundo Gil (2008), as fontes de documentação podem ser (a) Registros estatísticos: referentes a diversas características da sociedade, que podem ser interpretadas de acordo com o que se

objetiva na pesquisa, e geralmente utilizados pela Administração Pública; (b) Registros institucionais escritos: das atividades e atos dos poderes constituídos da República - Executivo, Legislativo e Judiciário -, fornecidos por instituições governamentais. Também de instituições não governamentais, a exemplo de atas de sindicatos, deliberações, discursos, entre outros; (c) Documentos pessoais: ditados por iniciativa de seu autor e que relatam uma experiência pessoal; (d) Comunicação de massa: produzida por meios televisivos, jornais, revistas, fitas de cinema, entre outros. No caso da presente pesquisa, foram analisados diversos atos do Poder Judiciário, os quais possuem relação direta com diversos fatores e acontecimentos implicados na gestão dessa crise pelo governo da Paraíba e foram editados durante o mês de maio de 2020, em consequência da edição da Lei n.º 11.686.

A LEI ESTADUAL N.º 11.686: CONFLITOS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO NO CONTEXTO DA COVID-19 NA PARAÍBA

No estado da Paraíba foi editada a Lei n.º 11.686, de 12 de maio de 2020 (PARAÍBA, 2020i), que estabeleceu a *“Fila Zero” nos hospitais públicos e privados, quando da decretação de estado de calamidade pública em razão de epidemias, pandemias e endemias. A referida lei chama atenção por se tratar de espécie de requisição administrativa de serviços privados, ao impor aos hospitais particulares a obrigatoriedade de atender a todos os pacientes acometidos pela pandemia, independente de contraprestação pecuniária correspondente, sob pena de multa (vide art. 3º, § 2º), prevendo que tais gastos seriam remunerados posteriormente de acordo com tabela de valor estabelecida pela Secretaria Estadual de Saúde da Paraíba.*

Neste sentido, dispõem os arts. 1º e 2º da Lei n.º 11.686/2020 (PARAÍBA, 2020i):

Art. 1º Fica proibida, aos hospitais públicos e privados, conveniados ou não ao Sistema Único de Saúde (SUS) no Estado da Paraíba, a recusa de atendimento de pacientes acometidos de doença originária de epidemias, pandemias ou endemias, enquanto durar a decretação

de estado de calamidade pública decorrente da já citada doença.

Parágrafo único. Fica proibida, concomitantemente, a recusa de atendimento nos estabelecimentos elencados no caput deste artigo para pacientes suspeitos com a doença originária de epidemias, pandemias ou endemias.

Art. 2º Fica proibida também aos hospitais privados, conveniados ou não ao Sistema Único de Saúde (SUS), a recusa de atendimento em sua rede de saúde, sem justo motivo, caso seja encaminhado paciente pela Secretaria Estadual de Saúde da Paraíba (SES-PB), paciente suspeito ou confirmado de estar com doença originária de epidemias, pandemias ou endemias enquanto durar a decretação de estado de calamidade pública decorrente da já citada doença.

§ 1º Os gastos com o paciente encaminhado à rede privada serão remunerados de acordo com tabela de valor estabelecida pela Secretaria Estadual de Saúde da Paraíba (SES-PB).

§ 2º O encaminhamento do paciente será feito mediante prévio aviso pela Secretaria Estadual de Saúde ao hospital encaminhado.

Pela Lei Estadual n.º 11.686/2020 (PARAÍBA, 2020i), os hospitais somente poderiam negar atendimento aos pacientes mediante justo motivo à Secretaria de Saúde do Estado da Paraíba, a exemplo do preenchimento da capacidade máxima de atendimento na estrutura física do hospital. Assim, logo após sua edição, os hospitais particulares se apressaram em conduzir essa questão ao Judiciário para que analisasse a legalidade de suas determinações.

Em 15 de maio de 2020, a Unimed João Pessoa, maior plano de saúde do estado, com rede hospitalar própria e diretamente atingida pelas já mencionadas medidas legislativas ingressou com

uma ação judicial, processada na 3ª Vara da Fazenda Pública da Capital (PARAÍBA, 2020m), pleiteando a obtenção de provimento judicial que impedisse o estado da Paraíba (por meio de seus órgãos) de realizar atividades de fiscalização, autuação, coerção e sanção em seu desfavor com base na aplicação da lei. Pleiteou, ainda, de forma provisória, a proibição aos órgãos estaduais de instaurar processo administrativo em face da autora e de sua rede credenciada que visasse à fiscalização e aplicação da Lei Estadual n.º 11.686/2020 (PARAÍBA, 2020i), bem como à aplicação das multas nela previstas.

O juízo competente, analisando a questão de forma antecipada, concedeu em 20/05/2020, a tutela de urgência em favor da Unimed por entender que houve usurpação de competência legislativa pelo Legislativo estadual, já que a matéria tratada pela Lei Estadual n.º 11.686/2020 (PARAÍBA, 2020i) é de competência exclusiva da União (contrato, política de seguro e direito do consumidor), além de considerar que o estado interveio indevidamente na iniciativa privada, violando os dispositivos constitucionais (art. 1º, inc. I, c/c o art. 170, inc. I, ambos da CF), concluindo, ao final, que “a inconstitucionalidade da lei é gritante”.

A mencionada decisão judicial chama atenção para a alegação da autora de que encaminhou ofício no dia 14/05/2020 ao Exmo. Governador do Estado informando, já naquela data, não possuir mais leitos de internação disponíveis, e afirma que:

[...] é verdade se reconhecer que, o PODER PÚBLICO, em qualquer de suas esferas, por anos a fio nunca dedicou a atenção devida à saúde pública desta sofrida Nação. Agora, na hora de INTENSA DOR, quer o poder público jogar parte dessa conta nas costas da iniciativa privada. É assim como eu vejo o texto da LEI ESTADUAL em questão (PARAÍBA, 2020m, grifos do autor).

Poucos dias depois da publicação da tutela de urgência concedida em favor da Unimed, mais precisamente em 28/05/2020, os Hospitais Nossa Senhora das Neves Ltda e Clim Hospital e Maternidade Ltda, ingressaram com ação de natureza similar, distribuída também para a 3ª Vara da Fazenda Pública da Capital (PARAÍBA, 2020n). As

demandantes alegaram exercer atividade privada na qualidade de hospitais particulares, pertencendo ao sistema de saúde complementar, atendendo a pacientes com planos de saúde e à população em geral e requereram, igualmente, a proibição aos órgãos estaduais de instaurar processo administrativo em face das mesmas que vise à fiscalização e aplicação da Lei Estadual n.º 11.686/2020 (PARAÍBA, 2020i), bem como à aplicação das multas nela previstas.

Em ambas as ações não se pretendeu a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual n.º 11.686/2020 (PARAÍBA, 2020i). Não se teve, assim, por intuito a suspensão do ato normativo estadual em geral, mas utilizou-se de tal inconstitucionalidade como fundamento para o deferimento do pedido no caso concreto. E com base na apreciação da inconstitucionalidade o juízo de primeiro grau concedeu a tutela de urgência ao assim declarar:

No que tange a relevância dos fundamentos do pedido, um dos pressupostos para a concessão da antecipação de tutela, ficou evidenciado com a demonstração da densidade jurídica da postulação onde se vislumbra aclarada manifesta inconstitucionalidade diante da usurpação de competência legislativa, conquanto a matéria retratada da Lei Estadual nº 11.686/2020 trata de matéria de competência exclusiva da União (contrato, política de seguro e direito do consumidor), além de intervir na iniciativa privada para se confrontar com dispositivos da Carta Política. (PARAÍBA, 2020n).

O juiz entendeu, ainda, que “o risco do direito mostra-se latente diante da urgência em proteger os filiados da Cooperativa (Plano de Saúde), assegurando-lhes assistência médica integral e, imediata”, e, ao final, concedeu a tutela de urgência em favor dos hospitais autores, proibindo aos órgãos estaduais de, com base na Lei Estadual n.º 11.868/2020 (PARAÍBA, 2020i), instaurar processo administrativo em face dos mesmos (e de sua rede credenciada) e aplicar as multas previstas, sob pena de multa diária ao Chefe do Executivo estadual.

No mesmo contexto, em 21/05/2020, o Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público do Estado da Paraíba, Hospital Santa Clara, Hospital Antônio Targino, Clipsi Hospital Geral de Campina Grande, Hospital Pedro I, Hospital de Emergência e Trauma Dom Luiz Gonzaga Fernandes, Hospital Universitário Alcides Carneiro, Conselho Regional de Medicina da Paraíba, Secretaria de Saúde do Estado da Paraíba e a Secretaria de Saúde do Município de Campina Grande, em ato conjunto, redigiram um documento intitulado “Carta aberta de alerta à população paraibana sobre o risco de colapso do sistema de saúde” (PARAÍBA, 2020j), por meio do qual vieram a público manifestar preocupação com o avanço da pandemia da covid-19 no estado da Paraíba, especialmente na Região Metropolitana de Campina Grande, e com o progressivo esgotamento da capacidade da rede hospitalar pública e privada dedicada ao tratamento da doença.

Nessa carta, os mencionados órgãos alertaram a população local para a necessidade de se respeitar estritamente as medidas de contenção da propagação do novo coronavírus, adotadas pelo estado da Paraíba e seus municípios, bem como de salvaguardar a estrutura hospitalar mínima necessária ao acolhimento dos pacientes acometidos pela doença. A missiva apresenta uma tabela que contém as taxas de ocupação de leitos destinados ao atendimento de pacientes com suspeita e/ou confirmação de infecção pela covid-19 nas redes pública e privada do município de Campina Grande. Da análise desse documento e de suas tabelas foi possível concluir que, no período mencionado, a cidade dispunha de pouquíssimos leitos livres de UTI e de enfermaria, tanto na rede pública quanto na rede privada.

No dia 27/05/2020, os Ministérios Públicos Federal, Estadual e do Trabalho enviaram Ofício Circular 02/2020/MPF/PRM/CG-Gabinete ao Prefeito Municipal de Campina Grande e ao Secretário de Saúde Municipal (PARAÍBA, 2020k), solicitando a antecipação de feriados na municipalidade como medida para a prevenção da propagação da doença e preservação da rede de saúde pública da cidade, que, conforme descrevem, atende a mais de 69 municípios e, na ocasião, tinha apenas 19 leitos de UTI disponíveis, de 67 existentes.

Um pouco antes, em 13/05/2020, a Defensoria Pública do Estado da Paraíba, também preocupada com a questão da capacidade

hospitalar da cidade, encaminhou Ofício de n.º 96/2020 (PARAÍBA, 2020I) ao diretor da Clínica Santa Clara, hospital particular da cidade de Campina Grande, requisitando informações sobre a capacidade de atendimento do hospital e o número de respiradores/ventiladores pulmonares em uso, disponíveis ou em manutenção.

Em resposta, o hospital informou que cumpriu todas as determinações estabelecidas pelos órgãos e autoridades públicas, mas a rápida propagação da doença levou à ocupação máxima da quantidade de leitos pactuada com o Ministério Público da Saúde e a Secretaria Municipal de Saúde de Campina Grande para o atendimento dos pacientes com suspeita de covid-19 beneficiários do SUS. Interessante observar que o hospital conclui a sua resposta com a solicitação de que o estado da Paraíba adotasse medidas de caráter urgente, a exemplo da conclusão do hospital destinado ao atendimento de pacientes com a covid-19 em Campina Grande, argumentando a sobrecarga de todas as instituições públicas e privadas da cidade.

Nesse conflito entre o público e o privado no combate à covid-19, uma rede hospitalar privada localizada no município de Campina Grande também reagiu, pleiteando junto à Defensoria Pública do Estado da Paraíba uma cobrança efetiva ao governo do estado para que as obras do hospital de campanha prometido para a cidade (Hospital das Clínicas) fossem concluídas, visando proteger seus estabelecimentos dos possíveis prejuízos ocasionados pelas determinações previstas na Lei n.º 11.686/2020 (PARAÍBA, 2020i). A crise agravada pela pandemia é o reflexo das decisões tomadas ao longo dos últimos anos para manter o modelo econômico neoliberal, que implicam uma drástica redução nos investimentos públicos em setores estratégicos do desenvolvimento humano.

Assim, o Brasil hoje ocupa o topo da lista dos países mais atingidos pela pandemia em virtude das precárias condições de habitação, saneamento e acesso à água potável. Tais fatores, associados ao baixo grau de escolaridade da população brasileira, dificultam o enfrentamento da crise, especialmente no tocante às medidas de contenção da propagação do novo coronavírus. *As manifestações trazidas neste artigo, seja pelas autoridades públicas, seja pelas empresas privadas, demonstraram o despreparo dos serviços de*

saúde evidenciado pela pandemia expondo a ineficiência do Estado em lidar com a crise, que, na verdade, é uma manifestação da atuação do Estado neoliberal, que “proporciona direitos e liberdades àqueles ‘que não precisam de melhoria em sua renda, seu tempo livre e sua segurança’, deixando um verniz para o resto de nós” (HARVEY, 2014, p. 17).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de globalização marcado pela defesa da aplicação do modelo neoliberal gera um modelo de distribuição desigual dos riscos. No Brasil, direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, como o direito ao acesso universal e igualitário às ações de saúde pública, vêm sendo fortemente atacados. Embora o SUS seja o sistema de saúde com aspecto de universalidade mais presente, nos últimos anos, com a restrição de recursos, percebe-se a oferta de um serviço público de má qualidade, fato que abriu espaço para a atuação da iniciativa privada no fornecimento de serviços médicos e hospitalares de caráter essencial. A pandemia encontrou um país sem um quadro efetivo de médicos e enfermeiros para atuação direta na crise e carente de estrutura hospitalar e ambulatorial capaz de abrigar todos os doentes, ou mesmo de oferecer UTIs para todos.

Na Paraíba, os investimentos na área da saúde foram reduzidos ao longo dos últimos anos, ao passo que a população aumentou, empobreceu e envelheceu, passando a necessitar cada vez mais desses serviços. Aliado a esses fatos, o estado também enfrentou recentemente um caso de corrupção e desvio de verbas no setor. Considerando esse cenário e a iminência de um colapso no SUS, as autoridades públicas do estado, seguindo o exemplo de outras regiões do país, editaram diversos atos normativos que extrapolaram os seus limites, adentrando a esfera privada, e impuseram elevadas restrições às pessoas físicas e jurídicas, como a Lei Estadual n.º 11.686/2020, denominada de “Fila Zero”.

A intervenção estatal no setor privado por meio da mencionada lei, embora baseada em motivo justo na busca por solução de um problema público e nacional, desencadeou rápida reação dos hospitais particulares da região que se viram prejudicados. Na fundamentação

das decisões liminares, evidenciou-se a preocupação da autoridade judicial em deixar patente a inconstitucionalidade da tentativa legal do governo do estado de intervir na iniciativa privada, assim como a fragilidade estatal em gerir o sistema público de saúde. A intervenção do Judiciário nesse caso atuou protegendo os direitos da iniciativa privada.

Podemos concluir que a crise sanitária na Paraíba trouxe graves implicações, tanto para o setor público quanto para o privado. Porém, a forma como foi realizada a ingerência do estado para lidar com essa crise revelou fortes traços de uma agenda pautada pelo modelo neoliberal, na medida em que buscou coagir a iniciativa privada a prover os serviços que são de sua competência, por intermédio de uma espécie de parceria público-privada “forçada”.

Embora o direito à saúde seja consagrado como um direito fundamental social (bem-estar e justiça social) no art. 6º e de seguridade social nos arts. 193, 194 e seguintes, todos da Carta Magna brasileira, o Judiciário deve garantir a não intervenção do setor público no setor privado. Porém, a partir da análise dos atos jurídicos, *concluimos que a interferência do Estado na gestão da crise foi influenciada por uma agenda política pautada pelo modelo neoliberal de governança, na medida em que buscou coagir a iniciativa privada a prover os serviços que lhe são constitucionalmente atribuídos.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAHIA, Ligia; SCHEFFER, Mario. O SUS e o setor privado assistencial: interpretações e fatos. Saúde Debate, Rio de Janeiro, v. 42, n. esp. 3, p. 158-171, nov. 2018. ISSN 2358-2898. <https://doi.org/10.15 90/0103-11042018s312>.

BARROS, Alerrandre. Despesas com saúde ficam em 9,2% do PIB e somam R\$ 608,3 bilhões em 2017. Agência IBGE, 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26444-despesas-com-saude-ficam-em-9-2-do-pib-e-somam-r-608-3-bilhoes-em-2017>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3o do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; [...]. Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal [...]. Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional [...] do coronavírus [...]. Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Sus Analítico. Covid-19 no Brasil. Brasília, DF: MS, 2020b. Disponível em: https://susanalitico.saude.gov.br/extensions/covid-19_html/covid-19_html.html. Acesso em: 31 ago. 2020.

CARVALHO, Laura. Curto-circuito: o vírus e a volta do Estado. São Paulo: Todavia, 2020.

CORONAVÍRUS PB: boletim de 25.05.2020. Temos 8.016 casos confirmados e 279 óbitos no geral. Por Falar em Saúde, 25 maio 2020. Disponível em: <http://porfalaremsaude.com.br/noticias/2020/05/25/2402/coronavirus-pb-boletim-de-25-05-2020-temos-8-016-casos-confirmados-e-279-obitos-no-geral/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

DADOS epidemiológicos covid-19 Paraíba. Superset. Plataforma Target, 2020. Disponível em: <https://superset.plataformatarget.com.br/superset/dashboard/55/>. Acesso em: 31 ago. 2020.

FLACH, Natália; RIVEIRA, Carolina. Só 10% das cidades do país têm a quantidade mínima de leitos segundo OMS. Revista Exame, 1º abr. 2020. Disponível em: <https://exame.com/brasil/so-10-das-cidades-do-pais-tem-a-quantidade-minima-de-leitos-segundo-oms/>. Acesso em: 25 jul. 2020.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. Saúde Global em tempos de globalização. Saúde Soc., São Paulo, v. 23, n. 2, p. 366-375, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/sausoc/v23n2/0104-1290-sausoc-23-2-0366.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2020.

GIL, Antônio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HARVEY, David. O neoliberalismo: história e implicações. São Paulo: Loyola, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. Prefácio. In: JUSTEN FILHO, Marçal et al. (org). Covid-19 e o Direito Brasileiro. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, 2020. E-book Kindle (pos. 162-195 de 4613).

JUSTEN FILHO, Marçal. A epidemia da requisição administrativa e seus efeitos destruidores. In: JUSTEN FILHO, Marçal et al. (org). Covid-19 e o Direito Brasileiro. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, 2020. E-book Kindle (pos. 1241-1275 de 4613).

KRIPKA, Rosana; SCHELLER, Morgana; BONOTTO, Danusa Lara. Pesquisa documental: considerações sobre conceitos e características na pesquisa qualitativa. Atas CIAIQ, v. 14, n. 2, p. 243-247, 2015. Disponível em: <http://proceedings.ciaiq.org/index.php/ciaiq2015/issue/view/4>. Acesso em: 4 jun. 2020.

LEVI, Maria Luiza. Sistema de saúde no Brasil: redistributividade no modelo de financiamento e provisão. Parlamento e Sociedade, São Paulo, v. 4, n. 7, p. 33-63, jul./dez. 2016.

LUZURIAGA, Maria José; BAHIA, Lúgia. Procesos de expansión y límites a la privatización de la atención de la salud en América Latina: más allá de las tipologías. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 33, supl. 2, e00127616, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2017001405004&lng=en&nrm=isso. Acesso em: 15 ago. 2020.

NUNES, João. A pandemia de COVID-19: securitização, crise neoliberal e a vulnerabilização global. *Cad. Saúde Pública*, v. 36, n. 4, e00063120, 2020.

OLIVEIRA, Wanderson Kleber de et al. Como o Brasil pode deter a covid-19. *Epidemiol. Serv. Saude*, Brasília, v. 29, n. 2, p. e2020044, 2020.

PARAÍBA. Controladoria Geral do Estado. Balanço Geral do Estado 2015. 2015. Disponível em: <http://siaf.cge.pb.gov.br/CGE/siafweb/2015/balanco/60>. PDF. Acesso em: 28 jul. 2020.

PARAÍBA. Governo do Estado. Secretaria de Estado da Saúde. Plano Estadual de Saúde 2016-2019. João Pessoa, PB: Secretaria de Estado da Saúde, 2016a.

PARAÍBA. Controladoria Geral do Estado. Balanço Geral do Estado 2016. 2016b. Disponível em: <http://siaf.cge.pb.gov.br/CGE/siafweb/2016/balanco/60>. PDF. Acesso em: 28 jul. 2020.

PARAÍBA. Controladoria Geral do Estado. Balanço Geral do Estado 2017. 2017. Disponível em: <http://siaf.cge.pb.gov.br/CGE/siafweb/2017/balanco/60>. PDF. Acesso em: 28 jul. 2020.

PARAÍBA. Controladoria Geral do Estado. Balanço Geral do Estado 2018. 2018. Disponível em: <http://siaf.cge.pb.gov.br/CGE/siafweb/2018/balanco/60>. PDF. Acesso em: 28 jul. 2020.

PARAÍBA. Controladoria Geral do Estado. Balanço Geral do Estado 2019. 2019. Disponível em: <http://siaf.cge.pb.gov.br/CGE/siafweb/2019/balanco/60>. PDF. Acesso em: 28 jul. 2020.

PARAÍBA. Governo do Estado. Microdados. 2020a. Disponível em: <https://superset.plataformatarget.com.br/superset/dashboard/microdados/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

PARAÍBA. Governo do Estado. Dados epidemiológicos Covid-19 Paraíba. 2020b. Disponível em: <https://superset.plataformatarget.com.br/superset/dashboard/55>. Acesso em: 28 jul. 2020.

PARAÍBA. Decreto Estadual n.º 40.122, de 13 de março de 2020. Declara situação de Emergência no Estado da Paraíba ante ao contexto de decretação de Emergência em Saúde Pública de Interesse Nacional pelo Ministério da Saúde [...]. João Pessoa, PB: Palácio do Governo do Estado da Paraíba, 2020c. Disponível em: <https://auniao.pb.gov.br/servicos/arquivo-digital/doe/janeiro/marco/diario-oficial-14-03-2020.pdf/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

PARAÍBA. Decreto Estadual nº 40.135, de 20 de março de 2020. Dispõe sobre a adoção, no âmbito da Administração Pública direta e indireta, de medidas temporárias e emergenciais de prevenção de contágio pelo COVID-19 (Novo Coronavírus) [...]. João Pessoa, PB: Palácio do Governo do Estado da Paraíba, 2020d. Disponível em: <https://auniao.pb.gov.br/servicos/arquivo-digital/doe/janeiro/marco/diario-oficial-21-03-2020.pdf/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

PARAÍBA. Decreto Estadual n 40.304, de 12 de junho de 2020. Dispõe sobre a adoção do plano Novo Normal Paraíba, de prevenção de contágio pela COVID-19 [...] no âmbito da Administração Pública direta e indireta, [...]. João Pessoa, PB: Palácio do Governo do Estado da Paraíba, 2020e. Disponível em: <https://paraiba.pb.gov.br/diretas/saude/coronavirus/arquivos/diario-oficial-13-06-2020-2.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2020.

PARAÍBA. Governo do Estado. Secretaria da Saúde. Atualização Covid-19 / 31-08-2020. 2020f. Disponível em: <https://paraiba.pb.gov.br/diretas/saude/coronavirus/noticias/atualiza-cao-covid-19-31-08-2020>. Acesso em: 31 ago. 2020.

PARAÍBA. Governo da Paraíba. Secretaria de Estado da Saúde. Gerência Executiva de Vigilância em Saúde. Gerência Operacional de Resposta Rápida. Plano de Contingência Estadual para Infecção Humana pelo Coronavírus (COVID-19). João Pessoa, PB: Secretaria de Estado da Saúde, 2020g.

PARAÍBA. Secretaria de Estado da Saúde. Plano para Construção de um Novo Normal na Paraíba. Nota Técnica Novo normal PB. 2020h. Disponível em: https://paraiba.pb.gov.br/noticias/governo-do-estado-apresenta-plano-de-retomada-gradual-e-segura-das-atividades-na-paraiba/NOTATECNICASES_NOVONORMALPB_rev.pdf. Acesso em: 25 jul. 2020.

PARAÍBA. Lei n.º 11.686, de 12 de maio de 2020. Estabelece “Fila Zero” nos hospitais públicos e privados quando houver decretação de estado de calamidade pública em razão de epidemias, pandemias e endemias no Estado da Paraíba [...]. LegisWeb, 2020i. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=395243>. Acesso em: 28 jul. 2020.

PARAÍBA. Ministério Público Federal. Procuradoria da República na Paraíba. Ministério Público do Trabalho. Carta Aberta de alerta à população paraibana sobre o risco de colapso do sistema de saúde. Campina Grande, PB, 2020j.

PARAÍBA. Ministério Público Federal. Procuradoria da República na Paraíba. Ministério Público do Trabalho. Ofício Circular nº 02/2020/MPF/PRM/CG-Gabinete. Campina Grande, PB, 2020k.

PARAÍBA. Defensoria Pública do Estado da Paraíba. Ofício n.º 96/2020. Campina Grande, PB, 2020l.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça da Paraíba (3. Vara de Fazenda Pública). Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica c/c Obrigação de não fazer c/c Pedido de Tutela Provisória nº 0827914-28.2020.8.15.2001. Autor: Unimed João Pessoa Cooperativa de Trabalho Médico. Ré: Secretaria de Estado da Saúde (SES). Última distribuição: 15 maio 2020m. Disponível em: https://www.tjpb.jus.br/sites/default/files/anexos/2020/05/liminar_unimed.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça da Paraíba (3. Vara de Fazenda Pública). Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica c/c Obrigação de não fazer c/c Pedido de Tutela de Urgência de Natureza Antecipada Inaudita Altera Pars nº 0829197-86.2020.8.15.2001. Autores: Hospital Nossa Senhora das Neves Ltda. e Clim Hospital e Maternidade Ltda. Ré: Estado da Paraíba. Última distribuição: 28 maio 2020n. Disponível em: https://www.tjpb.jus.br/sites/default/files/anexos/2020/05/liminar_unimed.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.

PERES, Ursula Dias; SANTOS, Fabio Pereira dos. PEC 241/55: redução do Estado, aumento da desigualdade. Revista Economistas, ano VII, n. 22, p. 17-26, dez. 2016.

SÁ-SILVA, Jackson Ronie; ALMEIDA, Cristóvão Domingos de; GUINDANI, Joel Felipe. Pesquisa documental: pistas teóricas e metodológicas. Revista Brasileira de História & Ciências Sociais, ano 1, n. 1, p. 1-15, 2009. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/rbhcs/article/view/10351/0>. Acesso em: 4 jun. 2020.

UJVARI, Stefan Cunha. Pandemias: a humanidade em risco. São Paulo: Contexto, 2011.

WERNECK, Guilherme Loureiro; CARVALHO, Marília Sá. A pandemia de COVID-19 no Brasil: crônica de uma crise sanitária anunciada. Cad. Saúde Pública, v. 36, n. 5, e00068820, 2020.

• CAPÍTULO 7 •

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SANITÁRIAS: REFLEXÕES

Alessandra Dale Giacomini Terra
<https://orcid.org/0000-0003-3311-121X>

Thiago Guerreiro Bastos
<https://orcid.org/0000-0002-4070-610X>

INTRODUÇÃO

A Política Pública consiste em um estágio “*em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real*” (SOUZA, 2006, p.26). Conforme Souza (2006), esta categoria emergiu no contexto da Guerra Fria, baseada no pressuposto de que seria possível que as ações governamentais fossem elaboradas e analisadas cientificamente, e sua aplicação vem resultando em uma valorização da tecnocracia. Esta possibilidade de aplicar métodos científicos para formular decisões governamentais, porém, dá-se por meio de uma racionalidade limitada dos administradores públicos, daí a importância de compreender a política pública “como um sistema, ou seja, como uma relação entre formulação, resultados e o ambiente”, já que conforme Easton *apud* Souza (2006, p. 24) “políticas públicas recebem *inputs* dos partidos, da mídia e dos grupos de interesse, que influenciam seus resultados e efeitos”.

Assim, as políticas públicas decorrem de decisões técnicas e políticas que afetam e são determinadas pela disponibilidade orçamentária. Neste texto, partimos da premissa de que não existe Estado Social sem Estado Fiscal em razão da íntima relação existente entre direito financeiro, administrativo e constitucional. As finanças públicas são responsáveis por viabilizar o projeto constitucional.

Souza (2006) problematiza que o tema políticas públicas está em voga, destacando como contribuíram para isso o neoliberalismo e o ajuste fiscal, ou seja, a adoção de políticas restritivas de gastos, que no Brasil conjuntamente com a justificativa da melhoria do

desempenho da intervenção pública foram basilares para a reforma do Estado Burocrático nos anos 1990.

A partir dos anos 1990, a temática das políticas públicas ganham destaque no âmbito jurídico no Brasil, em razão da generosidade e ambição da Constituição Federal de 1988 ao tratar sobre direitos sociais (BUCCI, 2013), tendo em vista que as políticas públicas constituem uma forma de concretização de direitos humanos, especialmente os direitos sociais, e que a ampliação da positivação de direitos fundamentais no texto constitucional em contraponto com o déficit prestacional resultante da redução do Estado e do ajuste fiscal, vem contribuindo para uma intensificação da judicialização de políticas públicas, fenômeno mundial relacionado ao neoconstitucionalismo e o fortalecimento das Cortes Constitucionais.

As prestações positivas ofertadas pelo Estado, de modo geral, exigem análise das repercussões orçamentárias, sob risco de agravar a crise fiscal com descontrole dos gastos públicos. A implementação do programa de ajuste fiscal no Brasil, no final da década de 1990, fundamentada na ideia de controle das contas públicas e eficiência, institui limites de gastos ao administrador a partir da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000), ao mesmo tempo em que possui obrigação constitucional de efetivar direitos fundamentais. Tendo em vista esta problemática, a pergunta que se põe é: um direito fundamental está sujeito à limitação orçamentária e às escolhas do gestor? Como o Supremo Tribunal Federal (STF) tem analisado esta questão?

O presente artigo pretende refletir sobre a judicialização de políticas públicas de saúde a partir da análise de decisões do STF, buscando traçar um breve panorama sobre como vem decidindo a corte. O recorte se mostra necessário para delimitar o objeto do artigo e propiciar uma melhor compreensão da postura do Supremo no tocante ao nicho de saúde que enseja bastante judicialização, pois a Constituição de 1988 elevou o direito à saúde a um patamar de direito fundamental, gratuito e universal. Este trabalho foi realizado por meio de pesquisa qualitativa, revisão bibliográfica e análise jurisprudencial.

REGULAÇÃO DA SAÚDE E ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS

A emergência do Estado Gerencial no Brasil deu-se após a Reforma da Administração Pública, iniciada no governo de Fernando Collor de Mello (1990-1992), ganhando força após o lançamento do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), elaborado pelo ex-ministro Bresser-Pereira, que enfatizava a necessidade de superação dos modelos de Estado patrimonialista e burocrático.

O PDRAE justificava ser necessária uma reestruturação do Estado, pois este não conseguiria “atender com eficiência a sobrecarga de demandas a ele dirigidas, sobretudo na área social” (Brasil, 1995, p. 10), apontando a necessidade de redução de custos e de aumento da qualidade dos serviços e criticando a Constituição de 1988 que caracteriza como um “um retrocesso burocrático sem precedentes”. (Brasil, 1995, p. 21). Segundo o plano, os gastos excessivos pelo Estado afetariam a economia e a reforma do Estado seria indispensável para assegurar o crescimento econômico do país (Brasil, 1995).

No início dos anos 1980, emergiu um movimento de reformas administrativas em âmbito internacional liderado pelos EUA e Inglaterra, e patrocinado por organismos multilaterais, como Fundo Monetário Internacional (FMI) e Banco Mundial, defendendo uma reconfiguração do tamanho e do papel do Estado. A nova ótica neoliberal defendia o enxugamento do Estado, por meio de privatizações e delegação de serviços à iniciativa privada, bem como uma mudança no modo de atuação do Estado, em que a postura executória foi substituída por um comportamento de gestão, isto é, de controle de resultados com a fiscalização das atividades que outrora eram executados pelo Estado, que o PDRAE autointitulava de administração gerencial, pois inspirava-se na administração de empresas (Brasil, 1995, p. 16).

O processo desestatizante concedeu às agências reguladoras importante papel no âmbito do controle (fiscalização e correção) e gestão de conflitos na relação trilateral de um contrato de concessão: usuário, concedente e concessionário. Sustentou-se que a regulação promovida pelas autarquias especiais propiciaria a despolitização da estrutura administrativa, pois suas decisões seriam tomadas por agentes eminentemente técnicos, ou seja, as decisões iriam

potencializar o desenvolvimento econômico-social¹. A viabilização deste modelo assentou-se na adoção de um regime jurídico diferenciado às agências reguladoras que “reforça a sua autonomia e possibilita uma blindagem da agência contra influências políticas no seu processo decisório” e de uma atuação que envolve notadamente a edição de normas técnicas (DE ARAUJO, 2018, p. 68). Assim, o *design* regulatório tem potencial de afetar diretamente a qualidade das políticas públicas e evitar/reduzir desperdício do dinheiro público, por permitir a tomada de decisões a partir de uma imparcialidade técnica que otimize a utilização dos recursos orçamentários, que são finitos. Além disso, a discricionariedade técnica das agências reguladoras incrementaria a autocontenção judicial, pois ainda que os atos praticados pelas agências sejam sindicáveis, o perfil técnico clama pela deferência nas escolhas alinhavadas.

Um dos setores que foi objeto da desregulamentação e regulação foi o de saúde pública. Atualmente a regulação em saúde leva tanto em conta as diretrizes do Ministério da Saúde, órgão autônomo, como da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)² e da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), agências reguladoras com autonomia reforçada no campo administrativo, normativo e financeiro³.

1 Ressalva-se que as decisões das Agências Reguladoras não estão alheias a influências políticas e de interesses. O que se pretende chamar atenção é que nelas há uma estrutura e dinâmica que permite com que as decisões sejam elaboradas a partir de um maior tecnicismo e menos influência de interesses políticos, o que permite um uso mais racional dos recursos. Conforme DE ARAUJO a imparcialidade técnica das Agências Reguladoras se dá a partir de 4 pilares: “i) a regra do mandato fixo; ii) o princípio da menor intensidade (deferência) no controle dos atos das agências; iii) a vedação de contingenciamento dos recursos orçamentários das agências reguladoras; e iv) a proibição de supressão de competências das agências.” (DE ARAUJO, 2018, p. 70-71).

2 Kollross (2015) aponta a Anvisa como a maior agência reguladora do país.

3 Fenômeno da deslegalização: a edição de atos administrativos técnicos que têm poder de vincular o administrado. Não há usurpação de competência do Legislativo, pois o teor técnico exige um conhecimento ao qual os representantes do povo não têm. A independência da agência se assegura no mandato dos dirigentes nomeados. Uma vez nomeados pelo Presidente da República e aprovados no Senado, o agente toma posse e não sai do cargo por ato volitivo do Executivo. Somente deixarão o cargo em caso de renúncia, processo administrativo disciplinar ou sentença transitada. O mandato, segundo a lei 13.848/19, é de cinco anos.

As agências reguladoras podem ser instrumentos interessantes de fomento e regulação de determinados setores e do Estado brasileiro atingir maior eficiência sob uma ótica de Administração de resultados. Entretanto, estas instituições tecnicistas sofrem críticas por possuírem déficit democrático, o que pode ser minimizado com a adoção de canais que permitam a participação e controle da sociedade civil⁴⁵. Neste sentido, também é cabível mencionar a Teoria da Captura. De acordo com esta corrente, as agências podem ser capturadas por aqueles que teria o papel institucional de regular, pois estes agentes econômicos têm força política, econômica e conseguem promover intensos lobbys em detrimentos dos usuários e do serviço regulado (OLIVEIRA, 2016).

Desde 1998, o Ministério da Saúde passou a editar a Relação Nacional De Medicamentos Essenciais (RENAME), uma lista que elenca medicamentos e insumos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS). O RENAME é atualizado a partir da atuação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), criada em 2011, que analisa os pleitos pela incorporação, alteração e exclusão de medicamentos à lista. A partir da judicialização, o Poder Judiciário muitas vezes substitui a Anvisa como instância que regula o registro e o fornecimento de medicamentos e outros produtos (MUSSOLINI, 2015), ao analisar casuisticamente demandas individuais em que se

4 Alves (2008) em sua tese de doutorado verificou que apesar das agências reguladoras de saúde terem instituído mecanismos de participação social (o que lhes conferiria legitimização), destacou as consultas públicas, apontando, contudo, que estas são complexas e apresentam falhas. Pereira, Sizukusa e Ferreira (2015) destacam outros canais como audiências públicas, Conselho Consultivo, consultas públicas, Anvisa Atende, Ouvidoria, atendimento presencial, câmaras setoriais, câmaras técnicas, Comissão Científica em Vigilância Sanitária (CCVISA) e Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão (e-SIC).”Sobre o tema conferir ALVES, Sandra Mara Campos et al. Processo de participação da sociedade civil nas consultas públicas realizadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária-Anvisa: (2000-2006). 2008. Tese de Doutorado; e PEREIRA, Raphael Sanches; SIZUKUSA, Letícia Oyamada; FERREIRA, Aline Siqueira. Articulação entre a Anvisa e a população: aspectos avaliados por canais de comunicação e relatos de casos. In: Programa de formação aplicada: regulação no divã. 2015. p. 61-83.

5 Já no caso do déficit democrático do Ministério da Saúde, a Lei n.º 8.142/1990 regulamentou a participação da comunidade no âmbito do SUS, destacando como mecanismos de participação e controle social as Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde.

pleiteia fornecimento de medicamentos, alguns dos quais sem registro no Brasil ou indicação para o diagnóstico médico, sobrepondo o entendimento do magistrado à análise técnica realizada pela ANVISA e pelo Ministério da Saúde.

Esta análise técnica também leva em consideração a utilização de recursos públicos. Muitas vezes nos processos judiciais são pleiteados medicamentos de marca, ou seja, de laboratórios específicos, medicamentos que possuem similar de menor valor que produz o mesmo efeito. Nesse caso, os atores não podem ignorar áleas econômicas que influenciarão a política adotada. Vislumbrar o acoplamento estrutural entre direito e economia se torna essencial para avançar no tema, uma vez que as decisões têm que considerar as receitas orçamentárias, que são projeções estimadas para o ano subseqüente e que podem ser afetadas pelo crescimento econômico.

Importante ressaltar, contudo, que nem todas as decisões são técnicas. Os administradores são usualmente influenciados por interesses e grupos de poder, como interesses partidários, individuais, de setores aliados, pressão de grupos de interesse e de empresas, busca de reeleição, entre outros. Assim, deve-se ressaltar que não é coerente uma visão legalista de que o direito seria apto a subjugar o administrador público no momento de elaboração e implementação de políticas públicas. A escola da *public choice*, por exemplo, reconhece a influência que o gestor sofre quando toma uma decisão política; fatores alheio ao interesse público podem influenciar no processo decisório.

Desta forma, em determinados casos há necessidade de intervenção do Poder Judiciário para calibrar o processo, pois a escolha técnica que não se adequa ao marco regulatório não tiver fundamentação que a consubstancie é preciso que o juiz intervenha e promova o controle. Neste caso, ressalta-se, não se trata da substituição de uma decisão técnica por uma do juiz, mas sim anulação da decisão tomada por estar desalinhada das diretrizes e com fundamentação que não justifica o afastamento. Portanto, cabe ao magistrado deferência às escolhas quando devidamente fundamentadas e em conformidade com a legislação. É possível que o magistrado, por uma visão ideológica sua, não concorde com a política traçada, porém não cabe a ele revisar um ato administrativo

que respeita a juridicidade, pois não lhe compete fazer a escolha; carece-lhe de legitimidade democrática e técnica.

Se o Judiciário puder rechaçar inovações ou escolhas políticas aceitáveis ocorrerá a “ossificação da regulação”, conforme aponta Regazzo (2011), isto é, o gestor deixa de inovar por temer condenações do Judiciário.

A regulação é uma atividade estatal que condiciona comportamentos e limita a livre iniciativa. Portanto, é necessário que essa regulação leve em conta outras áreas de conhecimento e admita participação popular. A melhora regulatória não está atrelada a mais ou menos regulação, mas sim a uma atuação governamental com foco na eficiência/resultados. Regulação em excesso é tão ruim quanto a sua ausência. Quando política pública e regulação afetam direitos fundamentais, como é o caso da saúde pública, deve haver maior atenção dos Poderes da República e da sociedade civil.

PODER JUDICIÁRIO E LEGISLATIVO: EMBATE ENTRE JUSTIÇA E POLÍTICA

A judicialização é um fenômeno de tendência global, emergente após a Segunda Guerra, estreitamente relacionado ao neoconstitucionalismo e que implica em uma transferência de poder para juízes e tribunais (BARROSO, 2009). No Brasil, este fenômeno materializou-se após a Constituição de 1988, que ampliou o rol de direitos sociais, que por sua vez demandam um incremento das prestações positivas e de intervenção do estado, ao mesmo tempo em que veio acompanhada da ascensão do Judiciário como canal de viabilização de direitos fundamentais.

A ausência de prestação estatal ou a falha no serviço desaguam no Poder Judiciário quando as vias administrativas se mostram insuficientes. A intensa judicialização é um reflexo do atual ordenamento jurídico e do modelo institucional brasileiro, seja em razão da cartela de direitos previstos e suas cláusulas dirigentes, seja porque o constituinte permitiu um fortalecimento do Judiciário com um amplo controle de constitucionalidade, tanto na via difusa quanto na via concentrada.

A judicialização não deve ser confundida com ativismo judicial, conceito este ligado a uma conduta mais proativa do julgador ao interpretar a Constituição e as normas infraconstitucionais, no sentido de interferir nas esferas de atribuição dos demais poderes (BARROSO, 2012). É nesse sentido que Barroso (2009) afirma que a judicialização é um fato, enquanto o ativismo pode ser visto como uma postura do Judiciário; é uma escolha filosófica e ideológica a favor de uma atuação mais proativa do magistrado quando provocado.

O ativismo pode desestruturar políticas públicas quando o juiz toma para si o direito de escolher o traçado de uma política pública; esse controle indevido representa uma invasão do mérito administrativo e uma ofensa à juridicidade. O ato administrativo (vinculado ou discricionário) é sindicável, mas isso não significa que o mérito possa ser invadido; controlar os limites do poder de decisão é diferente de escolher qual será a decisão. O controle do limite deve ser feito a partir da análise da finalidade, da motivação e da proporcionalidade.

De acordo com Brandão (2012) a judicialização sofre influência do neoinstitucionalismo, isto é, a compreensão dos respectivos pontos cegos. Em sua visão, a interação entre os Poderes gera um diálogo institucional que delimita, por si só, a atuação dos agentes. Não seria, portanto, uma autocontenção, mas sim uma interação entre atores administrativos que garantem um debate que pode aprimorar certos desenhos e escolhas públicas. Ora, se cada observador tem um ponto cego em relação a um determinado ponto de referência, supõe-se, então, que quantos mais agentes olharem para esse ponto melhor descrita será a realidade. Os diálogos institucionais que devem ser promovidos e incentivados pelo juiz viabilizam uma troca de informações e visões institucionais que podem corroborar para o avanço das políticas públicas. Esse debate entre vertentes distintas do Estado se mostra essencial porque a caneta do juiz não tem força para criar receita e abrir o cofre.

Portanto, se o ativismo tem a predisposição em deslocar a decisão política do Parlamento para o gabinete, será por meio do diálogo entre as estruturas estatais que esse desvio sistêmico pode ser mitigado ou obstado. Assim, o diálogo institucional tem poder de calibrar e manter uma relação harmoniosa e independente entre

os Poderes, com o projeto político-constitucional e as expectativas sociais. Lembra-se que decidir contra decisões políticas pode gerar um desgaste do Poder Judiciário junto à opinião pública. O excesso de decisões contramajoritárias pode abalar eventual apoio social que referenda e legitima atuação do Judiciário como instituição. A perda de prestígio e respaldo social, pode, inclusive, em cenário extremo, legitimar ataques institucionais de outros Poderes ao Judiciário.

O ativismo é uma postura recente de nosso Judiciário. O Supremo Tribunal Federal, até meados dos anos 2000, adotou uma postura de autocontenção. Foi ao longo do século XXI que a Corte máxima deu indícios de mudança em sua postura para fins de efetivação de direitos fundamentais⁶ como ocorreu em sede dos Mandados de Injunção 670 e 712, nos quais se adotou uma postura concretista no tocante ao exercício do direito de greve de servidor público. A postura se mostrou possível em razão da retração do Poder Legislativo, fruto de uma crise de representatividade e da desilusão da sociedade com a política. O Judiciário apenas tomou o espaço deixado pelo Legislativo⁷.

O Estado de Direito, pautado pela lei, impõe que políticas públicas sejam atendidas por meio de uma lógica dinâmica e complexa. Compete ao Executivo implementar, mas quem traça as diretrizes é o Legislativo. Compete a estes dois Poderes aferir o interesse público em jogo. A interpretação não é monopólio de apenas um ator, logo, Legislativo, Executivo, Judiciário, demais instituições e sociedade civil interpretam a lei. Numa ótica de judicialização, a interpretação dará maior ênfase à compreensão do juiz. Este, no entanto, deve se valer de instrumentos como audiência pública, contraditório, *amicus curiae*, etc., para se permitir ser influenciado por outras visões e realidades; precisa cobrir seu ponto cego. O juiz, embebido em suas preconcepções, ao decidir, leva-as em consideração, ainda que inconscientemente. O realismo jurídico encerra essa visão heroica, neutra e isolada do juiz para reconhecer nele um homem, antes de

6 Nos últimos anos o STF decidiu temas relevantes como união homoafetiva, fetos anencéfalos, pesquisa de célula tronco, entre outros.

7 Em países cuja democracia é recente e o amadurecimento institucional ainda está em curso a judicialização da política acaba sendo um efeito importante para se contrapor à hegemonia do Executivo.

tudo, que é influenciado pela vida que o rodeia. Interpretar, portanto, é um ato de decisão que imputa na norma um determinado sentido/valor.

Nesse sentido, a judicialização de políticas públicas de saúde implica em um embate entre política e justiça. Há momentos em que o Judiciário usurpa a competência alheia ao adentrar na política pública e impor a sua visão política sobre o tema na busca pela satisfação de direitos fundamentais. Atente-se ao termo “impor”; quando o Judiciário atua desta forma ele rompe com qualquer noção de diálogo ou neoinstitucionalismo que busca calibrar efeitos de possíveis ingerências. Ao tentar implementar o direito de um indivíduo, um caso concreto apresentado ao seu crivo de julgamento, o magistrado se envereda na microjustiça. Será que a decisão individual imposta naquele caso, a decisão que favoreceu a um único indivíduo pode ser ampliada para toda a sociedade? A decisão individual tem condições de ser coletiva? Há como universalizar essa decisão? Há orçamento para isso? Há estrutura administrativa para atender a todos? Esses são os detalhes que faltam quando não se estabelece um diálogo entre os Poderes e quando se trata de política pública.

O juiz não tem *know-how*, não tem expertise e tampouco conhece os desdobramentos da política pública. A caneta, o publique-se, não gera orçamento nem materializa uma estrutura apta a atender a todos que estejam na mesma situação. A ingerência cometida pelo Judiciário na política traz assimetrias que aumentam os problemas no campo das políticas públicas, pois será preciso deslocar verba para atender aqueles casos específicos e, com isso, precarizam-se ainda mais o desenho e a implementação da política que estava em vigor. Tal fenômeno ocorrerá por alguns motivos tais como: (i) desconhecimento de maiores informações acerca das políticas públicas; (ii) ausência de conhecimento técnico suficiente; (iii) impossibilidade de sair do locus mínimo para atingir o de maior abrangência⁸; (iv) ignorância do poder da “canetada” e ausência de posicionamento crítico quanto a ingerência de recursos públicos e;

8 Em ações coletivas, por sua vez, o magistrado tende a ser mais cauteloso com seu ato de decidir, pois sabe que sua decisão será aplicável a todos que estejam na mesma situação. Aqui haverá uma “macrojustiça” em contraposição a “microjustiça” que envolve casos individuais e cujos efeitos são tipicamente interpartes.

(v) impossibilidade de ficar imóvel diante de um necessitado que lhe pede por uma prestação, aparentemente, justa.

Todas essas medidas acabam por tumultuar a gestão da política pública e promovem um realocamento de recursos em relação ao qual o magistrado não tem conhecimento técnico, prático e legítimo para realizar. A sua atuação deveria ficar adstrita ao que determina a lei e, somente quando for patente alguma violação a princípio constitucional ou ausência de política pública estruturada, decidir de forma mais incisiva. Além disso, diante dos *hard cases*, tem que haver o diálogo institucional, pois somente assim a decisão terá coerência com as diretrizes traçadas pelos demais Poderes.

Foi nesse sentido que o STF pautou duas decisões importantes sobre medicamentos. Em 2019, no Recurso Extraordinário – RE 657718, o Supremo apontou que o Estado não era obrigado a fornecer medicamento experimental. Além disso, afirmou que medicamentos que não detivessem registro na ANVISA, em regra, não poderiam ser fornecidos por decisão judicial. Logo, o fornecimento de fármaco sem o devido registro junto à agência reguladora somente poderia ser concedido por tutela judicial de forma excepcional. Foi nesse sentido que se pacificou o assunto no Tema de Repercussão Geral 500. Portanto, o Estado, em regra, não pode ser obrigado judicialmente a fornecer medicamento não registrado, salvo se houver mora não razoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei n.º 13.411/2016) de registro. Assim, caso haja solicitação de registro do fármaco no Brasil, em se tratando de medicamento já registrado e com eficácia reconhecida internacionalmente por agências de saúde de renome e prestígio e não havendo substituto terapêutico apto a melhorar a condição clínica do paciente, autoriza-se de modo excepcional a tutela do medicamento não cadastrado por medida judicial a fim de que se elimine uma injustiça e se efetive o direito à saúde constitucionalmente assegurado.

No Recurso Extraordinário – RE 566471, o Supremo julgou o dever do Estado em fornecer medicamentos de alto custo. Nesse caso, decidiu-se que se o fármaco não tiver registro junto à ANVISA, deve ser levado em conta o que já foi decidido em sede de repercussão geral, isto é, fornecimento como exceção e não como regra. Há também repercussão geral, Tema 6, mas que ainda não foi alinhavada

por todos os Ministros. De acordo com os debates travados no ano de 2020, indicam-se os possíveis critérios: 1) Inviabilidade de utilização de outro fármaco ou genérico; 2) incapacidade financeira do enfermo ou de seus familiares em custear o procedimento; 3) existência de laudo médico que aponte a específica necessidade do medicamento e de sua comprovação científica por perito e, 4) demonstração de que não houve recusa expressa de órgão competente para a incorporação do medicamento. O tema é excessivamente complexo e os ministros apontam suas dificuldades no seu tratamento, principalmente à luz das limitações orçamentárias e possíveis abalos reflexos em políticas públicas existentes. Contudo, assentou-se que a mera escassez de recursos não pode ser um argumento retórico ou desprovido de fundamentação/comprovação para não efetivar um direito fundamental.

A judicialização da demanda é devida ainda que o Estado alegue inexistência de reserva orçamentária. Na visão da Corte, não cabe ao Judiciário gestar políticas públicas de saúde, mas é dever dos magistrados corrigir distorções que geram injustiças concretas à luz dos valores constitucionais. O juiz, no caso concreto, tutelar, na verdade, o mínimo existencial atrelado à dignidade da pessoa humana. Portanto, sua ausência do rol de política pública já existente não impede, a priori, desobrigação estatal. Em regra, o Estado não é obrigado, salvo se cair na exceção que se afere a partir de critérios objetivos. Por isso, alegar a reserva do possível, nesses casos, não pode ser um argumento retórico, vago e sem comprovação contábil por parte do Estado. Se há escassez orçamentária é papel do gestor melhor administrar os recursos e cortar em áreas não prioritárias em vez de minar direitos sociais. No entanto, é preciso que o magistrado ao decidir vislumbre o potencial multiplicador de sua decisão, analisar a possibilidade de universalização. Essas dinâmicas tornam o ato de decidir mais complexo e quiçá impossível de ser racionalizado. O Tema 6, portanto, aponta que “é dever do estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo”, mas a tese da repercussão ainda não foi alinhavada entre os ministros.

MÍNIMO EXISTENCIAL: COMO BALANÇEAR A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE À ESCASSEZ DE RECURSOS?

Com advento do pós-positivismo, os princípios adquiriram importância e carga normativa. Alguns chamam esse movimento de virada kantiana. A dignidade da pessoa humana se tornou um princípio articulador dos direitos fundamentais por conta da reaproximação entre direito e ética que tornou o ordenamento permeável aos valores morais. O resgate da importância dos princípios é vital para atender as necessidades de uma sociedade plural e cada vez mais elaborada. As regras, ainda que importantes, atuam sob a ótica da subsunção, logo, são menos abrangentes do que um princípio que tende a ser amplo e abstrato (comandos de otimização). Tal medida faz com que ao longo dos anos um princípio continue a existir em virtude de sua carga axiológica. Não custa lembrar que os princípios possuem três funções básicas: direta (núcleo do princípio tem força equivalente a uma regra), interpretativa (condicionam a interpretação das demais normas jurídicas) e negativa (paralisa a aplicação de qualquer norma ou ato jurídico incompatível). A noção de dignidade da pessoa humana concretiza a noção filosófica de que coisa têm preço, enquanto uma pessoa detém dignidade; o homem é um fim em si mesmo.

Na doutrina não há dúvidas quanto à necessidade de ponderação para determinar qual princípio deve prevalecer em hipóteses de choque⁹. Se os princípios em uma constituição sintética são alvos de confronto, imagine em nossa Carta que é tipicamente analítica. Assim sendo, é possível concluir que é dever do Estado concretizá-los e que diante de sua omissão e/ou negativa, caberá ao cidadão utilizar os instrumentos existentes para requerer a prestação perante o Poder Judiciário. Reconhecer que um princípio tem carga normativa leva a duas premissas: exigibilidade e delimitação do núcleo normativo. Enquanto a exigibilidade nada mais é do que reconhecer que um princípio em razão de sua faceta direta pode ser requerido via Poder

9 Se os dois princípios têm incidência em caso concreto, mas evidenciam e tutelam lógicas diferentes, caberá ao magistrado, no caso concreto, analisar o peso abstrato de cada um e ver qual prevalecerá. O ideal seria harmonizá-los e fazer com que ambos atuem, mas não sendo possível deve-se optar por um após a ponderação.

Judiciário, a delimitação do núcleo normativo, por sua vez, determina o que pode ser exigido via heterocomposição.

Todo o princípio tem um núcleo mínimo dotado de eficácia simétrica ou positiva. Aquilo que fica além do núcleo é dotado de abstratividade e fica a cargo das políticas públicas, o que, em tese, afasta a atuação do Judiciário para não invadir competência do Legislativo ou Executivo. No tocante à dignidade da pessoa humana, podemos identificar quatro faixas dentro desse mínimo: educação básica, saúde, auxílio aos desamparados e acesso ao Judiciário. Não são elementos aleatórios. A conjugação desses quatro elementos cria as condições para desenvolvimento humano e conscientização do papel do cidadão na sociedade. Quando o cidadão tem esse mínimo ele é capaz de refletir e determinar o futuro de seu país de forma consciente. Tendo em vista o recorte dado ao trabalho e a área da saúde, os demais itens não serão abordados.

Segundo Barcellos (2008), para determinar o mínimo sindicável em saúde é preciso, antes de tudo, despir-se de algumas compreensões. Se o mínimo existencial do direito à saúde for visto como todo e qualquer procedimento que evite morte, dor e sofrimento físico, ora, tudo estará nesse mínimo e sua densificação será impossível de ser atingida, pois todo e qualquer tratamento médico busca evitar dor ou tapear a morte. O patamar mínimo está previsto na própria Constituição¹⁰. Aquilo que for além entrará no rol de política pública e deverá ser previsto em lei e efetivado pelo gestor público. Logo, o ideal é que o magistrado só concretize uma medida de saúde pública se ela estiver dentro do mínimo constitucional ou tiver previsão em lei editada e regulamentada pelo Poder Público. Tudo aquilo que estiver fora do alcance desses dois parâmetros não deveria ser exigível perante o Judiciário, sob pena de se realizar a “microjustiça” e realocar de forma ilegítima recursos que seriam destinados a outros fins. A microjustiça subverte a estrutura da política pública de saúde arquitetada por aqueles que detêm melhores condições de regular o tema. Além disso, a justiça individual atende a uma pequena classe e

10 Quando a Carta Política prevê aquilo que não pode ficar abaixo não quer dizer que o legislador não deve ir além. É imprescindível que o legitimado pelo povo busque complementar e aprimorar o sistema de saúde agregando maior valor normativo à prestação de saúde.

entrega um bem jurídico que a sociedade não concordou em subsidiar por extrapolar os termos da CRFB/88 e não estar previsto em lei.

Diante do exposto, conclui-se que o mínimo existencial no tocante à saúde, de acordo com a Ana Paula de Barcellos (2008), se concretiza em dois campos: (i) prestação de saúde pelo menor custo e que atinge o maior contingente, como são os casos de campanhas de vacinação; (ii) prestação que todos necessitam, como pré-natal, parto, saneamento básico, atendimento preventivo e acompanhamento de doenças da terceira idade.

Os campos alinhavados estão em harmonia com o que preconiza o texto constitucional. O poder constituinte originário traçou prioridades na área da saúde pública como: saneamento básico (art. 23, IX, 198, II e 200, IV), atendimento materno-infantil (art. 198) e ações de prevenção epidemiológica (Art. 200, II). Esses são os patamares mínimos, ou seja, os recursos públicos devem ser prioritariamente destinados a esses nichos e às áreas que vierem a ser ampliadas por políticas públicas setoriais que amplifiquem o mínimo. Essa estrutura deve ser respeitada por uma questão básica: o recurso público é finito. Não racionalizar sua utilização sobrecarrega o contribuinte porque os recursos existentes passam a ser insuficientes para assegurá-lo. Esse cenário fica mais agravado quando há uma atuação intempestiva e passional do magistrado.

Portanto, quando juntamos uma análise econômica das medidas de regulação associada ao mínimo exigível, teremos um gerenciamento adequado dos recursos públicos. Sendo escassos, é preciso que sejam gerenciados adequadamente. Dessa forma, teremos uma rede de saúde pública estruturada que irá atender aquilo que foi previsto pelo constituinte ou pelo legislador ordinário que culmina em um melhor patamar de bem-estar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A saúde pública como direito fundamental tem aplicação imediata. A ausência de algum tratamento abarcado por alguma política pública, portanto, deve ser calibrado tanto na via administrativa quanto na judicial. O ponto central do presente trabalho buscou jogar luzes sobre o embate entre Poderes Constituídos, e como o ruído

institucional pode agravar a satisfação de direitos fundamentais atrelados à saúde.

A Suprema Corte, no tocante a medicamentos, impôs, ainda que pela via transversa e excepcional, o dever do Estado em fornecer medicamento não registrado ou de alto custo. Portanto, o fato de eles não estarem dentro de uma cesta de serviço público de saúde não impede a sua concessão pela via judicial. Desse modo, ainda que se adote a ideia de mínimo existencial à saúde na visão de Barcellos (2008), ficou claro que o Supremo, conscientemente, superou tal lógica. Ainda que tratando como exceção, permitiu que o Estado fosse condenado a fim de efetivar o direito à saúde esculpido no texto. Apontou certas preocupações com questões orçamentárias e ingerências em políticas públicas existentes, mas não as tomou como critérios de autocontenção, mas sim como possíveis alertas para atuação do juiz no caso concreto.

A crítica apresentada ao ativismo em face de políticas públicas não significa, como contraponto, que se defenda a intangibilidade destas perante o Poder Judiciário. Ao contrário, é importante que o Judiciário seja a última defesa do cidadão quando houver violação à constituição ou à juridicidade administrativa. O que se pleiteou foi um maior diálogo entre as partes envolvidas na busca pela melhor solução que respeite o direito fundamental, mas também as escolhas políticas à luz das limitações orçamentárias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Sandra Mara Campos et al. Processo de participação da sociedade civil nas consultas públicas realizadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária-Anvisa: (2000-2006). 2008. Tese de Doutorado.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista de Direito do Estado, 2009.

_____. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, p. 04, 2010.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em 22 de março de 2021.

BRASIL, Câmara da Reforma do Estado. Plano diretor da reforma do aparelho do Estado. Brasília, 1995.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, n. 16, p. 20-45, 2006.

BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas / Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAVALCANTE, Pedro Luiz Costa Organizador; SILVA, Mauro Santos (Org.). Reformas do estado no Brasil: trajetórias, inovações e desafios. DF: CEPAL. RIO DE JANEIRO: IPEA, 2020.

DE ARAÚJO, Valter Shuenquener. Os quatro pilares para a preservação da imparcialidade técnica das agências reguladoras. Revista Jurídica da Presidência, v. 20, n. 120, p. 64-91, 2018.

KOLLOSS, Bianca. Agências reguladoras: uma revisão de seu histórico e de sua relevância. In: Programa de formação aplicada: regulação no divã, p. 45-59, 2015.

MUSSOLINI, Nelson Augusto. Rigor, agilidade e previsibilidade: a fórmula de desenvolvimento da indústria farmacêutica. In: Programa de formação aplicada: regulação no divã. 2015. p. 197-2010

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: GEN, 2016

PEREIRA, Raphael Sanches; SIZUKUSA, Letícia Oyamada; FERREIRA, Aline Siqueira. Articulação entre a Anvisa e a população: aspectos avaliados por canais de comunicação e relatos de casos. In: Programa de formação aplicada: regulação no divã. Brasília: Anvisa, 2015. p. 61-83.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

SANDEL, Michel. Justiça: O que é fazer a coisa certa. São Paulo: Civilização Brasileira, 2012.

• CAPÍTULO 8 •

RESENHA CRÍTICA DA OBRA “ENTRE TÊMIS E LEVIATÃ: UMA RELAÇÃO DIFÍCIL” DE MARCELO NEVES

Lucas Nogueira Rodrigues da Silva

<https://orcid.org/0000-0002-9818-2695>

Luiz Fernando Kazmierczak

INTRODUÇÃO

Em linhas gerais, Marcelo Neves adota como marcos teóricos centrais os autores Niklas Luhmann e Jürgen Habermas e, a partir da reconstrução do cerne das teorias por ambos sistematizadas – a teoria dos sistemas pelo primeiro e a teoria discursiva do segundo – o autor busca analisar pontos coincidentes entre ambas teorias (que são, como refere Ingeborg Maus na contracapa do livro, em princípios irreconciliáveis) e, a partir disso, tece seus próprios apontamentos, onde busca ir além dessa simbiose entre as teorias de Luhmann e Habermas. A sua análise, a partir e além de tais teorias, é endereçada ao Estado Democrático de Direito, em suas mais diversas e abrangentes facetas: relação entre direito e política, a soberania popular e a soberania do Estado, o princípio da igualdade, a interpretação jurídica e a jurisdição, dentre outros pontos.

A utilização de metáforas mitológicas para a denominação de suas obras não é algo exclusivo¹ desta que é analisada neste trabalho. Neves se utiliza, na obra em exame, das figuras mitológicas de Têmis e Leviatã como forma de representar a relação tensa que se verifica entre o direito (que tem na deusa grega sua representação simbólica mais conhecida) e o Estado, em sua acepção política, usando para retratar este último, da representação do monstro bíblico (referenciado no livro de Jó), que obteve notoriedade ainda maior com a célebre obra de Hobbes. A busca por estabelecer, teoricamente, uma relação construtiva e não conflitante entre o direito e a política é uma das

1 Nesse sentido: NEVES, 2013.

maiores preocupações da obra, na medida em que tal relação é central ao Estado Democrático de Direito. Nos dizeres do próprio autor, o que se discutem são os fundamentos e condições para uma “relação horizontal e construtiva, sem subjugações ou submissões entre Têmis e Leviatã, que lhes possibilite enfrentar os graves problemas da sociedade mundial do presente”. (NEVES, 2012, p. 20).

DOIS MODELOS DE EVOLUÇÃO SOCIAL

O primeiro capítulo inserido na parte do livro dedicada à reconstrução dos pensamentos de Luhmann e Habermas, é destinado à análise da evolução social sob o enfoque de ambos os autores e suas respectivas perspectivas teóricas. Na teoria luhmanniana, segundo Neves, há uma dissidência com a concepção do progresso contínuo, unilinear, regular e necessário da sociedade², pois, sob a ótica da teoria dos sistemas sociais, a evolução social seria algo não planejado, ocorrido ao acaso, que consiste na “transformação do improvável em provável” (NEVES, 2012, p. 5), e onde não há qualquer auxílio pelo modelo sistêmico na interpretação do futuro. Ainda em termos de evolução social, retira-se da teoria de Luhmann a ideia de que a sociedade moderna teria como uma de suas grandes conquistas o fato de serem o palco da introdução do procedimento legiferante, via direito positivo, superando a acepção jusnaturalista das ditas culturas avançadas pré-modernas. A importância do direito positivo, para Luhmann, está diretamente atrelada à ideia de autopoiese e de fechamento operacional que devem recair sobre o direito.

Por outro lado, já nas primeiras alusões à obra de Habermas, Neves cuida de deixar evidente os motivos pelos quais a teoria deste se demonstra, a priori, totalmente irreconciliável com a perspectiva luhmanniana. Isso porque, ao tratar sobre a modernidade, Habermas se utiliza de uma perspectiva para além da acepção sistêmica, aludindo ao “mundo da vida”, através do qual a sociedade constrói e reflete sobre sua unidade. Os indivíduos, nesse palco que é o mundo da vida, para Habermas, devem pautar suas ações de forma a viabilizar que se perpetue a comunicação e compreensão (ação

2 Sobre críticas à perspectiva cega no progresso como sendo algo contínuo e que, por certo, conduziria a uma melhora social, ver: LÖWY, 2005.

comunicativa), para que assim, se possa desenvolver uma consciência moral universalista, a partir do discurso e da difusão de ações voltadas ao entendimento. Esse aspecto de integração, portanto, é totalmente oposto ao fechamento dos sistemas, na forma em que Luhmann os concebeu.

Ao término do referido capítulo, Neves compila as duas teorias para fazer uma simbiose entre ambas, especialmente sobre um ponto que suscita um sem-número de discussões e pesquisas em direito: a relação entre direito à moral. O autor pondera que, enquanto para Habermas a racionalidade procedimental do discurso pode envolver questões jurídicas, pragmáticas, ético-políticas e morais (de justiça), na perspectiva autopoietica de Luhmann, não há que se falar em tais interferências, o que decorre da autonomia do direito, dada a sua condição de sistema próprio e autônomo, munido de fechamento operacional.

Sobre a dualidade de pensamentos, deve-se ponderar que a relação que o direito deve (ou não) ter com a moral é campo de discussões instigantes e intermináveis, o que se reforça, diante da perspectiva neoconstitucionalista, que apregoa por uma reaproximação entre direito e moral, para imantar o primeiro de critérios de justiça e não tão somente jurídico-legais, sendo aqui a obra (e a “fórmula”) de Gustav Radbruch (1999, p. 72-73) um grande norte para aqueles que reputam que tal posicionamento seria adequado. Por outro lado, dada a subjetividade que permeia o conceito do que é justo, também não são poucas as vozes que se levantam, questionando a legitimidade desse reencontro entre direito e moral, como, por exemplo, o faz Eros Grau (2018). Sendo assim, ainda que o primeiro capítulo (tal qual os dois subsequentes) seja mais voltado à reconstrução das teorias dos autores que demarcam o marco teórico de Neves, é inconteste a relevância da análise entre as perspectivas de Luhmann e Habermas sobre esse ponto.

DUAS DIFERENÇAS PARADIGMÁTICAS

No segundo capítulo, ultrapassados os vínculos dos autores aos aspectos da evolução social e da modernidade, Neves traça os principais elementos que são centrais à compreensão da teoria dos

sistemas de Luhmann e também da teoria da ação comunicativa de Habermas. Na primeira delas é fundamental a compreensão da ideia de autopoiese, retirada da teoria biológica de Maturana e Varela que etimologicamente deriva de autós (por si próprio) e poiesis (criação), ou seja: o sistema é construído pelos próprios componentes que ele constrói: a autopoiese dos sistemas, em síntese, é a sua capacidade de autorreferência, a qual dispensa que o sistema busque sua legitimação externamente. É assim que se viabilizará o fechamento do sistema, mas não seu isolamento causal, pois o sistema pode se abrir ao ambiente. A autopoiese, ademais, é constituída pelas características de reflexividade e reflexão do sistema.

Já na teoria de Habermas, Neves retoma o conceito de mundo da vida como pano de fundo onde ocorre o agir comunicativo. Já o agir comunicativo, por seu turno, é concebido como a ação voltada ao entendimento intersubjetivo, sempre em busca do consenso, e não se compatibiliza com o agir estratégico, o qual não objetiva o entendimento ou o consenso, mas, antes disso, o alcance de alguma finalidade egoística daquele que se comunica (ação estratégica ou “com respeito a fins”), não se pautando por sinceridade. E sobre a teoria sistêmica, diz Neves ser “inegável que, na obra de Habermas, a noção de sistema está vinculada intimamente à racionalidade-com-respeito-a-fins e, portanto, aos conceitos de agir instrumental e estratégico”. (NEVES, 2012, p. 74).

DUAS CONCEPÇÕES DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Enquanto os dois primeiros capítulos se ativeram mais a parâmetros das teorias sistêmica e da ação comunicativa, o terceiro capítulo, que é o derradeiro de caráter mais descritivo da obra, Neves adentra nos pontos em que Luhmann e Habermas vertem seus pensamentos, especificamente em relação a aspectos afetos ao Estado Democrático de Direito.

Para Luhmann, é essencial que o direito seja visto como um sistema que é normativamente fechado (autopoiese), mas cognitivamente aberto, de forma a poder assimilar fatores do ambiente, mas sempre de acordo com seus próprios critérios, dada

a necessidade de filtragem conceitual em seu interior. Todavia, em Luhmann é enfatizada uma neutralização moral do sistema jurídico, sendo irrelevante para o sociólogo alemão uma teoria da justiça como critério exterior ao direito positivo, dado o fechamento autopoietico do direito. Como contraponto à teoria de Luhmann, ainda que não mencionado por Neves nesse ponto, por certo se insere a teoria da justiça de John Rawls, para que “leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas”. (RAWLS, 1997, p. 4).

Por outro lado, assim como ocorre com o direito, também a política deve ser analisada como sistema autopoietico, especialmente em relação ao próprio direito. A política se pauta, segundo Luhmann, pela lógica binária entre poder superior/inferior e não pela ótica do ter ou não ter, característica do campo da economia. Daí porque, para Luhmann, “no Estado de Direito os mais ricos nem sempre são os ‘donos do poder’, frequentemente perdem a eleição” (NEVES, 2013, p. 86). Não obstante, em sentido crítico, sustenta Pachukanis que “O Estado jurídico é uma miragem, mas uma miragem totalmente conveniente para burguesia, pois substitui a ideologia religiosa em decomposição e esconde das massas o domínio da burguesia”. (PACHUKANIS, 2017, p. 148).

Contudo, ainda que sejam direito e política sistemas distintos em meio à concepção sistêmica, o Estado de Direito se caracteriza por ser um espaço de entrecruzamento horizontal entre poder (política) e o direito, os quais guardam entre si relações de influência recíproca, como ocorre em procedimentos eleitorais, normatizados pelo direito, ao passo que a política, ao mesmo tempo, é responsável pela decisão legislativa acerca da entrada (ou não) de novas estruturas normativas dentro do sistema jurídico.

A partir destas premissas que Neves ingressa no conceito traçado por Luhmann da Constituição como sendo o “acoplamento estrutural” entre a política e o direito. Trata-se de mecanismo de “interpenetração permanente e concentrada entre os dois sistemas sociais autônomos” (NEVES, 2012, p. 86), e que possibilita as influências recíprocas e permanentes entre ambos, sendo que cada sistema tem seus meios de filtragem, para ingresso em sua estrutura autopoietica. Ela é uma “forma de dois lados”, na medida em que inclui

e exclui, limita e facilita de forma simultânea a influência entre ambos os sistemas. Também nesse conceito de acoplamento estrutural, Luhmann insere os direitos fundamentais, em função da positivação constitucional, como meios de imunização da sociedade em face de uma “simplificação totalitária” e que essa tendência expansiva e hipertrófica do Leviatã (que aqui representa a política, como já visto), seria refreada por Têmis pela via dos direitos fundamentais.

Contudo, ainda que a teoria de Luhmann se dê em um plano de abstração e de forma idealizada, não se pode deixar de apontar que a simples positivação de direitos no texto constitucional, sejam eles “direitos de liberdade”, como ainda os “direitos sociais” – aqui referindo à clássica e exauriente discussão sobre gerações ou dimensões dos direitos fundamentais – embora necessária, não se faz suficiente para refrear os avanços “do Leviatã”. Tais dificuldades podem ser muito bem vistas no campo dos direitos fundamentais que de alguma forma se relacionem com a persecução penal, os quais estão sempre sob intensa pressão por grupos políticos, como ocorre, por exemplo, com o efeito backlash que se levanta em atenção às decisões do Supremo Tribunal Federal nas ADC’s 43 e 44, onde se debateu a questão da presunção de inocência e como uma consequência lógica, a impossibilidade de início da execução da pena antes que findado o prazo recursal e consumado o trânsito em julgado (AMARAL, 2018).

Em relação à perspectiva habermasiana, Marcelo Neves destaca que o conceito de Estado Democrático de Direito também se pauta pela autonomia do direito, todavia, tal autonomia, em Habermas, está fundamentada na moral, o que, de plano, evidencia a dissidência com a autopoiese jurídica de Luhmann. É necessário que os procedimentos inerentes à legislação e à jurisdição tenham uma formação assentada em uma racionalidade ético-procedimental. Portanto, para Habermas, “o direito, apesar de servir como instrumento de poder, precisa de justificação moral”. (NEVES, 2012, p. 110). Por outro lado, ainda que Habermas busque reaproximar o direito de critérios morais, sua perspectiva não coincide com a de John Rawls, o qual tem sua teoria criticada pelo filósofo alemão, pelo fato de a ênfase feita por Rawls na questão da justiça desconsiderar a visão do direito como

sendo um sistema empírico de ação, o que esvaziaria seus conceitos, para Habermas.

Encerrando as análises de tom mais descritivo das teorias de Luhmann e Habermas, Neves enfatiza a importância que o segundo dedica à legitimidade procedimental, pela qual o direito alcança seu sentido a partir de procedimentos de produção jurídica que gerem legitimidade. A validade das normas de ação, nesse contexto, será aquela onde “todos os possíveis atingidos poderiam concordar com os participantes de discursos racionais”. (NEVES, 2019, p. 119). Todavia, desde já Neves soergue sua crítica em relação à aceção do consenso habermasiano, que decorre de o universalismo consensual apregoado pelo filósofo alemão impossibilitar que se compreenda e se considere de forma adequada o pluralismo de valores e o dissenso natural na sociedade, que possui elevada complexidade e complexo de valores dos mais diversos, partilhados entre seus membros.

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O MODELO

O quarto capítulo da obra, por seu turno, é aquele onde Marcelo Neves passa a construir seus próprios posicionamentos, tomando por base conceitos de Habermas e Luhmann sobre modernidade e o Estado Democrático de Direito, com ênfase na questão do dissenso contudístico (a partir da teoria sistêmica), junto do consenso em relação aos procedimentos, a partir de Habermas. A forma como Neves apresenta suas perspectivas se demonstra inovadora, pois, como já dito, promove a conciliação entre posições de autores que sempre foram tidas como absolutamente antagônicas e irreconciliáveis, havendo nesse ponto, um “forte senso de originalidade” como aponta Hauke Brunkhorts, também na contracapa desta edição da obra.

A apresentação de uma perspectiva de rechaço à ideia de consenso, na forma proposta por Habermas, decorre da hipercomplexidade da sociedade moderna, pautada por grande diversidade de valores e interesses contraditórios entre si. E como decorrência óbvia dessa pluralidade de valores contraditórios entre si, é que não se faz possível uma moral orientada procedimentalmente para fins de construção do consenso, como teoriza Habermas. Marcelo Neves, assim, afirma que apenas com “os princípios de uma moral

do dissenso” (2012, p. 130) é que haverá compatibilidade com essa diversidade de valores da sociedade moderna.

Marcelo Neves, assim, propõe uma nova abordagem para a esfera pública de Habermas, que deve ser compreendida a partir do dissenso estrutural acima referido, que ingressa em substituição ao consenso habermasiano. A partir da perspectiva de Neves, a Constituição (partindo da perspectiva do acoplamento estrutural de Luhmann) é concebida como meio de intermediação, através dos seus procedimentos normativos, do mundo da vida, concebido como a arena do dissenso. A esfera pública é conceituada por Neves, deste modo, a partir desta simbiose entre as perspectivas luhmannianas e habermasianas, como campo no qual se tensionam direito e política, como sistemas acoplados pela Constituição, tendo por outro lado as tensões junto aos demais subsistemas da sociedade, como a economia, ciência e religião. Pode-se assim sintetizar que a perspectiva de Neves se utiliza do consenso de Habermas em relação aos procedimentos, para que, com base nestes, seja possível o dissenso dentro da esfera pública.

Ao término deste tópico, Neves se antecipa a um ponto que de plano se levanta quando se pensa um dissenso de valores e princípios: quais os limites dos discursos e a tolerância em relação a discursos de ódio, destrutivos e lesivos à própria pluralidade da sociedade hiper complexa? O autor propõe que as práticas e organizações, que se orientam à destruição da própria esfera pública pluralista sofram restrições jurídico-políticas, justamente pelo fato de negarem o dissenso estrutural do mundo da vida. Sua perspectiva, neste ponto, se alinha aos limites da tolerância elencados por John Rawls em relação aos discursos de ódio, os quais consistem no ponto limítrofe da liberdade de expressão e da pluralidade de discursos em meio à arena do dissenso. O discurso de ódio é tido como “limite para a tolerância, pois não possibilita o diálogo na medida em que despreza o ponto de vista do afetado, significando a anulação do outro” (ANDRADE, 2017, online), não se compatibilizando com a perspectiva plural de Neves.

Já no tópico intitulado “Por uma releitura da legitimação procedimental: intermediação do dissenso conteudístico através do consenso procedimental”, Neves irá deixar mais explícita sua

proposta em relação ao Estado Democrático de Direito, concluindo que o mesmo se legitima enquanto for capaz de, no campo político-jurídico da sociedade contemporânea supercomplexa, intermediar uma ideia de consenso procedimental e de dissenso conteudístico, o que se dá por meio do “respeito recíproco às diferenças, assim como as diversas esferas de comunicação”. (NEVES, 2012, p. 157). Para chegar à referida conclusão, o autor revisita concepções de autores como Kelsen³, Bobbio, Schumpeter (teoria da escolha racional) e Rawls, além, obviamente, de Habermas e Luhmann.

Revisitadas todas essas posições, Marcelo Neves então propõe que, para que se mantenha a esfera pública pluralista (onde vigora o já referido dissenso sobre o conteúdo deliberativo), é necessário que haja consenso social em torno das regras procedimentais do jogo democrático do Estado de Direito, sendo por meio de tais regras que se legitima o resultado procedimental no interior dos sistemas jurídico e político. É necessário que tais procedimentos absorvam de tal maneira o dissenso, ao mesmo tempo, em que possibilitam e fomentam que o dissenso seja tratado na esfera pública. Neves ainda ressalta que, ainda que a sua perspectiva se aproxime em parte com a de Ingeborg Maus, a divergência com referida autora está no fato de Neves não ratificar a ideia da supremacia da legislação em relação à jurisdição, afirmando existir, antes disso, uma relação de hierarquias entrelaçadas entre o campo jurisdicional e o legislativo.

Neves, no entanto, faz uma reconstrução que aparentemente – ao menos nesse tópico em particular – eleva o papel do Judiciário, em detrimento do papel do legislativo, ao rechaçar a concepção de Maus, e destacar apenas o perigo da “ditadura das majorias”, como risco apenas do legislativo. Ainda que o autor, posteriormente, reafirme uma ideia de horizontalidade orgânica e circularidade procedimental entre ambos os poderes, aparentemente sanando a prematura impressão de preferência pela atuação judicial, um modo de convalidar sua posição seria a alusão aos riscos do abuso

3 Tratando especificamente sobre a atuação de Pilatos no julgamento de Jesus, da qual se utiliza Kelsen para fundamentar sua tese da relatividade do conceito de justiça. Para Marcelo Neves, a construção kelseniana seria insuficiente para a fundamentação do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, conferir: AMARAL JÚNIOR, 1999.

do árbitro judicial, como fazem, por exemplo, Ran Hirschl (2004) e Jeremy Waldron (2003, p. 37), reforçando que os atos de abuso não são uma prerrogativa exclusiva do legislativo.

Já no item subsequente, Neves aborda as interrelações entre a soberania do Estado e a soberania do povo, a partir, novamente, dos conceitos de Luhmann e Habermas. Segundo sustenta Marcelo Neves, há uma “hierarquia entrelaçada” entre os institutos (que não se confundem). Ao mesmo tempo em que a soberania do povo, assubjetivada e discursivamente construída, tem dependência direta da institucionalização mediante a Constituição, por outro lado, a soberania do Estado, sob a perspectiva sistêmica, também depende do fluxo de legitimação, conferido pelo povo heterogêneo, por meio dos procedimentos democráticos.

Em outras palavras: ambas as ideias de soberania (do povo e do Estado) vão buscar sua legitimidade na outra e assim reciprocamente. Marcelo Neves, antes de apontar tal conclusão, também tangencia alguns pontos de dificuldade que enfrenta a soberania do Estado, em meio ao crescimento da inserção dos sistemas de cada país dentro de uma ordem de um sistema mundial, fato este que lhe insere em diálogo direto com autores que tratar dessa perspectiva, como José Eduardo Faria, que afirma: “os Estados não estão mais em condições de estabelecer um tipo de regulação hierárquico-autoritativa da sociedade” (FARIA, 2013, p. 63), em decorrência da tendência dos sistemas econômicos e sociais assumirem feição global e autônoma, não se deixando disciplinar por controles externos.

Dando sequência à análise sobre preceitos do Estado Democrático de Direito, Marcelo Neves analisa questões inerentes ao “princípio da igualdade e a heterogeneidade”, destacando para sua essencialidade a concepção do primeiro, e que o princípio da igualdade deve ser visto como uma integração (ou acesso igualitário) aos procedimentos jurídico-políticos do Estado Democrático de Direito, só se realizando enquanto viabiliza o “respeito recíproco e simétrico às diferenças”. (NEVES, 2012, p. 167). Como uma forma de efetivá-lo plenamente, o autor remete (e adere) aos conceitos trilhados no clássico escrito de Celso Antônio Bandeira de Mello (2017), destacando a relevância da discriminação social negativa, como forma de superação de obstáculos reais ao exercício de direitos,

atribuindo, de tal forma, efetivação ao princípio da igualdade. Neves pondera ainda que em um primeiro momento seja paradoxal usar de discriminações legais para que reafirme o princípio da igualdade, tais tratamentos diferenciados, assim como pondera Bandeira de Mello, justificam-se porque ocorrem de forma proporcional às discriminações sociais negativas contra os membros destes grupos, razão pela qual buscam restabelecer a igualdade, ampliando a cidadania.

Nesse ponto em especial, mesmo que exista, a partir da obra de Neves, uma contundente construção teórica sobre a legitimidade de discriminações positivas, o contexto histórico e social brasileiro faz ainda mais urgente a necessidade de que sejam reforçadas as ações afirmativas, considerando que este país, que tanto se apregoa como sendo uma “democracia racial”, foi um dos últimos que erradicou, normativamente, a escravidão, de modo que as raízes dessa imensa mazela social ainda hoje se espalham e difundem seus efeitos em nossa sociedade⁴, tornando necessária não apenas a positivação de mecanismos para enfrentar e mitigar tais desigualdades (como, por exemplo, com a edição do Estatuto da Igualdade Racial – Lei 12.288/2010), mas antes disso, sua efetiva concretização por meio de políticas públicas.

Aproveitando de alguns dos conceitos traçados no subtópico anterior, Neves, na sequência, discorre sobre a “cidadania como mecanismo de inclusão”, sustentando a necessidade de um conceito para esta, que ultrapasse o sentido estrito, que se adstringe aos direitos políticos. Para Neves, a cidadania deve ser aquela onde se asseguram, de forma cumulativa e complementar: os direitos de liberdade negativos (advindos do Estado Burguês), os direitos democráticos (que se vinculam ao sufrágio universal), os direitos

4 Nesse sentido, ver: GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. A questão racial na política brasileira (os últimos quinze anos). *Tempo Social; Rev. Sociol. USP*, São Paulo, 13(2), novembro de 2001, p. 125. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ts/v13n2/v13n2a07.pdf>> Acesso em 22 nov. 2020; NASCIMENTO, Abdias do. O Genocídio do Negro Brasileiro: Processo de um racismo mascarado. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1978; NOGUEIRA, Oracy. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: Sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. In. *Tempo Social, Revista de sociologia da USP*, v. 19, n. 1, p. 296 e 300. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12545/14322>> Acesso em 22 nov. 2020.

sociais (categorizados, de forma recorrente, como aqueles de “segunda dimensão ou geração”), bem ainda pela atuação inclusiva da população e do Estado, através de discriminações positivas (ou inversas), da qual se cuidou de analisar no tópico anterior. Marcelo Neves, no entanto, não assume uma posição meramente retórica ou ingênua, quando estabelece os pressupostos ao seu conceito de cidadania, pois reconhece que não basta a mera positivação de tais aspectos, sob pena de se tornar inócua a sua teorização, pois caso presentes bloqueios do processo de concretização constitucional por fatores políticos, econômicos e culturais, os direitos inatos ao cidadão permanecerão “no texto constitucional formando a bela fachada de uma realidade constitucional estranha à cidadania”. (NEVES, 2012, p. 183-183).

Partindo das perspectivas de Neves, especialmente no que concerne ao risco de inefetividade de direitos inatos ao conceito de cidadania traçado pelo autor, em razão de obstáculos políticos, econômicos e culturais, é possível um diálogo com a posição igualmente crítica de Gilberto Bercovici em relação aos obstáculos que se elevam, pelo poder político brasileiro (certamente influenciado por ações estratégicas de agentes políticos, visando tão somente os seus interesses próprios, para usarmos dos ditames da teoria habermasiana), principalmente em relação à efetivação de direitos sociais e de discriminação positiva pelo Estado.

Como há muito tem observado Bercovici, o Brasil pauta sua condução constitucional por uma espécie de “constituição dirigente invertida”, onde as políticas públicas e dos direitos sociais são vistas como prejudiciais aos interesses do país, enquanto a constituição dirigente de políticas neoliberais, pautada pela ideia de “ajuste” fiscal e contenção de gastos é tida como algo que se faz necessário para a confiança do país perante o sistema financeiro, de modo que “a constituição dirigente invertida, é a verdadeira constituição dirigente, que vincula toda a política do Estado brasileiro à tutela estatal da renda financeira do capital, à garantia da acumulação de riqueza privada”. (BERCOVICI, 2005, p. 13). Nesse contexto, muito se dificulta a plena implementação da cidadania em nossa realidade brasileira, em todos os aspectos apontados por Marcelo Neves.

No sexto ponto de sua abordagem sobre os pressupostos do Estado Democrático de Direito, Marcelo Neves irá tratar da questão da “pluralidade e circularidade de procedimentos”, capítulo no qual, aludindo à teoria sistêmica, narra que a legitimidade inerente ao representante político não decorre do fato de expressar a vontade ou o interesse do eleitorado, “mas sim na medida em que passou por um procedimento ao qual tiveram acesso às diversas correntes de opinião construídas na esfera pública pluralista”. (NEVES, 2012, p. 189). Isso não implica, todavia, ausência de critério ou controle, pois a Constituição ditará os limites do mandato. A teoria sistêmica também possibilita, teoricamente, o fenômeno da imunização da administração pública contra interesses concretos e particulares, dada a existência de mecanismos de filtragem, dentro do Estado Democrático de Direito, que impedem o ingresso de interesses particularistas e privatistas. No entanto, tais pressupostos, altamente abstratos, aparentemente não encontram eco na realidade brasileira, que tem no patrimonialismo um atributo marcante e indissolúvel de nossa realidade histórica, como apontam as Raízes do Brasil de Sérgio Buarque de Holanda (1978), pelo qual a gestão pública surge sob a ótica de se tutelar os interesses particulares, que fazem com que o ideal brasileiro distorça as distinções que deveriam existir entre a esfera pública e a esfera privada.

Por fim, encerrando o quarto capítulo, Neves dedica a atenção às especificidades dos órgãos jurisdicionais, debruçando-se sobre a questão da “interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito”. O autor revisita diferentes escolas sobre a interpretação do direito, passando pela escola da exegese (culto ao texto da lei) dominante no século XIX, pelo modelo semântico-sintático de Kelsen e sua Teoria Pura do Direito, abordando também o modelo semântico-pragmático da hermenêutica de Gadamer, a teoria jurídica estruturante de Friedrich Müller e, ainda, a sociedade aberta dos intérpretes, no campo constitucional de Peter Häberle.

Após toda a reconstrução teórica, Neves, estabelecendo os pressupostos de complexidade pulsantes na sociedade moderna e a conseqüente vagueza constitucional, ainda descarta a teoria de Dworkin da *one right answer*, que é adotada por Habermas, por vislumbrá-la como incompatível com o complexo plexo social

moderno. O autor, por fim, apresenta sua própria posição para o tema, lançando mão daquilo que ele próprio denomina uma “leitura não ortodoxa” de Wittgeinstein e o seu conceito de “estranheza”. Para Neves, em meio à sociedade moderna, complexa e plural, que não comporta únicas respostas, a forma mais adequada de controle e mínima racionalidade, seria a aferição se o enunciado interpretativo analisado seria, ou não, “estranho” (concebido como uma interpretação absurda, inteiramente implausível, totalmente insuscetível de ser atribuída ao texto dentro da esfera pública). É a noção de estranheza, que se obtém de Ludwig Wittgeinstein, portanto, que se apresentará como um filtro do que é, ou não, admitido, não havendo restrição para que existam diversas “respostas corretas”, desde que não sejam munidas de “estranheza”.

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: AS CONDIÇÕES

Já no derradeiro capítulo onde Neves se propõe a analisar as condições do Estado Democrático de Direito, o autor volta os olhos ao seu contexto de origem, promovendo divisão entre a modernidade central, bem como a modernidade periférica, identificando, ainda, outros problemas concretos em decorrência da modernidade e que podem intervir como variáveis às construções da obra.

Nesse contexto, Neves se debruça sobre a natureza heterogênea que é inerente à sociedade moderna, analisando-a como uma sociedade mundial, na qual, em função dos avanços tecnológicos, cedem os obstáculos de natureza territorial para a difusão da informação. O autor, assim, aborda os efeitos do sistema mundial dentro da estruturação local ínsita aos Estados, afetados por problemas de ordem global, como conflitos étnico-culturais, fundamentalismos religiosos, a apatia política e os extremismos políticos em geral.

Em sequência, Neves também distingue, em meio à sociedade moderna (que é o cerne de sua abordagem) as suas manifestações dentro do contexto central e do contexto periférico, absolutamente central dentro da obra, para que se possam analisar as construções de Luhmann e Habermas, dentro de um contexto da modernidade periférica. Em relação aos países da modernidade central, aponta Neves que os mesmos têm por problema fulcral a questão da

heterorreferência do Estado, a qual se consubstancia nas dificuldades em dar respostas adequadas às imposições dos sistemas externos, e também no campo da dificuldade de se estabelecer uma relação adequada entre os sistemas do direito da política. Já nos países de modernidade periférica, o problema estaria relacionado essencialmente na autorreferência deficitária dos sistemas político e jurídico. Nos países onde vigora a modernidade periférica, um problema crônico é aquele que decorre da exclusão social, que impede à grande parcela da população que tenha acesso à cidadania, em sua íntegra, tal como sistematizada por Neves nos itens anteriores.

Tratando especificamente da realidade brasileira (uma breve referência ao caso brasileiro), Neves aponta que as dificuldades de concretização de direitos humanos constitucionalmente positivados reforça a ideia do clientelismo, como fenômeno histórico que ainda mantém suas influências. Há uma tendência em convalidar a privatização do Estado (como já visto, na concepção de Buarque de Holanda, do patrimonialismo como marco brasileiro). Em meio à realidade brasileira, na ótica do autor, é plenamente possível verificar a ocorrência dos fenômenos da subintegração e da sobreintegração do sistema jurídico, sendo este um dos maiores obstáculos à realização do Estado Democrático de Direito em nossa realidade, enquanto o país que se amolda à modernidade periférica. Em linhas gerais, subintegrados seriam aqueles que não tem acesso aos benefícios do ordenamento jurídico estatal, mas, por outro lado, não estão liberados de seus deveres e responsabilidade pelo aparelho coercitivo estatal. Ou seja, em síntese, não lhes chega o estado prestacional, mas o estado na sua acepção punitiva lhes atinge com todo o vigor. Por outro lado, os sobreintegrados são os grupos privilegiados que figuram como titulares de direitos e prerrogativas, mas que não se subordinam regularmente à atividade punitiva do Estado: ou seja, não são eles acometidos por deveres e responsabilidades. Em outras palavras, Neves situa ambos os grupos como sendo excluídos da ordem jurídica, mas através de perspectivas diametralmente opostas: enquanto os subintegrados estão “abaixo do direito”, os sobreintegrados, por sua vez, estão “acima do direito”.

Neves, assim, arremata com a crítica bastante recorrente no campo da literatura em direito constitucional: o déficit de força

normativa da Constituição Brasileira, pois o texto constitucional não condiz com a realidade social, de modo que o Estado Democrático de Direito não se realiza pela simples declaração constitucional dos procedimentos legitimadores, razão pela qual a concretização constitucional é imprescindível, mas para tanto, demanda a desprivatização do Estado e superação da dualidade dos sobreintegrados e subintegrados.

Não obstante, se concorde em grande parte com os déficits apontados por Neves sobre a concretização de direitos encartados na constituição, e ainda se veja plena pertinência na questão da dualidade dos subintegrados e dos sobreintegrados, há um ponto em especial nessa abordagem do qual são vislumbrados alguns problemas correspondentes ao ponto onde o autor trata da questão da dita “impunidade”, afirmando que: “a impunidade está vinculada ao mundo dos privilégios dos sobreintegrados juridicamente” (NEVES, 2012, p. 255), fazendo assim, um contraponto com a realidade enfrentada pelos subintegrados, quando estão em posição de réus em processos criminais.

Por outro lado, de acordo com Jesus María Silva-Sanchez (2002, p. 55), discursos como o que aparenta formular Neves, no sentido de que também os grupos privilegiados devem ser atingidos pelo sistema penal e, de preferência com certas relativizações de garantias processuais, ainda que bem-intencionados, têm por efeito a piora, justamente, das garantias fundamentais da classe já tão martirizada. Ou seja: não há como se falar em um recrudescimento penal que afete tão somente uma classe que se vislumbra como privilegiada, pois as consequências desse estado de coisas serão sentidas com maior força pelos aqui denominados “subintegrados”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Do Positivismo Jurídico à Democracia em Kelsen. Rev. da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 17, 1999. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/70942/40282>. Acesso em 22 nov. 2020.

AMARAL, Augusto Jobim do. CALEFFI, Paulo Saint Pastous. A presunção de inocência no Brasil: uma análise sobre a recente jurisprudência do ST. In: D'Avila, Fabio Roberto (org.). Direito Penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

ANDRADE, José Rogério de Pinho. O exercício da tolerância frente ao discurso do ódio: uma análise da práxis judicial do STF no caso Ellwanger a partir da concepção de Justiça de John Rawls. 2017. Dissertação: Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça - Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017. Disponível em: <https://tedeuc.ufma.br/jspui/handle/tede/1983#preview-link0>. Acesso em 22 nov. 2020.

ARANTES, Paulo. Zero à Esquerda. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2004.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica. Boletim de Ciências Econômicas, vol. XLIX, 2006, p. 19. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5218594/mod_resource/content/1/A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Dirigente%20Invertida.pdf. Acesso em 22 nov. 2020.

BOBBIO, Norberto. O Futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

FARIA, José Eduardo. O Estado e o Direito depois da crise. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. A questão racial na política brasileira (os últimos quinze anos). Tempo Social; Rev. Sociol. USP, São Paulo, 13(2), novembro de 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ts/v13n2/v13n2a07.pdf>. Acesso em 22 nov. 2020.

HIRSCHL, Ran. Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism. First Harvard University Press, 2004.

HOLANDA, Sérgio Buarque. Raízes do Brasil. 12. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1978.

LADEUR, Karl-Heinz. Rechtliche Ordnungsbildung unter Ungewissheitsbedingungen und intersubjective Rationalität. In: Rechtstheorie, Werner Kratwietz e Gerhard Preyer (orgs) 1996.

LÖWY, Michael. Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”, Tradução: Wanda Nogueira Caldeira. São Paulo: Boitempo, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. Ed. 25ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.

NASCIMENTO, Abdias do. O Genocídio do Negro Brasileiro: Processo de um racismo mascarado. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1978.

NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

NOGUEIRA, Oracy. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: Sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. In. Tempo Social, Revista de sociologia da USP, v. 19, n. 1, p. 296 e 300. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12545/14322>. Acesso em 22 nov. 2020.

PACHUKANIS, Evguiéni B. Teoria geral do direito e marxismo. Tradução: Paula Vaz de Almeida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

RADBRUCH, Gustav. Relativismo y Derecho. Traducción: Luis Villarborda. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. São Paulo: Martins Fontes,

SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. A expansão do Direito Penal: Aspectos da política-criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VILLAS BOAS FILHO, Orlando. A esfera pública levada a sério. Revista brasileira de Ciências Sociais. São Paulo, v. 23, n. 68, p. 177-179, outubro, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092008000300016&lng=en&nrm=iso. Acesso em 22 nov. 2020.

WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SOBRE OS ORGANIZADORES

LILIAN CAZORLA DO ESPÍRITO SANTO NUNES

Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF). Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF). Professora da Universidade Estácio de Sá (UNESA) e do Centro Universitário Carioca (UNICARIOCA), onde também atua como Coordenadora Adjunta do curso de Direito. Advogada com atuação em Direito Público.

<https://orcid.org/0000-0001-5314-8672>

E-mail: liliancazorla@gmail.com

THIAGO GUERREIRO BASTOS

Professor e pesquisador da Universidade Estácio de Sá (UNESA) e do Centro Universitário Carioca (UNICARIOCA). Formado em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF), Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes (UCAM), Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF), Doutorando em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento pelo Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGD/UERJ). Atua como pesquisador no Núcleo Interamericano de Direitos Humanos – NIDH (UFRJ) e Núcleo de Direito e Novas Tecnologias (UNICARIOCA). Atuação voltada para o direito público, especialmente, direito constitucional e administrativo. Foi professor substituto em Direito Constitucional e Administrativo na Universidade Federal do Rio de Janeiro e atuou como residente jurídico no Programa Profissional de Treinamento em Direito na Procuradoria-Geral da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PGUERJ).

<https://orcid.org/0000-0002-4070-610X>

E-mail: Thiagoguerreirobastos@gmail.com

ALESSANDRA DALE GIACOMIN TERRA

Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF) com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Advogada e Professora Universitária. Membro do International Water Resources Association (IWRA) e associada à Associação Brasileira de Direito da Energia e do Meio Ambiente (ABDEM). Possui pós-graduação em Direito do Estado pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) e especialização em Prática Jurídica pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Foi professora substituta da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e da UFF. Atuou como residente jurídico no Programa Profissional de Treinamento em Direito na Procuradoria-Geral da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PGUERJ) e no Centro de Assistência Judiciária da UFF (CAJUFF).

<https://orcid.org/0000-0003-3311-121X>

E-mail: alessandratertra@id.uff.br

SOBRE OS AUTORES

Beatriz Pereira Junqueira

Advogada. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná/UENP. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Toledo, Araçatuba/SP. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6788-6991>. E-mail: beatriz-p-j@hotmail.com.

Fernando Gama de Miranda Netto

Professor Associado de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense, líder do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (UFF), e membro do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Sociologia e Direito (UFF, desde 2011) e em Direito, Instituições e Negócios (UFF, desde 2017). Doutor em Direito pela Universidade

Gama Filho, (2007), com período de um ano (Março/2006-2007) de pesquisa na Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften de Speyer (Alemanha) e no Max-Planck-Institut (Heidelberg) com bolsa CAPES/DAAD. Realizou estágio pós-doutoral em Justiça Constitucional na Universidade de Salamanca (2011-2012). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO). Diretor Regional do Instituto Panamericano de Direito Processual (IPDP-Brasil). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5199-6050>. <http://lattes.cnpq.br/0832019587284612>.

Giovana de Oliveira Fistarol

Doutora em Ecologia Aquática e graduanda do 9º período de Direito da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4259-6565>. E-mail: giofista@hotmail.com.

Isabel Cristina Ribeiro dos Reis

Professora do Curso de Direito das Universidades Estácio de Sá e Castelo Branco. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil. Graduada em Direito e Letras pela Universidade Gama Filho. Advogada. Membro da Comissão de Mediação da OAB/BANGU - RJ - Gestão 2016/2018 e Membro Orientador da Comissão OAB JOVEM da OAB/BANGU. <http://lattes.cnpq.br/8583854548665832>. E-mail: icrr.adv@gmail.com.

Isabela Barros de Rossi

Advogada. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná/UENP. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Toledo, Araçatuba/SP. Membro do Grupo De Pesquisa Direitos: Estado e Bioética. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0553-6440>. E-mail: rossiisabela@hotmail.com.

Leonardo de Araújo e Mota

Professor Adjunto do Departamento de Ciências Sociais (DCS) e Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional (PPGDR) da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará (UFC). E-mail: la-mota@uol.com.br. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-5248-7859>.

Lucas Nogueira Rodrigues da Silva

Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Penal Econômico pelo IBCCRIM e Universidade de Coimbra. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9818-2695>.

Luiz Fernando Kazmierczak

Professor Adjunto na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), na graduação e no programa de pós-graduação em Ciência Jurídica (Mestrado). Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) na Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0653-6255>.

Luiz Geraldo do Carmo Gomes

Doutor em Função Social do Direito pela FADISP. Cumpriu estágio pós doutoral na School of Law da University of Limerick (Irlanda), onde é professor e pesquisador convidado. Atualmente está no segundo pós-doutorado no PPGD da UENP - Universidade Estadual Norte do Paraná. Professor e Pesquisador. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1333-1891>. E-mail: lgcarmo@uenp.edu.br.

Maíra Batista de Lara

Mestre em direito pela UERJ área de concentração Cidadania, Estado e Globalização – Linha de pesquisa: Direito Penal (2015). Professora na faculdade de Direito do Centro Universitário Carioca (UniCarioca). Professora de Direito Penal, Direito Processual Penal e Prática Penal. E-mail: mairalara@yahoo.com.br. Link da plataforma lattes: <http://lattes.cnpq.br/9726043645509310>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0382-3155>.

Marayza Alves Medeiros

Mestranda em Desenvolvimento Regional pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Bolsista do CNPq – Brasil. Mestranda em Ciência

Política pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Especialista em prática judicante pela ESMA/UEPB. Advogada (OAB-PB). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7752-5030>.

Matheus Prestes Tavares Duarte

Mestrando em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) e Bacharel em Ciência Política pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2751-1129>.

Tiago Costa Torres Nogueira

Mestranda em Desenvolvimento Regional pela Universidade Estadual da Paraíba (PPGDR/UEPB). Pós -graduada em Direito Público pela Faculdade Damásio de Jesus. Pós graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Verbo Jurídico Educacional. Graduada em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (2006). Servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 13a Região. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3000-8487>.

Vanusa Vaniere Nunes Teixeira

Mestranda em Desenvolvimento Regional pela Universidade Estadual da Paraíba (PPGDR/UEPB). Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Damásio de Jesus. Pós graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Verbo Jurídico Educacional. Graduada em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (2006). Servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 13a Região. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3000-8487>.

INDÍCE REMISSIVO

A

Ação Direta 76, 111, 117
Administração Pública 32, 41, 55,
58-60, 109, 111, 122, 126, 153
Agências Reguladoras 126-128,
140
Ativismo judicial 9, 12, 23, 26, 35-
36, 45, 49, 58, 71, 131, 140
Autopoiese 142, 144, 146

C

Conceito de Família 83, 86
Constituição de 1988 9, 14, 16, 24,
125-126, 130
Coronavírus 102-103, 109, 115-
116, 119, 122
Corte Constitucional 10, 38-39, 45
Criminalização 65, 68-72, 76-78

D

Design regulatório 127
Deveres prestacionais 9, 29
Devido Processo legal 9, 22-24, 80
Dignidade da pessoa Humana 7,
13, 47, 49, 51-52, 57-59, 87-88,
135-137, 139
Direito à Saúde 56, 60, 101, 118,
125, 134, 137, 139
Direito Administrativo 7, 60, 140
Direito e Moral 143
Direito Penal 10, 62-65, 69, 72, 75,
77-78, 157-158, 162
Direitos Sociais 5, 9, 18, 28-30, 33-
34, 37, 39-41, 44, 47-48, 125, 130,
135, 146, 152
Discrecionariiedade 9, 29, 31-33,
41, 46, 66, 88-89, 91, 127
Ditadura das Maiorias 149

E

Estado democrático de direito 8,
13, 23, 46, 48, 57, 78, 95, 141-142,
144, 146-147, 149-150, 153-156
Estado Gerencial 126
Estado liberal 8, 35
Estado social 35, 124
Estado-juiz 12, 14-16, 22

G

Garantia Constitucional 64
Garantismo Processual 5, 9, 12-13,
17-20, 22-24, 27
Globalização 99, 117, 120, 162

H

Hermenêutica 7, 46, 153
Heterorreferência 155
Homofobia 63, 68, 72, 76, 78,
Homotransfobia 5, 10, 62, 64, 69,
71-72, 78

I

Inconstitucionalidade 10-11, 35,
62, 66-67, 76, 113-114, 118
Intervenção do Estado 130
Intervenção Judicial 36, 38

J

Juridicidade Administrativa 139
Jurisdição Constitucional 8, 26,
34, 41

L

Legalidade 10, 20, 56, 62-66, 70,
75-76, 90, 112
Legitimação Procedimental 148
Leviatã 6, 11, 141-142, 146, 158
LGBTI+ 10, 63, 68-71, 74-75, 77

M

Má-fé 81-85, 94
Mérito Administrativo 131
Microjustiça 133, 137
Mínimo existencial 47-48, 54, 58-61, 135-139
Multiparentalidade 81, 83, 86-88, 97

N

Neoliberalismo 99-100, 120, 124

O

Omissões inconstitucionais 48
Organização Mundial da Saúde 101

P

Poder de Decisão 131
Poder Executivo 10, 37, 39, 45-46, 48, 52-53, 57
Poder Judiciário 7, 10, 16, 24, 29, 35-40, 45, 48-49, 52, 54-55, 57-58, 60, 111, 128-130, 132, 136, 139
Poder Legislativo 71, 132
Poder Público 11, 31, 33, 37, 44, 46, 99, 113, 137
Princípio do Melhor Interesse do Menor 79-81, 89
Processo Civil 14, 16, 18-19, 24-25, 27, 84

R

Racionalidade 124, 140, 143-144, 146, 154
Realismo jurídico 132
Reserva do possível 5, 9-10, 43-45, 47-49, 55-57, 59-60, 135
Revoluções liberais 8

S

Segurança jurídica 5, 10, 23, 79-81, 83, 89-90, 92-97
Separação de Poderes 5, 9, 13, 18, 20, 43, 45, 61
Sistema Penitenciário 5, 9, 43-45, 49, 53, 55
Sistema Universal de Saúde 101
Soberania 23, 71, 141, 150
Supremacia 8, 139-140, 149
Supremo Tribunal Federal 11, 27, 31, 36, 41, 45, 53, 56-57, 62, 66, 68, 75-77, 125, 132, 146

T

Têmis 6, 11, 141-142, 146, 158
Teoria discursiva 141
Teoria dos Sistemas 141-142
Tribunal de Contas da União 55

V

Violação sexual 84



Hipótese Editora

Rio Bonito - Rio de Janeiro - Brasil

Telefone: +55 (21) 99758-5056

atendimento@editorahipoteses.com.br

www.editorahipoteses.com.br

DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A presente obra coletiva comporta uma série de estudos voltados à compreensão e problematização de temática de bastante relevo na contemporaneidade, a valorização político-institucional do Poder Judiciário e especialmente das Cortes constitucionais em face dos demais Poderes, a absorver demandas originalmente definidas nos âmbitos políticos, em nome da efetivação dos direitos fundamentais. Seja por força do cenário de retração da representatividade do Legislativo e do Executivo, seja por força de disposição constitucional, fato é que, na atualidade, os órgãos judiciais ocupam lugar nunca antes alcançado por estas estruturas, ao menos em sentido tão significativo.



Hipótese

EDITORA