

DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Diálogos Contemporâneos

Organizadores:

Amanda Greff Escobar

Antônio Wellington Brito Júnior



Criação Editora

TÍTULO:

Direitos Humanos Fundamentais:
Diálogos contemporâneos

ORGANIZADORES:

Amanda Greff Escobar
Antônio Wellington Brito Júnior

ISBN:

978-65-88593-09-7

**CONSELHO EDITORIAL**

Ana Maria de Menezes
Fábio Alves dos Santos
Jorge Carvalho do Nascimento
José Afonso do Nascimento
José Eduardo Franco
José Rodorval Ramalho
Justino Alves Lima
Luiz Eduardo Oliveira Menezes
Maria Inêz Oliveira Araújo
Martin Hadsell do Nascimento
Rita de Cácia Santos Souza

Lucas Aribé Alves
(Parecerista de acessibilidade)

www.editoracriacao.com.br

Organizadores:
Amanda Greff Escobar
Antônio Wellington Brito Júnior

DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS:

Diálogos Contemporâneos



Criação Editora
Aracaju | 2020

Copyright by 2020 organizadores

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, com finalidade de comercialização ou aproveitamento de lucros ou vantagens, com observância da Lei de regência. Poderá ser reproduzido texto, entre aspas, desde que haja expressa marcação do nome do autor, título da obra, editora, edição e paginação.

A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.619/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código penal.

Projeto Gráfico e capa: Adilma Menezes

Foto da capa: © Isabella Almeida | Dreamstime.com

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
TuxpedBiblio (São Paulo - SP)

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Pedro Anizio Gomes CRB-8 8846

| | |
|------|---|
| E74d | Escobar, Amanda Greff (Org.) Direitos Humanos Fundamentais: Diálogos Contemporâneos / Organizadores: Amanda Greff Escobar e Antônio Wellington Brito Júnior. -- 1. ed. -- Aracaju, SE : Criação Editora, 2020. 176p E-Book: 1 Mb; PDF Inclui bibliografia ISBN 978-65-88593-09-7 1. Direito. 2. Direito Brasileiro. 3. Direito Constitucional. 4. Constituição Federal. I. Título. II. Assunto. III. Escobar, Amanda Greff. IV. Brito Júnior, Antônio Wellington. CDD 341.27 CDU 342.7 |
|------|---|

ÍNDICE PARA CATÁLOGO SISTEMÁTICO

1. Direito Constitucional: Direitos Fundamentais, Direitos Primordiais.
2. Direitos fundamentais, Direitos humanos, Direitos e deveres do cidadão.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ESCOBAR, Amanda Greff; BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington (org.). Direitos Humanos Fundamentais: Diálogos Contemporâneos. 1. ed. Aracaju, SE: Criação Editora, 2020. EBook PDF, 1 Mb). ISBN 978-65-88593-09-7

PREFÁCIO

É com imensa satisfação que apresentamos a obra coletiva *Direitos Humanos Fundamentais: diálogos contemporâneos*, que reúne pesquisas de autoria de discentes e docentes do mestrado em Direito vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS).

Cada um dos sete textos que compõem o corpo deste volume tem como ponto assente a discussão sobre direitos humanos fundamentais, de uma forma rica, plural e integradora, abordando-se questões atuais e importantes acerca do entendimento e da aplicabilidade de postulados constitucionais em cujo cerne gravita a dignidade humana, princípio e fundamento da república federativa brasileira e valor universal na esfera da ordem jurídica internacional do pós-guerra.

Feitas essas considerações preliminares, importa sintetizar os pontos cardeais dos textos componentes da obra.

O livro se inicia com o texto intitulado “*Indústria Cultural 4.0: a internet como palco para mudança social e concretização de Direitos Fundamentais, sob o prisma da Teoria Crítica da sociedade*” de autoria da mestrandia Alessandra Cristina de Mendonça Siqueira e do Prof. Dr. Clóvis Marinho de Barros Falcão, trazendo à discussão dos direitos fundamentais o papel da internet dentro da nova configuração de sociedade que foi trazida pelo cyberspaço.

Em seguida, enaltecendo a formação humanística e interdisciplinar no ensino jurídico brasileiro, tem-se o texto intitulado “A

relevância do ensino jurídico humanístico e interdisciplinar para a promoção da pacificação social”, de autoria das mestrandas Amanda Greff Escobar e Willde Pereira Sobral e da Profa. Dra. Flávia Moreira Guimarães Pessoa, cujo intuito é demonstrar a relevância do papel dos operadores do direito para ultrapassar a cultura do litígio, mas também para a efetiva compreensão do valor essencial da dignidade da pessoa humana, indo além dos conceitos meramente normativos.

Já o Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes, em coautoria com o mestrando Antônio Wellington Brito Júnior, em texto intitulado “*O Ingresso Noturno em Escritório como Meio de Captação de Provas e a Máxima do Sopesamento em Segundo Grau*”, discutem o precedente firmado pela Corte Constitucional brasileira, após a análise do Inquérito nº 2.424/RJ, sob o enfoque das premissas teóricas do pensamento de Alexy e do postulado do equilíbrio entre os poderes constituídos.

O mestrando Hilbert Melo Soares Pinto, em coautoria com a Profa. Dra. Tanise Zago Thomasi, em texto intitulado “*Os Requisitos para o Fornecimento de Medicamentos não Contemplados pelo Sistema Único de Saúde: um estudo à luz da dignidade da pessoa humana*”, analisam, a partir da dignidade humana, os requisitos estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, para o fornecimento de medicamentos não contemplados pela lista do Sistema Único de Saúde (SUS).

A mestranda Lilian Bárbara Torres de Brito e a Profa. Dra. Jussara Maria Moreno Jacintho elaboraram texto cujo título é “*Constitucionalização e Judicialização das Políticas Públicas de Saúde: o caso do distanciamento social na pandemia da covid-19*”, analisando a atuação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde diante de omissões e falhas do Poder Executivo ou Legislativo, em específico no que se refere à implementação do distanciamento social na crise sanitária da covid-19.

O Prof. Dr. Pedro Durão e a mestrande Deise Cássia de Macêdo Silva apresentaram o texto intitulado “O Sistema Onusiano e a Proteção dos Direitos Humanos na Empresa”, visando analisar a atuação do sistema universal de proteção aos direitos humanos nas empresas.

Por fim, a mestranda Jacqueline Taís Menezes Paez Cury, em texto cujo título é “Estado Democrático de Direito: a influência da Razão Pública nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal em consonância com John Rawls”, analisou a influência da ideia de razão pública proposta por Rawls nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

Diante de tal produção científica, espera-se que esta obra contribua para auxiliar e provocar os mais variados debates sobre os direitos fundamentais no seio da comunidade jurídica brasileira.

Boa leitura!

Aracaju/SE, 15 de outubro de 2020.

Amanda Greff Escobar

Antônio Wellington Brito Júnior

SUMÁRIO

- 5** PREFÁCIO
- 11** INDÚSTRIA CULTURAL 4.0: A INTERNET COMO PALCO PARA MUDANÇA SOCIAL E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, SOB O PRISMA DA TEORIA CRÍTICA DA SOCIEDADE
Alessandra Cristina de Mendonça Siqueira
Clóvis Marinho de Barros Falcão
- 29** A RELEVÂNCIA DO ENSINO JURÍDICO HUMANÍSTICO E INTERDISCIPLINAR PARA A PROMOÇÃO DA PACIFICAÇÃO SOCIAL
Amanda Greff Escobar
Willde Pereira Sobral
Flávia Moreira Guimarães Pessoa
- 51** O INGRESSO NOTURNO EM ESCRITÓRIO COMO MEIO DE CAPTAÇÃO DE PROVAS E A MÁXIMA DO SOPESAMENTO EM SEGUNDO GRAU
Carlos Alberto Menezes
Antonio Wellington Brito Júnior
- 73** OS REQUISITOS PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONTEMPLADOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: UM ESTUDO À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
Hilbert Melo Soares Pinto
Tanise Zago Thomasi

97 CONSTITUCIONALIZAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: O CASO DO DISTANCIAMENTO SOCIAL NA PANDEMIA DA COVID-19

Lilian Bárbara Torres de Brito

Jussara Maria Moreno Jacintho

121 O SISTEMA ONUSIANO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA EMPRESA

Pedro Durão

Deise Cássia de Macêdo Silva

157 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A INFLUÊNCIA DA RAZÃO PÚBLICA NOS JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONSONÂNCIA COM JOHN RAWLS

Jacqueline Taís Menezes Paez Cury

INDUSTRIA CULTURAL 4.0: A INTERNET COMO PALCO PARA MUDANÇA SOCIAL E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, SOB O PRISMA DA TEORIA CRÍTICA DA SOCIEDADE

*Alessandra Cristina de Mendonça Siqueira**
*Clóvis Marinho de Barros Falcão***

Resumo

O presente texto discorre acerca da Indústria Cultural, e mais especificamente, o papel da internet nessa nova configuração de sociedade que foi trazida pelo cyberspaço. Dispõem as intenções do ensaio, acerca do aperfeiçoamento da manipulação das massas e do capitalismo de vigilância pelas tecnologias digitais, e como o cenário que hoje se apresenta é aquele determinado pela visão da Teoria Crítica da Sociedade. A fim de compreender esses temas, o artigo começa com uma visão histórica acerca da Escola de Frankfurt e os pontos focais de seu pensamento, até a criação da teoria crítica, e a implementação da indústria cultural, até chegar à internet e seu potencial de manipulação, indumentária dos pensamentos delineados nas visões demonstradas. Conclui-se, de uma forma pessimista, acerca da dificuldade de romper com os padrões impostos, e que há uma conformismo cada vez maior, colocando a junção do conhecimento e da crítica, como a única forma de brechar a manipulação total.

Palavras-chave: Escola de Frankfurt, Teoria Crítica, Manipulação de Massas, Indústria Cultural, Internet.

* Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo. Servidora Pública. Cofundadora do Aracaju Legal Hackers e membro da Internet Society.

** Graduação, mestrado e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Universidade Federal de Sergipe.

1 PRÓLOGO

Na história do teatro, prólogo é aquela parte correspondente à primeira parte da tragédia, na forma de diálogo entre os personagens ou monólogo, na qual se fazia a exposição do tema da tragédia.

O uso do termo “prólogo”, ao invés do clássico “introdução”, foi intencionalmente utilizado pelo contexto do assunto tratado nas linhas a seguir. Quando se relaciona a Teoria Crítica da Sociedade com o universo da Indústria Cultural, sente-se que está falando acerca de uma das maiores dificuldades da psique humana: o autoengano.

A cultura, como definida por Edward B. Taylor, é aquele complexo que inclui o conhecimento, as crenças, a arte, a moral e as capacidades adquiridas pelo homem como membro da sociedade (2005), nesse sentido, a acepção de cultura é algo quase que sacro, basicamente a faceta intocada do homem, o local onde ele pode estar livre de amarras e decidir contra a esteira social corrente. Quanto mais racional, mais detentor da noção de engrenagens sociais, mais o homem teria o poder de se emancipar dos ditames, e a cultura seria a primeira forma de liberdade a ser desenvolvida. Ao menos era isso que o previsto.

No entanto, a história não parte por esse lado. O Iluminismo e a razão não barraram a humanidade de continuar a corroborar com atrocidades. A sociedade, que deveria evoluir e ter um senso crítico mais aguçado pelo fato do conhecimento se tornar mais acessível, parece regredir à uma barbárie ainda mais contemporânea. A cultura, que deveria ser a lição de liberdade de um povo, se torna um instrumento de manipulação das massas.

No presente ensaio, essas questões serão tratadas, em virtude de terem sido a interrogação daqueles pensadores da Escola de Frankfurt que elaboraram a Teoria Crítica da Sociedade. A pergunta

referente a: “por que está tudo continuando a ser errado, quando deveria melhorar?” não poderia ser mais respondida pela Teoria Tradicional, posto que ia de encontro ao resultado proposto. Nessa situação, impõe-se necessário que se determine uma mudança de pensamento, a fim de aceitar a contradição existente e a não colocação tradicional do método científico para explicar questões sociais.

Após a explicação sobre a teoria crítica, parte para a exposição acerca do uso da cultura como instrumento de dominação, e é nesse momento que se determina a situação trágica do texto, e o motivo pelo qual foi considerada o uso da palavra prólogo: porque a análise se traduz pessimista e trágica. Não se observa uma mudança no horizonte acerca esse uso cultural de massificação, posto que as pessoas, mesmo cada vez mais cientes da manipulação trazida pela mídia e tecnologia, e o uso de seus dados pessoais e suas preferencias para girar a roda da manipulação, continuam a aceitar o cenário, por cada vez menos vantagens.

Esse texto não se propõe a trazer soluções, e talvez nem ao menos um ar inovativo a respeito da questão. Manifesta-se apenas no sentido de fornecer um sinal vermelho, para que talvez alguma coisa mude, mesmo que de forma ínfima. Se coloca ao lado dos teóricos a respeito do fim do mundo, e traz um ar pessimista da sociedade. Aqui, a proposta é demonstrar como a manipulação, dominação e colonização não apenas de uma sociedade, mas sim, da sociedade em geral, é cristalina quando se trata do maior instrumento tecnológico usado hoje: a internet.

Com base nas ideias de Adorno e Horkheimer, traz uma definição da indústria cultural, que é colocada em sua forma de maior aperfeiçoamento, a fim de demonstrar que a sociedade está cada vez menos sensível ao seu próprio uso a fim de proteger interesses da classe dominante, e que deve haver uma mudança estrutural

na própria maneira de enxergar a sociedade, para que esse cenário possa ser modificado, mesmo que minimamente.

2 A ESCOLA DE FRANKFURT E A TEORIA CRÍTICA DA SOCIEDADE

A fim de situar historicamente a linguagem filosófica utilizada no presente artigo, faz-se necessário imiscuir-se nos primórdios da fundação da Escola de Frankfurt, ponto de partida dos pensamentos que tomam corpo na crítica deste texto.

O cenário alemão, nessa época, era de pós-guerra, com levantes, e observações de movimento operários por toda a Europa. As ideias socialistas começaram a tomar cada vez mais corpo, tendo em vista a necessidade de uma maior participação estatal a fim de modificar a situação da população após as ofensivas de guerra. Esse tom de revolta com os ideais mais liberais e não protetivos, e o pessimismo acerca do futuro, é o que ressoa durante o período de amadurecimento dos ideais dos pensadores referenciados nestas linhas. É o panorama da Guerra e do pós-guerra que povoa o começo daquilo que viria a ser chamada de “Escola de Frankfurt”, sob as ideias de Horkheimer, Weil e Pollock, quando estes começaram a entrar em contato com as obras e as ideias de Marx, a fim de criar um Instituto de Pesquisa Social, influenciados pelo pensamento marxista.

Em de junho de 1924, o Instituto foi criado, e em 1931 Horkheimer assumiu como seu diretor. No entanto, não durou por muito tempo. Em 1933 o nazismo ascendeu ao poder, inviabilizando a continuidade do trabalho dos pesquisadores, não apenas pelos trabalhos serem afetos à filosofia marxista, contrária ao poder, mas também porque seus membros tinham origem judia.

Apesar de ter que sair da Alemanha, os membros do Instituto começaram a se reunir da Suíça, fundando, lá, a Sociedade Internacional de Pesquisas Sociais. Não perdurou por muito tempo, tendo

em vista a ascensão do fascismo naquele país. Decidiram, portanto, sair da Europa e se dirigiram à América, onde o Instituto para Pesquisa Social se remodelou, tendo como casa dos seus pensamentos marxistas, o centro do capitalismo moderno (JAY, 1988).

Apesar da influência das ideias de Marx, os pensadores afiliados ao que viria a ser conhecida posteriormente como “Escola de Frankfurt” não eram meros repetidores dos conceitos e ideias trazidos na visão marxista. De modo diverso, estes consideravam a importância dos conceitos, porém não deixavam de criticar certas imposições contextuais de Marx. Ademais, também procuravam entender as relações que estavam acontecendo no mundo naquele momento, com a desenfreada aceitação pelo capitalismo, e a crescente influência de regimes totalitários, mesmo com uma maior iluminação social.

É neste contexto que Horkheimer descreve a ideia da criação de uma “Teoria Crítica”, naquela que iria ser considerada uma de suas maiores obras, “Teoria Tradicional e Teoria Crítica”, de 1937.

A Teoria Tradicional é aquela que incorpora o método científico das ciências naturais como ideal a ser alcançado em todas as ciências, inclusive as sociais. Para tanto, ser teoria é algo equivalente a criação de proposições de um campo, ligadas de tal modo que serviriam para deduzir um resultado. As proposições devem ter consonância como fato ocorrido, ao ponto que, caso haja contradição entre a experiência e a teoria, uma das duas deverá ser revista, pois houve uma falha. (HORKHEIMER,1980).

Os primórdios da implementação de um método científico de modo indistinto, se deu na filosofia de René Descartes. A construção da teoria tradicional em si, não é questionada, haja vista ser o método que corretamente retrata a maneira de se lidar com as ciências naturais. A grande questão é justamente a implementação de um método científico, de dedução a partir de premissas fixadas e resultados determinados, nas ciências sociais.

A cientificação das ciências sociais fez com que o uso do modelo científico da forma tradicional, fosse utilizado sem contestação, mesmo igualando metodicamente fenômenos sociais e fenômenos naturais. Horkheimer deixa claro em seus escritos, que é não é o significado da teoria em geral que é questionado, mas sim o fato de ser uma teoria esboçada de cima para baixo, sem contato direto com os problemas de uma ciência empírica particular (1980).

Desta forma, tem-se que deveria o observador dos fenômenos, elaborar suas deduções e projetar o resultado das ações, de forma definida, sem que ele mesmo entre em contato com o ocorrido, se colocando em um modo distante. Porém, como essa utilização metodológica pode ocorrer, tratando-se de fenômenos sociais? Como definir a distância de um observador, sendo que o simples fato de um indivíduo se dispor a analisar um fenômeno social já o modifica de forma sensível, posto que não se pode distanciar a realidade social de seu observador, afinal, ele é observador e observado ao mesmo tempo.

A pretensa neutralidade da Teoria Tradicional acaba por referendar uma forma histórica de dominação, haja vista a cisão da sociedade em classes, a fim de compreender a sociedade em seu funcionamento. Ora, para que se definam deduções lógicas e explicar o porquê de um determinado comportamento, deve-se separar os atores sociais em nichos, levando em consideração que não há como definir uma proposição sem que se igualem os fatores. É nesse teor que a teoria acaba por perpetuar uma dominação e manutenção do *status quo*, no sentido de que, tão necessário que as pessoas estejam separadas por pontos de convergência, é que essa separação se mantenha, a fim de permanecer a lógica do raciocínio, e seu resultado.

É nesse contexto que se insere a Teoria Crítica da Sociedade. Primeiramente, deve-se levar em consideração que não se pode

(aliás, não se deve) utilizar o método clássico das ciências naturais quando se refere às ciências sociais, sob pena não apenas de desvirtuar o processo, visto que o pesquisador irá modificar a realidade, mas também de manter uma ordem de dominação social. Deve haver uma crítica que escape à lógica original, e leve em conta os fatores sociais, e a ideia de reconhecimento que a organização que se encontra na sociedade visto que é um fator imposto por ela mesma, e não resultado de uma construção dedutiva do mundo natural.

Com o comportamento crítico do observador, e a análise da vivência em contradição constante é que se reconhece a emancipação humana das amarras lógicas impostas, e a possibilidade de libertação de um sistema dominante, inclusive nos conceitos filosóficos. E até o momento de indagação, não havia uma preocupação com a aplicação da teoria em si, mas apenas com prática. O modelo não era questionado, apenas perguntava-se como fazer para seguir o modelo (*Vorbild*). Nesse sentido, as ciências sociais se reduziam a um mero manejo de dados e ordenação de fatos.

A definição da era de um iluminismo teórico, não estava trazendo a emancipação da sociedade perante os ditames dos status apresentados à tempo. Pelo contrário, as amarras continuavam, porém, ao invés de estarem presos aos pensamentos de déspotas e poderes individuais, a pluridade social se encontrava adstrita a uma manipulação de sociedade laboral e estratificação de castas sociais.

Na Dialética do Esclarecimento, livro escrito por Adorno e Horkheimer, fica claro a esperança dos autores em jogar uma luz e se perguntar o porquê, quando escrevem que “o que nos propuséramos era, de fato, nada menos do que descobrir por que a humanidade, em vez de entrar em um estado verdadeiramente humano, está se afundando em uma nova espécie de barbárie (ADORNO, 1982).

Essa mudança de paradigma e a colocação do sujeito não como mero espectador, mas como objeto propulsor de mudança social por meio da observação, iluminação e ruptura, encontra-se também nas ideias proferidas no pensamento de Marx, o que substituiu o homem enquanto um sujeito pressuposto, pelo sujeito concreto, por meio de uma dialética materialista, evitando que a razão se sobrepujasse ao efetivo, transcendendo aos dogmas, e não fundamentando-se neles (MARX, 2007).

É em Marx também que se encontram, de certa forma, alguns pensamentos que viriam a se tornar o acesso central da teoria crítica, como a realidade paradoxal da admissão das contradições presentes. A contradição imanente é uma definição muito acertada no bojo da Teoria Crítica. Marx observa a realidade da contradição em muitos pontos de sua obra, como por exemplo, quando relata a respeito da religião, colocando em consideração que a miséria religiosa constitui ao mesmo tempo, a expressão da miséria real, como também o protesto contra essa mesma miséria.

Portanto, tanto no dever-ser, quando na busca pelo ideal ético, quanto na apresentação da realidade como ela é, a contradição deve ser algo levado em consideração pelo pensador, ao observar os fenômenos que queira estudar. Apenas reconhecendo-se a contradição e a relação de interlocução que não pode separar o real do posto, em uma situação social, é que começa a acontecer o primeiro passo em busca de um conhecimento da realidade social, e a possibilidade de haver a ruptura das relações estratificadas da mesma.

Horkheimer (1980) critica a opinião de que haveria uma identidade entre razão e realidade. Ou seja, quando a sociedade chegasse à razão pura, fruto da aplicação daquilo que os métodos da teoria tradicional apresentavam, haveria uma relação harmônica garantida. No contexto liberal, esse pensamento foi bastante reassegurado, especialmente pelo fato de que se acreditava que a defesa dos

interesses particulares, era uma das situações em que se chegava a uma harmonia social. Novamente, observa-se que existe uma falha lógica na definição de que há uma teoria hegemônica de um grupo social, sem levar em consideração as pessoas envolvidas nesse mesmo grupo, além da heterogenia e da construção das relações.

A ciência moderna tem como pressuposto a uniformidade. Quando esse pressuposto é repassado às teorias sociais, tem-se que existe uma perigosa tendência à manutenção das relações de dominação do presente. A ideia de iluminação racional trazendo essa generalização de que, com a racionalidade a sociedade é aperfeiçoada, também consiste na interposição dessa ideia, posto que, parte da noção de que as contribuições anteriores não eram melhores que as de agora, pois a sociedade não estava aberta à racionalidade como no momento posterior. Fica difícil, portanto, partir da situação de que os métodos científicos usuais não são os mais indicados para tratar das relações sociais, sem que isso soe como retrocesso ou irracionalidade.

Portanto, vem a Teoria Crítica romper com esse véu de aparente neutralidade interposta pela Teoria Tradicional, e muda o viés de pensamento para observar que os ditames de uma ciência natural, que funcionam na observação desses fenômenos, não trazem respostas ou predições para as relações que são conduzidas no meio social, e sim, são utilizadas e apropriadas para orientar as ações futuras voltadas à manutenção da ordem social por meio da dominação.

Apenas com a consciência de que a história deve ser entendida e interpretada não como axiomas, mas sim como produtos de relações de uma época específica e de um povo específico, e colocando o pensador não como mero observador, mas como objeto de contaminação de sua própria pesquisa, aliado com a interpretação de que a ciência natural difere da ciência social, e que tratá-las de forma

análoga traz a manutenção do *status quo* dominante, é que pode-se começar a analisar e a emancipar o pensamento, a ponto de haver uma ruptura no sistema e a mudança no mesmo, sendo um dos pontos nevrálgicos que relacionam não apenas a importância de uma teoria crítica, mas sim da *necessidade* da mesma, caso a mudança seja um objetivo a ser alcançado.

3 INDÚSTRIA CULTURAL 4.0: A INTERNET COMO SISTEMA DE MANIPULAÇÃO DE MASSA, E A UNIFICAÇÃO DO REAL COM O VIRTUAL

Para este segundo ponto, primeiramente cumpre-se necessário explicar o porquê da nomenclatura “4.0”.

Sabe-se que a indústria e a cultura andam de mãos dadas (inclusive, é por isso que se mostra muito acertado o próprio uso do termo “indústria cultural” *per si*). A primeira revolução industrial foi o movimento da mecanização da produção. A segunda revolução industrial “extinguiu” o conceito de manufatura, introduzindo a produção em massa. Atualmente, fala-se que a sociedade passa por sua quarta revolução industrial, com o uso de automação, dados e conceitos cibserfísicos.

As revoluções industriais foram catalisadas por novas formas de automação, usando a tecnologia avançada da época, como a energia elétrica, e o carvão. A quarta evolução industrial rompe de certa forma com esses modelos anteriores, e volta a utilizar a força humana como elemento propulsante, seja com o uso de dados captados por sistema informático, seja pelo uso cognitivo das tecnologias digitais.

A grande particularidade dessa nova época, é que há um ponto de intersecção entre indústria e cultura, de forma muito mais intrínseca e muito menos dual do que no passado, posto que os meios

pelos quais se formam e se propagam a cultura, e se realiza a indústria, materializam-se no mesmo instrumento: a internet. A interrelação é tanta, que há até mesmo uma difícil separação entre trabalho e lazer, posto que os dois estão incluídos no mesmo ambiente.

A cultura contemporânea confere a tudo e um de semelhança (ADORNO e HORKHEIMER, 1995). A internet elevou essa sistemática cultural proferida nos escritos da Dialética do Esclarecimento, para níveis jamais previstos. O ar de semelhança descrito, influenciava-se pela noção de como o sistema se engendrava na época, e a despeito de uma determinada relação social. Com os meios digitais, a semelhança não encontra embargos ou limites com sociedade ou fronteiras físicas. De repente, **todo o mundo** se encontra em uma assustadora semelhança, nos modos de se portar, de se vestir, de consumir, de pensar.

A ideia de individualização se encontra muito destacada no cenário virtual. Há um *praise* na sensação de poder ser quem você realmente é, consumir o que você deseja consumir, e se portar como você queira se portar, e não como os ditames sociais mandam. A individualidade, a contemplação do ser único, parece ter encontrado terreno fértil no ambiente digital, como se não houvessem barreiras externas, apenas a vontade individual do ser. No entanto, os meios a que estão se submetendo, apenas se transfiguram de uma acentuada liberdade do ser, e na verdade, destinam-se a perpetuar o indivíduo, submetendo-o ao poder absoluto do capital (ADORNO e HORKHEIMER, 1995)

Há uma falsa ideia de que existem dois modelos: o universal e o particular, sendo que toda cultura de massas é idêntica, e seu esqueleto começa a delinear de modo muito mais evidente. Há uma explicação de que a própria abertura do contexto de cultura e massificação da tecnologia faz com que haja a imposição de métodos de reprodução. Portanto, a indústria não faz nada além do que apenas

responder ao clamor da satisfação de necessidades individuais, de forma padronizada. Não haveria uma criação de necessidade, mas tão somente uma resposta a ela. (ADORNO e HORKHEIMER, 1995)

Explicam Adorno e Horkheimer (1995) de que realmente essa é uma explicação válida, determinada pelo círculo da manipulação e da necessidade retroactiva, jogando os pesquisadores que o verdadeiro problema se encontra no terreno no qual a técnica conquista seu poder sobre a sociedade, que é justamente o poder que os economicamente mais fortes exercem. Portanto, essa explicação técnica, acertada, explica a própria dominação em si.

A manutenção do sistema é algo muito complicado de quebrar. Primeiramente porque existe a necessidade do poderio econômico se perpetuar na engrenagem social, seja de forma de subterfúgios, seja de forma clara. É tudo uma síntese de tudo, e esse tudo é determinado por uma elite dominante, e colocado como necessidade individual. E a sociedade se infere nesse sistema. Anteriormente, havia a ideia de que faltava ao pluralismo das massas, uma razão lógica para romper as engrenagens. Descobriu-se, depois, que na verdade a razão lógica apenas perpetuava um sistema, e que a emancipação crítica desse pensamento, era o que serviria para a mudança. De uma forma pessimista, talvez nem o pensamento crítico de uma sociedade geral sirva para retirar as amarras do poder dominante. Explica-se: Enquanto as ciências sociais se preocupavam em saber como mudar aquilo que estava sendo colocado como necessário, o próprio sistema de dominação se aperfeiçoava de uma maneira engenhosa. Agora, não importa se a sociedade tem o nível de criticismo necessário para que se modifiquem as bases sociais, porque, mesmo quando há a real intenção por trás, mesmo assim, a cadeia social permanece inerte.

Uma das formas mais fáceis de visualizar o que foi definido acima, é na questão do uso de dados pessoais. Quando um indivíduo se

cadastra em algum site (digamos, por exemplo, uma rede social), é cristalino que a principal moeda usada pela tecnologia, são os dados dos usuários. É com essas informações, e a utilização de sistema preditivos, que o lucro percorre.

Em 2014, um teste de personalidade inofensivo, teve sucesso na rede social. O funcionamento é bem simples: os usuários, ao realizarem o teste dentro da plataforma do *Facebook*, davam permissões para que ele acessasse alguns dados. O grande problema começa a partir do momento que não se dá uma atenção especial para o tipo de acesso que determinado programa ou aplicativo pede. Assim como os termos e condições, os acessos de terceiros contém fatos que, se fossem mais públicos, provavelmente não seriam permitidos por todos.

No caso em questão, o teste requisitava acesso não apenas aos dados de quem o fazia, mas também de toda a rede de contatos do usuário. Nesse contexto, esses dados foram vendidos para a empresa *Cambridge Analytica*, de forma que ela agora detinha informações sobre cerca de 50 milhões de pessoas que se encontravam com cadastro no *Facebook*. De porte desses dados, a empresa conseguiu realizar a análise e traçar padrões psicológicos, criando uma campanha digital hiper-segmentada para seus clientes, especialmente o que viria a ser o presidente norte-americano, Donald Trump, oferecendo aos eleitores, publicidade distribuída no *Facebook* em forma de anúncios patrocinados no *feed*.

Desta forma, pode-se apresentar que, pela primeira vez, tem-se registro de uma mudança específica em uma manipulação eleitoral, por meio da captura de dados e projeção de perfis. Ao levarmos em consideração que as eleições, consubstanciada pelo ato de votar, é um dos pilares de um Estado democrático, quando se está diante de uma forma de alienação sorrateira, com base em uso de dados que nem ao menos foram coletados de

forma pública e consentida, tem-se que a própria esteia democrática se encontra em risco.

Esse caso específico foi levado à público, com a demonstração fática de que as situações ocorrem de forma corriqueira. Mesmo com toda manifestação e observância da prática do uso dos dados, as pessoas não deixaram de utilizar as redes sociais, e aceitar o acesso de dados pessoais e sensíveis, por uma contrapartida inócua, como saber quem você seria se fosse do sexo oposto. Colocar em risco todo o aparato democrático e individual por, literalmente, nada.

A datificação da sociedade não remete apenas a uma nova forma de capitalismo, mas também a uma nova forma de colonialismo. Essa nova ordem cria a dependência de plataformas, as quais usam os dados para continuar a recriar o círculo de dependência, assim como uma nova forma de discriminação social.

Se no passado os impérios definiam seu controle por meio da ocupação de rotas e matérias-primas, a nova forma de dominação é por meio do uso da tecnologia, dados e poder computacional. Muito se fala acerca dos dados serem o novo “petróleo”, no entanto, diferentemente do combustível fóssil, a extração de dados é feita de maneira muito menos definida e contornada. Na verdade, muitas vezes nem existe o conhecimento de que essa extração está ocorrendo.

A luta entre controle e liberdade não é nova, mas diferentemente do passado, não existe a noção de que não há liberdade na internet, até o momento de ela deixar de existir completamente, posto que todas as engrenagens rodam de modo encoberto. E não apenas isso, mas, dessa vez, os donos do poder não se encontram em Impérios e Países, mas sim em empresas. A colonização ocorre precipuamente no Vale do Silício, e até mesmo os Estados estão sob controle do poder tecnológico de poucos. Nesse momento de dominação global, existe a penetração em governos, em movimen-

tos dos cidadãos, em predição de comportamentos de todos que se encontram, de alguma forma, conectados. E se a tendência é a conexão global, então pouco se pode fazer para mudar esse cenário, a não se que as atitudes comecem a ocorrer agora.

Ocorre, portanto, aquilo previsto por Horkheimer, de forma aperfeiçoada a seu aspecto praticamente máximo. A internet, e sua absorção de todos os aspectos da vida de uma pessoa no cenário virtual, elevam a manipulação de uma cultura dominante a outro patamar. A necessidade não é mais retroativa, e sim prospectiva. Os atores do poderio, incutem na sociedade desejos que não são nem necessidades ainda, e os produtos já nascem com um apelo consumerista, demonstrando que a sociedade se encontra plastificada em uma passividade revestida de individualidade.

Nunca a sociedade foi tão homogênea, sob uma falsa pretensão de heterogenia. A predição do futuro muito difícil de ser colocada, e a iluminação emancipativa do pensamento por trás das engrenagens parece já não ser o movimento propulsor da mudança, porque a necessidade vira comodidade, e o *status quo* vira uma cláusula pétre social. A sociedade pode até mudar, mas, talvez, ela não queira.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de ter tratado da internet em sua pior forma, é inegável que a mesma se mostra como o centro de mudanças sociais. Pelo seu caráter horizontal, rápido e descentralizado, é uma poderosa ferramenta de união popular. Grandes movimentos modernos como a Primavera Árabe, o movimento Occupy, as Jornadas de Julho, não poderiam existir como existiram e foram tão fortes, sem o a internet.

Também não se pode negar a importância dessa ferramenta para o acesso à informação, a transparência, o aumento do poten-

cial democrático, a conscientização e a união de movimentos de minorias. Sim, a internet hoje é o porão das grandes revoluções.

Paradoxalmente, no entanto, é com a internet que se aperfeiçoa o capitalismo em sua atuação mais nefasta. Gerando necessidades, e usando essas mesmas necessidades para angariar mais dados, mais prognósticos, que geram mais necessidades, em uma grande espiral sem fim. Em cada página de informação, existe um anúncio com alguma propaganda específica para o usuário. Em cada *login* em uma rede social para alertar as pessoas acerca de alguma incongruência governamental, há a captação de dados. Cada clique serve como fio condutor de uma experiência muito mais próxima e manipulativa das grandes corporações.

A necessidade de conexão digital é tamanha que não se considera uma vida em sociedade plena, sem o uso desses instrumentos. Viver sem internet, tornou-se inviável. E essa dependência do cenário digital faz com que a sociedade esteja sempre à mercê da dominação.

O mais assustador nesse cenário, é que a sociedade nunca esteve tão ciente da sua manipulação, e ao mesmo tempo, nunca esteve tão dependente das mesmas tecnologias que a está moldando em uma única fôrma, como se fosse uma Síndrome de Estocolmo tecnológica.

Esse ensaio tem pinceladas do pessimismo da Escola de Frankfurt, pois parece muito distante o pensamento de que algum dia a sociedade pode quebrar as amarras colocadas por ela mesma. Mesmo com mais iluminação e mais senso crítico, a utilidade das ferramentas utilizadas para sua própria dominação, perpassa a racionalidade, assim como um viciado que continua usando drogas, mesmo à beira de um colapso. Apesar de não trazer soluções, talvez exista alguma forma de breçar essa massificação em alguma proporção, e o conhecimento parece ser a única ferramenta capaz disso.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W, HORKHEIMER, Max. **A dialética do esclarecimento**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995.

ADORNO, Theodor. **Teoria estética**. São Paulo: Martins Fontes, 1982.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DELEUZE, Gilles, GUATARRI, Felix. **Mil platôs**. Capitalismo e esquizofrenia. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora 34, 1995.

DUARTE, Rodrigo. Indústria Cultural 2.0. Constelaciones – **Revista de Teoria Crítica**, n. 3, p. 90-117, dez. 2011

HORKHEIMER, Max. “Teoria tradicional e teoria crítica”. In: Benjamin, Horkheimer, Adorno, Habermas. Tradução de Edgard a. Malagodi e Ronaldo Pereira Cunha. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

JAY, Martin. **As ideias de Adorno**. São Paulo: Cultrix, 1988.

MARX, Karl. **A ideologia alemã**. Trad. Rubens Enderle, Nélío Schneider e Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2007.

TYLOR, Edward B. A ciência da cultura. In: CASTRO, Celso. **Evolucionismo cultural, textos de Morgan, Tylor e Frazer**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

A RELEVÂNCIA DO ENSINO JURÍDICO HUMANÍSTICO E INTERDISCIPLINAR PARA A PROMOÇÃO DA PACIFICAÇÃO SOCIAL

*Amanda Greff Escobar**

*Willde Pereira Sobral***

*Flávia Moreira Guimarães Pessoa****

Resumo

O presente estudo visa discutir a formação humanística e interdisciplinar no ensino jurídico brasileiro, para ultrapassar a cultura litigiosa presente na sociedade brasileira e demonstrar a relevância do papel dos operadores do direito para a promoção da cultura da pacificação. Para a condução metodológica do estudo será utilizada uma metodologia de abordagem qualitativa, através do método dedutivo, com o auxílio de pesquisa bibliográfica e documental. Os apontamentos encontrados demonstram a necessidade de valorizar os meios consensuais de resolução, bem como de se preparar o profissional do direito para efetiva compreensão do valor essencial da dignidade da pessoa humana, indo além dos conceitos meramente normativos. *Palavras-chave:* Cultura da pacificação; Ensino Jurídico; Interdisciplinaridade; Formação Humanística.

* Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS). Especializanda em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT). Advogada. E-mail: amandagreff@hotmail.com.

** Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Analista de Direito do MPSE. E-mail: wildeps@hotmail.com.

*** Pós-doutorado em Direito do Trabalho pela UFBA. Doutora em Direito pela UFBA. Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho/RJ. Conselheira do Conselho Nacional de Justiça desde fevereiro de 2020. Professora dos programas de Pós-graduação stricto sensu da Universidade Tiradentes e Universidade Federal de Sergipe. E-mail: flaviampessoa@gmail.com.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A qualidade do ensino jurídico é fundamental para preparação do profissional do direito para o mercado de trabalho e os desafios dos conflitos sociais atuais, que demanda cada vez mais conhecimentos. O estudo não se restringe ao conhecimento da norma, demonstrando a constante necessidade de se dialogar com outras áreas do saber para solução dos conflitos apresentados por uma sociedade plural.

No entanto, prepondera no ensino jurídico brasileiro a sistemática de ensino tecnicista, sem espaço adequado para formação humanística do profissional do direito, extremamente valorosa à prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania.

Entende-se que, para que se instaure a cultura da pacificação e se revolucione o ensino jurídico, é necessário a formação de operadores do direito que entendam a relevância de se tratar adequadamente os conflitos sociais e que possuam aptidão para lidar com a interdisciplinaridade e a pacificação das demandas judiciais.

A reformulação do modelo burocrático e tecnicista é uma imposição da sociedade atual, especialmente porque suas controvérsias demandam do profissional do direito um diálogo com outras áreas do saber. Nesta perspectiva, há a necessidade de refletir sobre a importância da interdisciplinaridade e da formação humanística do profissional do direito para ressignificação do ensino jurídico no país.

Nesse sentido, o objetivo do presente artigo é discutir a formação humanística e interdisciplinar no ensino jurídico brasileiro, para ultrapassar a cultura litigiosa presente na sociedade brasileira e demonstrar a relevância do papel dos operadores do direito para a promoção da cultura da pacificação através da consensualidade.

Dessa forma, para a condução metodológica deste artigo foi utilizada uma abordagem qualitativa. O método utilizado foi o dedu-

tivo e a técnicas de pesquisa para a coleta de dados foi desenvolvida por meio de pesquisa essencialmente bibliográfica e documental.

O estudo foi dividido em três seções. A primeira delas apresentará o panorama cultural do ensino jurídico brasileiro, compreendendo o histórico da educação jurídica do Brasil, bem como os obstáculos e dilemas que acompanham os cursos jurídicos desde a sua criação. A segunda seção, por sua vez, abordará a cultura do litígio e os entraves relativos aos meios consensuais de solução de conflitos; enquanto o terceiro se ocupará de apontar a necessidade de mudança de paradigma do ensino jurídico atual, através do ensino humanista e interdisciplinar, como forma de promoção da consensualidade e cultura da paz nos operadores do direito.

2 O ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO

Há de se destacar que, até a criação dos cursos jurídicos brasileiros, a formação dos bacharéis em direito era realizada em quase sua totalidade pela Universidade de Coimbra, através de um ensino, logicamente, embasado numa realidade socioeconômica europeia. A criação dos Cursos Jurídicas no Brasil só aconteceu no ano de 1827, através da lei de autoria do Imperador Dom Pedro Primeiro, tendo os primeiros cursos sede nas cidades de Olinda e São Paulo.

A criação tardia dos cursos jurídicos brasileiros se deu por conta do impedimento português de solidificar a emancipação da colônia, tornando assim o Brasil mais dependente e carente de educação.

O ensino jurídico brasileiro aconteceu de forma desvinculada da realidade social, voltado para o desempenho de funções meramente políticas, ideológicas, com viés burocrata e tecnocrata do Estado Nacional (WARAT e CUNHA, 1977). Os profissionais do direito foram formados para ocupar cargos públicos e perpetuar o sistema burocrático, motivo pelo qual Santos (2011, p.81) aponta que “o sis-

tema foi criado não para um processo de inovação, de ruptura, mas para um processo de continuidade para fazer melhor o que sempre tinha feito.”

A racionalidade imposta pela norma jurídica serviu, desde a origem, para justificar a burocracia estatal, sem direcionar o profissional do direito para outros tipos de conhecimento. Conforme destaque feito por Bissoli Filho (2012), os cursos jurídicos sempre estiveram sob regulação estatal, especialmente no que se refere à estrutura curricular.

O ensino jurídico alicerçado somente na lei, sem conexão com as demais áreas do conhecimento, ignora os fenômenos que envolveram o surgimento do Direito enquanto ciência social. Neste ponto, Flores e Rocha destacam:

Trata-se de colocar ao Direito reflexões sobre a gestão de mudança e inovação do próprio sistema, que nessa perspectiva ainda não foram suficientemente desenvolvidas e por isso provocam certo impacto (ou perturbação) diante de posturas mais tradicionais, que primam por uma excessiva conservação e, conseqüentemente, pela opção de viver pesadas limitações em relação às possibilidades jurídicas (FLORES e ROCHA, 2016, p. 79).

Novas tecnologias e as experiências humanas trouxeram ao Direito outras perspectivas de atuação, evidenciando a necessária reformulação na forma em que é ensinado nas academias. Para Santos (2011), os profissionais precisam ser formados para a complexidade das demandas sociais, sobretudo aspiração democrática forte.¹

¹ Para Santos (2011, p. 82), “para concretização do projeto político-jurídico de re-fundação democrática da justiça, é necessário mudar completamente o ensino e a formação de todos os operadores do direito: funcionários, membros do ministério público, defensores públicos, juízes e advogados.”

Outro fator crítico a ser apontado é o número crescente de cursos jurídicos no Brasil, em Instituições Públicas e Privadas, que atinge diretamente a qualidade do ensino². Houve crescimento dos cursos, sem, no entanto, efetiva melhoria da educação e da função social das Universidades. Lembra Pessoa (2013, p.57) que “o apego tradicional a títulos parece ser uma característica brasileira.”

O Curso de Direito no Brasil é regulado pela Resolução 09/2004 do Conselho Nacional de Educação Superior. Impõe ao Curso de Graduação em Direito o dever de possibilitar a formação profissional que revele leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos ou normativos, com a devida utilização das normas técnico- jurídicas; interpretação e aplicação do Direito.

Em específico, o artigo 5º das Diretrizes Curriculares prescreve que o projeto pedagógico do curso jurídico deverá possibilitar as formações fundamental, a profissional e a prática do acadêmico de direito. O eixo de Formação Prática deverá integrar a prática e os conteúdos teóricos, desenvolvidos nos eixos de formação fundamental e profissional.

Aponta também que a Formação Fundamental deve estabelecer as relações do Direito com conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia. A Formação Profissional, por sua vez, deve ter, além do enfoque dogmático, estudado sistematicamente e contextualizados sobre a evolução da Ciência do Direito e sua aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil.

As sucessivas mudanças nas grades curriculares e as diversas normativas sobre o ensino não foram suficientemente capazes de

2 O presidente da Comissão Nacional de Educação Jurídica, em evento realizado na OAB Nacional em setembro de 2019, destacou as ações da OAB junto ao Ministério da Educação, na defesa de uma moratória na autorização para novos cursos de Direito no Brasil, registrando que era necessária uma busca pela qualidade do ensino jurídico para uma melhor qualificação do profissional que vai enfrentar o mercado.

promover uma mudança real na forma em que é feita a aprendizagem do ensino jurídico, centrada na memorização e não no raciocínio crítico. Conforme destacam Pessoa e Andrade (2013, p.503) “a mão de obra docente é vasta e não interessa se pouca ou nenhuma qualidade, já que é apenas para transmitir conteúdos doutrinários e artigos de lei, sem maior reflexão.”

Sobre o perfil do profissional do direito predominantemente tecnicista, Santos (2011) aponta um *retrato-robot* do Magistrado brasileiro focado na ideia de que o direito é um fenômeno totalmente diferente de tudo o resto que ocorre na sociedade, bem como na concepção burocrática ou administrativa dos processos. O ensino jurídico atual necessita de readequação às novas perspectivas sociais, especialmente porque os cinco anos de curso não são suficientes para formação completa do profissional do direito (ANDRADE, 2012).

Há desafios a serem superados para formação integral do profissional do direito, especialmente após a modernidade e globalização. Novas necessidades surgem a todo instante, de modo que a formação permanente necessita atuar para responder ao novo tipo de sociedade e a novas funções (SANTOS, 2011).

Necessária se faz, então, a revisão do modelo burocrático e tecnicista, a fim de que a atuação do operador do direito compreenda a amplitude do contexto social que o envolve. As Instituições de Ensino Jurídico no Brasil, nesta perspectiva, devem se reconhecer como instrumentos de função social.³

3 Boaventura de Souza Santos (2011, p.88) destaca que “por estar muito centrada numa visão compensatória para com a comunidade circundante, a extensão nos cursos de direito também deve ser repensada. As atividades têm como foco, em regra, o oferecimento de palestras e atendimentos jurídicos, desarticulados com a realidade e as necessidades dos grupos sociais e afunilados numa aplicação técnica da ciência jurídica. “

Ressalta-se que desde a sua criação até os tempos atuais, o método de ensino pouco mudou, persistindo a predominância das aulas conferências, com comentários dos artigos do código e a postura passiva dos alunos.

De Paula coaduna com o status imutável dos cursos jurídicos ao longo da história:

O tradicionalismo e conservadorismo em nosso ensino jurídico, portanto, encontra raízes históricas em nossa sociedade, marcado pelo dogmatismo e exegetismo, distanciado da realidade social e cada vez mais firmando-se como atividade de cunho “cartorial” e não mais “jurídico”, na medida em que se tem ensinado muito ao acadêmico a operacionalização das normas jurídicas, a subsunção, e pouco sobre o pensar e o refletir sobre a norma, enquanto ideário de justiça (DE PAULA, 2006, p. 215).

Logo, o que se percebe até hoje é a existência de um ensino jurídico formalista voltado a formação tecnocrata, que se distancia de uma formação crítica e humana, resultado tanto de uma estrutura curricular que não privilegia uma abordagem interdisciplinar, quanto pelas técnicas ortodoxas de ensino do direito.

O resultado é aprofundamento, cada vez mais, de uma crise, que teve seu princípio na criação tardia dos cursos jurídicos brasileiros, trazendo como consequência profissionais do direito que não acompanham uma sociedade marcada por profundas transformações.

É necessário que se formem operadores do direito atrelados à realidade social, que consigam contextualizar o direito e utilizar outros saberes de forma interdisciplinar, diante da complexidade humana e seus conflitos.

Para que haja mudanças, é necessário o alargamento da mentalidade jurídica, com a adoção de um novo paradigma no ensino

jurídico, onde haja a libertação do formalismo positivista como modelo de ensino jurídico e se reconheça o compromisso com a justiça, a democracia e a sociedade civil (MACHADO, 2005).

3 A CULTURA DO LITÍGIO E O SEU ENTRAVE PARA A PROMOÇÃO DA CONSENSUALIDADE NA SOCIEDADE BRASILEIRA

A sociedade brasileira tem em si a cultura do litígio enraizada, a consequência disso é que a massa dos cidadãos que se envolvem em conflitos ainda adota o método adjudicatório para a sua resolução, mesmo diante de um Poder Judiciário afundado em uma crise.

Sendo assim, o tecido social nacional experimenta o que Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 19) chamou de “expansão global do poder judiciário”, o que seria afirmar o protagonismo do sistema judicial para o acesso ao direito e à justiça.

Esse protagonismo do Poder Judiciário fez com que a sociedade esquecesse o papel secundário da jurisdição, acabando por perder sua autonomia na resolução de seus conflitos, socorrendo sempre à intervenção judicial.

Como resultado se teve o fenômeno da explosão da litigiosidade, incentivado pela cultura do litígio, superlotando o Poder Judiciário de demandas, acarretando uma severa crise, inviabilizando uma prestação jurisdicional célere e efetiva.

Logo, com o congestionamento do Poder Judiciário, a concepção de acesso à justiça não deve ser restrita a tutela de tal Poder, devendo ser reconhecida uma jurisdição compartilhada. Não se fala em mitigar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, mas valorizar os métodos alternativos, que realizam a justiça no contexto em que estão inseridas as partes, que inclusive promovem a pacificação social, são mais eficazes e céleres (MANCUSO, 2011).

Nessa perspectiva, começa a ser necessário clamar para uma mudança na sociedade e nos métodos de se lidar com o conflito, ganhando espaço e destaque os meios consensuais de solução de conflitos, na justiça brasileira.

Os métodos de solução de conflitos postos à disposição do jurisdicionado advém do que se denomina de sistema multiportas, conceituado por Tartuce (2016, p.68) como sendo “o complexo de opções que cada pessoa tem à sua disposição para buscar solucionar um conflito a partir de diferentes métodos”.

Conforme lições de Cahali (2013, p. 53), “cada uma das opções (mediação, conciliação, orientação, a própria ação judicial contenciosa etc.), representa uma “porta”, a ser utilizada de acordo com a conveniência do interessado, na perspectiva de se ter a maneira mais apropriada de administração e resolução do conflito.”

Essa concepção de tribunal multiportas se consolidou no Brasil com a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que regulamentou a política brasileira de composição de conflitos, os núcleos de mediação e conciliação, além dos profissionais atuantes.

O advento do Código de Processo Civil de 2015, que prevê expressamente que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (art. 3º, § 2º), além de dispor que a conciliação, a mediação e outros métodos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, reforçou o proposto na Resolução 125/2010 quanto à busca de meios adequados de resolução de conflitos, visando não apenas solução pacífica destes, mas também o desafogo do Poder Judiciário, tendo em vista a sua crise de efetividade.

Diante disso, um fator importante para a instauração de uma cultura de paz na sociedade e a expansão da utilização dos meios adequados de solução de conflitos é a mudança de pensamento dos

próprios operadores do direito. Esses devem ser conscientizados desde a academia, já sendo formados como o espírito cooperativo, deixando de lado a postura litigante.

A explosão da litigiosidade, consequência de uma cultura do litígio, acaba por aumentar exponencialmente as demandas postas ao Poder Judiciário, gerando consequências trágicas devido à sobrecarga da máquina judiciária, como a morosidade e insegurança jurídica devido a decisões divergentes.

Abandonar a cultura do litígio, incentivando métodos consensuais para o tratamento dos conflitos requer políticas públicas para que se solidifique no seio social a pacificação social, o cultivo do diálogo e da comunicação não violenta. É necessário entender que não há vencedor e perdedor dentro de um conflito, pois essa dicotomia incentiva a ação violenta.

A cultura da paz e o incentivo das formas consensuais de resolução de conflitos se apresentam como instrumentos auxiliares ao Poder Judiciário, pois além de consolidar uma cultura de pacificação social, promove a solução justa e adequada ao caso concreto posto em conflito.

A discussão sobre litigiosidade e cultura da paz é necessária no Brasil e o que ratifica a afirmação anterior são os dados publicados em 2019 pelo CNJ no relatório “Justiça em Números”. Segundo tal relatório, no ano-base 2018, foi constatado um total de 78,7 milhões de processos em tramitação no Judiciário brasileiro.

Nesse sentido, é necessário resgatar a cultura da paz, onde o diálogo e consenso dão lugar a judicialização exacerbada, deixando ao Poder Judiciário a apreciação daquelas demandas de maior complexidade e que não caiba outro mecanismo de tratamento.

Os indivíduos devem ser incentivados a possuir a consciência de que soluções justas e que atendam a seus interesses nem sempre serão advindas do ajuizamento de ações, uma vez que existem di-

versas formas de atender melhor suas expectativas, principalmente aos seus gastos emocionais e financeiros.

É preciso lançar olhar para a mudança do cenário de tratamento de conflitos, que adquiriu diversos avanços legislativos naquilo que compete aos meios alternativos de solução de litígios no Brasil, reflexo da vontade do legislador de se instaurar uma cultura da paz.

Porém, para que haja a consolidação de uma nova cultura no meio social, é necessário que se mude a percepção dos indivíduos sobre os métodos consensuais e se retire a ideia da necessidade de condução de qualquer conflito a apreciação do Poder Judiciário, para que se tenha uma deliberação adjudicada, sob a lógica vencedor-perdedor.

Primeiramente, há de se esclarecer que a opção por meios alternativos de resolução de conflitos não é uma afirmação de que a via judicial não é satisfatória ou não deve ser invocada. Não se fala da ilegitimidade da via judicial, pelo contrário, no entanto o Poder Judiciário não deve ser visto como a única forma de dissolver os dissensos.

Ademais, uma sociedade que cultiva a cultura da paz, possui mais cidadania, solidariedade, autonomia nas suas decisões e contribui para o desafogar do Poder Judiciário. Watanabe acredita no melhoramento daquele Poder, em suas palavras:

[...] certamente assistiremos a uma transformação revolucionária, em termos de natureza, qualidade e quantidade dos serviços judiciários, com o estabelecimento de filtro importante da litigiosidade, com o atendimento mais facilitado dos jurisdicionados em seus problemas jurídicos e conflitos de interesses e com o maior índice de pacificação das partes em conflito, e não apenas solução dos conflitos, isso tudo se traduzindo-o em redução da carga de serviço do nosso Judiciário, que é sabidamente excessiva, e em maior celeridade das prestações jurisdicionais. A consequência será a recuperação do prestígio e respeito do nosso Judiciário (WATANABE, 2011, p. 9).

No entanto, para que se vivencie isso com a promoção de uma cultura de paz, é necessário a movimentação para a criação de políticas públicas voltadas para o incentivo da solução extrajudicial e consensual, do diálogo e da autocomposição, além da conscientização social de que o conflito não será dissolvido somente através do modelo adjudicatório.

Enfatiza-se, portanto, que a cultura do litígio não se compatibiliza com os princípios propostos no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente com o Código de Processo Civil de 2015, devendo-se, portanto, buscar pela conscientização social dos benefícios da consensualidade, o rompimento da atuação tradicional da advocacia e demais operadores do direito.

4 A FORMAÇÃO HUMANÍSTICA E INTERDISCIPLINAR DO OPERADOR DO DIREITO PARA A PROMOÇÃO DA PACIFICAÇÃO SOCIAL

A formação do profissional do direito da atualidade não pode ser uma reconstrução do modelo burocrático e tecnicista de tempos passados, distante da realidade social. O abandono do formalismo irrestrito é imperativo necessário na sociedade atual, devendo ser o ensino jurídico repensado para garantir, de fato, soluções justas e que coadunem com o sistema vigente.

Conforme destaque de Pessoa e Andrade (2013), a adaptação exige uma reformulação da metodologia e da redistribuição das disciplinas, o que adequará o sistema jurídico brasileiro às exigências da modernidade líquida.

Para que se supere a cultura do litígio é necessário ir além da inclusão de disciplinas como mediação, conciliação e arbitragem nas grades curriculares dos cursos jurídicos, mas também atentar-se às metodologias adequadas ao ensino destas. Warat (2004, p. 38)

coaduna com a supra afirmação ao destacar que “para formar um mediador, é preciso levá-lo a um estado de mediação, ele deve estar mediado, ser a mediação.”

Assim sendo, não basta que os meios adequados de solução de conflitos entrem nas grades curriculares como disciplinas obrigatórias, se não houver a mudança de mentalidade dos docentes para a humanização do ensino, tendo em vista que não há como cobrar uma postura de ética da alteridade do futuro profissional, se essa não lhe foi ensinada.

Warat (2004) elucida que, diante de um ensino jurídico imerso na objetividade, insensibilidade que apenas provoca o distanciamento do Outro, além da interpretação desumana dos problemas sociais e individuais, o contato entre professor e aprendiz é de extrema importância. No entanto, expõe o autor que atualmente há uma verticalização do saber, onde o docente impõe um poder argumentativo-retórico.

Para o autor, o ensino jurídico deve entrelaçar uma pedagogia tanto da dignidade, quanto da solidariedade social. Assim, diz Warat (1997, p. 63) que “[...] a luta pela dignidade começa na tentativa de desembaraçar o discurso docente das suas vestes sacerdotais e da competência de suas provocações.”

Como explica Lília Maia de Moraes Sales:

A nova formação jurídica, possuindo a dignidade da pessoa humana como paradigma, requer que os professores de Direito desprendam-se desse cativeiro das leis e passem a compreender a necessidade de comunicação humana entre os alunos e o povo- o mundo é infinitamente superior ao que está nos autos. Requer, ainda e principalmente, uma mudança da concepção do Direito, não mais o Direito-lei, mas o Direito-Constituição. O Direito na sua globalidade, na sua integridade, e na sua transcendência deve servir à pessoa humana, à dignidade humana (SALES, 2004).

Portanto, contrapondo o caráter dogmático, repetitivo e acrí-tico, há uma urgente necessidade de se implementar novas alter-nativas à metodologia de ensino jurídico a ser aplicada nas salas de aulas (WARAT, 2006).

Warat (2006) traz o resgate da sensibilidade do operador do direito como importante elemento para a superação da alienação tecnicista promovida pelos cursos de direito, através de uma forma-ção mais humanista, tornando os juristas atores ativos no processo construtivo e reflexivo do direito.

Para o autor, o jurista não deve fincar seu conhecimento ape-nas nas normas jurídicas, mas também nas pessoas. Assim, visando uma alternativa ao modelo tradicional de ensino, propõe um ensi-no que tenha como enfoque o desejo, onde os alunos exponham e construam sua subjetividade.

O autor diz que, “na didática da sedução, busca-se a realização coletiva de um imaginário carnavalizado, onde todos possam des-pertar para o saber do acasalamento da política com o prazer, da subversão com a alegria, das verdades com a poesia e finalmente da democracia com a polifonia das significações.” (WARAT, 2004, p. 119).

O objetivo central dessa mudança de paradigma é descentra-lizar do ensino jurídico a explicação da lei e utilização de manuais, voltando a disseminação do conhecimento jurídico através do pro-tagonismo da convivência humana, adotando uma postura trans-disciplinar.

A importância dessa mudança é construir a sensibilidade do operador do direito, a mudança de mentalidade quanto ao estímulo das formas alternativas de solução de litígios, que acaba por culminar na democratização da justiça, onde os atores envolvidos nos conflitos passam a ter o poder de protagonizar a construção da sua solução.

Ademais, os cursos jurídicos devem se sensibilizar para a plu-ralidade das realidades, a fim de que possa construir um diálogo

eficaz entre o Direito e os demais ramos do conhecimento não codificados. As áreas de abrangência do ensino jurídico não se esgotam nas ramificações do direito constitucional, civil, penal, tributário, processual etc.

Aspecto extremamente relevante na formação do profissional do direito e superação da crise do ensino jurídico é o reconhecimento do papel do professor. A qualidade do ensino é resultado da capacitação do docente, que deverá ser especialmente preparado para sua atividade.

A docência universitária, por sua vez, exige do professor uma qualificação que vai além dos da experiência profissional e das suas titulações. A formação universitária demanda, acima de tudo, habilidades específicas para o exercício da docência e de todo o processo de ensino.

Vilela (2016, p. 27) recorda que “o objetivo do ensino não está apenas em repassar informações, conforme historicamente reafirmaram as pedagogias tradicionais, mas em fazer com que o educando construa o conhecimento.”

Observa-se no Brasil que os professores de ensino superior, especialmente no curso de Direito, não são profissionais pedagogicamente preparados para lecionar. São escolhidos por serem experientes em sua área de atuação e não por possuírem a didática necessária para transferência do conteúdo curricular, recordando Gil que:

Estas suposições durante muito tempo foram aceitas, sobretudo em decorrência do caráter elitista do ensino superior, observado no Brasil desde a constituição dos primeiros cursos. De fato, como os alunos universitários era poucos e selecionados com rigor, seu comportamento de saída tendia a ser considerado bastante adequado. Como consequência, a qualidade da universidade e o desempenho dos seus docentes não se tornavam alvo de maiores questionamentos (GIL, 2009, p.15).

A docência jurídica no Brasil não prioriza a formação reflexiva do profissional do direito, tampouco a formação pedagógica do professor. Além dos requisitos intelectuais, o docente deve contar com requisitos técnicos como preparo especializado na matéria, cultura geral, conhecimentos e habilidades pedagógicas.

Percebe-se uma supervalorização da experiência profissional em detrimento de sua formação pedagógica, motivo pelo qual Santos (2012, p.90) aponta que “esta antipedagogia asfixiante subjaz ainda hoje à grande parte do ensino jurídico, não se podendo esperar dela nenhuma preparação para práticas exigentes da cidadania e de democracia.”

O ensino jurídico, para ser efetivo, requer, além do conhecimento da estrutura normativa, contato com as verdadeiras demandas da sociedade. Neste contexto, o professor universitário colabora sensivelmente para o desenvolvimento do raciocínio jurídico e da responsabilidade profissional do direito.

A formação humanística do profissional do direito é indispensável para sua atuação junto à complexidade de relações que circundam o fenômeno jurídico. Desenvolve-se a partir de reflexões do profissional do direito acerca das demandas individuais e coletivas, lembrando Streck (2014, p.31) que “as questões morais, políticas e econômicas – rejeitadas pelo positivismo jurídico – passaram a fazer parte da preocupação da comunidade jurídica.”

O saber jurídico não se esgota nas leis e nos manuais, não havendo separação da norma jurídica e da realidade. Discorrendo sobre a teoria estruturante do Direito, Müller (2011, p.17) registra que a “normatividade designa a qualidade dinâmica de uma norma assim compreendida, tanto de ordenar à realidade que a subjaz- normatividade concreta- quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade-normatividade materialmente determinada.”

No ensino jurídico, em especial, a formação humanística revela-se essencial para realização da justiça. A ciência jurídica dialoga com dimensões de injustiça racial, socioeconômica, gênero, ambiental, as quais não podem ser enfrentadas a partir de uma mera aplicação da lei (SANTOS, 2011)

Atento a esta necessidade de alargamento dos conceitos jurídicos e de sua ligação com outros ramos do saber, o Ministério da Educação, através da resolução de nº 05/2018, que instituiu diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito, propõe que o curso deve assegurar ao graduando formação geral e humanística, com diretrizes para uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem indispensável à prestação da justiça e ao desenvolvimento da cidadania.

Priorizando às necessidades de formação fundamental, socio-política e técnico-jurídica, determinou o Ministério da Educação que curso de graduação em Direito deverá o oferecer os elementos fundamentais do Direito em diálogo com as demais expressões do conhecimento filosófico e humanístico, tais como Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia.

O ensino jurídico deverá ser focado na formação integral do profissional do direito, compromissado com valores éticos e sociais. Esta é a razão pela qual Santos aponta que:

Penso que a educação jurídica deve ser uma educação intercultural, interdisciplinar e profundamente imbuída da ideia de responsabilidade cidadã, pois só assim poderá combater os três pilares da cultura normativista técnico-burocrática a que fiz referência: a ideia de autonomia do direito, do excepcionalíssimo do direito e a concepção tecnoburocrática dos processos (SANTOS, 2011, p. 94)

Sendo assim, concluiu-se que um dos meios para superação da cultura do diálogo e incentivo de uma cultura da paz, é alterar a forma como se ensina o direito, agregando nas grades curriculares disciplinas como mediação, conciliação e arbitragem, mas também adotando uma metodologia de ensino que privilegia o diálogo, a reflexão crítica, a interdisciplinaridade e a promoção da dignidade da pessoa humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação do Direito frente aos reclames da sociedade tem sido objeto de intensa reflexão, sobretudo no que se refere ao viés jurisdicional adequado para a solução dos litígios. O ensino jurídico, esta perspectiva, deverá preparar o profissional do direito para efetiva compreensão do valor essencial da dignidade da pessoa humana, indo além dos conceitos meramente normativos.

Repensar a forma que o Direito se manifesta na sociedade é medida necessária para sua legitimidade. Sua abertura para outros ramos do conhecimento reduzirá o distanciamento entre a dogmática e a realidade dos fatos, razão pela qual deverá o ensino jurídico ir além dos códigos e manuais.

Incorporar novos saberes à tradição jurídica amplia a compreensão de todo o fenômeno que envolve a complexidade humana, devendo o ensino jurídico estimular a atuação reflexiva e integral do profissional do direito para atuação decisiva neste processo.

No mais, um ensino jurídico alicerçado na interdisciplinaridade e no viés humanista, forma profissionais capazes de influir na cultura do litígio e se mostram aptos a utilizar os mecanismos consensuais colocados à disposição do jurisdicionado.

A explosão da litigiosidade, consequência de uma cultura do litígio, acaba por aumentar exponencialmente as demandas postas

ao Poder Judiciário, gerando consequências trágicas devido à sobrecarga da máquina judiciária, como a morosidade e insegurança jurídica devido a decisões divergentes.

No entanto, para promover o abandono da cultura do litígio, é necessário não apenas políticas públicas que incentivem a sua utilização, mas também formar operadores do direito conscientes da importância do tratamento adequado do conflito e da supervalorização do diálogo para a sua composição.

Sendo assim, concluiu-se que um dos meios para superação da cultura do diálogo e incentivo de uma cultura da paz, é alterar a forma como se ensina o direito, agregando nas grades curriculares disciplinas como mediação, conciliação e arbitragem, mas também adotando uma metodologia de ensino que privilegia o diálogo, a reflexão crítica, a interdisciplinaridade e a promoção da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Os cursos de direito e a formação profissional**. In: RODRIGUES, Herácio Wanderlei; ARRUDA JR, Edmundo Lima de(Org). Educação Jurídica, 2. ed. corr. – Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/99622/VDFINAL_2a_ed_Educacao_Juridica_05-11-2012.pdf?sequence=1. Acesso em 15 de novembro de 2019.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Das reformas dos cursos de Direito às reformas do ensino jurídico no Brasil: a importância dos professores e alunos na discussão das reformas e no processo ensino-aprendizagem**. In: RODRIGUES, Herácio Wanderlei; ARRUDA JR, Edmundo Lima de(Org). Educação Jurídica, 2. ed. corr. – Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/99622/VD-_FINAL_2a_ed_Educacao_Juridica_05-11-2012.pdf?sequence=1. Acesso em 15 de novembro de 2019.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 3 ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**. Brasília (DF), 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 29 nov 2019.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: http://cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016150808.pdf. Acesso em: 01 out 2019.

DE PAULA, Giovani. Alternativas pedagógicas para o ensino jurídico. In: COLAÇO, Thais Luzia (Org.). **Aprender a ensinar direito o Direito**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

FLORES, Luís Gustavo Gomes Flores; ROCHA, Leonel Severo. **Resiliência do Direito. A Inovação Jurídica entre Universidades e Tribunais**. Revista de Direito Público, v 13. Londrina, 2016. Disponível em <https://www.portalde-periodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2765>. Acesso em 28 de outubro de 2019.

48

GIL, Antônio Carlos. **Metodologia do ensino superior**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO, Antonio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. Franca: Edunesp, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça**. São Paulo: RT, 2011.

MÜLLER, Frederich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PESSOA, Adélia Moreira. **Ensino Jurídico no Brasil: da Implantação à Reforma Universitária**. In: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães (Org). Docência Jurídica: Séries Estudos de Metodologia. Volume I. Aracaju: Evocati, 2013.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; ANDRADE, Layanna Maria Santiago. **Por um novo método no Ensino Jurídico**. In: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães (Org). Docência Jurídica: Séries Estudos de Metodologia. Volume I. Aracaju: Evocati, 2013.

SALES, Lília Maia de Moraes. A Mediação de conflitos e a Universidade- possibilidade de transformação social. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). **A**

Cidadania Em Debate. Estudos sobre a efetivação do Direito na atualidade. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça.** São Paulo: Cortez, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto- o constitucionalismo contemporâneo.** Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 02, p. 27 - 41, out. 2014. Disponível em <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/64/49>. Acesso em 28 de outubro de 2019.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis.** 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2016.

VILELA, Naiara Souza. **DOCÊNCIA UNIVERSITÁRIA: Um estudo sobre a experiência da Universidade Federal de Uberlândia na formação de seus professores.** dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Educação. 2016. Disponível em <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/14035/1/DocenciaUniversitaria-EstudoSobre.pdf>. Acesso em 28 de outubro de 2019.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito.** Vol. III. O Direito não Estudado pela Teoria Jurídica Moderna. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador I.** Surfando na pororoca, v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto; CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **Ensino e saber jurídico.** Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coords.). **Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

O INGRESSO NOTURNO EM ESCRITÓRIO COMO MEIO DE CAPTAÇÃO DE PROVAS E A MÁXIMA DO SOPESAMENTO EM SEGUNDO GRAU

Carlos Alberto Menezes*
Antonio Wellington Brito Júnior**

Resumo

Em 2008, o Supremo Tribunal Federal, em sede de Inquérito aforado sob a numeração 2.424/RJ, validando provas obtidas contra advogados acusados de envolvimento em esquema criminoso, avalizou o ingresso noturno da polícia investigativa em escritório de advocacia, a fim de que fossem instalados equipamentos de captação audiovisual. A decisão relativizou, fora das hipóteses expressamente já excepcionadas pelo constituinte, a cláusula pétrea de inviolabilidade domiciliar consagrada no art. 5º, XI, da Constituição Federal. Em sua maioria, os ministros argumentaram que direitos fundamentais não são absolutos e que garantias individuais se sujeitam a relativizações sempre que usadas como subterfúgio para cometimento de delitos. Propõe-se demonstrar que o aludido precedente extrapolou o nível de discricionariedade aceitável na jurisdição constitucional e não atendeu ao princípio da proporcionalidade na esteira do quanto preconizado por Robert Alexy.

Palavras-chave: Inviolabilidade domiciliar; Discricionariedade judicial; Princípio da proporcionalidade.

* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008). Professor Associado da Universidade Federal de Sergipe. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal. Professor da Pós-Graduação Stricto Sensu da UFS. E-mail: carlosalbertomenezesadv@yahoo.com.br.

** Mestrando e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Delegado de Polícia do Estado de Sergipe. Professor da Pós-graduação *latu sensu* em Direito Constitucional do IEJUR (Instituto de Estudos Jurídicos/DF), na modalidade Ensino à Distância (EAD). E-mail: wbritojunior@gmail.com.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Em novembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal, apreciando inquérito aforado sob a numeração 2.424/RJ, autorizou o ingresso noturno da polícia investigativa em escritório de advocacia. Com efeito, investigavam-se suspeitas de que advogados agiam em organização criminosa voltada à execução de diversos crimes, entre os quais corrupção passiva, prevaricação, advocacia administrativa e violação de sigilo funcional. A pretensa complexidade na obtenção das provas sugeriria a instalação de equipamentos de captação audiovisual no próprio local de trabalho dos causídicos investigados, providência cujo sigilo se impunha e que, na opinião dos investigadores, figurava como imprescindível para a elucidação dos fatos.

52

Em atendimento aos fins persecutórios, o Judiciário endossou que a diligência fosse realizada pelos policiais durante a noite, a despeito da redação do artigo 5º, XI, da Constituição Federal desautorizar. O aludido preceito conota cláusula pétrea e estabelece matéria de reserva de jurisdição. Estatui que a casa é asilo inviolável, nela ninguém podendo adentrar sem o consentimento do morador, salvo por ordem judicial, durante o dia, ou em qualquer horário, nesta última hipótese com a ressalva de que a finalidade seja a prestação de socorro ou a realização de prisão em flagrante delito.

Doutrina e jurisprudência ampliaram o conceito de casa para nele incluir qualquer recinto fechado, cujo acesso ao público não seja livremente franqueado. À época, já havia precedentes dos tribunais superiores na linha do elastério conceitual, mas a discussão fora novamente suscitada em divergência que não logrou sucesso. Firmou-se o entendimento de que o escritório de advocacia era alcançado pelo espectro constitucional do asilo domiciliar, servindo como argumento de reforço o quanto versado no art. 7º, II, da Lei nº

8.906/1994 c/c art. 150, § 4º, III, do Código Penal, que assegurariam ao advogado a inviolabilidade de seu local de trabalho.

A despeito da cláusula pétrea e de sua clarividência semântica, o fundamento que preponderou no STF foi o de que nenhuma garantia individual se afigurava intransponível e que a inviolabilidade domiciliar poderia ser afastada sempre que escudasse o cometimento de crimes. Valendo-se de uma retórica que posteriormente se tornou corriqueira, a Corte lançou mão da máxima do sopesamento, para assinalar que o princípio da segurança gozaria de precedência neste *leading case*. Os elementos informativos angariados pela polícia se mostrariam lícitos, não havendo que se falar em provas inadmissíveis.

O acórdão, que não teve a adesão unânime dos ministros, expõe os seguintes problemas: a) cláusulas pétreas podem ser relativizadas? b) caso positivo, que razões autorizam a relativização? c) princípios utilitários preponderam quando colidem com direitos fundamentais? d) em nome da colisão principiológica, juízes podem reescrever os enunciados constitucionais como bem lhes aprouver? e) há limites para a máxima do sopesamento segundo a teorização de Robert Alexy?

O artigo propõe apresentar respostas plausíveis às mencionadas indagações, partindo das seguintes premissas: a) o utilitarismo do princípio da maioria encontra limites no constitucionalismo do pós-guerra; b) a discricionariedade judicial que reescreve a Constituição em desfavor de direitos fundamentais já assegurados é arbitrária, ainda que embasada na vontade da maioria; c) a máxima de sopesamento que ignora a colisão principiológica já analisada pelo constituinte originário é, a rigor, inconstitucional e lesiva à separação de funções (ou poderes) estatais.

O método científico utilizado será o dialético e as fontes de pesquisa são bibliográficas, priorizando-se os aspectos constitucionais e uma interpretação garantista dos direitos fundamentais.

2 O DEBATE ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

O constitucionalismo redefine o conceito de democracia ao estabelecer que determinados valores devam prevalecer, ainda que contrários ao postulado da vontade maior. Nesse sentido, a Constituição guarda uma dimensão contramajoritária destinada à proteção das minorias (BRANCO; MENDES, 2015, p. 53-54). Ao tempo em que dota o parlamento da atribuição de fazer leis coadunadas com os interesses nacionais ocasionalmente vitoriosos, obsta que o legislador (ou o poder público organizado) esmague a resistência minoritária ou a diversidade cultural. Daí a existência de um núcleo rígido, representado na adoção de cláusulas pétreas imunes, em tese, à barganha política.

Num modelo genuinamente constitucional, a vontade da maioria não é dogma absoluto. Varia com a conjuntura política e dos fatores reais de poder que imperam no pluralismo das atuais sociedades multiculturais e tecnocêntricas. O jogo pelo poder é oscilante e a satisfação das necessidades nunca é usufruto universal. Interesses vários e inconciliáveis impedem que o Estado a todos satisfaça integralmente, levando os poderes constituídos a fitar no bem-estar da maioria ocasional. Em seu utilitarismo, Bentham acreditava que os bons governos eram os que promoviam, com suas ações políticas, a felicidade do maior número de cidadãos (MORBACH, 2020, p. 78).

Com base no utilitarismo da felicidade do maior número não se soergueu, destarte, o constitucionalismo democrático do pós-guerra. O apreço aos direitos fundamentais inibe o alijamento das minorias desprestigiadas pelos governos e, por conseguinte, raramente se pauta em premissas utilitárias. Geralmente encarna o escudo do indivíduo solitário contra o Estado organizado, a última trincheira, o derradeiro refúgio daquele que não se insere na dinâmica do poder. Expressa a certeza de que, no âmago de um sistema normativo,

todos os cidadãos importam, afinal o Estado não é um fim em si mesmo, mas um instrumento a serviço da cidadania efetiva. Ainda que se advogue que um homem liberto seja um lobo agressivo, a história da humanidade bem demonstrou o quão mais feroz é o lobo artificial do Leviatã, conforme explica Ferrajoli (2002, p. 749).

A decisão do STF que permite o ingresso noturno em escritório de advocacia para instalação de equipamento de escuta ambiental desconsidera a tensão entre constitucionalismo e democracia, pois rejeita o direito fundamental de inviolabilidade domiciliar em prol do princípio utilitário de que a sociedade deve estar a salvo dos criminosos e transgressores, pouco importando a que custo. Encam-pou-se o raciocínio segundo o qual a intenção do legislador, ao proteger o escritório de advocacia, seria a de permitir que o advogado fizesse a defesa técnica sem expor os seus clientes. O causídico, de acordo com essa exegese, jamais poderia se valer da cláusula de reserva jurisdicional para perpetrar livremente delitos. O escritório não poderia funcionar como reduto da criminalidade organizada, disse a Corte Suprema.

A rigor, o argumento menospreza o cerne contramajoritário dos direitos fundamentais. Apela ao vago princípio da segurança jurídica, de que o Estado comumente se vale para justificar seus desígnios, suas políticas e suas ações. Ignora igualmente a circunstância de que o próprio dispositivo questionado enfatiza aspectos da segurança jurídica quando permite o ingresso forçado no lar em casos de flagrante delito ou de prestação de socorro, ainda que sem o aval do morador ou do magistrado. E, ao assim proceder, desdenha a ponderação principiológica que se supõe ter o constituinte realizado quando expressamente estatuiu as causas que excepcionam a higidez do asilo domiciliar.

Os fins persecutórios são elevados ao máximo no precedente enfocado, chancelando-se a validação de qualquer modalidade pro-

batória. Basta que se socorra do princípio da segurança jurídica. A diretriz sufragada parte do paradoxal pressuposto de que garantias fundamentais não servem de subterfúgio a práticas delituosas. Levada às últimas instâncias, argumentação de idêntico jaez eliminaria a reboque parte substancial dos incisos contemplados ao longo do artigo 5º da CF/1988, convindo ilustrar as inviolabilidades atinentes à privacidade, à intimidade, ao devido processo legal, à presunção de inocência etc.

3 O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

A presença de núcleo rígido inatacável no texto constitucional, mormente em países de tradição democrática fragilizada, de que é exemplo o Brasil, atende à força normativa da Constituição, termo cunhado por Hesse para realçar o sentimento de salvaguarda da essência dos postulados fundamentais sobre os quais se erige uma nação e sobre os quais se assegura a estabilidade institucional (1991, p. 22). Nesse sentido, o art. 5º, § 1º, da CF/1988, pautando-se na tese da vontade de Constituição, preconiza que as normas e direitos fundamentais gozam de eficácia (aplicabilidade) irradiante imediata, ensejando que as omissões na realização dos objetivos republicanos sejam confrontadas por remédios próprios, a exemplo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção.

Busca-se com o resguardo das cláusulas pétreas prevenir a erosão da Constituição, mantendo-se íntegro o projeto constituinte básico. De qualquer modo, a Constituição é um documento escrito no passado que se preordena a vincular as gerações atuais e futuras. Para evitar o anacronismo, não pode se converter em fardo que impeça a evolução das instituições. Com fulcro nessa perspectiva conciliatória, ganhou força a teorização acerca de um poder cons-

tituinte difuso, caracterizado por atuar na realização de mutações constitucionais. Trata-se de um poder que tenciona conformar a Constituição com a contemporaneidade, sem atacar a literalidade da obra originária, interpretando-se os postulados constitucionais à luz das alterações sociais, econômicas, políticas e jurídico-institucionais vigentes (BARROSO, 2019, p. 139). O texto permanece intacto, mas o alcance semântico do enunciado é amplificado ou transmutado em conformidade com as necessidades do porvir.

Apostando no pluralismo deliberativo como modelo ideal de mutação constitucional, Zagrebelsky (2011) propõe que o ato interpretativo deixe de ser criativo para ser responsivo, pois, constantemente, os cidadãos são conclamados a interrogar os preceitos magnos, não com a finalidade de desnudar a verdade contida no desígnio dos pais fundadores, mas com o intento de buscar respostas adequadas às questões suscitadas nos casos difíceis da vida democrática. A convergência deliberativa redefiniria continuamente o alcance histórico-concreto da Constituição, com uma participação integrativa dos atores sociais e por intermédio de procedimentos comunicativos. Em síntese, as normas originárias mostrariam as raízes e orientariam para o futuro, mas apenas orientariam. A realidade vivida funcionaria como termômetro e bússola de uma sociedade pluralista e cambiante.

Já para Barroso (2019, p. 139), a mutação constitucional reverencia a plasticidade de que são dotados certos preceitos. Há nações em que esse processo é demasiado fácil, mormente aquelas que lidam com Constituições sintéticas, a exemplo dos Estados Unidos da América. Nos países que adotam o sistema do *commom law*, atribui-se a juízes e tribunais singular proeminência nas reformas interpretativas. Nos locais onde vigoram Constituições rígidas, a mutação constitucional é influenciada pelas práticas governamentais consolidadas e pela inércia legislativa em efetivar os progra-

mas constituintes. O decurso temporal exigirá que determinados conceitos sejam reinterpretados e conformados às inéditas conjunturas, fitando-se na força normativa idealizada por Hesse e numa atuação proativa de um Judiciário progressivamente ativista. A autocontenção judicial sai de cena para possibilitar que as promessas constituintes ganhem vida própria, coadunando-se com o verniz prospectivo que dimana dos preceitos programáticos.

Ocorre que a interpretação leva a um giro linguístico. Desde a derrocada do positivismo exegético, compreende-se que o sujeito que interpreta não se separa do objeto interpretado (STRECK, 2017, p. 503). Ainda que o enunciado seja clarividente em termos léxicos, o alcance de uma exegese não é demarcado aprioristicamente, vicejando o perigo de rompimento com a vontade do constituinte.

Segundo Dworkin (2019, p. 50-79), é complicado apreender a originalidade espiritual que permeava a pioneira investidura soberana, não se afigurando absurdo supor que se trate de esforço vão. Um outro problema é que órgãos colegiados nem sempre perseguem a adesão dos seus membros lastreados na comunhão das perspectivas ideológicas. Em inúmeras ocasiões, o consenso é atingido por meras conveniências ditadas pela dinâmica do fisiologismo inerente, em certo grau, aos órgãos estatais (POSNER, 2010, p. 267). Ademais, ainda que se acredite na captura dos propósitos originais, quanto maior o lapso entre a promulgação de uma Constituição e o ato interpretativo do juiz, mais controverso é saber se o sentido originário do texto analisado está em clarear o que os ancestrais fundadores queriam dizer (intenção semântica) ou se consiste em definir o que eles almejavam como consequências de suas afirmações (intenção política). No final das contas, é o intérprete do agora que se posiciona, atribuindo soluções ao universo de dilemas apresentados. Há um quê de discricionariedade do qual o juiz jamais se aparta, de modo que a discussão não gira em torno de negar o

componente volitivo do julgador, mas de saber quais são os limites aceitáveis (ALEXY, 2006, p. 546).

Para controlar a discricionariedade incontida da interpretação que se vale da mutação constitucional, Barroso (2019, p. 142) anuncia dois limites: a) os contidos nas possibilidades semânticas dos enunciados escritos; b) os decorrentes da imprescindibilidade de resguardo aos princípios fundamentais essenciais. A interpretação deve se ater às possibilidades antevistas na norma, firmando o compromisso de não aniquilar a identidade do projeto constituinte. Do contrário, vingará a percepção do rompimento tácito ou revolucionário com a ordem posta. Na condição de guardião da Constituição, o STF se compromete a impedir a consumação de cenário tão adverso. A honrosa incumbência de salvaguardar o sistema jurídico o leva à incômoda posição de controlar-se a si mesmo, vez que emite a palavra final nas decisões prolatadas.

Conquanto não se tenha fórmula exata para julgar, é petição de princípio dizer que o guardião protege a Constituição porque fundamenta suas decisões. Sem a demarcação dos confins da discricionariedade autorizativa do divórcio da decisão com o texto escrito, as respostas judiciais serão totalmente imprevisíveis. Rechaçar o anacronismo é missão da jurisdição constitucional. Inobstante, quem emite a última palavra não pode descurar de que todos os poderes republicanos são harmônicos entre si e todos agem por delegação da soberania popular. Conforme pontuava Hesse (1991, p. 19), a Constituição apenas se converterá em força ativa se o compromisso nela assentado radicar indistintamente na consciência geral dos atores sociais.

4 A TEORIA DE ROBERT ALEXY E A COLISÃO ENTRE NORMAS FUNDAMENTAIS

Poucos autores influenciaram tanto o STF como Alexy. Tornou-se quase que um rito de passagem, diante dos casos constitucionais reputados difíceis (*hard cases*), lançar mão da máxima da proporcionalidade, notadamente da lei de colisão principiológica. Quando validou o ingresso noturno da polícia em escritório de advocacia para a instalação de equipamentos de captação de sinais ambientais, o argumento central foi o de que se mostrava desproporcional assegurar a inviolabilidade domiciliar quando esta se convertesse em salvo-conduto para a prática de delitos.

A distinção entre *easy cases* e *hard cases* não é pacífica. Para Streck (2017, p. 333), trata-se de uma ilusão metafísica que não corresponde ao giro linguístico pré-compreensivo do intérprete. Contudo, foi com base nessa cisão entre raciocínios de fundamentação e raciocínios de aplicabilidade que Alexy teorizou sobre a classificação das normas jurídicas em regras e princípios. As regras, diz o alemão, são mandados definidores, cuja aplicabilidade à casuística se dá basicamente mediante o recurso silogístico. Os princípios, em razão da abrangência de sua aplicabilidade, são mandados de otimização, incapazes de prontamente ofertar as respostas pretendidas.

Regras e princípios albergam direitos fundamentais (ALEXY, 2006, p. 87). A diferenciação normativa não se ampara na hierarquia ontológica, mas em mero critério de aplicabilidade, que fita na possibilidade imediata (ou não) de um enquadramento da literalidade legal aos matizes fáticos. Embora nenhum enunciado seja suficientemente claro para impedir mais de uma interpretação, as regras possuem elementos bem desenhados, que as levam à solução do problema de uma maneira mais direta, seguindo-se a lógica do enquadramento silogístico. Se as nuances do fato correspondem

aos elementos encartados na composição da regra, ela se aplica, excluindo-se peremptoriamente as demais. Do contrário não se aplica, por ocasião de que caberá avançar na exegese axiológica do sopesamento. Recorrer-se-á, então, aos princípios, enquanto preceitos de otimização que se debruçam sobre valores abstratos e que se mostram passíveis de contemplar um número indeterminado de casos. Os *hard cases* habitam a arena onde os princípios transitam melhor, dadas as dificuldades do uso do silogismo diante de normas com textura demasiadamente aberta e dotadas de conteúdo extensivo e abrangente.

De acordo com a classificação preconizada por Alexy, a norma segundo a qual ninguém poderia ser punido por fato que lei anterior não preveja como crime é uma regra, conquanto ostente dimensão constitucional e, portanto, superior, no âmbito do ordenamento positivo alemão (SILVA, 2014, p. 35-36). O mesmo não ocorre com a norma que garante a liberdade de expressão como valor fundamental. Esta seria um princípio. Utilizando o mesmo raciocínio, pode-se dizer que é regra o preceito segundo o qual a casa é asilo inviolável, nela ninguém podendo adentrar sem o consentimento do morador, salvo mediante ordem judicial e durante o dia, excetuando-se os contextos da prestação de socorro e da prisão em flagrante delito. Por outro viés, encerram princípios os postulados constitucionais garantidores da intimidade/privacidade e da segurança jurídica.

Para clarear as diferenças, Alexy (2006, p. 91-99) sugere observar, além da extensão do conteúdo, a colisão normativa. Quando regras colidem, apenas uma definirá a resposta adequada, pois o que se tem é um juízo de validade excludente. A preterida certamente não corresponde integralmente às nuances factuais que autorizariam um perfeito enquadramento. Por ocasião de eventual antinomia, os critérios da temporalidade, da especialidade e da hierarquia resolverão adequadamente o litígio. Quando princípios colidi-

dem é sinal de que valores constitucionais igualmente importantes à integridade do ordenamento encontram-se em rota de colisão. O intérprete terá de dosar qual princípio terá preferência, sempre sob certas condições, porquanto não se pode concluir que um seja hierarquicamente superior a outro. Buscará a otimização principiológica, impondo que primeiro tente harmonizá-los, graduando-se a intensidade com que cada um será aplicado e restringido. Para bem desenvolver a tarefa, o juízo será de valoração e observará as três máximas em que a proporcionalidade se subdivide: a) a da adequação; b) a da necessidade; c) a da proporcionalidade em sentido estrito. As duas primeiras são as únicas que atentam para os elementos factuais, sendo que a última se circunscreve a uma reflexão eminentemente jurídico-normativa.

Segundo Bonavides (2020, p. 402), a proporcionalidade institui uma relação entre fim e meio, a partir de um confronto em que se afere se os efeitos de uma intervenção são justificáveis à luz das finalidades perseguidas ou se, ao revés, são desarrazoadamente excessivos. Pela adequação busca-se o meio adequado para a consecução da finalidade almejada, de maneira que se ofenda minimamente o outro princípio afetado. Pela necessidade busca-se o meio menos drástico na redução dos direitos fundamentais colidentes. O mote é encontrar soluções que, ao garantirem, sob certas condições, a incidência mais vigorosa de um princípio, gerem uma restrição mínima ao valor conflitante na controvérsia, proscrevendo-se excessos desnecessários à conservação dos objetivos visados. O meio é adequado, portanto, quando inexistente a opção por outro mecanismo menos danoso ao deslinde do impasse. Pela ponderação (proporcionalidade em sentido estrito), dosa-se o nível da restrição, congregando forças para que não se inutilize completamente o direito fundamental reprimido. Quanto mais severa a restrição, mais consistente será o suporte jurídico que anima a severidade da inter-

venção judicial, e mais convincentes os argumentos apresentados (ALEXY, 2006, p. 116-118).

De um confronto principiológico provém uma solução que encarna uma regra definidora: a aplicável ao caso concreto. Há um itinerário na técnica da lei de sopesamento que encaminha o intérprete para a criação da norma de definição que regerá a casuística controvertida. Exatamente por conta dessa circunstância, em Alexy não há que se falar em colisão de regras com princípios, pois o âmbito de aplicabilidade desses preceitos é completamente distinto (BARBA, 2018, p. 79-80). Dito de outro modo, quando já há uma regra plenamente aplicável a um litígio entre direitos fundamentais, descabe a ponderação ou o sopesamento principiológico (BONAVIDES, 2020, p. 429).

5 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITOS E O VALOR DA SEGURANÇA JURÍDICA

O pós-guerra trouxe consigo a filosofia do pós-positivismo. No Direito, o neoconstitucionalismo encampa o ideário desse sistema filosófico, em que o espírito constitucional abraça a primazia dos valores ao derredor de uma teorização cujos cernes são a força normativa da Constituição e a dignidade humana. Os valores passam a ocupar o epicentro das discussões jurídicas e da interpretação jurisdicional.

Falar em valores é falar em princípios, quer sejam compreendidos como as premissas fundantes de um ordenamento constitucional, quer sejam admitidos como mandamentos de otimização para a resolução de casos difíceis, à míngua de outras classificações.

Houve um tempo em que a comunidade jurídica não via com bons olhos a introdução dos valores, notadamente quando não positivados, na fundamentação das sentenças. Várias razões guiavam a desconfiança no papel do magistrado. Austin (1832) entendia que

o soberano deveria se esforçar para criar regras claras aptas a valer obrigatoriamente para os súditos. Dizia que a autoridade era o elemento mais importante do sistema normativo e que os julgadores, na ausência de disposições claras, deveriam recorrer ao que supunham que fizesse o soberano acaso fosse chamado para diretamente colmatar a lacuna. Hart (2018) seguia um caminho semelhante ao de Austin no que concerne à criação de enunciados claros e sabia que a semântica textual é aberta e composta por zonas de penumbra. Sua crença era de que o aspecto sociológico de uma norma de reconhecimento subjacente à sociedade guiasse o julgador no preenchimento dos espaços legais vazios. Kelsen (1998) avança para trabalhar com uma dicotomia de um sistema normativo estático distinto do sistema dinâmico da práxis interpretativa. Na seara estática, a cadeia causal de validação normativa originava um arcabouço autopoiético, coerente e íntegro. Na dimensão dinâmica, o magistrado se debruçava sobre uma moldura onde sua vontade se revelava importantíssima na emissão da regra apta a regular o caso concreto. Fora da moldura, a discricionariedade judicial já não era mais direito, mas a pura voluntariedade moral do julgador instado a obrigatoriamente decidir.

Com Dworkin (2010), o entendimento muda. O princípio é apresentado como norma jurídica que mantém o sistema íntegro e que serve ao enfrentamento da discricionariedade arbitrária. Os neoconstitucionalistas seguem, de um modo geral, essa diretriz, tal como procede Alexy, em sua sofisticada construção da lei de colisão. Consoante anota Bonavides (2020, p. 287-289), a teoria dos princípios é hoje o coração das Constituições. Sob esse aspecto, o papel da moralidade na interpretação judicial constitui, portanto, o ponto cardeal do neoconstitucionalismo. Usar princípios para decidir sempre é um desafio àqueles que buscam o convencimento. O desafio é maior quando o princípio não está positivado e é apresen-

tado como decorrência de um exercício hermenêutico que o apre-
goa como implícito ao sistema.

No modelo constitucional brasileiro, o princípio da segurança é anunciado no preâmbulo da Constituição e decorre de uma análise conjunta de dispositivos *magno*s, como aqueles que justificam o fundamento do Estado e a opção pelo respeito ao ato jurídico perfeito ou à coisa julgada. No caso do precedente ora enfocado, para autorizar o ingresso da polícia em escritório de advocacia durante a noite, com a finalidade de instalação de equipamentos ópticos e acústicos, o STF lançou mão do valor da segurança jurídica, conformando-o em consonância com outro valor implícito: o da proibição da proteção ineficiente. Arguiu-se que apenas mediante a diligência policial sigilosa no escritório de advocacia seria possível desvendar a participação dos advogados no esquema ilícito. Argumentou-se que nenhuma garantia constitucional serviria para ocultar a execução de delitos.

A rigor, a escalada principiológica é uma faca de dois gumes. Ao tempo em que permite os influxos da moralidade na letra seca e injusta da lei, abre um leque para que o Judiciário decida sem limitações interpretativas, liberando a caixa de pandora da exegese. Como enfatizado por Gloeckner e Lopes Jr. (2014, p. 43), princípios como os da vedação à proteção insuficiente elevam o poder punitivo à condição de direito fundamental prestacional, valendo-se do artifício da ponderação para expandir o punitivismo exacerbado e romper com a verdadeira finalidade do constituinte.

6 O SOPESAMENTO PRINCIPIOLÓGICO DO CONSTITUINTE E A POLÊMICA DA PROPORCIONALIDADE EM SEGUNDO GRAU

A colisão entre cláusulas pétreas, segundo a teoria traçada por Alexy (2006, p. 584), se dá no nível das regras e no nível dos

princípios, mas não no duelo regra *versus* princípio. A construção é sofisticada porque fundamenta duas situações importantes. A primeira é a de que o juiz deva seguir a regra protetiva de direito fundamental, salvo quando o seu anacronismo exigir uma releitura apta à ampliação da fundamentalidade do preceito. A segunda é a de que o juiz deva reverenciar o sopesamento que se percebe já realizado pelo legislador constituinte. São duas perspectivas que se auxiliam reciprocamente para conter o nível de discricionariedade judicial e para aparar os desgastes entre os poderes republicanos.

Decerto, sopesar princípios fundamentais não é tarefa reservada ao magistrado. O próprio legislador, na discussão dos projetos de leis (ou mais especificamente de emendas constitucionais), igualmente desenvolve uma ponderação entre bens jurídicos dissonantes, notadamente quando em voga uma Constituição analítica, congregando em si um cipoal heterogêneo de valores ideológicos. Em prestígio à legitimidade parlamentar, o ideal é que o sopesamento parta do parlamento, salvo naquelas hipóteses em que o congressista opte por delegar a função a outros segmentos, ou naquelas circunstâncias em que, por contextos imprevisíveis, não se pôde precisar as lacunas.

A delegação de atribuições é um evento corriqueiro em sociedades pluralistas e tecnocêntricas. O parlamento a defere corriqueiramente ao Executivo em assuntos envoltos por conhecimentos técnicos afetados aos especialistas da administração pública. Diante do inevitável processo de evolução tecnológica, o legislador vê-se obrigado, cada vez mais, a deixar amplas margens de discricionariedade nas mãos de servidores públicos ou de parceiros que cooperam com a gestão da coisa pública. O déficit de informação do parlamento, quando em cotejo com o governo, resulta do incremento na tecnicidade e da pluralidade de anseios antagônicos pró-

prios da globalização. Juntas, essas causas diminuem a capacidade parlamentar de provisão, revelando a dependência institucional do Congresso e dos gestores a tecnocratas e especialistas detentores de conhecimento peculiar e não compartilhado (GUERRA, 2018, p. 105-112).

Também sói ocorrer de o legislador propositalmente se eximir do enfrentamento de questões profundamente polêmicas, passíveis de desencadear a fúria de parcela influente da comunidade ou a ir-resignação de uma poderosa coalização governamental, aguardando que o Judiciário sobre elas se debruce quando (e se) ações forem aforadas (DWORKIN, 2019, p. 18).

Inobstante, há cláusulas pétreas que o constituinte originário versou com pormenores, objetivando torná-las indelegáveis e avessas à barganha política. Elas compõem um núcleo rígido que os fundadores reputaram tão essencial ao espírito nacional que já cuidaram de sopesar antecipadamente os valores ideológicos conflitantes, estatuindo um mandamento diretivo e limitado na extensão do conteúdo semântico.

A mutação constitucional que eventualmente tiver de ser realizada para rechaçar o anacronismo nessas hipóteses terá, em homenagem ao efeito *cliquet* dos direitos humanos, de ampliar o nível protetivo da garantia estatuída. Conforme realça Ramos (2019, p. 160), os direitos humanos se caracterizam pela proibição do retrocesso, vedando-se a supressão normativa e o amesquinamento das garantias já conquistadas, conclusões que, no Brasil, decorrem: a) do Estado democrático de Direito (art. 1º, *caput*); b) da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); c) da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º); d) da proteção da confiança e segurança jurídica (art. 1º, *caput*, c/c art. 5º, XXXVI); e) da vedação à proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV).

Uma leitura dos termos do artigo 5º, XI, da Constituição Federal evidencia que o constituinte sopesou princípios colidentes antes de definir a regra protetiva do direito fundamental. O asilo domiciliar não foi preservado em caráter absoluto. As exceções referentes ao ingresso por ordem judicial durante o dia e para a prestação de socorro ou prisão em flagrante delito sinalizam que razões de segurança foram dimensionadas na feitura do mandamento. Por ocasião do precedente analisado, o STF, insatisfeito com o sopesamento principiológico levado a cabo pelo constituinte, novamente sopesou, ignorando que já vigorava um regramento definitivo. Quando o constituinte originário, por ocasião das deliberações congressuais, democraticamente pondera acerca dos valores conflitantes na feitura da regra, e a Corte faz vistas grossas do posicionamento vitorioso grafado na Constituição, surge o fenômeno que a doutrina convencionou denominar ponderação em segundo grau (RAMOS, 2019, p. 208-215).

A ponderação em segundo grau tende a maximizar a confusão entre discricionariedade e arbítrio. Se a Constituição a todos limita, controlando reciprocamente os Poderes, há de se concluir que a ponderação de segundo grau para reduzir direitos fundamentais rompe definitivamente com a Carta Fundamental, confundindo a soberania popular com a vontade da magistratura, em profunda afetação dos *checks and balances*.

Os argumentos de que o escritório de advocacia não é reduto para a criminalidade organizada e de que a inviolabilidade domiciliar serve tão somente ao sigilo profissional do advogado são demonstrativos da irresignação judicial com aspectos da obra constitucional. Constituem um retrocesso na defesa dos direitos individuais e levam à conclusão de que, na prática, a Constituição é apenas o que o Judiciário diz que ela é. Em arremate, demonstram como uma teoria pode ser desvirtuada em prol do engajamento ideológico. Alexy

acredita que, por intermédio de um caso especial do discurso geral prático, seja racionalmente possível fornecer limites às possibilidades decisórias. Ele parte da constatação de que a Constituição é uma ordem marco e que o direito positivo se limita à correção moral das balizas que garantem os direitos fundamentais. Sua teoria é libertária, e não reacionária.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tempo mostrou que a moralidade não se separa do direito. Aspectos morais compõem a feitura dos enunciados normativos e os argumentos de que os juízes se valem para decidir.

Enfrentando a colisão valorativa entre os princípios da privacidade/intimidade e da segurança jurídica, o constituinte brasileiro ingressou em valoração moral ao estatuir, no art. 5º, XI, da Constituição Federal que a casa é asilo inviolável, nela ninguém podendo adentrar sem a anuência do morador, salvo durante o dia, por ordem judicial, ou em qualquer horário, para as finalidades da prestação de socorro ou da execução da prisão em flagrante delito.

O STF, inobstante a clareza semântica da cláusula pétrea aludida, realizou nova ponderação e decidiu que o asilo domiciliar clamava por uma releitura. Pontuando que nenhuma garantia serve como escudo para a prática de delitos, a Corte Excelsa, em decisão dividida, chancelou a possibilidade de ingresso noturno em escritório de advocacia com o objetivo de instalação de equipamentos de captação de sinais audiovisuais pela polícia. Em homenagem à segurança jurídica, assentou que o princípio da vedação da proteção insuficiente exigia a validação da referida prova, citada pela acusação como a única alternativa para evitar a impunidade de advogados suspeitos de envolvimento em organização criminosa.

O precedente foi emblemático por diversas razões. Primeiro porque relativizou o núcleo denso de uma cláusula pétrea. Segundo porque a relativização do conceito se pautou em critérios meramente utilitaristas que tornam a filosofia dos direitos fundamentais pouco serviente aos desígnios democráticos. Terceiro porque deu novos ares ao princípio da proporcionalidade, recorrendo-se à tese do sopesamento de segundo grau para minar garantia fundamental consagrada solenemente pelo constituinte, em desconformidade à teorização proposta por Alexy. Quarto porque demonstrou a inexistência de limites à discricionariedade da jurisdição constitucional, numa sinalização eloquente de que qualquer tipo de decisão é possível a partir de uma retórica sofisticada.

Sob o enfoque das premissas teóricas do pensamento de Alexy e do postulado do equilíbrio entre os poderes constituídos, chegou-se às seguintes conclusões: a) o utilitarismo do princípio da maioria encontra limites no constitucionalismo do pós-guerra, fundado no respeito aos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana; b) a discricionariedade judicial que reescreve a Constituição em desfavor de direitos fundamentais já assegurados é arbitrária, ainda que embasada na vontade da maioria, mormente quando malfez cláusula pétrea imune às barganhas políticas ou ideológicas; c) a máxima de sopesamento que ignora a colisão principiológica já analisada pelo constituinte originário é, a rigor, inconstitucional e lesiva à separação de funções (ou poderes) estatais, notadamente quando o intuito é o retrocesso aos direitos humanos já conquistados.

Em síntese, o asilo domiciliar, a partir da construção de Alexy, é uma regra constitucional definida em torno de um sopesamento prévio levado a cabo pelos pais fundadores da recente democracia brasileira. No duelo entre os princípios da segurança jurídica e da inviolabilidade domiciliar, o constituinte seguiu à

risca a proposta do jusfilósofo alemão, valendo-se das máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito para equilibrar os valores em colisão, estabelecendo limites recíprocos.

A Constituição, como bem o dizia Hesse, é uma força motivadora que carece da vontade dos atores sociais em mantê-la. É um compromisso a que todos devem obedecer de forma intransponível. Do contrário, terá seus dias contados. A única interpretação evolutiva concebível é aquela que, para além de evitar o anacronismo decorrente do transcurso temporal, reforça os direitos fundamentais, realçando a liberdade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001 [1832].

BARBA, Rafael Giorgio Dalla. **Direitos fundamentais e teoria discursiva: dos pressupostos teóricos às limitações práticas**. Salvador: Juspodivm, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet & MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen & LOPES JR. Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo**: a terceira via de Waldron. Salvador: Juspodivm, 2020.

POSNER, Richard. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y Constitución**. Traducción: Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

OS REQUISITOS PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONTEMPLADOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: UM ESTUDO À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Hilbert Melo Soares Pinto*

Tanise Zago Thomasi**

Resumo

Este trabalho apresenta uma análise dos requisitos estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, para o fornecimento de medicamentos não contemplados pela lista do Sistema Único de Saúde (SUS), tendo como pano de fundo a dignidade humana. Inicialmente, aborda-se o direito à saúde e seus contornos constitucionais, destacando a sua característica de direito social e a necessidade de prestações do Poder Público, em suas três esferas. Em sequência, expõe-se que, ultimamente, o Poder Judiciário tem protagonizado a concretização desse direito, devido ao aumento de ações judiciais de saúde, inclusive quanto aos fármacos ausentes da listagem do SUS. Ao fim, à luz da dignidade da pessoa humana, conclui-se que a fixação dos requisitos pelo STJ mostrou-se necessária e razoável, em razão de permitir a concessão de medicamentos de maneira prudente e acertada, cumprindo-se, conseqüentemente, com a efetivação do direito à saúde e da dignidade da pessoa humana. Realizou-se uma pesquisa qualitativa, bibliográfica-documental e com análise de decisões judiciais, sendo adotado o método dedutivo e tendo como fontes legislação específica, artigos científicos, livros e julgados. *Palavras-chave:* Dignidade da Pessoa Humana; Direito à Saúde; Medicamentos; Requisitos; Sistema Único de Saúde.

* Mestrando em Constitucionalização do Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). E-mail: hilbmelo@gmail.com.

** Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2017). E-mail: tanisethomasi@gmail.com.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O direito à saúde é um dos valores jurídicos mais preciosos para o ordenamento, ao guardar íntima conexão com a dignidade da pessoa humana e possuir viés constitucional e internacional, mas, para sua real efetivação, é imprescindível uma postura ativa do Poder Público, por meio da elaboração de leis, instituição de órgãos, além de decisões judiciais razoáveis, proporcionais, justas e humanizadas.

Em atenção a isto, o Sistema Único de Saúde (SUS), conjecturado com inspirações no Estado Democrático de Direito e no desejo esboçado pelo Constituinte de ver assegurada a dignidade da pessoa humana e promovido o bem de todos, assume papel fundamental, ao possibilitar o acesso à saúde a todas as pessoas, especialmente aquelas de poucos recursos.

Todavia, diante das dimensões continentais do Brasil, nem todos os problemas apresentados à rede nacional de saúde são solucionados, seja por insuficiência de recursos, de profissionais ou mesmo da estrutura, de modo que o Poder Judiciário tem sido protagonista na efetivação do mencionado direito, por meio de tutelas jurisdicionais, como a determinação judicial de que seja liberado determinado medicamento não disponibilizado pelo SUS.

Nessa linha, o Poder Judiciário, através do Superior Tribunal de Justiça, incorporando papel mais ativo, recentemente, fixou explícitos requisitos para a liberação das medicações ausentes na lista do SUS, a partir do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, afetado sob a sistemática de julgamento de recursos repetitivos, em razão do alto numerário de demandas sobre tal tema.

Questiona-se, então: são razoáveis e atendem à dignidade humana, os requisitos propostos pelo Judiciário para fornecimento de medicamentos não contemplados pelo SUS?

É imprescindível averiguar se a decisão fixada pelo Poder Judiciário acerca do fornecimento de medicamentos não contemplados na lista do SUS é razoável e justa, notadamente à luz do princípio da dignidade humana, que ilumina fortemente as atuações estatais referentes aos direitos sociais.

Portanto, objetiva-se, especificamente, analisar, de modo sucinto, o conteúdo jurídico-constitucional do direito à saúde frente ao valor da dignidade humana; destacar a importância e estruturação, num viés jurídico, do SUS; e tecer estudo sobre os requisitos formulados pelo STJ, à luz da dignidade da pessoa humana.

A temática proposta é bastante relevante, pois envolve o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana, primados do ordenamento jurídico, num cenário inédito criado pelo Poder Judiciário. Assim, diante da indiscutível necessidade de interpretações e estudos acerca do tema, é imprescindível o comprometimento jurídico para que ele seja dissecado e seja avaliada a sua (in)constitucionalidade.

Trata-se, metodologicamente, de uma pesquisa qualitativa, sendo adotado o método dedutivo. Ademais, como utilizou-se tanto a legislação específica ao tema, como artigos científicos e livros, é bibliográfico-documental. Como ponto culminante do trabalho, apresenta-se uma análise da supracitada decisão judicial do Superior Tribunal de Justiça, para verificar a sua adequação com a dignidade da pessoa humana.

2 OS CONTORNOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DA DIGNIDADE HUMANA

A saúde é considerada um bem fundamental instintivamente visado por todos os seres, independentemente do meio social em que se encontrem.

Ao longo da história humana, este valor, gradativamente, foi se consolidando no âmbito público, para ser tratado como direito a ser preservado pelo Estado (SCLIAR, 2007). Isso porque nem sempre a ótica estatal acerca do direito à saúde revestiu-se da devida prudência e delicadeza.

Somente com o advento do Estado Democrático de Direito, após longos e intensos embates sociais, políticos e jurídicos, a saúde passou a ser tratada de maneira especial pelo ordenamento jurídico (PRADO, 2012). E foi a Constituição Federal de 1988 que inaugurou a disciplina do direito à saúde, visto que os textos constitucionais anteriores se referiam a tal direito através de disposições ralas e esparsas, sendo incapaz de expressar efetiva salvaguarda (MENDES; BRANCO, 2018, p. 717)

Na atualidade, simplificada e concretamente, saúde é estar bem física, psíquica e socialmente (BRASIL, 1986).

Já no plano jurídico, embora seja, de fato, transparente a sua magnitude enquanto direito, seu enquadramento jurídico é, apenas numa primeira vista, complexo.

Em impressão imediata, nota-se que o direito à saúde é valorado como direito social, em razão de assim o declarar a Constituição Federal (1988), em seu artigo 6º (BRASIL, 1988). E, sendo assim, pode-se certamente afirmar que o direito à saúde é um direito fundamental, por estar inserido no Título II da aludida Carta. Trata-se da noção constitucional de direitos fundamentais de segunda geração, aqueles que se caracterizam “por assegurarem ao indivíduo direitos a prestações sociais por parte do Estado” (SARLET *et al*, 2019, p. 321).

José Afonso da Silva preleciona que “os direitos sociais têm a característica de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais, políticos e do direito à nacionalidade”, e, mais na frente, conclui: “o fato de sua realização depender de providências positivas do Poder Público não lhes retira a característica de direitos fundamentais” (SILVA, 2007, p. 151).

Trata-se de um “direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde”, havendo, verdadeiramente, “(...) um dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado” (MENDES, 2018, p. 717).

Sob perspectiva mais conjuntural, é possível relacionar, inteiramente, o direito à saúde ao direito à vida, o que o torna imprescindível e primordial (MORAES, 2009).

Esta circunstância é de imensa importância, porque o direito à vida encontra-se, juntamente à dignidade da pessoa, na base de todos os direitos sociais. Portanto, o direito à saúde deve ser, quando em conflito com outro de mesma natureza, com a devida prudência, realçado, porque ostenta proximidade com os valores axiológicos mais preciosos do ordenamento (SARLET, 2007).

É possível afirmar, a partir da análise de Barroso, que o direito à saúde é consectário do valor intrínseco da dignidade da pessoa humana, nas palavras do referido autor, “o elemento ontológico da dignidade da pessoa humana, ligado à natureza do ser” (BARROSO, 2013, p. 76 e seguintes). É justamente o valor inato do ser humano, surgido simplesmente com sua nascença, conferindo-lhe diferenciação dos demais seres terrestres, de modo a ser considerado valor objetivo, fim em si mesmo.

Mais ainda, no contexto internacional, analisando a Declaração Universal de Direitos Humanos, firmada em 1948, nota-se o enquadramento do direito à saúde no rol dos direitos humanos, especificamente no art. 25, o que é demasiadamente valoroso, pois estes primados se relacionam com a dignidade de forma inerente, a fim de, tal como os direitos sociais, impelir obrigações positivas dos poderes públicos na sua efetivação (MAURER, 2005).

Apesar de possuírem os direitos fundamentais e direitos humanos propósitos semelhantes no âmbito jurídico e social, os primeiros são positivados nacionalmente, enquanto os últimos, interna-

cionalmente. Os direitos humanos englobam a dignidade, liberdade e igualdade que ainda não foram alvo de regramento em âmbito interno (CASTRO, 2012).

Portanto, não obstante as peculiaridades de cada roupagem normativa, o direito à saúde se veste juridicamente tanto como direito social (portanto, como direito e garantia fundamental), quanto como direito humano, numa perspectiva mundial.

Posto isto, faz-se mister destrinchar o conteúdo de eficácia e aplicabilidade das normas que denotam este direito, com amparos no Direito Constitucional. Tal temática, doutrinariamente, é cindida em normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada (MORAES, 2018).

Resumidamente – objetivando destacar a pertinência do assunto para o presente estudo –, a eficácia plena se manifesta nas normas que, já em vigor, são capazes de gerar, sem ressalvas, todos os seus efeitos, dispensando qualquer auxílio normativo de natureza infraconstitucional (aplicabilidade direta, imediata e integral). A eficácia contida está nas normas que, de logo, possuem aplicabilidade imediata, tal como as de eficácia plena, mas podem sofrer restrições em sua abrangência através de lei infraconstitucional (aplicabilidade direta, imediata e não integral). Por último, há normas constitucionais de eficácia limitada, aquelas que não possuem capacidade para gerar todos os seus efeitos previstos, necessitando, assim, de normas infraconstitucionais que as delimitem e integrem-nas (aplicabilidade indireta, mediata e reduzida) (MORAES, 2018).

Dito isto, destaque-se que a Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu art. 196, disciplina que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços (...)” (BRASIL, 1988).

Inelutavelmente, não se pode conceber a supracitada norma, unida ao art. 6º, também da Carta Política, como dotadas de eficácia plena ou contida, mas, sim, eficácia limitada, haja vista necessitar de atuações do Poder Público, a fim de que surtam todos os seus efeitos desejados.

Destarte, o direito à saúde, para que seja, realmente, efetivado, exige atuações apropriadas do Estado (sentido amplo), através, inicialmente, do Poder Legislativo, a quem cabe a promulgação de leis ordinárias, objetivando a possibilidade de serem realizadas políticas públicas neste sentido; e, seguidamente, das outras esferas de poder, Poder Executivo e Poder Judiciário, as quais possuem, de igual forma, diversas atribuições para que as normas constitucionais referentes ao direito à saúde tenham eficácia e aplicabilidade. Ou seja, não é possível que seja assegurado o direito à saúde apenas com a promulgação de determinada legislação. É necessário, além disto, a efetivação por meio do Executivo e, até, do Judiciário, eventualmente.

3 A ATUAÇÃO DAS TRÊS ESFERAS DE PODER NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Após o período de intensas guerras mundiais e desprestígio da raça humana, diante do exorbitante índice de mortes e condições sociais lamentáveis, a dignidade da pessoa humana passou a ser integrada ao bojo de atuação das nações, tornando-se verdadeira “meta política”.

Em consequência disto, este princípio começou a ser pensado sob duas dimensões: negativa e positiva (BARROSO, 2013). A primeira diz respeito a certa limitação aos poderes estatais; a segunda, por sua vez, a imposições a esses poderes, para que assegurem os direitos fundamentais através de medidas positivas, “prestações” (BARROSO, 2013).

Neste mesmo sentido, aponta-se que a dignidade da pessoa humana, em face de seu reconhecimento jurídico-constitucional, também constitui fundamento para a imposição de deveres concretos de tutela aos órgãos estatais, isto é, medidas positivas, sem prejuízo dos deveres de abstenção (SARLET, 2011, p. 48). É somente a partir dessa projeção que se faz possível construir uma sociedade livre, justa e solidária, tal qual objetivada no art. 3º, inciso I, da Carta Magna (BRASIL, 1988).

Em vistas disso, para alcançar a materialização do direito à saúde – e, portanto, da dignidade humana –, é imprescindível a atuação da Administração Pública, entendida didaticamente como uma instituição fictícia de organizações política, social e jurídica, submetida à Constituição Federal, que objetiva enfaticamente o interesse comum (CARVALHO, 2015).

É evidente, então, o fundamental papel do Poder Público na concretização do direito fundamental à saúde, inclusive – vale pontuar – de forma equitativamente distribuída, a fim de alcançar toda a população. Porque, como bem pontuado por Eugênio Vilaça Mendes, ao analisar o quadro da saúde pública brasileira, “a saúde só é possível na sociedade rawlsiana de justiça, isto é, numa sociedade justa, onde haja liberdades iguais, oportunidades iguais, uma equitativa distribuição de recursos e um suporte para o auto-respeito” (MENDES, 2001, p. 13).

No vigente modelo de Estado Democrático de Direito, as funções na persecução do interesse comum se dividem em três: a legislativa, administrativa e judiciária. Há, assim, um sistema de organização que fragmenta as incumbências estatais em independentes poderes, de modo que suas atividades sejam reciprocamente limitadas e controladas. É o que se chama, doutrinariamente, de sistema de freios e contrapesos (MELLO, 2009).

Deste modo, o direito à saúde – assim como qualquer outro direito fundamental – exige, sob ótica constitucional e administrativa,

atuação do Estado, seja por meio do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário, os quais possuem funções e atividades distintas (DI PIETRO, 2017).

Conforme analisado no tópico anterior, as normas constitucionais que asseveram, além de tudo mais, a natureza de direito fundamental do direito em comento (eficácia limitada), necessitam de normas infraconstitucionais para que surtam efeitos práticos. Logo, em primeiro momento, é necessária a atuação do Estado por meio da função legislativa, incumbência do Poder Legislativo.

Em esfera federal, norma de grande peso para a efetivação do direito à saúde é a Lei Orgânica da Saúde, nº 8.080/90, que, unida à Lei 8.142/90, trata, em suma, das condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, implementando, conforme ditames constitucionais, o Sistema Único de Saúde (SUS), atualmente estrutura pública brasileira mais influente no que diz respeito à saúde (BRASIL, 1990).

Importante frisar que dita legislação, nos seus artigos 5º e 6º, traçou vários objetivos e atribuições, a fim de tornar praticáveis pelo Estado – aqui entendido como Poder Executivo – serviços concernentes ao direito à saúde. Neste sentido, notável a importância conferida pelo Estado, assim como reza a Constituição Federal, ao estado de saúde, definido como qualidade de vida, ou seja, da coletividade, a ser buscada e alcançada pelos membros do SUS (CARVALHO; SANTOS, 2006).

O SUS, no Brasil, é “um sistema misto de saúde no qual, ao lado do setor público, admite-se a participação da iniciativa privada de forma complementar(...) ou suplementar(...)” (CASTRO, 2012, p. 126), destinado a prestar ações e serviços de saúde, através de instituições médicas públicas federais, estaduais e municipais mantidas pelo Poder Público. Resumidamente, é uma conjectura política ante as necessidades sociais.

Sob outra ótica, pode-se entender o SUS como uma decorrência aquisitiva do processo histórico e evolutivo da sociedade brasileira, através da “aproximação de nosso marco jurídico aos princípios do chamado Estado de bem-estar social” (PAIM; ALMEIDA-FILHO, 2014, p. 123); é uma “expressão de política de Estado que se fundamenta em uma concepção ampliada de saúde e em uma perspectiva universalista do direito à saúde” (PAIM; ALMEIDA-FILHO, 2014, p. 123).

É um segmento governamental, de fato, demasiadamente importante para a população brasileira, inclusive para aqueles que possuem renda elevada, geralmente usufruidores de planos de saúde privados, pois acabam gozando de serviços prestados genericamente para “garantir condições epidemiológicas, sanitárias e ambientais saudáveis” (PAIM; ALMEIDA-FILHO, 2014, p. 121).

Indo além, após a referida atuação do Poder Legislativo, transferiu-se ao Poder Executivo a tarefa de tornar a previsão legal praticável, ou seja, efetiva no plano fático e real. É justamente nesse liame que se verifica a necessidade da atuação material do Estado na busca da efetivação da dignidade da pessoa humana, sob a mencionada dimensão positiva, fundamento mor do direito à saúde.

Sucedede que a situação atual diverge da essência programada pelas leis ordinárias salientadas acima. Em verdade, o mecanismo criado, atualmente, apesar da sua extensão, não consegue atender satisfatoriamente a população que dele precisa.

Ao analisar a conjuntura do SUS, numa perspectiva de gestão e orçamento, conclui-se que este sistema “se apresenta como uma arena permanente de conflitos (...), com os quais se tenta (...) administrar crises e introduzir reformas em aspectos parciais de estrutura organizacional e político-gerencial” (PAIM; ALMEIDA-FILHO, 2014, p. 128).

Assim, essas problemáticas que envolvem a esfera pública acabam comprometendo o recebimento da prestação estatal por parte

das pessoas que dependem, indispensavelmente, do sistema de saúde pública brasileiro. Entre os problemas do vigente modelo, estão principalmente o aumento dos custos da assistência à saúde, corte de gastos, barreiras de acesso, aparatos e serviços ineficientes e exigência crescente dos usuários, face ao crescimento populacional constante (IBAÑEZ; ELIAS; SEIXAS, 2011, p. 117).

Nessa perspectiva conjuntural do atual sistema de saúde pública, surge, além de outras, a dificuldade em se obter, através do Sistema Único de Saúde, certos medicamentos. É que, a despeito de o SUS dispor de determinados fármacos, diante das variadas doenças que acometem o povo brasileiro – que reside num país de dimensão continental –, torna-se necessária, em casos pontuais, a concessão de alguns não contemplados em sua lista.

Em razão do empecilho em comento, nos últimos tempos, vários cidadãos têm ajuizado demandas, corriqueiramente, para obtenção de medicamentos não contemplados pelo Sistema Único de Saúde, arrimadas sobretudo na preservação de seu direito à saúde, conforme predispõe a Constituição Federal e o art. 6º, inciso I, alínea “d”, da Lei 8.080/90, do qual se extrai que a assistência terapêutica, inclusive a farmacêutica, está incluída no campo de atuação do SUS (BRASIL, 1990).

É exatamente nesse panorama que sobrevém a atuação do Poder Judiciário para a efetivação do direito à saúde, através de decisões, entre outras, que tutelem o direito de obter medicamentos, mesmo que não estejam na lista do SUS. Entretanto, apesar dos contornos constitucionais dessa postura jurisdicional, o que se verificava, na prática, eram variadas decisões, ora favoráveis, ora desfavoráveis, baseadas em critérios e requisitos discordantes, cabendo ao próprio Judiciário, portanto, a uniformização da jurisprudência.

4 UMA ANÁLISE ACERCA DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS PELO STJ PARA O FORNECIMENTO DE REMÉDIOS NÃO CONTEMPLADOS PELA LISTA DO SUS À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

De tempos para cá, houve um aumento significativo no número de demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde. Segundo dados do CNJ, tem ocorrido um crescimento acentuado, anualmente, de aproximadamente 130% de demandas relativas ao direito à saúde em primeira instância, considerando o intervalo de 2008 a 2017 (BRASIL, 2019, p. 46).

Ingo Sarlet, debruçando-se sobre a chamada “judicialização da saúde”, ao ressaltar que tramitavam mais de um milhão de demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde até 2017, destaca que o tema “segue carente de atenção por parte do Estado e da Sociedade e cada vez mais sugere que as críticas assacadas contra a atuação do Poder Judiciário (...) devem ser especialmente levadas a sério” (SARLET, 2018).

Situação concreta que bem denota essa abundância de ações judiciais são, justamente, os recorrentes pedidos de fornecimento de medicamentos não contemplados nos atos normativos do Sistema Único de Saúde gratuitamente, questão sobre a qual, em 04/05/2018, fixou-se tese (precedente), em razão de julgamento de recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça. Trata-se do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ (2017/0025629-7) autuado em 08/02/2017, afetado pela sistemática de julgamento de recursos repetitivos, para fins de concepção de precedente de natureza vinculante.

No referido caso paradigma, em suma, a autora era portadora de glaucoma crônico bilateral e necessitava fazer uso contínuo de determinados colírios, conforme provava através de laudo médico

anexado aos autos, pretendendo, assim, a condenação do Estado do Rio de Janeiro a lhe fornecer os referidos remédios. No processo, deve-se dizer, restou efetivamente comprovada a necessidade daquela medicação pretendida, além da ausência de condição financeira por parte da autora, conforme descrito no relatório do acórdão (BRASIL, 2018, p. 8 e 9).

Em razão de ter sucumbido em vias ordinárias, o Estado do Rio de Janeiro interpôs recuso especial, alegando, sintética e principalmente, que somente poderia ser fornecida a medicação se devidamente prescrita nos protocolos clínicos do SUS ou listas editadas pelos entes públicos (BRASIL, 2018, p. 8 e 9).

O Ministro Benedito Gonçalves, designado como relator para o referido caso, ao decidir, em seu voto – seguido por todos os ministros –, destacou vários pontos de enorme relevância para o cotejo da presente pesquisa.

De início, salientou a possibilidade de prosseguimento do julgamento, em que pesem a pendências de Recursos Extraordinários, nos quais se analisa pelo Supremo Tribunal Federal questões similares aos fundamentos do Recurso Especial 1657156/RJ. Justifica o relator que, apesar de reconhecida repercussão geral pelo STF nos referidos recursos, não se obsta, em razão disto, que o recurso especial possa ser julgado, em atenção aos precedentes do STJ (BRASIL, 2018, p. 7 e 8).

Em segundo momento, asseverou que os temas tratados nos outros recursos citados, embora similares, não são idênticos, visto que, nesse caso paradigma, versava-se exatamente sobre o fornecimento de medicamento não incorporado ao SUS por meio de seus atos normativos, independentemente da aprovação da ANVISA e do seu efetivo custo (BRASIL, 2018, p. 7 e 8).

Em seguida, salientou a meta 7 do CNJ, a qual impunha, à época, prazo de 180 dias para julgamento dos recursos repetitivos, além

da existência de vários processos suspensos nos Tribunais Locais e Regionais, aguardando o julgamento do referido recurso especial (BRASIL, 2018, p. 8).

Este ponto é interessantíssimo, pois demonstra o comprometimento para que seja celeremente julgado o recurso especial em comento e fixada a tese a ser aplicada aos processos suspensos. De fato, trata-se da necessidade de liberação de medicamento, que, certamente, em grande parte dos casos, é urgente. Se se posterga demais o desfecho dos processos suspensos, talvez seja tarde para a tutela pretendida – talvez, ao fim, sequer exista vida, que dirá saúde a proteger.

Adiante, constatada a possibilidade de proceder com o recurso especial, passou à análise da (in)existência de violação ao Princípio da Separação de Poderes. Concluiu, com base nos sólidos precedentes das Cortes Superiores, que o Poder Judiciário tem, indubitavelmente, poder de intervir na implementação de políticas públicas, inclusive para garantir a prestação do direito à saúde – direito social –, conforme explanado no primeiro tópico do presente estudo (BRASIL, 2018, p. 9-13).

Em verdade, o Poder Judiciário, no Brasil, desenvolveu-se para tomar postura mais ativa na busca da efetivação dos direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente, diante da precariedade de atuação, e até omissões, do Poder Legislativo e Executivo, casos em que se caminha em sentido contrário ao dever de assegurar, por meio de medidas positivas, o princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2011).

Portanto, a dignidade da pessoa humana é o vetor que aponta, impositivamente, o caminho a ser trilhado pelo Poder Público, em suas três dimensões, no âmbito das políticas concernentes à garantia dos direitos fundamentais. Além disto, tal valor constitucional sinaliza a necessidade de atuação de uma esfera, quando da insuficiência da outra.

Em momento seguinte, o Ministro Benedito Gonçalves passa ao exame da legislação aplicável ao caso. De início, menciona o art. 196 da Constituição Federal, cuja eficácia é limitada, razão pela qual, em seguida, associa-o ao art. 6º da lei 8.080, que concretizou o sistema único de saúde atual, concedendo eficácia à norma constitucional mencionada (BRASIL, 2018, p. 13-16).

A partir de tais fundamentos, pode-se inferir deste fragmento do julgado, em essência, a certeza de que incumbe ao Estado, do ponto de vista jurídico-normativo, fornecer medicamentos, restando analisar se este dever engloba também medicamentos não contemplado pela relação do SUS.

Posto isto, o relator tratou da tese repetitiva, denotando, de imediato, que a jurisprudência do STJ e STF já são pacíficas quanto à possibilidade de fornecimento de medicamentos não abarcados pelos atos normativos do sistema de saúde (BRASIL, 2018, p. 17).

Em seguida, reproduziu o ponto mais importante do julgamento: a fixação dos requisitos para que seja possível esta atuação estatal.

É importante destacar que o referenciado ministro se atentou para o fato de que os requisitos, na realidade, já vêm sendo estabelecidos pontualmente em decisões da Corte Superior. Ou seja, os pressupostos para o fornecimento dos medicamentos não listados já eram, mesmo antes da afetação do recurso em deslinde, conjecturados, cabendo apenas, naquele momento, a organização e fixação, para fins de formação de precedente vinculante (BRASIL, 2018).

O primeiro requisito estabelecido foi a demonstração da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento no tratamento, além de comprovação de ineficácia no tratamento por meio dos fármacos constantes da lista do SUS. Vale destacar que é necessário laudo médico que assim comprove (BRASIL, 2018, p. 17-21).

Sem dúvidas, é coerente e razoável a exigência de laudo médico para demonstração de que o medicamento pretendido em juízo

é imprescindível ou necessário para o tratamento. Além de ser documento de fácil obtenção, traduz, com elementos rigorosamente técnicos e específicos, a eficácia do fármaco no tratamento. Sem o laudo em comento, aumenta-se o risco de que, após movimentação excessiva do Poder Executivo e Judiciário, o remédio obtido não propicie melhoras, o que não é positivo para o Estado, tampouco para o tutelado judicialmente, de modo que o direito à saúde não se dá por efetivamente cumprido.

O segundo requisito estabelecido foi a comprovação de hipossuficiência daquele que pretende o fornecimento do medicamento, “que a sua aquisição implique o comprometimento da sua própria subsistência e/ou de seu grupo familiar”, explica o relator (BRASIL, 2018, p. 21). Depois, observa também o que se exige é “tão somente, a demonstração da incapacidade de arcar com os custos referentes à aquisição do medicamento prescrito” (BRASIL, 2018, p. 21). Ou seja, a partir deste pressuposto é dispensável que o pretendente do medicamento seja pobre na forma da lei, bastando que não disponha de recursos para obtenção do medicamento, sem prejudicar a si ou sua família.

Esse é um pressuposto que pode impulsivamente ser questionado, haja vista que, conseqüentemente, ficou estabelecida uma limitação às pessoas que podem gozar de um dever estatal, contrariando, assim, o art. 196 da Constituição Federal e o art. 7º da “lei do SUS”, os quais anunciam ser a saúde um “direito de todos”.

A partir do pressuposto firmado, somente aqueles que não dispõem de recursos para arcar com os custos da medicação se legitimam a recebê-la judicialmente. Logo – para clarificar –, se alguém necessita de determinado remédio ausente da lista do SUS para tratamento de sua doença (contemplando assim o primeiro requisito proposto), mas possui renda para obtê-lo sem prejuízos para sua pessoa ou família, o Estado está desincumbido de lhe proporcionar

o medicamento, mesmo que o referido indivíduo recolha densa carga tributária.

Apesar do teor literal das disposições constitucional e infra-constitucional acima referenciadas, deve-se analisar a situação concreta de modo mais contextual e aprofundado. O que se depreende do sentido jurisprudencial indicado para a fixação do requisito em comento é: primeiro, a questão diz respeito à obtenção de medicamentos não contemplados pelo SUS após atuações excepcionais da máquina pública; segundo, diante da indiscutível insuficiência de recursos estatais (sem adentrar as polêmicas razões deste aspecto), se forem fornecidos medicamentos a quem dispõe de condições para obtê-los sem maiores esforços, aqueles que não possuem condição alguma ficarão totalmente desamparados.

Vale salientar: o pressuposto em tela refere-se ao fornecimento de remédios excepcionais, aqueles que não são cotidianamente pleiteados. Em verdade, o SUS possui diversos medicamentos disponíveis, como anuncia o Ministério da Saúde (BRASIL, 2018). Mas, quando se necessita de algum que não contenha em seu ato normativo, neste caso sim, o Judiciário deve intervir para que o seja alcançado.

Contudo, se aquele que pretende obter a medicação ostenta condições financeiras suficientes para a adquiri-la, por si próprio, os gastos investidos neste fornecimento excepcional serão mal distribuídos, numa perspectiva de eficiência, razoabilidade e, sobretudo, justiça, confrontando os postulados constitucionais.

Ademais, na hipótese, não se verificaria violação ou subestimação da dignidade da pessoa abastada. Isso porque, muito embora a dignidade da pessoa humana não possa ser equiparada em mesmo patamar com outro valor jurídico, assim poderá com a dignidade de outra pessoa (MIRANDA, 2010).

Desta forma, associando tal projeção ao caso em comento, a dignidade da pessoa que carece de recursos para aquisição dos

medicamentos extraordinários deve “prevalecer” (por assim dizer), nesta situação específica, sobre a dignidade daquela que dispõe de recursos suficientes para o mesmo fim, em plena consonância com os valores postos no ordenamento jurídico.

O terceiro e último requisito suscitado pelo relator visa exigir que o medicamento requerido já tenha sido aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. O ministro se assenta, objetivamente, no art. 19-T, inciso II, da Lei 8.080/91, e complementa destacando o entendimento afinado do Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal, exprimido em seu voto no julgamento do RE. 657.718/MG (BRASIL, 2018, p. 23 e 24).

Este último pressuposto fixado também se revela pertinente. A aprovação prévia do medicamento pela autarquia supramencionada posiciona-se, neste cenário, como forma de controle sanitário, a fim de que seja preservada a saúde de quem venha a obtê-lo. Não seria coerente se o Poder Público, visando preservar a saúde da pessoa, fornecesse fármaco sem registro – portanto proibido, à luz da legalidade –, que pudesse colocá-la em risco.

Nesse mesmo sentido, o Ministro Marco Aurélio já pontuou que a ausência de registro do medicamento induz presumida inadequação para o tratamento desejado pelo paciente, em razão da carência de monitoramento da sua segurança, eficácia e qualidade terapêutica (BRASIL, 2016, p. 4). Para o julgador, “concluir de forma contrária é chancelar experimentos laboratoriais, terapêuticos (...). Em última análise, é autorizar o experimentalismo farmacêutico às expensas da sociedade (...)” (BRASIL, 2016, p. 4).

Em verdade, a efetivação do direito à saúde perpassa, necessariamente, pelo “zelo quanto à segurança, eficácia e qualidade terapêutica do produto, o que pressupõe a necessidade de autorização de uso e controle da distribuição das substâncias por entidade detentora de conhecimento técnico e específico (...)” (SANTOS, 2018, p. 17)

Desta forma, ficaram estabelecidos os requisitos para o fornecimento de medicamento não contemplado pela lista do SUS, os quais, a partir de então, deverão guiar o posicionamento das vias judiciais locais nos processos que hão de vir, com a finalidade de efetivar, com razoabilidade e segurança, o direito à saúde e, por conseguinte, tutelar a dignidade da pessoa humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verdadeiramente, o direito à saúde está atrelado à dignidade da pessoa humana, e exige intensa presença do Estado na sua garantia, em razão de seu status de direito social. Trata-se, com efeito, de bem jurídico vasto, delicado e extremamente valioso para o Estado Democrático de Direito e, de modo geral, para a coletividade.

Entretanto, apesar do âmbito de proteção proporcionado pelo Poder Legislativo, através da Constituição Federal de 1988 e, especialmente, da Lei Orgânica da Saúde, nº 8.080/90, aliada à Lei 8.142/90, o Sistema Único de Saúde não tem se revelado capaz de satisfazer as necessidades sanitárias do povo brasileiro.

Os motivos para tal insucesso são vários, entre eles, as dimensões continentais do Brasil, a insuficiência de recursos, a carência de íntegra e competente administração, de profissionais ou mesmo da estrutura dos postos, hospitais e ambientes afins.

Deste modo, emerge o ofício do Poder Judiciário nesse imbróglio, que, nos últimos tempos, tem atuado como real protagonista na efetivação do direito à saúde, através de diversas tutelas jurisdicionais, como a determinação judicial de que seja liberado determinado medicamento não disponibilizado pelo SUS.

Em razão de ser bastante recente o afloramento da posição consolidada do Superior Tribunal de Justiça – apesar de constantemente exteriorizada em casos concretos –, não é possível perceber

análises mais aprofundadas e críticas, de modo que o presente estudo serve a ensejar embates e, conseqüentemente, novos estudos, a fim de que se extraíam interpretações razoáveis e adequadas aos moldes constitucionais, especialmente à dignidade da pessoa humana.

Entretanto, embora pendente conclusão acerca do entendimento judicial esboçado, viável notar e apreciar a postura bastante inovadora e profícua de um dos órgãos jurisdicionais mais importantes do Brasil, que, inevitavelmente, solidificou, ainda mais, o direito à saúde, ao estabelecer sua liquidez a partir de requisitos claros e razoáveis.

É bem verdade que o direito à saúde é um dos valores jurídicos mais preciosos para o ordenamento, mas não se deve generalizar e banalizar a sua forma de obtenção através de movimentação estatal, sob pena de implodir a Administração Pública, quanto à sua gestão orçamentária e organizacional, fazendo com que, com vistas exclusivas na sua efetivação, finde por infringi-lo, através da concessão de medicamento arriscado, equivocado, desajustado ou até fatal, caso em que se estará depreciando a dignidade humana daqueles que dependem do Estado e, notadamente, do paciente necessitante do fármaco.

Portanto, a fixação dos requisitos discutidos mostra-se, jurídica e factualmente, cabível, necessária e, numa análise inicial, razoável, pois, além de salvaguardar o direito à concessão dos medicamentos pretendidos, permite que o fornecimento seja feito de maneira prudente e acertada, cumprindo-se com a efetivação do direito à saúde e, por conseguinte, com a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Metas Nacionais aprovadas pelo STJ para 2018**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/stj>. Acesso em: 29 maio 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça – Instituto de Ensino e pesquisa – INSPER. **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF, outubro de 1988.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: RENAME 2018** [recurso eletrônico] / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Brasília: Ministério da Saúde, 2018. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/renome>. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. Brasília, DF, setembro de 1990.

_____. Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências**. Brasília, DF, dezembro de 1990.

_____. Ministério da Saúde. **VIII Conferência Nacional de Saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 1986. (Anais). Disponível em: http://www.ccs.saude.gov.br/cns/pdfs/8conferencia/8conf_nac_anais.pdf. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça: **Primeira Seção define requisitos para fornecimento de remédios fora da lista do SUS**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Se%C3%A7%C3%A3o-define-requisitos-para-fornecimento-de-rem%C3%A9dios-fora-da-lista-do-SUS. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1657156/RJ (2017/0025629-7)**. Relator: Benedito Gonçalves. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700256297&dt_publicacao=04/05/2018. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 657.718/MG**. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE657718.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde**. 4. ed. Campinas: Editora Unicamp, 2006.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

CASTRO, Ione Maria Domingues de. **DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO DO SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?** Tese de Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientadora: Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux. São Paulo: 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GOVERNO DO BRASIL. **71% dos brasileiros têm os serviços públicos de saúde como referência**. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2015/06/71-dos-brasileiros-tem-os-servicos-publicos-de-saude-como-referencia>. Acesso em 16 maio 2018.

IBAÑEZ, Nelson; ELIAS, Paulo Eduardo Mangeon; SEIXAS; Paulo Henrique D'ângelo. **Política e gestão pública em saúde**. São Paulo: Hucitec Editora, 2011.

MAURER, Beatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central**. Tradução de Rita Dostal Zanini. In SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2009.

MENDES, Eugênio Vilaça. **Os grandes dilemas do SUS: tomo I**. Salvador: Casa da Qualidade Editora, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MIRANDA, Jorge. **A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais em Internacional**. São Paulo, 2010.

PAIM, Jairnilson Silva; AMEILDA-FILHO, Naomar de. **SAÚDE COLETIVA: Teoria e Prática**. 1ª ed. Rio de Janeiro: MedBook, 2014.

PRADO, Ana Paula Barroso de Salles Paiva. **DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: direito social tratado como direito individual no Brasil**. 2012. 128 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, POUSO ALEGRE - MG, 2012. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/mestrado/arquivos/dissertacoes/2012/01.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

SANTOS, Pricilla Cristina. **Os critérios adotados para o fornecimento de medicamentos não contemplados pelas políticas públicas de saúde**. Disponível em: <https://ajufesc.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Pricilla-Cristina-Santos.pdf>. Acesso em: 27 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal in Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **STJ, STF e os critérios para fornecimento de medicamentos (parte 1)**. Consultor Jurídico (conjur), 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/direitos-fundamentais-stj-stf-criterios-fornecimento-medicamentos-parte#sdfootnote1sym>. Acesso em: 30 set. 2020.

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

SCLIAR, Moacyr. **História do Conceito de Saúde**. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 17(1):29-41, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf>. Acesso em: 18 set. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: O CASO DO DISTANCIAMENTO SOCIAL NA PANDEMIA DA COVID-19

*Lilian Bárbara Torres de Brito**
*Jussara Maria Moreno Jacintho***

Resumo

O presente artigo tem o objetivo de analisar a atuação do Judiciário na concretização do direito à saúde diante de omissões e falhas do Poder Executivo ou Legislativo, em específico no que se refere à implementação do distanciamento social na atual crise sanitária. A constitucionalização do Direito à saúde trouxe, para este, um status prioritário, trazendo ao Estado a obrigação de concretizá-lo através de políticas públicas. A partir da consagração do Judiciário como guardião da Constituição, este reveste-se, diante da ausência de atitudes concretas e efetivas por parte do Estado no que tange à implementação de políticas públicas, de importante papel, a fim de efetivar os direitos previstos na carta constitucional. Tal atuação teve destaque no cenário atual, maculado pelo impacto de uma crise sanitária, na qual a implementação de políticas públicas de saúde para mitigação da crise demonstrou-se extremamente necessária. Pelo exposto, o trabalho visa analisar este fenômeno, a fim de aprimorar o entendimento sobre a situação atual, que revelou a importância da constitucionalização do direito à saúde e o impacto da judicialização das políticas públicas de saúde na concretização deste direito.

Palavras-chave: Constitucionalização. Covid-19. Direito à saúde. Distanciamento social. Judicialização.

* Médica atuante no Sistema Único de Saúde, graduada em Direito e mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS).

** Orientadora. Doutora em Direito Constitucional pela PUC/SP e mestre em Direito da Cidade pela UERJ. Professora da graduação da Universidade Federal de Sergipe e dos Mestrados em Direito e Administração Pública da mesma Universidade.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Muito se fala sobre a atuação do Judiciário no dia-a-dia da população. Com grande frequência, acompanha-se na mídia e nos tribunais decisões judiciais sobre temas ligados à saúde.

Em 2020, a mais destacada destas foi a decisão referente à ADI 6.341, impetrada pelo Partido Democrático Trabalhista, na qual foi alegada a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Federal 13.979/2020, com redação dada pela Medida Provisória 926/2020.

A ação veio à tona em um contexto de divergência de posicionamento entre o governo central e entes federados no que tange à implementação do distanciamento social. Enquanto grande parte dos entes subnacionais decidiram adotar esta ação de saúde como a mais adequada para conter a crise sanitária da Covid-19, através da elaboração de normas consentâneas às orientações da Organização Mundial de Saúde, o Chefe do Executivo Federal, em suas manifestações e atitudes, dificultava a adoção desta medida.

Apesar de a Suprema Corte não ter decidido pela inconstitucionalidade dos dispositivos, a ADI supracitada obteve destaque. Isto porque foi explicitamente reconhecido que o Art. 3º da Lei 13.979/2020 deveria ser interpretado de acordo com a Constituição, deixando claro que deve ser resguardada a autonomia dos demais entes. Ou seja, garantiu aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios a competência para tomada de providências normativas e administrativas no âmbito da saúde, tal como previsto no Art. 23, II, da Constituição.

Desta forma, diante do cenário atual de crise sanitária e da imprescindibilidade inerente ao controle de uma Pandemia, a concretização do direito à saúde através de Políticas públicas de saúde uniformes se reveste de caráter emergencial para o atingimento de um objetivo comum, sendo premente a necessidade de com-

preender a proteção constitucional existente sobre as políticas públicas de saúde.

A partir desta problemática, questionamos: Diante de um problema de repercussão geral, tal como a pandemia da Covid-19, o qual requer decisões convergentes e precisas no que tange à adoção de políticas de saúde, a fim de garantir o direito consagrado constitucionalmente, como se dá a atuação do judiciário diante da inércia ou falha na atuação dos poderes Executivo ou Legislativo?

Neste contexto, a intervenção do Judiciário – quando provocado – será inevitável, pela responsabilidade que lhe é devida de guarda da Constituição, garantindo, desta forma, diante de possíveis omissões, a concretização do direito à saúde.

Assim, considerada a falta de uniformidade refletida na implementação de políticas públicas de saúde durante a atual pandemia, é que o Estudo se torna especialmente relevante. Visamos tecer reflexões sobre o tema, as quais irão possibilitar melhor entendimento sobre a situação do cenário atual, o qual revelou a importância da constitucionalização do direito à saúde e o impacto da judicialização das políticas públicas de saúde na concretização deste direito.

2 A SEPARAÇÃO DE PODERES

A fim de melhor compreender a existência e atuação do Poder Judiciário, assim como a separação de poderes na estrutura do nosso sistema político-jurídico, é necessário reportar-nos a Charles de Montesquieu, que foi, certamente, um dos mais importantes nomes da teoria da separação dos poderes, sendo seus estudos essenciais para o aprimoramento da discussão sobre o tema.

Inicialmente, cabe-nos analisar a origem desta teoria, que se deu não com Montesquieu em si, mas com outros pensadores, que anos antes já haviam discutido esta teoria, tais como Aristóteles e

John Locke (BICCA, 2012). Foi Montesquieu, porém, que popularizou esta teoria em seu livro *O Espírito das Leis*, no qual teve como objetivo receitar uma estrutura de poderes que prevenisse contra o absolutismo (AMARAL JÚNIOR, 2008).

Em “O espírito das leis”, Montesquieu alicerça-se em um material de observações concretas, históricas e sociais, apresentando os postulados trabalhados por Locke na perspectiva das formas de organização política – condicionadas por variantes tais como localização, clima, e circunstâncias em que vive um povo – tomando para si a tarefa de desenvolver uma teoria sociológica de governo e de Direito. Desta forma, sai de uma teoria abstrata de organização política e passa a analisá-la como consequência do modo de vivência e organização de um povo ou sociedade, tratando as leis como uma derivação da natureza das coisas, variável de acordo com a composição da sociedade.

100

Na obra, o autor também acrescentou às leis o importante princípio da moderação, alegando que elas não podem ser autoritárias e sem controle. A discussão sobre moderação de governo e controle das leis leva, então, ao conceito e objetivo da liberdade política – que deve ser absoluta, colocando em voga a existência de três poderes e a separação total destes, que só ocorreria em governos moderados e sem abusos, não podendo estes poderes serem exercidos pelo mesmo homem (MONTESQUIEU, 2000).

Na obra de Montesquieu, o “Poder executivo das coisas que dependem do direito civil”, em que se pune os crimes e julga-se as querelas dos indivíduos, corresponde ao poder de julgar, o qual era neutralizado em si mesmo. Para o autor, não haveria liberdade se o poder de julgar não fosse separado do Poder Executivo e Legislativo. Ademais, a decisão dos julgadores deveria reproduzir a lei de modo fiel, com uma exímia limitação ao poder deste, sendo vedadas quaisquer “fantasias legislativas”. O Judiciário deveria ser,

portanto, para Montesquieu (2000), simples reprodutor da lei, não possuindo autonomia.

Decerto, nos dias de hoje a tão prestigiada teoria de separação dos poderes não é utilizada do modo como concebida pelo intelectual, tendo sofrido alterações que refletem a mudança da dinâmica política e social, como veremos a seguir.

3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

É fato que o Estado de Bem-Estar Social foi responsável por trazer ao mundo jurídico grande transformação, culminando na inserção, por intermédio de cartas constitucionais, de princípios norteadores que baseiam o ordenamento jurídico e que buscam a igualdade social e as garantias mínimas. No Brasil, esse fenômeno foi intensamente representado com a Carta Magna de 1988 – construída nas bases dos direitos fundamentais sociais, entre eles o da saúde.

O chamado *Welfare State* é um sistema de proteção social surgido nos países capitalistas após a segunda guerra mundial (RODRIGUES, 2013). Nesta organização político-econômica, o Estado é colocado como agente da promoção social e organização da economia, cabendo a ele garantir serviços públicos e proteção à população (SCHUMPETER, 1908) que proporcionem garantias como segurança no mercado de trabalho, garantia de renda, proteção contra riscos da vida social e pleno emprego, assegurando a cidadania em seu aspecto de direitos sociais.

Tais direitos sociais referem-se, segundo Marshall (1967), a um leque mais amplo de direitos dos cidadãos, a fim de proporcionar a estes um mínimo de segurança e bem-estar, garantindo proteção, através dos serviços sociais ofertados pelo Estado, contra mazelas tais como a pobreza e a doença.

O estudo das políticas públicas, por sua vez, está relacionado de modo muito próximo à existência de um Estado Social, devendo estas serem vistas como meios de concretizar os direitos sociais através de uma imposição positiva ao Estado (dever de promoção). A Constituição passa a delimitar, portanto, um modo de concretização deste Estado Social, exigindo-se do Estado deveres, tarefas e incumbências para que a atividade pública esteja direcionada ao fim de realização dos direitos sociais (CARVALHO, 2019).

Neste sentido, as políticas públicas podem ser definidas como “medidas tomadas pela administração pública em nível federal, estadual ou municipal com a finalidade de obter resultados coletivos, em benefício da sociedade” (MACHADO, 2003), devendo, nas lições de Bucci (1997), harmonizar as atividades estatais e privadas, para a realização de objetivos politicamente e socialmente relevantes, tal como é o direito à saúde. As políticas públicas se perfazem, portanto, em uma série de ações ou atividades políticas que visam um objetivo, representando escolhas entre alternativas e decisões dos atores do sistema.

A partir deste paradigma, a constitucionalização de uma política pública passa a ser importante passo para a realização das mesmas. Tal como descrito por Couto e Lima, “uma vez constitucionalizada, a matéria torna-se vinculante para o legislador ordinário, em contraste com as matérias não constitucionalizadas, deixadas à discricionariedade legislativa” (COUTO; LIMA, 2016, p. 1055).

Neste sentido, “a constitucionalização de políticas públicas refilete a escolha dos atores políticos pelo que é mais bem seguro e protegido: não a mera legislação ordinária, mas a provisão constitucional” (COUTO; LIMA, 2016, p. 1064).

Nas palavras de Canotilho (1993, p. 498), designa-se por constitucionalização “a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento

e garantia à disponibilidade do legislador ordinário”. Esta tem, como consequência mais notória, a proteção dos direitos fundamentais através da sua compreensão, interpretação e aplicação como normas jurídicas vinculativas.

O constitucionalismo social teve sua origem nas constituições de Weimar (1919) e do México (1917), nas quais os direitos fundamentais sociais foram positivados (PINHEIRO, 2006). Souza (2005) esclarece que, a partir desta, a constituição regula um amplo leque de direitos individuais, coletivos e sociais, e também políticas públicas.

Assim foi com a saúde, reconhecida como um direito fundamental social e um exímio dever estatal, alinhando-se a Constituição à concepção da saúde como uma “imagem-horizonte” a ser buscada pelo Estado e, ao mesmo tempo, goza de uma exequibilidade plena.

O dever fundamental do Estado à proteção da saúde revela-se, portanto, “na criação, organização e regulamentação do sistema de Saúde Pública”, além do “planejamento e a execução de políticas públicas de saúde com oferecimento de bens e serviços à população e o acesso às ações de saúde pela população” (MOURA, 2017, p. 4).

A implementação de políticas públicas é, portanto, essencial para que se atinja o objetivo da concretização do direito fundamental à saúde, uma vez que, segundo Rocha (2010), a mera existência de direitos sociais na norma constitucional não faz sentido sem a efetivação destes direitos por meio de políticas públicas. Estas são partes integrantes do Estado Democrático de Direito, sendo, ainda, importantes instrumentos governamentais de inserção social e diminuição das desigualdades (VAZQUEZ; DELAPLACE, 2011), o que se mostra especialmente relevante diante da atual crise sanitária, que, agravada pelas desigualdades socioeconômicas, deixou clara a necessidade de políticas públicas de saúde que mitigassem tais diferenças.

No Brasil, a instabilidade e as incertezas dos regimes anteriores – tal como o governo ditatorial vivido pelo Brasil pouco antes da

Constituição – estimularam a constitucionalização de importantes questões na carta de 1988, com o fito de dar a estas especial proteção, sendo esta, com seus 250 artigos, uma das mais detalhadas constituições já existentes.

A introdução da saúde no rol dos direitos sociais no Brasil foi, sobretudo, resultado da força dos movimentos populares no momento da redemocratização política no final da década de 1980. Nesse período da história política brasileira houve o fenômeno, até então inédito, da expressiva participação popular na definição dos grandes objetivos constitucionais, muito bem representado pela VIII Conferência Nacional de Saúde, a qual contou com intensa participação social e consagrou uma concepção ampliada de saúde como direito universal e dever do Estado (REIS; ARAÚJO; CECÍLIO, 2010).

O movimento pela reforma sanitária tomou então forma, levantando como principais bandeiras a melhoria das condições de saúde da população, o reconhecimento da saúde como um direito social e universal, a responsabilidade estatal na provisão deste direito, a reorientação do modelo de atenção para os princípios da integralidade e equidade e, por fim, a descentralização da responsabilidade (FINKELMAN, 2002).

Temos, então, a partir do Art. 196 da Constituição Federal de 1988, a previsão de que: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1998, *online*).

Neste sentido, a consagração do Estado como responsável por prover políticas públicas de saúde veio com a expansão da democracia trazida pelo fim do regime militar. Consequentemente, houve um fortalecimento das responsabilidades governamentais dos representantes do povo e do dever que o governo possui de promover

o bem-estar da sociedade, tendo sua base ainda no século 19, quando houve o vislumbre do Estado de Bem-Estar Social e a instauração de um direito público mais amplo, chamado por Dallari (2008) de “Direito dos Serviços Públicos”.

O Art. 197 definiu, ainda, os serviços de saúde como de relevância pública, sendo de responsabilidade do poder público a sua regulamentação, fiscalização e controle. Desta feita, temos que, durante a elaboração da Constituição vigente, o forte envolvimento popular e a proposta de um sistema de saúde elaborada pelos sanitaristas – o que representava uma inovação constitucional – ocasionou a eficácia do direito à saúde, cuja garantia é estritamente ligada às políticas sociais e econômicas.

Como sistema, através do qual o Estado e demais entes federados passaram a garantir o direito à saúde, o Art. 198 da Constituição Federal de 1988 previu que a saúde seria organizada através de um Sistema Único de Saúde (SUS). Considerando que o atendimento integral – um dos princípios do SUS – traz como foco atividades preventivas, é possível visualizar a importância da realização das políticas públicas de saúde como medida preventiva na contenção de uma crise sanitária.

Ademais, diante de uma crise sanitária causada por uma doença global e de alta transmissibilidade como a Covid-19, fatores socioeconômicos e políticos que agravam as desigualdades precisam ser corrigidos, considerando a responsabilidade que o Estado possui no cuidado à saúde.

Sobre o tema, o Plano de Respostas às Emergências em Saúde Pública, publicado em 2014 pelo Ministério da Saúde através de sua Secretaria de Vigilância em Saúde, prevê, a atuação do Ministério em “situações de epidemias e desastres que demandem emprego urgente de medidas de prevenção, controle e de contenção de riscos, de danos e de agravos à saúde pública” (BRASIL, 2014, p. 5).

Tal plano foi estruturado tendo como princípio a utilização de um sistema de coordenação e de controle para uma resposta oportuna, eficiente e eficaz a uma emergência de saúde pública, fornecendo, nas palavras do mesmo, “um meio de articular os esforços dos atores envolvidos com o objetivo comum de estabilizar o evento e proteger vidas” (BRASIL, 2014, p. 7).

De fato, reportando-nos à problemática apresentada inicialmente, como bem sintetiza Abrúcio (2020, p. 664), “o combate à atual pandemia tem sido afetado por diversos fatores”, sendo um deles “o efeito da interligação entre atores políticos e o funcionamento institucional das políticas públicas”.

No contexto pandêmico atual, diante da necessidade de prevenir e reduzir agravos à saúde durante uma crise sanitária, realizaram-se diversas pesquisas científicas no mundo, além de observadas as experiências de países que viveram a crise atual antes do Brasil.

A nível nacional, pesquisas também foram concretizadas a fim de documentar os locais mais afetados pela Covid-19, com o escopo de balizar as políticas públicas a serem implementadas, reduzindo-se, assim, as desigualdades agravadas pela crise sanitária e pelas aglomerações.

No Estado de Sergipe, estudo realizado por pesquisadores da Universidade Federal de Sergipe, cujo manuscrito foi publicado no *Journal of Travel Medicine*, demonstrou que, em Aracaju, capital do Estado de Sergipe, as maiores letalidades foram observadas nas zonas norte e oeste, regiões que possuem grande número de bairros desfavorecidos socioeconomicamente, resultado provável das condições precárias de vida e da dificuldade em manter as medidas de distanciamento social (MARTINS-FILHO et al., 2020).

Outros estudos demonstraram que pobres, negros e aqueles que dividem sua habitação com cinco ou mais pessoas têm soro-

prevalência maior em comparação com ricos e com aqueles que dividem habitações com um ou dois indivíduos (UFPEL, 2020), demonstrando o impacto de aglomerações e necessidade do distanciamento social para contenção da crise sanitária atual.

Desta forma, a resistência por parte do Estado em implementar políticas públicas de saúde durante a pandemia da Covid-19 – tais como o distanciamento social – coloca, potencialmente, todo o país em risco.

É possível visualizar, portanto, a premente necessidade de realização de políticas públicas de saúde durante uma crise sanitária, a fim de favorecer a integralidade do cuidado à saúde e garantir a intersetorialidade entre áreas que influenciam a saúde e a qualidade de vida do cidadão, suprindo suas necessidades e proporcionando saúde em todos os níveis de governo.

Ora, considerando que a Constituição Federal de 1988 destacou a importância das políticas públicas de saúde através da sua constitucionalização, aplicar o direito à saúde exige, decerto, de acordo com o pensamento de Dallari (2009), a obediência à Constituição, preservando o valor nela conceituado e buscando ouvir o povo para definição de ações que a garantirão.

Desta forma, diante da dinâmica que permeia a implementação de políticas públicas de saúde, visualiza-se que não basta o direito à saúde estar presente formalmente na Constituição Federal, necessitando ser garantido através de políticas públicas que concretizem, de fato, este direito.

Por fim, Couto e Lima (2016) ainda explanam sobre importantes características da política de saúde, descrevendo que elas possuem alto grau de resiliência. Tal resiliência significa que a política de saúde possui grande resistência a mudanças (por possuir uma ampla gama de fatores que a inibem), mantendo-se inafetadas diante de influências externas. Isso demonstra, decerto, a firmeza e continui-

dade delas em nosso sistema jurídico e representa a sua importância no sistema jurídico brasileiro.

Desta forma, uma coalizão contrária à política – interessada na descontinuidade desta – precisaria despende grande esforço para transpor esta resiliência. Neste aspecto, a política de saúde conta com forte coalizão de apoio, com seus “objetivos e instrumentos constitucionalizados, em um país cujo judiciário exerce controle de constitucionalidade” (COUTO; LIMA, 2016, p. 1077).

Neste sentido tem-se que, apesar de todos os dispositivos constitucionais estarem, em teoria, sujeitos ao mesmo grau de proteção (exceto no caso de cláusulas pétreas), o uso efetivo da constitucionalização depende, de fato, da natureza do conteúdo e de sua ativação pelos atores do sistema, especialmente o judiciário (COUTO; LIMA, 2016).

Tal fenômeno pode ser observado na questão da saúde, protagonista, como exposto, de uma constante atuação do poder judiciário, o qual veremos com mais detalhes a seguir. A partir deste momento, compreendida a proteção que reveste a saúde, prevista na Constituição Federal, e a imprescindibilidade que a implementação de políticas públicas de saúde possui para concretizar este direito, passaremos a analisar a intervenção do Poder Judiciário no caso do distanciamento social, medida de contenção da Pandemia da Covid-19, que foi protagonista de uma problemática causada pela resistência do Chefe do Governo Central quanto a sua Implementação.

4 A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA DEFINIÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Como já exposto, nos dias de hoje a atuação do Poder Judiciário diferencia-se da apresentada na teoria de separação dos poderes original, fato ocasionado principalmente pelo surgimento do

Estado de Bem-estar Social trazido pela Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, do ativismo judicial, associado a uma participação mais ampla do Judiciário para concretização dos fins constitucionais (BARROSO, 2009).

Tomando como ponto de partida os marcos teóricos e sociais citados, o Judiciário passou a assumir um papel ativo na vida institucional e na tomada de decisões sobre questões públicas. Seja pela judicialização estimulada pelos termos na nova Constituição (que apresentou diversas hipóteses de controle judicial dos atos do Executivo e Legislativo), seja pelo ativismo judicial (atuação ativa do Judiciário para cumprimento dos direitos apresentados na Constituição), o fato é que esta instituição foi, cada vez mais, influenciando as decisões e atitudes das outras esferas de governo, em especial o Executivo, no que se refere a políticas públicas. Ou seja, há uma notável transferência de poder político das esferas do Executivo e do Legislativo para o Judiciário (ROCHA, 2010).

Desta forma, tal atuação diverge da apresentada por Montesquieu no sentido de que, ao contrário desta – construída sob o Estado Liberal, no qual não havia previsão de atuação estatal para prover o bem-estar – a atuação do Judiciário, nos dias atuais, visa exatamente garantir que o Estado Social cumpra este papel de prover serviços (ALMEIDA, 2006) .

Ora, de acordo com Rocha (2010), o Judiciário é capaz de administrar o *timing* – ou seja, definir o momento oportuno – das ações que estão a seu cargo, através de liminares ou adiamento de decisões. Ademais, além de ter poder de influência direta na instituição das políticas, é capaz de influenciar a manutenção destas, exercendo um papel de decisor democrático final em questões controvertidas, nas quais o Executivo Federal e o Executivo dos entes subnacionais não podem chegar em uma decisão, não substituindo, porém, as devidas correções que devem ser feitas nas políticas públicas.

Como bem sintetiza Álvaro Filipe Rocha:

A atuação judicial ou “controle” das políticas públicas pelo Judiciário é, então necessária, e parece mais benéfica que prejudicial à democracia. Desse modo, a parte que incumbe ao Judiciário na realização da cidadania, em sentido amplo, no Brasil, resulta ser a efetivação dos direitos fundamentais, dentro do contexto da luta política, e da manutenção do seu papel constitucional de mantenedor das regras do jogo democrático (ROCHA, 2010, p. 1112).

No contexto atual de crise sanitária, não cumprindo o Estado este dever de implementação de políticas públicas de saúde, o Judiciário, uma vez provocado, cumprirá o seu papel reservado na Constituição Federal.

Nesse sentido, segundo Luís Roberto Barroso (2009), o ativismo judicial teria uma face positiva, atendendo as demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. [...] O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes (BARROSO, 2009, p. 6).

Como contraponto, há o fato de que a Constituição não determina nenhuma atribuição ao Poder Judiciário no que se refere à definição ou implantação de políticas públicas, e a atuação deste em temas deste tipo colocariam em xeque a forma de aplicação do princípio da separação de poderes ou autonomia do entes federados (ROCHA, 2010).

Maria Sylvia Di Pietro (2017) bem aborda esta situação:

Rigorosamente, não pode o judiciário interferir em políticas públicas, naquilo que a sua definição envolver aspectos de discricionariedade legislativa ou administrativa. [...] Na Realidade, a interferência do poder judiciário em políticas públicas não pode transformar-se em regra e não pode implicar substituição da discricionariedade administrativa e da discricionariedade do legislador pela discricionariedade do juiz. Para atuação judicial, ainda com o objetivo de obter prestações positivas, é necessária a demonstração de que a omissão é antijurídica e de que a invocação do princípio da reserva do possível não é feita, ilicitamente, com desvio de poder, para fugir ao cumprimento do dever. Isso não quer dizer que o judiciário não possa analisar a política pública; ele pode fazê-lo; mas, se verificar que as escolhas do Poder Público são razoáveis à vista das metas impostas constitucionalmente, ele não pode alterá-las ou determinar a sua alteração (DI PIETRO, 2017, p. 271).

Diante de todo o exposto, entendemos que, de fato, é função dos poderes Executivo e Legislativo o planejamento e a execução de políticas públicas, sendo necessária uma conduta positiva por parte destes, como protagonistas do planejamento político, para disponibilização de direitos sociais, manifestando-se em uma prestação de natureza fática ou normativa.

Não se pode negar, porém, que há um crescimento contínuo da atividade do Judiciário para suprir a lacuna causada pela falta de

atuação dos outros poderes. Atuação esta que, por vezes, mostra-se essencial para a garantia das premissas contidas na Carta Constitucional, especialmente no que tange aos direitos sociais, tais como o direito à saúde.

Neste sentido, com o advento da atual crise sanitária, a essencialidade das políticas públicas de saúde, notadamente o distanciamento social para a concretização deste direito, precisou, por várias vezes, ser reafirmada através de judicializações, refletindo a o papel que o Judiciário assume nestes contextos.

Em síntese, brilhantemente resume Luís Roberto Barroso:

O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes (BARROSO, 2009, p. 19).

Cabe, portanto, ao Judiciário, atuar subsidiariamente em relação à implementação de políticas públicas, fazendo valer, de fato, a Constituição e suprindo as lacunas deixadas pela falta de atuação do legislativo e do executivo. Não se pode esquecer, porém, que decisões deste tipo são paliativas, sendo necessário, na realidade, melhor planejamento e definição de prioridades por parte do poder público.

5 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O CASO DA IMPLEMENTAÇÃO DO DISTANCIAMENTO SOCIAL

Ora, como observado nas linhas preliminares, observamos que houve uma alteração no paradigma social, que partiu para um contexto de Bem-estar Social, no qual o Estado serve como prestador

de serviços de saúde. Desta forma, cabe-nos compreender como ele deveria prestar as políticas públicas de saúde para contenção da Pandemia da COVID-19 no Brasil.

Em 2020, o distanciamento social tornou-se a medida de restrição de mobilidade mais importante para contenção da crise sanitária causada pela COVID-19, tendo sido o Judiciário, por sua vez, provocado por diversas vezes para assegurar esta medida de contenção da pandemia.

No Brasil, houve um considerável imbróglio político-jurídico quanto à definição do distanciamento social, em especial diante da resistência, por parte do Governo Federal, para a adoção de tal medida. Diante deste, os Entes Federados alinharam-se, predominantemente, com as orientações da Organização Mundial de Saúde, passando a editar decretos determinando medidas de distanciamento social, através de restrições a atividades não essenciais, que diferiam da lista trazida pelo decreto do governo federal.

O Poder Judiciário, neste contexto, restou como responsável por suprir ausências governamentais (RUFINO, 2020), como uma plena expressão do sistema de freios e contrapesos trazido pela teoria de separação dos poderes, inspirada por Aristóteles e Locke e consagrada com Montesquieu. Para o autor, quanto mais limitado o poder do Estado, melhor, sendo que cada poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) deve ter suas atribuições divididas, para que o limite impeça o abuso de uns para com os outros (MONTESQUIEU, 2000).

Um dos maiores exemplos desta atuação foi a ADI 6341, cuja decisão confirmou o entendimento de que os estados, Distrito Federal e municípios possuem competência comum para a tomada de providências normativas e administrativas para enfrentamento da pandemia, tal como previsto no Art. 23, II da Constituição Federal, diante da posição adotado pelo chefe do governo central, permeada

pela inobservância às orientações de implementação de distanciamento social dadas pela OMS.

No Maranhão, exemplo de judicialização ocorreu na decretação de *Lockdown*, estabelecido aos municípios de São Luís, São José de Ribamar, Raposa e Paço do Lumiar por determinação judicial, nos autos de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público.

Tal decisão ocorreu em um contexto onde 100% dos leitos estaduais de UTI para tratamento da Covid-19 estavam ocupados, tornando visível o dever do Judiciário de garantir o direito à saúde da população daquele estado, vez que esta se viu ameaçada diante de um iminente colapso do sistema de saúde.

Outra demonstração da existência de proteção especial ao direito à saúde através do distanciamento social durante a crise sanitária ocorreu no estado de Sergipe, onde o proprietário de uma barbearia impetrou mandado de segurança com base em decreto do Governo Federal (Decreto nº 10.344, de 8 de maio de 2020) que autorizou a abertura de barbearias, alegando que o fechamento de seu estabelecimento, determinado por decreto estadual, caracterizar-se-ia como ato de coação.

Em decisão liminar, o Tribunal Estadual deu razão ao impetrante, autorizando o funcionamento do estabelecimento sob o argumento de que a partir do momento que um Decreto Presidencial libera o uso de barbearia, os decretos estaduais e municipais só podem efetivar uma proibição que seja razoável, e que o funcionamento da barbearia apresentaria risco menor que o de supermercados e bancos, devido ao movimento reduzido.

Ocorre que, após interposição de suspensão da segurança por parte do Estado de Sergipe, a decisão foi revertida por decisão do Supremo Tribunal Federal, baseada nos argumentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade supracitada, restando mantido o fechamento do referido estabelecimento, que foi imposto

por decreto estadual como meio de estímulo à política de distanciamento social.

Ainda no mesmo estado, decisão da 1ª Vara Federal de Sergipe, exarada em 07 de julho de 2020, suspendeu a portaria da Secretaria de Estado da Saúde que permitia retomada de parte das atividades comerciais, por não ter o ente governamental cumprido critério determinado em decreto, que fixava o requisito de ocupação de leitos de UTI em 70% para a retomada das atividades. Decisão semelhante foi exarada no Distrito Federal, onde, no bojo de uma Ação Popular, o juízo determinou a suspensão de decreto de reabertura até a apresentação de relatórios e estudos científicos que respaldassem a possibilidade de adoção medidas de flexibilização.

Diante dos exemplos citados, que ainda não representam a totalidade do fenômeno, ficou clara a atuação do Judiciário a fim de resguardar o Direito à saúde previsto constitucionalmente. Celso Bastos (1999), com clareza solar, aborda esta situação, ao explicar a complexidade do funcionamento de um Estado Federal, esclarecendo que nestes, a possibilidade de surgimento de conflitos é explicada pelo fato de duas ordens jurídicas estarem convivendo lado a lado, agindo sobre o mesmo território e população. Neste contexto, os possíveis conflitos são dirimidos por um Poder Judiciário, razão pela qual a Suprema Corte de um país tem importante papel de destaque, agindo como guardião da federação e assegurando a preservação da Constituição.

De acordo com Breus (2006), tratando-se de situação-limite, deve haver intervenção do Judiciário, não substituindo a política do governante pela do juiz, mas eliminando as hipóteses comprovadamente ineficientes. Ora, decerto a pandemia é uma situação-limite, cujas consequências exigem um cumprimento integral do âmbito protecionista trazido pelos direitos fundamentais e pelo Estado de Bem-estar Social, sendo importante a participação do Judiciário

para concretização dos mesmos como reflexo da importância de se proteger a saúde através da constitucionalização das políticas públicas de saúde e da atuação do Judiciário como guardião da mesma.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ora, através do presente trabalho foi possível realizar uma análise da atuação do Judiciário no que tange a realização de políticas públicas de saúde, notadamente no que se refere à implementação do distanciamento social como política pública de enfrentamento à atual crise sanitária.

Inicialmente, foi possível fazer uma breve análise sobre as ideias trazidas por Montesquieu, em especial a teoria de separação de poderes, uma de suas contribuições mais importantes, de acordo com a qual o governo seria, então, dividido entre funções executivas, legislativas e poder de julgar. Este último, por sua vez, era extremamente limitado, funcionando somente como mero reproduzidor da lei. Este cenário mudou, porém, com a ascensão de um estado participativo e de bem-estar social, que proporciona garantias.

Sendo a implantação de políticas públicas essencial para a efetivação dos direitos fundamentais, iniciou-se, então, um movimento de ativismo judicial, em que o poder judiciário começou a interferir com mais intensidade e frequência na defesa da implementação de políticas públicas, influenciando a instituição e manutenção destas.

Percebe-se que, no que tange às políticas de saúde – especialmente durante uma crise sanitária –, a atuação do Estado deve ser ativa, requerendo decisões coerentes e coordenadas na implantação de políticas públicas de saúde, tais como o distanciamento social, a fim de fazer valer o direito à saúde, que tem a sua mais elevada proteção na Constituição Federal.

Entretanto, as incertas decisões e omissões presentes no contexto da implementação do distanciamento social, causadas principalmente pelas manifestações contrárias do Chefe do Executivo Federal com relação à mesma, transformaram o Judiciário em um verdadeiro protagonista, que passou a tomar parte para garantir a implementação de tais políticas, fazendo cumprir os preceitos constitucionais.

Concluimos, então, que cabe ao Judiciário atuar subsidiariamente no que envolve políticas públicas, fazendo valer, de fato, a Constituição – por ser guardião desta – e suprimindo as lacunas deixadas pela falta de atuação do Executivo.

Não se pode esquecer, porém, que as decisões do Judiciário em garantir a saúde através de políticas públicas de saúde, apesar de muito importantes em casos de omissão por parte do Executivo e Legislativo, não retiram a responsabilidade da União de regular, e nem dela e dos demais entes Federados em implementar políticas públicas de saúde, principalmente no contexto atual de contenção da Covid-19, a fim de concretizar o direito à saúde e preservar vidas.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz et al. Combate à COVID-19 sob o federalismo bolsonarista: um caso de descoordenação intergovernamental. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, p. 663-677, 2020.

ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário–Algumas Considerações. **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/>. Acesso em: 20 nov. 2019.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 868, p. 53-68, fev. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 13, p. 17-32, 2009.

BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. 22^a Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BICCA, Carolina Scherer. A separação de poderes em Montesquieu, no Direito Comparado e no Atual Sistema Institucional Brasileiro. **Caderno Virtual**, n° 25, v. 1, p. 2012.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10. ed. Brasília: Unb, 1997.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde: Secretaria de Vigilância em Saúde – Departamento de Vigilância. **Plano de Resposta às Emergências em Saúde Pública**. Brasília, 2014. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/>. Acesso em: 11 set. 2020.

BREUS, T. L. **Políticas públicas no estado constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea**. Dissertação (mestrado) - Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 133, p. 89-98, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 6, n. 3, p. 773-794, 2019.

COUTO, Cláudio Gonçalves; LIMA, Giovanna de Moura Rocha. Continuidade de Políticas Públicas: A Constitucionalização Importa?. **Dados**, v. 59, n. 4, p. 1055-1089, 2016.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de direito sanitário**, v. 9, n. 3, p. 9-34, 2008.

DINIZ, Debora. **O que é deficiência**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2017.

FINKELMAN, Jacobo. **Caminhos da saúde no Brasil [online]**. FINKELMAN, Jacobo, (Org.). Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002.

GAULIA, Cristina Tereza. Políticas Públicas do Poder Judiciário: Ressignificação do Princípio da Eficiência da prestação jurisdicional sob a ótica do neoconstitucionalismo. **Passagens**: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, v. 10, n. 1, p. 104-124, 2018.

GUARINELLO, Ana Cristina et al. A inserção do aluno surdo no ensino regular: visão de um grupo de professores do Estado do Paraná. **Revista Brasileira de Educação Especial**, v. 12, n. 3, p. 317-330, 2006.

MACHADO, Aquidaban F. Políticas públicas no Estado do bem-estar social e no neoliberalismo: alguns aspectos. **Direito em Debate**, n. 20, p. 73-98, 2003.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MARTINS-FILHO, Paulo Ricardo et al. COVID-19 fatality rates related to social inequality in Northeast Brazil: a neighbourhood-level analysis. **Journal of Travel Medicine**, p. 1-3, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MONTESQUIEU, Chales-Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. 2.ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Right to health, public policy and drug purveyance: sustainability through integrated actions and popular participation in public health. **Revista dos Tribunais**, v. 968, p. 02-15, 2017.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2017.

PINHEIRO, Maria Claudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. **Revista de informação legislativa**, v. 43, n. 169, 2006.

REIS, Denizi Oliveira; ARAÚJO, Eliane Cardoso de; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. **Políticas Públicas de Saúde no Brasil: SUS e pactos pela Saúde.** Módulo Político Gestor - Especialização Saúde da Família. 1. ed. UNA-SUS | UNIFESP, 2010.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. A influência do judiciário sobre as políticas públicas: o estado e a cidadania. **Revista do Ministério Público do Rs, Porto Alegre**, v. 1, n. 65, p. 99-112, 2010.

RODRIGUES, Martha Assumpção. **Políticas Públicas.** São Paulo: Publifolha, 2013.

RUFINO, André. **Argumentação Jurídica e Decisões Judiciais em Tempos de Pandemia** - O Direito em tempos de COVID-19. Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=IZN9giW8-ow>. Acesso em 11 jul. 2020.

SANTOS, Boaventura de Souza; CHAUI, Marilena. **Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento.** São Paulo: Cortez Editora, 2014.

120

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais:** estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

SCHUMPETER, Joseph. On the concept of social value. **The Quarterly Journal of Economics**, Oxford, v. 23, n. 9, p.213-232, 1908.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. O conceito de liberdade política em Montesquieu. **Revista de História**, v. 38, n. 78, p. 415-423, 1969.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado:** Novos paradigmas em face da globalização. 5. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 24, p. 105-121, 2005.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS (UFPEL). **EPICOID19-BR divulga novos resultados sobre o coronavírus no Brasil.** Disponível em: <http://epidemiologia-ufpel.org.br/>. Acesso em: 23 jul. 2020.

VÁZQUEZ, Daniel; DELAPLACE, Domitille. Políticas públicas na perspectiva de direitos humanos: um campo em construção. **Revista internacional de direitos humanos**, v. 8, n. 14, p. 34-65, 2011.

O SISTEMA ONUSIANO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA EMPRESA

*Pedro Durão**

*Deise Cássia de Macêdo Silva***

Resumo

O presente artigo apresenta como objetivo avaliar a atuação do sistema onusiano na proteção aos direitos humanos na empresa, dada a crescente importância e impacto da atividade empresarial na sociedade. Para tanto, propõe-se a, a partir dos dados teóricos obtidos através da pesquisa bibliográfica e doutrinária realizada, utilizando-se do método descritivo-exploratório, analisar a origem e os aspectos da internacionalização dos direitos humanos; examinar a atuação do sistema onusiano através de seus mecanismos convencionais e extraconvencionais de proteção; e, por fim, avaliar seu papel na proteção dos direitos humanos na empresa através de iniciativas globais extraconvencionais.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Sistema Onusiano. Empresa.

* Pós-Doutor em Direito (*Universidad de Salamanca* - Espanha). Doutor e Mestre em Direito (UBA/UFPE). Procurador do Estado (PGE/SE - Brasil). E-mail: pedro.durao@apepe.org.br

** Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS - Brasil). Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal. Advogada. Auxiliar em Administração da Universidade Federal de Sergipe - Brasil. E-mail: deisemacedoadv@gmail.com

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O processo de internacionalização dos direitos humanos, ocorrido ao longo do século XX, trouxe a esta seara do Direito as características da universalidade, indivisibilidade e interdependência, além de reforçar a importância do respeito à dignidade humana como valor primordial a permear todas as relações humanas, sejam elas estatais, institucionais, organizacionais ou individuais. Nesse sentido, alguns acontecimentos se mostraram imprescindíveis ao impulsionamento da proteção aos direitos humanos.

As duas Guerras Mundiais, em especial a Segunda, com os horrores perpetrados pelo regime nazista na Europa, geraram a busca por uma cooperação internacional que pudesse promover a paz e a segurança, bem como o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais. Nesse contexto, buscou-se a criação de organismos internacionais e a celebração de tratados e convenções que pudessem remediar as situações de violência e desrespeito ao ser humano e prevenir o acontecimento de novas violações.

Assim surgiram os sistemas de proteção aos direitos humanos, cujo maior expoente na ordem global é a Organização das Nações Unidas, criada em 1945 pela Carta de São Francisco e reforçada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, bem como pela atuação de seus mais diversos órgãos. O sistema global ou onusiano busca, pois, a proteção dos direitos humanos através de mecanismos convencionais e extraconvencionais de atuação, nos mais diversos locais e temas.

Dentre as temáticas tratadas pelo sistema onusiano, pode-se destacar a ação protetiva no campo empresarial, tendo em vista a cada vez maior importância – e impacto – da atuação das empresas no mundo, o que pode ameaçar os direitos humanos nas relações decorrentes do mundo dos negócios. Desta forma, o presente artigo

visa analisar a atuação do sistema universal de proteção aos direitos humanos nas empresas.

Utilizando do método descritivo-exploratório, através do estudo qualitativo de material proveniente de pesquisa bibliográfica e doutrinária, far-se-á análise preliminar da internacionalização dos direitos humanos, bem como da atuação do sistema onusiano de proteção, como base para o estudo mais específico abordado em seguida. As iniciativas globais, regionais e locais de proteção aos direitos humanos na empresa virão, em sequência, inter-relacionar as temáticas.

Finalmente, tratar-se-á mais especificamente dos Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos da ONU, para ampliação da análise do tema central: o sistema onusiano e a proteção dos direitos humanos na empresa. Dada a vastidão da temática, relativamente recente e ainda tratada de maneira pontual na esfera acadêmico-científica, não se pretende neste artigo exaurir os estudos na área, servindo, assim, de investigação preliminar dos aspectos abordados.

2 A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Originado do jusnaturalismo, com os chamados direitos do homem, o conceito de direitos humanos está intimamente ligado ao direito internacional. Conforme leciona RAMOS (2019, p. 38), os direitos humanos retratam “um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade”. Sua origem remonta à França do século XVIII, com a Declaração Internacional dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), trazendo diversos direitos válidos para todos os seres humanos, ainda que não estivessem positivados.

A positivação de tais direitos nas constituições dos Estados originou a expressão “direitos fundamentais”, situando-os no tem-

po e no espaço dentro da ordem jurídica nacional. É com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no cenário do pós-Segunda Guerra Mundial, que os direitos do homem, agora direitos fundamentais, investem-se de *status* internacional, recebendo a denominação atual de direitos humanos. Com autonomia já conquistada, os direitos humanos passaram a trazer novos temas e a ampliar a proteção já outorgada no âmbito nacional (MAZZUOLLI, 2018, p. 29)¹.

Assim, depreende-se que os direitos humanos são aqueles direitos válidos para todos os seres humanos, reconhecidos em instrumentos internacionais (tratados, convenções e demais atos interestatais), que positivam os direitos naturais e ultrapassam os direitos fundamentais reconhecidos – ou não – na ordem interna de cada Estado². O Direito Internacional dos Direitos Humanos, dada a universalidade dos direitos protegidos, é, pois, a ciência que estuda o fenômeno, o qual, além de universal, é também irrenunciável, inalienável e dotado de historicidade³.

1 Acerca da importância da Declaração de 1948 para a internacionalização dos direitos humanos, ressalta RICCITELLI (2007, p. 125): “Conforme anteriormente constatado, revestida como norma de caráter e eficácia geral para todas as nações, a declaração estabelece a universalização de todos os direitos e liberdades nela contidos a todos os homens, sem distinção de raça, cor, religião, idioma, condição econômica ou qualquer outro tipo de discriminação congênita, quer quanto à nacionalidade, quer quanto ao aspecto social”.

2 Alguns autores, tais como FERREIRA FILHO (2008), já no título de sua obra, e MACHADO (2017, p. 121), propõem denominação intermediária, utilizando-se da expressão “direitos humanos fundamentais”. No presente artigo, utilizar-se-á, todavia, apenas a expressão “direitos humanos” para referenciar a temática.

3 Na preciosa lição de PIOVESAN (2013, p. 187): “Defende este estudo a historicidade dos direitos humanos, na medida em que estes não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e desconstrução. Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos são fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório”.

Os direitos humanos, essenciais à dignidade da existência, encontram-se em constante evolução, expandindo-se dia a dia para ampliar cada vez mais a proteção das pessoas, já que a vedação ao retrocesso é princípio de direito internacionalmente reconhecido. De tais características, infere-se a supranacionalidade⁴ dos direitos humanos, válidos em qualquer lugar do mundo e a qualquer tempo, sem que com isso se interfira na soberania de cada Estado, tendo em vista que o direito internacional dos direitos humanos transcende a esfera nacional dos Estados aderentes a protocolos internacionais de proteção aos direitos humanos.

A internacionalização dos direitos humanos se inicia com o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho (PIOVESAN, 2013, p. 188). O Direito Humanitário, ou Direito Internacional da Guerra, foi a primeira definição de limites para a atuação estatal em situações de guerra, regulamentando juridicamente o emprego da violência pelos Estados, com vistas a proteger militares fora de combate (rendidos, feridos, etc.) e a população civil durante os confrontos armados. Já a Liga das Nações, criada em 1920, logo após a Primeira Guerra Mundial, relativizou a soberania dos Estados ao criar obrigações internacionais em busca de uma cooperação para promover a paz e o respeito à independência e integridade de seus membros, sob pena de sanção econômica e/ou militar. A última base do tripé originário da internacionalização dos direitos humanos foi a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919, também no pós-Primeira Guerra, visando a

4 Acerca da supranacionalidade, vide DURÃO (2018, p. 155): “Evidentemente, a evolução técnico-jurídica faz com que desapareça a linha divisória do direito nacional e do direito internacional. Nesse sentido, o Direito supranacional se apresenta como irreversível, de modo que uma vez assumido o compromisso, este deve ser cumprido, sob pena de sanções. [...] uma vez estabelecida a supranacionalidade, o Estado parte não pode infringir (conduta positiva de fazer algo em contrário) ou ignorar (conduta negativa de não fazer) as cláusulas do pacto firmado, invocando a posteriori preceitos constitucionais e matizes internas”.

promoção da padronização de condições laborais e de bem-estar através de convenções em que os Estados aderentes passaram a se comprometer com a proteção ao trabalhador. Estava, assim, criado o cenário propício ao desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos.

Com o Direito Internacional não mais voltado exclusivamente aos interesses dos Estados, os indivíduos passam a figurar também como sujeitos de direito internacional, e os direitos humanos deixam de ser assunto interno estatal para manifestar-se como interesse legítimo internacional a ser preservado. Após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, em especial pelo regime nazista da Alemanha, a preocupação com os direitos humanos ganha proporções inéditas, especialmente pela sensação deixada de que os horrores ocorridos poderiam ter sido evitados caso houvesse um melhor sistema de proteção internacional de direitos humanos.

Tal conjuntura gerou a busca pela reaproximação entre direito e moral e pela reconstrução e fortalecimento dos direitos humanos como tema de interesse de toda a comunidade internacional. A internacionalização dos direitos humanos, assim, permite a responsabilização do Estado no âmbito internacional quando as instituições locais falham ou são omissas na proteção aos direitos humanos, relativizando o princípio da soberania, até então considerado absoluto por diversos segmentos da doutrina.

O Tribunal de Nuremberg, constituído em 1945 pelos Aliados através do Acordo de Londres para julgar os crimes de guerra, contra a paz e contra a humanidade perpetrados pelos agentes do regime nazista representou um marco para a internacionalização dos direitos humanos. O Tribunal utilizou-se do costume internacional como fonte do direito internacional, no mesmo patamar hierárquico dos tratados e convenções, dos princípios gerais do

direito, da doutrina e das decisões judiciais⁵. Diferentemente dos tratados e convenções, que só se aplicam aos Estados aderentes, o costume internacional tem eficácia *erga omnes*, podendo ser oposto contra qualquer Estado que o viole⁶. A Carta das Nações Unidas de 1945 veio, em seguida, arrematar a internacionalização dos direitos humanos.

2.1 A Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos - universalismo e relativismo cultural

A conjuntura pós-Segunda Guerra Mundial gerou um movimento de expansão de organismos internacionais de cooperação, cuja principal representante é a Organização das Nações Unidas (ONU), criada em 1945 pela Carta de São Francisco. A criação das Nações Unidas inaugurou um novo conceito de direito internacional, preocupado com a paz e a segurança, a cooperação entre Estados nas mais diversas áreas e a proteção internacional ao meio ambiente e aos direitos humanos.

Para a consecução dos objetivos definidos na Carta de São Francisco, a ONU foi dividida em diversos órgãos, sendo os principais a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, a Corte Internacional de Justiça (CIJ), o Conselho Econômico e Social, o Conselho

5 Vale aqui destacar a lição de PIOVESAN (2013, p. 194), *verbis*: “Quanto ao costume internacional, sua existência depende: a) da concordância de um número significativo de Estados em relação a determinada prática e do exercício uniforme dessa prática; b) da continuidade de tal prática por considerável período de tempo – já que o elemento temporal é indicativo da generalidade e consistência de determinada prática; c) da concepção de que tal prática é requerida pela ordem internacional e aceita como lei, ou seja, de que haja o senso de obrigação legal, a *opinio juris*”.

6 O costume internacional foi o fundamento das condenações do Tribunal de Nuremberg, que, embora tenha recebido fortes críticas em relação ao princípio da legalidade do direito penal, teve papel importante na internacionalização dos direitos humanos na medida em que demonstrou a visão da comunidade internacional da relatividade da soberania e da importância do indivíduo para o direito internacional.

de Tutela e o Secretariado. Todos os Estados-membros têm direito a assento e voto na Assembleia Geral, que discute e emite recomendações acerca de qualquer assunto tratado na Carta. O Conselho de Segurança tem como papel a manutenção da paz e da segurança internacional, sendo composto por cinco membros permanentes e com poder de veto⁷ (Estados Unidos, China, Reino Unido, França e Rússia – esta última em substituição à antiga URSS) e dez membros com mandatos de dois anos eleitos pela Assembleia Geral⁸ com distribuição geográfica equitativa.

A Corte Internacional de Justiça é o órgão judicial da ONU, composto por 15 juízes e regulado por Estatuto próprio; exerce competência tanto consultiva, quanto contenciosa, podendo figurar como partes processuais perante ela apenas os Estados. O Secretariado é o órgão administrativo das Nações Unidas, chefiado pelo Secretário-Geral, eleito pela Assembleia Geral para mandato de cinco anos através de recomendação do Conselho de Segurança. Por sua vez, o Conselho de Tutela teve grande importância no processo de descolonização e autodeterminação dos povos, encontrando-se esvaziado nos dias de hoje.

Por último, o Conselho Econômico e Social é formado por 54 membros e tem por finalidade buscar a cooperação social, cultural e econômica entre os Estados, incluindo em questões de direitos humanos, criando comissões, emitindo recomendações e elaborando projetos de convenções a serem analisados pela Assembleia Geral. Dentre as comissões criadas pelo Conselho Econômico e Social, encontrava-se a Comissão de Direitos Humanos, que atuou de 1946 a

7 As deliberações do Conselho de Segurança em questões de direito material são tomadas por maioria de dez votos, sendo imprescindíveis os votos dos cinco membros permanentes, o que gera um poder de veto por partes destes últimos.

8 NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL – ONU BR. Como funciona. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/como-funciona/#verticalTab4>. Acesso em: 15 de ago. de 2020.

2006, quando foi substituída pelo Conselho de Direitos Humanos, após virar alvo de desconfiança e receber duras críticas da comunidade internacional por sua atuação, atingindo inclusive a credibilidade geral da ONU⁹.

Todavia, o novo Conselho também acabou recebendo críticas, pois, conforme ressalta RAMOS (2012, p. 108), com “exceção da disposição concreta da punição a membros que violem os direitos humanos de maneira grave e sistemática, a admissão de membros do novo Conselho ficou à inteira disposição da vontade política da Assembleia Geral que, aliás, deliberará em votação *secreta*”, o que mostra que interesses políticos permanecem guiando os caminhos do Conselho de Direitos Humanos, modificando-se apenas o órgão de controle e a forma de constituição. Outros órgãos das Nações Unidas também acabam por suscitar críticas e propostas de mudança, a exemplo da necessidade de democratização do Conselho de Segurança, de fortalecimento e aumento da representatividade da comunidade internacional na Assembleia Geral e de racionalização do trabalho de todos os seus órgãos, focando nas questões de maior prioridade, agilizando os trabalhos e melhorando a relação das Nações Unidas com a sociedade em geral¹⁰.

O consenso alcançado entre os Estados para a aprovação da Carta da ONU de 1945, tendo como um de seus propósitos a proteção aos direitos humanos, contribuiu para a consolidação de sua

9 O Conselho então criado passou a contar com 47 membros eleitos pela Assembleia Geral, no intuito de por fim à seletividade política de outrora, em que os 53 membros da Comissão eram escolhidos pelos Estados e confirmados pelo Conselho Econômico e Social.

10 Leciona, nesse sentido, PIOVESAN (2013, p. 200): “Desse modo, ao lado da preocupação de evitar a guerra e manter a paz e a segurança internacional, a agenda internacional passa a conjugar novas e emergentes preocupações, relacionadas à promoção e proteção dos direitos humanos. A coexistência pacífica entre os Estados, combinada com a busca de inéditas formas de cooperação econômica e social e de promoção universal dos direitos humanos, caracterizam a nova configuração da agenda da comunidade internacional”.

internacionalização, tornando globais questões antes tidas por meramente domésticas, a cargo do Estado local. A preocupação com a criação de um sistema efetivo de proteção dos direitos humanos foi crescendo gradativamente, junto à necessidade de se aclarar os conceitos de direitos humanos trazidos genericamente pela Carta de 1945, o que gerou, três anos depois, a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), aprovada por 48 Estados na Assembleia Geral da ONU, com apenas oito abstenções e nenhum voto contrário, que veio a concretizar a promoção legal desses direitos.

A Declaração de 1948 trouxe consigo um consenso ético universal acerca dos valores a serem observados por todos os Estados, independentemente de seu regime político ou das diferenças de gênero, etnia, religião ou condição econômica de seus nacionais, dada a universalidade de sua aplicação. Para a Declaração, ser pessoa humana é condição única necessária para ser sujeito de direitos e ter protegida sua dignidade. Esta concepção passou a ser incorporada por todos os tratados e convenções de direitos humanos que se seguiram, reforçando o caráter de indivisibilidade entre todos os direitos humanos, sejam eles de ordem econômica, social ou cultural, ou ainda pertencentes à esfera civil ou política, e conjugando os valores da igualdade e da liberdade, até pouco tempo antes considerados independentes. Estava lançada a concepção contemporânea dos direitos humanos.

A clássica divisão dos direitos fundamentais em gerações, ainda utilizada por uma questão didática, perde seu sentido prático com a Declaração, que deixa claro que uma geração de direitos não substitui a anterior, com ela apenas se somando na ampliação dos direitos reconhecidos universalmente aos seres humanos. Assim, os direitos civis e econômicos passam a ser meras categorias formais se não puderem contar com os direitos econômicos, sociais e culturais, bem como estes últimos perdem seu significado quan-

do a liberdade ampla trazida pelos direitos civis e políticos não é considerada (PIOVESAN, 2013, p. 207). Os valores liberdade e justiça social passam então a ser vislumbrados como interdependentes e indivisíveis na realização dos direitos humanos.

Juridicamente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos não é propriamente uma lei, um tratado, tendo em vista que foi aprovada por resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas para a promoção universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais presentes na Carta de 1945. Contudo, como interpretação autorizada do que são os direitos humanos, possui a força vinculante de direito costumeiro¹¹.

Destarte, dada a natureza de costume ou princípio geral de direito internacional, não apenas os membros da ONU, mas também todas as demais Nações do globo possuem o dever de promover e respeitar os direitos elencados na Declaração, constantes de diversas constituições e presentes na fundamentação de inúmeros tratados e decisões judiciais pelo mundo. A Declaração Universal trouxe, portanto, um verdadeiro parâmetro para o entendimento e a aplicação universal dos direitos humanos, embora encontre forte resistência por parte dos defensores do relativismo cultural.

Os relativistas consideram que não pode existir uma moral universal, dada a diversidade cultural e social existente entre as civilizações, e que a noção de direitos humanos pode e deve variar conforme as tradições de cada lugar. Primam pelo coletivismo, visualizando o indivíduo como parte da sociedade, diferentemente do individualismo universalista, que enxerga as relações sociais

11 Como bem destaca RAMOS (2012, p. 104): “Nesse sentido, a Declaração Universal representa uma diretriz aos Estados e compõe aquilo que é denominado de “soft law” no Direito Internacional, o chamado *direito em formação*. Contudo, além de ser entendida em parte como espelho do costume internacional de proteção de direitos humanos, a Declaração é *interpretação autêntica* da expressão genérica “direitos humanos” da Carta de São Francisco”.

a partir do indivíduo, cuja liberdade e autonomia devem preceder a análise sociocultural. Consideram a Declaração como uma representação da ideia ocidental de direitos humanos (HERRERA FLORES, 2009, p. 36), que não pode ser inteiramente imposta às civilizações não ocidentais.

Contudo, a própria Declaração reconhece o direito fundamental ao exercício da própria cultura, desde que não seja violada a dignidade inerente à condição humana: o chamado mínimo ético irreduzível (PIOVESAN, 2013, p. 212) não pode ser violado sob a justificativa cultural. Embora a diversidade cultural enriqueça a concepção universal, ela não pode ser alegada para justificar violações às liberdades fundamentais e aos direitos humanos. Este posicionamento foi confirmado pela Declaração de Viena de 1993, proveniente da Conferência Mundial de Direitos Humanos que lá teve sede e que foi adotada por consenso entre 171 Estados. Esta Conferência, que contou também com a participação de 800 ONG's, resultou na consagração da internacionalização dos direitos humanos, reconhecendo seu universalismo, indivisibilidade e interdependência, e defendendo que as mais diversas culturas devem dialogar entre si, em busca de uma ideia consensual de direitos humanos, em que as diferenças possam ser respeitadas, sem prejuízo ao prevalecimento da dignidade¹².

12 Arremata PIOVESAN (2013, p. 215): “Acredita-se, de igual modo, que a abertura do diálogo entre as culturas, com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e direitos, é condição para a celebração de uma cultura dos direitos humanos, inspirada pela observância do “mínimo ético irreduzível”, alcançado por um universalismo de confluência [...] fomentado pelo ativo protagonismo da sociedade civil internacional, a partir de suas demandas e reivindicações morais, e que assegurará a legitimidade do processo de construção de parâmetros internacionais mínimos voltados à proteção dos direitos humanos”.

3 O SISTEMA ONUSIANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

A internacionalização dos direitos humanos trouxe uma maior preocupação com sua proteção e efetividade, o que gerou, como visto no tópico anterior, a criação de organismos internacionais e dos sistemas regionais e global de proteção aos direitos humanos. A Organização das Nações Unidas representa, assim, o principal organismo do sistema global, também por isso denominado sistema onusiano ou universal de proteção aos direitos humanos. Este complexo sistema de apuração de violações às liberdades fundamentais e aos direitos humanos divide-se em duas áreas: a convencional, proveniente dos acordos internacionais celebrados sob o amparo da ONU, e a extraconvencional, representada pelas resoluções editadas pela ONU e seus mais diversos órgãos.

O sistema convencional de proteção é formado por três diferentes mecanismos: o não contencioso (de conciliação ou bons ofícios), o quase judicial (através de petições de Estados ou petições de particulares contra Estados) e o mecanismo judicial ou contencioso (através de processo na Corte Internacional de Justiça). Dentro do mecanismo não contencioso, o mais antigo da ONU, que apela à cooperação espontânea entre os Estados, encontram-se os relatórios e as observações gerais, sendo o principal deles o sistema de relatórios periódicos: informes dos Estados acerca das ações empreendidas em respeito aos tratados assinados.

Os relatórios periódicos buscam a evolução da proteção aos direitos humanos através do consenso entre Estado e órgão internacional. Atualmente, relatórios são exigidos dos signatários de nove relevantes tratados (conhecidos como *big nine*), como forma

de supervisão¹³. A periodicidade dos relatórios é variada e há flexibilidade com relação a atrasos. Ocorre então o “diálogo construtivo” (RAMOS, 2012, p. 79) entre membros dos Comitês e representantes dos Estados, para que os especialistas elaborem suas observações finais¹⁴.

Nos informes posteriores, os Estados devem expor as providências que tomaram quanto às observações finais, bem como explicar o atraso ou o não cumprimento das recomendações, o que pode gerar desconforto e prejuízo à imagem do Estado perante a comunidade internacional. Pode ainda ser iniciado um procedimento especial de exame, caso o Estado não envie seu informe. Os Comitês podem elaborar comentários ou observações gerais acerca da interpretação dos direitos resguardados.

O sistema de relatórios falha em diversos pontos: no combate a situações emergenciais (por isso, alguns Comitês têm feito investigações *in loco* e adotado ações preventivas, como o procedimento de urgência e o alerta rápido), na concentração de informações nas mãos dos Estados (apesar dos chamados relatórios sombra, elaborados por terceiros, principalmente por ONGs), na grande diver-

13 São eles: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, a Convenção de Direitos da Criança, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias e a Convenção para a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimentos Forçados. À exceção dos dois últimos, todos eles já foram ratificados pelo Brasil. Os comitês de controle desses tratados são chamados *treaty bodies* e contam com o apoio administrativo do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos.

14 Existe nesse momento a possibilidade de uso de fontes adicionais de informação, com outros órgãos internacionais como OIT e OMS (Organização Mundial da Saúde), com ONGs (Organizações Não Governamentais) e com particulares, que podem emitir relatórios alternativos. As observações finais geralmente são enviadas à Assembleia Geral da ONU, junto com o informe anual de cada Comitê.

sidade de Comitês (disparidades nas ações e sobrecarga ao Estado, que precisa elaborar diversos relatórios, por vezes repetitivos – para minimizar esta situação, os Presidentes dos Comitês costumam reunir-se anualmente para somar esforços) e na existência de recomendações contraditórias (embora não sejam vinculantes, isso prejudica a imagem do sistema). Observa-se, assim, a necessidade de unificação do sistema e de modificação do caráter das recomendações, para que passem a ser obrigatórias, e para que se possa vislumbrar uma maior eficácia do mecanismo¹⁵.

Um bom exemplo de atuação do mecanismo convencional não contencioso é o do Comitê contra Tortura da Convenção Internacional contra a Tortura e Outros Tratamentos Desumanos e Cruéis: existe a possibilidade de investigação *ex officio* e confidencial acerca da prática sistemática de tortura por um Estado¹⁶. Uma crítica que se faz é que a adesão à competência do Comitê é facultativa, e a investigação local depende do consentimento estatal, o que na prática pode inviabilizar a eficácia do procedimento.

Neste tipo de procedimento convencional, a obrigação do Estado de enviar relatórios subsiste mesmo que não haja violação de direitos, já que seu objetivo primordial é prevenir violações e incentivar políticas públicas na seara dos direitos humanos, além de fornecer informações importantes acerca da situação

15 Nesse sentido, destaca RAMOS (2012, p. 81): “Restaria em aberto somente o que denominei, na primeira edição deste livro, de “calcanhar de Aquiles” do sistema de relatórios periódicos: a ausência de um sistema mais efetivo de responsabilização internacional do Estado, já que o sistema convencional não contencioso baseia-se no diálogo e na implementação voluntária dos direitos protegidos. A ausência de força vinculante das recomendações dos Comitês também explica a pouca repercussão que suas observações possuem no Brasil da atualidade”.

16 Após exame preliminar, o Estado é convidado a dar informações sobre os indícios encontrados; se o Estado consentir, é nomeado um Relator Especial para realizar investigação confidencial junto a uma comissão *ad hoc*. Após conceder direito de defesa e contraditório ao Estado, é elaborado um relatório final, que poderá ou não ser publicado pelo Comitê, a depender da conduta do Estado.

dos Estados, que podem ser utilizadas por outros mecanismos, a exemplo do convencional quase judicial, que é um mecanismo coletivo de responsabilização que atua após a constatação dos fatos violatórios e acarreta a condenação do Estado à reparação dos danos causados.

Os Comitês criados pelas Convenções da ONU são responsáveis pela gestão desse mecanismo, que, por não tratar-se de órgão judicial, não emite sentenças, embora suas decisões “quase judiciais” tenham força vinculante. Este mecanismo integra o sistema global por estar aberto à ratificação por qualquer Estado. Assim, a responsabilização por petição dos Estados, por exemplo, é uma demanda interestatal que gera uma *actio popularis*¹⁷.

Já as petições de particulares contra Estados geram demandas individuais e são reconhecidas em diversos tratados, exigindo aceitação expressa do Estado-parte. É um procedimento confidencial, com contraditório e ampla defesa, em que o Comitê delibera pela existência ou não de violação, devendo fixar as medidas de reparação que o Estado deve adotar em caso positivo. Ressalta RAMOS (2012, p. 87) que no “curso do procedimento de análise das petições das vítimas, tais órgãos [os Comitês] devem interpretar as normas de direitos humanos pretensamente violadas pelo Estado”. Vale destacar que o Brasil aderiu a vários desses tratados e protocolos.

17 Três são as convenções que a preveem: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes. Após a petição do Estado, dá-se um prazo para a busca de uma solução amigável. Depois, é nomeada uma Comissão especial de conciliação, que apresenta um relatório final com informes e recomendações, dando-se prazo aos Estados-partes para informarem se aceitam ou não as recomendações. Findo este prazo, o relatório e as declarações dos Estados são enviados a todos os outros Estados aderentes à Convenção, podendo ser levados à Assembleia Geral, embora não haja como impor uma solução concreta para o caso.

O Órgão da ONU que mais atua em relação a petições individuais é o Comitê de Direitos Humanos¹⁸. No procedimento perante o Comitê de Direitos Humanos percebe-se um claro desequilíbrio em favor do Estado, o que pode gerar impunidade, já que o controle é feito apenas através dos relatórios periódicos do Estado.

Último dos mecanismos convencionais, o procedimento judicial ocorre perante a Corte Internacional de Justiça, o órgão judicial da ONU originado da antiga Corte Permanente de Justiça Internacional da Sociedade das Nações, criada em 1920¹⁹. O procedimento judicial perante a CIJ cumpre um papel modesto contra violações de direitos humanos, tendo em vista que só Estados podem ser parte – particulares, ONGs e até órgãos da própria ONU não podem apresentar petições – e a adesão à sua competência é facultativa aos Estados.

Cresce a cada dia o número de acordos internacionais de direitos humanos que preveem a competência da CIJ para julgar conflitos entre os Estados contratantes, mas estes também não admitem que indivíduos sejam parte nos processos. A CIJ é acionada apenas após fracassarem a conciliação e a arbitragem (caráter subsidiário de sua jurisdição). Há pleno controle dos Estados no processo: os direitos dos indivíduos são mencionados apenas como objeto da controvérsia (RAMOS, 2012, p.92), podendo haver jogos de interesses e opressão dos Estados mais poderosos e influentes. Todavia, é

18 Seu procedimento é confidencial, escrito, com contraditório e ampla defesa, e possui as seguintes fases: admissibilidade (a petição não pode ser anônima e nem estar sendo julgada em outras instâncias), instrução probatória (prazo de 6 meses para o Estado acusado responder as questões de mérito e atacar a admissibilidade), deliberação sobre o mérito (que indica se houve ou não violação e qual a forma de reparação), publicação (a decisão pode ser publicada no informe anual à Assembleia Geral) e execução (pode ser nomeado Relator Especial para acompanhar, que busca dar efetividade às decisões e pode atuar *in loco*).

19 O Brasil já está no quinto juiz da CIJ, o jurista Antonio Augusto Cançado Trindade, ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

inegável que os pareceres consultivos da CIJ têm contribuído para uma cultura de responsabilização internacional por violações aos direitos humanos, e têm também reconhecido direitos aos indivíduos e a execução de decisões internacionais por órgãos internos dos Estados.

A tendência que se mostra atualmente é a de que a proteção dos direitos humanos se afirme como norma jurídica vinculante derivada das três fontes principais do direito internacional: os tratados internacionais, os costumes e os princípios gerais de direito (RAMOS, 2012, p. 95)²⁰. Entretanto, a CIJ ainda peca em dois aspectos: a jurisdição contenciosa não deveria depender da vontade do Estado infrator, quando se tratasse de violações de direitos *jus cogens* e *erga omnes*, e as vítimas e ONGs também deveriam ser ouvidas nas questões.

Com relação ao sistema extraconvencional de proteção aos direitos humanos, temos os procedimentos especiais nos órgãos da ONU, baseados no dever de cooperação reconhecido na Carta da ONU e fundados em seus dispositivos acerca dos direitos humanos, aclarados pela Declaração Universal de 1948, que baseia os direitos humanos em quatro pilares: direitos e liberdades pessoais, direitos do indivíduo em sua relação com os grupos a que pertence, direitos políticos e direitos econômicos, sociais e culturais. O procedimento baseado na Declaração é chamado extraconvencional pelo fato de esta ter sido aprovada como Resolução da ONU, não tratando-se propriamente de uma convenção internacional.

20 Já em 1989, a CIJ reconheceu aos especialistas em direitos humanos da ONU as prerrogativas e imunidades dadas aos demais membros da organização, e desde a posse de Cançado Trindade em 2008, a jurisprudência da Corte tem reconhecido a força expansiva dos direitos humanos e buscado o bem comum de toda a humanidade, trazendo a finalidade humana em superioridade em relação à finalidade estatal.

Em 1967, a antiga Comissão de Direitos Humanos (hoje Conselho de Direitos Humanos) começou a receber petições individuais acerca de violações aos direitos humanos, baseando-se nos costumes e princípios gerais de direito. Inicialmente, a proteção era voltada às violações maciças e sistemáticas aos direitos humanos – as ações referentes a indivíduos específicos ficavam a cargo dos instrumentos convencionais. Como estes últimos costumavam ser lentos, pois dependiam de ratificação dos Estados, a Comissão começou a analisar casos individuais mais urgentes. Dada a seletividade de atuação e o processo inadequado de eleição de seus membros, a Comissão sofreu duras críticas e foi extinta em 2006 e substituída pelo Conselho de Direitos Humanos, vinculado à Assembleia Geral, conforme já tratado em tópico anterior.

O procedimento extraconvencional 1235, criado pela Comissão em 1967, é também chamado especial ou público. É realizado através da indicação de grupos especiais de investigação e de relatores especiais (temáticos ou geográficos), que podem propor medidas imediatas para remediar violações e que ao final elaboram um relatório a ser apresentado à Assembleia Geral, caso se entenda necessário (dupla apreciação)²¹. O procedimento 1235 é utilizado até hoje.

Outro procedimento extraconvencional importante, também criado pela antiga Comissão de Direitos Humanos em 1970, é o chamado procedimento 1503 ou procedimento de queixas, modificado no ano 2000 e atualizado em 2007, de caráter confidencial (apesar de a lista de países sob observação ser anunciada publicamente) e permanente. Atua através de dois grupos de trabalho: o Grupo sobre Comunicações, para triagem, e o Grupo sobre Situ-

²¹ Importante exemplo da utilização deste procedimento ocorreu na década de 1980, em que foi criado um grupo de trabalho sobre desaparecimentos forçados na América do Sul, atuando de modo geral e específico: além da proteção de indivíduos, baseada no Direito Humanitário, também solicitava dos Estados a descoberta do paradeiro e a libertação das pessoas.

ações, para análise dos casos. É utilizado em casos de violações manifestas aos direitos humanos (aquelas que atingem muitas pessoas por prolongado período de tempo) e não se atém a situações individuais. O procedimento 1503 finaliza-se com recomendações aos Estados que, não cumpridas, podem perder sua confidencialidade, com vistas a incentivar seu cumprimento através da pressão da comunidade internacional.

Tais procedimentos extraconvencionais reafirmam o caráter *jus cogens* do Direito Internacional dos Direitos Humanos e tiveram atuação importante no tema das execuções sumárias e das detenções arbitrárias, inclusive intervindo em situações de urgência. Todavia, a seletividade política na atuação nos Estados, tendo em vista que o Conselho ainda é formado por representantes estatais, constitui grande crítica a este mecanismo, mesmo após a Conferência de Viena de 1993 enfatizar a necessidade de não seletividade e de objetividade e imparcialidade nos procedimentos de supervisão e controle de direitos humanos. A importância do sistema extraconvencional está no fato de que, apesar de atuar por meras solicitações, como estas normalmente são obedecidas, se reforça o caráter costumeiro do direito na apuração de violações, suprimindo a ausência de sistemas convencionais que sejam aceitos por todos os Estados, atuando em situações emergenciais e na provocação do Conselho de Segurança.

Com a Criação do Conselho de Direitos Humanos, foi também criado o procedimento do Mecanismo de Revisão Periódica Universal (RPU), sem que se extinguissem os procedimentos especiais da antiga Comissão. Segundo a Resolução que a criou, a RPU é um mecanismo cooperativo. É também essencialmente político, pois três Estados relatam a situação de direitos humanos de outro Estado, para que seja avaliada pelos demais (avaliação pelos pares, e não por julgadores independentes). No futuro, a RPU pode substituir os pro-

cedimentos especiais. Ponto positivo que pode ser apontado neste procedimento é que todos os Estados são avaliados²².

3.1 O procedimento extraconvencional perante o Conselho de Segurança

Com a Carta de São Francisco de 1945 e o reconhecimento da ONU como autoridade internacional, foi criado o procedimento extraconvencional perante o Conselho de Segurança, que buscava a promoção da paz sem o uso da força (exceto em legítima defesa) por um colegiado de Estados. Apenas em caso de necessidade, o Conselho de Segurança poderia coordenar um esforço militar internacional conjunto. Todavia, a Guerra Fria provou a ineficácia desse sistema de segurança coletiva, com a paralisia da ação da ONU nessa época através do uso recorrente do poder de veto dos membros permanentes do Conselho.

Atualmente, o Conselho de Segurança pode propor sanções coletivas às violações de obrigações internacionais, para assegurar a paz e a segurança mundial. Suas resoluções vinculam todos os membros da ONU e desde 1968, com as políticas de *apartheid* e principalmente após a Guerra Fria, determinam quais violações de direitos humanos ameaçam a paz mundial (até então o Conselho considerava as violações de direitos humanos fora de sua competência), embora a Carta não atribua diretamente ao órgão papel ativo na proteção aos direitos humanos. O Conselho de Segurança,

22 Desde 2007, seu trâmite ocorre da seguinte maneira: o Estado a ser avaliado apresenta o relatório nacional; depois são compiladas informações dos sistemas extraconvencionais e das ONGs; em seguida, todos os documentos são apreciados pelo Grupo de Trabalho, quando o Estado poderá responder a questionamentos e também opinar; por fim, busca-se a cooperação e a adesão voluntária do Estado e os três Estados avaliadores elaboram o Relatório Final, a ser apreciado pelo Colegiado do Conselho.

constatada a violação, declara a responsabilidade do Estado infrator e determina as consequências, que podem ser de diversos tipos (nulidade de atos, embargos, autorização de uso da força e até a criação de tribunal penal internacional), embora na prática não tenha atuado muito na proteção dos direitos humanos²³.

O Conselho de Segurança pode ainda noticiar ao Tribunal Penal Internacional (TPI) qualquer situação que caiba em sua jurisdição, sendo este obrigado a iniciar a persecução. Os primeiros casos de provocação do TPI pelo Conselho de Segurança foram o de Darfur, no Sudão, em 2005 e o da Líbia em 2011. A atuação antiterrorismo do Conselho de Segurança começou em 1988 na Escócia e foi reforçada após o 11 de Setembro de 2001, com violações aos direitos humanos e muitos excessos. Após vários episódios e críticas, em 2010 o Conselho de Segurança adotou uma Declaração reconhecendo que o terrorismo não será derrotado pela repressão, mas sim com a proteção dos direitos humanos e a defesa da democracia, da tolerância e do estado de direito.

Entretanto, o Conselho de Segurança ainda sofre inúmeras críticas em relação à sua atuação fora da busca estrita pela paz e segurança. Para isto, embora pouco utilizada na prática, existe a competência da CIJ para fazer o controle da legalidade de atos emanados por órgãos políticos da ONU, dentre eles o Conselho de Segurança. À CIJ cabe aplicar o direito através da solução pacífica de controvérsias por meio de sua jurisdição consultiva, enquanto o Conselho de Segurança aplica o direito quando há ameaça ou lesão à paz.

A ação do Conselho de Segurança na proteção dos direitos humanos se mostra positiva na medida em que ele busca impedir

23 Dois tribunais penais *ad hoc* foram criados pelo Conselho de Segurança: em 1993 para julgar crimes humanitários na ex-Iugoslávia e em 1994 para os crimes de genocídio perpetrados em Ruanda. Até hoje, a competência e a atuação de tais tribunais tem sido questionada.

violações e é fonte rara de mobilização real dos Estados. Os pontos negativos que podem ser apontados são seu imobilismo e indiferença gerados por interesses geopolíticos, em especial dos cinco Estados detentores do poder de veto; a ausência de remédio jurídico para Estados (estes ainda podem acionar a CIJ), organizações e indivíduos que tenham tido direitos violados por resoluções vinculantes do Conselho de Segurança; e o fato de que a ambiguidade e a seletividade desprestigiam e desvalorizam o Direito Internacional dos Direitos Humanos²⁴.

4 A ATUAÇÃO DA ONU NA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NA EMPRESA

Com o processo de globalização, que teve seu apogeu na década de 1990, até a onda mais atual da chamada globalização corporativa (RUGGIE, 2017, p. 17, *apud* PIOVESAN; GONZAGA, 2019, p. 11), as empresas multinacionais têm crescido de maneira singular, alcançando cada vez mais espaço e poder, muitas vezes ultrapassando os valores dos PIBs (Produto Interno Bruto) de diversos países, inclusive os mais desenvolvidos e os mais populosos. Esta globalização, aliada ao processo internacionalização dos direitos humanos, causa impactos não só políticos e econômicos, mas também sociais e culturais, o que tornou necessária uma maior atenção aos direitos humanos nas relações empresariais.

Desse modo, os sistemas de proteção dos direitos humanos passaram a também dedicar esforços à busca pelo respeito às liberdades fundamentais e aos direitos humanos na seara empresarial.

24 As propostas feitas na Conferência de Viena para melhorar o tratamento dos direitos humanos pelo Conselho de Segurança, bem como de ampliar o número de membros permanentes foram rejeitadas, o que, para RAMOS (2012, p.148), pode ser apontado como um dos motivos para a necessidade de uma reestruturação de todo o sistema onusiano de proteção.

Isto porque a cada dia se observam novas formas de se empreender e a crescente importância (e impacto) da atividade empresarial na sociedade. Portanto, necessário se faz que, independente do tipo de empresa, porte ou forma societária, os princípios e normas nacionais e também aqueles provenientes de acordos ou tratados internacionais, bem como dos costumes e princípios gerais de direito internacional – estejam eles ou não no campo dos direitos humanos – sejam observados no âmbito dos negócios.

Pertencente ao rol dos direitos transindividuais relativos à solidariedade, o desenvolvimento é direito pertencente não apenas às nações e às pessoas físicas, mas também às sociedades empresariais – é um direito dos povos como um todo. Embora ainda não exista convenção internacional própria que obrigue as sociedades empresariais a agirem conforme os direitos fraternais, o que órgãos internacionais como a Organização das Nações Unidas, por meio do mecanismo extraconvencional de proteção, têm proposto é que este desenvolvimento aconteça sem que se olvidem os outros direitos fundamentais existentes, em especial a dignidade humana. Os Objetivos do Milênio (ODM)²⁵ e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da ONU, por exemplo, buscam atuar na proteção aos direitos humanos na empresa com vistas a alcançar o êxito das instituições ao mesmo tempo em que se reduzem as desigualdades sociais e se respeita o meio ambiente²⁶.

25 NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL - ONU BR. **A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/sobre/>. Acesso em: 21 de jun. de 2020.

26 Nesse sentido, destacam-se alguns dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU, a saber: “Objetivo 8: promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos. Objetivo 9: construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação. [...] Objetivo 12: Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis”. (NAÇÕES UNIDAS)

Uma nova maneira de se encarar a atividade empresarial surge na contemporaneidade, em que a obtenção de lucro não é o único objetivo do empreendedor. As empresas que desenvolvem uma cultura de respeito aos direitos humanos e ao meio ambiente tendem a conseguir maior respeitabilidade social, gerando, como conseqüência, uma maior probabilidade de sucesso. Assim, necessário se faz observar e verdadeiramente concretizar princípios há muito previstos, como o da função social da propriedade²⁷, mais especificamente da empresa, que deve atuar no mercado não apenas com vistas à obtenção de lucros, mas visando também a cumprir seu papel na prestação de serviços e na produção de bens úteis à sociedade, na melhoria das condições de vida de seus clientes, sócios e empregados e no respeito e conservação do meio ambiente e da dignidade da pessoa humana, sobrepondo o valor humano ao patrimonial.

É inegável a importância da livre iniciativa, concorrência e atuação empresarial, desde que não se perca de vista a cidadania, com foco nos direitos mais essenciais, tais como a dignidade humana e a função social da empresa. Toda atividade empresarial tem relevância social e deve buscar contribuir para a construção de uma sociedade melhor. Todavia, nos últimos anos, tem se observado acentuado declínio da liberdade democrática no mundo, conquistada a duras penas especialmente após as duas Grandes Guerras e a Declaração Universal de 1948. Hoje, apenas cerca de 40% dos países são efetivamente livres, detentores de verdadeira democracia – regime de governo mais compatível com os direitos

27 No âmbito brasileiro, o inc. XXIII do art. 5º da Constituição federal de 1988 destaca: “a propriedade atenderá a sua função social”. Corrobora o art. 170 também da Magna Carta: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III – função social da propriedade” (BRASIL, 1988). A empresa, destarte, sendo propriedade particular, deve observar o princípio da função social.

humanos (PIOVESAN; GONZAGA, 2019, p. 14). E a desigualdade sócio-econômica se acirra cada dia mais: uma ínfima percentagem da população mundial detém mais riqueza que mais da metade das pessoas do globo.

Importante observar que o crescimento da atividade empresarial tanto pode ser positivo, ao trazer e produzir riquezas nos mais diversos países, como também pode impactar negativamente no meio ambiente, nas relações trabalhistas e na exploração de pessoas de regiões mais vulneráveis. O Direito Internacional dos Direitos Humanos, dada esta conjuntura, torna-se de suma importância na tarefa de regular a atividade das empresas através do *compliance*, ou seja, a atuação empresarial em conformidade com os princípios e normas fundamentais nacionais e internacionais²⁸.

4.1 As iniciativas globais de proteção aos direitos humanos na empresa

Com o surgimento de relações mais complexas que a tradicional Estado-indivíduo, em que se observam problemas entre instituições particulares e comunidades ou grupos mais vulneráveis, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, através principalmente das ações do sistema universal de proteção, volta seu olhar para a atuação dos agentes econômicos. Aqui, vale destacar as Diretrizes da OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico), a criação do UNCTC (Centro sobre Empresas Transnacionais da ONU), e a adoção pela OIT da Declaração Tripartida de Princípios Relativos a Empreendimentos Nacionais

28 DURÃO e VASCONCELOS (2019, p. 4) trazem uma precisa conceituação acerca da atuação em *compliance*: “Logo, o termo *compliance* expressa uma ideia de estar de acordo com as regras, com o atendimento preventivo do regramento por parte das empresas objetivando que se evite uma futura punição pela prática de atos em desconformidade com o ordenamento jurídico”.

e Política Social, todos com fulcro de encorajar o respeito aos direitos humanos pelas empresas e regular a atividade empresarial para que o desenvolvimento ocorra sem descuidar da dignidade humana, já na década de 1970.

Nas duas décadas seguintes, dado o vertiginoso crescimento de muitas empresas, em especial as transnacionais, cresceram também as denúncias da sociedade civil com relação aos impactos ambientais, desrespeito aos trabalhadores e violação dos direitos humanos pelas empresas, culminando nos anos 2000 com uma maior cobrança pela responsabilidade social empresarial ou RSE (PIOVESAN; GONZAGA, 2019, p. 16). Algumas empresas passaram então a aderir voluntariamente a iniciativas que buscavam ressignificar a atividade empresarial com vistas a alcançar um bem-estar mais amplo na sociedade, tais como o Pacto Global das Nações Unidas e a ISO 26000²⁹.

Dado o caráter voluntário de tais ações, não havia real vinculação ou punição por desrespeito (não se estabeleciam sanções por descumprimento), embora tenham representado grande papel na criação de uma cultura de cidadania empresarial – aqueles que não seguiam tais diretrizes passaram a ser mal vistos pela sociedade, o que acabou por tornar obrigação o que antes era tido por diferencial –, passando a ser interessante para as empresas adotá-las.

Em solo brasileiro, o PNDH-3 (Terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos), instituído por decreto em 2009³⁰ e atualizado

29 A Organização Internacional de Normalização ou ISO foi criada em 1946 com sede em Genebra, na Suíça, e abarca organismos de normalização de cerca de 160 países, objetivando a criação de normas que facilitem o comércio e promovam boas práticas de gestão, avanços tecnológicos e disseminação do conhecimento. (INMETRO)

30 BRASIL. Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm. Acesso em: 21 de jun. de 2020.

em 2010³¹, trouxe ao nosso ordenamento uma série de ações programáticas, prevendo os responsáveis pelas ações e os possíveis parceiros nesse intento, numa verdadeira política de Estado, e não só de governo (ADORNO, 2010, p. 10, *apud* SCABIN; ACCA, 2017, p.12), na temática dos direitos humanos. O PNDH-3 propôs também um Código de Conduta, nos moldes do publicado pelo UNCTC em 1974, que nunca chegou a ser aprovado pelo Conselho de Segurança da entidade.

4.2 Os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos

A preocupação com a observância dos direitos humanos nas empresas fez com que as discussões a esse respeito evoluíssem, culminando com a publicação em 2011 pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU dos 31 Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos (PO's), que constituíram a primeira normativa internacional nesta seara, em busca de uma globalização socialmente sustentável, e se situam no sistema de proteção onusiano como mecanismo extraconvencional de proteção. Os países aderentes (voluntariamente) a essas iniciativas passaram a ter, então, o dever de implementar tais políticas e cobrar seu cumprimento pelas empresas neles sediadas ou operantes.

Propostos por John Ruggie, Representante Especial sobre Impactos dos Negócios nos Direitos Humanos da ONU a partir da Matriz de Medidas Essenciais para a Promoção dos Direitos Humanos na Perspectiva do Trabalho Decente, esses Princípios Orientadores se baseiam nos pilares Proteger, Respeitar e Remediar (CONNECTAS, 2011, p. 2) que já haviam sido publicados em 2008 pelo Conselho de

31 BRASIL. Decreto nº 7.177, de 12 de maio de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7177.htm#art1. Acesso em: 21 de jun. de 2020.

Direitos Humanos da organização, numa tentativa de preencher as lacunas de governança geradas pela globalização³².

Entretanto, importante ressaltar que, embora adotados por 193 países, dentre eles o Brasil, os Princípios Orientadores ainda não possuem caráter próprio e força normativa de Tratado Internacional³³. O debate e a cobrança, portanto, ainda devem prosseguir.

Nesta mesma linha estão os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, propostos pela ONU em 2015, e que reconheceram o setor privado como um ator social relevante no que diz respeito aos direitos humanos. Os ODS tiveram grande importância ao oferecer parâmetros de organização de políticas públicas, e embora as obrigações contidas nos POs não dependam deles, existe um marcante reforço mútuo. Os Princípios Orientadores criam uma plataforma comum de ação e responsabilidade para Estados e empresas, e fornecem clareza aos Estados sobre seus deveres, garantindo acesso a remédios efetivos e orientações práticas para as empresas. Reafirmam ainda os direitos elencados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), todos ratificados pelo Brasil.

Primeiro pilar dos Princípios Orientadores, o dever de Proteger é norma de conduta para o Estado, incluindo medidas legislativas, administrativas e judiciais com vistas à proteção dos direitos

32 Com os Princípios Orientadores, não foram criados direitos humanos novos – os quais já estão postos e são internacionalmente reconhecidos – mas novas obrigações para Estados e empresas. Estabelecendo que os direitos humanos são o limite mínimo a ser observado pelos negócios, os POs se diferenciam da RSE por se tratarem de norma social não opcional e não filantrópica, trazendo uma profunda mudança de paradigma, embora a RSE tenha legado sua importância ao reforçar os impactos positivos da atuação das empresas que a ela aderiram.

33 Exemplo disso é o Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018, que institui no Brasil as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, mas declara, já em seu primeiro artigo, no §2º, que as “Diretrizes serão implementadas voluntariamente pelas empresas” (BRASIL, 2018).

humanos. O Estado deve elaborar leis e políticas públicas coerentes com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, os quais devem permear também os negócios realizados através de empresas estatais e de economia mista, ou ainda de empresas privadas com as quais o Estado mantenha negócios ou que prestem serviço público por meio de concessão ou delegação, como as empresas de telefonia e saneamento. Não existe fórmula única de implementação dos POs, o que pode ser considerado um aspecto positivo, no sentido de que é possível aplicá-lo nos mais diversos Estados, atendendo às peculiaridades de cada um deles. Proteger seria, pois, a responsabilidade estatal por orientar, regulamentar, fiscalizar e punir empresas que desrespeitem os direitos humanos; inclui também atuação comercial estatal e processamento de licitações em conformidade com tais princípios³⁴.

150

Já o segundo pilar dos Princípios Orientadores traz o dever de Respeitar, direcionado às empresas, com a obrigação de não violarem os direitos humanos, independentemente da capacidade que o Estado tenha em Proteger. As empresas devem enfrentar todos os impactos causados à seara dos direitos humanos (em toda a sua cadeia de produção) em cuja causa tenham algum envolvimento – a magnitude e complexidade dos meios utilizados para este fim irá variar conforme o tamanho, setor, contexto e estrutura da empresa em questão. O pilar Respeitar, por consequência, seria a respons-

34 O Estado deve estabelecer e cobrar a conduta esperada das empresas; aproveitar a estrutura de governança para assegurar o respeito aos direitos humanos, aproveitando também a Diretoria das empresas como veículo para o respeito a esses direitos, inclusive através da contratação de especialistas na área para atuar em suas operações; e ainda determinar metas claras que possam sofrer auditorias (as chamadas *due diligence*) e garantir que as organizações privadas cooperem com os mecanismos de denúncia, remediem os danos causados e não obstruam a justiça nas investigações de irregularidades. Ao Estado cabe, ademais, o dever de garantir o respeito aos direitos humanos em zonas de conflito e de agir em consonância com esses direitos no contexto dos negócios.

abilidade das empresas de atuar com respeito aos direitos humanos e evitar conseqüências negativas decorrentes de suas atividades, valendo para todas as atividades empresariais, independentemente de localização, porte ou contexto em que atuam, mas levando em conta suas peculiaridades. O respeito aos direitos humanos pelas empresas deve ser visto como obrigação e não como filantropia.

O terceiro e último pilar dos POs é o dever de Remediar os danos causados pela atividade empresarial no âmbito nos Direitos Humanos, garantindo às vítimas dessas violações os meios para acesso a mecanismos de reparação eficazes. Este pilar decorre diretamente do dever de Proteger do Estado, mas também se aplica às empresas, que devem propiciar meios eficientes de denúncia de atos e fatos atentatórios aos direitos humanos, bem como controlar os impactos causados pelo empreendimento e reparar os danos a que der causa. Os POs relativos ao dever de Remediar são operacionalizados através das vias estatais judiciais e extrajudiciais e das vias não-estatais de denúncia. O pilar Remediar, portanto, trata do estabelecimento de mecanismos de reparação às vítimas das violações dos direitos humanos pelo Estado (através de atividades legislativas, judiciais e administrativas) e também pelas empresas, disponibilizando meios para denúncia de violações e reparando danos que tenha causado ou para os quais tenha concorrido.

Em matéria de direitos humanos, as empresas têm responsabilidade sobre os trabalhadores, a cadeia produtiva e o entorno de onde atua, seja nacional ou internacionalmente. Nesse sentido, é vedado o trabalho forçado, infantil e escravo; a discriminação e a desigualdade entre os trabalhadores; o desrespeito às normas de segurança e saúde do trabalho e ao avençado em negociações coletivas. A empresa deve ainda buscar nas relações comerciais de sua cadeia produtiva o respeito aos direitos humanos, evitando parcerias com outras empresas que sejam violadoras dos mesmos. Final-

mente, devem procurar reduzir os impactos negativos de suas atividades nas comunidades em que se firmam, evitando o aumento de violência, trânsito e poluição em seu entorno, por exemplo³⁵.

A promoção dos direitos humanos na empresa começa pela valorização da igualdade e das ações afirmativas, dando azo a uma cultura de paz, tolerância e respeito à diversidade, e vai até o dever de publicidade e transparência de suas ações. Essas atitudes reduzem inclusive os litígios e sanções judiciais, econômicas e governamentais e melhoram a imagem da empresa no mercado, atraindo melhores e mais comprometidos colaboradores e lucrando mais, pois ganha a preferência de parceiros e consumidores.

A cada dia, a empresa cidadã, que respeita o meio ambiente e os direitos humanos e cumpre seus códigos de ética e conduta, bem como as orientações emanadas por organizações não governamentais e pela ONU, tem maior possibilidade de crescimento, respeito e longevidade no mercado. Assim, o sistema onusiano, em especial através de seu mecanismo extraconvencional de proteção dos direitos humanos, tem demonstrado importante e promissora atuação na seara empresarial.

35 A atuação dos bancos e demais instituições financeiras públicas e privadas detém papel importante no pilar do respeito aos direitos humanos. Estas instituições devem procurar condicionar a concessão de empréstimos ao comprometimento com os direitos humanos, aplicar sanções comerciais às empresas que não agirem em conformidade (*compliance*) e investir em iniciativas sociais e de desenvolvimento sustentável. As demais empresas, por sua vez, devem promover os direitos humanos e prevenir violações aos mesmos. A prevenção inclui medidas e estudos prévios de riscos socioambientais da atividade empresarial (PIOVESAN; GONZAGA, 2019, p. 24). Além disso, os empreendimentos devem se comprometer a prestar contas (ação conhecida no meio empresarial como *accountability*) dos impactos de sua cadeia produtiva, ainda que não tenha concorrido para gerá-los, colocando à disposição da comunidade meios para se fazer denúncias, críticas e sugestões.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente artigo, foram explanados os aspectos gerais pertinentes à internacionalização dos direitos humanos, em especial à sua proteção no âmbito empresarial, com vistas a explorar, descrever e aprofundar a temática do sistema onusiano de proteção aos direitos humanos na empresa. Não obstante tal demonstração geral, este estudo chegou aos resultados intermediários que se seguem.

A internacionalização dos direitos humanos desenvolvida ao longo do século XX e especialmente ampliada após a comoção mundial com os horrores perpetrados pelo holocausto nazista se configurou na busca por uma maior cooperação entre os Estados em busca de paz e segurança e da proteção aos direitos humanos e liberdades fundamentais. Originada do Direito Humanitário, da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho, a internacionalização dos direitos humanos se expandiu com a criação da Organização das Nações Unidas e a publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e se consagrou com a Conferência de Viena de 1993.

O processo de internacionalização propiciou a criação de sistemas de proteção dos direitos humanos, no âmbito regional e em especial a nível global, com o sistema onusiano ou universal. Este sistema conta com mecanismos convencionais (provenientes de tratados e convenções internacionais) e extraconvencionais (exercidos por meio de Resoluções da ONU e de seus mais diversos órgãos) de proteção aos direitos humanos. Dentro do mecanismo extraconvencional onusiano, destaca-se sua atuação na proteção dos direitos humanos nas atividades empresariais.

O crescimento e impacto da atuação empresarial decorrente da globalização chamou a atenção da comunidade internacional para as violações de direitos humanos nesta seara, o que gerou im-

portantes iniciativas no sentido de se buscar o respeito aos direitos humanos no mundo dos negócios. Dentre as iniciativas globais, destacam-se a criação do Centro sobre Empresas Transnacionais das Nações Unidas, o movimento de Responsabilidade Social Empresarial, a publicação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e dos Objetivos do Milênio e, por fim, a divulgação dos Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos da ONU.

Afinal, chegou-se à conclusão de que a internacionalização dos direitos humanos, com a criação do sistema onusiano de proteção e seus mecanismos, propiciou o surgimento de diversas iniciativas com vistas à proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais no âmbito da atividade empresarial, causando impacto positivo e promissor no campo do respeito à dignidade humana pelas empresas.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sergio. História e desventura: o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 86, p. 5-20, Mar. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002010000100001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 28 de jun. de 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19 de jun. De 2020.

_____. **Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm. Acesso em: 21 de jun. de 2020.

_____. **Decreto nº 7.177, de 12 de maio de 2010**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7177.htm#art1. Acesso em: 21 de jun. de 2020.

_____. **Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9571.htm. Acesso em: 22 de jun. de 2020.

CONNECTAS. **Empresas e direitos humanos - parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar: relatório final de John Ruggie**. Disponível em: <https://www.conectas.org/publicacoes/download/empresas-e-direitos-humanos-parametros-da-onu>. Acesso em: 21 de jun. de 2020.

DURÃO, Pedro. **Licitações Públicas**. Aracaju: DireitoMais, 2018.

DURÃO, Pedro; VASCONCELOS, Luã Silva Santos. *Compliance* empresarial e preceitos da OIT: perspectivas de Direitos Humanos na Empresa. In: **Congresso Internacional Dimensões dos Direitos Humanos**, 5., 2019, Porto.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

INMETRO. **O que é ISO?** Disponível em: http://www.inmetro.gov.br/qualidade/responsabilidade_social/o-que-iso.asp. Acesso em: 17 de ago. de 2020.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal)**. Curitiba: Apris, 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL- ONU BR. **A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/sobre/>. Acesso em: 21 de jun. de 2020.

_____. **Como funciona**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/como-funciona/#verticalTab4>. Acesso em: 15 de ago. de 2020.

_____. **Conheça os novos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/amp/>. Acesso em: 21 de jun. de 2020.

_____. **Conselho de Direitos Humanos aprova princípios orientadores para empresas**, 17 de jun. de 2011. Disponível em: <https://naco>

esunidas.org/conselho-de-direitos-humanos-aprova-principios-orientadores-para-empresas/#:~:text=Os%20Princ%C3%ADpios%20Orientadores%20para%20Empresas,a%20neg%C3%B3cios%20e%20direitos%20humanos. Acesso em: 17 de ago. de 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoriana. Empresas e direitos humanos: desafios e perspectivas à luz do direito internacional dos direitos humanos. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 31, n. 1, p. 11-28, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RICCITELLI, Antonio. **Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed., rev. Barueri: Manole, 2007.

SCABIN, Flávia; ACCA, Thiago dos Santos. **Implementando os princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos da ONU: o dever do Estado de proteger e a obrigação das empresas de respeitar os direitos humanos**. Brasília: 2017.

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A INFLUÊNCIA DA RAZÃO PÚBLICA NOS JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONSONÂNCIA COM JOHN RAWLS

*Jacqueline Taís Menezes Paez Cury**

Resumo

O presente artigo tem por objetivo elucidar se ocorre a influência da razão pública nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, com embasamento nas concepções de John Rawls, perpetrando uma análise doutrinária e jurisprudencial particularizada. Portanto, a finalidade é analisar a acuidade das fundamentações dos julgamentos do STF, o genuíno “Guardião da Constituição” e se esta possui conexão direta com o pensamento rawlsiano que propõe uma concepção razoável de justiça política a partir de um senso de justiça suficientemente equitativa.

Palavras-chave: influência; razão pública; julgamentos do Supremo Tribunal Federal; justiça política; equidade.

* Mestranda do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Sergipe - UFS, sob a orientação do Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UniFG. Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT (2012). Bolsista da CAPES. E-mail: jacquelinecuryadvocacia@gmail.com.

O presente trabalho foi realizado com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - (Brasil) CAPES - Código de Financiamento 001.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O presente artigo busca elucidar as ideias centrais da razão pública preconcebida por John Rawls e se realmente há uma legítima influência nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, vez que a ideia de razão pública está pautada na concepção política de justiça que traz em seu bojo princípios de justiça, escolhidos na posição original por representas racionais e objetiva promover o bem comum.

Deste modo, ao adotar como referência uma justiça como equidade, uma política que melhor condiz com as condições sociais existentes, o pluralismo do razoável, o princípio da legalidade e o Estado Democrático de Direito, norteadores da razão pública de John Raws surge o seguinte questionamento: o pensamento rawlsiano pode influenciar os julgamentos do Supremo Tribunal Federal no tocante a construção da própria razão pública?

Para isso, será apresentada neste artigo primeiramente algumas ideias propostas por John Rawls, tais como: a ideia razão pública na sociedade política, as razões não públicas, o conteúdo de razão pública, a concepção de justiça (teoria da justiça), a concepção política, o ideal de cidadania, o liberalismo político, a justiça como equidade, os valores fundamentais, os princípios substantivos, as indagações políticas, entre outros.

Em seguida, cabe analisar se a razão pública na matriz rawlsiana fornece alguma forma de argumentação apropriada para o Supremo Tribunal Federal desempenhar seus julgamentos de forma justa, equitativa e racional.

Desta forma, a análise do arcabouço da razão pública será o caminho para descobrir se há razão pública no poder coercitivo dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal ou se está restrita somente aos cidadãos livres, iguais e cooperativos entre si, visto que o

poder público deve ser exercido em consonância com os preceitos constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

2 A IDEIA DE RAZÃO PÚBLICA

A ideia de razão pública encontra-se presente na obra *O Liberalismo Político* publicada em 1993 pelo americano John Rawls. De acordo com o autor, a ideia de razão pública cria uma concepção ideal de cidadania para uma democracia, demonstra como as coisas devem ser, considerando as pessoas tais como uma sociedade justa e bem-ordenada as encorajaria a ser (RAWLS, 2000a).

A razão pública é a razão de cidadão iguais que, enquanto corpo coletivo, exercem um poder político final e coercitivo uns sobre os outros ao promulgar leis e emendar sua constituição.” (RAWLS, 2000a, p. 263). Os objetos da razão pública são o bem do público e a justiça, diferentemente dos regimes aristocráticos e autocráticos (RAWLS, 2000a).

Uma sociedade justa e bem-ordenada constitui um sistema de cooperação social equitativa que desagua na ideia de reciprocidade ou de mutualidade entre pessoas livres e iguais em prol de todos os cidadãos. Rawls (2003), explica que a concepção de pessoa é dotada de uma personalidade moral, normativa e política e não metafísica, é criada sob o prisma da interpretação de textos políticos históricos, tais como: Constituições e Declarações de Direitos Humanos.

Ele considera que as pessoas são iguais e livres, porque possuem “a faculdade moral (assim como a capacidade de argumentação, de pensamento e de julgamento que lhes são associadas), a saber um senso de justiça e uma concepção do bem.” (RAWLS, 2000b, p. 231).

Enquanto, “o senso de justiça é a capacidade de aprender, aplicar e respeitar nos seus atos a concepção pública de justiça que caracteriza os termos de cooperação equitativa.” (RAWLS, 2000b,

p. 216). A concepção do bem consiste num sistema [...] de fins que queremos concretizar por eles mesmo, assim como laços com outras pessoas e compromissos em relação a diversos grupos e associações.” (RAWLS, 2000b, p. 216).

São iguais, porque todos possuem um senso de justiça e capacidades morais, dentro de um grau mínimo essencial, para que possam cooperar e participar da sociedade como cidadãos iguais na cultura política pública da sociedade democrática, exceto se estas pessoas ainda estão ligadas a sua filiação religiosa anterior. Ressalta-se que na discussão política não há espaço para opiniões religiosas (RAWLS, 2003).

Além disso, Rawls (2003) salienta que os cidadãos são livres na proporção que se consideram assim como consideram os outros, donos da capacidade moral de ter uma concepção do bem, de rever e racionalmente modificar esta concepção afirmada num determinado momento. Portanto, as mudanças que podem ocorrer no tempo não afetam a identidade pública como pessoas livres.

Ademais, os cidadãos consideram a si mesmo como livres porque se auto intitulam fontes de reivindicações legítimas para promover as suas concepções do bem. Estas reivindicações, devem ser compatíveis com a concepção política de justiça e valem independentemente de se originarem de deveres e obrigações oriundos da concepção do bem, como por exemplo, de direitos e deveres para com a sociedade (RAWLS, 2003).

A democracia abrange uma realização política, entre cidadãos na sociedade, e portanto, a partir dessa premissa podemos considerar que os estes são parte de uma sociedade política que tem uma forma de tomar as suas decisões, seja através da articulação de seus planos, da colocação de seus fins numa ordem de prioridade ou de tomar suas decisões de acordo com esses procedimentos.

Segundo, John Rawls a razão da sociedade política constitui a forma, assim como a capacidade intelectual e moral para realização desta, cujo objetivo é o bem do público (RAWLS, 2000a). O termo razão também é utilizado por outros doutrinadores com um sentido similar ao trazido por Rawls, Nelson Saldanha (2005), por exemplo, a razão se desdobra como aptidão do pensar e do saber: antes mesmo de tomar forma como autoconsciência, o espírito tende a organizar-se como ciência.

Na visão de Rawls, a razão não é exclusividade da sociedade política, pois um agente racional e razoável, seja um cidadão, uma família, uma associação ou mesmo uma confederação de sociedades políticas, também faz parte desta lista. Isso porque, a razão dos cidadãos iguais e livres numa democracia é a própria razão pública.

O ideal de razão pública aplica-se aos cidadãos que atuam na argumentação política no fórum público e por isso, também aos membros dos partidos políticos, aos candidatos em campanha, aos seus apoiadores e até a forma pelo qual o cidadão deve votar nas eleições (RAWLS, 2000a).

Contudo, nem todas as razões são razões públicas, pois temos as razões não-públicas de igrejas, universidades, sociedades científicas, grupos profissionais e de muitas outras associações da sociedade civil (RAWLS, 2000a). As razões não públicas fazem parte de uma “cultura de fundo”, não são privadas e sim sociais.

Embora existam diversas razões não-públicas, só há uma razão pública. Observa-se que há uma dualidade de razões, temos assim as razões não-pública (poder não-público) em contraposição à razão pública (poder público coercitivo).

Um exemplo de poder não-público seria a liberdade de consciência quanto a livre aceitação de autoridade eclesiástica, já um exemplo de poder-político seria sobre a possibilidade de uma auto-

ridade do Estado, ser aceita ou não, esta por sua vez não pode ser livremente aceita.

O “ideal de cidadania” não impõe o dever legal e sim o dever moral de ser capaz de explicar aos outros a base de suas ações como, por exemplo, os princípios e políticas que se defende e nos quais se vota, de modo que a base de suas ações seja razoavelmente aceita por estar de acordo com a liberdade e igualdade dos cidadãos.

Esse dever moral também implica a disposição de ouvir os outros e decidir quando é razoável que se façam ajustes para conciliar os próprios pontos de vista com os dos outros, a expectativa é diminuir as diferenças que existem entre ideias políticas em conflito (RAWLS, 2000a, 2000b), por meio de um acordo livre e sem coação.

O ideal de cidadãos governado a si mesmos resulta da união do dever de civilidade com o dever político e sustenta-se pelas doutrinas majoritárias que são defendidas por pessoas razoáveis. É inegável que a liberdade de expressão exerce um importante papel para a consolidação da justiça como equidade tão essencial à democracia.

Em relação ao “liberalismo político”, este está baseado na hipótese de que direitos, deveres e valores tem peso suficiente para que os limites da razão pública sejam justificados pelas avaliações das doutrinas majoritárias razoáveis, afastadas a concepção de justiça.

A ideia de razão pública estabelece que os cidadãos sejam capazes de explicar seu voto uns aos outros embasado no equilíbrio razoável de valores públicos reconhecido por todos, ou seja, oferece uma visão sobre o voto a respeito de questões fundamentais que não aceita as concepções comuns do voto como uma questão privada ou até pessoal (RAWLS, 2000a).

O recurso da argumentação precisa respeitar os conceitos primordiais, os princípios da razão juntamente aos critérios de correção e justificação, para não correr o risco de se tornar um recurso meramente retórico. As formas de argumentação de modo algum

devem utilizar-se do sofismo, mas devem basear-se tão somente na verdade aceita pelos cidadãos.

A “concepção da Justiça”, também chamada por Rawls de “Teoria da Justiça como Equidade”, é política, razoável e está embasada em ideias políticas fundamentais de uma sociedade democrática e não representa a aplicação de uma concepção geral de justiça, tampouco de uma concepção moral geral à Estrutura Básica da sociedade (RAWLS, 2000a, 2003) e, portanto, está dissociada a qualquer doutrina religiosa, filosófica ou econômica.

A teoria da justiça como equidade retoma a doutrina do Contrato Social [de Rousseau], o qual é estabelecido um acordo entre cidadãos que não tem o direito de conhecer sua posição social e com um sentido figurado afirma-se que os cidadãos encontram-se por trás de um véu da ignorância, ou seja, os parceiros não tem o direito de saber a sua posição social, encontram-se numa posição original que é um procedimento de apresentação que serve para unificar as convicções mais ponderadas e aproximá-las umas das outras com o intuito de consolidar um acordo recíproco maior e uma melhor compreensão dos indivíduos, onde são eliminadas quaisquer desigualdades (RAWLS, 2000b).

Neste acordo mútuo entre os cidadãos, devem ser respeitadas as seguintes condições: todos são politicamente livres e iguais, de modo que não se admite que alguns tenham mais trunfos do que os outros na negociação e devem ser excluídas qualquer ameaça de força, coação, logro e de fraude (RAWLS, 2000b).

A “Teoria da Justiça como Equidade” visa em especial a aplicação na Estrutura Básica de uma Democracia Constitucional, também denominada Regime Democrático, ou seja, a referida teoria é elaborada de forma a se aplicar exclusivamente a Estrutura Básica da sociedade, cujas instituições (políticas, sociais e econômicas) formam um sistema unificado de cooperação social equitativa (RAWLS,

2000a). Esta teoria parte da ideia de que todos os cidadãos estão de acordo com esse sistema equitativo de cooperação (RAWLS, 2003).

Rawls (2003, p. 14), em sua obra *Justiça como Equidade* esclarece e exemplifica o que seria essa Estrutura Básica, vejamos:

A estrutura básica da sociedade é maneira como as principais instituições políticas e sociais da sociedade interagem formando um sistema de cooperação social, e a maneira como distribuem direitos e deveres básicos determinam vantagens provenientes da cooperação social no transcurso do tempo. A Constituição política, as formas legalmente reconhecidas de propriedade e a estrutura da economia (na forma, por exemplo, de um sistema de mercados competitivos com propriedade privada dos meios de produção), bem como, de certa forma, a família, tudo isso faz parte da estrutura básica.

Segundo Rawls (2000a), o “conteúdo da razão pública” não é fornecido pela moralidade política, mas é dado por uma concepção política de justiça e divide-se em duas partes: os Princípios de justiça para a estrutura básica (os valores políticos da justiça, ou seja, os valores da liberdade e da igualdade) e as diretrizes de indagações em combinação com as concepções de virtude que tornam a razão pública possível (os valores políticos da razão pública). Deste modo, o conteúdo da razão pública explicita e assegura a liberdade e a igualdade aos cidadãos.

A partir daí, torna-se evidente que os “Valores Políticos Fundamentais” se dividem em: valores de justiça política (ligados aos princípios de justiça) e os valores da razão pública (ligados as diretrizes de indagação). Conforme Rawls (2000a), todo equilíbrio de valores políticos de um cidadão deve ser razoável do ponto de vista dos outros cidadãos e esses valores devem orientar suas discussões fundamentais, dentro daquilo que cada qual considera uma concepção política.

As diretrizes de indagação devem julgar se os princípios de justiça estão devidamente aplicados e identificar as leis e políticas que os cumpram da melhor maneira possível (RAWLS, 2000a), de modo que o “Princípio Liberal da Legitimidade” é a melhor ou talvez a única forma de especificar estas diretrizes.

É importante não confundir o “Princípio da Legitimidade” com o “Princípio da Liberdade Política”. O “Princípio da Legitimidade” consiste em viver politicamente como os outros à luz de razões que se possa esperar que todos possam aceitar (RAWLS, 2000a).

Enquanto, o “Princípio da Liberdade Política” constitui o exercício do poder político coercitivo de acordo com uma Constituição, cujos elementos essenciais se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos endossem, à luz de princípios e ideais aceitáveis para eles, enquanto razoáveis e racionais (RAWLS, 2000a). Um exemplo deste último, seria o voto como uma forma dos cidadãos exercerem uns sobre os outros o poder político coercitivo.

Na “Justiça como Equidade” as diretrizes de indagação e os princípios de legitimidade tem a mesma base dos princípios substantivos da justiça, as partes ao adotar os princípios de justiça, também devem adotar as diretrizes e os critérios da razão pública para a aplicação desses princípios (RAWLS, 2000a).

Enquanto doutrina política, o “liberalismo político” é uma categoria de definições que adota muitas formas, dependendo dos princípios usados e da forma pela qual as diretrizes de investigação são estabelecidas. Essas formas têm em comum princípios de justiça que são liberais e uma ideia de razão pública (RAWLS, 2000a). Além disso, “o liberalismo pressupõe que num Estado Democrático de Direito existem necessariamente concepções do bem em conflitos incomensuráveis entre si.” (RAWLS, 2000b, p. 232).

A questão da boa-fé é evidenciada por Rawls (2000a), quando ele afirma que os cidadãos devem fazer uso dela ao explicar um cri-

tério acerca de que princípios e diretrizes pensam que se pode razoavelmente esperar que os outros cidadãos (que também são livres e iguais) confirmem. O termo “boa-fé” recorda a ideia de pretensão de correção ou pretensão de justiça proposta por Robert Alexy pela qual quem afirma algo eleva uma pretensão de ser verdadeiramente correto e justo (ALEXY, 2015). A diferença é que a pretensão de correção não é política e não se fundamenta na razão pública.

Os “Elementos Constitucionais Essências à Justiça” são de dois tipos: os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político, assim como, os direitos e liberdades fundamentais e iguais do cidadão.

Enquanto que a estrutura básica da sociedade tem duas funções coordenadas: na primeira estabelece e garante os direitos e liberdades fundamentais e iguais dos cidadãos e institui procedimentos políticos justos, ou seja, preocupa-se com a forma de aquisição do poder político e com os limites de seu exercício; na segunda cria as instituições de base da justiça social e econômica destinadas aos cidadãos livre e iguais. (RAWLS, 2000a).

São exemplos: os direitos e liberdades fundamentais e iguais, as liberdades de expressão e de associação e direitos e liberdades que garantem a segurança e independência dos cidadãos, como as garantias da lei, liberdades de escolha da ocupação e de movimento.

Deste modo, o maior desejo de Rawls é que numa concepção política de justiça estejam envolvidos os elementos constitucionais essenciais e questões de justiça. Assim, a cooperação política e social pode ser conservada enquanto houver: um acordo estável entre os elementos constitucionais essenciais e os procedimentos políticos estabelecidos forem considerados razoavelmente equitativos.

Uma sociedade bem ordenada também é regulada por sua concepção pública de justiça. Esse fato implica que todos tem um desejo forte e normalmente efetivo de agir em confor-

midade com os princípios da justiça. Como uma sociedade bem-organizada perdura ao longo do tempo, a sua concepção de justiça é provavelmente estável: ou seja, quando as instituições são justas (da forma definida por essa concepção), os indivíduos que participam dessas organizações adquirem o senso correspondente de justiça, e o desejo de fazer a sua parte para mantê-las. (RAWLS, 2000c, p. 505).

Nesse sentido, a teoria da justiça como equidade propõe uma solução para a criação da forma como a integração da sociedade poderia ser possível e estável e uma vez atingido o seu objetivo “e uma concepção política da justiça publicamente aceita, seja encontrada. “Nesse caso, essa concepção proporciona um ponto de vista publicamente reconhecido a partir do qual todos os cidadãos podem verificar, uns diante dos outros se as suas instituições políticas e sociais são ou não justas.” (RAWLS, 2000b, p. 211).

Diante do exposto, entende-se que Rawls busca apresentar uma concepção política como base para um acordo político voluntário entre os cidadãos livres e iguais, pautada na justiça e na razão pública, a fim de trazer as respostas razoáveis para as questões políticas fundamentais numa sociedade calejada por intensas divisões do bem contrapostas entre si.

3 A INFLUÊNCIA DA RAZÃO PÚBLICA NOS JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A ideia de razão pública também se aplica no âmbito dos três poderes: legislativo, executivo e especialmente ao judiciário, acima de tudo ao Supremo Tribunal Federal. Aos legisladores, quando falam no recinto do parlamento, ao executivo em seus atos e pronunciamentos públicos, ao judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal porque tem que explicar e embasar as suas decisões

conforme a hermenêutica da Constituição Federal e precedentes relevantes, tendo em vista a mera subsunção das normas constitucionais não é capaz de resolver todos os conflitos da sociedade democrática.

Como os atos do legislativo e do executivo não precisam ser justificados, então o papel especial da Suprema Corte faz dela um caso exemplar de razão pública, especialmente porque é função dos juízes (ministros) buscar desenvolver em suas opiniões (votos) as melhores interpretações que puderem fazer da Constituição, nos termos da concepção pública de justiça ou de uma de suas variantes razoáveis, usando seus conhecimentos daquilo que a Carta Constitucional e os precedentes constitucionais requerem. (RAWLS, 2000a).

Assim, uma concepção política de justiça abarca as questões fundamentais tratadas pela lei mais alta, além de estabelecer os valores políticos da razão pública que fornecem à suprema corte os fundamentos para a interpretação (RAWLS, 2000a).

Quando um regime constitucional prevê a possibilidade de revisão judicial, a razão pública será a razão da sua Corte Suprema como melhor intérprete judicial da Constituição, mas não como intérprete último da Constituição.

Nesse cenário, a ideologia rawlsiana, leciona que a única razão que o tribunal exerce é a razão pública, de tal forma que não existem outros valores além daqueles de caráter político. Ademais, o tribunal deve agir em conformidade com o que acredita estar sendo requerido pelos casos, práticas, tradições constitucionais e pelos textos históricos constitucionalmente significativos (RAWLS, 2000a).

Devem ser excluídos os ideias da moralidade particular do juiz e da moralidade em geral, não podem igualmente, invocar suas visões religiosas, filosóficas ou econômicas, mas tão somente os valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável

da concepção pública e de seus valores políticos de justiça e razão pública que se pode esperar que os cidadãos razoáveis e racionais apoiem (RAWLS, 2000a).

Vale ressaltar que uma concepção política de justiça (mais razoável) não determina o processo político real, mas tão somente a ideia de constituições e lei básicas justas (RAWLS, 2000a). Entretanto, Rawls (2000c, p. 4) deixa claro que “leis e instituições, por mais eficientes que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas.”

O caminho para sabermos se estamos ou não de acordo com a razão pública, pode ser trilhado através do seguinte questionamento: sob a forma de uma opinião do Supremo Tribunal nossos argumentos nos pareceriam razoáveis ou abusivos? (RAWLS, 2000a).

O papel do tribunal como instituição exemplar da razão pública deve proporcionar força e vitalidade à razão pública, através da interpretação da Constituição de forma razoável nos julgamentos sobre questões políticas fundamentais e caso falhe nessa atribuição, coloca-se no centro de uma controvérsia política que só pode ser solucionada por valores políticos da justiça e da razão pública ao tratar da questão constitucional (RAWLS, 2000a).

Segundo Rawls (2000a) existem cinco Princípios que quando somados pertencem aos valores políticos e sua razão pública, além disso, esclarecem porque o Supremo Tribunal serve como caso exemplar de razão pública. Vejamos:

- 1) A distinção entre o poder constituinte do povo (para estabelecer um novo um novo regime) e o poder ordinário das autoridades do governo e do eleitorado: O poder constituinte emana do povo e se faz necessário apenas quando o regime existente for dissolvido. Para a doutrina brasileira, o poder constituinte do povo é denominado poder constituinte originário, já o poder ordinário das autoridades e do eleitorado é chamado no Brasil de poder constituinte derivado.

- 2) Distinção entre a lei mais alta e a lei comum: a lei mais alta é a expressão do poder constituinte e da vontade do povo, ao passo que a lei comum (legislação comum) tem a autoridade do poder ordinário do legislativo e do eleitorado. A lei mais alta conduz esse poder ordinário e o limita. Em nosso ordenamento jurídico, a lei mais alta seria a Constituição Federal e a lei comum seria as legislações infraconstitucionais. Na doutrina brasileira, a lei mais alta equivale ao poder constituinte originário (soberano, absoluto e incondicionado) e instituído através de uma assembleia constituinte, já a lei comum corresponde ao poder constituinte originário (condicionado aos limites da Constituição). A lei mais alta é criada pelo povo enquanto a lei ordinária é elaborada pelo legislativo.
- 3) Uma Constituição democrática é a expressão fundada em princípios e na lei mais alta: o objetivo da razão pública é o de formular esse ideal, por exemplo, no preâmbulo da Constituição, podem ser proferidos alguns objetivos da sociedade política. O preâmbulo da Constituição Federal brasileira de 1988, também menciona alguns objetivos, verifiquemos:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

- 4) Por meio de uma Constituição democrática com um catálogo de direitos, o povo estabelece os elementos constitu-

cionais essenciais: “isso garante que as leis ordinárias sejam promulgadas de uma certa forma pelos cidadãos, enquanto livres e independentes”.

- 5) O poder supremo de um governo constitucional não pode caber ao legislativo, nem mesmo ao Supremo Tribunal, pois a Constituição é o reflexo do que o povo através de outros poderes diz que ela é e com isso permitirá a Corte Suprema dizer o que ela é, mas a Corte Suprema por si só não pode dizer o que a Constituição é (RAWLS, 2000a). Portanto, o poder supremo é limitado pela esfera dos três poderes (executivo, legislativo e judiciário). A supremacia de um único poder é repudiada. No Brasil não é diferente, os julgamentos do Supremo Tribunal Federal não se tratam de decisões deliberativas, pois devem estar devidamente pautadas nos elementos essenciais da Constituição Federal.

Observa-se que os cinco Princípios adotados por Rawls, estão em consonância com o entendimento doutrinário em nosso ordenamento jurídico, também temos uma democracia constitucional dualista, ou seja, o poder constituinte originário e o derivado, a Constituição e as leis ordinárias.

No tocante aos poderes e as denominações das leis nota-se que a diferença ocorre apenas quanto ao aspecto terminológico e o poder supremo do governo brasileiro também é limitado pelos outros poderes, tendo em vista que vivemos num Estado Democrático de Direito.

De acordo com Rawls (2000a), ainda que os limites da razão pública fossem aplicados apenas aos três poderes, se estes respeitarem a razão pública, então os cidadãos iguais teriam razões que fundamentam as decisões tomadas por aqueles.

O fato da razão pública se aplicar ao judiciário, não significa dizer que os juizes devam concordar uns com os outros (RAWLS,

2000a), tampouco que precisem raciocinar como o fictício juiz Hércules, criado por Dworkin (2007), que elabora e testa diversas interpretações opostas contra uma complexa matriz de princípios políticos e morais até chegar a uma decisão ideal.

Para Rawls (2000a), os juízes devem interpretar, assim como, devem parecer que interpretam, a mesma Constituição conforme aquilo que vêem como partes relevantes da concepção política e de acordo com o que acreditam de boa-fé que pode ser defendido dessa maneira.

A razão pública admite mais de uma resposta razoável para uma mesma indagação (questionamento) num determinado caso concreto que pode ser aceita por um cidadão livre e igual, pois existem muitos valores políticos a serem equilibrados e diversas formas de manifestá-los e não se exige a aceitação dos mesmos princípios de justiça como um acordo perfeito. Logo, insistir numa única resposta, dá margem para que outros cidadãos possam se opor alegando a utilização de uma força não-razoável contra eles” (RAWLS, 2000a).

Rawls (2000a) revela que a forma do discurso é imperfeita ou insuficiente para alcançar toda a verdade firmada na doutrina, assim como as instituições e as leis são imperfeitas, mas defende que o dever de civilidade entre os cidadãos é uma boa razão para que os cidadãos atuem de acordo com o discurso proposto.

É esperado que a resposta esteja na margem de segurança permitida por cada uma das doutrinas abarcentes e razoáveis que constituem um entendimento harmônico sobreposto (RAWLS, 2000a). Todavia, salienta-se que existem doutrinas (abrangentes e razoáveis) que não concordam com a razão pública.

Dworkin (1989), por exemplo, critica a ideia de razão pública de Rawls, em sua obra *Derechos en Sério*, ao firmar que o contrato de Rawls é hipotético e os contratos hipotéticos não constituem um

argumento autônomo que sirva de base à equidade da imposição de seu conteúdo.

Rawls (2000a), preleciona que ao aplicar a razão pública o tribunal deve, através do seu poder de revisão judicial, declarar a inconstitucionalidade da lei que seja deteriorada por interesses escusos. Portanto, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, a Corte Suprema não é antimajoritária com respeito à lei mais alta (Constituição) quando suas decisões estão razoavelmente de acordo com a Constituição, com as suas e com as interpretações politicamente determinadas. (RAWLS, 2000a).

A Constituição Federal também prevê esse mecanismo de defesa, temos a ação declaratória de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Um exemplo de aplicação da razão pública pelo STF, pode constatado no julgamento da ADI 4.578, o qual o STF julgou procedente a “lei da ficha limpa” (Lei nº135/2010), ratificando a razão pública através da aplicação dos valores políticos razoáveis e do princípio da moralidade aos casos de elegibilidade, revelado no consenso publicamente defendido pelos cidadãos brasileiros.

Portanto, a função do Supremo Tribunal não é meramente defensiva, mas é também a de dar uma existência apropriada e contínua à razão pública, ao servir de exemplo institucional (RAWLS, 2000a). Assim, uma concepção política de justiça abarca as questões fundamentais tratadas pela lei mais alta, além de estabelecer os valores políticos da razão pública que fornecem à suprema corte os fundamentos para a interpretação (RAWLS, 2000a).

Desta forma, entende-se que a razão pública é capaz de fornecer ao Supremo Tribunal Federal um procedimento racional e normativo adequado para a solução de questões políticas primordiais ao corpo coletivo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para entender se realmente ocorre a influência da ideia de razão pública proposta por Rawls nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal foi preciso primeiramente compreender a ideia de razão pública, a sua estrutura e os conceitos em torno dos elementos que constituem a sua teoria de justiça.

Neste contexto, entende-se por razão pública a capacidade dos cidadãos livres e iguais, articularem seus planos em uma ordem de prioridade, deliberarem de forma recíproca e tomarem suas decisões políticas justificadas a partir das razões compartilhadas.

É nesse contexto que se concretiza a legitimidade das decisões políticas tomadas por esse procedimento. Portanto, a razão pública não é uma questão jurídica, mas sim uma concepção ideal de cidadania, tendo em vista que a teoria da justiça como equidade (concepção de justiça) parte da premissa que a sociedade deve ser contemplada como um sistema equitativo de cooperação e por esse motivo a coletividade utiliza uma concepção do cidadão que está de acordo com essa ideia.

Ao tratar da concepção política de justiça, Rawls ensina que há dois tipos de valores: o valor da justiça política e o valor da razão pública que está ligado à categoria das diretrizes da indagação pública que possibilitam a argumentação pública a respeito das questões políticas.

No tocante às instituições básicas, Rawls afirma que estas são reguladas por dois princípios de justiça: liberdade e igualdade que seriam escolhidos na posição original por representantes racionais. Estes princípios têm o dever de atuarem em consonância com a ideia de razão pública, vez que é dela que surge o teor dos princípios de justiça que serão adotados em suas decisões políticas.

Vale destacar que as doutrinas abrangentes como religião, a filosofia, a economia e a moral não são objetos de estudo na teoria da justiça, por serem razões não-públicas que constituem a cultura de fundo da sociedade política.

Em contrapartida, o filósofo americano afirma que a razão pública não é exclusividade dos cidadãos livres, iguais, racionais e razoáveis é aplicada também aos poderes executivo, legislativo e judiciário e inclusive a suprema corte.

Esta por sua vez, é considerada por ele como exemplar da razão pública, tendo em vista que os seus julgamentos precisam ser fundamentados com base na Constituição e precedentes e que isso não acontece com os outros dois poderes.

A suprema corte, segundo Rawls, deve agir conforme os princípios e valores de justiça, nos critérios deliberativos pautados na ideia de razão pública, como forma de conservar a compatibilidade entre as normas e a Constituição e auxilia na construção de julgamentos mais justos e democráticos.

Destarte, através da análise do caso da Lei da ficha limpa julgado na ADI 4.578, observa-se que a razão pública, na erudição rawlsiana, fornece ao Supremo Tribunal Federal um raciocínio lógico em termos normativos e equitativo adequados para solução dos conflitos jurídicos e políticos constitucionais,

Por todo o exposto, verifica-se que a razão pública reflete nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que os ministros estão obrigados a justificar as suas decisões nos moldes da concepção política de justiça e de razão pública no sentido não só de defender a Constituição Federal por meio das ações declaratório de inconstitucionalidade mas também de conservação dos elementos constitucionais essenciais e da justiça equitativa.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Christiane Costa. **Direitos Políticos, Liberdade de Expressão e discurso de ódio**. Org. Rodolfo Viana Pereira. v. 1. Belo Horizonte: IDDE, 2018.
- BARCELOS, Júlia Rocha. **Direitos Políticos, liberdade de Expressão e discurso de ódio**. Org. Rodolfo Viana Pereira. v. 1. Belo Horizonte: IDDE, 2018.
- BRAGA, Renê Moraes da Costa Braga. **Direitos Políticos, liberdade de Expressão e discurso de ódio**. Org. Rodolfo Viana Pereira. v. 1. Belo Horizonte: IDDE, 2018.
- BONFIM, Vinícius Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **A razão pública conforme John Rawls e a construção**. RIL Brasília a. 54 n. 214 abr. Disponível em: Acesso em: 21 jun. 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm. Acesso em: 23 jun. 2019.
- _____. **STF. ADI 4.578**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4054902>. Acesso em: 21 jun. 2019.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito. Tradução:** Jefferson Luiz Camargo, revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MARTINS, João Victor Nascimento. **Direitos Políticos, Liberdade de Expressão e discurso de ódio**. Org. Rodolfo Viana Pereira. v. 1. Belo Horizonte: IDDE, 2018.
- RAWLS, John. **O liberalismo Político**. São Paulo: Ática, 2000a.
- _____. **Justiça e Democracia**. São Paulo, Martins Fontes, 2000b.
- _____. **Teoria da Justiça**. São Paulo, Martins Fontes, 2000c.
- SALDANHA, Nelson. **Da Teologia à Metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico**. Belo Horizonte: DelRey, 2005.
- TRAMONTINA, Robison; PARREIRA, Anny Marie Santos. **A Função da Razão Pública no STF: uma perspectiva rawlsiana**. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=03b059d4abd989c7>. Acesso em: 21 jun. 2019.
- WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.



Alessandra Cristina de Mendonça Siqueira

Amanda Greff Escobar

Antonio Wellington Brito Júnior

Carlos Alberto Menezes

Clóvis Marinho de Barros Falcão

Deise Cássia de Macêdo Silva

Flávia Moreira Guimarães Pessoa

Hilbert Melo Soares Pinto

Jacqueline Taís Menezes Paez Cury

Jussara Maria Moreno Jacintho

Lilian Bárbara Torres de Brito

Pedro Durão

Tanise Zago Thomasi

Willde Pereira Sobral