

ANO XIV
VOLUME XXIII
SEMESTRE 1-2021
ISSN:2178-3519



DIKÉ

Revista Eletrônica de Direito,
Filosofia e Política
do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito

Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito

Editoração: Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito
Ano 14, nº XXIII, 1º semestre de 2021
ISSN:2178-3519

Conselho Editorial:

Prof. Doutor José Carlos Henriques (UNIPAC) Prof. Doutor Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-Milton Campos), Prof. Doutor Bruno Camiloto Arantes (UFOP), Prof. Doutor José Luiz Furtado (IFAC/UFOP), Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho (USP), Prof. Doutor Sebastião Trogo (UFMG), Prof. Doutor Ramon Mapa da Silva (UNIPAC Itabirito), Prof. Mestre Guilherme Henrique Lage Faria (UNIPAC - Newton Paiva); Prof. Doutor Antônio Sá da Silva (UFBA)

Editores Responsáveis:

Dr. José Carlos Henriques, Dr. Ramon Mapa da Silva, Dr. Bernardo Gomes Barbosa Nogueira, Ms. Guilherme Henrique Lage Faria, Ms. Luiz Carlos Garcia e Dr. Raphael Furtado Caminate

Corpo de Pareceristas:

Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho (USP); Prof. Doutor José Carlos Henriques (Unipac Itabirito), Prof. Doutor Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-Milton Campos); Prof. Doutor Ramon Mapa da Silva (UNIPAC), Prof. Doutor Bruno Camilloto Arantes (UFOP), Prof. Rodrigo Ferreira (UNIPAC), Prof. Mestre Guilherme Henrique Lage Faria (UNIPA - Newton Paiva).

Linha Editorial

Direito, Filosofia e Política.

Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito.

Diretor Geral: Luciano Barbosa

UNIPAC-ITABIRITO

Rua Cecília de Almeida Rocha, nº 291 - Novo Itabirito, Itabirito - MG, 35450-000

E-mails: josehenriques@unipac.br;
bernardonogueira@unipac.br;

ramonmapa@unipac.br;
luizgarcia@unipac.br

Breves apontamentos sobre anarquismo e religião em Gershom Scholem.....	1
O panorama atual da judicialização da saúde no município de Governador Valadares.....	14
O protagonismo judicial e a efetivação de direitos fundamentais face a omissão legislativa no neoconstitucionalismo.....	41
O conceito inclusivo de Direito Administrativo na perspectiva do Estado Democrático de Direito	66
Direito, Deliberação e Razão: o conceito jusfilosófico de deliberação e os processos de tomada de decisão nos tribunais.....	89
Literatura, mediação e filosofia.....	101
Inseminação artificial heteróloga e conflito entre direitos ao reconhecimento de origem genética e à intimidade	110
O Juiz das Garantias e a Teoria da Dissonância Cognitiva.....	144

Breves apontamentos sobre anarquismo e religião em Gershom Scholem

*Ramon Mapa da Silva*¹

Resumo – O trabalho pretende investigar as possibilidades e limites de uma teoria do anarquismo na obra de Gershom Scholem.

Palavras-chave: Anarquismo, Teologia Política, Scholem.

Abstract – The paper aims to investigate the possibilities and limits of theory of anarchism in the work Gershom Scholem.

Keywords: Anarchism, Political Theology, Scholem.

Introdução

O historiador e teólogo judeu Gershom Scholem foi, durante toda a sua vida, um anarquista declarado. As manifestações iniciais desta posição intelectual e política podem ser vistas em suas cartas ao seu irmão Werner, um dos mais importantes representantes do comunismo alemão, no qual ele critica a organização do comunismo na Alemanha como autoritária. Scholem pensou em seu trabalho como um anarquista. Contra as tendências oficiais e conciliatórias do *Wissenschaft des Judentum* se dedicou aos estudos do misticismo judaico e heresias libertárias da diáspora, especialmente o sabbatainismo, ambos sob o signo do anarquismo. Na tentativa de pensar a revelação, o messianismo e a liberdade como categorias indissociáveis, Scholem propõe em seu trabalho quatro maneiras de pensar sobre o anarquismo. A primeira é uma forma tradicional de anarquismo, típica do século XIX, com profunda inspiração de Bakunin e Kropotkin, a segunda forma foi chamada por Eric Jacobson do anarquismo niilista, marcado por uma condenação virulenta da ação política e por uma busca por conciliação entre o movimento anarquista e o reino do Messias. Para Scholem, nesta

¹ Doutor pela UFMG, Mestre pela PUC Minas, Professor na UNIPAC Itabirito.

fase, a teocracia é a anarquia e sua realização na Terra depende da relação entre os ensinamentos da Tora e a revolução. O terceiro anarquismo de Scholem é o anarquismo catastrófico, apontando para a destruição de tudo o que existe. É o anarquismo que permeia seu artigo *A Redenção pelo Pecado*. O quarto momento do pensamento anarquista de Scholem pode ser chamado de anarquismo crítico, no qual as questões de violência política e a necessidade de destruição são postas em xeque. O anarquismo de Gershom Scholem é, segundo o próprio autor, dialético, sempre lidando com oposições como utopia/conservação e negação/afirmação da tradição. Tal dimensão dialética distancia o anarquismo de Scholem daquele anarquismo de outros pensadores judeus, como Martin Buber ou Jacob Taubes. Pode-se afirmar que o pensamento de Scholem sobre o anarquismo inscreve-se em um claro paradigma da crise, da dimensão apocalíptica do messianismo que em sua tendência judaica é, segundo Scholem, uma teoria da catástrofe. Assim, em nossa pesquisa, o problema da violência política e sua relação com a anarquia desempenharão um papel central. Também tentamos investigar um pensamento anarquista de base judaica, como o de Scholem, contrariando a separação clássica entre anarquismo e religião.

O anarquismo foi, na modernidade, identificado como uma forma materialista de pensamento político. Os textos clássicos de Bakunin e Kropotkin trabalham a crítica social como um meio racional e necessário para a crítica da autoridade. Embora não se possa dizer que a religião, de acordo com as ideias anarquistas, é apenas um instrumento para o exercício do poder pelas classes dominantes, é ela vista como algo que precisa ser superado para que a humanidade alcance a verdadeira liberdade.

No início, então, o anarquismo e a religião são forças que não podem ser reconciliadas. Para o anarquismo clássico a religião é a expressão metafísica da autoridade, e, sendo assim, a religião é, também, um inimigo a ser superado.

Mas e se houvesse uma religião que fosse essencialmente anarquia, rebelião contra a autoridade, contra a organização imposta? O historiador e teólogo judeu Gershom Scholem entende o judaísmo como uma religião anárquica. A realização autêntica do judaísmo é a realização de uma utopia anarquista, superando todas as leis e regulamentos. Embora a tendência anarquista de Scholem fosse mais explícita em seus escritos da juventude, toda a sua obra é impulsionada por um interesse em figuras teológicas ou políticas e manifestações de caráter anárquico. Seu monumental trabalho

sobre Sabbatai Sevi e outras doutrinas heréticas do judaísmo revela a predileção de Scholem pelos laços entre religião e revolta, fé e revolução.

Esses elos são abordados por Scholem de diferentes maneiras ao longo de sua vida. Há uma fixação óbvia nos aspectos éticos do anarquismo e na relação entre tradição e revolução. A formação de uma comunidade de homens livres, não sujeita a um Estado ou a uma organização religiosa, também é demonstrada como uma preocupação central do autor.

Deve-se a Eric Jacobson, filósofo especializado na obra de Scholem, a tradução e divulgação de vários dos textos da juventude de Scholem, até pouco tempo inéditos. Todas as citações das cartas juvenis de Scholem nessa obra são retiradas de dois textos de Jacobson, o livro *Metafísica do Profano: A teologia política de Walter Benjamin e Gershom Scholem* e o artigo *Gershom Scholem entre anarchisme et tradición juive*. A categorização de Jacobson do pensamento scholemiano sobre o anarquismo, adotada nessa obra, também é de Jacobson.

Embora o objeto da presente investigação seja o trabalho de Gershom Scholem, não é possível lidar com a questão do anarquismo em seu pensamento sem mencionar seu amigo Walter Benjamin, cuja influência nos anos de formação de Scholem ecoou até os últimos dias de sua vida. As posições dos autores sobre o problema da relação entre niilismo e anarquismo são tão intercambiáveis que mostram uma árdua tarefa de distinguir onde, nesse assunto, Benjamin termina e Scholem começa.

Anarquismo tradicional: religião e coletividade

"O anarquismo é a única teoria social que tem um significado – um sentido religioso." Estas são as palavras de Scholem em uma entrevista com Muki Tsur.² São palavras que revelam a radicalidade de sua teologia política. Uma concepção de um anarquista do mundo secular concorda, nesta perspectiva teológica-política, com uma

² De acordo com Jacobson "Na concepção do próprio judaísmo para Scholem desta época, há uma ligação estreita entre o anarquismo e o sionismo. Eric Jacobson, *Gershom Scholem entre anarquismo e tradição judia em Judeus e Anarchistas: história de um reunião*, Org. Amedeo Bertolo, Edições de O Brilho, Paris 2008, P. 58.

certa concepção judaica do mundo, marcada por um forte messianismo e uma revolta contra a ordem constituída.

Esta revolta é dirigida não apenas contra concepções burguesas baseadas em uma filosofia mesquinha de desenvolvimento, mas também contra noções comunistas. Em uma carta ao seu irmão Werner, escrita em 1891, Scholem condena o apego marxista à organização, algo incompatível, segundo ele, com uma visão efetivamente libertadora:

Organização é uma ideia turva na qual flutua o belo e selvagem fluxo da ideia de que o mar não liberta mais. Organização é sinônimo de morte, não somente entre os social-democratas, mas com todos os outros – ismos e – istos, mas com socialistas de uma forma particularmente horrível. Eles clamam por coisas tão bonitas, e seu objetivo é libertar a humanidade, mas eles se forçam a entrar em organizações. Irônico.³

Nos escritos e estudos de Scholem sobre a juventude uma grande carga de rebeldia é percebida. Rebelião contra a guerra, rebelião contra os aspectos mais conformistas do sionismo, rebelião contra o autoritarismo da esquerda e contra uma visão progressista da história que se mostrou hegemônica. Quando a noção de anarquismo nesses textos surge da ambiguidade, o desejo de revolução já está presente:

Nosso principal objetivo: Revolução! Revolução para o todo! Não queremos reformar ou reorganizar, queremos revolução e renovação, queremos incorporar revolução em nossa constituição. Revolução fora e por dentro (...) contra a família, contra a casa paterna (...), mas acima de tudo desejamos revolução dentro do judaísmo. Queremos revolucionar o sionismo e pregar a anarquia, o que significa a ausência de dominação.⁴

Scholem condena a integração passiva do sionismo na sociedade germânica, bem como ataca raivosamente o anseio pela criação de um Estado judeu:

Nós, como judeus, sabemos o suficiente sobre o horrível estado-ídolo, como aquele a quem devemos, naturalmente, submeter-nos à adoração-lo e levar nossa prole como um sacrifício bem-vindo por sua ganância e desejo de poder.⁵

3 Eric Jacobson, **Metafísica do Profano: A Teologia Política de Walter Benjamin e Gershom Scholem**, Columbia University Press, Nova Iorque 2003, p. 54.

4 Gershom Scholem *apud* em Eric Jacobson, “Gershom Scholem entre anarchisme et tradition juive” en **Juifs et Anarchistes: Histoire d’un Rencontre**, Org. Amedeo Bertolo, Editions de l’Éclat, Paris, 2008, p. 57.

5 Gershom Scholem, 20 Jan. 1915, **Tagebücher nebst Aufsätzen und Entwürfen bis 1923**, 1. Halbband 1913-1917, ed. Karlfried Gründer und Friedrich Niewöhner, mit Herbert Kopp-Oberstebrink, Frankfurt / Main: Jüdischer Verlag, 1995, p. 81.

O sionismo não deve se desenvolver em um Estado judeu, instrumento imperialista e quadrado de dominação, mas, para Scholem, o retorno a Sião é baseado nos "ensinamentos mais altos da anarquia". Nesta abordagem inicial do problema da autoridade e da tomada pelo autor de uma posição anarquista vemos uma preocupação clássica com o coletivo e um compromisso com a noção de coletividade, no caso específico de Scholem, a comunidade judaica. Compromisso que permanecerá claro no resgate da tradição ignorada do judaísmo.

O interesse de Scholem pelo misticismo judeu é revelado como parte de sua reação contra a forma burguesa e domesticada do judaísmo de seu tempo, representado pelo *Wissenschaft des Judentum*.⁶ Contra o aburguesamento da comunidade judaica, Scholem elogia a tradição cabalista e o caráter explosivo da história judaica, com suas revoluções e lutas.

Este apego a uma tradição marginal também reflete a posição radicalmente crítica de Scholem em relação à filosofia *do progresso* do final do século XIX e início do século XX. Este é outro dos pontos de convergência entre Scholem e Benjamin.

Ambos os autores, em oposição ao progressismo, apostam no messianismo. E isso não é por mero acaso. A filosofia de desenvolvimento, do progressismo histórico, não era nada mais, segundo os autores, do que a perversão das concepções messiânicas. A Escola de Marburg e, principalmente Herman Cohen, são responsáveis por, através de uma mistura de ritmo mecânico e uma doutrina de progresso, criando essa miserável falsificação de messiânico.

Uma das principais características do progressismo é a percepção do tempo como tempo mecânico. Em sua *Teses sobre o Conceito de História*, Benjamin identifica o tempo mecânico com o tempo de produção capitalista. Em uma das entradas em seu diário, Scholem fala do tempo mecânico e como ele foi responsável pela identificação entre o tempo messiânico e o progresso. Segundo Scholem, é necessário voltar ao verdadeiro sentido de profecia para acabar com essa identificação desastrosa. A tarefa do profeta é revelar a opressão atual em comparação com o tempo que está por vir. O

⁶ "O *Wissenschaft des Judentum* e o capitalismo judaico estão essencialmente conectados." Gershom Scholem **Tagebücher nebst Aufsätzen und Entwürfen bis 1923**, 1. Halbband 1913-1917, ed. Karlfried Gründer und Friedrich Niewohner, mit Herbert Kopp-Oberstebrink, Frankfurt / Main: Jüdischer Verlag, 1995, p. 330

profeta instila na massa a ideia de que essa realidade não é suficiente e deve ser destruída.

Em um texto inédito chamado *Teses sobre o Conceito de Justiça*, Scholem compara a força da noção do Apocalipse com a força da propaganda revolucionária. Tanto a revolução quanto o Apocalipse têm a característica de conferir força aos oprimidos e libertar a vida da falsa autoridade:

A extinção apocalíptica do reino messiânico tem o valor e a "verdade" da propaganda revolucionária – busca extrair o último conflito da violência, no qual o mito está submerso. O catastrófico, enquanto poder redentor da vida sem destino, é representado na pessoa do Messias.

A noção de catástrofe desempenha um papel importante na concepção scholemiana do anarquismo. Há, em certo ponto de sua obra, uma extrapolação religiosa das ideias bakunianas sobre a destruição como um passo necessário para a revolução. A oposição de Scholem à autoridade e à organização, recebe então novos contornos.

Anarquismo niilista: a solidão comum

Na visão do jovem Scholem, a realização da Torá estava ligada a um retorno a Sião pensada não como a base de um novo Estado, mas como a redimensionamento da própria comunidade judaica, em um sentido anarquista clássico, de uma coletividade que se organiza sem os vícios de uma autoridade. Essa visão sofrerá uma mudança radical com a inclusão do niilismo entre os problemas abordados pelo autor.

Uma soma da decepção com o grupo sionista *Jung Juda*, do qual foi um dos fundadores, com um profundo isolamento na Suíça, levou Scholem a uma concepção de anarquismo que renuncia ao compromisso imediato com a coletividade e com a ação política. Scholem adota uma postura niilista, que pressupõe alienação e exílio, como formas de negação de toda autoridade. Ele chamaria essa postura de "niilismo de natureza quietista".

Nesta fase, então, Scholem prega o abandono de todos os *Außerarbeit*, de toda a atividade política externa. Se em relação à questão do anarquismo da primeira fase, a

influência de Benjamin dificilmente poderia ser deduzida, em relação ao problema do niilismo essa influência é muito clara.

Em uma carta publicada em um jornal sionista, provocativamente intitulada *Abschied*, "Adeus", Scholem destaca o acordo de Benjamin com ideias de abandono de atividades políticas pelos movimentos sionistas. Mas, a ligação mais forte de Benjamin com as noções niilistas de seu amigo Scholem vem de um pequeno texto de data incerta, *O Fragmento Teológico-Político*.

Este texto é, simultaneamente, uma análise do problema da teologia política como um método de pensamento político e um acerto de contas de Benjamin com leituras às quais ele se dedicou neste período, como Rosenzweig e Bloch. As últimas linhas do texto ilustram, perfeitamente, a ligação entre niilismo, teologia e política que era um interesse comum de Scholem e benjamin:

Para o *restitutio spiritual em integrum* que leva à imortalidade, há outro *restitutio* de ordem secular que leva a uma eternidade de decadência, e o ritmo dessa eterna existência mundana transitória, transitória em sua totalidade, que é, portanto, em sua totalidade, tanto espacial quanto temporal, o ritmo da natureza messiânica é a felicidade. Porque a natureza é messiânica por sua transitoriedade eterna e total.

Buscar essa transitoriedade, mesmo para esses níveis de homem que não são naturais, esta é a tarefa da política mundial, cujo método deve ser chamado de niilismo.⁷

Como o próprio Scholem argumentaria, o niilismo não pode ser visto como uma forma de ação dirigida a nada, mas como uma negação de toda ação, um abandono do mundo à sua própria destruição, uma negação da realidade externa em nome da realidade interior. Resumindo, o adiamento do político.

Em uma chave político-teológica, niilismo, para Scholem e Benjamin, significa abraçar a história judaica do exílio, do degredo. A verdadeira comunidade, a verdadeira coletividade, não é a dos anarquistas clássicos, nascida naturalmente da simples destruição de toda autoridade alienante, mas da comunidade nascente do encontro dos solitários em degredo, do encontro dos perseguidos no deserto. O importante conceito teológico judaico *galut*, o exílio, que não pode ser entendido apenas como nomadismo na ausência de um Estado soberano, como Carl Schmitt costumava fazer, desempenha um papel importante aqui. A Sião do Scholem é a solidão comum:

⁷ Walter Benjamin, "Fragmento Teológico-Político" em **O Anjo da História**, Editora Autêntica, Belo Horizonte, 2012.

A comunidade vem da solidão: não a possibilidade de todos reunidos quererem a mesma coisa, mas apenas a solidão comum encontra comunidade. Sião, a fonte do nosso povo, é a solidão comum, de fato, em um sentido extraordinário, idêntico a todos os judeus, e a afirmação religiosa do sionismo é nada menos que: o centro da solidão é, ao mesmo tempo, apenas o lugar onde todos se reúnem, e não pode ter outro lugar para esta congregação.⁸

Surge aqui e no trecho do *Fragmento Teológico-Político* de Benjamin um conceito teológico de extrema importância para Scholem, o conceito de restauração, de *Restitutio*. Esta noção será muito importante na próxima visão do Anarquismo do Scholem. Anarquismo catastrófico.

Anarquismo catastrófico :destruição e restauração

Scholem é o autor de um monumental inquérito histórico sobre o auto-proclamado messias Saabatai Sevi. A conclusão de Scholem, nesse trabalho, é que a doutrina saabataiana é uma espécie de "anarquismo religioso", muito próxima das noções originais do judaísmo oficial. Ao analisar uma heresia, Scholem carrega uma nova cor para suas concepções políticas. Seu novo anarquismo não é uma interpretação religiosa do anarquismo ético de um Kropotkin, tendo em vista uma coletividade auto-ordenada, nem uma negação radical de toda atividade política externa, um retorno ao deserto, à solidão comum, mas à afirmação do caráter necessário de destruição e ruptura violenta para a realização da revolução.

Nesse período, a visão anarquista de Scholem permeou uma forte perspectiva partidária. Há, na revolução, uma tremenda necessidade de violência, violência extrema que não pode ser ignorada ou tratada como um problema de mera circunstância.

Scholem não abandona o niilismo que tão profundamente marcou seu pensamento, mas aqui o niilismo tem uma nova dimensão. Mais do que crítica social, é necessária uma violenta ruptura com a ordem estabelecida. A santa paciência deve dar lugar a uma ação direta e destrutiva.

⁸ Gershom Scholem *apud* en Eric Jacobson, "Gershom Scholem entre anarchisme et tradition juive" en **Juifs et Anarchistes: Histoire d'un Rencontre**, Org. Amedeo Bertolo, Editions de l'Éclat, Paris, 2008, p. 62.

As heresias judaicas já haviam mostrado como transpor a distância que separava as questões religiosas mais radicais e a ação social e secular. Neles, o fogo da revolta queimou tanto a ordem mundana quanto sua justificativa metafísica. Não seria absurdo traçar um paralelo entre as noções catastróficas de Scholem e a violência divina trabalhada por Walter Benjamin em seu pequeno ensaio *Para uma Crítica à Violência (Zur Kritik der Gewalt)*. Ambos os conceitos tratam de forças que não colocam um direito, mas que aniquilam tudo, ambos os conceitos pressupõem a destruição, a ruptura geral com toda a ordem existente e em todos os seus aspectos.

Mas, uma vez que a noção benjaminiana de violência divina está ancorada em uma leitura muito particular do Tora, a noção de Scholem lembra os movimentos heréticos da história do judaísmo, em toda a sua eficácia radical: " A transição da teologia radical para a revolta secular é canalizada ao longo de um caminho já percorrido por movimentos religiosos, escreve ele." ⁹

Em um importante ensaio intitulado *Redenção pelo pecado*, Scholem propõe uma extrapolação dialética do messianismo da inspiração saabataiana. A redenção só é possível através do ato de pecar. O pecado é a base para a restauração da condição do homem como *imago Dei*:

Dois elementos são combinados na ideia messiânica e eles determinam as configurações históricas que o messianismo assume no judaísmo. Estes dois elementos são o restaurador e o utópico. Concebendo o conteúdo da redenção como uma ocorrência pública, que se dá no final da história ou mesmo além dela, afetando a coletividade e não o indivíduo, o messianismo poderia ser, antes de tudo, o retorno a um período primevo, a um estado de coisas em que o curso da história, ou talvez até mesmo no início, torna-se decadente e corrupto e precisa de restauração, reconstituição ou reintegração. Redenção nesse sentido restaurador significa a restauração de um estado imaculado e, como tal, contém um elemento obviamente conservador. Aqui está uma questão de reinstaurar a conexão com algo que você perdeu e que será retomado em redenção. Em contraste, encontramos o segundo elemento, que estava destinado a entrar em conflito com o primeiro. Ele representa a concepção da redenção como um fenômeno no qual emerge algo que nunca existiu antes. ¹⁰

Da mesma forma, uma nova ordem no mundo só pode surgir da destruição total da ordem existente, e essa destruição pressupõe violência.

⁹ Gershom Scholem *apud* en Eric Jacobson, "Gershom Scholem entre anarchisme et tradition juive" en **Juifs et Anarchistes: Histoire d'un Rencontre**, Org. Amedeo Bertolo, Editions de l'Éclat, Paris, 2008, p. 65.

¹⁰ Gershom Scholem **Redenção através do pecado**, disponíveln <http://cliffordshack-article-archive-storage.blogspot.com.br/2012/01/redemption-through-sin.html>.

O revolucionário é uma espécie de "messias apóstata" uma figura paradoxal que deve personificar as contradições mais extremas para inspirar a revolução. A própria Tora, em sua interpretação e estrutura tradicionais, deve ser destruída. Se o princípio anarquista que deve sustentar a ação revolucionária pressupõe a aniquilação de todas as normas, então a revolução não pode ser realizada sem a aniquilação também das normas religiosas. Mas, a verdade mística do Tora, seu verdadeiro cerne, é, segundo Scholem, de natureza anarquista. A realização do Tora deve levar à liberdade, então quem desobedece a Tora a realiza.

Interpretar o niilismo catastrófico de Scholem como um mero desejo de destruição é, em última análise, deixar de compreender o movimento dialético no qual o messianismo anarquista desta fase do pensamento está inserido. Não há desculpa por um desejo de destruição, mas também pela construção de um novo mundo, uma nova ordem. A destruição, bakunianamente, abre os espaços para a construção desse novo mundo. Só a transcendência desse mundo permite o surgimento de um novo, apenas a transcendência do Tora permite sua própria realização. As linhas de abertura de *Redenção pelo pecado* já revelam aquela dialética entre o fim da tradição e a construção de uma nova história:

Há três maneiras pelas quais a tradição evolui e se desenvolve na história. Pode ser conduzido com uma redenção de continuidade; pode ser transformada através de um processo natural de metamorfose e assumir uma nova configuração; e, finalmente, pode ser submetida a uma ruptura que está associada à rejeição da própria tradição. Em nosso tempo, é a ruptura que permanece na vanguarda. 11

A própria noção de redenção pode se tornar um elemento de tradição. É a catarse, o que Canetti chamou de explosão da massa no campo da religião. Uma promessa que nunca se materializa, uma vez projetada para um futuro que nunca vem. A perspectiva de um messianismo anárquico, herege, niilista, de dimensões catastróficas, é uma perspectiva de ruptura geral. Não pode, assim, aceitar tal forma de redenção.

Anarquismo crítico: oposição anarquista ao anarquismo

11 Gershom Scholem **Redenção através do pecado**, Disponível em <http://cliffordshack-article-archive-storage.blogspot.com.br/2012/01/redemption-through-sin.html>.

O último dos tipos de anarquismo que surgem na obra de Scholem, segundo Eric Jacobson, é o anarquismo crítico. Em nenhuma das outras fases é o problema da tradição tão central como aqui. Assim que o rompimento com todas as normas e tradições parecia o caminho no momento catastrófico, na fase crítica o que é mostrado não é simplesmente uma negação absoluta da tradição, mas uma radicalização de seus primeiros objetivos.

A proposta de Scholem, nesta fase, pode ser resumida como um retorno ao princípio fundamental da Tora. A Tora é a Lei do Altíssimo, para quem a tem como referência absoluta, não cabe seguir a nenhuma outra lei. Essa é, segundo Scholem, a definição mais perfeita de anarquismo religioso.

Mas, é claro que não há em uma concepção que reconheça como legítima uma Lei, mesmo que seja a Lei do Altíssimo, um verdadeiro anarquismo. Há aqui um reconhecimento de uma autoridade, não importa que essa autoridade permaneça em outro mundo. Scholem sabe disso, então, embora todos aqueles que reconhecem a Tora como a Lei do Altíssimo de Anarquistas, ele tem a visão de dizer: "Podemos ser anarquistas, mas nos opomos à anarquia".

A crítica à anarquia é um instrumento para evitar que a anarquia se torne mera tradição, para que não perca seu caráter revolucionário.

Conclusão

Scholem era um historiador preocupado com as várias faces do judaísmo. Mas, suas convicções políticas, claramente anarquistas, o levaram a estudos das heresias de sua religião. As preocupações com os movimentos hereges do judaísmo também são preocupações com as tensões históricas que cercam a religião e o anarquismo. Scholem compromete-se, assim, a uma teologia política essencialmente transgressora, uma vez que combate e não justifica a autoridade, como a teologia política comumente faz.

De várias maneiras, é precisamente o conflito entre tradição e revolução que ocorre na obra de Scholem, um problema não resolvido do anarquismo clássico. Na

teologia política heterodoxa de Scholem pode haver uma chave para enfrentar este problema.

Como nos mostra Jacobson, a "política teológica de Scholem começa e termina anarquista" 12As várias categorias de anarquismos que permeiam seu trabalho são integradas a uma visão ao mesmo tempo religiosa e política que condena autoridade e gritos de revolução. Especialmente notável é o fato de que a afiliação intelectual de Scholem ao anarquismo ocorra em um momento de aburguesamento e neutralização política do judaísmo, especialmente na Alemanha.

Afinal, o problema da revolução e da tradição, tão agudo não só nos escritos de Scholem, mas de toda literatura anarquista, pode ser lido como uma tradição teológica que fortalece a convicção na necessidade de uma mudança radical da realidade. A tradição revela a ordem divina, a ordem divina revela, por sua vez, a escuridão e a pobreza da ordem mundana. A ordem divina, uma vez revelada, não permite ao homem nenhuma escolha a não ser a luta feroz pela abolição da ordem mundana. O Anarquismo é essa luta.

Bibliografia

Walter Benjamin, "Fragmento Teológico-Político" in **O Anjo da História**, Editora Autêntica, Belo Horizonte, 2012.

EricJacobson. **Metafísica do Profano: A Teologia Política de Walter Benjamin e Gershom Scholem**, Columbia University Press, Nova York, 2003.

EricJacobson. Gershom Scholem entre anarchisme et tradição juive in **Juifs et Anarchistes: Histoire d'un Rencontre**, Org. Amedeo Bertolo, Edições de l'Éclat, Paris, 2008.

Gershom Scholem, *Redemption through sin*. Disponível em <http://cliffordshack-article-archive-storage.blogspot.com.br/2012/01/redemption-through-sin.html>.

12 JACOBSON, Eric. *Metaphysics of the Profane: The Political Theology of Walter Benjamin and Gershom Scholem*. Columbia University Press, 2003, p. 53.

Gershom Scholem, **Tagebücher nebst Aufsätzen und Entwürfen bis 1923**, 1. Halbband 1913-1917, ed. Karlfried Gründer e Friedrich Niewohner, com Herbert Kopp-Oberstebrink, Frankfurt / Main:Jüdischer Verlag, 1995.

O panorama atual da judicialização da saúde no município de Governador Valadares

Daniel Brito Carneiro¹

André Rodrigues Santos²

RESUMO

O objetivo geral do presente trabalho é apresentar a temática da judicialização da saúde na ótica do município de Governador Valadares (GV). A justificativa para essa abordagem territorial encontra respaldo no fato do Poder Judiciário – atualmente - ser demasiadamente provocado a se pronunciar acerca do direito à saúde pública, garantia constitucional de todos os cidadãos, de acordo com o art. 196 da CRFB/88. A problemática de pesquisa, por seu turno, subsidia-se em perscrutar, se na tripartição de competências constitucionais, o Poder Judiciário é meio adequado para a tutela da saúde, quando negada e/ou omitida pelo município de Governador Valadares. Igualmente, perquire-se qual a responsabilidade do município pela manutenção das ações e serviços de saúde, bem como o comprometimento de suas receitas e despesas em 2018 com políticas públicas de saúde. Para o desenvolvimento do artigo adotou-se a metodologia da pesquisa bibliográfica, a utilização de jurisprudência dos tribunais superiores e enunciados da jornada de direito da saúde, do Conselho Nacional de Justiça. Apresentamos, por fim, algumas experiências do Poder Judiciário e de Defensorias Públicas Estaduais com a administração da judicialização da saúde e os benefícios que um consórcio público de saúde pode proporcionar na tutela de tão caro direito.

PALAVRAS-CHAVE: direito constitucional, saúde, judicialização, responsabilidade, Governador Valadares.

¹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade Vale do Rio Doce. E-mail: danielbrito90@hotmail.com

² Coordenador do curso de Direito da Universidade Vale do Rio Doce. E-mail: andre.rodrigues@univale.br

1 INTRODUÇÃO

O denominado problema da “judicialização do direito à saúde” ganhou tamanha importância, teórica e prática, que atualmente não envolve apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais, muitas vezes contrastante com a política estabelecida nos planos de governo (PPA, LDO, LOA) para a área de saúde, concretizando-as além das possibilidades financeiro-orçamentárias.

O escopo problemático reside em delinear a responsabilidade do município de Governador Valadares pela manutenção da saúde, a competência do Poder Judiciário ao dizer o direito nas demandas judiciais que versem sobre saúde e se existem meios alternativos para a garantia constitucional em epígrafe.

No que diz respeito ao objetivo, da leitura constitucional e legal colacionada à pesquisa, bem como com o auxílio dos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, fica evidente a responsabilidade do município pela manutenção e, ainda quando negado administrativamente, a competência do Poder Judiciário em indubitavelmente declarar tal direito.

Essa abordagem justifica-se no fato do Poder Judiciário – atualmente - ser demasiadamente provocado a se pronunciar acerca do direito à saúde pública, garantia constitucional de todos os cidadãos, de acordo com o art. 196 da CRFB/88 e a dicotomia existente entre os princípios do mínimo existencial, tese de pleito do município, e o da reserva do possível, tese defensiva da administração pública.

A metodologia adotada na presente pesquisa bibliográfica é a vertente jurídico teórica, compreendendo as relações normativas e avaliando-se as estruturas internas do ordenamento jurídico.

Segundo MINAYO, ao elaborar um projeto de pesquisa, o pesquisador estará lidando com, no mínimo, três dimensões: técnica - regras científicas para a construção do projeto; ideológica - relaciona-se às escolhas do pesquisador, sempre tendo em vista

o momento histórico; científica - ultrapassa o senso comum através do método científico.³

Conforme GIL, uma pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base no material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos.

O instrumento utilizado é a coleta de dados possibilitando ordenar, de forma clara e sistematizada, os achados mais relevantes, por meio do fichamento.

Ademais, o presente trabalho busca apresentar a temática da judicialização da saúde no âmbito do município de Governador Valadares/MG, bem como apresentar experiências de outros entes/órgãos públicos, com vistas à diminuição da judicialização por meio de ações locais.

Quanto à estrutura do artigo, a pesquisa inicia-se 2º capítulo, retratando o contexto histórico da saúde nas constituições brasileiras pretéritas, fazendo um cotejo entre as evoluções e involuções que a saúde pública teve aos longos das constituições, ora impostas, ora promulgadas. Também é externado nesse capítulo um ensaio da saúde na atual Constituição da República e a responsabilidade por sua manutenção.

O capítulo seguinte aborda em uma ótica mais ampla o fenômeno da judicialização no Brasil, todavia sem saturar o escopo do trabalho. Nele é colocada em pauta a organização, o financiamento e a judicialização da saúde no município de Governador Valadares, o sistema multiportas de acesso à saúde e a dicotomia entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

Por sua vez, o 4º e último capítulo apresenta medidas para a diminuição da judicialização da saúde com a exposição de experiências do Poder Judiciário e de algumas Defensorias Públicas Estaduais.

Espera-se, derradeiramente, que o presente trabalho agregue valor à gestão pública da saúde com a apresentação do contexto municipal da organização e financiamento de ações e serviços de saúde na ótica da judicialização; outrossim, que os diversos órgãos públicos, tais como Poder Executivo, Ministério Público⁴, Defensoria Pública e Poder Judiciário, envolvidos direta ou indiretamente na gestão pública da

3 MINAYO, Maria Cecília. **Ciência, técnica e arte**: o desafio da pesquisa social. Petrópolis: Vozes, 1999

4 O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). STJ. 1ª Seção. REsp 1.682.836-SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 25/04/2018 (recurso repetitivo) (Info 624).

saúde, possam valer-se das experiências apresentadas a fim de diminuir e/ou mitigar as judicializações locais.

2 A SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Preliminarmente, antes de ingressarmos na temática objeto do presente trabalho, mister se faz a compreensão da evolução constitucional do direito à saúde, consignado nas seis constituições pretéritas e na atual Constituição da República Federativa de 1988.

Segundo o Senado Federal (2019), o Brasil assistiu sete constituições, entre as quais, quatro foram promulgadas por assembleias constituintes, duas foram impostas — uma por D. Pedro I e outra por Getúlio Vargas — e uma aprovada pelo Congresso por exigência do regime militar.

Como se extrai do sítio eletrônico do Senado Federal⁵, na visão de Helena Daltro Pontual (Senado Federal, 2019) “na história das Constituições brasileiras, há uma alternância entre regimes fechados e mais democráticos, com a respectiva repercussão na aprovação das Cartas, ora impostas, ora aprovadas por assembleias constituintes.”

No que se relaciona à saúde, a primeira Constituição Brasileira, a Carta de Lei de 25 de Março de 1824, também conhecida como Constituição Imperial, fundamentalmente, versara em seu art. 179, inciso XXIV, que a saúde dos cidadãos não poderia ser oposta frente à liberdade de trabalho, de cultura, indústria ou comércio. Embora bastante sintética, foi um dos primeiros atos normativos, pós-independência do Brasil à coroa portuguesa, a tratar sobre saúde.

Passaram-se vários anos, surgiu uma nova Constituição no Estado Brasileiro, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, conhecida como Brasil República. A segunda constituição foi silente sobre o tema saúde. Seus oito artigos versaram absolutamente nada sobre a matéria.

No ínterim das Constituições de 1824 e 1891, houve um retrocesso histórico, pois naquela ocasião a saúde era vista como “desgraças” advindas de maldições dos deuses, assim:

5 BRASIL. Helena Daltro Pontual. Senado Federal (Ed.). **Constituições brasileiras**. 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/glossariolegislativo/constituicoesbrasileiras>>. Acesso em: 29 set. 2019.

A Constituição de 1891, ao não colocar a saúde em seu texto, retrocedeu em relação à Constituição Imperial, porém representa o surgimento da federação e da República e traz um grande avanço na questão da positivação do habeas corpus pela primeira vez na história brasileira, dando ao povo direito de defesa contra os abusos cometidos pelos governantes. (PILAU SOBRINHO, 2003, p. 92-93).

Essa situação perdurou até o governo de Getúlio Vargas em que, por meio da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934 (a terceira constituição da história), insculpiu em seu artigo 10, inciso II, que competia à União e aos Estados cuidar da saúde e assistência públicas. Tal previsão tem-se como verdadeiro embrião do Estado prestacionista, amparando os direitos de Segunda Geração (Pilau Sobrinho, 2003).

Por conseguinte, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937 – quarta constituição - previa competências legislativas para a União e os Estados editarem normas fundamentais sobre saúde. Nessa dicotomia, a União detinha competência privativa para legislar sobre normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança (art. 16, inciso XXVII) e os Estados, desde que não dispensasse ou diminuísse as exigências da lei federal, competência para legislar sobre assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais (art. 18, alínea “c”).

A quinta constituição, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, por sua vez, dispôs que era de competência da União editar normas gerais de defesa e proteção da saúde, nada falando sobre os Estados. A Constituição de 1946 foi considerada como uma das mais democráticas que o Brasil já teve, pois trouxe muitas novidades ao texto, principalmente alterando aspectos referentes aos direitos e garantias fundamentais. (PILAU SOBRINHO, 2003).

Segundo Moacir Scliar (2007, p. 8) "reconhece a saúde como um dos direitos fundamentais de todo ser humano, independente de sua condição social e econômica ou sua crença religiosa ou política, afirmando a importância de uma política sanitária". Com o advento da Constituição de 1946 foi criado um Ministério responsável exclusivamente pela área da saúde.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, penúltima constituição, não inovou muito no campo da saúde. Estabelecia em seu texto que a União detinha competência para estabelecer planos nacionais de saúde e para legislar

sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde (art. 8º, incisos XIV e XVII, alínea “c”), basicamente como fizera as duas constituições anteriores.

A constituição de 1967 foi concebida em período da ditadura militar no Brasil. Esse período durou cerca de 20 anos e o povo brasileiro viveu um dos períodos mais arbitrários da história política. Pilau Sobrinho (2003, p. 95) lembra que "a população perdeu seus direitos de cidadãos comuns, passando a vigorar para todos o ordenamento da ditadura militar, que é exemplo de direito de manifestação política, com a alegação de se preservar a ordem política e social".

Outro aspecto relevante está relacionado à circunstância da Constituição de 1967 ter sido emendada por sucessiva expedição de Atos Institucionais (AIs), que serviram de mecanismos de legitimação e legalização das ações políticas dos militares, dando a eles poderes extra-constitucionais. De 1964 a 1969, foram decretados 17 atos institucionais, regulamentados por 104 atos complementares (Senado Federal, 2019).

Sob a exigência da Constituição de 1967, a Emenda Constitucional nº 1, de 17/10/1969 inovou ao estabelecer no § 4º do art. 25, que os Municípios deveriam aplicar, em programas de saúde 6,0% (seis por cento) do Fundo de Participação dos Municípios (FPM). Pela primeira vez na história uma Constituição estabelecia percentual de aplicação em saúde atrelado a fundo.

Por derradeiro, em 27 de novembro de 1985, depois de anos de repressão, por meio da emenda constitucional 26, foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte com a finalidade de elaborar novo texto constitucional para expressar a realidade social pela qual passava o Brasil, que vivia um processo de redemocratização após o término do regime militar.

Datada em 5 de outubro de 1988, a atual Constituição inaugurou um novo arcabouço jurídico-institucional no país, considerando a saúde como um direito fundamental do ser humano que vive em um Estado Democrático de Direito, onde seu principal fundamento é o da Dignidade da Pessoa Humana. A nova Carta consagrou cláusulas transformadoras, a exemplo dos artigos 196 a 200 que cuidam exclusivamente da saúde, verdadeiro marco disruptivo no cenário nacional.

2.1 O direito constitucional à saúde e a responsabilidade por sua manutenção

O direito constitucional à saúde é historicamente um direito de segunda geração e, na definição de José Afonso da Silva (2019), “norma de eficácia plena, apta a esparramar todos seus efeitos desde a sua concepção”.

A Título VIII, Capítulo II, Seção II da Constituição Federal de 1988 é dedicado inteiramente à saúde. Suas disposições iniciais estabelecem que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Com vistas a garantir acesso universal à saúde, a CRFB/88 estabeleceu diretrizes de descentralização, atendimento integral e participação da comunidade, respeitando os princípios de universalidade, integralidade e igualdade firmados na própria Constituição.

Assim, para atender o direito constitucional à saúde, foi editado a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 e a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, constituindo o Sistema Único de Saúde. A lei 8.080/1990 preceitua o SUS em seu art. 4º, *in verbis*:

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, **constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)**. (nosso grifo).

A criação do SUS representou um tônico na efetivação do direito fundamental à saúde, uma conquista da sociedade brasileira ao promover a justiça social, com atendimento a todos os cidadãos.

Com a criação do SUS foram estabelecidas quatro diretrizes básicas para as ações de saúde: direção administrativa única em cada nível de governo; descentralização político-administrativa; atendimento integral, com preferência para as atividades preventivas; e participação da comunidade.

Em setembro de 2000, foi editada a Emenda Constitucional nº. 29, conhecida como a Emenda da Saúde. O texto assegurou a coparticipação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no financiamento das ações e serviços de saúde pública. A nova legislação estabeleceu, ainda, limites mínimos de aplicação em saúde para cada unidade federativa. Nos Estados, por exemplo, os investimentos em saúde devem ser de 12% da receita tributária estadual. Já os Municípios têm o índice de 15%, considerando a receita tributária municipal. Nesse sentido, a Emenda Constitucional nº. 29/2000, com vistas a dar maior estabilidade para os recursos de saúde, consolidou um

mecanismo de cofinanciamento das políticas de saúde pelos entes da Federação. Insta consignar que esses percentuais são de aplicação mínima.

No que compete à União, ela deve calcular o investimento mínimo em saúde sobre a receita corrente líquida de cada exercício (conforme definição dada pelo art. 2º, IV, da Lei Complementar nº 101/2000), sendo que a destinação nunca poderá ser inferior a 15% desses recursos (art. 198, §2º, I, da CF/1988). O seguinte quadro sintetiza os investimentos mínimos em saúde a ser despendidos pelas três esferas de governo.

Gastos Mínimos do Setor da Saúde			
Ente da Federação		Gasto Mínimo	Fundamentação Legal
1.	União	Gasto do Exercício anterior mais variação do PIB	Art. 198, § 2º, I da CF/1988 Art. 7º, da LC 141/2012
2.	Estados	12% da receita tributária anual	Art. 198, § 2º, II da CF/1988 Art. 6º, da LC 141/2012
3.	Municípios	15% da receita tributária anual	Art. 198, § 2º, III da CF/1988 Art. 7º, da LC 141/2012

Importante frisar que embora cada ente da Federação tenha liberdade para decidir em quais políticas os recursos públicos serão empregados (juízo de conveniência e oportunidade), a Constituição proíbe expressamente que recursos públicos sejam destinados a instituições de saúde privadas que tenham finalidade lucrativa (art. 199, §2º, CRFB/88).

Outrossim, os gestores de saúde encontram-se “amarrados” à Lei de Responsabilidade Fiscal que, de forma taxativa, impõe as destinações dos gastos nos diversos setores e o seu descumprimento pode acarretar sanções políticas e administrativas.

Depreende-se que, a atual Carta Política ao estabelecer que a saúde é direito de todos, ratifica o princípio da dignidade da pessoa humana ao estabelecer critérios e índices mínimos de investimentos em ações e serviços públicos de saúde. Nessa ótica, a saúde é direito fundamental do cidadão, de competências das três esferas de governos em regime de solidariedade.

No que concerne especificamente à responsabilidade pela manutenção dos serviços e ações de saúde, o Supremo Tribunal Federal consignou, no pedido de

Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175 formulado pela União, a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde.

Tal entendimento é corroborado nos RE 195.192-3/RS6, RE-AgR 255.627-1/RS7 e no enunciado n.º 60 da II Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça:

A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.

Ademais, o Ministro Gilmar Mendes, em análise didática da Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175, solidificou que o direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) “direito de todos” e (2) “dever do Estado”, (3) garantido mediante “políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”, (5) regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário” (6) “às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Para melhor compreensão do direito à saúde e a responsabilidade por sua manutenção, analisemos o art. 196 da CRFB/88, conforme definido pelo Ministro Gilmar Mendes na STA n.º 175.

(1) *direito de todos*. O art. 196 evidencia a saúde como um direito de todos, sem discriminação de sexo, cor, classe social, credo, etnia, verdadeiro direito individual e

6 “SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.” (RE 195.192-3/RS, 2ª Turma, Ministro Marco Aurélio, DJ 22.02.2000).

7 “(...) A referência, contida no preceito, a “Estado” mostra-se abrangente, a alcançar a União Federal, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios. Tanto é assim que, relativamente ao Sistema Único de Saúde, diz-se do financiamento, nos termos do artigo n.º 195, com recursos do orçamento, da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Já o caput do artigo informa, como diretriz, a descentralização das ações e serviços públicos de saúde que devem integrar rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de governo. Não bastasse o parâmetro constitucional de eficácia imediata, considerada a natureza, em si, da atividade, afigura-se como fato incontroverso, porquanto registrada, no acórdão recorrido, a existência de lei no sentido da obrigatoriedade de fornecer-se os medicamentos excepcionais, como são os concernentes à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS), às pessoas carentes. O município de Porto Alegre surge com responsabilidade prevista em diplomas específicos, ou seja, os convênios celebrados no sentido da implantação do Sistema Único de Saúde, devendo receber, para tanto, verbas do Estado. Por outro lado, como bem assinalado no acórdão, a falta de regulamentação municipal para o custeio da distribuição não impede fique assentada a responsabilidade do Município. (...)” (RE-AgR 255.627-1/RS, 2ª Turma, Ministro Nelson Jobim, DJ 21.11.2000)

coletivo, apto a difundir seus efeitos imediatamente. Trata-se de norma programática que vincula o Estado em sua observância.

O Ministro Celso de Mello, relator do AgR-RE n.º 271.286-8/RS, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional, ressaltou que “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional”, impondo aos entes federados um dever de prestação positiva.

(2) *dever do Estado*. Nesse viés, a constituição deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Amiúde da alegação reiterada de ausência de responsabilidade pela manutenção da saúde, proferida no âmbito dos processos judiciais, a competência comum dos entes da Federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição.

Esclarece o Ministro Gilmar Mendes⁸ que:

“O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles”.

Não se trata de uma liberalidade, de um juízo de conveniência e oportunidade, onde os entes da federação podem optar – discricionariamente, se iram aplicar ou não recursos na área da saúde. É uma imposição, norma imperativa e de força cogente, que obriga os entes políticos de forma solidária e subsidiária.

(3) *garantido mediante políticas sociais e econômicas*. A Administração Pública, a exemplo de empresas de direito privado, conta com recursos numerários escassos e, nesse cenário de insuficiência financeira, lidam com decisões programáticas para a obtenção dos fins públicos, que é a satisfação dos interesses da sociedade. Essas decisões, dentre outras, têm a função de alocar, distribuir e estabilizar a economia e as demandas sociais por meio do orçamento público.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 175**, Direito Processual Civil e do Trabalho | Processo e Procedimento | Antecipação de Tutela / Tutela Específica. REQTE.(S) UNIÃO. REQDO.(A/S) TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. Relator: Relator: MINISTRO PRESIDENTE. Brasília, DF, 18 de setembro de 2009. v. 1, p. 1-131. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2570693>>. Acesso em: 13 set. 2019.

Nesse ponto encontra-se o maior gargalo no acesso à saúde, especificamente em relação à função alocativa, que diz respeito a promover ajustamentos na alocação de recursos. O orçamento público limitado e as demandas sociais por saúde ilimitadas, faz com surja naturalmente uma demanda não atendida.

Nesse sentido, alhures os percentuais mínimos de aplicação em saúde, o fato dos recursos públicos ser limitados e a demanda por saúde cada vez maior, satura a garantia de acesso à saúde.

(4) *políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos.* A CRFB/88 estabeleceu no art. 198, inciso II, prioridade para as atividades preventivas.

Ao estabelecer tal comando, floresce a necessidade de se trabalhar políticas preventivas que visam evitar novas patologias, e por conseguinte, dilação de novos empreendimentos de recursos públicos.

(5) *políticas que visem ao acesso universal e igualitário.* Nesse aspecto, a CRFB/88 deu tratamento omnidirecional no seu aspecto subjetivo, ou seja, mais uma vez o constituinte deixou claro que o acesso à saúde não encontra óbices de quaisquer ordem, podendo valer-se da saúde qualquer cidadão, independente de pré-requisitos.

A Ministra Ellen Gracie ressaltou que o art. 196 da CF/88 refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo (STA 91-1/AL, Ministra Ellen Gracie, DJ 26.02.2007).

Nesse recorte, notadamente o princípio do acesso igualitário e universal reforça a responsabilidade solidária dos entes da Federação, garantindo, inclusive, a “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie” (art. 7º, IV, da Lei 8.080/90).

(6) *ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.* Da derradeira leitura do art. 196, tem-se o tripé em que se fundamenta as ações e serviços de saúde: a promoção, a proteção e a recuperação. A promoção está intimamente ligada ao fornecimento ativo de políticas públicas que visem promover a disseminação pelo Estado de ideais preventivos. A proteção cuida da manutenção das políticas públicas de saúde já existentes. Já a recuperação, tem um viés mais repressivo, o qual o Estado é instado a ofertar ações e serviços que possibilite o reestabelecimento da saúde ou a diminuição dos efeitos prejudiciais das doenças quando não é possível a cura plena.

3 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

A Judicialização da política é um fenômeno mundial, que emergiu no século XX nas democracias já consolidadas dos Estados de bem-estar social. Em 1988, este paradigma surge no Brasil com a promulgação da Constituição Cidadã, que avançou, exponencialmente, no campo dos direitos sociais.

Aplicados à saúde, a presença do Poder Judiciário na política é conhecida como Judicialização da saúde.

Nesse prisma, discute-se muito o papel do Poder Judiciário em relação às demandas judiciais em saúde. Indagação frequente da doutrina especializada e da Administração Pública (Poder Executivo) é se compete ao Poder Judiciário intervir nas políticas públicas, dizendo o direito em relação às ações e serviços de saúde. No entendimento da Administração Pública tais políticas encontra-se no campo da discricionariedade do gestor público, portanto o Poder Judiciário não poderia interferir.

A crítica que se faz em cima dessas ações são a de que o Judiciário, incumbido de garantir a saúde como direito, atrasa e desestrutura a consolidação do SUS na inobservância de regras organizativas, como a de serviços em rede que dimensionam responsabilidades individuais e solidárias dos entes federativos.

Outra crítica que se faz é a de que, além do descompasso com o planejamento - instrumento que baliza o orçamento público - a Judicialização aumenta os custos ao erário que, em detrimento de pequena parcela da população, prejudica o bem-estar de uma coletividade. Isso se deve a transformação do Poder Judiciário, que num papel errôneo de 'ordenador de despesas públicas', deixa de observar as ferramentas básicas de gestão, sobrepondo competências típicas dos outros Poderes.

Na Audiência Pública⁹ para ouvir os especialistas em matéria de Saúde Pública, realizada no STF, onde foram ouvidos gestores públicos, membros da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, das Advocacias da União, Estados e Municípios, além de acadêmicos e de entidades e organismos da sociedade civil, ficou constatada que, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à

⁹ Audiência Pública n. 4, convocada pelo Ministro Gilmar Mendes para tratar de assuntos afetos à área de saúde.

saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas.

Nesse sentido, o STF registrou que não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

É o entendimento da lição de Christian Courtis e Victor Abramovich na obra *Los derechos sociales como derechos exigibles*:

Por ello, el Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y – en caso de hallar divergencias – reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia. Cuando las normas constitucionales o legales fijen pautas para el diseño de políticas públicas y los poderes respectivos no hayan adoptado ninguna medida, corresponderá al Poder Judicial reprochar esa omisión y reenviarles la cuestión para que elaboren alguna medida. Esta dimensión de la actuación judicial puede ser conceptualizada como la participación en un <<diálogo>> entre los distintos poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político establecido por la constitución o por los pactos de derechos humanos. (Courtis e Abramovich, 2004, p.251)

Enfim, a Judicialização da Saúde no Brasil traz a tona, sobre múltiplas óticas, o fenômeno do acesso à saúde pelas vias judiciais além de evidenciar – direta e indiretamente - que o Sistema Único de Saúde ainda enfrenta muitos desafios, tanto no campo da gestão como no do financiamento, cujo sucesso depende substancialmente de harmonia e interconexão entre as diferentes esferas de governo e demais atores envolvidos.

3.1 A organização, financiamento e judicialização da saúde em Governador Valadares

Pela perspectiva do município de Governador Valadares, o art. 7º da Lei do SUS sacramentou a possibilidade – já alicerçada na CF/1988 – da descentralização político-administrativa do Sistema.

A descentralização do Sistema confere ao município de Governador Valadares competência para organizar e executar as ações e os serviços, ou seja, ser o norteador organizativo da Rede de Atenção à Saúde (RAS). Essa determinação normativa aplica o entendimento universal no microterritório em que se revela o cotidiano, a vida de cada pessoa e, portanto, os processos inerentes à condição humana de saúde-adoecimento.

Assim, em termos político-administrativos, o município de Governador Valadares torna-se o *locus* dos processos de vida, responsável por elementos como identificação, planejamento e organização da Atenção Primária à Saúde (APS) a partir das situações e demandas da população valadarense. Tais demandas – em conformidade com a diretrizes do SUS - deverão ser mapeadas, registradas e sistematizadas, passando a permear o Plano Municipal de Saúde, e, num segundo momento, serão levadas às instâncias regional e estadual nas suas respectivas Comissão Intergestores Regionais (CIR) e Comissão Intergestora Bipartite (CIB).

Essas instâncias avaliam e legitimam as demandas locais, dando prosseguimento à inclusão delas na rede de atenção e possibilitando ao Município de Governador Valadares, pleitear recursos financeiros do Estado de Minas Gerais e/ou da União Federal para o seu atendimento.

As ações e serviços têm seu financiamento normatizado pela Lei Complementar 141/2012 – que regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal, definindo valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde, além de estabelecer critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo.

Nessa toada, Governador Valadares investiu, no exercício financeiro de 2018, 19% de sua receita tributária anual (Base de Cálculo: 320,5 milhões), 4% a mais do mínimo estabelecido pela LC 141/2012.

Segundo os dados informados ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais¹⁰, no ano de 2018, Governador Valadares investiu R\$61.100.000,00 (sessenta e um milhões de reais) em saúde, nas seguintes ações governamentais:

Programa/ação governamental	Investimento
ASSISTÊNCIA HOSPITALAR E AMBULATORIAL	33.2 mi
ADMINISTRAÇÃO GERAL	21.1 mi
ATENÇÃO BÁSICA	3.3 mi
VIGILÂNCIA EPIDEMIOLÓGICA	2.3 mi
VIGILÂNCIA SANITÁRIA	1.1 mi

10 MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. (Org.). Fiscalizando com o TCE: Minas Transparente. 2019. Disponível em: <<https://fiscalizandocomtce.tce.mg.gov.br>>. Acesso em: 19 ago. 2019.

Em uma análise holística, estudos técnicos da Confederação Nacional do Municípios, em que foram levantados os gastos proporcionais à Receita Corrente Líquida com Saúde por Ente federativo, verificou-se que, comparando as execuções orçamentárias, os Municípios gastam em média 22% de suas receitas, acima dos 15% previstos em Lei. Essa situação é preocupante ao constatarmos que o Ente municipal não é o principal arrecadador de tributos e taxas, mas resulta ser aquele que, proporcionalmente ao que arrecada, mais compromete suas receitas com as ações de cuidado e promoção da Saúde.

Esse perplexo panorama de financiamento da saúde municipal, atrelado ao fato do Município de Governador Valadares pertencer a uma macro de 51 cidades – em sua grande maioria pequenos municípios que sobrevivem praticamente de repasses do Fundo de Participação dos Municípios – fazem com que eles encaminhem seus munícipes para atendimento na rede de saúde pública de Governador Valadares, tornando essas pessoas dependentes de ações e serviços públicos de saúde fora de suas localidades, saturando, derradeiramente, a oferta das ações e serviços públicos de saúde valadarense.

Os dados em epígrafe remetem à necessidade de, ao pensar em novas formas de financiamento da saúde e de como esses recursos seriam distribuídos, leva-se em consideração que bem ocorreram algumas melhorias em torno da legislação do SUS no sentido da diminuição das desigualdades regionais. Contudo, ao mesmo tempo, o objetivo dessas normativas estão longe de ser atingido. O financiamento do Sistema ainda guarda distorções que comprometem sobremaneira a gestão de alguns municípios que recebem grande volume de munícipes externos, como é o caso de Governador Valadares.

Não bastasse o subfinanciamento histórico e o desfinanciamento da Política Pública de Saúde promovido pela União e alguns Estados, a situação torna-se periclitante quando se adiciona o fenômeno da judicialização. (MENDES, LEITE E MARQUES, 2011).

Infere-se que a judicialização da saúde afeta a gestão pública como um todo, promovendo na estrutura do Poder Executivo uma verdadeira devassa orçamentária.

Outrossim, uma possível solução ao problema do financiamento das políticas públicas em saúde (ou, ao menos uma mitigação) encontrado no binômio recursos

públicos limitados x necessidades humanas limitada, é a PEC do Pacto Federativo¹¹ que tem entre seus objetivos o repasse pela União de mais de R\$ 400 bilhões para estados e municípios em 15 anos, com a contrapartida de não se endividarem.

3.2 Sistema multiportas de acesso à saúde e o Mínimo Existencial x Reserva do Possível

Com o advento do Novo Código de Processo Civil importantes métodos alternativos de solução de conflitos receberam relevante notoriedade, tais como a mediação, a conciliação e a arbitragem. Na ótica da judicialização da saúde, o Poder Judiciário, abarrotado de demandas, não cumpre com excelência o papel de pacificação dos anseios da sociedade e, por conseguinte, não atende satisfatoriamente a contento os princípios constitucionais do devido processo legal e do acesso à justiça.

O Novo Código de Processo Civil busca como prioridade o estímulo à solução consensual dos litígios e neste contexto, o advogado assume papel de extrema relevância para que haja o êxito esperado com a nova sistemática processual.

Muitas são as vantagens de se adotar o método não adversarial para resolver conflitos. Tartuce (2015, p. 16) elenca “a valorização da autonomia, a celeridade, a possível manutenção do relacionamento em bases melhores, o controle do procedimento, a economia de recursos e a sustentação de uma boa reputação”.

Assim, torna-se de suma importância a disseminação das técnicas autocompositivas e heterocompositivas de resolução de conflitos em saúde. Além de auxiliarem no combate à morosidade do Judiciário, a adoção de meios consensuais, garantem a satisfação do cidadão e contribui para a celeridade e a economia processual. Outrossim, o sistema multiportas deve ser estimulado por todos, não como meio alternativo, mas como meio principal de solução das pretensões resistidas.

É preciso ter em mente que a busca pelo Poder Judiciário deve ser a última *ratio* para a solução do conflito. Nesse sentido, o funcionamento do sistema multiportas no município de Governador Valadares, precisa envolver os diversos atores que trabalham na gestão do SUS (de nível federal, estadual e municipal) com vistas a implantar da cultura da desjudicialização das ações e serviços de saúde por intermédio de um diálogo interinstitucional.

¹¹ Proposta de Emenda à Constituição n° 188, de 2019.

Por outro lado, nas ações judiciais de saúde que chegam ao Poder Judiciário, a Fazenda Pública, em seu primeiro momento processual reclamam, geralmente na contestação, a “cláusula da reserva do possível” que nada mais é do que a intensão de limitar a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, como os direitos sociais, sob o argumento de que os recursos orçamentários são limitados.

O Ministro Celso de Mello possui entendimento firmado desde 2011¹² que:

A cláusula da reserva do possível não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (...) A noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o **direito à saúde**, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948, Artigo XXV. (grifo nosso).

Como cediço, embora seja de competência primária dos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas de saúde, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de tais políticas públicas, sejam elas implementadas pelos entes políticos inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

3.3 A prestação de contas em saúde no exercício financeiro de 2018

¹² ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, DJE de 15-9-2011.

O art. 35, § 5º da Lei Complementar 141, estabelece que o gestor do SUS apresentará, até o final dos meses de maio, setembro e fevereiro, em audiência pública na Casa Legislativa do respectivo ente da Federação, relatório contendo a prestação de contas do que foi investido em saúde pelo respectivo Ente.

O município conta com estabelecimentos de saúde de atenção básica, secundária e terciária (rede de urgência e emergência). Ao todo são 34 prestadores externos que suprem os vazios assistenciais e melhoram a qualidade de serviços ofertada na rede municipal.

A atenção básica conta com 61 equipes de estratégia da saúde da família (ESF), 56 equipes de saúde bucal nas ESF's, 10 unidades básicas de saúde (UBS), 01 centro de atenção ao idoso (CAI), entre outros. Essa estrutura é responsável pelo atendimento de 279.885 munícipes¹³.

No primeiro quadrimestre de 2018 o município de Governador Valadares arrecadou/recebeu R\$ 65.655.614,24 com receita para apuração da aplicação em ações e serviços públicos de saúde (fontes 102, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154 e 155) e gastou R\$ 55.835.371,33, considerando o regime de caixa para as receitas e o de competência para as despesas.

Do total pago no período, R\$ 1.117.625,19 (2,00% da despesa) estava empenhado na rubrica "Sentenças Judiciais".¹⁴

Aparentemente os gastos contabilizados no 1º quadrimestre de 2018 com sentenças judiciais parecem inexpressivos, entretanto, considerando a queda de arrecadação e a falta de repasses de recursos dos governos federal e estadual, as sentenças judiciais tornam-se uma preocupação que merece ser maior atenção por parte do município.

No segundo e terceiro quadrimestre de 2018, as receitas, despesas e sentenças judiciais foram as seguintes:

Período	Receita (arrecada)	Despesa (liquidada)	Sentenças Judiciais	% Sent./Despesa
2º quadrimestre	R\$ 74.963.882,89	R\$ 85.745.306,97	438.220,79	0,51%
3º quadrimestre	R\$ 82.176.665,15	R\$ 92.881.729,11	352.929,70	0,38%

¹³ Fonte: IBGE Cidades

¹⁴ Prestação de Contas de saúde do município de Gov. Valadares em 2018.

Como se percebe, o município tem um baixo comprometimento de sua despesa com o adimplemento de ações e serviços de saúde judicializados. Nesse cenário, em que pese a judicialização – de acordo com a prestação de contas da saúde - ter diminuído do 1º quadrimestre para o 2º e 3º, mister se faz a criação de uma rede colaboração, a fim de diminuir ainda mais o número de judicializações.

4 MEDIDAS PARA DIMINUIÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A experiência vivenciada pelos órgãos da Administração Pública aponta algumas estratégias que contribuem para a diminuição dos processos judiciais em saúde.

Um exemplo são as redes de cooperação, que surge como uma nova forma de organização do trabalho e do relacionamento.

Para GARCIA (2000):

As redes são, como um conjunto de organizações que atuam de maneira articulada/coordenada e cujos processos decisórios estariam primordialmente ligados à existência da rede. As redes não nascem necessariamente sob algum contrato, pois estes podem dificultar a troca de vantagens competitivas. Como ações importantes temos a convergência de interesses, a interdependência dos agentes, o engajamento mútuo, a durabilidade das relações, a fidelidade e a cooperação.

Esse modelo propõe maior interação e proporciona um diálogo mais transparente e eficaz na busca da solução autocompositiva, ou seja, antes mesmo de haver a lide.

Neste diapasão, seria perfeitamente viável a criação de uma Rede de Cooperação no município de Governador Valadares com a finalidade de estabelecer diretrizes tanto a ser tomadas com as ações que tramitam na justiça sobre questões de saúde, quanto naquelas que queiram evitá-las.

4.1 Experiências das Defensorias Públicas

A Confederação Nacional do Municípios¹⁵ solicitou dados das Defensorias Públicas estaduais do país e a partir das respostas, foram mapeados a situação das ações em saúde em algumas delas, bem como reconhecer aquelas que possuem estratégias de diminuição e qualificação da judicialização, as quais passaremos a analisar.

A Defensoria Pública do Estado de Alagoas possui Núcleo da Saúde que apresenta resolutividade de demandas pela via administrativa. Relata que, no ano de 2014, dos 3.958 atendimentos, apenas 800 foram ajuizados (20,21%). Desse quantitativo, 311 foram contra o Município de Maceió/AL (38,87%).

A Defensoria do Estado do Amazonas adota a política na qual antes de ingressar com a ação, utiliza a citação via ofício para “realização de audiência junto aos representantes da municipalidade a fim de solucionar o conflito sem interferência do Judiciário”. Salienta que em 2014 e 2015 todas as ações solicitavam tutela antecipada.

Por sua vez, a Defensoria Pública do Estado da Bahia, ao contrário da Defensoria Pública do Estado de Alagoas, apontou que transferências hospitalares, cirurgias, medicamentos, insumos e material médico apresentaram grau de Judicialização maior que o da resolução administrativa. Em 2015 a DPE/BA afirmou estar inserida na discussão e na construção de uma Câmara de Conciliação de Saúde, estrutura que congregaria com os demais operadores do Sistema de Justiça.

A Defensoria Pública do Estado do Ceará informou que desde 2013 possui Núcleo da Saúde (Nudesa) na capital e que possui fluxos que priorizam a solução extrajudicial por meio das Secretarias da Saúde de Fortaleza e do Ceará.

A Defensoria do Estado do Maranhão, por seu turno, afirma ser prática corriqueira em todos os núcleos de atuação da Defensoria Pública, na capital e interior, procurar a solução extrajudicial da demanda. Bem assim, a DPE/MA possui um Núcleo Psicossocial, o qual se articula administrativamente com as esferas federal, estadual e municipal na perspectiva de solucionar os conflitos de forma mais rápida e eficaz.

A Defensoria do Estado de Rio Grande do Norte faz parte de um programa chamado “O SUS Mediador”, com atuação também no Comitê Estadual de Saúde do CNJ, ou seja, com outros atores do Sistema de Justiça e sociedade. A DPE/RN possui rede de cooperação, nas ações judiciais em Saúde para o Município de Natal.

¹⁵ Confederação Nacional dos Municípios – CNM. **Judicialização da Saúde: Estratégias efetivas à diminuição por meio de ações locais** – Brasília-2016.

A Defensoria do Estado de Rio Grande do Sul possui o Núcleo de Defesa da Saúde – Nuds. Relata ter diminuído em 80% os casos judicializados, conseguindo, na maioria das vezes, o reencaminhamento para a Rede de Atenção via contato com o Ente municipal ou técnicos da assistência farmacêutica. A Defensoria implementou, com sucesso, estratégias de diminuição e qualificação da judicialização da Saúde. A Queda da Judicialização, segundo informações institucionais, chegou a 87%, ou seja, de 100 prováveis ajuizamentos, a DEP/RS resolve, pela atuação em rede de cooperação com Município e Estado, 87 demandas pela via não judicial.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, dentre as iniciativas para diminuição e qualificação da judicialização da Saúde, possui termos de cooperação com alguns Municípios, para resolução administrativa das demandas em Saúde.

Além dessa iniciativa, a DPE/SP participa do Comitê Estadual de Monitoramento e Resolução das Demandas da Assistência à Saúde, coordenado por Magistrado designado pelo TJSP e composto por Agentes do Sistema de Justiça, além das Secretarias Estadual e Municipal de Saúde do Estado e da cidade de São Paulo/SP. O Comitê tem por objetivo monitorar as ações referentes ao SUS, propor medidas e normativas para otimizar rotinas processuais e a prevenção de conflitos nessa área.

4.1 Experiência do Poder Judiciário Tocantinense

A comarca de Araguaína, no estado de Tocantins, é um marco do Poder Judiciário na resolução extrajudicial de demandas em saúde¹⁶. O município de Araguaína é um exemplo de como uma rede de colaboração, com investimento dos atores políticos e jurídicos na prevenção dos conflitos, promove a Autocomposição.

Já em meados de 2011, foi criado no município tocantinense, na estrutura da Secretaria Municipal de Saúde, o Núcleo de Apoio Técnico (NAT) e a Ouvidoria do SUS, ambos de caráter municipal, e que funcionam também como mecanismos de fomento ao diálogo institucional.

O Núcleo de Apoio Técnico oferece suporte de especialistas aos programas de saúde locais, ao Judiciário, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ouvidoria do

¹⁶ **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência.** Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. - Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015

SUS. Essa rede de cooperação funcionaram também como mecanismo de fomento ao diálogo institucional.

Tal rede é composta por uma equipe multidisciplinar, contando com, especialistas em saúde pública e outros profissionais, como assessor jurídico, enfermeiro, farmacêutico, assistente social, assistente técnico administrativo e assistente do departamento de compras da Secretaria Municipal de Saúde.

Os números da Secretaria Municipal de Saúde de Araguaína refletem o decréscimo da judicialização ao longo dos anos: em 2013, de um total de 1.397 demandas, apenas 85 (6,08%) resultaram na instauração de processos, dos quais 58 (68%) tiveram os pedidos de liminares deferidos em favor dos autores.

Depreende, por derradeiro, que uma rede de cooperação efetiva o acesso à saúde de forma mais célere por meio do diálogo interinstitucional.

4.2 Os Consórcios Públicos como ferramenta de economia em saúde

Seguindo o processo de descentralização do Sistema Único de Saúde (SUS), a aquisição dos medicamentos essenciais passou a ser de responsabilidade dos municípios. Além disso, a despeito do orçamento público finito, o custo dos medicamentos tem aumentado ao longo dos anos¹⁷.

Os consórcios públicos de saúde congregam esforços mútuos na prestação de serviços de saúde de qualidade a um custo menor do que considerado individualmente por cada município consorciado. É o ápice do princípio da eficiência aplicado à saúde.

Nesse cenário, o Consórcio Intermunicipal de Saúde do Vale do Rio Doce (CISDOCE), sediado no município de Governador Valadares desde o ano de 1995, conta com 31 municípios consorciados dos quais, infelizmente, o município de Governador Valadares não faz parte.

Entre outros benefícios, o consorciamento de Governador Valadares ao CISDOCE poderia viabilizar a redução dos custos operacionais do município com a aquisição de medicamentos, bem como a oferta de honorários médicos mais vantajosos do que os obtidos em licitações individuais.

17 Vieira FS. **Gasto do Ministério da Saúde com medicamentos**: tendência dos programas de 2002 a 2007. Rev Saúde Publica. 2009;43(4):674-81. DOI:10.1590/S0034-89102009005000041

A título de exemplo, em 2008, os municípios da Associação dos Municípios do Médio Vale do Itajaí (AMMVI), no estado de Santa Catarina, passaram a utilizar o Consórcio Intermunicipal de Saúde (CIS-AMMVI) para a aquisição de medicamentos. Dentre os resultados proporcionados pelo CIS-AMMVI na aquisição de medicamentos estão:

- I. O número de itens que apresentaram falta em pelo menos um dia, houve uma redução aproximada de 12,0% em 2008 em relação a 2007, e de 48% em 2009 em relação a 2007;
- II. Os preços pagos em 2008 e 2009 para a aquisição dos medicamentos por unidade, já sob influência do consórcio, foram sistematicamente mais baixos em 2007 (63% e 76% dos itens, respectivamente);
- III. Garantia de maior oferta de medicamentos e diminuição do desabastecimento do componente da Assistência Farmacêutica Básica;
- IV. Modelo de contrato por ata de registro de preços, com cotação válida para o período de 12 meses. O registro de preços possibilita antecipar-se à demanda e racionalizar melhor a utilização do orçamento disponível no momento da contratação e não no início da licitação.
- V. Por meio da ata de registro de preços houve a diminuição do número de licitações, propiciando redução de preços pela economia em escala, agilizando o processo de aquisição, com maior rapidez na contratação, e permite a redução do estoque físico.

Segundo Reis & Perini¹⁸, é essencial que se incorporem cada vez mais os modernos conceitos de logística de materiais para evitar o desabastecimento de medicamentos devido a fatores internos, tais como planejamento inadequado ou emprego de ferramentas gerenciais ineficientes. O consorcio de saúde combate todos esses fatores.

Por fim, os consórcios públicos de saúde apresentam-se atualmente como a ferramenta ideal na busca da efetivação do direito à saúde; diametralmente, proporciona

18 Reis AMM, Perini E. **Desabastecimento de medicamentos: determinantes, consequências e gerenciamento.** Ciencia Saude Coletiva. 2008;13(Supl):603-10. DOI:10.1590/S1413-81232008000700009

uma menor judicialização medicamentosa e uma melhoria da gestão da assistência farmacêutica municipal.

5 CONCLUSÃO

O fenômeno de judicialização da Saúde, notadamente no município de Governador Valadares, apresenta-se complexo e, ao mesmo tempo, um problema passível de administração, em que a manutenção de normas voltadas a desjudicialização e o diálogo interinstitucional com outros órgãos públicos proporcionarão mais a autocomposição.

Entrementes, dois aspectos chamam a atenção: o fato do município não manter uma contabilidade de custos que mensure as perdas advindas das obrigações impostas nos processos judiciais instados no Tribunal de Justiça de Minas Gerais e no Tribunal Regional Federal da 1ª região, quando em litisconsórcio com a União e, o fato estar sediado no município um consórcio intermunicipal de saúde, o qual poderia proporcionar economia financeira e orçamentária para o erário (economia de até 80%).

A judicialização da saúde é uma realidade. Todavia, em que pese ela estar relativamente baixa a nível local, como apresentado no 3º capítulo, a inexistência de uma rede de cooperação entre o município e outros órgãos aliados ao aumento de demandas judiciais poderá elevar o comprometimento das receitas públicas, fossilizando, conseqüentemente, as ações e serviços públicos de saúde consignados nos orçamentos dos próximos exercícios financeiros.

Nesse panorama, em que o direito à saúde compõe o rol de direitos fundamentais de todo cidadão, é premente a necessidade do diálogo entre os diversos atores envolvidos na cadeia de defesa e oferta de tão caro direito (membros do Poder Executivo, Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, Defensoria Pública da União, Núcleos de Assistência Judiciária das Faculdades de direito, advogados etc).

Para tanto é necessário que ocorra uma mudança no entendimento dos próprios operadores dos Sistemas, tanto da Justiça quanto da Saúde. A partir desse ponto, passa a perdurar uma nova organização das relações institucionais, situação que fortalece a Justiça e o SUS, como sistemas que passam a dialogar, a se reconhecer mutuamente e a

atuar de forma harmônica. Sem essa visão ampliada, as estratégias de diminuição da judicialização tendem a falhar.

Para tanto, mostra-se plausível a formação de redes de cooperação e a celebração de Termos de colaboração entre as entidades supramencionadas. Tais instrumentos proporcionarão a busca da resolução de demandas que envolvam as diversas Políticas Públicas, pela via administrativa, promovendo assim a multiplicação das redes de cooperação entre esses atores. Ao cabo, essas ações beneficiarão não só Município de Governador Valadares, mas, principalmente, os cidadãos valadarenses, que terão seus direitos atendidos e sua Rede de Atenção à Saúde qualificada.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTS, Christian, **Los derechos sociales como derechos exigibles**, Trotta, 2004, p. 251

BRASIL. PLANALTO. (Org.). **Portal da legislação: Constituições anteriores**. 2019. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portalleis/legislacaohistorica/constituicoes-antiores-1>>. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. Helena Daltro Pontual. Senado Federal (Ed.). **Constituições brasileiras**. 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/glossariolegislativo/constituicoesbrasileiras>>. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 175**, Direito Processual Civil e do Trabalho | Processo e Procedimento | Antecipação de Tutela / Tutela Específica. REQTE.(S) UNIÃO. REQDO.(A/S) TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. Relator: Relator: MINISTRO PRESIDENTE. Brasília, DF, 18 de setembro de 2009. v. 1, p. 1-131. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2570693>>. Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 set. 2019.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. **Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências:** Legislação federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 17 set. 2019.

Confederação Nacional dos Municípios – CNM. **Judicialização da Saúde: Estratégias efetivas à diminuição por meio de ações locais** – Brasília-2016.

CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL PARA A AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS: impacto no desabastecimento e no custo. São Paulo: Scielo, v. 45, n. 4, 01 abr. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003489102011000400022>. Acesso em: 21 nov. 2019.
Enunciado n.º 60 da II Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça.

GARCIA, L. M. B. (2000). **Uma análise sobre a adequação da gestão estratégica de custos na formação e gerência de empresas virtuais.** São Carlos. Dissertação (Mestrado) - Escola de Engenharia de São Carlos, USP.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projeto de pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MENDES, Áquilas; LEITE, Marcel Guedes; MARQUES, Rosa Maria. (2011). **Discutindo uma Metodologia para a Alocação Equitativa de Recursos Federais para o Sistema Único de Saúde.** Saúde e Sociedade, 20(3), 673-690. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010412902011000300013&script=sci_abstract&lng=pt>. Acesso em: 20 de out. 2019.

MINAYO, Maria Cecília. **Ciência, técnica e arte: o desafio da pesquisa social.** Petrópolis: Vozes, 1999

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Direito à saúde: Uma perspectiva constitucionalista.** Passo Fundo: UPF, 2003.

SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social.** Porto Alegre: L&PM Editores, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso De Direito Constitucional Positivo.** 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 936 p.

TARTUCE, Fernanda. **Advocacia e meios consensuais**: novas visões, novos ganhos.
In: Alexandre Freire; Fredie Didier Jr.; Lucas Buriel de Macêdo; Ravi Medeiros Peixoto.
(Org.). Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada – v.2 – Processo de Conhecimento e
Disposições finais e transitórias. 1ed. Salvador: Juspodvum, 2015, v. 1, p. 155-174.
Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/advocacia-nos-meios-consensuais/>.
Acesso em 21 de novembro de 2019.

O protagonismo judicial e a efetivação de direitos fundamentais face a omissão legislativa no neoconstitucionalismo

Kerolayne Rodrigues Gonçalves¹

Islane Archanjo Rocha²

RESUMO

O protagonismo do judiciário na efetivação de direitos fundamentais atualmente é um crescente. Nesse sentido, o objetivo geral é analisar o protagonismo do judiciário na efetivação de direitos fundamentais, demonstrar os motivos determinantes que levaram a essa atuação, para dar a efetiva aplicabilidade e concretização aos direitos fundamentais diante da omissão legislativa. Dessa forma, será feita a definição dos direitos fundamentais, a análise acerca das normas constitucionais de eficácia limitada e a omissão legislativa, bem como, investigar os reflexos do protagonismo judicial no neoconstitucionalismo. A metodologia empregada é a análise qualificada mediante procedimento de pesquisa bibliográfica. Por fim, conclui-se que o protagonismo judicial exerce fundamental importância na defesa dos valores constitucionais e a concretização de direitos fundamentais face à omissão legislativa.

Palavras-chave: Protagonismo judicial. Direitos fundamentais. Omissão legiferante. Neoconstitucionalismo.

1 INTRODUÇÃO

¹ Graduanda em Direito na Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE.

E-mail: kerolayne.goncalves@univale.br

² Orientadora. Professora do Curso de Direito da Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE.

E-mail: islane.rocha@univale.br

O presente estudo tem por tema o protagonismo judicial na efetivação dos direitos fundamentais, que tem sido crescente atualmente, de forma delimitada aborda-se -a os motivos determinantes que levaram a predominância dessa atuação.

O Judiciário atualmente tem atuado em uma posição contramajoritária ao valer-se dos institutos da ação direta de inconstitucionalidade e do mandado de injunção como forma de sanar as omissões legislativas, sem ultrapassar os limites constitucionais e ferir a democracia.

Diante desse contexto, a questão que norteia a pesquisa é: quais são os reflexos do protagonismo judicial na efetivação de direitos fundamentais face a omissão legislativa? Nesse sentido, abordar-se-á a problemática das normas constitucionais de eficácia limitada, as quais carecem de uma atenção do legislador para que tenha eficácia plena. Será demonstrado alguns mecanismos trazidos pela CF/88, como hipóteses de solução para a síndrome da omissão legislativa. São eles, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, § 2º da CF, que constitui um instrumento de tutela do direito objetivo, bem como o mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI da CF, considerado instrumento de tutela de direito subjetivo. Por vias destes instrumentos é levado à apreciação do judiciário, no caso o STF, que tem por dever a guarda da Constituição apreciar os casos em que envolvam lesão ou ameaça aos preceitos constitucionais.

Por conseguinte, o objetivo geral é analisar o protagonismo do judiciário na efetivação de direitos fundamentais e demonstrar os motivos determinantes que culminaram nessa atuação, para dar a efetiva aplicabilidade e concretização aos direitos fundamentais diante da omissão legislativa. Dessa forma, pretende-se especificamente fazer uma definição dos direitos fundamentais, análise acerca das normas constitucionais de eficácia limitada e a omissão legislativa, bem como, investigar os reflexos do protagonismo judicial no neoconstitucionalismo.

A importância do tema se justifica, em razão da relevância dessas normas, questões como a síndrome da omissão legislativa revela um problema grave que merece atenção, pois, se o constituinte condiciona a aplicabilidade de certos direitos à atividade do legislador, não pode este se omitir de sua atividade, visto que, esta omissão obsta o gozo pleno de direitos já preestabelecidos na Constituição que foram positivados de forma

árdua, como é o caso dos direitos fundamentais. A atuação do judiciário ante a omissão legislante tem se mostrado essencial na concretização de direitos fundamentais.

No que se refere a metodologia procedimental, foi empregada a análise qualificada mediante procedimento de pesquisa bibliográfica, visando proporcionar melhor compreensão sobre o tema.

Quanto à estruturação do texto, a primeira seção trata da definição de direitos fundamentais e seu processo histórico, a análise acerca da aplicabilidade das normas constitucionais de eficácia limitada, aborda ainda a omissão legislativa e o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão. Na segunda parte é analisado o protagonismo judiciário no neoconstitucionalismo e a nova interpretação constitucional, logo após, é feita a exposição do enfrentamento da questão: análise de caso e o protagonismo do judiciário na efetivação de direitos fundamentais e, por fim, chega-se à conclusão.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao longo das transformações da humanidade, surgiu a figura do Estado para regular as relações e a vida em sociedade. Nesse período em que o poder era concentrado nas mãos do Estado conhecido como absolutismo, surgiu a necessidade da criação de mecanismo de proteção dos indivíduos frente à atuação arbitrária do Estado.

André de Carvalho Ramos (2018) suscitando a obra de Jean-Jacques Rousseau “Do contrato social” defende a relação entre Estado e indivíduos através de um pacto social com o objetivo de assegurar a igualdade e a liberdade entre os seres humanos, para Rousseau a renúncia a esses direitos seria inadmissível.

Nesse contexto, segundo André de Carvalho Ramos (2018), é necessário referir-se ao processo histórico da humanidade fundado na justiça, igualdade e liberdade, na conquista da garantia de um mínimo existencial, um conjunto de valores essenciais para ter uma vida plena, e assim nascem os direitos humanos.

Contudo, conforme Sidney Guerra (2014), foi após a Segunda Guerra Mundial que o movimento para criação de mecanismos de proteção à dignidade humana teve mais visibilidade ganhando força mundialmente através da ONU e influenciando a criação de tratados de proteção aos direitos humanos.

Os direitos fundamentais foram tomando forma gradativamente, suas primeiras aplicações foram através da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1945, mas foi em 1948 que esses direitos passaram a ter maior alcance, efetivamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, onde descreve os parâmetros humanitários válidos universalmente para todos os homens, assinada nesta mesma data pelo Brasil.

Nesse sentido, os direitos humanos estão umbilicalmente ligados com os direitos fundamentais sendo que este decorre daquele, pois os direitos humanos nasceram e foram instituído internacionalmente para dar proteção aos indivíduos garantindo sua dignidade, ao passo que os direitos fundamentais asseguram as condições mínimas para ter uma vida plena dentro da sociedade que instituiu e positivou tais valores, apesar de serem termos diferentes tratam de direitos essenciais dos indivíduos (ALEXANDRINO, 2007).

Já o autor José Afonso da Silva (1992) utiliza o termo “direitos fundamentais do homem” para tratar dos direitos fundamentais. Segundo o autor, para se respeitar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, é necessário que esses direitos sejam prerrogativas que o direito positivo concretiza. Podemos dizer que estes são os direitos básicos individuais, coletivos, sociais e políticos presentes na Constituição.

A Constituição Federal de 1988 se espelhou na Declaração Universal de Direitos Humanos dispondo de um título específico para tratar dos direitos fundamentais, espalhados do artigo 5º ao 17º da CF, divididos entre direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos da nacionalidade e direitos políticos, no entanto, estes direitos não são exaustivos, por isso se fala em direitos explícitos porque estão expressos na CF, implícitos que dela decorrem (RAMOS, 2018).

Sidney Guerra esclarece as características dos direitos fundamentais definidos pela doutrina:

A doutrina jurídica, ao ventilar as características dos direitos fundamentais, geralmente recorre ao traços inicialmente referidos no campo do jusnaturalismo, daí fazer menção à, inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade e a inerência: ou apela às concepções mais contemporâneas de direitos humanos, cuja a influência das discussões em torno do direito internacional faz-se visível, mencionado a historicidade, a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência (...) (GUERRA, 2014, p. 225)

Os direitos fundamentais estão ligados ao fenômeno do constitucionalismo. Foi através da Constituição de 1988 que esses direitos passaram a ter mais efetividade dentro do ordenamento jurídico, o que acarretou para eles maior visibilidade, pois estão intrinsecamente ligados ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A Constituição de 1988 é considerada a Constituição cidadã pela concretização dos direitos fundamentais e por garantir a participação plena dos indivíduos na sociedade.

A Constituição é considerada uma grande garantidora de direitos, mas nem sempre teve a sua aplicabilidade de forma efetiva dentro do ordenamento, é o que se extrai dos dizeres de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento:

Durante muito tempo, na maior parte do mundo, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, mas como meras proclamações políticas, desprovidas de imperatividade. As normas jurídicas que efetivamente valiam eram aquelas editadas pelo legislador, cujos atos eram imunes — senão na teoria, pelo menos na prática — ao controle jurisdicional. A Constituição não era aplicada diretamente às relações sociais, nem empregada na resolução de casos concretos, dependendo quase sempre da mediação legislativa para a produção de algum efeito jurídico. Uma das mais importantes transformações ocorridas no Direito Constitucional contemporâneo foi a superação deste antigo paradigma. Hoje, tornou-se lugar-comum na teoria constitucional a afirmação do caráter normativo da Constituição (SOUZA NETO, 2012, p. 294).

O reconhecimento da normatividade constitucional trouxe algumas concepções referente a eficácia das normas constitucionais, saindo do caráter de simples proclamações para terem aplicabilidade direta na realidade social.

2.1 NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA LIMITADA

Ao fazer uma abordagem histórica sobre a teoria brasileira da classificação das normas constitucionais é possível notar o fortalecimento da eficácia das normas constitucionais, conforme elucida Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento:

Estas normas, em geral, incidem diretamente sobre a realidade social, e podem ser aplicadas a casos concretos independentemente de regulamentação infraconstitucional. Ademais, pela superioridade

hierárquica de que desfrutam no sistema jurídico — que não é apenas formal (elas estão no patamar mais elevado da ordem jurídica), mas também material (elas, em geral, consagram os princípios e valores mais relevantes de uma comunidade política) — as normas constitucionais devem orientar o operador do Direito na interpretação e na aplicação de todo o ordenamento infraconstitucional. Finalmente, elas são parâmetros de validade de todas as demais normas, que são consideradas nulas quando incompatíveis com os seus ditames (SOUZA NETO, 2012, p. 294).

Dessa forma, é possível notar a importância das normas constitucionais, visto que, são norteadoras de todo o ordenamento jurídico. No que se refere à eficácia ou aplicabilidade das normas, o intérprete julgador observará a validade jurídica e social da norma, a eficácia tem íntima relação com a aplicação ou execução da norma jurídica no plano fático, isto é, como condicionadora da conduta humana.

Para entender a dinâmica dessas normas é necessário observar a sua classificação, que é baseada em vários critérios, a depender do entendimento adotado por cada autor.

Novamente suscitando os ensinamentos de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento:

A primeira classificação corrente no Brasil foi a que dividiu as normas constitucionais em autoaplicáveis e não autoaplicáveis (ou autoexecutáveis e não autoexecutáveis). Esta classificação, divulgada entre nós por Ruy Barbosa, baseava-se na teoria e jurisprudência constitucional norte-americanas do final do século XIX, e, em especial, nas lições de Thomas Cooley. Partia-se da premissa de que alguns preceitos constitucionais, que já contivessem em seu texto todos os elementos necessários para a sua imediata aplicação às hipóteses neles contempladas, poderiam incidir, independentemente de qualquer atuação do legislador. Já outros dispositivos, de caráter mais vago, dependeriam de regulamentação legislativa para que pudessem ser aplicados (SOUZA NETO, 2012, p. 300).

A classificação tradicional da doutrina divide a aplicabilidade das normas constitucionais em duas espécies: autoexecutáveis e não autoexecutáveis, conforme elucidada José Afonso da Silva:

São auto executáveis “as determinações, para executar as quais, não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios

de execução e preservação”. As normas não auto executáveis são as que “não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a exercerem” (SILVA, 1982, p. 89).

Na visão da doutrina clássica, grande parte das normas da Constituição não tinha qualquer grau de eficácia, já na perspectiva contemporânea essa classificação se mostra um tanto ultrapassada por não contemplar o caráter moral da interpretação constitucional, nessa linha de pensamento José Afonso da Silva trouxe uma nova visão sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, para o autor todas as normas constitucionais gozavam de algum grau de eficácia:

Conforme Cláudio Pereira de Souza Neto explica:

Para ele, todas as normas constitucionais desfrutam de algum grau de eficácia, embora este possa variar. Nas suas palavras, “cada norma constitucional é sempre executável por si mesma até onde possa, até onde seja suscetível de execução”. A partir desta perspectiva, que buscava ampliar a força normativa da Constituição, (...) (SOUZA NETO, 2012, p. 301)

Foi dessa problemática que o referido autor sugeriu então a classificação das normas constitucionais quanto a sua aplicabilidade e efetividade de uma forma tricotômica, ou seja, em três espécies de eficácia: Plena, contida, limitada.

Nesse sentido, o autor José Afonso da Silva (1982) define essas normas da seguinte forma: as normas de eficácia plena seriam as que desde a sua entrada em vigor possuem a capacidade de produzir efeitos por si só, tendo aplicabilidade direta e imediata integral. Já as normas de eficácia contida, basicamente teriam as mesmas características das normas de eficácia plena, porém, podem ter sua eficácia restringida pelo legislador ordinário ou por outro sistema, tendo aplicabilidade direta e imediata, mas, não integral. No caso das normas de eficácia limitada, essas possuem a particularidade de não produzirem todos os seus efeitos de imediato, necessitando para tanto de uma integração normativa por parte do legislador infraconstitucional ou por um órgão a que tenha tal incumbência, possuindo aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.

Nesse cenário onde buscava-se entender a questão da aplicabilidade das normas constitucionais Maria Helena Diniz, foi outra autora que se debruçou sobre o tema, com

um olhar voltado para a intangibilidade da norma e a produção de seus efeitos concretos.

Baseada em várias classificações apresentadas pela doutrina, propomos, tendo por critério a questão da intangibilidade e produção de efeitos concretos. Que se distingam as normas constitucionais em: (a) normas com eficácia absoluta, (b) normas com eficácia plena, (c) normas com eficácia relativa restringível e (d) normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação (DINIZ, 2001, p. 109).

Para a autora a classificação da norma se daria de quatro formas: a primeira delas seria a norma de eficácia absoluta, onde se refere às cláusulas pétreas que não podem ser alvos de emendas constitucionais, a segunda delas seriam as normas de eficácia plena, a terceira seriam as normas de eficácia relativa e restringível, já a quarta classificação seria as normas de eficácia relativa complementável, guardando estas três últimas semelhanças com classificação já mencionada por José Afonso da Silva.

Maria Helena Diniz compartilha da mesma perspectiva trazida por José Afonso da Silva na questão da eficácia, um ponto bastante discutido entre vários doutrinadores, a autora entende que o grau de eficácia das normas constitucionais é variável, não havendo assim norma constitucional destituída de eficácia, todas as disposições constitucionais têm a possibilidade de produzir efeitos.

José Afonso da Silva, como um dos doutrinadores da matéria que conseguiu identificar a importância deste tema, tratou em sua ilustre obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, a problemática da interpretação das normas constitucionais, em seus estudos o autor retratou da dificuldade que existe em definir a eficácia dessas normas, seja ela plena, contida ou limitada e quais os efeitos dessas normas e seus destinatários.

Diante das controvérsias existentes a respeito das classificações, interessa destacar as normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida baseando se na teoria de José Afonso da Silva, que são aquelas que dependem de uma regulamentação e integração necessitando da interposição do legislador por meio de normas infraconstitucionais.

De acordo com Barroso (2020), por mais que estas normas sejam limitadas, não são totalmente desprovidas de normatividade, essas possuem o atributo de revogar as

normas do sistema jurídico que com ela colidam, além de impedir o ingresso no ordenamento de normas incompatíveis com seus preceitos.

Essas normas ainda se subdividem em normas constitucionais do princípio institutivo, são aquelas que definem as atribuições e estruturação geral dos órgãos, institutos e entidades, mas necessitam de lei posterior e tem caráter subsidiário, e normas do princípio programático, são aquelas que determinam a criação de programas, metas e objetivos a serem desenvolvidos pelo estado, determinam um objetivo a ser atingido, (TAVARES, 2012).

As normas de princípio institutivo ou organizativo ainda podem ser divididas em normas impositivas ou facultativas, as impositivas são aquelas que determinam que o legislador as complemente, um exemplo dessa norma é encontrado no art. 33 - “A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios.” Já as normas facultativas são aquelas que não impõe ao legislador sua integração, mas criam a faculdade do legislador regular as matérias por ela estabelecidas, como exemplo, pode ser citado o art. 22, § único - “Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.” (DUTRA 2016).

Por ser condicionada a regulamentação posterior pelo legislador, circundam essa norma uma questão um tanto quanto problemática que seria no caso da omissão legislativa, em que o legislador deixa de editar a norma, que seria os instrumentos necessários para sanar tais omissões, se a própria norma menciona a possibilidade de sua edição, esta questão será melhor abordada mais à frente.

Como já mencionado, as normas de princípio programático são aquelas que tem por objetivo traçar diretrizes a serem cumpridas pelos órgãos estatais, como programas que têm a finalidade de realizar os fins sociais do Estado. José Afonso da Silva entende que tais normas possuem inúmeras características, como por exemplo servir de parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade por omissão. Contudo, essas normas possuem uma aplicabilidade diferida e se dividem em normas de eficácia paralisante que são aquelas que possuem a capacidade de revogar norma infraconstitucional contrária a seus preceitos, e normas de eficácia impeditiva que tem a capacidade de impedir que entrem no ordenamento jurídico normas incompatíveis com suas disposições, servindo assim como base para o controle de constitucionalidade. (SOUZA NETO, 2012).

Deste modo, Cláudio Pereira de Souza e Daniel Sarmento (2012), citam outra característica importante das normas programáticas que é a sua propriedade de servir como parâmetro interpretativo da Constituição, pois estabelece diretrizes a serem seguidas, há ainda doutrinadores que entendem que essas normas possuem habilidades para a vedação ao retrocesso, haja vista que, que direitos já concretizados não poderiam ser suprimidos.

Nesse sentido, é possível vislumbrar que essas normas não são meras proclamações despidas de eficácia, e sim verdadeiras concretizadoras de princípios constitucionais que orientam a interpretação e a atividade jurisdicional com o fim da promoção social e a ordem jurídica do Estado, o que evidencia sua eficácia constitucional.

Ainda para sobre essas normas as questões de sua eficácia, pois são condicionadas à atividade do legislador. No caso deste se mostrar inerte, caracterizaria uma omissão da atividade legiferante e a síndrome da inefetividade das normas constitucionais? A Constituição de 1988 possui mecanismos que trata justamente das omissões por parte dos órgãos Estatais que colocam em risco a superioridade e a hierarquia da Constituição, alguns desses mecanismos seriam a ação de inconstitucionalidade por Omissão e o mandado de injunção, temas que serão abordados adiante.

2.1.1 Omissão Da Atividade Legiferante E A Síndrome Da Inefetividade Das Normas Constitucionais

Ao tratar da questão das Omissões legislativas se faz importante destacar o sistema de controle de constitucionalidade estabelecido pela Constituição, sistema esse que tem como objetivo assegurar sua supremacia e hierarquia sobre os demais dispositivos do ordenamento Jurídico.

A ideia de controle de constitucionalidade foi fortemente inspirada na corte Norte Americanas, não há como falar de controle de constitucionalidade sem citar o caso *Marbury X Madison* primeiro precedente histórico do controle difuso de constitucionalidade, nesse tipo de controle é analisado o caso concreto que chega ao juiz através da arguição de inconstitucionalidade pelo interessado, admitida, o tribunal

afasta a norma da apreciação do caso, essa ideia de controle fortalece a supremacia constitucional afastando a norma que está em desacordo com o texto constitucional.

A importância desse feito foi retratada por Luiz Roberto Barroso:

Marbury v. Madison, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham. (BARROSO, 2012, p. 32).

No Brasil existe o controle difuso e concentrado de constitucionalidade, ambos amparados pela CF em seu art. 102, I alínea A, este primeiro é como já mencionado quando o juiz afasta a norma considerada inconstitucional do caso ora em análise sendo o efeito da decisão inter partes, já o controle concentrado ocorre quando as matérias consideradas inconstitucionais são apresentadas diretamente a um tribunal constitucional que no Brasil é de competência do STF, sendo que o efeito da decisão que declara a inconstitucionalidade é erga omnes e inválida perante todo o ordenamento jurídico a eficácia de determinada norma. Esse tipo de controle foi influenciado pelo direito Europeu e idealizado na tese Kelseniana.

O controle faz a fiscalização da constitucionalidade, dessa forma existem dois tipos de inconstitucionalidade, por ação quando é editada norma que viole diretamente a Constituição e para que a norma violadora seja retirada do ordenamento jurídico o mecanismo de defesa é a ação direta de inconstitucionalidade.

Existe ainda a inconstitucionalidade por omissão que decorre de omissão do poder público que tem o dever de agir, porém se mostra inerte, deixando de editar normas para regulamentar o exercício de certo direito previsto na CF ou quando não elabora uma norma de eficácia limitada que necessita de regulamentação para a matéria por não ter força normativa o suficiente.

Assim leciona André Ramos Tavares:

Dispõe o art. 103, § 2º, da Constituição: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Observa FLÁVIA PIOVESAN que “objetiva, a ação direta de inconstitucionalidade por

omissão, em última análise, permitir que toda norma constitucional alcance eficácia plena, obstando que a inação do legislador venha a impedir o exercício de direitos constitucionais” (TAVARES, 2012, p. 338).

Essa omissão pode ser total ou parcial, total quando o legislador não regulou a matéria instituída por norma constitucional, já a omissão parcial pode ser dividida em duas espécies, a primeira delas seria a omissão relativa que ocorre quando o legislador ao editar norma não abrange determinado grupo ou categoria que deveria estar inserido, ferindo assim o princípio da isonomia, já a segunda espécie é a omissão propriamente dita que ocorre quando o legislador edita norma mas de forma deficiente que não atende por completo a determinação constitucional.

Tentando especificar o conceito do que seria a inconstitucionalidade por omissão pode se trazer à baila o art. 12, alínea B, I da lei 9868/99 que dispõe:

Art. 12-B. A petição indicará: (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009).

I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa; (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009).

O fenômeno da inconstitucionalidade por omissão está intimamente ligado com as normas de eficácia limitada, pois estas normas exigem do legislador uma postura ativa para que regule a matéria nelas traçadas, precisamente estaria ligado às normas de princípio institutivo impositivas, as quais impõe o legislador sua regulamentação, como também teria ligação com as normas de princípio programático que tem vinculação com a legalidade. Vale ressaltar a faculdade do legislador em editar normas, visto que sua inércia não caracteriza a inconstitucionalidade, todavia a inconstitucionalidade decorre do dever de legislar quando há obrigação imposta pela CF e este dever não é cumprido.

Outro instrumento considerado apto a sanar a inconstitucionalidade por omissão é o mandado de injunção, que tem previsão no texto constitucional no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Nesse sentido conceitua André Ramos Tavares:

O mandado de injunção é uma ação judicial, de berço constitucional, com caráter especial, que objetiva combater a morosidade do Poder Público em sua função legislativa-regulamentadora, entendida em sentido amplo, para que se viabilize, assim, o exercício concreto de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionalmente previstos (TAVARES, 2012, p. 1019).

No entanto o mandado de injunção serviria para sanar a omissão no caso concreto ao qual o exercício dos direitos fundamentais, foi impedido pela caracterização da omissão legislativa em regular esta matéria constitucional, o julgador tem a competência para sanar essa omissão dentro do caso, até que seja editado norma sendo esta decisão de caráter provisório.

Diante da exposição dos dois instrumentos de controle Flávia Piovesan assevera:

Repita-se, embora ambos os instrumentos constituam mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção é instrumento de tutela de direito subjetivo, que não se confunde com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que é instrumento de tutela de direito objetivo. (PIOVESAN, 1995, p. 161).

Portanto, pode-se observar que a forma utilizada por esses institutos para tentar sanar a omissão legislativa, sendo a ADO, um instrumento para fortalecer a eficácia das normas constitucionais de eficácia limitada que não foram reguladas e Mandado de Injunção seria um remédio constitucional capaz de fazer efetivar um direito que está sendo violado em face da omissão legislativa, está intimamente ligado com o surgimento de um novo modelo constitucional o neoconstitucionalismo que trouxe consigo uma série de mudanças como a normatividade dos princípios, a hermenêutica voltada para uma nova interpretação constitucional e ampliação da jurisdição constitucional é o que se verifica a seguir.

3 PROTAGONISMO JUDICIAL NO NEOCONSTITUCIONALISMO

Ao longo do século XIX, houve a positivação, sistematização do direito e um certo distanciamento entre direito e moral, o que acarretou na passagem do jusnaturalismo para uma perspectiva jurídico filosófica do positivismo. Nessa teoria não caberia observar o conteúdo particular de cada ordenamento, características e

funcionamento no sentido de verificar a compatibilidade com as normas morais. Seu objetivo era catalogar e classificar as instituições jurídicas. A neutralidade dessa teoria sobre os sistemas autoritários e totalitários deu margem para a utilização do direito como instrumento repressivo e discriminatório, equivalente ao que foi feito pelos nazistas. Ante a irracionalidade do Estado essa perspectiva se mostrou inadequada, conforme Cláudio Manuel e Daniel Sarmiento (2012).

Como ensina Marcelo Novelino (2014) surge uma terceira via após o segundo pós guerra com objetivo de superar a dicotomia do jusnaturalismo e do positivismo, o chamado pós positivismo buscou religar a relação entre direito e moral, como também o reconhecimento da normatividade dos princípios e sua força legitimante das decisões judiciais, além de uma hermenêutica construtiva, a teoria da argumentação e os objetivos já mencionados, trouxe a teoria dos direitos fundamentais edificados sobre a dignidade da pessoa humana promovendo uma reaproximação entre direito e ética.

O pós positivismo tem ligação direta com o novo modelo constitucional denominado de neoconstitucionalismo, como explica Barroso (2020) e de uma forma elucidativa, demonstra os três marcos fundamentais que levaram a esse novo modelo constitucionalista uma nova percepção da Constituição e do papel jurídico interpretativo, são eles histórico, filosófico e teórico.

Nessa descrição trazida por Barroso (2020), o marco histórico do direito constitucional foi o constitucionalismo do pós segunda guerra na Europa, especialmente na Alemanha e na Itália, já no Brasil foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ajudou a protagonizar o marco filosófico encontrado no pós positivismo.

O marco teórico por sua vez, se subdivide em três mudanças de paradigmas, a primeira delas foi a valorização da força normativa da Constituição que passou ter aplicabilidade direta e imediata. O segundo foi a expansão da jurisdição constitucional, que trouxe a criação de tribunais constitucionais na maioria dos Estados democráticos, já no Brasil se manifestou na possibilidade de propositura de ações constitucionais diretas de questões de cunho político, social e moral fossem levadas ao STF. O terceiro marco teórico pode ser vislumbrado através da hermenêutica jurídica.

Contudo, tem se como características marcantes do neoconstitucionalismo o reconhecimento da força normativa dos princípios e sua valorização, superação do

formalismo jurídico, o uso de novas técnicas de interpretação, a constitucionalização do direito, a reaproximação do direito e moral, a judicialização da política e das relações sociais.

Daniel Sarmiento e Claudio argumentam que:

Uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem ao fenômeno de constitucionalização da ordem jurídica, que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do Direito. A constitucionalização do Direito, como já destacado no Capítulo 1, não se esgota no tratamento constitucional de temas anteriormente disciplinados pela legislação ordinária. Mais que isso, ela envolve a filtragem constitucional do Direito, vale dizer, a interpretação de todas as normas à luz da Constituição, buscando-se sempre a exegese que mais prestigie os seus valores e promova os seus objetivos. Parte-se da premissa de que a irradiação das normas constitucionais por todo o ordenamento contribui para aproximá-lo dos valores emancipatórios contidos nas constituições contemporâneas. (SOUZA NETO, 2012, p. 164 - 165)

Nesse cenário de ampliação da jurisdição constitucional o papel desempenhado pelo judiciário se mostra cada vez mais importante, diante da complexidade de novos modelos de sociedades e Estados, questões consideradas polêmica e relevantes para a sociedade foram levadas para decisão dos tribunais, que na maioria das vezes são constitucionais, fenômeno este que tem ocorrido por todo o mundo. Verifica-se a tendência do protagonismo judicial em defesa dos valores constitucionais e concretização dos direitos fundamentais.

É claro que dentro dessa perspectiva surgem várias críticas a respeito da atuação do judiciário no tocante às decisões políticas, que, em regra são tomadas por parlamentares eleitos e não por magistrados, podendo acarretar um caráter antidemocrático. Pela alta relevância dessas decisões é importante que sejam tomadas pelo povo, porém, sua complexidade deve ser avaliada, pois, tem por objetivo no âmbito de direitos fundamentais atender à necessidade e clamor social na positivação de direitos que por vezes foram levados à apreciação do judiciário por serem cerceados.

Importante fazer uma ponderação da atuação do judiciário, pois o radicalismo, a hiperconstitucionalização do direito, o extremismo de um decisionismo judicial é incompatível com a Constituição, uma vez que, coloca em xeque a

estabilidade institucional. O que deve ser celebrado é um constitucionalismo democrático onde a atuação do judiciário seja para a valorização, proteção e concretização dos direitos fundamentais.

Uma das principais mudanças de paradigmas trazidas pelo neoconstitucionalismo foi a hermenêutica jurídica, que culminou na nova interpretação constitucional, que se valia de novos métodos de interpretação, argumentação e ponderação como técnicas de decisões, a valorização e normatividade dos princípios, que passaram a ser norma de validade por todo ordenamento jurídico. Dessa forma, tais premissas trazidas pela Constituição passaram a condicionar todo o ordenamento jurídico de forma que o intérprete na aplicação da norma passou a observar sua compatibilidade com a CF e realizar os fins por ela pretendido.

3.1 INTERPRETAÇÃO

A interpretação desenvolve um papel fundamental dentro do ordenamento jurídico brasileiro, mas nem sempre foi vista e aplicada de forma correta, sendo alvos de muitos debates e críticas ao longo dos séculos.

Segundo Barroso (2020), em sua obra Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, em épocas passadas a interpretação era mais limitada, as normas e leis eram aplicadas em sentido mais literal seguindo um procedimento dedutivo, onde a norma conduzia a um sentido único para todas as situações que fossem aplicadas. No qual o intérprete da lei não tinha muitos espaços a não ser desenvolver um papel técnico de revelar o que já existia na norma.

Essa aplicação de modelo de separação de sujeito e norma importado da família romano germânica, era utilizada devido ao seu tempo, atualmente esse tipo de modelo resta-se superado por que o intérprete não se limita a revelar tecnicamente o sentido da norma, mais, se torna parte integrante desse processo complementando o trabalho do constituinte o legislador, ao trazer as soluções possíveis fazendo valorações de sentido as cláusulas abertas, não sendo somente os juízes os intérpretes finais mais órgãos estatais e cidadãos também exerce essa função.

No período monárquico onde os reis detinham todo o poder, diante das arbitrariedades cometidas dentro desse modelo, a lei tinha que ser a mais clara possível, pois a interpretação da lei penal era algo quase vedado, podendo sofrer arbítrios.

Como salienta em sua obra *Dos Delitos e das Penas* o Marquês Cesare Beccaria:

Os julgadores dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela própria razão de não serem legisladores. (...) As leis tomam sua força da necessidade de guiar os interesses particulares para o bem geral e do juramento formal ou tácito que os cidadãos vivos voluntariamente prestaram ao rei. Qual será, então, o legítimo intérprete das leis? O soberano, isto é, o depositário das vontades atuais de todos; e nunca o juiz (...) (BECCARIA, 2007, pp. 21-22).

Nesse sentido, entende-se que a norma deveria atender à necessidade daquele momento, qual seja, a limitação ao poder absoluto do monarca (o rei), conseqüentemente ao poder judicial, para que a norma atinja assim o fim pretendido. Com o passar dos anos esse tipo de pensamento foi sendo transformado, dando mais visibilidade para um tema de grande importância para o sistema jurídico brasileiro.

A interpretação pode ser entendida como a percepção do sentido, explicar ou até mesmo atribuir sentido a algo. Já a interpretação constitucional é algo que busca dar sentido às normas, leis e princípios podendo ser descrita como uma atividade mental que visa estabelecer o significado e conteúdo da norma.

Uma definição mais clara é dada por Hans Kelsen (1998, p. 245) como “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”. O papel do intérprete também chamado de exegeta, não é meramente revelar o conteúdo da norma de forma técnica, não sendo um prolongamento do texto, o intérprete assume um papel criativo culminado em revelar o verdadeiro sentido e vontade da norma.

O objeto da interpretação é a busca da vontade da lei e não a do legislador, a lei deve se ajustar às novas situações e concepções para atender os avanços sociais. A norma jurídica deve atender as necessidades jurídicas e sociais do momento e época de sua aplicação, a norma não é estática, devendo se adaptar às evoluções para não se tornar obsoleta.

A superação do formalismo jurídico, o advento de uma cultura pós-positivista, os avanços do direito público e a centralidade da Constituição foram algumas das

principais mudanças de paradigmas que abalaram a interpretação constitucional tradicional no Brasil, superando algumas concepções do pensamento jurídico clássico.

Conforme Luís Roberto Barroso em sua obra Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo:

A nova interpretação incorpora um conjunto de novas categorias, destinadas a lidar com as situações mais complexas e plurais referidas anteriormente. Dentre elas, a normatividade dos princípios (como dignidade da pessoa humana, solidariedade e segurança jurídica), as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação jurídica. Nesse novo ambiente, mudam o papel da norma, dos fatos e do intérprete. A norma, muitas vezes, traz apenas um início de solução, inscrito em um conceito indeterminado ou em um princípio. Os fatos, por sua vez, passam a fazer parte da normatividade, na medida em que só é possível construir a solução constitucionalmente adequada a partir dos elementos do caso concreto. E o intérprete, que se encontra na contingência de construir adequadamente a solução, torna-se coparticipante do processo de criação do Direito (BARROSO, 2020, p. 297).

Com isso a nova interpretação vem para suprir as necessidades sociais e jurídicas e as omissões legislativas de seu tempo para haver efetividade do Direito na medida em que respeite as garantias constitucionais como a concretização dos direitos fundamentais, para que no processo de aplicação o recebedor da norma não seja prejudicado por uma interpretação ultrapassada que não atende mais o seu fim, mas sempre observando os limites de atuação de cada poder.

4 ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO: ANÁLISE DE CASO E O PROTAGONISMO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante do exposto, percebe-se que após o surgimento do neoconstitucionalismo o papel do judiciário, em especial, as cortes constitucionais como o STF apresentaram uma atuação mais intensa na concreção de direitos fundamentais.

Ao descrever os fenômenos que levaram a essa atuação, Barroso (2012) explica que com a complexidade da sociedade, a inflação legislativa, a litigiosidade social e pela inefetividade dos direitos fundamentais em decorrência do descumprimento por parte dos poderes constituídos ocorre a judicialização da política.

Além do fenômeno da judicialização, vários são os motivos que contribuíram para este protagonismo, como a descrença generalizada dos poderes constituídos pela falta de representação do Estado em relação aos cidadãos, o que implica a transferência do campo da política para o judiciário de questões envolvendo a concretização de direitos humanos.

Nesse contexto, se faz necessário o esclarecimento de Lenio Luiz Streck (2013) quanto a posição dos doutrinadores que para o referido autor se divide em duas correntes, os procedimentalistas que não reconhecem o papel de concretização do judiciário limitando-se a função de apenas controlar as regras do jogo, e os substancialistas que reconhecem o papel do judiciário como local adequado para o fortalecimento da democracia, adverte porém o autor que essa atuação deve estar pautada na Constituição Federal e seus parâmetros.

Essa atuação em especial é evidenciada nos casos de omissões legislativas que foram levadas ao judiciário, nos casos em que o legislativo tinha o poder dever de legislar e não o fez, essa omissão tem ocorrido com frequência nos casos que envolve as normas de eficácia limitada e, para haver a efetivação de um direito constitucional é necessário a utilização de mecanismos para sanar essas omissões, tais como, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Como citado anteriormente e leciona Alexandre de Moraes (2021), a ação direta de inconstitucionalidade serve como um mecanismo de fiscalização abstrata com o objetivo de dar eficácia plena a norma constitucional que necessita de regulamentação infraconstitucional, já o mandado de injunção é utilizado na falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

Ambos os institutos tratam dos casos de omissões legislativas, mesmo que distintos servem para dar efetividade às normas constitucionais e tentar reverter o quadro da chamada síndrome da inefetividade das normas constitucionais.

Alexandre de Moraes suscitando as palavras de Canotilho pontua:

Canotilho, ao discorrer sobre as perspectivas do mandado de injunção e da inconstitucionalidade por omissão no Direito brasileiro, fez a seguinte observação: “Resta perguntar como o mandado de injunção ou a ação constitucional de defesa perante omissões normativas é um passo significativo no contexto da jurisdição constitucional das

liberdades. Se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vazar em moldes normativos regras atuativas de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase da função judicial, se conseguir chegar a uma proteção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o ‘*rochedo de bronze*’ da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará os seus objetivos.” (MORAES, 2021, p. 234).

Nesse sentido, observa-se que a atuação do judiciário nos casos de omissão legislativa dá-se através desses dois institutos, a ação direta de inconstitucionalidade, sendo um instrumento de tutela do direito objetivo e, o mandado de injunção, considerado instrumento de tutela de direito subjetivo. Por vias destes instrumentos é levado à apreciação do judiciário, no caso o STF, que tem por dever a guarda da Constituição apreciando os casos em que envolvam lesão ou ameaça aos preceitos constitucionais.

Por muito tempo a efetividade desses foi colocada em xeque ao ser considerada insuficiente por muitos doutrinadores, pois as decisões tinham caráter declaratório ao cientificar o poder competente e declarar a mora (BARROSO, 2020).

A ADO e o mandado de injunção, podem ser considerados instrumentos válidos nessa busca para sanar a omissão legiferante, apesar de por vezes no âmbito da ADO nem sempre ter uma eficiência total por ser considerada uma ação que visa declarar a mora e cientificar a autoridade competente, o STF avançou adotando a posição concretista nos julgamentos da ADI por Omissão 3.682/MT, que fixou prazo de 18 dias para o legislativo editar lei complementar, e no mandado de injunção, vale mencionar também a sua importância com o julgado dos MIs 670, 712, bem como no MI 708-DF, que fixou prazo de 60 dias para que o Congresso Nacional legislasse sobre a matéria do direito de greve do servidor público. Diante do reconhecimento da efetividade desses institutos especialmente o mandado de injunção, que em 2016 foi promulgada a lei 13.300 que o regulamentou, sendo antes aplicado por analogia ao mandado de segurança, as características das decisões no mandado de injunção, é que a decisão tem efeito *ex nunc* entre as parte, produzindo efeitos até o advento de norma regulamentadora, dessa forma a função do legislativo não é inviabilizada pela edição de sentença normativa criando uma relação entre a função legislativa e jurisdicional.

Recentemente é notável a ascensão dessa atuação do judiciário, o STF segue na posição concretista nos recentes julgados como é o caso da ADO 30 de 06/10/2020 que estendeu aos deficientes auditivos a isenção do IPI, determinando a aplicação do art. 1º da lei 8.989/1995 inciso IV, com redação dada pela Lei 10.690/03, às pessoas com deficiência auditiva enquanto perdurar a omissão legislativa, estabelecendo também o prazo de 18 meses para que o Congresso Nacional adote medidas legislativas para suprir a Omissão, visto que tal omissão implica na violação da dignidade da pessoa humana e do princípio da isonomia. É possível verificar a posição concretista também no julgamento da ADO 26 que equipara a homofobia ao racismo. Outro julgado que confirma esta atuação é o MI 943 de 06/02/2013 onde o STF percebeu que apenas declarar a mora dos poderes competentes não estava surtindo efeito sinalizado a adoção da posição concretista, fazendo com que a resposta legislativa fosse rápida.

Portanto, esses são apenas alguns exemplos de casos que evidenciam a adoção da posição concretista pelo STF atualmente, que contribui para a legitimação da democracia nas decisões judiciais viabilizando o exercício de direitos fundamentais de forma eficaz.

5 CONCLUSÃO

Ao analisarmos quais foram os reflexos do protagonismo judicial na efetivação de direitos fundamentais percebe-se que o processo que levou a atuação do judiciário atualmente, surge de uma jornada histórica que começa desde a positivação dos direitos fundamentais. Inúmeros foram os movimentos que buscavam o reconhecimento desses direitos no mundo jurídico e, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas em 1948, que estes direitos passaram a ter maior visibilidade. No Brasil, foi após o processo de constitucionalização, mais especificamente a Constituição de 1988, que ganharam mais efetividade dentro do ordenamento jurídico.

Verifica-se que nem sempre a Constituição teve o reconhecimento de sua força normativa, por conseguinte, algumas normas constitucionais foram consideradas por muito tempo despidas de eficácia constitucional, o que se mostrou superado diante das análises feitas.

Nesse sentido, percebe-se que o segundo pós guerra com o marco filosófico do pós positivismo, e religação entre o direito e a moral contribuiu para o surgimento de um novo modelo constitucional, que concretizou a normatividade dos princípios constitucionais, e trouxe uma nova hermenêutica que influenciou diretamente o modo de interpretação constitucional irradiou os valores da Constituição para todo ordenamento jurídico e ampliou a jurisdição constitucional, fazendo com que casos de alta complexidade e relevância moral, política e social fosse levado a apreciação de corte constitucional, sendo no Brasil o Supremo Tribunal Federal.

Diante da importância dessas normas, questões como a síndrome da omissão legislativa revela um problema grave que merece atenção, pois, se o constituinte condiciona a aplicabilidade de certos direitos à atividade do legislador, não pode este se omitir de sua atividade, pois, esta omissão obsta o gozo pleno de direitos já preestabelecidos na Constituição que foram positivados de forma árdua, como é o caso dos direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal avançou em sua posição no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 3.682/MT, que fixou prazo de 18 dias para o legislativo editar lei complementar. No que tange ao mandado de injunção, vale mencionar também a sua importância com o julgado do MI 708. Por conseguinte, a Corte adotou posição concretista e, pioneiramente, concedeu a tutela específica de direito subjetivo até então inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora e segue adotando tal posição como demonstrado no tópico acima nos recentes julgados da ADO 30 e MI 943 como em várias outras decisões a respeito de omissões relativas a concretização de direitos fundamentais.

Demonstraram ser importantes ferramentas para sanar a omissão legislativa juntamente com as decisões do judiciário, valendo da interpretação constitucional atuam na concretização de direitos fundamentais e na defesa dos valores constitucionais.

Verifica-se, que a crescente atuação do poder judiciário ocorreu em virtude de atender as necessidades sociais levada através da carência por concretização de direitos fundamentais, que por vezes, não tiveram sua aplicabilidade plena em decorrência da omissão legislativa, ao atuar dessa forma o judiciário valoriza a democracia e não a coloca em risco, como levado pela crítica, outro ponto analisado é o não

descumprimento da separação dos poderes, haja vista que o dever de mútua colaboração deve ser estabelecido entre os poderes da União na busca do bem comum.

A concretização dos princípios constitucionais e ampliação da jurisdição constitucional, contribui para que o papel do judiciário seja cada vez mais importante, sendo verificada a tendência desse protagonismo judicial em defesa dos valores constitucionais e a concretização de direitos fundamentais face à omissão legislativa.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais: introdução geral**. Estoril: Princípio, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. - 9. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle De Constitucionalidade No Direito Brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em 10 de maio de 2021.

BRASIL. **Lei 8.989/95 de 24 de fevereiro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18989.htm> Disponível em: 19/06/2021

BRASIL. **Lei 9868/99 de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm> Acesso em: 10 de maio de 2021

BRASIL. **Lei 10.690/03 de 16 de junho de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.690.htm> Disponível em: 19/06/2021

BRASIL. **Lei 13.300/16 de 23 de junho de 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm> Acesso em: 19/06/2021

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 12, n. 34, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus Efeitos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 109.

DUTRA, Luciano. **Direito Constitucional Essencial**. Rio de Janeiro: Forense. 2ªed. 2016.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: curso elementar / Sidney Guerra**. – 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MORAES, Alexandre de, 1968 - **Direito constitucional**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação Direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: RT, 1982.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SOUZA Neto, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**; Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. – Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STF. **Supremo Tribunal Federal**. ADO 26 DF. Relator: Min. Celso de Mello, Data de julgamento 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 06-10-2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false>> Acesso em 22/06/2021

STF. **Supremo Tribunal Federal**. ADO 30 DF. Relator: Min. Dias Toffoli, Data de julgamento 24/08/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 06-10-2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433136/false>> Acesso em 19/06/2021

STF. **Supremo Tribunal Federal**. ADO 3.682/MT. Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de julgamento 09/05/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 06-09-2007. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur5791/false>> Acesso em: 19/06/2021

STF. **Supremo Tribunal Federal**. MI 670-9/ES. Relator: Min. Maurício Corrêa , Data de julgamento 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 31-10-2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>> Acesso em: 19/06/2021

STF. **Supremo Tribunal Federal**. MI 708/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de julgamento 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 31-10-2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>> Acesso em: 19/06/2021

STF. **Supremo Tribunal Federal**. MI 712/PA. Relator: Min. Eros Grau, Data de julgamento 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 31-10-2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>> Acesso em: 19/06/2021

STF. **Supremo Tribunal Federal**. MI 943/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de julgamento 06/02/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 02-05-2013. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229292/false>> Acesso em: 19/06/2021

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

**O conceito inclusivo de Direito Administrativo na perspectiva do
Estado Democrático de Direito**
**The inclusive concept of Administrative Law from the perspective of
the Democratic Rule of Law**

*FABIANO BATISTA CORRÊA - Advogado, Professor de Direito Administrativo e
Constitucional, Especialista em Direito Público e em Gestão Pública*

Fbcprofessor@hotmail.com

RESUMO

O Direito Administrativo, ao longo de sua existência, vem sofrendo constante mutação em vista dos influxos que recebe da ideologia estatal adotada e, naturalmente, a sua construção e adaptação está vinculada a evolução ou a involução do pensamento jurídico. A origem dessa disciplina está relacionada à ideologia liberal e a instituição do Estado de Direito, momento em que se passa a construir os institutos e, em específico, o conceito de Direito Administrativo, utilizando-se de parâmetros, a exemplo, da noção de serviço público de Leon Duguit ou da *puissance publique* de Maurice Hauriou. Em nosso ordenamento jurídico, autores de escol ofertam um conceito de direito administrativo utilizando-se como base, com pequenas variações, os parâmetros construídos há mais de 100 (cem) anos sem considerar que as ideologias do Estado Social, do Estado Neoliberal e, notadamente, do Estado Democrático de Direito refletem nos institutos dessa disciplina. O presente artigo propõe revisitar esse conceito a partir da perspectiva do Estado Democrático de Direito, com a inclusão do administrado, não como destinatário da atuação estatal, mas como partícipe, não somente das decisões que afetem o seu direito ou interesse individual, mas das decisões coletivas, o que, inclusive, torna mais efetivo o controle social.

Palavras-chave: Direito Administrativo, Estado Democrático de Direito, Conceito, Reconstrução, Participação

RESUME

Administrative Law, throughout its existence, has undergone constant mutation in view of the influxes it receives from the adopted state ideology and, naturally, its construction and adaptation is linked to the evolution or involution of legal thought. The origin of this discipline is related to the liberal ideology and the institution of the Rule of Law, a moment when the institutes are being built and, in particular, the concept of Administrative Law, using parameters, such as the notion of service Leon Duguit or Maurice Hauriou's publicity *puissance*. In our legal system, school authors offer a concept of administrative law using as a basis, with small variations, the parameters

built more than 100 (one hundred) years without considering that the ideologies of the Social State, the Neoliberal State and, notably, of the Democratic State of Law are reflected in the institutes of that discipline. This article proposes to revisit this concept from the perspective of the Democratic State of Law, with the inclusion of the administered, not as the recipient of state action, but as participation, not only in decisions that affect their right or individual interest, but in decisions collective bargaining, which even makes social control more effective.

Keyword: Administrative Law, Democratic Rule of Law, Concept, Reconstruction, Participation

Sumário: 1 Introdução – 2 Origem e evolução do direito administrativo – 2.1 A origem da disciplina - 2.2 A evolução do direito administrativo - 2.3 A divergência conceitual do direito administrativo - 2.4 O Estado Democrático de Direito – 3 Conclusão – 4 Referências Bibliográficas

1 – INTRODUÇÃO

Atualmente há uma crítica na categorização do direito em ramos ao pressuposto de que o direito é uno e, dessa forma, a sua divisão em ramos e/ou disciplinas apartadas revela um aspecto mais metodológico do que científico, a significar que deve estratificar o estudo das disciplinas ou ramos do direito, não no sentido de separação ou divisão, mas no sentido de justaposição, construindo-se uma ponte em que as disciplinas compõem as suas camadas.

É a partir desse contexto que se propõe revisitar o conceito de direito administrativo, utilizando-se, para tanto, os influxos do direito constitucional contemporâneo, sobretudo, a maximização dos direitos fundamentais e o princípio da boa administração, previsto no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que prevê, entre outros, o direito de audiência, a resguardar o direito de qualquer pessoa ser ouvida antes da tomada de decisão de medida estatal que afete seus direitos ou interesses.

Para tanto, não se pode descartar a relação entre as ideologias estatais com a construção e a evolução do Direito Administrativo, o qual surge como disciplina no Estado Liberal, notadamente, pela instituição do Estado de Direito e pela separação dos poderes, iniciando-se aqui uma primeira discussão, considerando que por mais rudimentar que fosse a organização administrativa, a mesma já existia no Estado

Absoluto, questionando a doutrina se houve, efetivamente, uma ruptura com o passado a repudiar as prerrogativas e os privilégios estatais ou, simplesmente, uma continuidade da praxe administrativa.

É nesse ambiente que se inicia a construção do conceito e dos institutos do Direito Administrativo, ora destacando o seu regime jurídico especial, ora sustentando a base do conceito em outro parâmetro, a exemplo, da noção de serviço.

De lá para cá, diversas transformações ocorreram, inclusive, quanto ao paradigma ideológico, registrando que se deve ao Estado Social o desenvolvimento e a consolidação do Direito Administrativo, em função de exigir do Poder Público uma maior intervenção na sociedade, seja na ampliação da prestação de serviços públicos seja na regulamentação de relações jurídicas e, em outro viés, tem-se o Estado Neoliberal que desconstrói e reestrutura o papel do Poder Público, a exigir a sua redução, o que, também, irá impactar no desenvolvimento da disciplina.

Ao visitar a doutrina administrativa verificar-se-á que boa parte dos autores trabalha o conceito de direito administrativo, com pequenas variações e adaptações, a partir de um parâmetro construído há mais de 100 (cem) anos, sem observar, por exemplo, os influxos do Estado Democrático de Direito.

A par das considerações, buscar-se-á propor a construção do conceito de direito administrativo a partir da perspectiva do Estado Democrático de Direito, de forma que a viga mestra ou núcleo do conceito tenha como parâmetro a participação e o controle por parte do administrado nas decisões estatais.

A metodologia adotada é bibliográfica realizada a partir de artigos jurídicos e doutrina, além da análise pontual da legislação e da jurisprudência nacional relacionada à temática, buscando oferecer argumentos úteis a uma reflexão sobre a adequação do conceito de direito administrativo na atual quadra da história, já registrando que não se trata de eleger o melhor conceito ou construir um conceito atemporal e abrangente de toda a disciplina.

2 – ORIGEM E EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

2.1 – A origem da disciplina

A gestão de interesses públicos, por mais rudimentar que se apresentasse a organização administrativa, sempre existiu, no entanto, não era devidamente delimitado e diferenciado o interesse público do interesse pessoal do monarca, utilizando este do aparelhamento estatal como forma de manutenção e ampliação de seu poder.

Não há, portanto, como confundir a administração do interesse coletivo com a origem da disciplina Direito Administrativo, havendo uniformidade no entendimento doutrinário de que a origem dessa disciplina está relacionada à instituição do Estado de Direito e da ideologia liberal.

Em autores de escol há a indicação do marco temporal do nascimento do Direito Administrativo como sendo uma Lei Francesa de 1800 que conteria, em síntese, preceitos sobre organização administrativa e sobre solução de litígios contra a Administração (MEDAUAR, 2003. p. 14). Importa lembrar que referida lei surgiu no contexto histórico pós-revolucionário, com a substituição da ideologia absolutista e com a inauguração do Estado de Direito e da ideologia Liberal, quando surge a separação de funções e o reconhecimento de direitos de proteção do indivíduo em face do Estado.

A questão é saber se houve uma ruptura com a praxe administrativa até então existente ou houve uma solução de continuidade?

Quem nos responde é MEDAUAR (2003, p. 21) para quem:

“...melhor se configura orientação que leva em conta os dois aspectos, sem extremos, para vincular o direito administrativo à Revolução Francesa em termos de princípios, não em virtude da origem de um tipo de organização; e para levar em conta noções e mesmo práticas do Antigo Regime acolhidas em parte pelo direito em formação, embora em outro contexto sócio-político”.

Em síntese, apesar de já existir um aparato estatal e uma atuação administrativa, não existia uma disciplina com a finalidade de estruturar e sistematizar as regras e conceitos aplicáveis à organização estatal, surgindo, para tanto, o Direito Administrativo, disciplina esta que deve a sua origem as consequências da Revolução Francesa em função da instituição do Estado de Direito, da adoção da separação dos poderes estatais e do reconhecimento de Direitos Humanos.

É nesse novo cenário que às práticas administrativas até então adotadas dentro de uma ideologia absolutista tiveram que ser gradualmente adequadas e/ou substituídas para a consolidação de uma nova ideologia de cunho liberal.

Não se pode descartar, portanto, a relação entre as ideologias estatais com a construção e evolução do Direito Administrativo, o qual surge como disciplina no Estado Liberal, mas o seu desenvolvimento se deve ao Estado Social, a partir de uma maior intervenção estatal, relação essa que merece um melhor detalhamento.

2.2 – A evolução do direito administrativo

No Estado Absolutista competia ao monarca decidir sobre o destino da sociedade e todos os assuntos estatais, não se respeitando o indivíduo como titular de direitos, os quais estavam sujeitos a todo tipo de arbitrariedade cometida pelo Estado em nome de Deus, fundamento esse que sustentava a não submissão do monarca à lei. Em síntese apertada, são duas as características marcantes do Absolutismo: a) a concentração de poderes, e; b) o exercício do poder com fundamento na divindade. Nesse ambiente, fácil compreender o cometimento de abusos e de violações com relação ao indivíduo, situação essa que só começa a ser alterada a partir da ideologia liberal.

Uma das bandeiras do Estado Liberal é justamente limitar os poderes do soberano. Como? Instituinto a separação de poderes (funções) e assegurando direitos inatos aos indivíduos, denominados de direitos humanos/fundamentais, tais como, a liberdade e a propriedade, classificados pela doutrina de direitos de primeira geração ou dimensão, os quais não poderiam ser violados pelo Estado.

Os direitos de primeira geração ou dimensão estabelecem a denominada liberdade pública subjetiva com a finalidade de obstar os excessos e arbitrariedades do Estado perante o indivíduo. Nesse período também surge o Estado de Direito, ou seja, não somente os indivíduos, mas o Estado também teria que obedecer às normas jurídicas por ele editadas.

HOLTHE (2008, p. 31) discorrendo sobre o constitucionalismo assim se pronuncia:

Inspirado nos princípios liberais, nos ideais de uma sociedade política fundada no contrato social (Locke e Rousseau), numa

ordem jurídica inspirada na razão humana (Iluminismo) e nos postulados da liberdade, igualdade e fraternidade, o movimento do constitucionalismo trouxe este novo formato de Constituição (um documento escrito e rígido, que estrutura o Estado e limita o seu poder através do princípio da separação dos poderes e da previsão de direitos fundamentais), fazendo surgir o chamado Estado Liberal, Estado de Direito ou Estado Constitucional.

Em síntese apertada, as principais características desse modelo é um Estado fundado na ordem jurídica, submetido ao império das leis, com a limitação do exercício do poder através da instituição da separação das funções e, principalmente, da previsão de direitos fundamentais. Tal é o retrato que faz o consagrado constitucionalista José Afonso da Silva (2002, p. 112/113), vide transcrição:

Na origem, como é sabido, o *Estado de Direito* era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) *submissão ao império da lei*, que era a nota primária de seu conceito, sendo a *lei* considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) *divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderes particulares; (c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*. Essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal.

Ocorre que a ideologia liberal pregava a não intervenção do Estado com base em uma economia de planejamento descentralizada realizada pelo próprio mercado (mão invisível do mercado). Os fundamentos do liberalismo clássico era a defesa da liberdade individual, da propriedade privada, da livre concorrência e da paz.

A função do Estado, dentro da ótica liberal, era assegurar a propriedade privada e a liberdade individual, proporcionando condições exteriores para que cada um dos indivíduos pudesse buscar melhores condições de vida. Diante do ideal de não intervenção, a atuação estatal era reduzida a prestação de poucos serviços, a exemplo, dos serviços jurisdicionais, de segurança e de defesa.

O Estado Liberal, como concepção ideológica de poder, foi fruto de revoluções, notadamente, a Revolução Francesa e, neste caso, beneficiou diretamente a burguesia, nova classe em ascensão, que não participava do poder, e para conseguir exercê-lo, era necessário à revisão da fundamentação da origem do poder, que não mais seria fundado em Deus, concepção absolutista, mas emanaria do próprio povo, estado ou nação.

Observa-se que para os propósitos da burguesia, preocupada na expansão de seus negócios e do próprio capitalismo, era inconveniente um Estado Intervencionista. Por essa razão, o Estado Liberal é reconhecido por afirmar as liberdades negativas, consagrando-se pela não intervenção do Estado na Sociedade, pela defesa da livre concorrência e da autonomia da vontade. Os primeiros Textos Constitucionais a prever os ideais liberais da separação das funções estatais e os direitos individuais foram a Constituição Norte-Americana de 1787 e a Constituição Francesa de 1791.

Foi, também, uma revolução que demonstrou a insuficiência da ideologia do Estado Liberal para o pleno desenvolvimento do Estado. A eclosão da Revolução Industrial mostrou ao mundo o grande abismo social decorrente da exploração por aqueles que possuíam o capital sobre quem nada possuía; exploração esta que só foi possível diante da inação e da omissão do Estado não intervencionista. O Estado Liberal, na promessa de um tratamento igualitário perante a lei, descurou da realidade, em que se vivenciava uma desigualdade de fato, seja no campo econômico, seja no campo social.

É precisa a observação de COMPARATO (2003, p. 52) de que:

A sociedade liberal ofereceu-lhe (indivíduo), em troca, à segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e operários eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de emprego. Fora da relação de emprego assalariado, a lei assegurava imparcialmente a todos, ricos e pobres, jovens e anciãos, homens e mulheres, a possibilidade jurídica de prover livremente à sua subsistência e enfrentar as adversidades da vida, mediante um comportamento disciplinado e o hábito de poupança.

Relata-nos BONAVIDES (2001, p. 188) que o velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise.

Em decorrência do crescimento da desigualdade social surge a ideologia do Estado Social, que na concepção de BASTOS (2002, p. 167/168) caracteriza-se:

(...) por um alargamento substancial, até mesmo asfixiante, das funções estatais. O Estado passa a interessar-se por um larguíssimo espectro de interesses que não se limitam mais aos da segurança, distribuição de justiça e feitura e aplicação das leis. Penetra ele pelo emaranhado dos conflitos sociais, nos quais procura respaldar as partes mais fracas. Ingressa no econômico, não só no exercício de um poder de polícia alargado, mas pela própria prestação da atividade econômica.

O maior legado do Estado Social é o reconhecimento da hipossuficiência de determinados indivíduos ou grupos sociais, os quais foram prejudicados em seus direitos no decorrer da história. Por essa razão, nas Constituições de ideologia social são previstas normas protetivas para os hipossuficientes, considerados pessoas mais fracas dentro do contexto social e que necessitam de um amparo do Estado para que alcancem o seu pleno desenvolvimento.

Insta observar, que os direitos sociais são voltados para os miseráveis, os famintos, os marginalizados, os discriminados, construídos para proteger todos os excluídos sociais. Percebe-se que um dos grandes desafios do Estado Social é justamente proporcionar aos hipossuficientes a inclusão social, significa dizer, transformá-los em cidadãos, assegurando em sua plenitude o princípio da dignidade humana a fim de que possam ter acesso aos bens da vida, concretizando-se as suas necessidades pessoais, profissionais e sociais.

O Estado Social teve seu apogeu nos países do chamado primeiro mundo após a Segunda Grande Guerra, servindo de uma doutrina constitucional cuja inspiração maior se cifrava na justiça, na igualdade, no estabelecimento da paz social, na cessação dos conflitos de classe, na mudança hegemônica que se traslada do princípio da legalidade para o princípio da legitimidade (BONAVIDES, 2001, p. 8).

No Estado Social, o Poder Público chama para si a responsabilidade de prestar serviços públicos, bem como, passa a regulamentar as relações jurídicas entre os indivíduos, objetivando diminuir a desigualdade social surgida a partir do ideal liberal, em que ao Estado competia tão somente garantir a igualdade de todos, tratando-os com paridade, e partir daí cada indivíduo deveria desenvolver as suas habilidades e alcançar a sua felicidade.

O Estado Social é intervencionista, seja no estabelecimento das regras sociais e na proteção do hipossuficiente, seja na prestação de serviços públicos e no exercício de atividade econômica, todavia, convive com a livre iniciativa, visualizando na educação a coexistência de escolas públicas com escolas privadas.

Nas últimas décadas começou a se discutir uma nova ideologia para substituir e/ou complementar o modelo de Estado Social. Tal modelo foi impulsionado pelos defensores da globalização, sendo oportuno citarmos o pensamento de MELLO (2003, p. 44) sobre o tema:

Por meio dela, fantasiadas de análises político-econômicas, foram vendidas, com os mais sofisticados métodos de *merchandising*, as “palavras de ordem”: “reforma do Estado” para reduzir-lhe a atuação a um mínimo; “privatização”, para passar a mãos privadas a titularidade ou meramente a prestação de serviços públicos; “flexibilização” da legislação protetora dos economicamente hipossuficientes e irrestrita abertura dos mercados dos países subdesenvolvidos, para que não houvessem peias algumas quanto à ocupação de seus mercados pelos países cêntricos quanto ao fluxo de capital especulativo internacional.

Se de um lado, o modelo social estabelece obrigações para o Estado com relação ao hipossuficiente, buscando alcançar uma igualdade material, o discurso neoliberal prega um Estado mínimo, diminuindo as obrigações estatais com os mais fracos juridicamente, lembrando que no Brasil, tal discurso é perigoso, porque, os direitos sociais ainda não foram totalmente e efetivamente implantados, razão pela qual a adoção de um modelo neoliberal, faz com que tais direitos, fiquem tão somente na promessa.

O fato é que o crescimento das demandas sociais não foi, necessariamente, acompanhado pelo crescimento econômico do Estado, o que gerou crise e recessão em diversos países que adotaram esse modelo, propiciando um ambiente favorável ao discurso neoliberal.

A proposta de modelo neoliberal decorre da ineficiência do Estado e, lado outro, da solução de repassar atividades antes exercidas pelo Poder Público para a iniciativa privada, conforme nos ensina COSTA (2012, p. 417):

No caso do Estado neoliberal, a responsabilidade da crise, das contradições entre acumulação e legitimação, da ineficiência e do privilégio é atribuída ao setor público, cuja saída para a eficiência, qualidade e equidade é remetida ao mercado. A ideia de Estado mínimo prega em desfazer direitos e conquistas sociais, historicamente adquiridos pela população por meio de árduas lutas, como nos setores da educação, saúde, segurança, previdência, emprego, moradia, transportes públicos, dentre outros. Facções destes e de outros setores têm sido entregues, com maior força nos últimos vinte anos, à lógica das regras de mercado e da iniciativa privada, para a reprodução incessante dos lucros restritos do capital.

No Brasil, a ideia de um Estado Mínimo preconizado pela ideologia neoliberal não pode ser utilizada em desfavor da efetivação dos direitos sociais e econômicos dos hipossuficientes.

Em traços gerais, foram enumeradas as principais ideologias estatais, o que não significa que tal evolução foi linear ou que determinada ideologia foi efetivamente implantada, a exemplo da crítica de MELLO (2003, p. 43) para quem, no Brasil, o Estado Social jamais passou do papel para a realidade. O autor, ao relatar a evolução histórica do Estado assim nos ensina:

O Estado Social de Direito representou, até a presente fase histórica, o modelo mais avançado de progresso a exhibir a própria evolução espiritual da espécie humana. A Constituição Brasileira de 1988 representa perfeitamente este ideário, que, todavia, entre nós, jamais passou do papel para a realidade.

O estudo dessas ideologias encontra campo fértil em outros campos do direito, notadamente, o Direito Constitucional e a Teoria Geral do Estado, todavia, entendemos que essa síntese, ainda que apertada, é importante para compreender as mutações da nossa disciplina, inclusive, na sua conceituação, notadamente o paradigma do Estado Democrático de Direito que merecerá análise destacada.

2.3 – A divergência conceitual do direito administrativo

Como vimos de ver, o Direito Administrativo nasceu no Estado Liberal e cresceu no Estado Social, tratando-se de uma disciplina extremamente dinâmica, a exigir adaptações quando há alterações da ideologia de governo e da política estatal, tratando-se tal ramo do direito de um verdadeiro camaleão, por mudar o seu aspecto estrutural de acordo com o ambiente político e econômico vivenciado a partir da ideologia estatal adotada, o que nos remete a dificuldade de se estabelecer um conceito atemporal e abrangente de todo o conteúdo dessa disciplina.

Por Direito Administrativo Camaleônico queremos expressar que essa disciplina é cambiável de acordo com a ideologia estatal do momento, visto que a sua construção em um Estado Liberal, cuja característica primordial é não intervenção estatal, não pode ter a mesma perspectiva de sua construção em um Estado Social, cuja característica é a notadamente a intervenção e, não bastante, o perfil passivo do administrado no Estado Liberal e Estado Social é totalmente distinto do perfil ativo, que se espera, do administrado no Estado Democrático de Direito.

Importa registrar que o presente ensaio não busca identificar o melhor conceito de direito administrativo em detrimento de outros tantos, até porque, a conceituação reflete, entre outros, o momento de sua construção, a formação jurídico-filosófica de quem está propondo e particularidades do ordenamento jurídico em que inserida a disciplina.

O que se buscará é demonstrar que aquele conceito formulado lá atrás, na origem da disciplina, verticalizado e endógeno, não se presta para continuar definindo o direito administrativo em vista dos influxos do Estado Democrático de Direito, a significar a sua releitura a partir da inclusão do particular/cidadão/administrado na própria construção da disciplina e não, somente, como destinatário das normas, das ordens e das condutas adotadas pela Administração Pública.

Antes, porém, necessário relacionar alguns dos conceitos já propostos, a exemplo, de OTTO MAYER (apud MOREIRA, 2016, p. 122), um dos pioneiros no estudo da referida disciplina, para quem o direito administrativo seria “...*direito público próprio da administração, que tem como objeto a relação jurídica entre o poder público e o súdito*”, critério conceitual que restou conhecido como das RELAÇÕES JURÍDICAS. Grifo nosso

Já para MACAREL (apud DE ALMEIDA, 2017) “o direito administrativo compõe-se das leis de interesse público que, em cada nação, *disciplinam os direitos e os deveres respectivos da administração e dos cidadãos, como membros do Estado*”, critério conceitual que ficou conhecido como LEGALISTA OU EXEGÉTICO. Grifo nosso

No Brasil, inicialmente, a doutrina acolheu o conceito de Laferrière, a exemplo de Paulino José Soares de Souza, o Visconde do Uruguai (apud DE ALMEIDA, 2017), ao dispor que:

O direito administrativo propriamente dito, diz ele [Laferrière], é a ciência da ação e da competência do poder Executivo, das administrações gerais e locais e dos conselhos administrativos, *em suas relações com os interesses ou direitos dos administrados* ou com o interesse geral do Estado. GRIFO NOSSO

Não se tratam de conceitos construídos em um mesmo momento histórico, mas em todos há o destaque das relações entre o estado e os súditos, cidadãos ou administrados, destacando-se que, na época, ainda eram incipientes a existência e a normativamente dos direitos humanos e, portanto, a qualidade de súdito, cidadão e/ou administrado não carregavam o mesmo significado que tais palavras possuem na atual quadra da história.

Para além desses conceitos, importa destacar o debate construído em torno da definição da disciplina a partir da escola do serviço público e da *puissance publique*.

De um lado, a Escola do Serviço Público (Escola de Bordeaux), capitaneada por LEON DUGUIT e GASTON JÈZE, defendia como critério definidor do direito administrativo a noção de serviço público, influenciada pela jurisprudência

administrativa francesa (sistema do contencioso administrativo), notadamente o caso Blanco de 1873, formada a partir da dicotomia entre direito público e direito privado e que fixava a competência dos Tribunais Administrativos a partir da noção de serviço público.

Enquanto DUGUIT busca afastar a soberania, um poder que comanda, como essência da atuação estatal, despindo o Poder Público de suas prerrogativas para focar na noção de serviço público, o qual decorreria da realidade social e não de um ato estatal de reconhecimento, JÈZE defendia a noção de serviço público, sem abandonar a ideia de um regime jurídico especial ou procedimento de direito público, a significar a coexistência das prerrogativas estatais e que repousava no Poder Legislativo e na jurisprudência determinar, caso a caso, o reconhecimento da existência de serviço público.

Já MAURICE HAURIOU, para muitos em contraposição as ideias de DUGUIT, advogava que o conceito de direito administrativa teria como núcleo o regime próprio da administração, focado em um direito de *puissance publique* ou regime administrativo próprio e, dessa forma, a execução dos serviços públicos seria o fim a ser alcançado pela administração e, por sua vez a *puissance publique* seria o meio ou modo de sua realização.

Na concepção de HAURIOU (apud MOREIRA, 2016, p. 132), o poder administrativo, agindo de ofício, encarregar-se-ia da manutenção da ordem pública e da gestão dos serviços públicos, mediante o gozo da *puissance publique* (compreendendo injunções ou requisições, próprias do direito de polícia, do direito tributário, da desapropriação por utilidade pública, etc.) exorbitante do direito comum.

Como ponto comum e central na construção teórica de DUGUIT, JÈZE e HAURIOU verificar-se-á que o súdito, administrado ou cidadão, referenciados em outros autores já citados, não se faz mais presente e participante do conceito de direito administrativo, tratando-se de uma visão endógena do direito administrativo, a significar de dentro para fora, a explicar os meios e/ou os fins que irão pautar a atuação da Administração Pública.

Naturalmente que, outros autores, tão importantes quanto os já citados também contribuíram e participaram do embate na construção histórica do conceito de direito

administrativo, no entanto, não serão citados em função da pretensão de buscar o conceito trabalhado atualmente, pela doutrina, em nosso ordenamento jurídico.

Decerto que, sem perder os referenciais teóricos acima indicados, os autores nacionais buscam a construção de um conceito próprio dessa disciplina¹, notadamente, na tentativa de abranger todo o seu conteúdo e/ou na diferenciação da função administrativa das demais funções do Estado, exemplo, de CARVALHO FILHO (2013, p. 08) “...ao conceituar o Direito Administrativo como sendo o conjunto de normas e princípios que, visando ao interesse público, regem as relações jurídicas entre as pessoas e órgãos do Estado e entre estes e as coletividades a que devem servir”.

Para MELLO (2003, p. 35) “...o direito administrativo é o ramo do público que disciplina a função administrativa e os órgãos que a exercem.” Já ARÁUJO (2010, p. 103), renunciando a dificuldade da tarefa de conceituar, nos oferece a seguinte definição:

Direito Administrativo é a disciplina integrante do direito público que estuda os princípios e normas jurídicas que regem as atividades jurídicas (exceto a judiciária e a legislativa formais) do Estado, com suas pessoas jurídicas e entidades, especialmente prestadoras de serviços públicos, e respectivos órgãos e agentes públicos, bem como dos bens e meios utilizados para a realização de suas finalidades públicas.

MARINELA (2012, p. 05) adota o conceito fornecido por MEIRELES, para quem o Direito Administrativo é o “...conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado.”

Em PESTANA (2014, p. 11) temos:

o direito administrativo como ciência do direito, que se volta para o exame, com fins cognoscentes, dos princípios, enunciados e normas jurídicas, que se refiram às atividades, organizações e agentes da Administração Pública, que tem o objetivo de instrumentalizar as finalidades que devem ser buscadas pelo Estado em favor do interesse público.

¹ Fica o registro de que os autores, ora citados, explicitam o parâmetro para a construção do próprio conceito.

DE FARIA (2001, p. 52) defende que:

O Direito Administrativo é o conjunto de normas jurídicas pertencentes ao Direito Público, tendo por finalidade disciplinar e harmonizar as relações das entidades e órgãos públicos entre si, e desses com os agentes públicos e com os administrados, prestadores de serviços públicos ou fornecedores do Estado, na realização da atividade estatal de prestar o bem-social, excluídas as atividades legislativas e judiciárias.

NOHARA (2011, p. 05/06) conceitua:

...o direito administrativo como ramo do direito público que trata de princípios e regras que disciplinam a função administrativa e que abrange órgãos, agentes e atividades desempenhadas pela Administração Pública na consecução do interesse público.

Já MOREIRA (2016, p. 181), a partir de um robusto referencial histórico busca enfatizar a finalidade administrativa como núcleo central do conceito de direito administrativo, a saber:

A noção de finalidade pública administrativa como característica definidora do direito administrativo permite a esse ramo jurídico desvencilhar-se da *dicotomia cartesiana* (público e privado) para seguir os novos princípios da teoria científica; trocar a rigidez opressiva das ideias de especialização, pureza, separação, classificação, hierarquia e objetividade, ou pelo menos adaptá-las à concepção sistêmica e interdisciplinar, que valoriza o conjunto, em torno de um eixo, e dá atenção às conexões, antes que às substâncias.

Em MOREIRA NETO (2014, p. 45), após historiar a evolução do conceito de direito administrativo, propõe o seguinte conceito integrativo:

Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que estuda os princípios, regras e institutos que regem as atividades jurídicas do Estado e de seus delegados, as relações de subordinação e de coordenação delas derivadas e os instrumentos garantidores da limitação e do controle de sua legalidade, legitimidade e moralidade, ao atuarem concreta, direta e imediatamente, na persecução dos interesses públicos, excluídas as atividades de criação da norma legal e de sua aplicação judiciária contenciosa.

Por sua vez, COUTO (2011, p. 21) “o direito administrativo é, segundo a ótica subjetiva, um conjunto de normas, regras e princípios que regem as relações endógenas da Administração Pública e as relações exógenas que são travadas entre elas e os administrados”.

O que se observa dos conceitos acima transcritos é uma visão **endógena** dessa disciplina, ou seja, uma perspectiva interna da Administração Pública, o modo de ser e de agir, através da presença de pontos comuns nos conceitos, ora indicados, quais

sejam: a) função administrativa, b) finalidade pública; d) interesse público; c) órgãos públicos, d) entidades administrativas e e) agentes públicos.

Com o devido respeito e sem a pretensão de inovação, para nós, falta algo na conceituação do ramo ora estudado, qual seja, o administrado na condição de protagonista e não somente como destinatário da atuação estatal, conclusão a que se chega a partir da análise das ideologias estatais que diretamente refletem sobre o Direito Administrativo, notadamente, o Estado Democrático de Direito.

2.4 - O Estado Democrático de Direito

No início da década de 70, a crise do paradigma do Estado Social começou a se manifestar com grande intensidade. Aquele que deveria ser o “cidadão” se transformou em “cliente” desse Estado gigantesco que deveria reger toda a sociedade (FERNANDES, 2013, p.70/71).

A democracia é um regime de governo no qual participam das decisões políticas fundamentais todos os cidadãos seja de forma direta ou através de representantes. Diferente do modelo liberal e social em que ao indivíduo são garantidos direitos sem exigir uma atitude ativa do indivíduo, no Estado Democrático de Direito, o indivíduo é transformado em cidadão, exigindo deste a participação intensa no rumo das políticas estatais.

Mais uma vez nos socorremos dos ensinamentos de HOLTHE (2008, p. 31) que explica que o surgimento do Estado Social não foi suficiente para mudar a realidade, surgindo à concepção do Estado Democrático de Direito, vide transcrição:

Ocorre que os ideais de um Estado intervencionista, sob a pretensa justificativa de promover a justiça social, acabaram legitimando desde democracias a Estados totalitários, demonstrando que o qualificativo “social” não garantiu o surgimento de um Estado promotor do bem-estar geral e do desenvolvimento da pessoa humana.

Surge, enfim, a concepção de Estado Democrático de Direito que, sem abandonar os ideais de justiça (daí alguns doutrinadores, a exemplo de Paulo Bonavides, o chamaram de Estado da social-democracia), incorpora os princípios democráticos da soberania popular, da participação e do pluralismo político como garantias de que os direitos fundamentais sejam respeitados e a justiça social, implementada.

Ao buscar a participação social o Estado Democrático de Direito renova a promessa constitucional de transformação da realidade. Para SILVA (2002, 112) “o *Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado*

de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade revela um componente revolucionário de transformação do status a quo”.

A questão é: ***Qual é o núcleo ou a base do conceito de Direito Administrativo no Estado Democrático de Direito?*** A ideologia democrática nos remete a ideia de participação ativa do cidadão no controle da atuação estatal. O foco do Direito Administrativo no Estado Democrático de Direito é estabelecer as formas de participação do cidadão na tomada de decisões públicas e no controle da atuação estatal e, portanto, é essencial a um conceito constitucionalizado e atualizado de Direito Administrativo, a ideia de controle e de participação.

Em um Estado Democrático de Direito importa enfatizar, o cidadão não pode ser visto como destinatário da atuação estatal, mas como ativo participante, não somente na elaboração das políticas, mas na sua concretização e, portanto, diversos institutos do direito administrativo, a começar pelo seu conceito, devem ser relidos a partir dessa ideologia estatal. Para reforço de argumento, reportamo-nos a OHLWEILER², que, para nós, sintetiza o influxo do estado democrático de direito na construção do direito administrativo, senão vejamos:

O Direito Administrativo consolidou-se a partir e no modelo de Estado Liberal, marcado pelo ideal revolucionário francês de materializar nas ciências a verdadeira razão humana, caracterizando-se pela exigência de propiciar aos indivíduos o exercício pleno de suas liberdades, livres da ingerência estatal, apresentando-se relevante, por outro lado, a manutenção da ordem e da segurança. Digno de nota como modo-de-ser racionalizador, afigura-se o princípio da separação de poderes, bem como a ideia de legalidade tão importante para resguardar os ideais burgueses preponderantes. O Estado Democrático de Direito, desta forma, funcionou como síntese autêntica entre as dimensões de Estado Liberal e Social, vocacionando-se para o desenvolvimento pleno dos cidadãos nos planos social, econômico e cultural, apresentando também como característica primordial a constitucionalidade. *Com efeito, é ultrapassado o caráter autoritário ainda manifesto na dimensão do Estado Social, corolário de sua ação interventiva, pois na esfera do paradigma democrático a transformação do status quo desvela-se com a participação dos cidadãos. Outrossim, assume especial relevância a normatividade dos direitos fundamentais, criando as condições de possibilidade para controlar a atuação mais substancial da Administração Pública e alterar profundamente os parâmetros de legalidade, agora matizados por toda a gama de princípios constitucionais.* Pode-se dizer que a linguagem constitucionalizante é o locus privilegiado para o acontecimento do sentido (propósito construído pela história institucional) do Direito Administrativo.

² OHLWEILER, Leonel Pires. ***O Direito Administrativo como conceito interpretativo: Cidadania e Efetividade no Estado Democrático de Direito.*** 2016. Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-direito-administrativo-como-conceito-interpretativo-cidadania-e-efetividade-no-estado-democratico-de-direito>. Acesso em 09/04/2020.

A partir de substancial análise teórica, referido Autor propõe um conceito hermenêutico, dispondo que:

o Direito Administrativo é compreendido como prática social, dotada de um conjunto de objetivos e princípios que lhe conferem sentido, não um sentido abstrato, obtido por meio de conceitos semânticos, mas um propósito construído no âmbito das relações intersubjetivas e projetado no horizonte da história institucional da comunidade política a que pertence. Este propósito, compreendido hermeneuticamente, é condição de possibilidade para a aplicação de regras e resolução de casos nos quais figurem os cidadãos e a Administração Pública.

Decerto que, em uma perspectiva democrática, não há como dissociar da própria razão de ser do Direito Administrativo, as ideias de **participação** e de **controle** por parte do administrado no que se refere à atuação estatal.

A reflexão que irá pautar o presente trabalho é uma perspectiva **exógena** de Administração Pública, a significar uma visão de fora para dentro, com fundamento em uma democracia participativa, propondo, a partir desse parâmetro, um conceito de Direito Administrativo que, sem desconsiderar os elementos anteriores consagrados, enfatiza a participação e o controle da atividade administrativa, cujos instrumentos foram e vem sendo construídos, tendo como marco, notadamente a Constituição Federal de 1988.

Não se trata, tão somente, de constitucionalizar o conceito de direito administrativo ou realizar uma leitura constitucional do conceito, a exemplo, de JUSTEN FILHO (2008, P. 01) para quem:

...o direito administrativo é o conjunto das normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho.

O art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece o direito a uma boa administração, compreendendo “*o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente*”.

Insta registrar que reconhece, na literalidade, um direito individual do administrado enquanto destinatário de atuação estatal específica, mas não contempla,

explicitamente, o direito de participar da tomada de decisões coletivas que, no exercício da função administrativa, repercute na esfera de um número indeterminado de indivíduos, a exemplo, da realização de uma despesa para a contratação de um artista, de renome nacional, para a realização de um evento municipal por um valor que poderia ser mais bem aplicado nos serviços de saúde pública.

Em nosso ordenamento jurídico, importa citar MOREIRA NETO (2014, p. 116) que eleva à boa administração a condição de princípio do direito administrativo:

A boa administração, portanto, não é uma finalidade disponível, que possa ser eventualmente atingida pelo Poder Público: é um *dever constitucional* de quem quer que de proponha a gerir, de livre e espontânea vontade, interesses públicos. Por isso mesmo, em contrapartida, a *boa administração* corresponde a um *direito cívico do administrado* – implícito na *cidadania*.

Não se pode mais contentar com a ideia de que compete ao gestor, e somente a ele, decidir como irá gastar os recursos públicos pertencentes à sociedade, incrementando o risco de adoção de políticas públicas desastrosas e a realização de gastos desnecessários.

O que se propõe é retornar o súdito, administrado ou cidadão para a essência do conceito de Direito Administrativo a partir da perspectiva do Estado Democrático de Direito, a significar não mais como coadjuvante, mas como ator principal da atuação estatal, seja na participação da elaboração e efetivação de políticas públicas, seja na tomada de decisões públicas, seja na máxima efetividade do controle social.

A democracia estar a exigir, entre outros, a viabilização da participação, em igualdade de oportunidades, dos indivíduos nos processos e procedimentos, para além daqueles que irão lhe afetar, diretamente e pessoalmente, como administrado, mas, também, nas demais decisões que irão refletir na sua vida em sociedade, não sendo suficiente aqui que a atuação se dê somente através de representantes eleitos ou de órgãos de controle.

Somente a partir desse viés é que o administrado vai se emancipar e se tornar, literalmente, um cidadão, participativo na tomada de decisões públicas. A Constituição Federal de 1988 é um marco para a emancipação do administrado e, a partir dela, foram construídas diversas normas jurídicas e instrumentos que viabilizam uma maior participação, entre os quais destaca:

- a) a constitucionalização da ação popular prevista no art. 5º, LXXIII da CF;
- b) a participação em plebiscito e referendo prevista no art. 14 da CF;
- c) a iniciativa popular para propor projetos de lei prevista no art. 27, §4º, art. 28, XIII e art. 61, §2º da CF;
- d) a possibilidade de representação de irregularidades junto ao tribunal de contas previsto no art. 74, §2º, da CF;
- e) a possibilidade de representação de irregularidades junto ao Ministério Público;

- f) o direito de acesso a informações previsto no art. 5º, XXXIII e, atualmente, regulamentado pela Lei nº 12.527/11;
- g) a exigência de audiência pública prevista no art. 39 da Lei nº 8.666/93 (Licitação) e art. 19 da Lei nº 9.478/97 (Política Energética Nacional);
- h) a exigência de audiência pública e consulta pública prevista no art. 11, IV da Lei nº 11.455/07 (Saneamento básico);
- i) instrumentos de gestão democráticas das cidades previstos no art. 43 da Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade);
- j) os instrumentos do orçamento participativo previstos no art. 48 da LC nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal);
- k) a transparência pública prevista na LC 131/09 (Lei da transparência);
- l) a criação de ouvidorias públicas;
- m) a participação nos diversos conselhos existentes em todas as esferas de governo;

Fato é que existe toda uma normatização posterior a Constituição Federal de 1988 que instrumentaliza o administrado a participar ativamente, não somente nas decisões que lhe afetam diretamente, mas nas decisões públicas, de viés coletivo, que irão afetar um número indeterminado de indivíduos.

Não há qualquer razoabilidade de exigir, por exemplo, que o administrado tenha que socorrer ao Poder Judiciário, na atual quadra para ter acesso às informações de caráter público, a exemplo do seguinte julgado:

REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À INFORMAÇÃO - PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA - ART. 5º, XXXIII, E 37, CAPUT, AMBOS DA CR/88 - MUNICÍPIO DE ABADIA DOS DOURADOS - INFORMAÇÕES SOBRE GASTOS PÚBLICOS COM VIAGENS DE SERVIDOR MUNICIPAL - SENTENÇA CONFIRMADA. *Deve ser confirmada a sentença que concede a segurança de forma a garantir que o cidadão exerça seu direito fundamental ao acesso à informação, notadamente quando se refere a dados relativos à utilização de verba pública e sua necessária prestação de contas, com âncora nos dispositivos constitucionais, art. 5º, XXXIII e 37, caput, ambos da Constituição da República, bem como na Lei Federal 12.527/2011, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, bem como o direito de acesso aos registros administrativos e a informações sobre atos de governo.* (TJMG - Reexame Necessário-Cv 1.0193.15.000200-7/001, Relator(a): Des.(a) Afrânio Vilela , 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 13/09/2016, publicação da súmula em 23/09/2016)

Apesar da maturação e consolidação do Estado Democrático de Direito em nosso ordenamento jurídico, o direito administrativo, ainda, está estagnado em visão endógena de Administração Pública, na qual sobreleva as prerrogativas estatais e na qual o administrado é visto como mero destinatário da atuação estatal e não como protagonista da condução dos negócios públicos.

Mais do que uma mudança conceitual, está a exigir uma mudança de cultura e de postura, devendo o administrado ser encarado como protagonista da atuação estatal, não sendo razoável que continuemos a assinar cheque em branco para que nossos representantes possam decidir em nosso nome, confiando que eventual desvio de conduta será prontamente coibido pelos órgãos públicos de controle.

Em fecho, sem almejar a exatidão, conceituamos *o Direito Administrativo como o conjunto de normas jurídicas, princípios e regras, que regulamenta a estrutura da Administração Pública, a dinâmica da atuação no exercício da função administrativa, as formas de participação do administrado na tomada de decisões públicas, para além daquelas que afetem diretamente seus interesses e direitos individuais, e as formas de controle da atividade estatal.*

Tal definição mantém o critério *material* ou *objetivo* ao destacar a função administrativa, apartando, portanto, do conceito as funções judiciais e legislativas, mas altera o critério *formal* ou *subjetivo*, não enumerando os órgãos públicos, entidades administrativas e agentes públicos, considerando que são insuficientes para, atualmente, abarcar toda a atividade administrativa, bastando, para tanto, indicar toda uma legislação ampliando a atuação do terceiro setor, as parcerias público-privadas, programa de parceria de investimentos, etc... a significar que, para além dos órgãos, entidades e agentes, existe, atualmente, uma relação muito mais próxima entre o Poder Público e a iniciativa privada, a exigir uma adaptação da estrutura estatal a esses novos formatos de atuação.

Todavia, a novidade proposta, é clarificar que, em um Estado Democrático de Direito, é essência do conceito do Direito Administrativo a participação do administrado, não somente como destinatário da atuação estatal no que se refere aos seus interesses pessoais, mas, também, na tomada de decisões públicas, que envolvam a função administrativa, que irão refletir, seja na comunidade, seja na cidade e, quiçá, no País.

Em fecho, o Direito Administrativo, ao longo de sua existência vem sofrendo constante mutação, em vista dos influxos que recebe da ideologia estatal adotada e, naturalmente, não se pode conceber o administrado, tal como, aquele existente no Estado Liberal e no Estado Social, simples destinatário da atuação estatal, devendo o conceito de Direito Administrativo ser construído de forma inclusiva, em uma

perspectiva democrática, para emancipar o administrado, a fim de que o mesmo possa ser cidadão, participando ativamente não somente das decisões que lhe afetem pessoalmente, mas das decisões públicas que, no exercício da função administrativa, afetem a sua comunidade e/ou a sua cidade, havendo todo um instrumental jurídico construído após a Constituição Federal de 1988 que permite tal mudança de postura.

3 - CONCLUSÃO

Em que pese não se poder negar a existência de uma organização administrativa anterior, o Direito Administrativo surge, como disciplina, a partir da instituição do Estado de Direito e da ideologia liberal, na qual se destaca como uma de suas características a separação das funções estatais.

De lá para cá, há um todo um histórico teórico sobre as bases dessa disciplina e, entre outros, autores de escol tem se debruçado na construção de um conceito de direito administrativo, adiantando a dificuldade de se estabelecer um conceito atemporal e abrangente de toda a disciplina, a qual é cambiável a depender da ideologia estatal e, até mesmo, da política econômica adotada.

Enquanto na ideologia Liberal vai se exigir uma estrutura e uma dinâmica mínima estatal, na ideologia social vai haver um agigantamento dessa estrutura e dinâmica e, em reverso, a ideologia neoliberal vai defender o redesenho da estrutura e dinâmica estatal.

Ocorre que tais ideologias são insuficientes para a construção de um direito administrativo inclusivo, a significar a efetiva participação do administrado não somente como destinatário das condutas estatais, mas como protagonista da tomada de decisões que irão guiar a dinâmica administrativa, propiciando efetivo controle social.

Nesse cenário, o direito administrativo deve ser relido e reconstruído a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, a começar pelo seu conceito, que deve ter como núcleo o administrado e/ou cidadão, não somente referenciado como destinatário em sua relação com a Administração Pública, mas como protagonista da própria atuação estatal.

4 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARÁUJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª Ed. Saraiva: São Paulo. 2010.

- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7ª Ed. Malheiros: São Paulo. 2001.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26ª Ed. Atlas: São Paulo. 2013.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª Ed. Saraiva: São Paulo. 2003.
- COSTA, Fábio Lucia de Oliveira. *O Estado neoliberal e a promulgação da educação como mercadoria*. Revista Eletrônica de Educação. São Carlos, SP: UFSCar, v. 6, nº 2, p. 413-426, 11/2012. Disponível em <http://www.reveduc.ufscar.br/index.php/reveduc/article/view/203>. Acesso em 08/04/2020
- COUTO, Reinaldo. *Curso de Direito Administrativo segundo a Jurisprudência do STJ e do STF*. Ed. Atlas: São Paulo. 2011.
- DE ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Conceito de Direito Administrativo*. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/14/edicao-1/conceito-de-direito-administrativo>. Acesso em 06/04/2020.
- DE FARIA, Edimur Ferreira. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 4ª Ed. Del Rey: Belo Horizonte. 2001.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Ed. Juspodivm: Salvador. 2013.
- HOLTHE, Leo Van. *Direito Constitucional*. 4ª Ed. Juspodvim: Salvador. 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª Ed. Saraiva: São Paulo. 2008.
- MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 6ª Ed. Impetus: Niterói. 2012.
- MEDAUAR, Odete. *O direito Administrativo em Evolução*. 2ª Ed. Revistas dos Tribunais. 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª Ed. Malheiros: São Paulo. 2003.
- MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo – Da Rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. 3ªEd. Fórum: Belo Horizonte. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NOHARA, Irene. *Direito Administrativo*. Ed. Atlas: São Paulo. 2011.

OHLWEILER, Leonel Pires. *O Direito Administrativo como conceito interpretativo: Cidadania e Efetividade no Estado Democrático de Direito*. 2016. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-direito-administrativo-como-conceito-interpretativo-cidadania-e-efetividade-no-estado-democratico-de-direito>. Acesso em 09/04/2020.

PESTANA, Márcio. *Direito Administrativo Brasileiro*. 4ª Ed. Atlas: São Paulo. 2014.

RIBEIRO BASTOS, Celso. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 5ª Ed. Celso Bastos Editora: São Paulo. 2002

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª Ed. Malheiros: São Paulo. 2002.

Direito, Deliberação e Razão: o conceito jusfilosófico de deliberação e os processos de tomada de decisão nos tribunais

José Carlos Henriques I

Resumo

Trata-se de apresentar um projeto, a ser possivelmente desenvolvido, em pesquisa de pós doutoramento. O interesse na divulgação apresenta a futura pesquisa como uma carta de intenções que, vindo a lume, poderá se enriquecer com as contribuições de intervenientes no debate. O tema comparece na tradição, desde longa data mas, na contemporaneidade, tem atraído a atenção de estudiosos. Deliberar, decidir e, sobretudo, decidir coletivamente, tudo se pensa para, ao final, concluir em direção aos fundamentos de uma teoria da decisão coletiva, ainda mera promessa, mas que, reconhecidamente, deve ser assumida como uma necessidade.

1 Doutor em Direito pela UFMG, Mestre em Filosofia e em Direito. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito. Professor e coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito Público a Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito.

Resumen

Se trata de presentar un proyecto, posiblemente a desarrollar, en una investigación postdoctoral. El interés por la difusión presenta las investigaciones futuras como una carta de intenciones que, saliendo a la luz, se puede enriquecer con los aportes de los participantes en el debate. El tema aparece en la tradición desde hace mucho tiempo, pero hoy en día ha atraído la atención de los estudiosos. Deliberando, decidiendo y, sobre todo, decidiendo colectivamente, todo está pensado para, en definitiva, concluir hacia los fundamentos de una teoría de la decisión colectiva, aún mera promesa, pero que, hay que reconocerlo, debe asumirse como una necesidad.

1. Apresentação: estado da arte

A decisão, desde os inícios gregos da filosofia, sobretudo com Aristóteles, corresponde, em última análise, a uma escolha entre possibilidades, isto é, um momento conclusivo de um processo de deliberação, *proairesis*, via do qual se adere a uma alternativa possível. Evidentemente, importa considerar os critérios que norteiam a escolha, este ato final, resultante do antecedente cenário deliberativo. Sabe-se que tal cenário integra as planícies do exercício da razão prática, aquela que orienta a ação e, com isto, de algum modo, sujeita-se às peculiaridades das coisas humanas. Decisão e deliberação integram um campo complexo, implicam-se no contexto do *ethos*, da ação que, subjetivamente considerada, em termos éticos, repercute no próprio sujeito agente e, em termos mais ampliados, o da ação política, reverbera seus atos na cena da política. Não importa somente a decisão, mas seus antecedentes, como fundamentos que a sedimentam no terreno do *ethos*.

Pois bem, segundo parece, a posterior tradição filosófica, em momentos mais em outros menos, teria segregado o deliberar do decidir. (URFALINO, 2013). É no contexto da tentativa de recuperação de um pensar mais abrangente, que aprecie *em conjunto* deliberação e decisão, como momentos inseparáveis e co-constituintes, (URFALINO, 2013) que nos parece se encontrar a via adequada apta a identificar as condições de possibilidade do bem decidir. E, com isto, vez que visceralmente ligados entre si os momentos da deliberação e da decisão, seríamos conduzidos à identificação e crítica das condições de possibilidade do bem deliberar. Tais passos dados, com a apropriação de um conceito jusfilosófico de deliberação, de seu contexto de antecedente

de atos decisórios, de suas condições de possibilidade, pensamos se apresentar um critério para mensurar se os modos de decidir dos tribunais constitucionais favorecem ou não a prática do momento deliberativo. Esta via muito importa, no direito, senão por outras razões, porque é sempre necessário pensar quanto à qualidade das decisões tomadas e não somente como são tomadas. Entre nós, contudo, a reflexão quantitativa e de autoridade a respeito das decisões dos tribunais têm sido a tônica, em detrimento de uma reflexão quanto à qualidade do decidir e da decisão. (RODRIGUES, 2013)

Para o direito, inegável que a decisão seja, no mínimo, um dos momentos mais relevantes de sua construção. Dizemos construção porque, no âmbito do direito, pertencente ao mundo da cultura, ao espaço da liberdade, ao contrário do que se poderia pensar ou desejar, não há uma *mathesis universalis* regente, uma determinação de sentido do justo já escolhido, de uma vez por todas, por uma decisão absoluta e irrevogável. Talvez por isso, e corretamente, diminuí sempre mais o número daqueles que pensam o direito como uma resolução silogística de casos, dedutivamente pensada a partir da lei, em uma subsunção do caso a espaços já decididos, em abstrato, para sua ocupação. O antecedente deliberativo, por isto mesmo, muito importa para a decisão, para que esta não se forme com déficits deliberativos comprometedores. Daí a importância, que urge recuperar, do sentido mesmo do deliberar, como momento decisivo e constitutivo de uma decisão, que não pode ser uma contabilização de meras opiniões em confronto.

Tem sido um dos elementos mais essenciais da crítica às vertentes positivistas a discricionariedade decisória do julgador, (STRECK, Org., 2017) a decisão como um seu ato de vontade impositivo e subjetivo, lançando o mundo do direito em um sem número de possibilidades, oscilantes como a vontade de quem decide, em uma clara perturbação do momento decisório, que se torna, com isto, uma espécie de possibilidade infinita, submetida unicamente aos critérios de escolha de quem julga. Aqui, os critérios da escolha, que impulsionam e culminam na tomada de decisão, pertenceria ao sujeito, que se empodera por sobre razões de decidir que, como pensamos, devem pertencer ao universo da comunidade do direito, não ao juízo de um de seus membros, ainda que seja este o juiz. O magistrado, enquanto decide, é um membro da comunidade do direito, não fala por si, mas por ela e para ela. (GEHART HUSSERL, 1998). Este o lugar em que a deliberação, como antecedente do decidir pela e para a comunidade do direito,

ganharia foros de centralidade como momento de embate, no âmbito do *ethos* comunitário, das razões para bem decidir.

No fundo, responder à pergunta pela tomada de decisão, no universo do direito, será sempre, de um modo significativo, também um dizer sobre *o que o direito é*. Um pensar sobre o *decisum* será sempre um pensar sobre o que seja o direito.

Obviamente, decidir é ato que se faz anteceder por motivações e que, de algum modo, se apropria e se exercita como um procedimento. Não parece ser outra a razão pela qual, na contemporânea teoria do direito, têm sido uma constante os alertas sobre a importância de se construir uma adequada teoria da decisão jurídica. Há, inclusive, que se considerar a distinção, de resto, sempre existente, entre decidir subjetivamente, para si, em relação ao processo e à tomada de decisão por grupos e instituições.

No entanto, e esta é nossa inicial percepção, como ponto de partida problemático, a tomada de decisão no seio de instituições, a exemplo dos tribunais, tem sido fortemente marcada por subjetivismos, que se exercitam em regime opinativo, faltando-nos as bases constitutivas de uma teoria da decisão coletiva. (URFALINO, 2013) Por certo, a decisão coletiva, em sentido forte, deverá se revestir de atributos diversos, que não as meras apurações numéricas de isoladas e subjetivas propostas individuais. Quem sabe por nos faltar uma teoria geral da decisão coletiva, em nossos tribunais, as decisões se pautem por argumentos de autoridade e se formem a partir de opiniões individuais, apresentando-se como uma verdadeira jurisdição opinativa. (RODRIGUES, 2013)

Como sabido, alguns caminhos já se apresentaram, como tentativas de resposta à indagação sobre a decisão no âmbito do direito. As soluções se multiplicam, a depender da importância, maior ou menor, conferida a determinados elementos integrantes do processo decisório. Enfim, a forma de se compreenderem as decisões, via das quais o direito se realiza em concreto, repercute e se nutre de uma peculiar maneira de se compreender o próprio fenômeno do direito. A teoria geral do direito estabelece, de algum modo, os marcos compreensivos do seja dizer o direito, no exercício da jurisdição.

Escolher entre possíveis, no direito, exige mais que uma decisão como fato resultante, impõe-se a tarefa de avaliar os critérios, os antecedentes e as próprias possibilidades que se apresentam, para afirmar a juridicidade ou não de uma final

decisão. Por isso, insistimos, se dizer o direito é decidir, precisamente ao decidir, também decidimos o que o direito é. O direito faz parte do mundo de construção humana livre, a cultura. Tem sido pensado, no Ocidente, como uma alternativa viável, destinado a dirigir o con-viver, em um seu modo de ser que implica no reconhecimento do trânsito dos membros de uma dada comunidade, irmanados em um existir comum, cujos contornos de dever ser se materializam em normatizações. À observância de tais direções normativas, comunitariamente empenhadas, é que deve entregar o resolver-se do justo no existir comum. (GEHART HUSSERL, 1998)

Este o contexto no qual se insere a presente proposta de investigação: conhecer e avaliar os *modos de ser* da tomada de decisão nos tribunais, a partir de uma teoria da decisão coletiva. Não nos tribunais, em geral, mas naqueles que tomam decisões enquanto cortes constitucionais ou com feições correspondentes. Não nos tribunais constitucionais, em suas diversas formas de composição e mecanismos de tomada de decisão, mas atendo-nos aos modos de decidir do Supremo Tribunal Federal, no Brasil. Eventualmente, em comparação com outros modos de decidir, típicos dos modelos europeus ou do direito anglo-saxão. Tudo considerado, no sentido de verificar se, de fato, se poderia dizer que há para as decisões destas cortes uma adequada deliberação. Isto após uma apropriação, com já foi dito, de um arcabouço de critérios e condições de possibilidade para que uma decisão possa ser dita coletiva.

Esta, então, a questão-problema que se coloca: considerando os modos de decidir dos tribunais constitucionais, mormente o *modus decidendi* do Supremo Tribunal Federal, seria possível afirmar que há ou não uma deliberação que ampare, de forma adequada, as decisões ali tomadas, enquanto decisões coletivas?

Por certo, como contraponto aos modelos de atuação levados a cabo no STF, acenos a outros modelos bem poderiam conduzir a uma resposta sobre se haveria, e em que medida, *déficits* deliberativos identificáveis nas práticas judiciárias. Mas não se trata apenas de pensar *como* decidem as cortes constitucionais em geral e o STF em particular, em uma mera narrativa descritiva das formalidades. Ao final, pretende-se alcançar uma avaliação do processo decisório, para concluir se, na tomada de decisão pelos tribunais constitucionais, e no STF em particular, seria possível falar de uma verdadeira deliberação, capaz de fundar uma decisão coletiva, em sentido forte. Falamos em sentido forte porque, como hipótese, parece haver outras formas de decidir, nas

quais as decisões resultantes somente se podem dizer coletivas em sentido fraco, apenas porque tomadas por uma coletividade, mas sem que o grupo, de fato, tenha se tornado agente de uma decisão coletiva. (URFALINO, 2013)

Com isto, seríamos conduzidos à identificação de uma *ratio decidendi* que, a depender, bem poderia apontar para a presença, ou não, dos modos de ser da comunidade do direito nas práticas decisórias colegiadas. Aqui, a exigência de um decidir pela comunidade e para a comunidade do direito nos colocaria frente a uma outra relevante questão que, de certa maneira, apontaria para o debate em torno da noção de democracia. Se, em deliberação, comparecerem motivos, razões e justificações comunitariamente empenhados, parece ser correto dizer que, neste caso, mais que em outros, uma decisão seria mais democrática. Daí o contexto mais geral da presente proposta, como uma discussão em torno das relações entre direito, razão e democracia.

Por fim, uma advertência, no sentido de que não se trata de uma pesquisa empírica, tomando decisões específicas proferidas pelo STF e as submetendo a críticas frente a determinados critérios de análise. A perspectiva proposta é, eminentemente, teórica, vez que pretende, justamente, se apropriar dos critérios e das condições de possibilidade de uma teoria geral das decisões coletivas e, lado outro, comparar e avaliar se as práticas decisórias, os modelos de tomada de decisão dos tribunais, favorecem ou não o ser coletivo das decisões resultantes. Evidentemente, decisões específicas proferidas pelo STF poderão ser mencionadas, mas sem que se tornem objeto central do estudo. Daí ser a abordagem eminentemente teórica.

2. Objetivos

O objetivo geral, então, será buscar uma apropriação do conceito, características e *modos de ser* da deliberação, no contexto e para a tomada de decisões coletivas e, em seguida, postos os modelos de decidir em prática, nos tribunais constitucionais em geral e no STF em especial, verificar se as decisões proferidas poderiam ser ditas coletivas, em sentido forte, ou se nelas haveria e em que medida algum grau de *déficit* deliberativo.

Objetivos específicos:

- a) Situar, histórica e filosoficamente, a discussão em torno da questão dos processos de deliberação e de suas ligações com os temas especiais de uma teoria geral das decisões coletivas e da democracia;
- b) Identificar as vantagens e desvantagens dos modelos de procedimentos deliberativos mais comumente adotados nos tribunais constitucionais: a decisão *per curiam e seriatim*;
- c) Identificar e avaliar quais modelos de decidir poderiam ser apontados como suficientes, resultando em uma deliberação conducente a decisões coletivas, em sentido forte;
- d) Identificar os modelos e práticas de decidir em voga no Supremo Tribunal Federal, avaliando se ajustariam uma desejada e adequada deliberação em torno das questões em discussão.

3. Justificativa

De modo geral, desde a promulgação da Constituição de 1988 e em razão mesmo de suas características, ao Poder Judiciário tem aportado um sem número de demandas que, de uma maneira ou de outra, contribuem para as atenções se voltem para sua atuação, justificando-se o debate em torno de suas funções e de seu lugar institucional, no contexto mais ampliado as instituições democráticas. Fala-se mesmo de uma hiper-judicialização da vida (BARROSO, 2018) e, com isto, se pode reconhecer uma espécie de super-empoderamento do Judiciário, ante o chamado ativismo judicial que, de algum modo, tem impulsionado discussões sobre a crise do modelo de harmonia e separação dos poderes. Tudo a chamar a atenção e a conferir um grau de importância às decisões proferidas pelo STF, algumas com efeitos vinculativos diretos, outras tantas com efeitos cogentes indiretos, via da afirmação dos precedentes.

Assim, a identificável e crescente judicialização da vida, e também de questões institucionais, que envolvem decisões tomadas pelas demais instâncias de poder do estado, devem suscitar uma análise dos modos de ser da tomada de decisões nos

tribunais, mormente naqueles que exercem a guarda da constituição. Dentre outras razões porque, em constituições analíticas, como aquela em vigor no Brasil, há uma ampliação dos temas materializados em normas constitucionais que, com isto, abarcam a quase totalidade do mundo do direito, espalhando-se os condicionamentos constitucionais pelos mais diferentes ramos da dogmática jurídica.

Além disso e cada vez mais, os modos de decidir dos tribunais devem ser objeto de investigação, sabendo-se que, de forma bastante acentuada, sobretudo entre nós, com a reforma do Código de Processo Civil, vários expedientes processuais, tais como a força de vinculação do precedentes, os incidentes de demandas repetitivas, dentre outros, têm chamado a atenção, quanto à influência das decisões dos tribunais, para a interpretação do direito nas demais instâncias de julgamento, tudo a justificar o interesse pelo debate em torno das maneiras de decidir destes Órgãos colegiados.

Evidentemente, uma mera narração sobre como decidem os tribunais, em um esforço meramente descritivo, não seria suficiente para verificar se tais modos de decidir interferem ou não na qualidade das decisões. Por isto, se mostra decisiva a procura por critérios, que possam servir de norte, em uma necessária avaliação da qualidade do processo deliberativo empenhado em tais decisões colegiadas. Trata-se de encontrar, de algum modo, um elemento comparativo, normativamente pensado, como critério diante do qual os modos de decidir sejam pensados como suficientes ou deficitários. Aqui o lugar do debate acerca do *déficit* deliberativo, ou não, eventualmente identificável nas decisões colegiadas proferidas pelos tribunais constitucionais e pelo STF em particular.

Há, ainda, uma peculiaridade de nossos tempos que, de resto, marca um traço da contemporânea teoria do direito, que parece ter concedido lugar de centralidade à hermenêutica, reclamando atenção para o momento da tomada de decisões e, com isto, da realização concreta do direito. Como decisões são tomadas é o que também hoje investigam as ditas neurociências, em um esforço de apropriação de todo o processo antecedente e do momento final de aparecimento de um *decisum*.

Diante deste ampliado cenário, que aponta para a presença de múltiplos motivos para se ocupar do processo decisório e de seus modos de realização, justifica-se o interesse da pesquisa apresentada, seja como inicial tentativa de contribuir para o debate em torno da qualidade das decisões proferidas pelos tribunais constitucionais, seja para

possibilitar a identificação, avaliação e eventual proposição de modos de decidir que favoreçam o incremento dos índices de deliberação.

4. Hipóteses, atividades e metodologia

A análise do caso brasileiro, ou seja, a averiguação dos modos como são tomadas decisões pelo Supremo Tribunal Federal e, com isto, uma verificação dos índices de deliberação na tomada de suas decisões, na presente proposta de pesquisa, parte já de alguns marcos hipotéticos.

Em primeiro lugar, de saída, comparece a ideia segundo a qual, na jurisdição brasileira, padecemos de um ranço opinativo (RODRIGUES, 2013) e, com isto, nas cortes superiores, mesmo na mais elevada dentre elas, o STF, observamos a formação de uma decisão como justaposição de opiniões que, por maioria, conflui para uma posição que, nem sempre ou quase nunca, se deixa vislumbrar como resultante de uma argumentação racionalmente justificável, alcançada por consenso deliberado, em sentido forte.

Veza por outra, publicados os votos e alcançada maioria em favor de uma dada posição, não nos é possível saber, com a devida e desejada certeza, ou razoabilidade, quais as reais razões de decidir teriam impulsionado a escolha da solução adotada. A sobreposição desordenada e, por vezes, contraditórias de opiniões, transforma a decisão em um emaranhado de manifestações de preferências individuais, em uma espécie de exercício pessoalizado da jurisdição. (RODRIGUES, 2013)

Evidentemente, outras formas de decidir, adotadas em outras tradições, bem poderiam ser pensadas, em regime comparativo para, quem sabe, iluminar limites e evidenciar valores dos modos de decidir, tais como os encontramos praticados entre nós. Esta uma outra via que propomos percorrer, não para tomar de empréstimos soluções alheias, fora de seu contexto de aparecimento e exercício, como se tem visto às vezes, em uma indesejável replicação de modelos. Identificar valores e limites das formas de decidir e, com isto, da qualidade deliberativa das decisões é tarefa que pode ser cumprida sem espírito de submissão a modelos estrangeiros, mas também sem o complexo de teimosia, a justificar nossos limites como se fossem valores.

A fim de responder provisoriamente à questão-problema, formula-se a hipótese segundo a qual as decisões proferidas pelo STF, em razão mesmo dos processos deliberativos ali adotados, não se revestem de qualidades suficientes para que sejam admitidas como decisões coletivas. No entanto, por nos faltar uma teoria da decisão coletiva, e em razão mesmo desta falta, seguimos o caminho de decisões opinativas e de fundamentação em argumentos de autoridade.

A metodologia, basicamente, se cinge à revisão do material bibliográfico pesquisado. Primeiramente, em uma fase informativa, com registro dos principais elementos doutrinários, reunidos em capítulos temáticos. Em seguida, em uma fase crítica, via da técnica de análise de conteúdo, com a identificação de valores e limites dos modos de decidir identificados. Ao final, pela conjunção dos elementos reunidos na pesquisa, apresentando-se lineamentos de uma teoria da decisão coletiva, tomadas por corpos deliberativos, enquanto agentes da decisão.

Como referenciais teóricos, de imediato, se apresentam: a proposta, ainda que parcial, no sentido da elaboração de uma teoria da decisão coletiva (URFALLINO, 2013) e, quanto ao modo de decidir do STF, os passos investigativos que autorizaram a conclusão segundo a qual temos, entre nós, uma prática judiciária opinativa e fundada em argumentos de autoridade (RODRIGUES, 2013) (VALE, 2019).

As atividades da pesquisa, preferencialmente, serão compostas por:

- Revisão bibliográfica sobre o conceito de deliberação e sobre os processos ou modelos de deliberar dos tribunais, mormente o STF;
- Organização e agrupamento de dados bibliográficos coletados e aprofundamento do marco teórico;
- Confirmação ou refutação da hipótese levantada pela pesquisa e revisão de conteúdo e checagem das proposições iniciais;
- Análise dos resultados obtidos;
- Análise dos conceitos analíticos obtidos e elaboração do relatório final.

5. Referências bibliográficas

AA. VV. *A discricionarietà nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Editora JusPodium: Bahia, 2017.

AA. VV. *A razão e o voto – Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Ed. FGV: Rio de Janeiro, 2017.

AA. VV. *Retórica e argumentação jurídica. Modelos em análise*. Editora Alteridade: Curitiba, 2018.

ARROW, Kenneth. *Choix collectif et preferences individuelles*. Calmann-Lévy: Paris, 1974.

ARROW, Kenneth. *Social choice and individual values*. Third Ed. Yale University Press: New Haven, 2000.

BARROSO, Luíz Roberto. *A judicialização da vida. E o papel do Supremo Tribunal Federal*. Ed. Fórum: Belo Horizonte, 2018.

BOUDON, Raymond. *Raison, bonnes raisons*. Ed. PUF: Paris, 2003.

CICCONETTI, Stefano. *Jurisdição constitucional comparada - Brasil, Itália, Alemanha, França e EUA*. Ed. Fórum: Belo Horizonte, 2017.

COLEMAN, James. *Foundations of social theory*. Harvard University Press: Cambridge, 1990.

ELSTER, Jon. *Explaining social behavior. More nuts and bolts for the social sciences*. Cambridge University Press: Cambridge, 2007.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, n.1, p.77-112, jan-jul. 2003.

HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998.

HUSSERL, Gerhart. *Person, Sache, Verhalten*. Frankfurt: Klostermann, 1969.

HUSSERL, Gerhart. *Recht und Welt. Rechtsphilosophische Abhandlungen*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1964.

HUSSERL, Gerhart. *Recht und Zeit: fünf rechtsphilosophische Essays*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1955.

LOSING, Norbert. *La Jurisdiccionalidad Constitucional en Latinoamérica*. Madrid: Editora Dykson, 2002.

MEYER, Emílio Peluso Neder, *Decisão e Jurisdição Constitucional*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2017.

RODRIGUES, Rodrigo José. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Editora FVG: Rio de Janeiro, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso. *STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.250, p.197-227, out./dez.2009.

TAJADURA, Javier; MIGUEL, Jusu de. *Justicia Constitucional y Unión Europea: un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

URFALINO, Philippe. *Cerrar la deliberación. Teoría de la decisión colectiva*. Ed. Prometeo: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013.

VALE, André Rufino. *Argumentação Constitucional. Um Estudo sobre a Deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Almedina Brasil: São Paulo, 2019.

Literatura, mediação e filosofia¹

Bernardo Gomes Barbosa Nogueira²

Resumo: Este ensaio pretende oferecer reflexões acerca de um possível percurso entre a mediação privada e a literatura, tendo como argumento, tanto uma leitura derridiana da alteridade, como a teoria da ecologia de saberes de Boaventura de Sousa Santos.

Palavras chave: mediação, literatura, direito e literatura, ecologia de saberes, Derrida.

Resumen: Este ensayo pretende ofrecer reflexiones sobre un posible camino entre la mediación privada y la literatura, teniendo como argumento tanto una lectura derridiana de la alteridad como la teoría de la ecología del conocimiento de Boaventura de Sousa Santos.

Palabras clave: mediación, literatura, derecho y literatura, ecología del conocimiento, Derrida.

“A mediação é um trabalho sobre afetos em conflito, não um acordo entre as partes, exclusivamente patrimonial, sem marcas afetivas” (WARAT)

“O que é a literatura? A literatura como instituição histórica, com suas convenções, suas regras etc., mas também essa instituição da ficção que dá, em princípio, o poder de dizer tudo, de se liberar das regras, deslocando-as, e, desse mundo, instituindo, inventando (...) a lei da literatura tende, em princípio, a desafiar os suspender a lei. Desse modo, ela permite pensar a essência da lei na experiência do “tudo poder dizer”. É uma instituição que tende a extrapolar [déborder] a instituição.” (DERRIDA)

“A literatura não é o fato de uma linguagem se transformar em obra, tampouco é o fato de uma obra ser fabricada com linguagem; a literatura é um terceiro ponto, diferente da linguagem e diferente da obra, um terceiro ponto que é exterior à reta que vai de uma à outra e que por isso mesmo desenha um espaço vazio, uma brancura essencial onde nasce a pergunta

“O que é a literatura?” (FOUCAULT)

“A literatura trabalha nos interstícios da ciência: está sempre atrasada ou adiantada com relação a esta, semelhante à pedra de Bolonha, que irradia de noite o que provisionou durante o dia, e, por esse fulgor indireto, ilumina o novo dia que chega. A ciência é grosseira, a vida é sutil, e é para corrigir essa distância que a literatura nos importa.” (BARTHES)

“Todo ser humano é livre para se abrir, através de seu próprio caminho e de sua autotransformação liberadora, para o autoconhecimento de seu destino

1 Texto escrito inicialmente como guia para o curso: “Literatura, mediação e filosofia”, ocorrido no Instituto de Mediação Aplicada - IMA.

2 Doutor em Teoria do Direito pela PUC/MG. Professor da UNIVALE. Professor da UNIPAC/Itabirito. Professor da Faculdade Milton Campos.

*espiritual. O direito neste Sentido deveria estar inscrito entre os direitos do homem (...) Transgressão queria dizer originalmente passar para outro lado, atravessar. Com o tempo, a palavra veio a significar, para os tradutores da Bíblia: “violação da lei divina”; e, para os juristas: “violação de uma lei”.
A passagem de um nível de Realidade para outro ou de um nível de percepção para outro significa uma infração `as leis divinas ou humanas? A transdisciplinaridade é uma transgressão generalizada que abre um espaço ilimitado de liberdade, de conhecimento, de tolerância e de amor.”
(NICOLESCU)*

Meus caros amigos, hoje iremos prostrar um pouco sobre uma tríade que me vem consumindo há tempos. E peço permissão para acessá-los, porém, como nos ensina Nussbaum, pensadora estadunidense, não gostaria de tocá-los simplesmente pela via racional, essa nossa velha categoria, que, desde Kant, mas, mais ainda, desde Sócrates, vem governando as relações humanas – por certo, sabidamente falha, não dizer, frágil – assim, pela via da fragilidade que bem mais do que a razão nos compõe como humanos, é que gostaria de lhes falar. Sobretudo, pois, pela fresta da fragilidade do humano, entraria talvez uma dimensão mais interessante, não que isso nos componha em nossa totalidade, entretanto, admitamos, por mais que nossa *sociedade espetacularizada* não queira admitir, por mais que nosso ego não nos permita pedir ajuda, solicitar o Outro, de fato, a fragilidade nos compõe. Desde sempre destinados à incompletude, desde o nascimento até o termo da existência, carecemos – somos, portanto, mais do que o *zoon politikon* aristotélico, seres que carecem.

E, por isso que nos une, por essa abertura que nos compõe, convido-os à reflexão sobre literatura, mediação e filosofia. Não procurarei aprofundar as diversas matizes conceituais de cada um de nossos convivas. O que a filosofia é, o que a literatura é e o que a mediação é, importaria muito mais a um exercício intelectual acadêmico quase sem gosto e Barthes já nos ensinou que o saber tem mais a ver com sabor do que qualquer outra coisa – não há saber sem sabor, ou seja, não sabemos apenas para uma dimensão intelectual da vida, pois, saborear o conhecimento é um exercício que se consuma apenas pela e na mediação do Outro, não há **o eu**, como diz Lévinas, antes do Outro, portanto, o Outro chega **antes do saber, da razão, antes de nos darmos conta**; assim, meus caros, iniciamos nossa jornada. O termo mediação, que está no meio, que intercala, que une, que ata, que é ponte, que está entre a ação, só existe porque o Outro a permite.

Aquele frágil humano que está sempre a se doar, a permitir nossa forma de existir, para o bem ou para o mal. A mediação do mundo se dá pelo intermédio do Outro. Insisto: ele, ela, chegam antes do *eu*, assim, a mediação é uma tarefa que é possível a partir dessa face que se nos mostra a cada momento; arriscaria dizer que o mundo, só é mundo, quando e por que o Outro nos empresta essa chance, logo, ele é quem media nossa relação com o mundo: Ele, o Outro, que apesar de constituir nossa ponte para o mundo, é também ele, ela, uma categoria absolutamente segredosa – aí como eu queria falar para vocês sobre o segredo!!! rsrs -, então, vamos a uma questão objetiva para o entendimento do que pretendo dizer a você: O Outro, a Outra, são, em sua totalidade, ininteligíveis pela categoria racional - ao mesmo tempo em que apontamos e dizemos: isso é isso; nesse momento, o mundo, nossas pré-compreensões, o Outro, já tomaram conta, e assim, vivemos a procurar uma fotografia de um pássaro que está sempre a voar. O Outro e a Outra, paradoxalmente nos permitem ao mundo, e ao mesmo tempo, furtam-no. Mirem: nos permitem uma vez que sem eles não haveria mundo e nem sequer sentido, de outro lado, quando entendemos que alcançamos o mundo, se torna necessário perceber que aquilo que compusemos enquanto mundo, não passa de um olhar nosso, portanto, incompleto, inacabado – essa visão de mundo pode ser melhorada...

A literatura e é o infinito do Outro

Se estivermos atentos ao que nos ensinam, tanto Derrida quando Foucault, percebermos que a literatura para eles possui algo comum: não há para ela a possibilidade de um dizer final, ou seja, a própria questão do que seja a literatura, é já uma resposta que quando dada, alarga, torna além, um branco essencial, que nos impede sufoca-la com nossa sanha de apreender tudo. Vejamos que a palavra apreender é já um sinal do problema que se anuncia: olhar o Outro e a Outra sob a nossa perspectiva é torná-los, quando muito, um efeito de nossas próprias dimensões de observação, portanto, a literatura aparece como esse local privilegiado de talho com o humano; ora, vez que ela não se dá a concessões, não está limitada por uma regra universal, senão aquela que ela própria inventa a cada ato de si; relembrei aqui uma pergunta que eu mesmo me fiz em um texto escrito há anos: *É o humano literatura?* Bom, por certo, a resposta é positiva, pois, se observarmos com cuidado e carinho esta pergunta, veremos que ao fazê-la estamos a projetar o humano para além de si, de nós mesmos, e, portanto, entregando-o à sua dimensão mais primordial, a da relação com o Outro, que o

constitui, que o mostra frágil, carente, e, ao mesmo tempo, não permite marcá-lo com o açoitado do conceito científico. Estamos sempre em um *por vir* que é anunciado pelo encontro.

Logo, gostaríamos de dizer que se de um lado perguntar pelo *quê* da literatura é reconhecer que ela se anuncia sempre escorregadia e para além de nossos olhos, o humano, em nossa concepção, também apresentar-se-ia nessa mesma dimensão. Por isso, nossa proposta de trabalhar a mediação junto da literatura, pois, parece-nos, que apenas por essa via, não interdita pela nossa questão racional e aprisionadora, poderíamos de uma só vez: reconhecer a nossa fragilidade ante o Outro, e assim não projetarmos nele nossas próprias formas de perceber o mundo, e, ao mesmo tempo, ao sabermos que ele é um infinito, carente, suscitaria um trabalho ético de não furto da alteridade, que nos tornaria seres mais empáticos, o que nos conduz a uma dimensão clara da mediação: a escuta ativa.

A literatura é o infinito do Outro e da Outra, pois, o *é*, conectivo verbal mormente requerido pelo pensamento racional não daria conta desta frase. Veja, o *é* indica o que algo seria, dimensionando sua forma de existir, entanto, quando opomos o termo infinito ao lado do *é*, parece, e espero que sim, vocês, junto comigo, entendem que quero evidenciar um paradoxo. Não há o *é* para dizer da literatura, senão aquilo que ela torna enquanto arranca do mundo aquilo que ele tem e oferece a ele uma morada outra. Da mesma forma, o Outro, se atentarmos ao mínimo ético requerido por Lévinas, fica claro que não pode ser definido, pois, ele só *é* na medida do *eu*, e, já sabemos, o *eu*, não existe sem o Outro; incorreríamos em uma contradição performativa se acaso disséssemos que o *eu* tem condições de dizer do Outro, da Outra – para a relação/mediação com eles e deles, a razão não basta, e como nos diz Warat, o afeto entra em questão.

Lembram-se que ao início do texto convidei para uma reflexão a tocar mais do que a razão, pois, aqui chegamos a esse ponto: o saber, só com sabor; o sabor, quem nos permite é o Outro; O Outro é impossível captar com a razão; já é tempo de percebermos a necessidade de desenvolvimento de nossa dimensão afetiva, sob o risco de nos relacionarmos apenas como nosso próprio espelho, milimétrica e racionalmente esculpido pelo nosso ego.

A literatura como hipótese...

Por isso trouxemos a literatura, pois, ela, como o Outro, são maneiras de existir que por mais que cataloguemos, nunca daremos conta de dizer totalmente o *que é* e o *que não é*. Vejamos que pela via da literatura podemos alcançar várias questões importantes para a mediação:

a) a literatura pode causar no leitor uma espécie de transcendência ética, na qual ela ou ele podem acessar existências que estariam ou estão para além das suas próprias capacidades especulativas;

b) a literatura não possui um encerramento de si, pois, miremos: ela é órfã do escritor quando está em posse do leitor, e além, é também órfã do leitor quando ainda não foi publicada, por isso, ela sempre será aquilo que não se pode dizer: a literatura rompe assim com um paternalismo que castra a invenção, pois, nunca saberemos o que o autor quis dizer ao certo; de outro lado, ela sempre requer uma acolhida do leitor, que por sua vez, carecendo do autor, necessita inserir ali também um pedaço a mais de literatura, de si: somos seres carentes, não por causa de uma falta inventada pela *indústria cultural*, mas por um condição ontológica que nos impinge a ir além, e além, tem o Outro, tem literatura;

c) perceber o infinito da literatura é perceber que ela sempre espera: quando está a ser escrita, o autor espera o leitor; o leitor, por sua vez, espera o texto e nele se perde, tornando-se outro; não há literatura sem o Outro, seja ele leitor ou o próprio texto transformado pelo leitor que vem; conseguimos perceber a arapuca que é querer dizer algo sobre o que *é* a literatura?

d) ainda, ao alargar o mundo, a literatura também o inventa. Narrar é uma tarefa a que sempre estamos lançados enquanto seres de linguagem, portanto, as narrativas da literatura fundam novos mundos, novas formas de viver, logo, ao abrir-se a elas, abrimos também nossas condições de percepção do Outro, que até então estava preso em nossas poucas pré-compreensões;

e) gostaria de dizer uma frase inspirado no livro de Frédéric Gros *Desobedecer*: as principais tragédias humanas não teriam sido cometidas por atos de

desobediência, mas sim de obediência *cega*, logo, a relação do pensamento com a literatura é imprescindível para reconhecermos a nossa chance de desobediência das normas que impedem o acesso ao Outro de maneira ética – a literatura, como algo mais interessante que o próprio mundo, permite com que nos desvencilhemos do peso dos dogmas, e esse é um primeiro passo para estar junto do Outro;

f) se pensarmos em uma dimensão mais abrangente, o real, em tese, não existe, há sim mediações pelas quais tentamos acessá-lo, logo, a literatura se portaria como uma espécie de mediadora do real, ou seja, pense em uma pessoa antes e depois do contato com uma obra como *O grande sertão veredas* ou *Sobrevivendo no inferno* dos Racionais. Não nos parece que o mundo será o mesmo, logo, a literatura nos abre os poros dos sentidos para uma sorte de linguagem que por sua vez nos mostram forma de existir para além do que podíamos supor;

g) a literatura não é, ela sempre está a caminho de si, existindo nos interstícios; é ela mesma composta por várias camadas. O texto é sempre outro quando voltamos a ele; e se nos arriscássemos a pensar que os seres humanos também são textos com camadas a serem desvendadas? E se assim como a forma do texto, suas entonações, pontos, exclamações, perguntas, cada suspiro da gramática, o humano também carece desse cuidado ao ser tocado/lido: a literatura nos ensina as profundezas do humano;

h) se observarmos a incompletude da literatura, percebemos que ela não impõe uma forma correta de existência, vejamos Saramago e sua forma peculiar de literatura; não cumpre as regras e funda a literatura; o humano, assim como a literatura, é singular, e talvez, deixar ir, como nos ensina Caetano, seja a forma mais adequada de olharmos esse Outro; não postular medidas gerais e abstratas e/ou modelos, mas sim, deixar com que o Outro aconteça, em toda sua singularidade;

i) a literatura, como a mediação, não requer pontos finais, vejamos que a obra não se encerra em suas páginas; a mediação e o Outro, na mesma feita, nunca podem ser dados como findos pelo mediador; ele aprende, assim, que o Outro e suas circunstâncias, não podem ser emparedados pelas nossas apreensões, o fim da mediação

é o nascimento do Outro, daí que, a literatura não é obra do seu autor, tampouco, do leitor, ela é o trânsito entre um e outro com o mundo, da mesma maneira, o mediador ou mediadora não são autores da narrativa do Outro, apenas são vias pelas quais haverá uma construção da narrativa, sem que haja determinação *a priori*;

j) a informalidade da literatura é também requerida pela mediação; ela permite que o Outro se mostre sem vestes; e assim, lembramos Derrida, a *literatura tudo pode dizer*, como quiser, sem que haja determinações formais: veja que grande encontro! E ensinamento maior ainda, pois, a literatura, singular que é, quando feita, faz também outras regras, inventa-as, transgride-as; a narrativa, sempre singular, necessariamente irá transbordar nossas pré-compreensões...

Transgressão e ecologia de saberes

Não poderia deixar de convocar rapidamente duas questões que entretecem nossa prosa. A primeira delas é a questão da *transdisciplinaridade* que envolve esse assunto. Não se tratará de nos mantermos presos às disciplinas, pois mesmo a interdisciplinaridade ainda está armadilhada pelas arapucas das disciplinas. O Outro é indisciplinado, e desde Foucault já sabemos o problema histórico pelo qual construímos narrativas castrantes. É necessário deixar viver para viver. Assim, a mediação necessita descer à ordens que necessariamente não irão se mostrar pela aparência conflituosa, local em que atua o direito ortodoxo. Portanto, ir aonde não se pode ir é transgredir a disciplinar e deixar o Outro e a Outra livres, tanto para composição da narrativa, como para construção da resolução ou não do conflito.

Logo, transgredir é inverter os polos, deixar falar antes de dizer. O ouvido antes da fala. E quando estamos com a literatura, ouvimos, e esse ouvir nos permite sair de nós mesmo. O outro é sim literatura. Como o é o humano, frágil ser de narrativas. Quando Nicolescu nos convida a transgredir para além da disciplina, está de alguma forma e eticamente, supondo que o Outro não cabe em nós, para o bem e para o mal ele precisa ser liberto do cativeiro do *eu*... Transgredir é assunto da mediação, que apenas como um ato de doação se consuma, doar-se à narrativa do Outro, sem querer dar a ele a melhor ou a correta direção.

A *ecologia dos saberes* é teoria criada por Boaventura de Sousa Santos e nos ajuda aqui pois nela não temos as hierarquias da ciência convencional. Saberes se mostram de forma dinâmica e complementar, porém, nunca superiores ou inferiores, nos

parece que perceber isso é entender que naquilo que de nós se distancia mora a chance da novidade, do Outro, da atitude ética perante o mundo.

Convido-os para irmos além da disciplina, deixando para trás uma *egologia* e propondo uma *ecologia* da mediação na qual além de seus princípios norteadores, suas regras, tenhamos nas mãos e nos olhos a hipótese sempre aberta de que o Outro vai nos decepcionar em nossas intenções de aprisiona-lo, de dizer o que fazer, pois, entendemos que apenas assim, nessa abertura para a fragilidade de si e do Outro, podemos ver nascer a cor azul que distingue a vida em sua dimensão de mais poesia, de mais autonomia; que reconhece o conflito como forma de composição do humano, que não quer prender, que liberta e deixa viver. O medo, que é uma forma de criar cativo, é irmão da imposição, com ele, o humano não inventa, se não inventa, não exerce sua existência em totalidade. Entreguemo-nos à transgressão que o Outro traz consigo, para o bem dele, para o nosso bem, para que não caiamos no erro moderno de querer encerrar a existência em uma narrativa racional. Do mediador, requeremos mais literatura, para que não se limite e, por sua vez, não imprima ao mediando aquilo que ele não consegue experienciar...Isso que é a singularidade de cada um e que só vem no contato com um ouvido atento e ético, que transgride a razão e faz sempre aquilo que é impossível fazer.

BIBLIOGRAFIA:

CANDIDO, Antonio. Vários escritos. Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul, 2011. 272p.

DERRIDA, Jacques. Da hospitalidade. Trad. de Fernanda Bernardo. Praga: Palimage, 2003. 142p.

DERRIDA, Jacques. Força de lei – o fundamento místico da autoridade. Trad. de Fernanda Bernardo. Porto: Campos das Letras, 2003. 145p.

HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. Petrópolis: Vozes, 1989. 598 p.

LÉVINAS, Emmanuel. Totalidade e infinito. Trad. de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1980. 312p.

NASCIMENTO, Evando. Derrida e a literatura – “notas” de literatura e filosofia nos textos da desconstrução. Niterói: Editora da UFF, 1999. 424p.

NICOLESCU, Basarab. O manifesto da transdisciplinaridade. Triom: São Paulo, 1999. 24p.

NOGUEIRA, Bernardo Gomes Barbosa. É o humano literatura?. In: FRANCO, Ângela Barbosa; GURGEL, Maria Antonieta Rigueira Leal. (orgas.). Direito e literatura: interseções discursivas nas veredas da linguagem. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 1-12.

NOGUEIRA, Bernardo Gomes Barbosa. Hospitalidade condicional/hospitalidade incondicional: entre Kant e Derrida, paradigmas que se autodesconstroem. In: DUARTE CUADROS, Rubén Alberto (Org.). Perspectivas de la filosofía del Derecho y las teorías jurídicas contemporáneas. Bogotá: Editorial Kimpres Ltda, 2011. v. 1. p. 43-52.

NOGUEIRA, Bernardo Gomes Barbosa. Imaginar a existência na poesia literária de Mia Couto. Diké (Itabirito), v. 1, p. 81-89, 2013. NOGUEIRA, Bernardo Gomes Barbosa. O direito como possibilidade de um projeto autêntico do homem ocidental. In: ÁNGEL ALVAREZ, Jaime Aberto. (Org.). Filosofía y Ética: deliberaciones sobre política y globalización. Bogotá: Editorial Kimpres Ltda, 2011. v. 1. p. 339-350.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. Novos estudos - CEBRAP, São Paulo, n.79, nov. 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. Um discurso sobre as ciências. Porto: Edições Afrontamento, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Porque precisamos de grandes narrativas no e do direito. In: NOGUEIRA, Bernardo Gomes Barbosa; SILVA, Ramon Mapa da (Org.). Direito e literatura: por que devemos escrever narrativas? Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 61 - 66.

Inseminação artificial heteróloga e conflito entre direitos ao reconhecimento de origem genética e à intimidade

*Francielly Rodrigues Almeida de Araújo¹
Raphael Furtado Carminate²*

RESUMO: Objetivou-se analisar o tratamento concedido a pessoa fruto da inseminação artificial heteróloga no que tange o conflito existente entre direito à origem biológica e o direito ao anonimato concedido ao doador do material genético. Para tanto serão analisadas as normas asseguradas pelo biodireito, código civil e a tutela dos direitos fundamentais e da personalidade humana que envolvem a pessoa concebida pela reprodução humana assistida heteróloga. Neste prospecto, o objeto de investigação são os diversos aspectos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga, diante do Direito Civil e os conflitos que podem surgir em face dos direitos fundamentais em decorrência dos conflitos existentes entre o anonimato e o direito ao conhecimento da origem biológico. Para tanto, a metodologia utilizada nesta esta pesquisa foi a revisão de literatura, por meio de pesquisa bibliográfica e documental. Por fim, restou esclarecido que o direito à origem biológica deve ser facultado à pessoa fruto da reprodução humana assistida, desde que, seja garantido o sigilo a dados e informações pessoais do doador de gametas.

Palavras chaves: Reprodução humana assistida heteróloga – origem biológica – anonimato

Abstract: The objective was to analyze the treatment given to people born through heterologous artificial insemination regarding the conflict between the right to biological origin and the right to anonymity granted to the donor of genetic material. For this purpose, the following will be analyzed: rules guaranteed by the law, civil code, the protection of fundamental rights and human personality that involve the person conceived by heterologous assisted human reproduction. Thus, the object of investigation is the various legal aspects of heterologous assisted human reproduction, in the face of Civil Law and conflicts in the face of fundamental rights in the face of conflicts between anonymity and the right to knowledge of biological origin. Therefore, the methodology used in this research was the literature review, through bibliographic and documentary research. Finally, it was clarified that the right to biological origin should be granted to the person born from assisted human reproduction, provided that the confidentiality of data and personal information of the gamete donor is guaranteed.

1 Bacharel em Direito pela UNIPAC Itabirito, MG. Pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil pela UNIPAC Itabirito.

2 Doutor e mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Professor de Direito Civil da UNIPAC Itabirito e Mariana. Coordenador e Professor da Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil da UNIPAC Itabirito.

Keywords: Assisted heterologous human reproduction - biological origin - anonymity

INTRODUÇÃO

Por muitos anos, a reprodução humana esteve vinculada a relação íntima de um casal e conseqüentemente de sua fertilidade. Assim, a ausência da fertilidade acarretava a incapacidade da concepção de outro ser humano, e, muitas das vezes era motivo de crise existencial entre o casal.

Com o avanço da ciência médica, foi possibilitado às pessoas estéreis a procriação artificial de um filho e para muitos a realização e concretização de sua união.

Entretanto, diferentemente da ciência médica, o direito não conseguiu concretizar legislativamente estas evoluções. Desta maneira, acabaram por resultar em demandas levadas ao judiciário, principalmente as ligadas ao Direitos das Famílias.

Nesta perspectiva, o objeto de estudo desta pesquisa será pautado nos aspectos jurídicos oriundos da reprodução humana assistida heteróloga, no ponto de vista do Código Civil, dos direitos fundamentais e da personalidade, em decorrência do anonimato e a ausência legislativa garantidora do conhecimento da origem biológica.

Desta forma, a pesquisa foi dividida em seis capítulos. No primeiro, foi abordado acerca da diferença das técnicas de reprodução humana assistida e a aplicabilidade da resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, para tanto de maneira sucinta foi abordado o contexto histórico e evolução da técnica de reprodução humana assistida, pelo qual através de uma linha do tempo elencou os principais acontecimentos de inovações deste ramo, além de fomentar indagações atuais.

Ademais, será trato acerca da diferença das técnicas de reprodução humana assistida e a aplicabilidade da resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, bem como da importância do Termo de Livre Consentimento Livre e Esclarecido.

No segundo capítulo, foi abordado a importância da bioética e do biodireito como mecanismos reguladores no que tange a evolução científica da medicina, bem como a sua aplicabilidade nos procedimentos de reprodução artificial humana.

Por conseguinte, o terceiro capítulo, elenca sobre os aspectos e implicações da Lei Geral de Proteção de Dados na doação de gametas e espermatozoides no que tange o sigilo garantido ao doador. No quarto capítulo, foi tratado acerca do direito à origem biológica como direito da personalidade e estado de filiação, bem como da diferenciação dos direitos fundamentais versus direitos da personalidade, além de

estabelecer a diferença do direito à origem biológica e da filiação em decorrência da inseminação artificial heteróloga.

No capítulo quinto, foi tratado acerca do conflito entre o direito à identidade genética da pessoa por técnica de reprodução humana assistida em face do direito à intimidade do doador do material genético, além disso, sobre a perspectiva do Código Civil com relação a inseminação artificial heteróloga e sobre o projeto de Lei 115/2015. Por fim no sexto, as considerações finais relativas ao trabalho, bem como o resultado da pesquisa.

Nesta senda, o objeto é analisar os conflitos existentes entre o direito ao conhecimento à origem biológica, frente ao direito ao anonimato do doador de material genético.

Portanto, a metodologia utilizada para esta pesquisa foi a revisão de literatura, por meio de pesquisa bibliográfica e documental.

1 A DIFERENCIAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A APLICABILIDADE DA RESOLUÇÃO 2.168/2017 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

A reprodução humana há anos é alvo de pesquisas e discussões no que se refere a impossibilidade de procriar.

Com o avanço das pesquisas biomédicas e desenvolvimento de técnicas de Reprodução Humana Assistida - RHA, destacam-se questionamentos conceituais de concepção e início da vida humana, sugerindo necessidade de limitar atividade científica sem inviabilizá-la.

No ano 1978, em Oldham, Inglaterra, tem-se o primeiro nascimento proveniente de RHA através da técnica de fertilização *In Vitro*, através do trabalho dos pesquisadores Patrick Steptoe e Robert Edwards. Já no Brasil, a técnica obteve êxito seis anos mais tarde, em 1984, através do Ginecologista Milton Nakamura (CABRAL e CAMARDA, 2012).

Atualmente a RHA é uma das garantias constitucionais no planejamento familiar, elencados na Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988).

Assim, é garantido à criança concebida por RHA os mesmos direitos estabelecidos aos filhos concebidos de forma não assistida, assegurando o cumprimento do princípio da isonomia.

Necessário destacar que a RHA não se limita a repercussões no direito de família. Também discute seu fundamento no ordenamento jurídico brasileiro vigente, uma vez que não existem normas para os procedimentos legais desse campo de atuação científica (FERRAZ, 2008).

Observando a necessidade do cumprimento eficaz das garantias e direitos referentes à RHA, é imprescindível analisar a natureza jurídica do tema, diferenciando direito fundamental, direito da personalidade, ou simplesmente direito da pessoa, sob o fundamento ético da tutela da personalidade humana.

Em face do direito constitucional supracitado, quanto ao planejamento familiar, serão diferenciadas duas técnicas da Reprodução Humana Assistida desde o momento da fecundação.

1.1 Inseminação Artificial

Possibilita o casal procriar sem necessidade da interação/relação sexual. O procedimento pode se diferenciar em RHA por inseminação artificial homóloga ou heteróloga. Será considerado o quadro clínico do progenitor para escolher o procedimento mais indicado (RODRIGUES, 2020 apud BARBOSA; LEAL; ALMEIDA, 2020).

Na RHA por Inseminação Artificial Homóloga se utiliza o material genético do casal registrado, como responsáveis pela criança a ser gerada, considerados pais da criança que irá nascer. Já a RHA por Inseminação Artificial Heteróloga, faz uso do material genético fornecido por um doador que não seguirá responsável pela criação da criança a ser gerada (YOUNG, 2020 apud BARBOSA; LEAL; ALMEIDA, 2020).

A inseminação artificial também é considerada uma técnica de reprodução humana intracorpórea, uma vez que o processo de fecundação e desenvolvimento da

gestação ocorrerá no interior do corpo da pessoa (YOUNG, 2020 *apud* BARBOSA; LEAL; ALMEIDA, 2020).

1.2 Fertilização *in vitro*

A fertilização do óvulo acontece de forma extracorpórea, uma vez que o procedimento é realizado em laboratório. Assim como na Inseminação Artificial, a doação de material genético também é possível através dessa técnica de RHA (YOUNG, 2020 *apud* BARBOSA; LEAL; ALMEIDA, 2020).

1.3 Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina

No Brasil, não existe legislação que discipline as técnicas de reprodução assistida. Sendo assim, um dos instrumentos normativos capaz de resguardar a segurança jurídica e física das pessoas é a resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, considerada a melhor diretriz de normas éticas para utilização de técnicas de RHA, sendo atualizada e incrementada a cada dois anos em consonância às necessidades sociais.

Ademais, a referida resolução ainda expõe acerca dos métodos auxiliares para problemas de infertilidade humana quando os métodos terapêuticos fertilizadores forem ineficazes ou ineficientes. Além disso, estabelece a quantidade de embriões a ser implantado é diretamente relacionado com a idade de cada mulher, não podendo exceder quatro. Pois, mais importante que o sucesso do procedimento é assegurar integridade física e psicológica da paciente ou do possível descendente.

Todavia, as técnicas de reprodução assistida, insta salientar, não podem selecionar o sexo, nem características biológicas ou afins para o embrião a ser desenvolvido. Contudo, é possível e permitido aplicação destes métodos para evitar doenças no futuro descendente.

A resolução 2.168/2017 ainda limita a quantidade de gametas por um único doador a duas gestações de sexo diferente em uma área de um milhão de habitante. No entanto, tratando-se de doação para a mesma família, não há limitação estabelecida.

A obrigatoriedade do sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas, embriões e os receptores é estabelecido pela resolução 2.168/2017 do CFM. É destacado

que ocorrerá a flexibilização desta norma em situações específicas por meio de motivação médica, única classe à qual será fornecida alguma informação, resguardando-se a identidade civil doadora.

A inexistência de Lei sobre a RHA cria estados de vacâncias sobre os direitos civis, visto que deixa recair sobre o conselho federal de medicina a responsabilidade sobre essas situações cuja análise abordará apenas ponto de vista ético.

1.4 Da necessidade do Termo De Consentimento Livre e Esclarecido na RHA

Com inexistência de uma abrangência legal, o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) cumpre papel de documento oficial garantidor de direitos com relação às técnicas de RHA realizadas. Ele disporá de informações de caráter biológico, jurídico e ético, bem como as peculiaridades e riscos concernente ao procedimento a ser realizado conforme assevera o artigo 6º do código de defesa do consumidor.

Segundo a resolução 2.168/2017 do CFM:

O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RHA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RHA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.

Assim como a bioética, o TCLE recebeu notoriedade e aplicabilidade em 1947 com o Código de Nuremberg, através do tribunal militar internacional, ao julgar processos de guerra e condutas dos médicos nazistas, que conduziram procedimentos experimentais em prisioneiros nos campos de concentração sem consentimento dos pacientes (YOUNG, 2020 *apud* BARBOSA; LEAL; ALMEIDA, 2020).

Segundo Beatriz Capanema Young, o TCLE:

(...) foi o primeiro documento internacional que estabeleceu a essencialidade do consentimento informado, tornando-se marco histórico na conquista dos direitos do paciente. A partir de dez súmulas, orientou a regulamentação dos experimentos científicos envolvendo seres humanos, bem como as condições de validade para este instrumento. Preceitos que se expandiram para a relação médico-paciente como um todo, sendo exigido hoje em qualquer intervenção

médica experimental, de pesquisa, invasiva ou extraordinária (YOUNG, 2020, *apud* BARBOSA; LEAL; ALMEIDA, 2020, p.16).

É necessário que o médico responsável informe ao paciente, de maneira clara e com linguagem acessível, a natureza do procedimento, os riscos e incertezas do método, garantindo o devido entendimento do paciente. Neste sentido, na RHA, o TCLE consiste em autorização prévia do paciente ou doador do material genético fornecida à equipe médica, afirmando concordância frente os atos que serão praticados.

O consentimento informado pode consubstanciar-se como uma estratégia de humanização e democratização das relações entre os indivíduos envolvidos nas técnicas de reprodução assistida. Isso porque, a sua utilização propicia um diálogo entre os médicos e os pacientes, permitindo uma maior ponderação das respectivas incertezas e consequências, numa atitude de respeito pela autonomia e pelos direitos das pessoas (KONDER, 2003. *apud* BARBOSA; LEAL; ALMEIDA, 2020, p. 59)

Em resumo, o TCLE expressa a concordância do paciente após a explicação do procedimento, visando garantir sua liberdade de “decidir o que melhor lhe convém sobre seu corpo, de autodeterminar-se em escolhas que envolvam a pessoa também na sua dimensão física” (TEIXEIRA, 2010).

O parágrafo terceiro do artigo 15 do Código de Ética Médica veda a execução de procedimentos de RHA heteróloga sem total concordância e esclarecimento das partes envolvidas no procedimento como um todo, assim, o TCLE atua como espécie de manifestação do livre desenvolvimento da personalidade (DANTAS; CHAVES, 2018). Ademais o artigo 22 do mesmo diploma assevera a proibição da ausência de TCLE acerca deste entendimento, uma vez que na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos é defendida a necessidade do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, disposto em seu artigo 6º, nº1:

Qualquer intervenção médica de caráter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada. Quando apropriado, o consentimento deve ser expresso e a pessoa em causa pode retirá-lo a qualquer momento e por qualquer razão, sem que daí resulte para ela qualquer desvantagem ou prejuízo.

O artigo 24 do Código de Ética Médica, proíbe ao médico impedir o paciente de exercer direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar. O profissional ainda é impedido de aproveitar-se de autoridade para limitar esta autonomia.

Assim, nota-se uma conexão intrínseca entre o artigo 5º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos e o Código de Ética Médica, uma vez que ambos visam valorizar o princípio da autonomia e da responsabilidade individual, primando pela equidade de tratamento entre médico, respeitando a soberania da pessoa na tomada de decisões (ANDORNO, 2009 *apud* DANTAS; CHAVES, 2018).

A autonomia – materializada na capacidade de autodeterminação – das pessoas pode ser apontada como uma das mais nobres prerrogativas humanas. Nessa lógica, a liberdade é muito mais do que uma mera orientação ética – “é a conditio *sine qua non* da ética, como o é também para o direito”. O consentimento informado é não apenas um elemento vital das *leges artis*, mas um direito humano fundamental da paciente e uma obrigação legal e ética do médico (PEREIRA, 2004, pg 265 *apud* DANTAS e CHAVES, 2018).

Neste prospecto, numa análise infraconstitucional, a Lei 8.080/90, tem como condão dispor sobre as normas de condição, proteção e recuperação da saúde. Classificam a autonomia da pessoal humana como um dos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), assim, em consonância a necessidade do TCLE, a referida lei, em seu artigo 7º, inciso V, garante direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde. Além disso, o inciso III do mesmo dispositivo, acentua a necessidade da preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral.

Desta maneira, é dever do estabelecimento clínico e da equipe técnica responsável pela inseminação artificial heteróloga, garantir ciência à todas as partes envolvidas sobre todo o procedimento a ser realizado, em especial, as dificuldades em garantir o sucesso da fecundação, como a possibilidade de fecundação múltipla.

Por fim, através do TCLE o doador garante de forma expressa à espontaneidade do seu ato e renúncia de quaisquer direitos sobre o material genético doado para aplicabilidade dos métodos de RHA.

2 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA SOB A ÉGIDE DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

Historicamente, a ausência de filhos devido a esterilidade era considerada uma espécie de castigo à família, pois os levaria a degradação dos grupos, extinção de

legados familiares e agrupamento sociais, uma vez que a procriação por métodos não naturais ainda não fazia parte da realidade social.

Atualmente, frente à rápida evolução científica e disseminação de informação, as pessoas aceitam e recorrem à RHA com cada vez mais frequência quando inexistem resultados com os métodos convencionais. Com maior demanda para a nova realidade social assistiva à reprodução, a ausência de norma reguladora e fiscalização eficaz pode acarretar desvios éticos para a sociedade em geral, uma vez que os clientes estão inseridos nela (FERRAZ, 2008).

Neste prospecto, as repercussões da utilização de RHA no conceito de filiação, que além de demonstrar as consequências oriundas do método que se encontra sem solução legal, ficará em evidência a importância dos princípios da Bioética e do Biodireito, fundamentados com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e do livre planejamento familiar disposto no parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal, que garante a não interferência familiar e o direito à procriação por métodos naturais ou técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos.

Com relação aos casos de fertilização heteróloga, será abordado a situação jurídica do doador do material genético e o direito à origem genética, sendo este último elencado como direito de personalidade e em nada se confunde ao direito à filiação.

Outrossim, deve-se destacar que o reconhecimento do direito à origem genética nem sempre coincide com o reconhecimento de um estado de filiação, pois se está diante de duas categorias distintas, cujas consequências jurídicas também são diversas (FERRAZ, 2008).

Entretanto, tal situação é evidentemente conflituosa, tendo em vista que confronta com direitos fundamentais garantidos ao doador do material genético o direito à intimidade.

2.1 A aplicabilidade da bioética em face da evolução médico científica e o surgimento dos princípios básicos

Com acelerado avanço tecnológico, a ciência biológica se revolucionou no século XX. Descobriu-se novas doenças, assim como modo de prever e trata-las, devido desenvolvimento das técnicas de reprodução humana e decodificação do genoma, seja animal ou vegetal (FERRAZ, 2008).

A Bioética, construída sobre quatro pilares fundamentais, não-maleficência, beneficência, justiça e autonomia. Quanto mais determinado assunto abordar a integridade e escolha privada do indivíduo e menos influenciar em decisões e direito de terceiro, mais desenvolvido e respeitado será o direito à autonomia das pessoas (DANTAS; CHAVES, 2018).

Deve-se ainda destacar o papel da ética neste contexto, por estabelecer entendimentos e normativas iniciais para tais estudos.

A ética da vida, como é chamada a bioética, por alguns, surge no contexto de imprevisibilidade dos resultados das experimentações nas pesquisas com geneterapia, novas formas de procriação com profundas consequências nos conceitos de maternidade e paternidade, sendo premente a necessidade de proteger a espécie humana em face de avanços médicos, tendo como base os princípios éticos, visando sempre buscar os benefícios para o ser humano, dentro dos limites da dignidade humana (FERRAZ, 2008).

Isto posto, o estudo da bioética tem como objetivo obter resposta na concepção de princípios éticos capazes de nortear quais seriam as referências morais capazes de regular a pesquisa científica desse campo.

A bioética estuda dimensões morais da ciência da vida e do cuidado da saúde mediante a utilização de metodologias éticas num contexto multidisciplinar. Logo, estes princípios seriam capazes de construir o ponto de partida obrigatório diante de qualquer discussão voltado àquele tema. Portanto, diante das consequências advindas da evolução das técnicas médicas para a sociedade e os encadeamentos de descumprimento dos deveres éticos, é notório a gravidade das consequências para a sociedade e as implicações do descumprimento dos deveres éticos impostos aos profissionais.

Surge então a necessidade do Direito em não permanecer inerte aos fatos. Logo, para positivar as normas Bioéticas, cria-se o chamado Biodireito, (FERRAZ, 2008). Vale destacar a autonomia, beneficência e justiça como os princípios que regem a Bioética, base da discussão relativa ao tema.

O princípio da autonomia está relacionado ao direito do homem de escolher a que procedimentos médicos pretende se sujeitar, devendo os profissionais da área de saúde respeitar os valores morais de cada pessoa, sem imposições. É importante sempre que o paciente manifeste seu consentimento livre e informado, evitando, assim, que se torne objeto ou coisa. Para tal, o médico deve fornecer informações claras e precisas ao seu paciente sobre o seu estado clínico e os tratamentos possíveis, permitindo que este diante de tais informações, possa optar por aquilo que julgar adequado.

Tal liberdade de escolha, no entanto, não deve ser considerada ilimitada, deve ser afastada em prol do bem comum, quando refletir negativamente na sociedade.

No que diz respeito ao princípio da beneficência, este está ligado ao bem-estar do paciente, estabelecido na tradição hipocrática. As pesquisas e técnicas devem ser realizadas no intuito de melhorar a saúde do homem e evitando o máximo possível causar-lhe qualquer dano, daí alguns também invocarem o princípio da não maleficência. As mesmas devem visar sempre o bem da pessoa, que é prioritário em relação aos interesses da sociedade e da ciência (OLIVEIRA, 1995 *apud* FERRAZ, 2008).

Por sua vez, o princípio da justiça estabelece que todos tenham acesso igualitário aos benefícios dos serviços de saúde (FERRAZ, 2008).

Por fim, o princípio da justiça encontra respaldo legal na Constituição Federal, no artigo 196, *in verbis*:

Art. 196 - A saúde é um 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).

Desta maneira, é essencial a aproximação do Direito com a bioética para garantir mecanismos capazes de assegurar parâmetros às pesquisas científicas e condutas médicas, baseadas na moral e princípios éticos. Para tanto o poder coercitivo garantidor destas condutas caberá ao biodireito com força de norma jurídica.

2.2 Da Bioética ao Biodireito: a necessidade de inclusão das normas éticas no ordenamento jurídico vigente

O desenvolvimento das técnicas de RHA e a sua disseminação na sociedade contemporânea trouxe inúmeras indagações do ponto de vista da ética e do Direito num impasse em reter ou não os avanços científicos sem, contudo, ferir a dignidade humana.

Como ciência social, o Direito é passível de mudanças em decorrência de uma sociedade em constante transição. Este dilema acarretou consequências para a bioética que, desta maneira, junto ao biodireito, é imprescindível para a garantia à tutela e a devida regulamentação jurídica dessas questões, possibilitando o alcance de uma interpretação plausível capaz de suprir as lacunas éticas e legislativas existentes em virtude do descompasso entre o direito e a evolução científica.

Diante destas implicações sociais, destaca-se a importância do Biodireito, sendo necessário estabelecer os comportamentos médico-científicos permitidos ou não

permitidos e as respectivas sanções pelo descumprimento destas normas. “Neste sentido, o termo biodireito pode ser entendido, também, para englobar todo o conjunto de regras jurídicas já positivadas, voltadas a impor - ou coibir - uma conduta médico-científica e que sujeitem seus infratores às sanções por elas previstas” (FERRAZ, 2008).

Segundo Cássio Monteiro Rodrigues, é essencial que se promova a aproximação do direito com a bioética para estabelecer parâmetros às pesquisas científicas e condutas médicas, estas pautadas pelas condutas morais e princípios da ética, ao tempo em que o biodireito, como norma jurídica, exercerá o papel coercitivo essencial inexistente atualmente, de modo que se constata a premente necessidade de sua implementação pelos poderes estatais (RODRIGUES, 2020 *apud* BARBOSA; LEAL; ALMEIDA, 2020).

Assim, o desafio do biodireito é implantar a ética através da segurança e do respeito aos direitos humanos. A complexidade dessa tarefa recai sobre a abstração desses pensados, mesmo que direitos universais.

2.3 Das questões ético-jurídicas que envolvem as técnicas de reprodução assistida e a necessidade de regulamentação no ordenamento jurídico vigente

Com os embates advindos do desenvolvimento da RHA frente a disciplina e garantia de proteção ao ser humano, nota-se que o uso dessa assistência está ligado ao desejo de conceber filhos biológicos.

Entretanto, hoje, ao se tratar do conceito de filiação, o biologismo não é mais considerado fator principal para a relação familiar. Diante disso, o simples ato de gerar não pode ser considerado meio cabal para ser família, ou de promoção de vínculos familiares e afetivos.

De acordo com Ferraz (2008, p.25), após o primeiro nascimento sequencial à fertilização *in vitro* na Inglaterra, deu-se início a criação de várias comissões, em diversos países, no intuito de estudar assuntos decorrentes da utilização das técnicas de RHA. Assim, o uso das técnicas de RHA originou novos questionamentos necessários, uma vez que a ciência social deve ser atualizada em decorrência contexto coletivo. Tais modificações trazem à tona questionamentos éticos que necessitam da abordagem jurídica como mediadora.

Ferraz (2009, p. 25) compactua quando menciona acerca dos questionamentos que seguem: A cada dia e com a intensificação da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, surgem novos questionamentos. Pode o homem ou mulher fazer uso das técnicas ainda que não tenham problemas de fertilidade? É eticamente aceitável a escolha dos embriões que serão introduzidos no corpo da mulher, de acordo com a sua qualidade genética? A chamada “barriga de aluguel” é uma prática aceitável, do ponto de vista ético? Quem é a mãe neste caso, a gestante ou a encomendante? As pessoas solteiras e os casais homossexuais podem utilizar tais técnicas? Os doadores de sêmen têm direito a manter o sigilo de suas identidades? Pode lhes ser atribuída qualquer obrigação familiar? Qual o destino que deve ser dado aos embriões excedentários? É justo e razoável que alguém já nasça órfão, como ocorre nos casos de inseminação *post mortem*? Poderia haver prejuízo para sua personalidade e integração social? E no caso de dolo do marido que induz sua mulher a realizar uma inseminação artificial homóloga, quando na verdade o sêmen não lhe pertence. Denunciada a farsa, poderia a mulher alegar tal erro para justificar um pedido de aborto? Estas e muitas outras questões, ao menos no Brasil, encontram-se sem resposta legal.

Por conseguinte, é notório que as maiores dificuldades em implantar estas tecnologias no país consistem em fazê-las aderir às implicações éticas. No Brasil, a normalização ética sobre tratativas envolvendo RHA só começou a ocorrer em 1992, através do Conselho Federal de Medicina por meio da resolução nº 1358/92, quando foi ditada as normativas éticas a serem cumpridas pelos profissionais da área da saúde.

Ainda resta a provocação do acesso à saúde por todos, é sabido que esta não ocorre de forma isonômica. Embora a Lei nº 9.263/96 imponha abrangência dos serviços de RHA pelo Sistema Único de Saúde, são poucos os hospitais públicos que realizam estes procedimentos. Falta incentivo público em pesquisas na área e equipamentos modernos para tanto (ALBANO, 2008 *apud* FERRAZ, 2008).

Além disso, a falta de legislação específica é uma barreira por se tratar de uma prática de uma parcela social. Porém, isso não impede de ter sido notificada várias condutas questionáveis sob o ponto de vista ético. Venda de óvulos, cessão onerosa do útero, escolha seletiva de embriões, dentre outras.

Desta forma, os efeitos ético-jurídicos provenientes da utilização indevida de tais técnicas são nefastos para sociedade e para o próprio sistema jurídico que se vê violado em seu alicerce, a dignidade da pessoa humana.

Portanto, para se ter por extinto esses questionamentos, deve-se ter uma lei específica vigente capaz de definir conceitos, regulamentar práticas e estabelecer limites às ciências médicas. Naturalmente esta lei deveria ser editada sob a *égide* de um corpo multidisciplinar capaz de proporcionar amplo debate com os vários segmentos da sociedade, pois, apenas assim, a dignidade humana prevalecerá.

Neste sentido, cabe ressaltar que o uso das técnicas de RHA deve ser pautado sob à *égide* do princípio da dignidade humana, sempre tendo em vista o bem da pessoa humana, mediante a melhora de sua qualidade de vida e da sua própria existência.

Bem ressaltam Regina Fiúza Sauwen e Severo Hryniewicz que não é possível, em hipótese alguma, fazer valer os princípios do utilitarismo social, segundo o qual se justifica o sacrifício de alguns para a felicidade de um grupo de pessoas. Para o bem-estar da maioria é justo que se faça menos da felicidade e até mesmo da vida de alguns poucos. A aceitação desta fórmula é meio caminho para a prática de barbárie contra inocentes (SARLET, 2001 *apud* FERRAZ, 2008).

É notória a ausência legislativa capaz de regular essas temáticas ético-jurídicas que envolvem a reprodução artificial heteróloga.

Não é possível que tais demandas sejam julgadas apenas com base em entendimentos jurisprudenciais ou conhecimentos jurídicos, para tanto, seria muito mais funcional a interpretação de determinados aspectos por meio de uma equipe interdisciplinar com conhecimento amplo e técnico. Mais que isso, com sensibilidade para aplicá-los no caso concreto.

Outrossim, falta ao órgão julgador, além de legislação, conhecimento técnico para toda essa abordagem. Um dos maiores desafios do biodireito é tentar implementar a ética, considerando o respeito aos direitos humanos, e auxiliando na criação de uma legislação infraconstitucional capaz de tratar o assunto de forma direta e não abstrata, não fundamentando o direito apenas como instrumento das conquistas tecnológicas, ou em atenção a um saber biotecnológico hermético (FERRAZ, 2008).

3 DO SIGILO DO GARANTIDO AO DOADOR E AS IMPLICAÇÕES LEGAIS ADVINDAS DA APLICAÇÃO DA LGPD E A GARANTIA AO ANONIMATO

Hodiernamente, na sociedade massificada, em qualquer transação as pessoas são compelidas a ceder seus dados e informações como etapa obrigatória para a contratação

de produtos ou serviços (RODRIGUES, 2020 *apud* BARBOSA; LEAL; ALMEIDA, 2020).

Desta maneira, se faz necessário conceituar a privacidade, que para Celso Ribeiro Bastos, é o direito concedido ao indivíduo de obstar a intromissão em sua vida privada e familiar, assim como impedir o acesso à informações privadas e impedir a divulgação das mesmas (BASTOS; MARTINS, 1989 *apud* BARBOSA; LEAL; ALMEIDA, 2020). O conceito de privacidade foi ampliado desde os crescentes avanços tecnológicos, sendo necessário uma ressignificação moderna para repelir invasões na vida privada, necessitando de uma tutela jurídica capaz de proteger e controlar esses dados pessoais.

Com a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD – Lei 13.709/2018), foram classificados como sensíveis os dados genéticos fornecidos pelos doadores de gametas, sujeitos à anonimização, com o intuito de impedir sua identificação à terceiros, exceto pelo uso de informação acrescida pelo controlador afim de manter o “ambiente” controlado e seguro. As instituições que possuem banco de sêmen ou óvulos são responsáveis por proteger as informações e garantir sigilo dos doadores e receptores.

Destarte, em que pese a tutela assegurada à privacidade e o seu tratamento jurídico, torna-se evidente a crescente relativização do direito da personalidade frente às novas tecnologias. No que se refere as técnicas utilizadas na reprodução assistida heteróloga, cada vez mais se mostra necessário a proteção das informações do doador de gametas, com o fito de viabilizar o processo de doação, uma vez que muitos doadores o fazem justamente pelo anonimato. Neste sentido, de acordo com a LGPD estas informações são consideradas dados sensíveis:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento.

Desta forma, cabe à clínica, pessoa jurídica ou física responsável pelo armazenamento das informações do doador, atentar-se às disposições legais que

apontam maneiras específicas acerca do tratamento dos dados sensíveis, podendo ser responsabilizado em casos de violação.

Urge salientar que a LGPD veda o tratamento de dados sensíveis baseado nos interesses legítimos do controlador ou de terceiros, uma vez que as únicas hipóteses cabíveis se encontram elencadas no artigo 11 da LGPD, não fazendo nota ao referido.

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

- a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;
- c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;
- d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);
- e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- f) tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias; ou
- f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;
- g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

Assim, nota-se que cada vez mais o uso incontrolado de dados é apenas uma das violações da vida privada, advindas do crescente avanço tecnológico.

Stefano Rodotà descreve que a privacidade hoje resulta de um longo processo evolutivo experimentado pelo conceito de privacidade – de uma definição original como direito de ser deixado em paz, até o direito de controle sobre as informações de cada um e de determinar como a esfera privada deve ser construída (RODOTÀ, MORAES, 2008 *apud* BARBOSA; LEAL; ALMEIDA, 2020). Desta maneira, a importância dos dados pessoais na constituição do indivíduo na atual sociedade, da nova hermenêutica aplicada à dignidade da pessoa humana, perpassa por esta evolução tecnológica e antropológica da espécie humana e seu impacto nas relações econômicas e sociais de toda a comunidade.

Neste prospecto, o titular é o único com legitimidade capaz de decidir sobre a circulação ou comunicação de seus dados pessoais em favor de terceiros, esta regra

também se aplica ao doador de gametas, sendo possível englobar esse direito personalíssimo a obter a tutela do anonimato, garantindo-se que prevaleça a sua autonomia privada em face a interesse pessoal de terceiro.

4 O DIREITO À ORIGEM BIOLÓGICA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE E ESTADO DE FILIAÇÃO

4.1 Direitos da personalidade x direitos fundamentais

São considerados direitos da personalidade aqueles reconhecidos à pessoa humana em si mesma e suas projeções na sociedade, previstos no sistema jurídico de defesa dos valores humanos - como a vida, a saúde física, a intimidade, a confidencialidade, o respeito, a honra, o conhecimento e tantos outros (BITTAR, 2015). Já os direitos fundamentais classificam o gênero em direitos e garantias individuais e coletivas, direitos sociais, de nacionalidade, políticos e partidos políticos.

No caso em tela, será estudado, os direitos e garantias individuais e coletivos, insta salientar que, o próprio STF já manifestou corroborando que tais direitos não se limitam ao texto constitucional do artigo 5º da CF/88, tendo em vista a possibilidade de estar disposto no corpo constitucional e demais sistemas jurídicos (LENZA, 2016).

A importância de se tutelar constitucionalmente os direitos do homem restou evidente e se tornou motivo de preocupação diante das atrocidades cometidas no pós-guerra, tanto que esses foram declarados, na Assembleia Geral da ONU de 1948, na Convenção Europeia de 1950 e no Pacto Internacional das Nações Unidas (DINIZ, 2004 *apud* FERRAZ, 2008).

Sendo assim, a segurança jurídica concedida ao ser humano por seus direitos foi constituída no pós-guerra, dentre outros conceitos como biodireito e bioética. De acordo com o jurista Paulo Lobo, todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade, porém nem todos os direitos de personalidade são direitos fundamentais, uma vez que pode se tratar de objeto de estudo do Direito Civil, Constitucional e da Filosofia do Direito, tendo em vista a perspectiva de análise de cada um destes ramos.

Segundo Pontes de Miranda:

[...] os direitos de personalidade são todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas. O primeiro deles é o da personalidade em si mesma, que também se analisa no ser humano, ao nascer, antes do registro do nascimento de que lhe vem o nome, que é direito

de personalidade após o direito de ter nome, já esse, a seu turno posterior, logicamente, ao direito de personalidade como tal (MIRANDA, 2000).

Neste sentido, o direito à origem biológica é inerente aos direitos de personalidade do ser humano, associada aos vínculos sociais e históricos, pois através dele a pessoa tem possibilidade de conhecer sua história e origem genética. Desse modo, ao dar a uma pessoa o fruto de um procedimento de reprodução humana artificial, o direito à sua origem genética é o mesmo que o direito a garantir a vida, a saúde e, o mais importante, sua história pessoal.

4.2 O direito à origem genética x filiação

O anonimato estabelece um equilíbrio na relação especial entre marido e mulher, quando por motivos de infertilidade têm de recorrer ao uso de material genético. Por um lado, a doação de gametas contribuiu para a realização de um projeto parental para pais inférteis, por outro, o doador não tem e nem deseja este projeto, assim, não é de seu interesse construir uma relação de filiação com a criança fruto deste método. Neste prospecto, o anonimato é a garantia da ausência de vínculo jurídico de filiação entre o doador do material genético e a criança gerada a partir das técnicas utilizadas com este material.

O direito à origem genética está diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, referenciado no inciso III do artigo 1º da Constituição brasileira, através dele conceitua-se tal direito como o valor próprio de cada ser humano, do qual o Estado e a comunidade devem igual respeito e igual consideração a todos os seres humanos. Por conseguinte, no que se refere aos direitos da personalidade, a identidade é elencada como um direito fundamental, pois possibilita que a pessoa seja reconhecida e individualizada na sociedade e perante o Estado. Como se sabe, “[...] a identidade da pessoa se revela, de forma fundamental, no seu nome, ainda que este, evidentemente, não esgote a noção de identidade pessoal” (GAMA, 2003).

O direito à origem genética está atrelado ao vínculo, tendo em vista que deixa a pessoa ciente de sua história pessoal e procedência de sua origem genética.

Desta maneira, facultar à pessoa fruto do procedimento de inseminação artificial heteróloga o direito à sua origem genética é o mesmo que assegurar-lhe o direito à vida, à saúde, e história pessoal.

Ainda é sabido do conflito existente entre o direito ao anonimato do doador em razão do direito à origem genética. Todavia, deve-se considerar que este direito está intrinsecamente conexo à historicidade pessoal e civil. Além disso, pode ser crucial para a prevenção e cura de inúmeras doenças hereditárias que não foram possíveis detectar antes da fecundação, bem como evitar incestos.

Desta forma, no que se refere a filiação, Carlos Roberto Gonçalves, conceitua filiação como:

[...]a relação jurídica que liga o filho a seus pais. É considerada filiação propriamente dita quando visualizada pelo lado do filho. Encarada em sentido inverso, ou seja, pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo se denomina paternidade ou maternidade (GONÇALVES, 2016).

Neste sentido, o fato de uma criança ser fruto de uma das técnicas de reprodução humana assistida não alterará a sua condição de filiação, uma vez que a doação de gametas estranhos ao casal é considerada um ato de mera liberalidade e solidariedade.

Portanto, em razão da evolução dos procedimentos científicos ligados à área da saúde, a paternidade/maternidade não é mais possível ser reduzida apenas à ligação genética da descendência. Isto posto, a filiação à priori, deve ser entendida com relação ao vínculo estabelecido de maneira sólida e duradoura, demonstrada através do cotidiano.

Além disso, é função dos pais, conforme estabelece a Constituição Federal, no caput do artigo 227, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Nota-se que a filiação é baseada em princípios e fundamentada na moral, sendo certo que prevalece na doutrina civilista o entendimento de que a filiação sócio afetiva se equipara ao biologismo.

O direito ao conhecimento da origem genética não está coligado necessária ou exclusivamente à presunção de filiação e paternidade, a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas (LOBO, 2008 *apud* FERRAZ, 2008).

Insta salientar que a busca pela origem genética fundamenta-se a partir dos direitos da personalidade, o que não altera o vínculo de parentesco já estabelecido. A

título de exemplo, consoante já disposto, o Estatuto da Criança e do adolescente prevê no artigo 48 a possibilidade de o adotado conhecer sua origem biológica, sem que isto importe na desconstituição da filiação civil estabelecida pela adoção.

Neste sentido, o STJ, na Edição nº 138 da Jurisprudência em Teses enaltece estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. Destaca-se, da Edição nº 138 da Jurisprudência em Teses do STJ, a tese nº 4:

o reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, assentado no princípio da dignidade da pessoa humana. Dentro dessa perspectiva, reafirma-se a possibilidade de ser investigada a filiação *post mortem*; que o reconhecimento do vínculo afetivo não impede a busca pela identidade biológica; e que ambas as espécies de filiação podem coexistir no âmbito registral, com as consequências patrimoniais e extrapatrimoniais consecutórias.

Ademais, em continuidade deste entendimento, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, estabeleceu a seguinte concepção:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. PRINCÍPIO DO COLEGIADO. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXISTÊNCIA DE PATERNIDADE AFETIVA. BUSCA DA IDENTIDADE BIOLÓGICA. POSSIBILIDADE. PRODUÇÃO DE PROVAS. NECESSIDADE 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. A decisão monocrática do relator não viola o princípio da colegialidade, tendo em vista a possibilidade de submissão do julgado ao exame do órgão colegiado, mediante a interposição de agravo interno. 3. O registro efetuado pelo pai afetivo não impede a busca pelo reconhecimento da paternidade biológica, por se tratar de direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana. Precedentes. 4. Nas ações de investigação de paternidade, a busca pela verdade real deve prevalecer, impondo-se um papel ativo ao juiz na determinação da produção de provas. 5. Agravo interno não provido. (STJ - AgInt no REsp: 1610925 SP 2014/0305548-1, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 12/08/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/08/2019)

Neste prospecto, considerando que o filho gerado pela inseminação artificial heteróloga já possui estabelecida a filiação sócio afetiva com os pais não biológicos, o direito que lhe é assegurado é o da origem biológica, tendo em vista que não mais caberia investigar a paternidade ou a maternidade para a produção dos efeitos típicos da relação de filiação, tais como nome, alimentos, direitos sucessórios, etc. em relação aos doadores de material genético, mas, apenas, na esfera do direito da personalidade.

Isto posto, é imperioso que ocorra a diferenciação em terminologia, já que nas ações de investigação de paternidade, com a sentença de procedência do pedido, já se terá o comando de alterar o registro civil, efeito este que não existe quando apenas se declara à origem biológica de alguém, não tendo o escopo de gerar direitos ou obrigações sejam eles pessoais (como direito ao sobrenome e ao registro civil) ou patrimoniais (direito à herança, alimentos etc). Na investigação da origem genética, pretende-se apenas ver declarada sua ascendência genética, com fundamento no exercício de um direito de personalidade, totalmente desatrelado de uma relação de família, sendo a pretensão igualmente imprescritível e o direito em disputa inalienável (FARIAS; ROSENVALD, 2008 *apud* FERRAZ, 2008).

Assim, a ação investigatória de origem genética não produzirá efeitos negativos sobre o vínculo de filiação já existente, uma vez que não é o objetivo da demanda o estabelecimento de vínculo parental, tendo em vista que o requerente já possui uma família socio afetiva. Tal demanda tem como objeto o direito ao conhecimento de sua origem genética, sendo este direito estendido apenas aos dados necessários para evitar ou tratar de doenças hereditárias e para impedir casos de incestos.

Portanto, o fato de se ter conhecimento da origem genética não é fundamento para desconstituir um estado de filiação já existente. Desta forma, o direito à origem genética não se confunde ao direito à filiação.

4.2.1 Da filiação decorrente da reprodução humana assistida heteróloga

Como é sabido, a procriação natural ocorre em razão da fertilidade humana, ou seja, através da relação sexual e da capacidade fisiológica do ser humano de se reproduzir. Assim, o contrário desta capacidade é a esterilidade, incapacidade que impede que duas pessoas concebam outro ser humano (BARROS, 2010).

Neste prospecto, a utilização das técnicas de reprodução humana assistida possibilitou a procriação através de método artificial, sem necessidade da relação sexual.

Ocorre que o biodireito, bem como as legislações, nem sempre acompanham os crescentes avanços tecnológicos da medicina moderna. Isso acarreta consequências em diversos campos do direito, como nos de família, em especial, nas relações de filiação e parentesco que, em face de sua magnitude mereceram especial atenção.

Destarte, o Código Civil Brasileiro, embora de forma ainda insuficiente, trata da presunção de paternidade dos filhos fruto do procedimento de inseminação artificial heteróloga, no artigo 1597, inciso V, deliberando acerca da presunção de paternidade.

Dispõe o artigo 1597 do Código Civil em vigor:

Art. 1597- Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

(...)

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Desta feita, o Código Civil Brasileiro prevê através do princípio da *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, que o filho oriundo do procedimento de reprodução humana assistida é presumida a paternidade do marido no caso de filho gerado por mulher casada. Urge salientar que, por se tratar de uma presunção de direito, nada impede que ocorra questionamentos ou prova em contrário.

Ademais, como já mencionado, o Código Civil Brasileiro se absteve de tratar acerca de várias demandas, inclusive de assegurar a mesma garantia aos filhos frutos de união estável. Desta forma, ao excluir de maneira injustificada e descabida os filhos oriundos da união estável, acaba o legislador por estabelecer regramento especial para os filhos dos casados.

Logo, “admitir que a presunção não se aplique às uniões estáveis importaria em discriminar os filhos de pessoas casadas e de pessoas que vivem em união estável”, que neste caso precisariam investigar a paternidade judicialmente, o que não se coaduna com a Constituição Federal (FERRAZ, 2008).

5 CONFLITO ENTRE O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DA PESSOA POR TÉCNICA DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA EM FACE DO DIREITO À INTIMIDADE DO DOADOR DO MATERIAL GENÉTICO

É função das leis acompanhar a evolução social, pois somente assim será possível a prestação de garantia aos direitos fundamentais e soluções adequadas em face de problemas concretos. Isto posto, no que se refere a reprodução humana assistida heteróloga, nota-se a colisão de direitos pré-existentes, sendo o direito ao

reconhecimento à identidade genética em face ao direito ao anonimato dos doadores de gametas.

Neste prospecto, o direito ao reconhecimento à identidade genética é pautado na dignidade humana, considerada uma cláusula geral que fundamenta o ordenamento jurídico como um todo. Logo, o direito à identidade genética tutela a garantia do filho gerado através dos métodos aplicados na reprodução assistida heteróloga a conhecer sua origem genética e até mesmo cultural.

Selma Rodrigues Petterle compartilha deste mesmo entendimento ao dizer que “o termo Identidade Genética está focalizado na identidade genética do indivíduo como base biológica de sua identidade pessoal. Nesse sentido, a identidade genética corresponde ao genoma de cada ser humano, individualmente considerado. Sob este prisma, significa dizer que identidade genética é sinônimo de individualidade genética, permanecendo resguardadas, portanto, as diferenças de cada um (PETTERLE, 2007 *apud* BARBOSA; LEAL; ALMEIDA, 2020).

Apesar de o doador ter a garantia constitucional ao anonimato, quando se trata de conflitos de interesses advindos da inseminação artificial heteróloga, pode ocorrer a quebra de privacidade pelo intérprete em detrimento à pessoa gerada.

Considerando a ausência legislativa acerca da demanda, a resolução 2.168/2017 da CFM vem atuando de maneira significativa no que tange a construção de um sistema de apoio, trazendo apoio e segurança jurídica aos envolvidos.

É sabido que a referida resolução permite a flexibilização do anonimato do doador de gametas, porém ela não ocorre de maneira desregrada, apenas com o fulcro de garantir a vida e saúde da pessoa oriunda do procedimento de reprodução humana heteróloga ou, em situações específicas, evitar impedimentos matrimoniais.

Urge salientar que o direito à identidade genética não garante apenas o autoconhecimento ao indivíduo, como também a proteção da vida e saúde do filho gerado. Com base nesse raciocínio, Paulo Lôbo entende que “toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus antecedentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, a *fortiori*, da vida” (LÔBO, 2004 *apud* BARBOSA; LEAL; ALMEIDA, 2020).

Maria de Fátima de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira concordam que:

Saber de onde vem e conhecer a progenitura proporciona ao sujeito a compreensão de muitos aspectos da própria vida. Descobrir as raízes, entender seus traços (aptidões, doenças, raças, etnia) socioculturais, saber quem nos deu a nossa bagagem genético-cultural básica são questões essenciais para o ser humano, na construção da sua personalidade e para seu processo de dignificação (FREIRE DE SÁ; TEIXEIRA, 2005 *apud* BARBOSA, LEAL e ALMEIDA, 2020)

Destarte, o conhecimento da identidade genética é um direito imprescritível e personalíssimo, permanecendo à disposição do sujeito interessado em descobri-la. O direito à identidade genética tem fundamentação constitucional oriunda do princípio da isonomia e, com relação a menores, assegurando o melhor interesse da criança. Nesse sentido, no que se refere a igualdade garantida a todos os filhos (artigos 226, §7º, e 227, da CFR/88), essa também se estende àqueles advindos por meio da reprodução assistida heteróloga, assim, a busca pela identidade genética também é direito destes. (BARBOSA; LEAL; ALMEIDA, 2020).

Nota-se que o direito à identidade está intrinsecamente conectado à constituição da esfera privada do indivíduo, por se tratar de direito inerente a sua dignidade humana é necessário ser mantido e assegurado, sem realizar distinção, preservando o direito a isonomia aos filhos gerados de maneira natural, adotados e os oriundos da reprodução assistida heteróloga.

Entretanto, é imperioso destacar que o direito à intimidade do doador de material genético decorre diretamente da sua personalidade, devendo ser considerado este aspecto pelo intérprete ao identificar o caso concreto, afim de averiguar se será merecedor ou não da tutela assegura pela resolução 2.168/2017 da CFM.

Neste sentido, em relação ao reconhecimento do direito à origem genética, é necessário observar “o interesse legítimo de terceiro, de modo a permitir o tratamento de dados sem autorização expressa do seu titular, inclusive sua revelação mediante judicial” (BARBOSA; LEAL; ALMEIDA, 2020).

Mesmo para aqueles que consideram o anonimato absoluto, tal afirmação deve necessariamente ceder interesses maiores que se revelam pelo risco concreto de doenças hereditárias ou genéticas que podem ser prevenidas ou mais bem tratadas em relação à pessoa concebida com o auxílio de técnica de reprodução assistida heteróloga. Não há como reconhecer que o anonimato do doador possa prevalecer perante a iminente lesão à vida ou higidez físico-corporal da pessoa que foi gerada com material fecundante do primeiro (GAMA, 2003 *apud* BARBOSA; LEAL; ALMEIDA, 2020).

Todavia, entender que um direito se sobreporia a outro, no caso, que o direito à identidade genética seria superior ao anonimato do doador, seria o mesmo que reduzir o doador à condição de objeto. Ambos os direitos são inerentes à personalidade e dignidade humana, não se pode negar a tutela jurídica ou colocar o doador exposto a situações vexatórias e embaraçosas.

Destarte, o artigo 21 do Código civil, tutela a garantia à vida privada das pessoas, considerando-a inviolável, desta forma, conforme elenca o dispositivo legal, a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Por conseguinte, em confronto a uma causa de saúde advinda por uma necessidade médica, não há como prevalecer o direito à privacidade ao anonimato em defrontação ao direito à saúde, a vida e à identidade genética daqueles que o fazem por razões médicas.

É necessário ter em pauta que deve-se considerar que os doadores tomaram ciência deste risco no momento em que concordaram com o procedimento, de maneira livre e esclarecida optaram por participar do projeto de criação de uma terceira pessoa, ou seja, lhes foram asseguradas esta escolha, diferente da pessoa oriunda da reprodução assistida heteróloga, assim, não se pode estabelecer tal encargo à ela, frente a uma situação que não foi solicitado seu consentimento (DANTAS; CHAVES, 2018)

Conforme adverte Vera Raposo, é a própria noção de “responsabilidade reprodutiva” que autoriza a quebra do sigilo. É preciso que os doadores de gametas tenham a consciência de que o seu ato contribuiu para que um novo ser fosse trazido ao mundo (VERA, 2005 *apud* DANTAS; CHAVES, 2018)

À vista disso, no que se refere a adoção, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece no artigo 48 que o adotado possui o direito de conhecer a sua origem genética, bem como ter acesso irrestrito ao processo de adoção.

Desta maneira, se no processo de adoção é facultado este direito ao filho adotado, parece evidente que tal direito também deveria ser aplicado por extensão hermenêutica e analógica aos filhos oriundos da reprodução humana assistida, salvaguardada a preservação da identidade civil do doador de gametas.

Em contrapartida, no Brasil o direito à identidade genética não pode ser fomentado por mera curiosidade, não havendo fundamentação legal plausível para

garantia deste direito, prevalecendo o direito ao anonimato do doador de material genético.

Assim, nos casos concretos de confronto entre o direito ao anonimato do doador e o direito ao reconhecimento genético de indivíduo gerado por reprodução assistida heteróloga, caberá a interpretação em que prevaleça o direito daquele que, diante do caso concreto, assegure respeito e garantia ao melhor desenvolvimento da personalidade do envolvido e respeite à dignidade da pessoa humana.

5.1 Reprodução humana assistida heteróloga e o Código Civil brasileiro

No que se refere a reprodução humana assistida, o Código Civil brasileiro no artigo 1.597, incisos III, IV e V, elenca três hipóteses – a inseminação artificial homóloga, a inseminação artificial homóloga em caso de embriões excedentários e a inseminação artificial heteróloga, que é objeto de estudo da presente pesquisa.

Por conseguinte, insta salientar que a lei não impõe à pessoa a necessidade de apresentar diagnóstico de esterilidade, ou qualquer outra razão física ou psíquica que dificulte ou impossibilite a procriação. Sendo assim, a única exigência imposta é a autorização do marido para usar material genético diferente do seu, quando se trata de mulher casada. (GONÇALVES, 2016).

Desta forma, o marido que consentiu com a inseminação artificial com material genético de terceiro não pode impugnar a paternidade posteriormente.

Por fim, o Código Civil brasileiro não se absteve de abordar situações diversas a reprodução humana assistida, deixando várias situações passíveis de interpretações doutrinárias e jurisprudencial para a solução das demandas.

5.2 Do projeto de Lei 115/2015

Tem como objetivo regulamentar a aplicação e utilização das técnicas de RHA e seus efeitos nas relações civis sociais. Neste sentido, cumpre destacar que o referido projeto aborda em seu corpo as principais demandas discutidas judicialmente pelo fato de não existir normativas capazes de regular tais questões. Dentre elas, a garantia da pessoa oriunda do procedimento de reprodução humana assistida conhecer a sua origem biológica:

Art. 19. O sigilo é garantido ao doador de gametas, salvaguardado o direito da pessoa nascida com utilização de material genético de doador de conhecer sua origem biológica, mediante autorização judicial, em caso de interesse relevante para garantir a preservação de sua vida, manutenção de sua saúde física ou higidez psicológica e em outros casos graves que, a critério do juiz, assim o sejam reconhecidos por sentença judicial.

Parágrafo único. O mesmo direito é garantido ao doador em caso de risco para sua vida, saúde ou, a critério do juiz, por outro motivo relevante.

Destarte, se há o direito assegurando à reprodução humana assistida em decorrência ao planejamento familiar, deve-se garantir à pessoa fruto destas técnicas a segurança jurídica adequada, capaz de lhe assegurar que todos os seus direitos estão sendo respeitados e devidamente aplicados.

Além disso, o referido projeto legislativo elenca as atividades que não poderão ser realizadas nas clínicas de reprodução humana assistida, velando pela proteção principiológica, bem como assegurando os mecanismos necessários para a doação de sêmen ou gametas sem fins lucrativos ou comerciais.

Por conseguinte, o projeto de Lei em comento tratou de descrever a importância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido e a necessidade da manifestação do cônjuge ou companheiro informando a concordância expressa com o procedimento médico indicado.

Ademais, de acordo com o projeto de Lei 115/2015 – Art. 50, a investigação de vínculo biológico é permitida dentro dos limites previstos no artigo 19 deste mesmo Estatuto, a saber:

Art. 50.

(...)

Parágrafo único. Do conhecimento judicial do liame biológico entre o doador de gametas e o nascido com seu material genético não será estabelecido o vínculo de filiação e não decorrerá qualquer direito pessoal ou patrimonial ou dever oriundo do vínculo paterno-filial.

Urge salientar que, se tratando de um projeto de lei, os referidos dispositivos estão sujeitos a sofrerem alterações em seu corpo, além disso, já está em trâmite há 05 (cinco) anos, sem expectativa de prazo para conclusão

Neste prospecto, os casos concretos já em trâmite e os que por ventura vierem a surgir, continuarão sendo decididos com base na ponderação como forma de conflito, baseados em casos julgados e interpretação doutrinária.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constante evolução da ciência médica é inegável, nota-se questões relativas à enfermidade e qualidade de saúde complexas sendo facilmente resolvidas. No âmbito das técnicas de reprodução humana assistida não seria diferente, a possibilidade de que um casal realize o sonho da gestação tornou-se cada vez mais eficaz, uma vez que a possibilidade da procriação através de técnicas artificiais revolucionou todo o conceito reprodução humana.

Todavia, consoante já elencado na presente pesquisa, diferentemente da ciência médica, o direito não evolui com a mesma celeridade, tendo em vista necessitar de alteração ou criação legislativa.

Nesta senda, resta demonstrado a necessidade da aplicação do biodireito e da bioética como normativas reguladoras destas áreas, com o fulcro de estabelecer limites à atuação científica, principalmente no campo da reprodução humana assistida, com o objetivo de evitar abusos e demais situações contrárias à dignidade da pessoa humana.

Destarte, sabe-se que a aplicação das referidas técnicas de reprodução humana assistida surgiram com o fulcro de superar a esterilidade do casal ou de uma das partes, possibilitando a concepção de um filho, entretanto, não se pode estender a aplicação destas técnicas para escolha de sexo ou características específicas no embrião, pois, tais técnicas violariam completamente os direitos relativos à dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, no que tange a inseminação artificial heteróloga, o Código Civil, estabeleceu que por se tratar de material genético de terceiro, seria necessário a autorização do cônjuge, tendo em vista a presunção de paternidade em relação ao marido.

Ao estabelecer esta interpretação, restou evidente que o biologismo não é mais considerado fator principal para vínculo parental, entendimento este, também estendido às famílias oriundas da união estável, uma vez que mesmo se tratando de uma constituição familiar informal não pode ser classificada hierarquicamente inferior ao casamento.

Nesta perspectiva, deve ser facultado a pessoa oriunda do procedimento da inseminação artificial heteróloga o conhecimento à sua origem genética, tendo em vista que se trata de um direito inerente a personalidade a sua ausência pode acarretar danos

psicológicos e cíveis, além disso a ausência de conhecimento pode acarretar em impedimento matrimonial e incestos.

Desta maneira, considerando a ausência legislativa no Brasil acerca da presente demanda, tendo apenas como mecanismos norteadores a Resolução do Conselho Federal de Medicina 2.168/2017 e as diretrizes aplicadas pela bioética e pelo biodireito, a solução cabível ao conflito existente entre o direito ao anonimato do doador e o direito à origem biológica é a ponderação.

Neste sentido, deve ser analisado a urgência da demanda, uma vez que determinadas situações podem envolver a necessidade de tratamentos de doenças hereditárias ou relacionamentos incestuosos. Ademais, deve-se frisar, que o direito à origem biológica não garante nenhum vínculo familiar ou patrimonial, uma vez que trata-se também de direitos fundamentais asseguradas ao doador do material genético e de sua família.

A medicina, portanto, evoluiu mais rápido que o Direito. Cabe agora ao Congresso se debruçar com urgência sobre estas questões, sob pena de, mais uma vez, o Poder Judiciário se ver forçado a assumir a função de legislador.

Assim, tendo em vista a pergunta problema: o sigilo garantido aos doadores de gametas ou espermatozoide para a inseminação artificial heteróloga poderia prejudicar o direito ao reconhecimento da origem genética da pessoa oriunda do procedimento?

Restou evidente que não, pois, partindo da premissa da obrigatoriedade das decisões judiciais, deve o judiciário superar a ausência legislativa, utilizando-se como parâmetro os direitos fundamentais, da personalidade e não menos importante respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana, até que esteja em vigor a legislação apta a decidir as demandas relativas ao tema.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBANO, Lílian Maria José. Biodireito. **Os avanços da genética e seus efeitos ético-jurídicos**. São Paulo: Editora Atheneu, 2004 *apud* FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **A reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Recife: UFPE, 2008. Dissertação de Mestrado. 219 p.

ANDORNO, Roberto. **Liberdade e dignidade da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética?** *apud* Bioética e Responsabilidade / Judith Martins Costa; Letícia Ludwig Möller (orgs.) Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.77-93 *apud*

DANTAS, Eduardo; CHAVES, Marianna. **Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida: comentários à resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p.49.

BARBOSA, Heloisa Helena; LEAL, Livia Teixeira; ALMEIDA, Vitor. **Biodireito: tutelas jurídicas das dimensões da vida**. São Paulo: Editora Foco, 2020. 334.p.

BARROS, Eliane Oliveira. **Aspectos jurídicos da inseminação artificial heteróloga**. Belo Horizonte, 2010.128.p.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015. 248.p.

BRASIL. [Constituição(1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988, Brasília, DF. Disponível em: <<https://bit.ly/37LYz0T>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD**, Brasília, DF. Disponível em: <<https://bit.ly/3owyDx9>>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Ordinária 115/2015 que visa Instituir o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais**, de 03 de fevereiro de 2015, Brasília, DF. Disponível em: <<https://bit.ly/37HdRUM>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial**, Data de Julgamento: 12/08/2019. T3 - TERCEIRA TURMA, Disponível em:< <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859233892/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1610925-sp-2014-0305548-1/inteiro-teor-859233902?ref=serp>>. Acesso em: 17. nov. 2020.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco; CAMARDA, Boechat Dayane Ferreira. **Intimidade versus origem genética: A ponderação de interesses aplicada à reprodução assistida heteróloga**. Belo Horizonte: 10 fev. 2012. Disponível em: < CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco; CAMARDA, Boechat Dayane Ferreira. Disponível em:<<https://bit.ly/3qBGfQW>> Acesso em: 25 jun. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.168/2017, de 21 de setembro de 2017**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos -, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117. Disponível em:< <https://bit.ly/3m2RUF3>>. Acesso em: 31 out. 2020.

DANTAS, Eduardo; CHAVES, Marianna. **Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida: comentários à resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p.49.

Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Declaração universal de bioética e direitos humanos**. Genebra: Unesco; 2005. Disponível em: <<http://bit.ly/1TRJFa9>>. Acesso em: 04/12/2020.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS. 2005
DINIZ, Geilsa Fátima Cavalcanti. **Clonagem reprodutiva de seres humanos: análise e perspectivas jurídico filosóficas à luz dos direitos humanos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 20. *Apud* FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **A reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Recife: UFPE, 2008. Dissertação de Mestrado. 249. p.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p, 535. *apud* FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **A reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Recife: UFPE, 2008. Dissertação de Mestrado. 249. p.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **A reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Recife: UFPE, 2008. Dissertação de Mestrado. 249. p.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e Biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p.64.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GARRAFA, Volnei. **Bioética e ciência: até onde avançar sem regredir**. Disponível em: <<https://bit.ly/2JAnDAd>> Acesso em: 15 jan.2008 *apud* FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **A reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: A filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Recife: UFPE, 2008. Dissertação de Mestrado. 219 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 3 – Responsabilidade Civil- Direito das Famílias – Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2016.

KONDER, Carlos Nelson. **O consentimento no biodireito: os casos dos transexuais e wannabes**. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, v.15, jul/set. 2006, Rio de Janeiro: Padma, p.59. *apud* BARBOSA, Heloisa Helena; LEAL, Livia Teixeira; ALMEIDA, Vitor. **Biodireito: tutelas jurídicas das dimensões da vida**. São Paulo: Editora Foco, 2020. 334.p.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016. p.1.154.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil. Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 204-205. *apud* FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **A reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Recife: UFPE, 2008. Dissertação de Mestrado. 249. p.

LOREIRO, Cláudia Regina Magalhães. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: Ícone, 1998, p.73 *apud* BARBOSA, Heloisa Helena; LEAL, Livia Teixeira; ALMEIDA, Vitor. **Biodireito: tutelas jurídica das dimensões da vida**. São Paulo: Editora Foco, 2020. 334.p.

MACHADO, Maria Helena. Reprodução Humana Assistida: Aspectos Éticos e Jurídicos. Curitiba: Editora Juruá, 2011 *apud* CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco; CAMARDA, Boechat Dayane Ferreira. **Intimidade versus origem genética: A ponderação de interesses aplicada à reprodução assistida heteróloga**. Belo Horizonte: 10 fev. 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/3mWiQrd>> Acesso em: 25 jun. 2020.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 7. Campinas: Bookseller, 2000, p. 31.

MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. Reprodução Assistida. **Um pouco de História**. Revista da SBPH. Rio de Janeiro, 2009 *apud* CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco; CAMARDA, Boechat Dayane Ferreira. **Intimidade versus origem genética: A ponderação de interesses aplicada à reprodução assistida heteróloga**. Belo Horizonte: 10 fev. 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/37Iism1>> Acesso em: 25 jun. 2020.

NEVES, Maria do Céu Patrão. **A fundamentação antropológica da bioética**. In Bioética. Brasília, v. 4, n. 1, p. 14, 1996 *apud* FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **A reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: A filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Recife: UFPE, 2008. Dissertação de Mestrado. 219 p.

OLIVEIRA, Fátima. **Engenharia genética – o sétimo dia da criação**. 5. ed. São Paulo: Moderna, 1995, p.56 *apud* FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **A reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: A filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Recife: UFPE, 2008. Dissertação de Mestrado. 219 p.

RODOTÁ, Stefano *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. **A vida na sociedade da vigilância**, p.16 *apud* BARBOSA, Heloisa Helena; LEAL, Livia Teixeira; ALMEIDA, Vitor. **Biodireito: tutelas jurídicas das dimensões da vida**. São Paulo: Editora Foco, 2020. 334.p.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 242-247.

TERRA, Ricardo. **Kant & o Direito**. S. L. Zahar, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 119-120 *apud* FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **A reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: A filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Recife: UFPE, 2008. Dissertação de Mestrado. 219 p.

SILVA, Caio Mario Pereira da. **Instituições de direito civil**. V. 5. 14. ed. Atualização de Tania Pereira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2004. *apud* FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **A reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: A filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Recife: UFPE, 2008. Dissertação de Mestrado. 219 p.

SILVA. Fernanda Avellaneda. **Aspectos Éticos - Jurídicos no Direito de Filiação Produzidos na Reprodução Humana Assistida**. São Paulo, 2004. Disponível em: <<https://bit.ly/3mYuUYM>> Acesso em: 22 Ago. 2011 *apud* CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco; CAMARDA, Boechat Dayane Ferreira. **Intimidade versus origem genética: A ponderação de interesses aplicada à reprodução assistida heteróloga**. Belo Horizonte: 10 fev. 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2VQuDVE>> Acesso em: 25 jun. 2020.

O Juiz das Garantias e a Teoria da Dissonância Cognitiva

Julieta Maria de Carvalho Pereira¹

Rodrigo Ferreira²

RESUMO

O presente paper analisa o arranjo atual do Sistema Processual Penal Brasileiro à luz da chamada Teoria da Dissonância Cognitiva, a fim de demonstrar como e porque o Juiz das Garantias, novo sujeito processual introduzido no ordenamento pátrio pela Lei nº 13.964/2019 contribui para avançar na direção de um processo penal mais justo. A ideia central é analisar as principais características dos dois Sistemas Processuais historicamente mais importantes, o Inquisitório e o Acusatório, e, em seguida, demonstrar como, no Brasil, temos um sistema misto, com fortes resquícios de inquisitorialidade na fase processual. Feito isto, o passo seguinte consiste na exposição das principais premissas da Teoria da Dissonância Cognitiva, segundo a qual o ser humano, uma vez firmada uma ideia inicial acerca de determinado assunto, tem dificuldade para mudar de ideia, tendendo, involuntária e inevitavelmente a valorizar argumentos capazes de confirmar seu pensamento inicial e, por outro lado, rejeitando argumentos em sentido contrário. Então, aplicando-se seus preceitos ao arranjo atual do Sistema Processual Penal Brasileiro, pretende-se demonstrar que o juiz que acompanha o andamento da fase investigatória, tendo contato com elementos informativos produzidos de forma unilateral, tende a formar uma preconcepção favorável ao discurso acusatório, rechaçando os argumentos defensivos, quando julga o feito, na fase processual. Com isso, ao final, a hipótese que se pretende demonstrar é que a nova organização proposta, com a introdução de um juiz para acompanhar a fase preliminar da persecução penal e outro para a fase judicial contribui para um processo penal mais justo e imparcial.

1. Introdução

O Juiz das garantias é uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, introduzido no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, que ficou popularmente conhecida como Pacote Anticrime.

A novidade consiste na atuação de dois juízes diferentes durante a persecução penal, um primeiro que irá acompanhar a fase preliminar, das investigações, e um segundo que irá atuar na fase judicial. A ideia é avançar na direção de um Processual Penal cada vez

¹ Graduada em Letras pela Universidade Federal de Ouro Preto, Graduada em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos, Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Presidente Antônio Carlos.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto, Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Gama Filho, Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes, Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto.

mais alinhado com o Sistema Processual Acusatório, por ser este o que se adequa à ideia de um estado de direito democrático.

Este novo sujeito processual pretende ir ao encontro do reforço do Princípio da Imparcialidade, indispensável para um Judiciário mais justo, na medida em que o juiz que atuar na fase inicial e, portanto, preliminar, de característica inquisitória, não será o mesmo juiz que irá conduzir o processo e, ao final, julgar a pretensão punitiva deduzida na inicial acusatória.

Para o desenvolvimento da pesquisa, inicialmente, serão averiguadas as características dos Sistemas Processuais Inquisitório e Acusatório, em seguida, serão feitos apontamentos quanto à chamada Teoria da Dissonância Cognitiva e, ao final, serão expostas as características do novo sujeito processual conforme a lei brasileira, a fim de demonstrar como a novel alteração representa um ganho para o Processo Penal pátrio.

Não obstante, importa salientar que os novos dispositivos legais se encontram com a vigência suspensa, *sine die*, em razão de decisão liminar do Supremo Tribunal Federal, proferida nos autos de ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas logo em seguida à publicação do Pacote Anticrime.

2. Sistemas Processuais Penais

Ao longo da história, vivenciamos uma alternância, no Processo Penal, entre os Sistemas Inquisitório e Acusatório, o que serve como um indicativo da vivência de períodos mais democráticos ou mais autoritários. Em outros termos, esta alternância representa referência segura quanto aos valores prevalentes na política de estado, em um determinado recorte histórico, a partir da observação da prevalência do valor liberdade ou, de outro lado, de uma ideologia autoritária.

Conforme Aury Lopes Júnior, o sistema acusatório predominou até meados do século XII e, a partir daí, foi gradativamente substituído pelo sistema inquisitório, o qual prevaleceu até o final do século XVIII, momento em que o sistema acusatório voltou a se fortalecer (LOPES JR., 2020).

Desde já, deixa-se acentuado que, hodiernamente, não há que se falar na existência de sistemas processuais puros, de forma que, para onde quer que se olhe, é possível

identificar, nos sistemas vigentes, características do sistema acusatório e do inquisitório. Não obstante, é necessário investigar se a realidade fenomenológica de cada sistema se aproxima mais das características inquisitórias ou acusatórias. E a resposta a esta indagação exige a averiguação do princípio informador de cada sistema.

Dito isto, avançamos para a análise das características dos dois sistemas processuais para, em seguida, as confrontarmos com as particularidades do Processo Penal pátrio.

2.1 Sistema Processual Inquisitório

Inicialmente, vale realçar que se cuida de sistema com origem na Igreja Católica, quando estabelecidos os chamados Tribunais da Inquisição do Santo Ofício. Insta salientar que uma das características mais marcantes desse sistema consiste na concentração de funções em um mesmo sujeito processual. No sistema inquisitório, forjou-se a figura de um “super” julgador, visto que um mesmo sujeito poderia iniciar o processo penal de ofício, determinar a produção das provas que julgasse necessárias e convenientes e, em seguida, julgar o caso.

Logo no primeiro olhar sobre esse arranjo é possível notar que não se cuida de um processo dialeticamente estruturado, não havendo espaço para o exercício do contraditório.

Nesse sistema, também não havia que se falar em respeito a princípios como a ampla defesa, a imparcialidade ou a presunção de inocência. Quanto ao último ponto, importa destacar que a presunção era justamente a contrária, de culpa, de forma que a regra era que o acusado aguardasse o julgamento na condição de preso e incumbia-lhe comprovar sua inocência. A imparcialidade, evidentemente não imperava nesse sistema, haja vista que um único sujeito iniciava o processo, produzia a prova e depois julgava.

Esta organização ensejou severas críticas, haja vista ser improvável que esse mesmo sujeito, acumulando tantas funções e assumindo um total protagonismo, fosse capaz de se manter afastado da percepção inicial que o tivesse motivado a deflagrar o processo.

Além do mais, não havia compromisso com a publicidade dos atos processuais. Inclusive, os depoimentos eram colhidos secretamente e os nomes das testemunhas não eram revelados, de forma que o acusado não podia ter acesso a eles, o que representava

grande óbice defensivo, inviabilizando, por exemplo, a contradita de testemunhas suspeitas de parcialidade.

De outro lado, havia uma hierarquização da prova, no que ficou conhecido como prova tarifada. Neste contexto, a confissão era considerada a “rainha das provas”, de forma que, uma vez alcançada, dispensava-se uma análise global das provas produzidas, sendo bastante para a condenação.

E, em meio a todas essas características, a principal é a gestão da prova na figura do mesmo sujeito processual que iria julgar o processo, assumindo a postura de juiz-ator e não de mero destinatário da atividade probatória das partes, o que caracteriza o chamado princípio inquisitivo. Neste caso, como é possível perceber, a postura do julgador não se coadunava com a ideia de um terceiro imparcial, mas sim de verdadeira parte, parte contrária ao réu.

Em uma estrutura tal, o acusado não era tratado como sujeito de direitos, mas como mero objeto do processo.

Diante das características arbitrárias desse sistema processual, sua derrocada se iniciou com o nascimento do movimento conhecido como Revolução Francesa, cujos postulados básicos estavam fundados na ideia de valorização do ser humano.

Não obstante, conforme dito alhures, a superação do sistema processual inquisitório se cuidou de um processo histórico gradativo e, mesmo assim, não houve um retorno ao sistema acusatório puro. Tendo o sistema inquisitório deixado marcas indeléveis, presentes até hoje nos sistemas processuais penais, por todo o mundo, reafirma-se que, hodiernamente, não há que se falar em sistemas processuais puros.

2.2 Sistema Processual Acusatório

O Sistema Processual Acusatório representa o reverso da moeda quando comparado ao Sistema Inquisitório. Tem como características a separação das funções de acusar, defender e julgar, sendo cada uma desempenhada por um sujeito processual diverso. Nesse sistema, essa distribuição de funções deve ser efetiva e não meramente formal. Como consequência, o julgador é alçado ao lugar de terceiro desinteressado do resultado final do processo e, portanto, imparcial.

Desdobramento lógico dessa organização processual é o fato de que, incumbindo ao juiz a função específica de proferir o julgamento, lhe é vedado iniciar o processo de ofício e lhe é subtraída a iniciativa probatória, que fica a cargo exclusivo das partes, autor e réu. Nesse sistema, a iniciativa de deflagrar o processo deve partir de um terceiro, que ocupará o polo ativo da demanda. Este sujeito tem o ônus de formular uma imputação certa, determinada e escrita, de forma a viabilizar o perfeito conhecimento da imputação por parte do acusado, permitindo-lhe apresentar resistência efetiva à pretensão punitiva deduzida na inicial.

A efetivação da separação de funções repercute também na produção probatória. Há uma mudança de posicionamento, passando o julgador da posição de juiz-ator para a de juiz-expectador da produção probatória, da qual é o destinatário final. Diante dessa estrutura, em que se garante o afastamento do julgador da função de produzir a prova, assegura-se o fortalecimento do Princípio da Imparcialidade e, como corolário, também a maior probabilidade de um julgamento justo.

Ainda a partir da análise da questão probatória, outra característica marcante desse sistema é o fato de que não há que se falar em tarifação da prova, de modo que nenhuma delas, nem a confissão, se sobrepõe, de antemão, às demais. A prova, nesse arranjo, deve ser analisada em conjunto e não isoladamente exigindo-se do juiz que exponha suas razões de decidir (livre convencimento motivado).

A fim de garantir a justiça do procedimento, o processo é, em regra, público, oral e são asseguradas às partes as mesmas oportunidades de falar nos autos e influenciar no convencimento do julgador, garantindo-se a paridade de armas. Desta forma, assegura-se a possibilidade do exercício de um processo de natureza dialética, pautado pelo contraditório efetivo, possibilitando ao acusado poder real de reagir à imputação que lhe foi feita.

Toda essa miríade de características retira o acusado da condição de objeto do processo, garantindo-lhe a condição de verdadeiro sujeito de direitos processuais.

2.3 Sistema Processual Misto e a realidade brasileira

Aury ensina que o Sistema Processual Misto nasceu com o Código Napoleônico de 1808, com a divisão da persecução penal em duas etapas, sendo a primeira investigativa,

preliminar e de características inquisitórias, e, a segunda, processual e de natureza acusatória, com divisão das funções de acusar, defender a julgar. Em seguida, o autor critica o reducionismo da referida classificação, pontuando que isto não permite concluir que a separação de funções na segunda fase garanta efetivamente um predomínio do princípio acusatório. Segundo ele, sendo todos os sistemas processuais atuais de natureza mista, *é crucial analisar qual o núcleo fundante para definir o predomínio da estrutura inquisitória ou acusatória, ou seja, se o princípio informador é o inquisitivo (gestão da prova nas mãos do juiz) ou acusatório (gestão da prova nas mãos das partes)* (LOPES JR., 2020). Em sua crítica, pondera que de nada adianta a divisão inicial de funções se se permite, na fase processual, um juiz protagonista, que pode decretar prisões e determinar a produção de provas de ofício, além de poder condenar, mesmo diante de pedido de absolvição do sujeito responsável pela acusação.

Voltando o olhar para a nossa realidade, é lícito afirmar que a Constituição Federal traçou o perfil de um sistema acusatório, posto que assegurou a divisão das tarefas de acusar, defender e julgar e, para além, positivou princípios processuais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Neste contexto, partindo da premissa de que a Constituição formal tem força normativa, essa separação de funções prevista no texto constitucional deve ser interpretada como marco divisor de águas a indicar a necessidade da adequação da legislação aos postulados do Sistema Processual Acusatório, apesar da persistência, no Código de Processo Penal, de dispositivos de inspiração inquisitória.

Deveras, o CPP, que é da década de 1940 e, portanto, nasceu em um período autoritário, posicionando-se numa quadra histórica conhecida como Era Vargas, foi forjado a partir de características inquisitoriais. E não poderia ser diferente, haja vista que a sua inspiração foi o CPP italiano da mesma época, período em que, na Itália, estava em andamento o governo do facista Mussolini.

A título ilustrativo, o CPP brasileiro permitia, em alguns casos, que o juiz iniciasse o processo penal de ofício, em procedimento denominado de judicialiforme. Evidentemente que, com a entrada em vigor da Constituição de 1988, que atribuiu ao Ministério Público a titularidade privativa da ação penal pública (CF/88, art. 129, I), o dispositivo em questão foi considerado não recepcionado.

Não obstante, outras características inquisitórias persistiram e algumas ainda persistem. Exemplificativamente, durante muito tempo, era lícito ao juiz decretar prisão preventiva de ofício e até proferir sentença condenatória, mesmo diante de pedido de absolvição aviado pelo titular da ação penal. Relativamente à possibilidade de decretação de prisão preventiva de ofício, a correção do vício somente aconteceu muito recentemente, com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19, popularmente conhecida como Pacote Anticrime. Já a possibilidade de condenação contrária a pedido de absolvição do titular da ação penal ainda persiste.

Aliás, a persistência de uma das características mais marcantes do princípio inquisitório ainda gera polêmica no Brasil, qual seja a possibilidade de o juiz determinar a produção de provas de ofício, durante a instrução processual. Deveras, embora o pacote anticrime tenha sido expresso na vedação de tal iniciativa na fase preliminar, o emprego de expressão dúbia vem gerando incertezas quanto à manutenção da referida possibilidade na fase processual. Também é verdade que a nossa legislação ainda permite ao juiz requisitar a instauração de inquéritos policiais e se utilizar de elementos colhidos durante as investigações preliminares, e, portanto, de forma unilateral e inquisitiva, para fundamentar sentença condenatória.

O que se nota é que o nosso sistema processual penal, visto a partir do texto constitucional, pode ser classificado como predominantemente acusatório, mas, quando visto a partir da legislação infraconstitucional, ainda é possível vislumbrar a presença de fortes características inquisitórias, notadamente a possibilidade de o juiz determinar a produção de provas de ofício, o que caracteriza o princípio inquisitório.

3. Teoria da Dissonância Cognitiva

Partindo das características do sistema processual penal em vigência no Brasil, conforme acima exposto, nota-se que ainda temos fortes reminiscências do princípio inquisitório, o que torna pertinente a realização de uma mirada a partir da chamada Teoria da Dissonância Cognitiva.

A conveniência dessa análise decorre do fato de que a referida teoria foi o resultado de um processo de observação do comportamento humano e dos processos cognitivos, cujas conclusões podem ser cambiadas para a esfera jurídica, notadamente no que diz

respeito à atuação do julgador, levando em contas as consequências de um comportamento ativo na produção probatória e do contato prévio com elementos de convicção colhidos unilateralmente na fase preliminar da persecução penal.

A teoria da dissonância cognitiva ficou conhecida em meados do século XX, a partir da publicação da obra “A theory of cognitive dissonance”, de Leon Festinger. Lavrada pelos estudiosos da Psicologia Social, trabalha com a ideia de que nós, seres humanos, uma vez formada uma impressão ou convicção inicial sobre determinado assunto, temos dificuldade de mudar de ideia.

Dá-se isso pelo fato de que, mudar de ideia implica, em alguma medida, em admitir uma falha anterior, ou seja, admitir uma incoerência (dissonância) da avaliação racional anteriormente realizada. De fato, esse câmbio pressupõe a admissão de que, anteriormente, tínhamos realizado uma análise equivocada acerca de determinado assunto, o que expõe nossa falibilidade. E o ser humano, instintivamente, tem dificuldade de admitir seus próprios erros. Intuitivamente, buscamos sempre meios de preservar um estado de coerência, ou seja, buscamos sempre um estado de consonância relativamente aos nossos pensamentos e às nossas ações.

Por isso, os adeptos da referida teoria observaram que nós temos uma tendência, às vezes intuitiva, inconsciente, involuntária e inevitável, de rechaçar argumentos que contrariem nossas percepções iniciais sobre um determinado assunto e tentar desenvolver e valorizar apenas argumentos capazes de cancelar aquela percepção inicial. Pode-se dizer que se cuida de um processo de autodefesa por meio do qual buscamos expedientes para evitar o reconhecimento do erro e da falibilidade.

Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter ensinam que a teoria se baseia em duas hipóteses principais, quais sejam as de que *(a) existindo dissonância cognitiva haverá também uma pressão involuntária e automática para reduzi-la; e, (b) quando há essa dissonância, além da busca pela sua redução, há também um processo de evitação ativa de contato com situações que possam aumentá-la* (LOPES JR.; RITTER, 2016).

Por este motivo, tendemos sempre a procurar um estado de consonância entre nossos pensamentos, convicções e ações, a fim de manter o estado de coerência. Nessa senda, é comum adotarmos uma postura de afastamento ativo de fundamentos e argumentos

opostos, por serem fontes de exposição da indesejada incongruência. Em outras palavras, tende-se a superestimar argumentos favoráveis às impressões preliminares e a repelir argumentos contrários.

Tudo quanto foi dito deixa exposto o fato de que a teoria em questão relaciona-se de perto com a atividade cognitiva de tomada de decisão, pelo que convém analisar como suas premissas são aplicáveis na verificação da atividade típica dos órgãos do Poder Judiciário.

De fato, a realização de uma escolha decorre da adoção de uma das soluções possíveis em detrimento de todas as outras, que são preteridas. Com isso, aquele que decide se coloca inevitavelmente em dissonância com os argumentos contrários, que foram rejeitados e, a partir daí, será intuitiva a postura de tentar afastar o incômodo, o que se faz por meio da valorização dos argumentos eleitos e da rejeição/ocultação dos argumentos contrários.

Por isso, neste ponto, será analisada a questão a partir de um recorte específico, qual seja a forma de funcionamento do Sistema de Justiça Criminal, notadamente no que diz respeito à atuação dos juízes criminais.

4. Justiça Criminal e Dissonância Cognitiva

A burocracia do Sistema de Justiça Criminal, conforme normas ainda vigentes, pressupõe uma atividade de persecução penal cindida em dois momentos distintos.

No primeiro momento, deparamo-nos com uma atividade meramente investigatória e unilateral, presidida, em regra, por delegado de polícia, marcada por características inquisitoriais, como a forma escrita, ausência de publicidade, de ampla defesa e de contraditório. Já num segundo momento, iniciada a fase processual, o procedimento seria pautado por características acusatórias, com divisão das funções de acusar, defender e julgar, cada uma a cargo de um sujeito processual diferente, com respeito ao contraditório, à ampla defesa e à paridade de armas, assegurada a publicidade dos atos, etc.

No mundo ideal, do dever-ser, esta guinada operada na segunda fase da persecução penal seria suficiente para a garantia da lisura do processo e de um julgamento justo, ao final, proferido por um sujeito imparcial.

Não obstante, o cerne da questão relacionada à imparcialidade do julgador no arranjo ainda vigente repousa no fato de que um mesmo juiz acompanha toda a persecução penal, desde a fase preliminar e inquisitória até a fase processual, e, por fim, decide pela condenação ou absolvição do imputado.

Com isso, nota-se que aquela mencionada cisão da persecução penal não alcança justamente o sujeito processual mais importante, aquele que, no exercício do Poder Jurisdicional, profere a palavra final, dizendo o direito no caso concreto. Em outras palavras, analisando a persecução penal do ponto de vista do juiz criminal, nota-se que, para ele, na realidade, cuida-se de um procedimento unitário e esta circunstância pode ter sérias repercussões involuntárias no seu processo decisório.

Com efeito, sendo como é, o juiz que, no ponto de chegada do procedimento, irá decidir a causa, é o mesmo que, desde o ponto de partida, acompanhou a persecução penal, tendo intenso contato com elementos informativos produzidos na fase inquisitória.

Na fase inquisitória, não raro, é chamado a decidir sobre pedidos de decretação de prisões e de provas cautelares, como buscas e apreensões domiciliares, interceptações telefônicas, quebras de sigilos bancários e de dados, entre outras. Ocorre que todas estas medidas pressupõem uma análise aprofundada do fato por parte do julgador e o seu deferimento exige a admissão, expressamente fundamentada, de que este está convicto da existência de prova da materialidade delitiva e da existência de indícios suficientes de autoria. Dito de outra forma, o deferimento de pedidos desta natureza exige que o juiz fundamente sua decisão admitindo que formou um convencimento prévio de que está comprovada a prática de um crime e de que o suspeito muito provavelmente é o autor.

Então, tomando de empréstimo as premissas da teoria da dissonância cognitiva, uma vez formada uma primeira impressão sobre o caso, pautada nas investigações preliminares, e, portanto, em uma visão construída de forma unilateral, é inevitável que esta carga cognitiva acompanhe o juiz também na fase processual. A partir desse

momento, o juiz fica comprometido psicologicamente com essa percepção inicial, o que pode, no caso concreto, comprometer sua imparcialidade para decidir.

Esta perspectiva é temerária haja vista que, pensando nos princípios orientadores do exercício do poder jurisdicional, talvez o mais importante de todos seja assegurar a imparcialidade do julgador, que deve se comportar como um terceiro, desinteressado do resultado final do processo. Em outras palavras, o perigo e a imprudência do arranjo atual decorrem do fato de que o juiz, tendo atuado no feito desde a fase preliminar, e, por vezes, já tendo sido obrigado a manifestar sua convicção quanto à existência de um crime e de suficiência dos elementos informativos quanto à autoria, tenderá, na fase judicial, a buscar meios de confirmação de suas impressões iniciais, rejeitando a versão defensiva, por ser dissonante.

De fato, é fácil intuir que um juiz que, eventualmente, tenha determinado a prisão de determinada pessoa durante a fase preliminar estará em situação de grave desconforto psicológico para admitir, na fase processual, que se equivocou e que o réu não é o autor da infração ou que não existem provas suficientes para sua condenação. Ora, se decretou a prisão preventiva é porque já havia formado convicção quanto à prova do crime e dos indícios fortes de autoria, chegando na fase acusatória com uma pré-convicção de culpa. Por este motivo, a sua tendência natural é de valorizar argumentos e elementos que confirmem a sua visão inicial, repelindo as informações dissonantes para, com isso, manter a coerência do seu processo de cognição racional inicial.

Importa salientar que esse comprometimento psicológico do juiz que atuou na fase preliminar com a versão dos fatos trazida pela polícia não consiste mera suposição, possuindo substrato científico.

Diz-se isso porque, conforme ensina Aury Lopes Jr., o alemão Bernd Schünemann realizou estudos empíricos que demonstraram os efeitos concretos da dissonância cognitiva nos processos judiciais. Conforme Aury, o pesquisador analisou casos que demonstram que o juiz, ao receber a denúncia e, posteriormente, instruir o feito, passa a ocupar – de fato – a posição de parte contrária diante do acusado que nega os fatos, o que o impede de realizar uma avaliação imparcial.

A pesquisa teria demonstrado que o juiz dotado de conhecimentos dos autos da investigação não apreende e não armazena corretamente o conteúdo defensivo presente na instrução, porque ele só apreende e armazena as informações incriminadoras que confirmam o que estava na investigação. Cuida-se de resultado da tendência involuntária de rechaçar informações dissonantes em relação ao conteúdo anteriormente apreendido.

É nesse ponto que entra a figura do juiz das garantias, introduzido no ordenamento pátrio pela Lei nº 13.964/2019, que traz uma nova perspectiva quanto à persecução penal e que será analisada adiante.

5. Juiz das Garantias: um traço de esperança no horizonte processual penal

Em linhas básicas, o juiz das garantias consiste em um novo sujeito processual, cuidando-se de um juiz togado que irá acompanhar a fase preliminar da persecução penal, cuja competência se esgotará com análise do recebimento ou rejeição da inicial acusatória. Feito isso, uma vez recebida a denúncia ou queixa-crime, entrará em cena um segundo magistrado, o qual atuará na fase judicial, ficando responsável pela instrução do processo e pela prolação da decisão final.

Ao juiz das garantias não incumbirá a presidência das investigações que, nos termos do disposto no art. 144, §§ 1º e 4º, da Constituição Federal, continua a ser atribuição das polícias civis e federal. Sua função será a de garantidor da legalidade das investigações e do respeito aos direitos e garantias constitucionais do imputado, evitando excessos nesta fase.

Conforme se depreende, não se cuida de juiz-investigador. Por isso, não terá poderes para determinar a produção de provas e a decretação de medidas restritivas de direitos fundamentais, como buscas e apreensões domiciliares ou interceptações de comunicações telefônicas de ofício, as quais ficarão condicionadas à existência de requerimentos de terceiros (delegado, ministério público, etc.).

Nos termos da lei, uma vez exarado o despacho de recebimento da inicial acusatória, o juiz das garantias encerra a sua participação no feito, devendo encaminhar os autos para o outro juiz, que será o responsável pela instrução e julgamento do processo.

Nota-se, de plano, que a medida ensejará, no âmbito do Poder Judiciário, a efetivação da cisão persecutória penal, já existente entre uma primeira fase, inquisitória – das investigações policiais – e uma segunda fase, acusatória – do processo penal em si.

Esse novo arranjo proposto, promovendo o afastamento, na fase processual, do juiz que atuou na fase preliminar, pretende garantir uma maior imparcialidade do julgamento final. Com efeito, a entrada de um outro juiz na fase processual, que não tenha tido contato com aqueles elementos informativos produzidos de forma unilateral durante o inquérito, tampouco que tenha proferido decisões que exigem análise profunda dos fatos e admissão da convicção de prova da materialidade e indícios fortes de autoria delitiva, contribui para a busca de um juiz mais imparcial.

E essa perspectiva é reforçada pelo fato de que, conforme a nova legislação, os autos do inquérito policial não deverão mais acompanhar a denúncia. Nos termos do disposto no § 3º, do art. 3º-C, do CPP, os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

Tudo isso pretende garantir que somente os elementos que, mesmo produzidos na fase preliminar, já possuam status de provas propriamente ditas, acompanhem a inicial acusatória e integrem a fase processual, evitando a contaminação da percepção do segundo juiz com aqueles elementos informativos produzidos de forma unilateral, durante as investigações policiais. Em juízo, as provas produzidas durante o inquérito deverão ser submetidas ao chamado contraditório postergado ou diferido, podendo a defesa fazer os questionamentos necessários e produzir contraprova. No mais, os demais elementos informativos colhidos na fase investigatória, como a tomada de depoimentos de testemunhas, deverão ser efetivamente repetidos na fase processual, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, em um procedimento dialético³.

3 Importa salientar que a lei afastou expressamente a figura do juiz das garantias nos casos de infrações penais de menor potencial ofensivo e a doutrina discute o seu afastamento ou outros casos não mencionados, como nos feitos de competência do Tribunal do Júri, nos casos de violência doméstica e nos casos de competência originária dos tribunais. Há também discussões, no âmbito de controle

Portanto, conforme se depreende, a introdução do juiz das garantias no Processo Penal pátrio representa um avanço na direção da busca por uma maior aproximação do Sistema Processual Acusatório, assegurando, na fase processual, um julgador mais isento, por estar livre de influências relativas a preconcepções formadas na fase preliminar, a partir de elementos de convicção colhidos unilateralmente, sem a participação da defesa.

6. Conclusões

A questão proposta neste estudo diz respeito à análise da conformação atual do sistema de justiça criminal, notadamente com foco em suas repercussões na necessária preservação da garantia de imparcialidade do julgador.

De tudo quanto foi visto, conclui-se que o Sistema Processual Penal brasileiro tem características mistas, preservando atributos do sistema processual acusatório e do sistema processual inquisitório. Não obstante, conforme exposto, não se cuida de constatação surpreendente, haja vista que, hodiernamente, não há que se falar, em lugar algum, da preservação de sistemas processuais puros. Em todo o mundo, atualmente, os sistemas processuais vigentes comportam características inquisitórias e acusatórias.

Todavia, ainda assim é possível aferir de qual dos sistemas tradicionais cada estrutura atualmente vigente mais se aproxima, o que é feito a partir da análise do princípio regente de cada sistema.

De fato, nas estruturas em que, embora existindo uma fase inquisitória, existam expedientes na fase processual que assegurem o protagonismo das partes na produção probatória, além de uma blindagem que garanta o afastamento do julgador dos elementos de informação colhidos na fase inquisitória, é possível vislumbrar uma prevalência do princípio acusatório. De outro lado, nos arranjos nos quais, apesar da existência de separação de funções entre um órgão acusador, um incumbido da defesa e outro do julgamento, confere-se poderes instrutórios ao juiz e permite-se que ele profira

concentrado, da possível inconstitucionalidade formal e material da lei que introduziu a nova figura processual no nosso ordenamento. Entretanto, cuidam-se de discussões que fogem ao propósito do presente artigo, o qual se limita a demonstrar somente os ganhos que poderão advir da entrada em vigor das novas disposições que, lembro, encontram-se com a vigência suspensa, *sine die*, em razão de decisão liminar do STF, proferida nos autos das referidas ações diretas de inconstitucionalidade.

sua decisão com fundamento em elementos colhidos na fase inquisitória, nota-se uma aproximação maior do sistema inquisitório.

Conforme analisado, a lei processual penal brasileira ainda se aproxima, em muitos casos, deste último tipo de arranjo, sobressaindo a existência de características inquisitórias na fase processual. Percebe-se isso, notadamente se considerarmos que o mesmo juiz, que atuou na fase das investigações preliminares, é o que estará incumbido de julgar o processo, posteriormente.

De tudo quanto foi visto, percebe-se ser uma organização processual que pode comprometer a imparcialidade do julgador, haja vista que o contato preliminar com os elementos colhidos unilateralmente, na fase das investigações, pode resultar na formação de uma preconceção acerca dos fatos. Neste caso, cuida-se de preconceção fundada na predisposição de aceitação da versão acusatória, baseada na ideia de culpa do imputado.

Desta feita, formada esta percepção inicial, os teóricos da teoria da dissonância cognitiva ensinam que este sujeito se coloca em uma posição de afinidade em relação aos argumentos que confirmem esta convicção e, de outro lado, terá uma tendência, por vezes involuntária e inevitável, de rechaçar argumentos contrários.

Por isso, a conclusão, ao final, é no sentido de que a introdução da figura do juiz das garantias no direito brasileiro terá como consequência o afastamento deste juiz, que atuará na fase preliminar, da fase processual, o que representa um importante avanço na direção da busca pelo refinamento da organização processual penal brasileira, assegurando um julgador mais imparcial nos casos desta natureza.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília, 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

BRASIL. **Lei n. 13.964/2019**. Brasília, 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3.

ISHIDA, Válter Kenji. *Processo Penal*, 8. ed., rev., atual., e ampl. Salvador: JusPodvm, 2020.

LEBRE, Marcelo. **Pacote Anticrime: anotações sobre os impactos penais e processuais**. Curitiba: Editora Aprove, 2020.

LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. **A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, vol. 8, nº16, set.-dez. 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARQUES, Jader. **Por um Juiz de Garantias**. *Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul*, [S. l.], n. 26, p. 502–515, 2020.

METZKER, David. **Lei Anticrime (Lei 13.964/2019): Comentários às modificações no CP, CPP, LEP, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento** - Edição Revista e Atualizada / David Metzker. – Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2020.

Santos, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao pacote anticrime**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

SOARES, Vlândia Maria de Moura; SILVA, Marcos Faleiros da. **Reflexões sobre o juiz das garantias: comentários à Lei 13.964/2019**. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 48 n. 2, p. 554/565, 2020.