

INOVAÇÃO E SUSTENTABILIDADE NO DIREITO

Reflexões jurídicas: Faculdade João Paulo II

Marcos Roberto de Lima Aguirre
Anatercia Rovani Pilati
(Organizadores)



Porto Alegre - RS

INOVAÇÃO E SUSTENTABILIDADE NO DIREITO

Reflexões jurídicas: Faculdade João Paulo II

Marcos Roberto de Lima Aguirre

Anatercia Rovani Pilati

(Organizadores)



Porto Alegre - RS

Editora chefe

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Editora executiva

Natalia Oliveira

Assistente editorial

Flávia Roberta Barão

Bibliotecária

Janaina Ramos

Projeto gráfico

Bruno Oliveira

Camila Alves de Cremo

Daphynny Pamplona

Luiza Alves Batista

Natália Sandrini de Azevedo

Imagens da capa

iStock

Edição de arte

Luiza Alves Batista

2022 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do texto © 2022 Os autores

Copyright da edição © 2022 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.

Open access publication by Atena Editora



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição Creative Commons. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

Conselho Editorial**Ciências Humanas e Sociais Aplicadas**

Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof. Dr. Alexandre de Freitas Carneiro – Universidade Federal de Rondônia

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Profª Drª Ana Maria Aguiar Frias – Universidade de Évora

Profª Drª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa



Prof. Dr. Antonio Carlos da Silva – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense
Prof^ª Dr^ª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Prof^ª Dr^ª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná
Prof^ª Dr^ª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Jadilson Marinho da Silva – Secretaria de Educação de Pernambuco
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia
Prof^ª Dr^ª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal do Paraná
Prof^ª Dr^ª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Prof^ª Dr^ª Lucicleia Barreto Queiroz – Universidade Federal do Acre
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Universidade do Estado de Minas Gerais
Prof^ª Dr^ª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof^ª Dr^ª Marianne Sousa Barbosa – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Prof^ª Dr^ª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso
Prof. Dr. Pedro Henrique Máximo Pereira – Universidade Estadual de Goiás
Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco
Prof^ª Dr^ª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof^ª Dr^ª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof^ª Dr^ª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof^ª Dr^ª Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins



Diagramação: Natália Sandrini de Azevedo
Correção: Yaiddy Paola Martinez
Indexação: Amanda Kelly da Costa Veiga
Revisão: Os autores
Organizadores: Marcos Roberto de Lima Aguirre
Anatércia Rovani Pilati

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A284 Aguirre, Marcos Roberto de Lima
Inovação e sustentabilidade no direito reflexões jurídicas:
Faculdade João Paulo II / Organizadores Marcos
Roberto de Lima Aguirre, Anatércia Rovani Pilati. –
Ponta Grossa - PR: Atena, 2022.

Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
Inclui bibliografia
ISBN 978-65-258-0540-5
DOI: <https://doi.org/10.22533/at.ed.405222308>

1. Direito. I. Aguirre, Marcos Roberto de Lima
(Organizador). II. Pilati, Anatércia Rovani (Organizadora). III.
Título.

CDD 340

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná – Brasil
Telefone: +55 (42) 3323-5493
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br



DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.



DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access*, *desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce*, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.



AGRADECIMENTO

Este livro é uma obra dedicada a cada um dos alunos da João Paulo II - Porto Alegre. Ele foi elaborado com muita dedicação pelos professores que escreveram cada um dos artigos aqui publicados. Agradece-se com especial atenção à Faculdade João Paulo II, em nome de seu diretor Carlos Fernando Romero, pelo apoio intenso e essencial para que este trabalho se tornasse realidade.

Este livro é também uma realidade graças ao apoio da Escola Superior da Brigada Militar, instituição parceira da Faculdade João Paulo II. Portanto, nosso agradecimento também é direcionado à Escola Superior da Brigada Militar (ESBM).

APRESENTAÇÃO

As Faculdades João Paulo II tem o orgulho de apresentar a primeira edição da sua obra coletiva “INOVAÇÃO E SUSTENTABILIDADE NO DIREITO: Reflexões Jurídicas: Faculdade João Paulo II . A proposta do livro nasceu das reflexões desenvolvidas na Faculdade de Direito, sob a coordenação conjunta e incentivo dos Professores. Dr. Marcos Roberto de Lima Aguirre e Dra. Anatórcia Rovani Pilati, e se ampliou com o desejo de pares e discentes de compartilharem com a comunidade acadêmica reflexões sobre o atual cenário disruptivo e transformador que o Direito está experimentando. Este livro tem a pretensão de construir e expandir o diálogo entre as reflexões produzidas na Faculdade de Direito nas produções realizadas dos professores: Anatercia Rovani Pilati, Angela Cristina Viero, Carla Froener Ferreira, Clóvis Gorczewski, Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira, Fabiano Justin Cerveira, Giancarlo Michel de Almeida, Gisele Mazzoni Welsch, Leandro Antonio Pamplona, Marcos Roberto de Lima Aguirre, Mariângela Guerreiro Milhoranza, Rafael de Souza Medeiros e Sheila Marione Uhlmann Willani. A escolha do nome Inovação e Sustentabilidade no Direito: Reflexões Jurídicas trata-se de um convite a nossa comunidade acadêmica das Faculdades João Paulo II para fomentar a reflexão no mundo jurídico que está cada vez mais exigente, em todos os sentidos. Esse desafio exige uma nova postura jurídica bem diferente do modelo tradicional e burocrata e demasiadamente teórico-dogmático, o qual não suprime as necessidades fáticas da comunidade. Imperiosa essa ruptura, mas sem nunca esquecer a sua essência e história. Dessa forma, os artigos esperados, que serão publicados na forma de capítulos do livro, almejam contribuir com essa revolução e forma de pensar.

PREFÁCIO

As Faculdades João Paulo II são uma iniciativa educacional consolidada, uma história longa de busca por oferecer educação à sociedade rio-grandense que começou em Passo Fundo e se desenvolveu até oferecer cursos superiores em várias cidades, inclusive Porto Alegre. Do início até hoje, duas gerações de pessoas se dedicaram ao desenvolvimento da instituição, movimentando, nesse objetivo, um grande número de professores, alunos, colaboradores. Cada fruto desse esforço que pode ser mensurado, como um livro, é uma contribuição a essa história e a todos os esforços coletivos para construí-la.

Este livro é isso - um dos muitos frutos trazidos à sociedade. E a sociedade brasileira efetivamente precisa deles e de educação neste momento. As dificuldades sociais e econômicas enfrentadas ao longo do século XX não foram superadas. Por um momento, nos primeiros anos do século XXI, parecia que este caminho de superação estava mais visível a frente, mas agora, perto do encerramento do primeiro quartel do século XXI, notamos que desafios permanecem, ressurgem em outras formas e em outras conjunturas, e ainda precisam ser solucionados. As soluções para desenvolver uma sociedade são complexas, mas um dos meios mais importante é, sem dúvida, trazer cultura e educação ao maior número de pessoas.

Dentro desta conjuntura ampla, uma contribuição importante para aqueles que estão atuando no Ensino Superior é continuar pesquisando, produzindo e publicando, atos que demandam dedicação e esforço. Fazer isso é contribuir, de grão em grão, para uma sociedade mais inclusiva, com mais cultura, acessibilidade, respeito às diferenças, que avance. Valem as tão bem escritas palavras do preâmbulo da Constituição de 1988, buscamos: *o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...*”. É preciso construí-la.

Receber o convite para escrever este prefácio é uma honra. Profissionais com quem este autor convive desde o início da sua época formativa hoje trabalham na instituição. E são muitos deles, de diversos momentos. Ainda que de longe, saber que esse grupo de professores tão dedicados está junto, se vendo com frequência, trabalhando e fazendo reuniões, é reconfortante, uma continuidade positiva e que espero que continue por muitos anos à frente.

Dentre tantos temas que merecem a atenção, este livro é sobre um dos principais - o Direito. É um fenômeno de pacificação social e busca de ordem, normas que surgem em grupos de humanos e que, em sociedades tão complexas como as nossas, tomam o aspecto de um sistema jurídico de enorme complexidade, em constante alteração, e sob os quais os avanços tecnológicos e culturais exigem continuada reflexão. Como diz

Dimoulis na apresentação de um de seus livros, o Direito é como uma fábrica imensamente complexa, as pessoas adentram nos seus conhecimentos e práticas, não é possível saber tudo sobre ele, mas o tempo e a dedicação permitem conhecer mais sobre algumas partes, e fazendo isso, é possível contribuir com uma sociedade melhor de diversas formas. Se, por um lado, o Direito busca dar segurança e expectativas corretas de comportamento, por outro, vivemos em um mundo em constante alteração - como conciliar? É um dos motivos que movimenta tantos juristas ao longo do tempo e o que se faz aqui, e cada esforço como este merece ser comemorado.

Assim, este livro é composto inicialmente pelo trabalho “Os diferentes tipos de Estado e a Judicialização da Política no Estado Brasileiro”, da professora Anatórcia Rovani Pilati. Ela fala de um dos desafios mais importante surgidos no período que precede a Segunda Guerra Mundial - a existência de um Judiciário muito atuante e em um modelo institucional de protagonismo, um papel político dado pelo seu papel de efetivar a Constituição - e, sendo moldado assim, pelo mundo todo tem aceitado receber e julgar demandas sociais. Mas não é um papel facilmente trazido à instituição, pois ela não foi moldada para decidir políticas públicas e nem tem seus membros escolhidos da mesma forma que os outros dois poderes.

O segundo artigo é o “Panorama evolutivo da Teoria do Negócio Jurídico simulado. Principais concepções e suas consequências, notadamente em relação à tutela de terceiros de boa-fé”. Um artigo de Direito Privado sobre um tema permanentemente importante na área contratual, feito com atenção especial sendo dada a aspectos históricos e comparados pela professora Angela Cristina Viero.

O terceiro artigo é da professora Carla Froener “Imagens, persuasão e Sociedade do Consumo: a regulação da publicidade via Internet”. É um tema de grande relevância no momento vivido. As relações sociais feitas a partir da Internet têm se mostrado cada vez mais importantes e, em muitas situações, demandam a atenção e o cuidado regulatório do Estado para evitar abusos. O tema da persuasão pelos meios virtuais é importante, e refletir sobre ele sob o aspecto da publicidade e dentro do marco do Código de Defesa do Consumidor é uma maneira de colaborar com o desenvolvimento de todo um conjunto de adaptações que a importância da Internet na sociedade nos demanda.

A seguir está o artigo do professor Clovis Gorcevski, que teve um papel importante nos trabalhos que deram origem ao Curso de Direito das Faculdades João Paulo II em Porto Alegre. Seu tema é a necessidade de haver um Estado atuante para garantir a concretização dos Direitos Humanos em um Estado de modelo liberal. Um tema muito ligado ao próprio esforço de dar educação à sociedade e uma reflexão necessária sobre o papel do Estado.

O quinto artigo é também sobre os Direitos Fundamentais, agora ligado à moradia. Ele aparece no artigo 6º da Constituição, é um Direito Social para além de qualquer dúvida,

mas sua implementação envolve desafios jurídicos e financeiros notáveis e está longe de um patamar adequado no Brasil. Este é o tema de estudo da professora Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira em “Direito à Moradia Digna: desafios jurídicos e financeiro-orçamentários”, que tem produções e uma carreira profissional muito ligadas à área.

O sexto artigo é o “ Entrevista/oitiva de crianças e falsas memórias”, do professor Fabiano Justin Cerveira. É um tema que recebe continuada atenção, pois a necessidade de procedimentos judiciais adequados, capazes de permitir uma correta aplicação da Justiça, é central e a sensibilidade necessária para fazê-los com crianças e adolescentes é grande. O tema é de muita relevância e envolve um desafio multidisciplinar, envolvendo áreas e sensibilidades que vão além das normas jurídicas.

O próximo é o artigo “Licitação e Meio Ambiente: mitigação de impacto ambiental na Nova Lei de Licitações”, do professor Giancarlo Michel de Almeida, um professor dedicado e com trajetória envolvendo diversas áreas das ciências sociais. A necessidade de desenvolver o Direito Ambiental é evidente em um mundo no qual a devastação ambiental tem sido muito intensa por ao menos cento e cinquenta anos, e meios de limitar e reverter os danos causados ao ambiente são uma preocupação central para o desenvolvimento político e social de todo o mundo. O trabalho é atual, trata do tema com olhos para a Nova Lei de Licitações, uma lei impactante por substituir um modelo anterior que já durava décadas e moldara muitos acontecimentos administrativos no Brasil.

O oitavo artigo é feito por três professores e professoras, Gisele Mazzoni Welsch, Leandro Pamplona e Mariângela Guerreiro Milhoranza da Rocha. É o segundo artigo deste livro sobre a tecnologia influenciando o Direito, “Inteligência artificial e a virada tecnológica do Direito Processual Civil brasileiro”. É um tema sendo refletido há algum tempo, conforme a capacidade de análise textual de algoritmos aumentou e, cada vez mais, foi possível dar usos práticos a essa tecnologia mesmo em textos tão complexos quanto as peças jurídicas. Hoje, o tema é de enorme atualidade e importância, a tecnologia está em um patamar muito avançado. O limite da capacidade de analisar, o tratamento necessariamente humano dos casos, o quanto a área processual poderá se beneficiar dessa tecnologia, se bem usada, são um tema de profundo interesse e capaz de impactar muito positivamente o acesso à Justiça na sociedade brasileira.

Marcos Roberto de Lima Aguirre, um dos organizadores do Curso de Direito das Faculdades João Paulo II em Porto Alegre, atual coordenador do curso e um dedicado profissional, sempre trazendo influências positivas e de ímpar gentileza aos projetos de que aceitou participar, escreve “A separação dos poderes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: uma análise do Poder Executivo”. O estudo é de importância permanente, o desenho institucional do Poder Executivo brasileiro já traz papéis de grande relevo, típicos de um presidencialismo, mas a história política nos ensina que esse papel é ainda maior no nosso país - estudar o Executivo e os outros dois poderes com que ele

interage é um dos caminhos necessários, incontornáveis, para que uma sociedade melhor se desenvolva no Brasil.

Como décimo artigo Rafael de Souza Medeiros traz “Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas e limites materiais de suas decisões”. O órgão de fiscalização que se desenvolveu ao longo dos últimos trinta anos, em ritmo crescente, cada vez mais como corte julgadora administrativa, um papel que se bem delimitado pode trazer importantes benefícios, mas que precisa ser constantemente refletido, para garantir que ele seja positivo para a sociedade brasileira e desempenhe harmonicamente a atividade, especialmente em sua relação a outros órgãos e ao Poder Judiciário e à própria Constituição.

Por fim, Sheila Willani publica um artigo intitulado “Mediação do Direito Comparado”, seu objetivo é o de encontrar os métodos mais eficientes para a pacificação de conflitos a partir de uma busca em diversos países. O tema é de grande importância, especialmente em um país com um número tão alto de processos sendo iniciados a cada ano.

Tenho a convicção de que pesquisadores, estudantes e professores poderão encontrar na obra artigos para enriquecer seus conhecimentos e refletir. Que a volta da pandemia seja também um momento de superação de dificuldades, inclusive as do ensino, e muitas iniciativas como essa continuem ocorrendo.

Porto Alegre, 30 de junho de 2022.

Wagner Feloniuk

Professor da Universidade Federal do Rio Grande

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1..... 1

PANORAMA EVOLUTIVO DA TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO SIMULADO. PRINCIPAIS CONCEPÇÕES E SUAS CONSEQUÊNCIAS, NOTADAMENTE EM RELAÇÃO À TUTELA DE TERCEIROS DE BOA-FÉ

Angela Cristina Viero

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.4052223081>

CAPÍTULO 2..... 11

IMAGENS, PERSUASÃO E SOCIEDADE DO CONSUMO: A REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE VIA INTERNET

Carla Froener

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.4052223082>

CAPÍTULO 3..... 27

NECESSIDADE DE UM ESTADO INTERVENTIVO PARA GARANTIR, ATRAVÉS DA EDUCAÇÃO, A PLENA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO EQUITATIVO ESTADO LIBERAL

Clovis Gorczewski

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.4052223083>

CAPÍTULO 4..... 42

DIREITO À MORADIA DIGNA: DESAFIOS JURÍDICOS E FINANCEIRO-ORÇAMENTÁRIOS

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.4052223084>

CAPÍTULO 5..... 56

ENTREVISTA/OITIVA DE CRIANÇAS E FALSAS MEMÓRIAS

Fabiano Justin Cerveira

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.4052223085>

CAPÍTULO 6..... 67

LICITAÇÃO E MEIO AMBIENTE: MITIGAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Giancarlo Michel de Almeida

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.4052223086>

CAPÍTULO 7..... 87

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A VIRADA TECNOLÓGICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Gisele Mazzoni Welsch

Leandro Pamplona

Mariângela Guerreiro Milhoranza da Rocha

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.4052223087>

CAPÍTULO 8..... 98

A SEPARAÇÃO DOS PODERES NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988: UMA ANÁLISE DO PODER EXECUTIVO

Marcos Roberto de Lima Aguirre

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.4052223088>

CAPÍTULO 9..... 117

CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO TRIBUNAL DE CONTAS E LIMITES MATERIAIS DE SUAS DECISÕES

Rafael de Souza Medeiros

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.4052223089>

CAPÍTULO 10..... 136

MEDIAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

Sheila Willani

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.40522230810>

CAPÍTULO 11 156

OS DIFERENTES TIPOS DE ESTADO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO ESTADO BRASILEIRO

Anatércia Rovani Pilati

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.40522230811>

SOBRE OS ORGANIZADORES 178

OS DIFERENTES TIPOS DE ESTADO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO ESTADO BRASILEIRO

Data de aceite: 04/08/2022

Anatércia Rovani Pilati

Doutora em Direito pela Universidade de Milão (UNIMI), Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Mestre em Direito pelo Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Onãti (Universidade do País Basco). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora da Faculdade João Paulo II - Porto Alegre.

RESUMO: O fenômeno da judicialização das políticas públicas no Estado Democrático de Direito brasileiro, é objeto de estudo neste artigo a partir da perspectiva da formação do Estado. Analisa-se os diferentes tipos de Estado para o fim de alcançar a compreensão sobre o porquê da existência desse fenômeno. No contexto do Estado apresentado, adentra-se ao tema da judicialização da política tendo como base o princípio da divisão de poderes. Defende-se que judicialização da política se apresenta quando o Estado não promove meios para o exercício da autonomia, ou quando os meios disponíveis não estão propriamente estruturados ou seriamente executados. A não funcionalidade de instrumentos de participação social ao interferir na autonomia individual gera a busca por formas de efetivação desse direito, ainda que seja pela forma judicial.

ABSTRACT: The phenomenon of judicialization of public policies in the Brazilian Rule of Law is the object of this study from the perspective of State formation. The different types of State are analyzed in order to reach an understanding of why this phenomenon exists. In this context, the theme of the judicialization of politics is entered, based on the principle of power's division. It is argued that the judicialization of politics appears when the State does not promote means for the exercise of autonomy, or when the available means are not properly structured or seriously executed. The non-functionality of instruments of social participation when interfering with individual autonomy generates the search for ways of making this right effective, even if it is through the judicial form.

1 | INTRODUÇÃO

As estruturas históricas da formação dos Estados são fatores fundamentais a serem estudados quando se menciona a existência de tipos diferentes de Estado. É sabido que os indivíduos conviventes em sociedade nem sempre se organizaram por meio de uma estrutura denominada e com característica de Estado. O surgimento dessa instituição e sua organização decorrem de processos evolutivos que perpassam formas de organização, desde um Estado de Natureza, ao Estado de Sociedade (Streck & Morais, 2000), ao Estado Medieval até aproximar-se do Estado Moderno – em sua

primeira versão absolutista no qual o soberano concentrava a totalidades dos poderes e funções do Estado (Maders, 2010).

O Estado Moderno desenvolvido após o colapso do Estado absolutista tem como paradigma fundamental a doutrina da separação dos poderes, compreendendo a legalidade como valor supremo. Nestes termos, Montesquieu, na obra “Espírito das Leis”, Livro XI, cap. VI (Montesquieu, 2005), considera a legalidade enquanto função precípua do Legislativo, a qual legitima a atividade do Executivo e que vincula o Judiciário na função de relacionar a lei com os fatos da vida.

Nesse contexto, Segundo Maurício Mota, a definição clássica de Estado de Direito se refere:

[...] a de que todo o âmbito estatal esteja presidido por normas jurídicas, que o poder estatal e a atividade por ele desenvolvida se ajustem ao que é determinado pelas prescrições legais. Além disso, uma vez obtida a vigência dessa fórmula, pretendeu-se tornar o seu alcance mais preciso, afirmando-se que através dela o Direito seria respeitoso com as liberdades individuais tuteladas pela Administração Pública (Mota, 2011, p. 04).

Dessa forma, conforme Mota, um governo submetido ao Estado de Direito seria aquele contrário a um governo arbitrário. No entanto, a submissão do Estado a qualquer norma não garante a fuga à arbitrariedade. Por isso a importância referenciada à divisão de poderes, a qual estabelece a competência de cada Poder para que a legitimidade da lei possa ser conferida e para que somente as leis legítimas sejam executadas e julgadas pelo respectivo Poder competente.

A harmonia entre os poderes é questão extensivamente tratada por Montesquieu, que desenvolve a doutrina de freios e contrapesos na qual cada poder fiscaliza a atuação do outro em termos de alcance de atuação. É nessa perspectiva que se pretende analisar a possibilidade do Poder Judiciário em atuar com força controladora de determinadas atividades administrativas, como a efetivação de políticas públicas, por exemplo. Para tanto, alguns paradigmas fundamentais do Estado de Direito merecem análise no intuito de compreender a atuação do Poder Judiciário em relação às políticas públicas.

Nesse ímpeto, um estudo sobre os diversos tipos de Estado no que diz respeito à estrutura teórica se faz fundamental. Da mesma forma, a relação entre o tipo de Estado brasileiro e o fenômeno da judicialização se mostra importante para embasar as próximas análises tecidas. Esse exame pretende ser realizado por meio da observação da inter-relação entre o Poder Judiciário e a efetivação das políticas públicas, para então adentrar nas questões sobre processo deliberativo de decisão em relação a temas que envolvam políticas públicas.

A abordagem referente aos tipos de Estado exige uma reconstrução histórica – ainda que muito breve – em relação ao respectivo período em que cada tipo de Estado emergiu, salientando o foco no que se refere aos limites de atuação dos Poderes do Estado.

2 | O ESTADO LIBERAL DE DIREITO

O Estado Liberal tem sua raiz histórica na quebra da noção absolutista de Estado. Sua emergência, portanto, ocorre em meio ao repúdio às ideias de interferência ilimitada do governante soberano em todas as atividades do Estado. Outra característica de rejeição ao Estado Absolutista está na confusão entre o tesouro do monarca e do próprio Estado, o que representava-se também na cobrança de impostos sem lei prévia. Em contraste à falta de limitação à atuação do Estado, principalmente no que se refere à vida privada do indivíduo e às suas finanças, o Estado Liberal prega a não interferência do Estado por meio de regras rígidas limitem sua interferência na vida dos cidadãos. O dever do Estado, portanto, é negativo, ou seja, de não agir.

Neste contexto de pós-absolutismo, o contratualismo teorizado por Rousseau (Rousseau, 2002), entre outros, apresenta-se aceitável em sua forma de delegar todas as funções estatais possíveis a representantes privados regidos por uma lógica de responsabilidade pelo público (o qual é de todos). Nesta lógica, o Poder deve estar dividido entre Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, cada um com suas funções delimitadas e sem interferirem no ambiente individual de cada cidadão.

A clássica da separação dos poderes foi concebida pelo movimento iluminista, mais especificamente na França do século XIX, como importante proteção dos indivíduos contra as interferências do Estado em suas esferas de vida privada. Segundo Gregório de Almeida (2011), este é um período em que as inspirações liberais na Europa advinham de influências também da declaração de independência norte-americana e dos ideais de sua Constituição republicana.

Os esforços neste momento estavam em exaltar o liberalismo perante o Estado, no sentido de garantir a liberdade do homem. A separação dos Poderes detinha a função de resguardar a liberdade por meio do princípio da legalidade, nesse sentido, o Estado passava a estar limitado pela lei. Os indivíduos, da mesma forma em que exigiam proteção da lei contra arbitrariedades do Estado, também se viam delineados aos limites da legalidade. Nesse cenário, o Estado passa a perder o domínio sobre a econômica, fazendo dela uma possibilidade de atuação individual. Conforme Gregório de Almeida (2011), no Estado absoluto o indivíduo possuía somente direitos privados em relação ao Estado, já com o Estado liberal, passa a ter direitos públicos também. O Estado de Direito, portanto, se torna o Estado do cidadão individualizado.

Dentre as fundamentais características do Estado Liberal estão a separação dos poderes, o respeito a uma constituição enquanto norma fundamental, a legalidade enquanto superioridade da lei e a garantia de direitos individuais (Souza, 2002). A noção de liberalismo com Adam Smith perpassa pela noção de proteção à propriedade e aos contratos enquanto essência das funções do Estado. A nenhuma outra função o Estado

se faz essencial, de modo que no caso de não haver propriedade, não há necessidade de Estado (Souza, 2002).

Nesse sentido, Lênio Streck define as idéias fundamentais do Estado Liberal:

- a. Separação entre estado e Sociedade Civil mediada pelo Direito, este visto como ideal de justiça.
- b. A garantia das liberdades individuais; os direitos do homem aparecendo como mediadores das relações entre os indivíduos e o Estado.
- c. A democracia surge vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela Revolução Francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado, o que aponta para a idéia de representação, posteriormente matizada por mecanismos de democracia semidireta – referendun e plebiscito – bem como, para a imposição de um controle hierárquico da produção legislativa através do controle de constitucionalidade.
- d. O Estado tem um papel reduzido, apresentando-se como Estado Mínimo, assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos. (Streck & Morais, 2000, p. 87)

A noção norte-americana de freios e contrapesos influenciou a noção de separação de poderes, uma vez que estruturou e difundiu a noção de fiscalização recíproca entre os poderes. Dessa forma, o Poder Legislativo pode atuar como julgador, assim como o Executivo tem possibilidade de tornar-se um órgão legislativo em determinadas situações. Esse sistema de fiscalização mútua depende das delimitações e definições dadas pelo modelo constitucional construído.

É, portanto, no Estado Liberal que o direito privado é enfatizado, tornando-se seu paradigma fundamental e indiscutível. Trata-se de concepção advinda dos anseios burgueses de obtenção e manutenção do poder. Nesse Estado são exaltados direitos que posteriormente vieram a chamados de primeira dimensão relacionados à liberdade, aos direitos civis e políticos nos quais o indivíduo é o centro fundamental, principalmente no que se refere a sua proteção contra arbitrariedades do Estado.

Nesse sentido, deve o Estado garantir a certeza das relações sociais por meio da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse geral de todos. Segundo Mota,

O Estado Liberal caracteriza-se pela difusão da idéia de direitos fundamentais, da separação de poderes, bem como do império das leis, próprias dos movimentos constitucionais que impulsionaram o mundo ocidental a partir da *Magna Charta Libertatum*, de 1215. (grifos do autor) (Mota, 2011, p. 5).

Neste modelo, ao Judiciário incumbe unicamente a solução de conflitos entre

privados e, por excelência, a proteção da propriedade. A proteção da autonomia individual constitui-se fator principal. A igualdade de todos perante a lei é consagrada de forma que todos se apresentam proprietários de determinados direitos individuais mínimos e, portanto, devem ser iguais frente a lei (Mota, 2011). Tal como explica Ovídio A. Batista da Silva,

Os pensadores liberais supunham que a derrocada do regime soviético teria produzido o "fim da História". Ninguém mais poderia opor-se à liberal democracia, considerada a fórmula genial de organização política, capaz de garantir o exercício da mais ampla liberdade possível, permitindo a convivência harmônica de todas as crenças morais e religiosas. "naturalizando" a idéia de regime democrático representativo e livre mercado global, numa fórmula abstrata e universal, supunham-no capaz de ser praticado com igual perfeição em todo o mundo, independentemente da cultura e tradições de cada povo. O liberalismo seria a 'última conquista', insubstituível, do gênio político. (grifos do autor) (Batista da Silva, 2004, p. 7).

O modelo liberal, no entanto, não perdurou com a constância e plenitude que se esperada dele. Outras proteções que não apenas a referida à propriedade começaram a ser exigidas do Estado, que se percebeu obrigado a transbordar sua amplitude de atuação de modo esquivar-se de alguns princípios liberais. O século XX provou de crises econômicas que exigiram a criação de mecanismos de proteção e salvaguarda dos menos favorecidos por parte do Estado. As idéias liberais permaneceram, no entanto, em meio à percepção de que em relação a determinadas crises o mercado por ele mesmo não conseguiria superar.

Nesse sentido, entendeu-se pela necessidade de repensar os valores do Estado liberal, sobre até que ponto a não intervenção na esfera privada e principalmente na economia poderia manter a sociedade próspera. O livre arbítrio do setor econômico estava dando sinais de que não encontraria soluções para imensas desigualdades. O Estado começou a fazer-se necessário para que, de forma democrática, fosse possível retirar a sociedade de situações de vulnerabilidade econômica e proporcionar um ambiente um pouco mais razoável de vida aos cidadãos.

3 | O ESTADO SOCIAL DE DIREITO

O Estado Liberal, tal como visto anteriormente, começou a ser questionado pelo radical privilégio do individualismo, pela não interferência do Estado e pelas desigualdades sociais advindas ou mantidas por este modelo. Estas questões somaram-se ao caos do término da Primeira Guerra Mundial.

A esse respeito, interessante analisar o que José Luiz Quadros de Magalhães refere sobre estas questões:

Esse individualismo dos séculos XVII e XVIII corporificado no Estado Liberal e a atitude de omissão do estado diante dos problemas sociais e econômicos conduziu os homens a um capitalismo desumano e escravizador. O século

XIX conheceu desajustamentos e misérias sociais que a Revolução Industrial agravou e que o Liberalismo deixou alastrar em proporções crescentes e incontroláveis. Combatida pelo pensamento marxista e pelo extremismo violento e fascista, a liberal-democracia viu-se encurralada. O Estado não mais podia continuar se omitindo perante os problemas sociais e econômicos (Magalhães, 2000, p. 44).

A concepção de que o Estado não mais deveria interferir na vida dos cidadãos e na economia, apenas protegendo o direito de propriedade, nas primeiras décadas do século XX, dá lugar a novas idéias de um Estado compreendido, provedor de ações positivas. Ou seja, começa-se a construir a noção de um Estado que busca implementar a igualdade não apenas perante a lei (igualdade formal), mas em relação ao provimento de condições materiais também (igualdade material). Importante a esse processo foi a influência das ideias socialistas, comunistas e anarquistas, as quais empolgaram os movimentos coletivos por melhores condições de vida e de trabalho.

Dentre as alterações significativas desse momento, ressalta-se o aumento da relevância das constituições para os ordenamentos jurídicos. Antes, o domínio dos Códigos – e no Estado Liberal principalmente o Código Civil e Comercial – exaltava os direitos individuais civis e políticos como cerne da estrutura jurídica do Estado. A Constituição da República de Weimar, nesse sentido, revelou-se como paradigma constitucional de um Estado que se denominou de Estado Social de Direito. As Constituições como cartas de direitos fundamentais e sociais começam a ganhar importância.

O desenvolvimento desse modelo de Estado, portanto, não se deu de forma repentina, mas sim está ligado a movimentos operários por regulamentação de direitos. A alteração das relações de produção como a redução da jornada de trabalho, benefícios previdenciários e assistência social – como moradia, transporte, alimentação, saúde, entre outros – se constituiu argumento fundamental à construção de novos direitos. Esses direitos e benefícios deixam de ter caráter de caridade para tornarem-se direitos exigíveis, próprios da cidadania e vinculados à dignidade humana. Trata-se da incorporação da igualdade substancial aos princípios constitucionais como alicerce do Estado.

As constituições passam a incorporar direitos sociais tais como garantias de acesso à educação, à cultura, ao trabalho, à moradia, à saúde, entre outros. Revelam, portanto, outras funções do Estado que não apenas a proteção da propriedade. Trata-se da concepção de que existem direitos sociais indissociáveis à existência do cidadão. Nesses direitos compreende-se um conjunto de bens e serviços que o Estado tem a obrigação normativa de fornecer.

O Estado Social de Direito, também denominado como Estado de Bem Estar Social (BOBBIO, 1995), assume a responsabilidade pela promoção de prestações positivas que envolvam direitos sociais. Regulamentação de direitos trabalhistas e previdenciários é o tradicional exemplo da intervenção do Estado na sociedade. Trata-se de um Estado

disposto a exercer o papel de planejador e executor de atividades econômicas e sociais que busquem o desenvolvimento do bem comum. Evidenciam-se, neste modelo de Estado, os direitos denominados de segunda dimensão (Lenza, 2009). Mais do que buscar promover direitos de igualdade por meio de ações positivas, o Estado Social de Direito busca promover meios de proteger esses direitos.

Nesse Estado, nota-se o desenvolvimento de políticas públicas concentradas em beneficiar o cidadão economicamente e socialmente menos favorecido. Trata-se de programas sociais apoiados na abundante normatização de disposições programáticas nas constituições, o que torna o Estado responsável pela execução destas disposições. O cidadão se torna destinatário de projetos e programas elaborados e executados pelo Estado, transformando a cidadania em promessa estatal.

Segundo Sonia Draibe, são características deste Estado:

A tendência do Estado de modificar o livre funcionamento do mercado; o princípio da substituição do rendimento em caso de perda temporária ou definitiva da capacidade de obtê-lo, para a prevenção dos riscos próprios inerentes à economia de mercado (velhice, doenças, maternidade, desemprego); a garantia, mesmo para os excluídos do mercado de trabalho, de uma renda mínima a um nível considerado suficiente para a satisfação das necessidades sociais e culturais essenciais (Draibe, 1989, p. 18).

O Estado atua na efetivação das normas programáticas constitucionalmente previstas por meio do legislador constituinte, proporcionando meios para que o Executivo aja de forma legitimada. Quanto à atividade do Judiciário, a este cabe atuar na tentativa de resolução de possíveis falhas ou lacunas no sistema jurídico, além dos diversos conflitos entre cidadãos e entre cidadãos e o próprio Estado. Importante frisar que muitas vezes a tarefa do Judiciário se constitui meramente de direcionar a promoção do direito a uma melhor forma de adequá-lo às finalidades sociais pretendidas (Kelsen, 1992).

Norberto Bobbio (1995), brilhantemente, ensina que no Estado Moderno (BOBBIO, 2015) o juiz torna-se um órgão do Estado, posição que não assumia no Estado Liberal no qual ocupava posição de livre órgão da sociedade. O juiz, portanto, assume um dos poderes estatais: o judiciário. A ele recai a resolução de debates provenientes de questões legislativas passíveis de gerarem controvérsias.

O Estado Social não representou uma ruptura radical com o Estado Liberal, mas representou uma mudança de paradigma em relação ao papel do Estado perante seus cidadãos. Almeida e Cianci (2011) consideram que o Estado Social representou uma correção de rumo do liberalismo, uma vez que possibilitou a garantia de direitos políticos e sociais, mantendo a forma de liberdade sustentada pelo individualismo anterior. A atuação do Poder Judiciário se manifesta como de extrema importância, pois entre outras funções deve atuar para garantir a realização das normas programáticas.

Conforme afirma Claus Offe (1972), o desenvolvimento do Estado Social de Direito é um fenômeno ocorrido com sociedades de capitalismo avançado, as quais criaram problemas sociais que na manutenção do próprio sistema não conseguiram resolver. O Estado de Bem Estar Social seria, portanto, uma forma de compensar os desajustes causados pela lógica liberal capitalista. Desse modo, a preponderância do social não significa alterações na estrutura da sociedade capitalista, apenas representa-se como um propósito compensatório. Este Estado não causa a destruição das formas anteriores de vida social (Offe, 1972).

Maria Goreth Dal Bosco se reporta à manutenção do individualismo como causa da crise do Estado Social. Segundo ela, “a deslegitimação histórica deste modelo, proporcionada pelo isolamento dos cidadãos e conseqüentemente ausência de participação e cooperação na formação de interesse geral, provoca uma crise de representação e de liberdade de expressão” (2008, p. 50).

O Estado social, nessa perspectiva, tem a intenção de promover meios para que todos possam desenvolver-se de forma moral, intelectual e econômica, proporcionando, assim, a cada um a escolha de seu plano de vida. Trata-se de condições de igualdade que de maneira individual o indivíduo unicamente por seus meios não conseguiria – ou muito dificilmente conseguiria – alcançar.

O Estado Social, portanto, institui-se quando o ordenamento constitucional estatal passa a considerar como direitos de todos a igualdade proporcionando meios legislativos de efetivação desses direitos. Trata-se de buscá-los no programatismo das disposições normativas em busca de aplicabilidade da norma no seio social. Nesse processo, direitos sociais são necessariamente garantidos pelos Poderes do Estado que passa a fazê-lo majoritariamente por meio de políticas públicas.

A crescente importância destinada aos direitos sociais no Estado Social não se constitui resultado de escolhas, mas sim de necessidade imposta pela grande margem populacional sem condições de escolhas. Segundo Offe (1972), são as condições econômicas e sociais que determinam a emergência deste modelo de Estado e não opção feitas na esfera política. Segundo ele,

Padrões ideológicos não são apenas ausentes, mas eles seriam inaplicáveis mesmo se existissem, porque a margem para políticas alternativas “viáveis” é muito pequena para permitir escolhas baseadas em princípio. É exatamente esta situação que melhor descreve o desenvolvimento do Welfare State. Plataformas dos partidos e resultados eleitorais parecem não ter influência na percentagem do orçamento estatal que é gasto para fins de Welfare ou em novos programas de Welfare que são criados. Muito mais importantes como determinantes das políticas (“policies”) são variáveis econômicas tais como o crescimento da produtividade, a extensão da mobilidade social, o nível tecnológico das indústrias básicas, o tamanho e composição da força-de-trabalho, a estrutura de idade da população e outros indicadores

Nessa lógica, o Estado Social é uma constante adaptação e tentativa de compensação das desigualdades instauradas pelos problemas sociais gerados pelo capitalismo liberal. Pode-se entender como um desenvolvimento daquele modelo liberal de produção capitalista, no qual o Estado assume atividades antes exercidas apenas por entes privados. Trata-se do processo de inserção nos textos constitucionais de normas que se referem às relações existentes entre as classes sociais.

A materialização dos direitos sociais dispostos constitucionalmente é o que importa ao Estado Social de Direito. No entanto, os custos deste Estado torna muitas vezes sua intenção inviável de ser efetivada. Decorre disso a ineficácia das disposições constitucionais sociais, ainda que legitimamente previstas. Em muitas situações os deveres impostos ao Executivo, no sentido de empregar recursos financeiros em determinados setores do Estado, acaba não sendo cumprido – por motivos de falta de recursos, de excesso de burocracia, de corrupção, entre outros. Em sendo um direito social fundamental, quando o Estado não elabora meios para sua materialização – não efetiva uma política pública eficiente, por exemplo -, o cidadão acaba recorrendo ao Judiciário, o qual se vê obrigado a decidir entre o direito de uma pessoa e os recursos orçamentários do Estado. Deforma bastante simplificada, este é o processo que origina o fenômeno da judicialização da política, como se estudará melhor adiante.

4 | ESTADO CONSTITUCIONAL

O constitucionalismo constitui-se de um movimento no qual as constituições passaram a obter maior relevância carta de direitos nos ordenamentos jurídicos dos Estados. A busca de proteção a direitos denominados como fundamentais conduziu à emergente importância dos textos constitucionais em relação aos demais livros legislativos, tais como os códigos. A Revolução Francesa representou como marco importante para a garantia das constituições como fonte de direitos que protegessem o indivíduo das arbitrariedades do Estado. Inicialmente, portanto, a essência do constitucionalismo se dá na defesa de direitos individuais, de primeira dimensão.

O processo de formação dos Estados Nacionais (Estado de Direito) coincide com o aumento da relevância das constituições no ocidente (Accioli, 1981). Na essência desses processos está a positivação de direitos e garantias aos indivíduos, por meio da definição e imposição de regras (limitações) determinadas ao Estado. Segundo Mota,

O constitucionalismo moderno surge com o tema central da fundação e legitimação do poder político, assim como a constitucionalização das liberdades. A idéia, na era moderna, é impor limites ao Leviatã e garantir os direitos individuais (Mota, 2011, p. 6).

No entanto, inicialmente as constituições determinavam diretrizes para o legislador, normas relacionadas à divisão dos poderes e designação de competências. O Poder Legislativo estava designado a ser o poder instituidor de leis, representando superioridade sobre o Judiciário, que por sua vez estava limitado à aplicação da lei, sem competência questionadora de inconstitucionalidades.

O controle de constitucionalidade de atos legislativos somente se firmou como importante ferramenta para manutenção das garantias fundamentais no século XX. O Estado começa, então, a assumir funções relacionadas à efetivação das garantias constitucionais e em consequência disso ao desenvolvimento de políticas públicas. O Estado Constitucional, portanto, é aquele em que a Constituição é a carta hegemônica de todo o ordenamento jurídico, e todos os poderes estatais e cidadãos estão submetidos à legalidade constitucional. Nessa legalidade, compreendem-se garantias aos direitos sociais e às liberdades individuais civis e políticas (Canotilho, 2006).

Nesse sentido, conforme afirma Dal Bosco:

(...) o Estado só pode ser concebido enquanto Estado Constitucional, ainda que esta qualificação, só mais recentemente, tenha sido aceita pelos estudiosos do Direito Público, sendo entendida como um Estado submetido ao direito, regido por leis e sem confusão de poderes, ou como afirma Canotilho, “um Estado com qualidades”, representadas pelo “Estado de Direito” e pelo “Estado democrático”. Assim, o Estado estaria estruturado enquanto Estado de Direito democrático, ou seja, dotado de uma ordem de domínio à sociedade e por ela legitimada (Dal-Bosco, 2008).

Dessa forma, sendo o Estado Constitucional um Estado instituído por bases da legalidade e de garantias programáticas a direitos sociais, a materialização desses direitos passa a depender de regulamentações no intuito de que se tornem práticas. Por exemplo, o direito social à saúde, garantido de forma genérica no texto constitucional, exige regulamentação sobre a forma com que será efetivado. Trata-se do estabelecimento de parâmetros estatais para o desenvolvimento de políticas públicas.

Importa, portanto, perceber de que forma essas políticas são concebidas, se constarão com formas democráticas de desenvolvimento ou serão impostas pelo Legislativo. Interessa a forma de participação efetiva que é proporcionada pelo Estado (implementador) aos receptores destas políticas, ou seja, aos afetados por estas políticas.

O fenômeno da judicialização da política também impõe reflexões sobre o quão democrática ou não – e que tipo de democracia – pode ser uma Constituição no que tange à regulamentação de políticas públicas. Restringir o processo de regulamentação das garantias constitucionais ao Poder Legislativo diz muito sobre as intenções de um Estado Constitucional. A judicialização da política ocorre quando o cidadão não obtém garantia do seu direito porque a forma com que o Estado o regulamentou - ou seja, pela política pública tal qual está elaborada, organizada e efetivada – não corresponde às necessidades da

sociedade. O Judiciário nessas demandas de judicialização da saúde, portanto, exerce um papel de mediador entre Estado e cidadão, servindo também – ainda que indiretamente – como forma democrática de expressão popular. Uma vez que meios democráticos não são previstos para possibilitar a elaboração de políticas públicas por meio da participação daqueles que serão afetados por ela, ocorre a distorção dos reais propósitos dessa política.

Nesse sentido, o Estado Constitucional representa um avanço nas garantias dos direitos e na vinculação de toda legislação infraconstitucional aos seus parâmetros. No entanto, os processos de regulamentação das abrangentes normas constitucionais podem expor um caráter não democrático de um Estado que se afirma como democrático.

5 | O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Partindo da concepção de Estado de Direito enquanto modelo em que a estrutura estatal está organizada em critérios vinculados à lei, de forma que há relação intrínseca entre o direito e a política, impõe-se a consideração de determinadas características: a lei é imposta a todos de forma igual, ao Estado é dado status de pessoa jurídica, a separação dos poderes é fator fundamental no qual se mantêm a independência e o controle mútuo de cada poder e a prevalência dos direitos fundamentais está nas razões constituintes do Estado. Trata-se do Estado em que o respeito à lei é a base da sociedade, estando a Constituição como norma maior de hierarquia, e todos essas fontes do direito estão pautados por parâmetros democráticos.

O Estado Democrático de Direito tem como valor fundamental a liberdade civil e se dispõe a respeitá-la por meio da garantia de legitimidade do sistema jurídico. Neste Estado a Constituição está baseada em elementos democráticos e está estruturada para preservar instâncias de decisão democrática como fundamento.

Nesse contexto, questões que se referem à coisa pública estão condicionadas à participação da sociedade, seja na forma representativa – quando os cidadãos elegem um representante para tomar decisões na esfera pública –, seja em outras formas, tal como a deliberativa, por exemplo.

A configuração deste modelo de Estado surge com o final da Segunda Guerra Mundial, momento em que pensadores do direito começam a buscar formas mais concretas de proporcionar garantia de fato aos direitos fundamentais. Além da iniciante construção das noções sobre direitos humanos, esse período também é marcado pela inclusão nos textos constitucionais de direitos de segunda dimensão. A disposição destes direitos com força normativa constitucional impõe ao Estado a interferência na econômica de modo a possibilitar a eficácia de direitos fundamentais.

A democracia como norma fundamental traz o cidadão à participação do debate público sobre os problemas do Estado, ao mesmo em tempo que coloca este Estado como

responsável pela execução de valores sociais. As normas constitucionais referentes aos direitos democráticos, políticos e sociais se constituem de natureza cogente, na qual há exigibilidade de cumprimento.

O Estado Democrático de Direito, portanto, se caracteriza por constitucionalmente proporcionar meios para o pluralismo, para a participação ampla de diversos grupos sociais. Contudo, existe a necessidade de se pensar sobre a efetividade prática dos meios de exercício democrático. Neste estudo, analisam-se meios participativos de democracia para concretização de um debate plural a cerca das políticas públicas relacionadas ao provimento da saúde pública, mais precisamente ao fornecimento de medicamentos pelo Estado.

A compreensão das disposições constitucionais relacionadas ao sistema de tripartição de poderes, portanto, podem sofrer alterações quando preceitos democráticos fundamentais ao Estado de Direito são incluídos nas constituições. Isso por que a constituição passa a coordenar aspectos de efetivação da democracia com a divisão de Poderes do Estado. O texto constitucional, portanto, incorpora instrumentos processuais de efetivação automática de seus preceitos. Passa a exigir do modelo clássico de tripartição do Estado que cada um dos Poderes exercite sua função com finalidade de atender aos princípios constitucionais democráticos tendentes ao interesse público. Ou seja, o cidadão se torna protagonista do poder político.

Nesta configuração de Estado, o Poder Judiciário assume a importante função de interpretar o direito – e não apenas aplicar o direito -, tendo sempre em vista a complexidade das concepções constitucionais. O estrito legalismo é contraposto à possibilidade da decisão jurídica estar baseada em princípios constitucionais que permitam margem de hermenêutica e que possam transbordar ao enquadramento objetivo do legalismo.

No entanto, uma concepção principiológica ampla abre margem para que os cidadãos exijam do Estado, por exemplo, a efetivação de direitos que não estão claramente especificados, mas apenas referidos. A efetivação do direito à saúde, constitucionalmente considerado como dever do Estado, pode compreender-se de diferentes formas, mais abrangentes ou menos abrangentes. Ao Judiciário recai em parte a delimitação dos limites à obrigação efetiva do Estado para com o cidadão. Aspectos relacionados a estas questões serão dimensionados neste estudo.

6 | O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

O Estado Democrático de Direito está, portanto, vinculado a uma Constituição e a uma ideia de justiça. Os limites estabelecidos ao exercício do poder político por parte daqueles que detêm funções estatais não é livre, mas sim está vinculado às funções para as quais o Estado se propôs a servir e aos objetivos que pretende alcançar. Ao Estado

Liberal, cabe a vinculação de seus objetivos à garantia da livre circulação de bens, da não interferência estatal em relações que digam respeito a entes inteiramente privados, a não ser quando para exercer a proteção da propriedade. Atuando condizentemente com tais objetivos e conforme a legalidade das normas constitucionalmente e legalmente estabelecidas, o Estado Liberal tende a promover a justiça com a qual se comprometeu.

O Estado Democrático, nestes termos, assume a posição de perseguir meios democráticos de decisão para atingir o propósito da promoção da justiça. Estando este Estado vinculado à concepção do Estado de Direito, o exercício de qualquer função somente poderá ocorrer quando por meio de instrumentos previamente institucionalizados pela ordem jurídica e por aqueles que detêm competência para praticá-lo (Maders, 2010). A este Estado, complementarmente, cabe a importante função de cumprir com as determinações normatizadas nas constituições, denominadas de deveres do Estado. Esses pressupostos axiológicos previstos constitucionalmente referem-se ao ideal de justiça expresso pela representatividade da sociedade no Poder Constituinte e por meio de sua aplicação nos casos concretos que conduzem à efetivação da justiça por meios democráticos.

O Estado de Direito, portanto, deve ater-se na garantia e efetivação dos direitos fundamentais, vez que constituem a base de sua fundamentação e legitimidade. Nesse aspecto, a garantia do acesso ao judiciário em caso de violação ou ameaça de violação a direitos, ou quando da não promoção – devido a falta de instrumentos de efetivação – de um direito fundamental, deve figurar como critério básico da organização do sistema jurídico. Ainda nesse âmbito, princípios como o do contraditório, da ampla defesa e da igualdade entre as partes do processo, se constituem fundamentais para a caracterização do Estado Democrático de Direito, diferenciando-o de outros modelos de organização do Estado baseados na concentração de poder absoluto ou na hegemonia de um grupo social.

A forma democrática do Estado de Direito tem como objetivo primordial a igualdade formal, não apenas para limitar a ação estatal – no intuito de evitar abusos -, mas também para transformar a sociedade. Nesse modelo, a lei não apenas tem um caráter de sanção ou promoção, mas também assume forma de reestruturação das relações sociais.

Neste sentido, o Estado Democrático de Direito soma elementos caracterizadores ao modelo social no sentido de efetivar a igualdade substancial dos cidadãos. Segundo Maders (2010), o Estado Democrático de Direito é um adicional normativo em relação ao Estado Social, uma vez que impõe ao ordenamento jurídico e à ação estatal o conteúdo de transformação da realidade, baseado na constituição, no sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, na igualdade, na legalidade e na justiça social.

Nessa lógica, no Estado Democrático de Direito percebe-se um incremento no rol de direitos do cidadão, gerando conseqüentemente uma transformação no conteúdo das garantias. Com isso, a esfera de tensão social tende a deslocar-se do Executivo para o Judiciário, o qual acaba necessariamente tendo que interferir na atuação daquele a fim de

garantir a efetividade dos direitos constitucionais e da própria democracia. Esse fenômeno, tal como referido nos aspectos introdutórios deste estudo, vem ocorrendo no Brasil no que se refere ao direito à saúde.

Ao tratamos do Estado Democrático de Direito no Brasil, primeiramente devemos analisá-lo a partir da promulgação da Constituição de 1988. Isso porque, ao menos no que se refere ao plano teórico, esta Carta constituiu-se em grande avanço por considerar a cidadania, o pluralismo político e a dignidade da pessoa humana como fundamentos do Estado. O fundamento do Estado representa seu conteúdo constitutivo, ou seja, as estruturas básicas do Estado e da sociedade. Essa característica basilar é o que diferencia um direito como fundamental por seu conteúdo, de uma mera positivação constitucional (Canotilho, 1999).

No artigo primeiro da Constituição brasileira, está explícita a nominação do Estado Brasileiro como Democrático de Direito. A intenção desta especificação pretende deixar clara a noção de país governado e administrado por poderes dotados de legitimação, submissos à lei e obedientes aos princípios democráticos fundamentais. Trata-se da afirmação do princípio da legalidade como um dos objetivos da República.

A legitimidade dada às leis, portanto, advém dos representantes eleitos pela própria sociedade por meio do direito ao sufrágio. Essa relação, no entanto, encontra diversos problemas quando analisada a efetividade da representatividade dos eleitos. Isso porque não há uma expressiva ação política participativa do povo brasileiro na transformação da sociedade – devido a falta de meios de participação.

Além do voto, em períodos eleitorais, não são oportunizados outros instrumentos participação em decisões importantes da sociedade – isso quando a participação não é obstaculizada¹ CITATION . Segundo Mota (Mota, 2011), devido a essa situação, o Estado Social de Direito não pode ser considerado um estado de Direito, uma vez que não assegura com efetividade a participação política na formação da vontade do Estado. Sendo os indivíduos mantidos alheios das ações políticas dado o paternalismo da estrutura social, política e jurídica do próprio Estado. Nesse contexto, direitos sociais considerados fundamentais são parcamente assegurados por políticas públicas ineficientes e serviços públicos sem qualidade. Segundo Mota (2011), portanto, ante essa realidade não há falar em Estado de Direito efetivo.

Cumprido salientar que questões como essas serão mais detalhadamente discutidas, com foco nas discussões sobre a política nacional de saúde pública no Brasil.

Importante, por ora, referir que a representatividade, no modelo de democracia

1. CITATION Neste aspecto, consideramos como outros meios de participação exemplos como audiências públicas, conselhos e conferências sobre temáticas importantes da sociedade. Em relação aos obstáculos, considerações sobre horário de início das audiências públicas, em meio ao horário cotidiano de trabalho em dias úteis, por exemplo, ocasionam a impossibilidade da imensa maioria dos cidadãos interessados de participarem dos debates.

participativa, se refere a dotar o povo de poderes de governabilidade e, para tanto, é de extrema importância que meios efetivos de efetivação da participação sejam propiciados (Dallari D. A., 2012).

No caso brasileiro, o artigo 14 da Constituição Republicana, incisos I a III, verifica-se a presença de mecanismos de participação popular nas decisões políticas tais como: por meio da democracia semi-direta, do sufrágio universal – como direito de escolha livre do cidadão -, do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, ou por meio da democracia representativa – mandato político. Trata-se de mecanismos com a finalidade de fazer prevalecer à vontade popular.

Estes instrumentos não são os únicos. Ao Poder Legislativo, na sua função precípua de garantir de legalidade às normas componentes do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição delega a função de manter comissões permanentes ou temporárias, às quais cabe a realização de audiências públicas com entidades da sociedade civil, tal qual dispõe o artigo 58, § 2º, II. Este meio normativo possibilita a participação dos cidadãos interessados, uma vez que pretende sua realização para discussão das mais diversas temáticas de interesse da sociedade. No entanto, tanto conselhos como audiências públicas, como será visto adiante, não tem sido empregados de forma sistemática a ponto de efetivamente propiciar participação aberta e democrática. O paradigma democrático de Estado apenas se realiza com um modelo de participação no qual os participantes entendem-se de fato responsáveis pela construção da decisão – na qual os cidadãos participam discursivamente da elaboração das decisões, uma vez que se constituem como autores e destinatários da decisão final.

Na ótica desse paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, é legítima a decisão construída pelos partícipes envolvidos no procedimento, estando este espaço orientado pelos princípios democráticos. Nesse sentido, imperioso reportarmo-nos a Habermas (1997, pp. 145-146), o qual afirma que

O princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mas precisamente, a possibilidade de todas as fundamentações, a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas pelo procedimento), das quais depende a legitimidade das leis. (...) Partindo do pressuposto de que uma formação política racional da opinião e da vontade é possível, o princípio da democracia simplesmente afirma como esta pode ser institucionalizada – através de um sistema de direitos que garante a cada um igual participação num processo de normatização jurídica, já garantindo em seus pressupostos comunicativos. (...) o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito.

Trata-se de concepção de direito que o vincula necessariamente à filosofia moral e política. Que vincula a legitimidade à participação.

Nestes termos, cabe a reflexão sobre em que medida a realização material dos direitos e liberdades fundamentais significam a realização do Estado Democrático de Direito. Estes direitos inclusos na Constituição devem ser todos concretizados para que se possa considerar a efetivação plena do Estado Democrático de Direito? Se sim, como agir quando há princípios e direitos conflitantes entre si?

7 | JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

O processo chamado de judicialização da justiça pode ser compreendido como um fenômeno recente da democracia contemporânea. Constitui-se de um deslocamento de funções precipuamente do Poder Legislativo para o Poder Judiciário. Segundo John Ferejohn (Ferejohn, 2003), trata-se de fenômeno de ocorrência quase global por ocasião da ineficácia do Estado Social de Direito em alocar recursos em determinados setores da sociedade que são responsáveis pela promoção de serviços que tornam efetivos direitos fundamentais. Também pode ser apontada como fator importante deste deslocamento, a desigual distribuição do poder de participação dos cidadãos na esfera pública (Araújo G. S., 2011).

Nessa lógica, o Poder Judiciário se coloca como um meio ao cidadão para ter acesso ao Estado no intuito de discutir sua ineficácia – vez que acaba acolhendo demandas ignoradas pelos demais poderes -, e de reorganizar a distribuição de recursos.

Muitos conflitos importantes sobre aspectos da distribuição de recursos não são colocados em debates pelos Poderes Legislativo ou Executivo e acabam se transformando em demandas por direitos fundamentais e sociais dirigidas ao Judiciário. O Poder Judiciário é, portanto, chamado a servir como meio democrático para distribuição de recursos. O cidadão se torna ator – participante - no processo de decisão por meio do protagonismo na demanda processual.

Importa pensar, no entanto, sobre em que medida esta “nova” função do Poder Judiciário coloca em cheque a própria concepção de Estado Democrático de Direito, o qual está baseado na organização constitucional estruturada sobre o princípio da tripartição de competências. Esses questionamentos exprimem o antigo debate sobre a limitação a ação estatal nas relações sociais, econômicas e políticas.

Neste debate, importa a referência a Jürgen Habermas, o qual entende o processo de judicialização como a instrumentalização do Direito pelo Executivo, de forma a hiper-regulamentar os espaços de livre produção social. De certa forma, o autor afirma que o Estado Democrático de Direito coloniza o mundo da vida (Araújo G. S., 2009). Isso quer dizer que as demandas de inclusão geradas pela crise do Estado Liberal ocasionam a inflação do sistema jurídico por meio da instrumentalização do Direito para que este interfira na esfera social.

O Estado de Direito sempre esteve baseado na certeza da lei, na segurança apoiada na existência de uma lei que é considerada pelos cidadãos que a reconhecem ou pelo Judiciário em caso de litígio. Segundo Mota (Mota, 2011), esse é o elemento primordial, ou seja, a segurança jurídica dos cidadãos sobre a atuação dos Poderes do Estado. Os princípios que tratam da limitação e do controle dos poderes como uma forma de impedir arbitrariedades estão expostos nas teorias da divisão de poderes ainda referidas por Montesquieu.

Nesse sentido, a busca pela materialidade dos direitos sociais pelas vias judiciais pode pôr em cheque a liberdade proporcionada pela segurança no Estado de Direito. Na concepção de Mota (Mota, 2011, p. 15),

Deste modo, em um conceito de Estado Democrático de Direito que tenha efetividade e não seja uma quimera simplesmente programática, a materialidade dos direitos prestacionais deve ser aquela necessária para a segurança dos desfrutes privados, alcançáveis pelos indivíduos de maneira autônoma.

Portanto, o Estado de Direito não pode ser delimitado somente como aquele que garante a liberdade de um ponto de vista formal, o império da lei nem por outro lado como um Estado igualitário, onde a liberdade de escolha de cada cidadão acerca do seu próprio projeto de vida não seja assegurada.

(...) para que exista um Estado Democrático de Direito é necessário que existam condições políticas para que todos, inclusive o Estado, estejam efetivamente submetidos ao direito, e o controle do poder político deste esteja assegurado. Isso envolve direitos políticos e liberdades e as condições materiais assecuratórias para o exercício de tais liberdades.

O autor defende que o Estado não pode vestir-se somente com idéias prestacionais, uma vez que isso fere inevitavelmente as liberdades individuais. Uma intervenção estatal com fins de promoção de igualdade material coloca em perigo a liberdade.

A fórmula do Estado Democrático de Direito deve ser uma forma de organizar o Estado para oportunizar a participação do cidadão na formação de seus anseios políticos. A judicialização de determinadas demandas políticas representa, na verdade, a falta de possibilidade dos cidadãos de acesso à participação em determinadas questões. Trata-se de fenômeno que busca o Poder Judiciário com objetivo de obter resultados políticos (Araújo, 2011).

Demandas pela materialidade de direitos sociais, dessa forma, podem representar ao mesmo tempo um abalo na segurança jurídica do Estado de Direito, sob determinado ponto de vista, e um fenômeno gerado pela carência de participação social nas decisões sobre alocação de bens materiais, fator que influencia diretamente na materialização de determinados direitos – como é o caso da saúde no Brasil, por outro. Trata-se de uma recomposição da função dos três poderes. Ao Executivo, quando inerte, a sociedade se manifesta por meio do judiciário em busca de materialização da igualdade como fundamento do Estado.

Proporcionar meios de materializar a igualdade é questão complexa e demanda do Estado muito mais do que assegurar direitos iguais. A própria questão da desigualdade de renda não traduz por si a complexidade da questão que envolve inúmeras desigualdades individuais.

Quando a proposta parte de analisar a judicialização de questões políticas que envolvem direitos de igualdade, necessário perpassar pela compreensão da desigualdade não apenas de renda ou de oportunidades, mas de capacidades. Segundo Amartya Sen (2001), os indivíduos são diferentes em todos os sentidos, tanto fisicamente quando psicologicamente. Além disso, alguns nascem com mais vantagens que outros e em termos de disponibilidades de bens materiais, de capacidades intelectuais, entre outros. Estas diferenças, para o autor, são fatores extremamente determinantes para a consideração sobre o que se entende por igualdade e sobre a forma com a qual os Estados devem agir em relação às suas políticas públicas.

Necessidades e capacidades diferentes geram anseios diferentes e o Estado falha ao tratar todas estas questões de forma igual no momento de pensar sobre a materialização da igualdade. Há inúmeras variáveis que afetam a igualdade humana e que, por isso, importam para a satisfação da liberdade. Considerando que o Estado não tem somente o propósito de organizar a sociedade em igualdade de direitos, garantir a liberdade e dominar monopolicamente a força física, mas também pretende promover condições de desenvolvimento para seus cidadãos, as diferenças devem ser levadas em conta no momento deste Estado elaborar suas políticas públicas com fins sociais. Segundo Sen (2001), não apenas as condições de renda devem ser levadas em conta, mas também as diferenças de capacidades e de funcionamento.

A judicialização de questões políticas, nesse sentido, expõe a necessidade de materialização de direitos programados constitucionalmente e que não são efetivados por nenhuma política pública ou nem sequer apresentam condições materiais de serem efetivados. O processo de judicialização da política reforça a afirmação de que a Constituição é um conjunto de dispositivos a serem observados por toda a sociedade, inclusive pelos poderes Executivo e Legislativo. Segundo Gisele Araújo,

[...]a possibilidade de fundamentar as decisões judiciais em princípios constitucionais explícitos ou implícitos, na centralidade ética dos direitos fundamentais ou na equidade – desenvolvimentos típicos do constitucionalismo do pós-guerra -, provoca um alargamento da discricionariedade como “legisladores implícitos”, embora sempre provocados pelas ações movidas por outros setores da sociedade (Araújo, 2011, p. 31).

Segundo a autora, a afirmação do constitucionalismo como conjunto de dispositivos garantidores de direitos fundamentais a serem observados e respeitados por toda a sociedade constitui fator determinante para o destaque da função do Judiciário.

O Estado de Direito, portanto, efetiva-se como garantidor de direitos legítimos quando as necessidades básicas de seus cidadãos são plenamente atendidas. Considerar diferenças individuais de capacidades importa muitas vezes em atender necessidades básicas, uma vez que, diante da existência de determinadas condições a igualdade não se materializa e a noção de Estado, na qual membros parte de um todo social ajudam-se mutuamente – ainda que indiretamente na forma de pagamento de impostos –, não alcança a concretização.

Segundo Mota (Mota, 2011, p. 18), nesse sentido,

Existe um relativo consenso de que não há vida digna, nem autorrespeito, nem possibilidade de exercício de capacidades individuais e coletivas sem que determinadas condições básicas estejam satisfeitas. A discussão gira em torno de quais condições seriam essas. Trata-se apenas de comer, beber, dormir e se abrigar? Sem dúvida que não, pois essas satisfações apenas garantem ao homem condições para a sua sobrevivência biológica. Por isso, admiti-las como suficientes seria o mesmo que comparar os homens aos animais, que certamente também necessitam dessas mesmas coisas para se manterem vivos. As necessidades humanas, ao contrário, requerem atendimentos para além da dimensão biológica ou natural. Para os homens, as necessidades de comer, beber, dormir, abrigar-se, não constituem um fim em si mesmo. Envolvem entre outros aspectos, a produção de instrumentos em um processo que se dá permeado de interações sociais, divisão de tarefas, organização do espaço. Com isso se quer dizer que o atendimento às necessidades humanas engloba também aspectos psicológicos, culturais e sociais.

As necessidades básicas, dessa forma, influenciam na conceitualização dada aos direitos fundamentais de modo que são considerados também produtos históricos. Determinadas condições desenvolvidas por meio da tecnologia - determinados medicamentos, por exemplo -, podem ser incorporadas ao conceito de necessidade básica, uma vez consideradas fundamentais à manutenção da vida ou à própria qualidade de vida (Mota, 2011).

Neste estudo, compreendem-se como necessidades básicas aquelas que precisam ser satisfeitas para que se possam evitar prejuízos à saúde física, mental e à cidadania. Ou seja, estão relacionadas as condições sociais do indivíduo, na forma com a qual determinada sociedade condiciona ou não seu desenvolvimento crítico. Segundo Potyara Pereira (Pereira, 2011, p.67),

Prejuízos são impactos negativos cruciais que impedem ou põem em sério risco a possibilidade objetiva dos seres humanos de viver física e socialmente em condições de poder expressar a sua capacidade de participação ativa e crítica. São, portanto, danos cujos efeitos nocivos independem da vontade de quem os padece e do lugar ou da cultura em que se verificam.

Nesse aspecto, quando considerada a autonomia como aspecto integrante das

necessidades básicas, importante definir o conceito de autonomia para fins deste trabalho. Utiliza-se para tanto a brilhante conceitualização de Pereira, que coloca autonomia enquanto capacidade do indivíduo de pensar e articular formas de atingir seus objetivos e interesses. Nessa ideia, três atributos compõem a noção de autonomia: habilidade cognitiva, saúde mental e oportunidade de participação.

Em relação à habilidade cognitiva, a autora entende a compreensão que o indivíduo consegue obter do mundo em que vive, as regras, a cultura, entre outros. A saúde mental está relacionada com a condição racional, com a aptidão desenvolvida que gera a capacidade de discernimento. No que tange à capacidade de participação, a ação do Estado enquanto organizador social, definidor de regras, e provedor de meios de participação apresenta um referencial importante e, a rigor, definidor da disponibilidade ou não do “ser autônomo”.

8 | CONCLUSÃO

A judicialização da política se apresenta quando o Estado não promove meios para o exercício da autonomia, ou quando os meios disponíveis não estão propriamente estruturados ou seriamente executados. A não funcionalidade de instrumentos de participação social ao interferir na autonomia individual gera a busca por formas de efetivação desse direito, ainda que seja pela forma judicial. Trata-se de possibilitar que valores e necessidades sejam levados à apreciação de um dos Poderes do Estado para que existam chances de efetivação e sejam de fato reconhecidos como direitos. O Estado Democrático de Direito deve prestar atenção aos questionamentos que estão sendo feitos ao Poder Judiciário.

Essas disputas devem ser reconhecidas como legítimas demandas dos cidadãos no seu espaço social, uma vez que outro espaço de discussão não está sendo provido. Ao que se pode compreender até o momento, a judicialização da política traz à discussão conflitos legítimos da sociedade.

Nesse processo, ambos os poderes, Executivo e Legislativo, sofrem abalos na sua conceitualização e atuação, mas este último é atingido na sua função principal, ou seja, na atividade de produção de normas. O Judiciário tem ocupado este espaço. O fator que chama a atenção nesse processo é que nas sociedades modernas o procedimento democrático está baseado na legitimidade das regras votadas e aprovadas pelos representantes do povo, ou seja, pelo Poder Legislativo. No entanto, o fenômeno da judicialização da política, faz com que regras também possam ser produzidas por juízes e tribunais (Dworkin, 2005).

O que merece ser analisado por meio deste exame do Estado Democrático de Direito em relação à judicialização está no questionamento sobre se este Estado permanece legitimado nos parâmetros democráticos, uma vez que uma de suas estruturas basilares, ou seja, a divisão de Poderes, está sofrendo alterações. O poder conferido ao Judiciário de

interpretar e até mesmo reformar o Direito e as políticas públicas, poderia significar um abalo à democracia? Se considerarmos que esse fenômeno se trata de uma forma encontrada pelo cidadão de exercer suas pretensões sociais para as quais não encontrou no aparato estatal outro espaço de expressão, estaríamos questionando o Estado Democrático de Direito ou apenas a forma de organizar a democracia?

REFERÊNCIAS

- Accioli, W. (1981). *Instituições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense.
- Almeida, G. A., & Cianci, M. (2011). *Direito processual do controle da constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva.
- Araújo, G. S. (2009). Habermas e a Democracia como antídoto à irracionalidade. *Boletim CEDES*, v. 1, p. 1.
- Araújo, G. S. (2011). Judicialização da política: as possibilidades da democracia para além do monismo político e identitário. In: L. E. Motta, & M. Mota, *O Estado Democrático de Direito em Questão. Teorias críticas da judicialização da política* (pp. 23-49). Rio de Janeiro: Elsevier.
- Baptista da Silva, O. A. (2004). *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense.
- Bobbio, N. (1995). *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone.
- Canotilho, J. J. (1999). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (7 ed.). Coimbra: Almedina.
- Canotilho, J. J. (2006). *Dogmática de direitos fundamentais e direito privado*. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Dal-Bosco, M. G. (2008). *Discricionariedade em políticas públicas*. Curitiba: Juruá.
- Dallari, D. A. (2012). *Elementos de Teoria Geral do Estado* (31 ed.). São Paulo: Saraiva.
- Draibe, S. M. (1989). O “Welfare State” no Brasil: características e perspectivas. In: ANPOCS, *Ciências Sociais hoje*. São Paulo: Vértice e Anpocs.
- Dworkin, R. (2005). *Uma questão de princípio* (2ª ed.). São Paulo: Martins Fontes.
- Ferejohn, J. (2003). Judicializing politics, politicizing law. *Hoover Digest*, 1 (winter issue).
- Habermas, J. (1997). *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- Kelsen, H. (1992). *Teoria geral do direito e do estado* (2 ed.). São Paulo: Martins Fontes.
- Lenza, P. (2009). *Direito Constitucional esquematizado* (13 ed.). São Paulo: Saraiva.

Maders, A. M. (2010). O Direito À saúde no Estado Democrático de Direito brasileiro. *Revista do Direito UNISC*, pp. jan-jun, 19-37.

Magalhães, J. L. (2000). *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos.

Montesquieu, C. d. (2005). *O espírito das leis*. (C. Murachco, Trad.) São Paulo: Martins Fontes.

Mota, M. (2011). Paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito: pós-positivismo e judicialização da política. In: L. E. Motta, & M. Mota, *O Estado Democrático de Direito em Questão* (pp. 03-22). Rio de Janeiro: Elsevier.

Offe, C. (1972). *Advanced capitalism and the Welfare State*. (v. n.-4. Sage publications, Ed.) Disponível em *Politics and Society*: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/003232927200200406>. Acesso em 04 de fev de 2022.

Rousseau, J.-J. (2002). *Do Contrato Social*. Disponível em E-livros gratis: www.ebooksbrasil.com. Acesso em 02 de maio de 2022

Sen, A. (2001). *Desigualdade reexaminada*. São Paulo: Record.

Souza, C. S. (2002). *Consenso e tipos de estado no ocidente*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto.

Streck, L. L., & Morais, J. L. (2000). *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SOBRE OS ORGANIZADORES

ANATERCIA ROVANI PILATI - Doutora em Direito pela Universidade de Milão (UNIMI), Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Mestre em Direito pelo Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Onãti (Universidade do País Basco). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora da Faculdade João Paulo II - Porto Alegre.

MARCOS ROBERTO DE LIMA AGUIRRE - Advogado, Doutor em Direito pela UFRGS 2015, Presidente da Comissão de Estágio e Exame de Ordem da OAB/RS 2022/2024, Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdades João Paulo II - Campus Porto Alegre/RS e Professor Convidado da Especialização em Direito Bancário do Programa de PósGraduação Lato Sensu em Direito da Escola de Direito do Verbo Jurídico. Eleito Conselheiro Consultivo da Fundação Bannisul de Seguridade Social 2019/2022.

INOVAÇÃO E SUSTENTABILIDADE NO DIREITO

Reflexões jurídicas: Faculdade João Paulo II



Porto Alegre - RS

- 🌐 www.atenaeditora.com.br
- ✉ contato@atenaeditora.com.br
- 📷 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
- 📘 www.facebook.com/atenaeditora.com.br

INOVAÇÃO E SUSTENTABILIDADE NO DIREITO

Reflexões jurídicas: Faculdade João Paulo II



Porto Alegre - RS

-  www.atenaeditora.com.br
-  contato@atenaeditora.com.br
-  [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
-  www.facebook.com/atenaeditora.com.br