I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

ILTON GARCIA DA COSTA

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa ; Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-039-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O I Evento Virtual do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa que ocorreu nos dias 24, 25, 26 27, 29 e 30 de junho de 2020, cujo tema foi: CONSTITUIÇÃO, CIDADES E CRISE

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum ao mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I, coordenado pelos professores Lucas Gonçalves da Silva e Ilton Garcia Da Costa foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1- A CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ÂMBITO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA – IRDR

2 - A DECRETAÇÃO DA PRISÃO DE CONDENADOS APÓS O JULGAMENTO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

3 - A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL NO ÂMBITO DOS TRIBUTOS

4 - A FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA LEITURA A PARTIR DE BOBBIO

5 - A POLÍTICA DA MEMÓRIA NO BRASIL E O PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE DA EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

6 - A PROPRIEDADE PRIVADA E SUA FUNÇÃO NA CONSTRUÇÃO DAS GARANTIAS DE LIBERDADE

7- A TECNOLOGIA COMO INSTRUMENTO DEMOCRATIZADOR DO DIREITO À EDUCAÇÃO NOS TEMPOS DA PANDEMIA CAUSADA PELA COVID-19

8 - A TUTELA DO DIREITO DE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RUA, COMO DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE HUMANA

9 - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: VIDA E MORTE EM CASOS DE TETRAPLEGIA

10 - DIREITO À PRIVACIDADE: GESTÃO PREVENTIVA DA EXPOSIÇÃO VOLUNTÁRIA DO SUJEITO NA ERA DA INFORMAÇÃO

11 - DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA COMO EFETIVAÇÃO DO ART. 1º, INCISO III DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

12 - DIREITOS HUMANOS VERSUS DIREITO PENAL DO INIMIGO: É POSSÍVEL NEGAR A DIGNIDADE HUMANA?

13 - FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA COM SEGURANÇA E EFICIÊNCIA – UM DIREITO FUNDAMENTAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS?

14 - INTERFACE ENTRE SEGURANÇA PÚBLICA E SEGURANÇA PRIVADA NO BRASIL: CONCORRÊNCIA OU COMPLEMENTARIEDADE.

15 - LEI Nº 13.010/2014 E A INTERVENÇÃO DO ESTADO EM RELAÇÕES FAMILIARES

16 - LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS DISCURSO DE ÓDIO: CONTRAPONTO ENTRE A PRIMEIRA EMENDA NORTE-AMERICANA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

17 - MANDADO DE INJUNÇÃO: ALCANCE PRÁTICO DA SUA APLICAÇÃO

18 - NOVOS DIREITOS – O DIREITO DE ACESSO À INTERNET COMO DIREITO FUNDAMENTAL

19 - O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO DE RONALD DWORKIN E A DIGNIDADE HUMANA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

20 - PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA: ACESSO À SAÚDE PÚBLICA PARA PESSOAS VULNERÁVEIS

21 - UMA ANÁLISE DOS VOTOS DA ADPF Nº 54 COMO UM REFLEXO DA ATUAÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO STF

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I também proporcionou um entoado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisados das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar do grupo de trabalho e da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa - UENP

Nota técnica: O artigo intitulado “Mandado de injunção: alcance prático da sua aplicação” foi indicado pelo Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA LEITURA A PARTIR DE BOBBIO

THE PROMOTIONAL FUNCTION OF LAW IN PANDEMIC TIMES: A READING FROM BOBBIO

Guilherme Carneiro de Rezende

Resumo

A pandemia do COVID-19 trouxe um novo desafio ao Brasil: o de resgatar a função promocional do direito, a despeito e para superar a crise econômica que se instaura. Impossível vaticinar o futuro do mundo em meio ao alastramento do vírus, que tomou proporções inimagináveis. Muito rápido. O alento consiste em pensar num estado capaz de se reinventar, resgatando por meio de ações próprias e de estímulos, a dignidade humana. O estudo parte de uma revisão bibliográfica sobre as raízes da função promocional do direito, sobre os custos dos direitos e sobre a implementação dos direitos sociais.

Palavras-chave: Covid-19, Função promocional do direito, Direitos sociais, Efetivação

Abstract/Resumen/Résumé

The COVID-19 pandemic brought a new challenge to Brazil: that of rescuing the promotional function of the law, despite and to overcome the economic crisis that is taking place. It is impossible to predict the future of the world amid the spread of the virus that has taken on unimaginable proportions. Very fast. The encouragement consists in thinking about a state capable of reinventing itself, rescuing human dignity through its own actions and stimulus. The study starts from a bibliographic review on the roots of the law's promotional function, on the costs of rights and on the implementation social rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Covid-19, Promotional function of the right, Social rights, Effectiveness

1 INTRODUÇÃO

Os anos de 2019 e 2020 (e tomara que apenas eles o sejam) serão marcados mundialmente pela pandemia do COVID-19.

O mundo sucumbiu ao vírus: doentes em números massivos espalhados mundo afora, corpos sem vida enterrados em valas comuns para evitar a proliferação (ainda mais rápida) da doença, preces entoadas solitariamente nos lares, por pessoas isoladas (socialmente) por medidas de restrição sanitária.

Providências drásticas foram adotadas pelos Governos no âmbito internacional. Na seara doméstica não foi diferente. União, Estados e Municípios adotaram medidas de isolamento social geral – que se tem debatido frequentemente, por conta das consequências à economia do país –, com a imposição de sacrifícios temporários e excepcionais às liberdades individuais. Os órgãos públicos têm se mantido vigilantes ao cumprimento das restrições, buscando evitar com que os níveis de infecção fujam do controle, conduzindo o sistema de saúde (público e privado) à falência, diante das limitações que se sabe existir, em decorrência das conhecidas condições financeiras do Estado brasileiro.

Ou quiçá essa falência apenas aponte as prioridades outrora eleitas pelo Governo, que sucateou o sistema, afinal o adágio popular é contundente na mensagem de advertência que veicula: colhemos aquilo que plantamos.

A renitência em investir em saúde e ciência não poderia produzir bons frutos, senão indicar o quão deficitário é o Estado no tocante ao provimento das políticas públicas sociais, denunciadas nas mortes diárias por falta de leitos, de atendimentos e tantas outras mazelas, enquanto as cifras da corrupção envergonham o Brasil.

Lamentavelmente as lembranças não serão boas. Não permitirão que se construam boas memórias. Ao revés exporão as entranhas de uma deficitária política voltada à promoção da dignidade humana, fazendo aflorar o melhor e o pior do ser humano.

O melhor em termos de compaixão e solidariedade, o que se tem visto frequentemente com as campanhas humanitárias de auxílio ao próximo. Não se pode perder a fé na humanidade.

Por outro lado, interesses escusos, de naturezas variáveis (porém predominantemente econômica), travestidos (sempre) na bela pele de um cordeiro, revelam a pequenez da alma humana, que se vê movida pela ganância, indicando o

quanto se precisa evoluir, na busca do bem comum.

Nesse contexto afloram debates diversos: as restrições sanitárias devem prevalecer ou deixemos que a “mão invisível do mercado” regule as relações, e escolha, num cenário de crise, quem deve viver e quem deve morrer? Ou simplesmente não nos preocupemos com as consequências de uma política libertária a essa altura, enquanto outros países do mundo já provaram as agruras de números alarmantes de mortes?

Parece oportuno, nesta quadra, rememorar o papel do estado e da teoria do direito, adotando como marco referencial a inestimável contribuição de Bobbio, quando trata do estado promocional, que se passa a fazer doravante, resgatando discussões sobre justiça através de uma visão não-utilitarista.

2 A COVID-19 EM NÚMEROS, NO BRASIL E NO MUNDO

Segundo folha informativa da OPAS, Organização Pan-Americana de Saúde, até 21 de abril de 2020, teriam sido confirmados no mundo 2.397.216 casos de COVID-19, além de 162.956 mortes. Apenas para que se tenha uma noção sobre a evolução dos casos, o acréscimo no número de diagnósticos positivos ocorreu à ordem de 83.006 em relação ao dia imediatamente anterior, enquanto que o de mortes foi de 5.109.

Os elevados números de contração da doença fizeram com que, em 30 de janeiro de 2020, a OMS, Organização Mundial de Saúde, declarasse se estar diante de Emergência de Saúde Pública de Importância internacional, e, em 11 de março do mesmo ano, fosse a COVID-19 classificada como pandemia.

No Brasil, em 22 de abril de 2020 os números do casos confirmados atingiam a monta de 43.079, e de óbitos a quantia de 2741, com uma taxa de letalidade de 6,4%, segundo dados do Ministério da Saúde.

Foi editada em 6 de fevereiro de 2020 a lei 13.979, que dispõe sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, que objetivam a “proteção da coletividade”, autorizando o Ministro de Estado da Saúde a dispor sobre a situação de emergência de saúde pública e ao Ministério da Saúde e aos gestores locais de saúde a adoção de medidas de restrição sanitária.

Dali em diante diversas providências foram adotadas, incluindo as medidas de

isolamento, restrição de funcionamento do comércio, e nalguns municípios até mesmo o famigerado “toque de recolher,” que traduzindo em miúdos, imporia a obrigação de os munícipes se recolherem em seus domicílios no período noturno.

O Ministro Alexandre de Moraes proferiu decisão no bojo da ADPF 672, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, assegurando

> (…) aos governos estaduais, distrital e municipal, no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus territórios, competência para a adoção ou manutenção de medidas restritivas durante a pandemia da Covid-19, tais como a imposição de distanciamento social, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais, circulação de pessoas, entre outras.

Como se nota, as liberdades individuais, notadamente a de locomoção, foram severamente aviltadas pelas medidas, emergindo o direito como ferramenta essencial para fins de repreender condutas contrárias às restrições, e o Estado, enquanto figura protetora-repressiva, desabrochou no cenário da pandemia, como elemento essencial à fiscalização e punição do descumprimento das proposições.

A esse propósito, tipos penais pouco utilizados como os crimes contra a saúde pública (artigos 267 e seguintes, do Código Penal) e a contravenção penal esculpida no artigo 41, da Lei de Contravenções Penais, assumiram o foco de discussões práticas e acadêmicas, muitas das vezes esquecidas nos manuais de Direito Penal.

Paralelamente, o isolamento provocou severos reflexos na seara econômica, ante a inviabilidade de manutenção de diversas atividades laborativas, tudo com o propósito de evitar a disseminação da doença. Trata-se de fato notório.

Daí a importância de se perquirir o Estado sob outra faceta: como elemento indispensável à promoção da dignidade humana.

3 O CONTRIBUTO DE BOBBIO: A FUNÇÃO PROMOCIONAL

3.1 Prolegômenos

Em sua obra *Da Estrutura à Função*, Bobbio trata de temas variados, dentre os quais a função promocional do direito, as sanções positivas e a análise funcional do direito, apontando tendências e problemas.

No prefácio à edição brasileira, Losano (BOBBIO, 2007) sublinha a postura

crítica adotada por Bobbio em relação ao positivismo até alçar a função promocional do direito, explicando a insuficiência de se adotar a (simplista) definição do direito, enquanto instrumento repressivo, mormente diante das (novas) funções assumidas pelo Estado social.

Acresce que o Estado deixa de ser um instrumento de controle social apenas e passa a intervir de modo crescente na gestão da sociedade, valendo-se de técnicas para direcionar condutas. Abandona, nesse contexto, o viés repressivo e passa a se valer de prêmios como ferramenta na busca de comportamentos desejados:

> A insatisfação intelectual de Bobbio nasce da constatação de que o moderno Estado social àquela altura permeara tão profundamente a sociedade a ponto de resultar transformado o próprio direito, enquanto regulador daquela mesma sociedade. Em especial, à sua função repressiva dos comportamentos indesejados se uniu em medida crescente uma função promocional, que se manifesta nos incentivos com os quais o Estado induz aos comportamentos desejados. Nas teorias jurídicas estruturais, a função do direito era limitada à ameaça ou à aplicação da sanção: era o "Estado castigador" de Thomas Paine. Entrementes, o Estado transformara-se também em pagador e em promotor: a teoria sistemática do direito não bastava mais. (BOBBIO, 2007, p. XL)

No mesmo norte estão as percucientes observações tecidas por Lafer, na apresentação à edição brasileira, indicando que o "o direito positivo da segunda metade do século XX deixou de se circunscrever ao proibir e ao permitir e passou a contemplar o promover e o estimular". (BOBBIO, 2007, p. LII)

A análise meramente estrutural do direito, despida de considerações em torno de sua função social, já não se revela, doravante suficiente, como objeto de investigador da ciência do direito.

3.2 A função promocional do direito

No capítulo inaugural da obra, intitulado a "função promocional do direito," Bobbio sustenta que a teoria geral do direito seria, ainda, prisioneira de um conceito restritivo de Estado, enquanto organismo responsável por estabelecer regras e indicar um árbitro.

Essa concepção se apresenta como insuficiente no contexto do *Welfare State*, em que o Estado assume uma feição completamente diversa daquela apregoada pelo liberalismo clássico.

O Estado protetor-repressivo, cede espaço, ou passa a conviver com o Estado promocional. Naquele, o direito era reduzido a um instrumento de coação, focando-se nas sanções negativas, cujo objetivo era a proteção da ordem pública. Já o Estado promocional busca o bem-estar coletivo, por meio de constantes intervenções em variados setores. O foco seria também fomentar condutas desejadas.

Em outras palavras, o ordenamento protetivo-repressivo foca em comportamentos socialmente não desejados, impedindo ao máximo sua prática, enquanto o ordenamento promocional busca a realização de comportamentos socialmente desejáveis, fomentando a sua prática.

Outrossim, a utilização das sanções negativas, ou castigos, parece não ser suficiente, doravante, aos fins a que se presta o Estado.

Bobbio, então, faz uma distinção entre normas positivas, que contém em si um comando, e as normas negativas, que, ao revés, estabelecem uma proibição; e, entre as sanções positivas, traduzidas em prêmios, e as sanções negativas, consistentes em castigos. As normas negativas são habitualmente reforçadas por sanções negativas, enquanto as positivas buscam fortalecer as normas positivas. Graficamente: encoraja-se a não fazer e desencoraja-se a fazer.

No escólio do festejado autor:

> O aumento das normas de organização não coloca em crise a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. O estado passa a se valer de técnicas de encorajamento. O direito deixará progressivamente a sua ideia de ordenamento protetor-repressivo para assumir uma função promocional. (BOBBIO, 2007, p. 13)

4 A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E O ESTADO PROMOCIONAL BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988, rompendo com o regime ditatorial que a antecedeu, e, seguindo a tendência do constitucionalismo pós-guerra, fez clara opção pelo Estado promocional.

Isso fica evidente já no preâmbulo, que anuncia a instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, preocupado com o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna.

Ao percorrer o texto da Lei Maior, nota-se que o constituinte adotou como

princípio fundante da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, e no artigo 3º, anunciou como objetivos fundamentais desta República, a construção de uma sociedade livre usta e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a promoção do bem de todos.

A obrigação atribuída ao Estado de "promover" aparece outras tantas vezes, impondo ao aparato estatal deveres de tutela do consumidor, dos direitos de moradia, saneamento básico, dentre outros, sempre através de uma atuação positiva.

No catálogo dos direitos sociais, o Constituinte anunciou uma série de direitos, como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia etc. E não o fez de modo meramente retórico, trazendo uma série de promessas vagas, com o singelo objetivo de encantar o povo brasileiro e os organismos internacionais.

Rocha (2009, p. 16) adverte, inclusive, que "(...) a Constituição é lei. Ela não é aviso, não é cartilha, não é proposta. A Constituição é uma lei com qualificação especial, da qual decorrem todas as outras".

Reafirmou-se, outrossim, o compromisso constitucional com o material mais importante de sua composição: a pessoa humana.

Não pretendeu, ao que parece, simplesmente aniquilar o direito, enquanto instrumento de repressão. É fundamental a esse propósito, até porque o Estado chamou a si o monopólio da jurisdição, como ferramenta para a solução de conflitos, centralizou em si a segurança pública e o poder de polícia.

E essa tarefa se revela fundamental ao bom funcionamento e à própria existência do Estado, sem perder de vista, que a missão promocional é igualmente tão relevante aos fins a que se presta o direito.

4.1 A promoção da dignidade humana e o mínimo existencial

Quando se fala em dignidade, em fraternidade, em direitos sociais, qual o significado que se pretende anunciar?

A técnica de legislar valendo-se de cláusulas abertas, a despeito de trazer algumas preocupações, no tocante até mesmo à competência para o preenchimento de seu conteúdo (se do legislador, do magistrado, enfim), permite com que a Constituição e os direitos fiquem abertos ao tempo.

A velocidade no tráfego de dados, a queda das fronteiras entre países, em

decorrência do fenômeno da globalização, a revolução 4.0, bem demonstram que a sociedade precisa caminhar, e que a utilização da técnica de legislar à exaustão, a adoção do modelo *fattispecie*, engessam o direito, tornando-o obsoleto à regulamentação de situações novas.

A propósito, basta ver o (curtíssimo) espaço de tempo levado pelo famigerado coronavírus para tomar proporções alarmantes mundo afora. Da detecção do primeiro caso até com que ele atingisse países além-mar, pouco tempo foi necessário. E isso demandou dos cientistas esforços sobre-humanos em busca de soluções para a contenção da pandemia.

Apenas a título de exemplo, a lei 13.989, de 2020, autorizou o uso da telemedicina enquanto durar a crise ocasionada pelo coronavírus, sem prejuízo de tantas outras medidas destinadas ao enfrentamento da novel situação

O mesmo se diz em relação aos operadores de direito, que dia-após-dia se debruçam sobre situações nunca dantes vividas.

Isso, por outro lado, traz o ônus de delimitar o âmbito de alcance das cláusulas gerais, a exemplo da dignidade humana, sendo certo porém que existe uma chamada zona de consenso em torno de sua anchura.

Aqui, particularmente, no que diz respeito à dignidade, o consenso diz respeito ao mínimo existencial, tão vulnerado em tempos de pandemia.

Quando se diz que o Estado brasileiro é promocional, e na medida em que ele se compromete com objetivos bem definidos, anuncia direitos, qual é a carga e a dimensão dessa proposta?

Ao tratar do tema, Torres (1989, p. 29) assevera que “há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que exige prestações estatais positivas”.

Difícil estabelecer um núcleo duro de direitos abrangidos pelo alcunhado mínimo existencial. Aliás, a própria dignidade tem em si uma fórmula de exclusão: permite afirmar, na maior parte dos casos, que a dignidade está sendo respeitada e promovida ou, de algum modo, vulnerada, mas dificilmente se pode conceituá-la adequadamente.

Sarlet (2019, p. 23), após apontar uma fórmula minimalista do homem-objeto – no sentido de que todas as vezes em que o homem for reduzido à qualidade de objeto estaria sendo malferida a dignidade – porém reconhecendo a complexidade dessa proposta, sugere a seguinte conceituação da dignidade da pessoa humana,

como sendo:

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

Retomando ao mínimo existencial, Barcellos (2011, p. 302) assevera que "é composta de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação básica (assumindo-se a nova nomenclatura constitucional), a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça".

Esse breve panorama aponta para a existência de um consenso mínimo em torno da dignidade, sendo indiscutível o dever Estatal de prestá-la.

A gramática dos direitos fundamentais, pródiga no caso brasileiro, o que se constata da singela leitura do catálogo dos direitos fundamentais, há que ser minimamente observada, afinal

> (…) os segmentos excluídos da população, vítimas das mais diversas formas de violência física, simbólica ou moral, resultantes em boa parte (mas não exclusivamente) da opressão socioeconômica, acabam não aparecendo como portadores de direitos subjetivos públicos, ficando excluídos da titularidade de direitos fundamentais, de modo que a diminuição do papel do Estado (especialmente em razão do seu dever de proteção e promoção dos direitos fundamentais) nem sempre significa mais liberdade e mais democracia, podendo, pelo contrário, contribuir para o déficit da efetividade do Direito e dos direitos. (SARLET, 2015, p. 465)

4.2 O problema dos custos: escassez de recuros x efetividade dos direitos sociais

Não se pode olvidar que a implementação de direitos gera um elevado custo e que o orçamento estatal é limitado.

Aliás, essa talvez seja a maior objeção ao Estado Social, que acabou acolhendo em seu seio demandas das mais variadas, fazendo com que os cofres públicos não conseguissem, doravante, suportar os encargos.

Preciso salientar que não apenas os direitos sociais, de natureza prestacional, exigem a adoção de providências custosas por parte do Estado, afinal a manutenção do *status* de liberdade do indivíduo e, de sorte dos demais direitos de natureza

individual, reclamam gastos, como bem observam Holmes e Sunstein.

Não se pode negar que a manutenção do Estado policial e de todo o seu aparato, para garantia da segurança, da propriedade, dentre outros, implica custos ao Estado, assim como a promoção dos direitos sociais.

Assim, não parece se justificar, num primeiro momento, o argumento de que esses direitos mínimos devem ser realizados "na medida do possível," a depender da disponibilidade financeira estatal.

Canotilho (1997, p. 468) averba que

> Não obstante se falar aqui na efectivação dentro de uma "reserva do possível", para significar a dependência dos direitos económicos, sociais e culturais dos "recursos económicos", a efectivação dos direitos económicos, sociai e culturais não se reduz a um simples "apelo" ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações económicas e sociais na medida em que estas forem necessárais para a efectivação desses direitos. p. 468.

Isso porque, os direitos individuais, que como visto demandam atuação estatal, ocupam a mesma estatura constitucional dos direitos sociais, estando estes compreendidos no núcleo mínimo da dignidade.

A propósito, Sarlet (2015, p. 463) esclarece que

> Precisamente por tal razão é de se apostar em estratégias de litigância – ou de ação – (não, necessariamente, judicial) aptas a assegurar, ao menos, níveis de prestação sociais compatíveis com as exigências mínimas da dignidade humana.

Em tempos de crise, então, o Estado deve assumir com maior veemência o seu papel promocional, afinal de contas as vulnerabilidades começam a aparecer mais corriqueiramente, seja pela precariedade do sistema de saúde, seja por conta das deficitárias políticas assistenciais, que deixam à margem das mínimas condições de vida uma parcela substancial da população brasileira.

Sobre a reserva do possível, Sarlet (2015, p. 470), reportando-se ao Tribunal Constitucional Alemão, cita importante julgado, no sentido de que a prestação vindicada deve ter obedecer a um critério de razoabilidade, conforme se vê abaixo:

> (…) firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, pois, mesmo dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável

O Estado não pode, nesse contexto, ser mínimo, tampouco pode sopesar

esses custos, como obstáculos à efetivação e implementação dos direitos (e obviamente não se está a falar de todo e qualquer direito), pois a crise dos direitos sociais impulsiona e agrava a crise dos demais direitos.

Galdino (2002, p. 215) sublinha que

> O que verdadeiramente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, é a opção política de não se gastar dinheiro com aquele mesmo "direito".
> (…)
> O argumento da "exaustão orçamentária" presta-se unicamente a encobrir as trágicas escolhas que deixam de fora o universo do possível a tutela de um determinado "direito".

O que não parece adequado, em situação de crise, é o contingenciamento de recursos tão caros à promoção da dignidade, enquanto expressiva parte da população brasileira fica à margem de políticas públicas, (sempre) tão caras ao mínimo existencial.

4.3 O dilema

Com o passar do tempo e o prolongamento das restrições sanitárias, sobretudo o isolamento e as medidas de fechamento do comércio, que objetivam achatar a curva epidemiológica, outra crise se instaurou: a crise econômica.

O fechamento de empresas, o desemprego, tudo há que aumentar, na proporção em que os índices de miserabilidade aumentam, sem que o mercado se autorregule para superar as dificuldades.

Novamente, a parcela mais vulnerável da sociedade tem suportado os ônus da pandemia.

Por outro lado, o levantamento desmedido dessas restrições imporá consequências drásticas ao sistema de saúde brasileiro, incapaz de atender à demanda que se formará.

A decisão política de manutenção das limitações é absolutamente impopular, afinal desagradará a uma parcela substancial da população, até em decorrência da crise vivenciada, que pode achatar as curvas do lucro.

A questão tem sido colocada da seguinte forma: fecha-se o comércio, garante-se o higidez do sistema de saúde e a população morre de fome, por lhes faltar emprego (?), ou abre-se o comércio, salva-se a economia e escolhe-se com

base em critérios objetivos quem ocupará os leitos hospitalares, ou em outras palavras, quem vive e quem morre?

Em situação semelhante, já consignou o Ministro Marco Aurélio (ADPF 347 MC) que:

> É difícil imaginar candidatos que tenham como bandeira de campanha a defesa da dignidade dos presos. A rejeição popular faz com que a matéria relativa à melhoria do sistema prisional enfrente o que os cientistas políticos chamam de "ponto cego legislativo" (*legislative blindspot*): o debate parlamentar não a alcança. Legisladores e governantes temem os custos políticos decorrentes da escolha por esse caminho, acarretando a incapacidade da democracia parlamentar e dos governos popularmente eleitos de resolver graves problemas de direitos fundamentais. A história possui vários exemplos de agentes políticos haverem acionado cortes constitucionais, visando encontrar soluções a casos moralmente controvertidos e impopulares e, assim, evitar choques com a opinião pública.

Essa observação resgata outra importante discussão acerca da possibilidade de intromissão do Poder Judiciário em temas que tais, reservados, a menos em tese, aos demais Poderes instituídos, em apreço à separação de poderes.

Sem pretender maiores digressões em torno do debate, porém um registro se revela oportuno: o judiciário emerge como bastião na salvaguarda de direitos fundamentais. O papel contramajoritário em discussões tão sensíveis, às vezes é até salutar para preservação dos objetivos da República Brasileira.

Rememora-se, nesse contexto, as discussões propostas por Sandel (2015), que, aliás, inaugura a sua obra contando a história e as práticas encetadas na Flórida, no verão de 2004, por ocasião da passagem do furacão Charley. Preços jamais vistos sendo cobrado de insumos básicos, como água, bem assim com hospedagem, prestação de serviços, enfim.

Seria o aumento do bem-estar, a liberdade e a virtude o cerne do conceito de justiça?

Uma concepção utilitarista de justiça, no sentido de que "a moral de uma ação depende unicamente das consequencias que ela acarreta; a coisa certa a fazer é aquela que produzirá os melhores resultados, considerando-se todos os aspectos". (2015, p. 36)

Sandel prossegue indagando se "certos deveres morais e direitos humanos são tão fundamentais que estão acima de cálculos dessa natureza?" (2015, p. 37)

Fazendo um giro referencial, já em Kant, "o respeito à dignidade humana

exige que tratemos as pessoas como fins em si mesmas. Por isso é errado usar algumas pessoas em prol do bem-estar geral, como prega o utilitarismo" (2015, p. 111)

Para Kant (1986, p. 70),

> No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Uma coisa que tem um preço pode ser substituída por qualquer outra coisa equivalente; pelo contrário, o que está acima de todo preço e, por conseguinte, o que não admite equivalente, é o que tem uma dignidade.

Indaga-se, outrossim, se a lógica utilitarista deve prevalecer, retomando o comércio o seu regular funcionamento, ou se o Estado deve assumir uma postura restritiva, em busca de um bem maior?

São reflexões que longe de meramente retóricas fazem refletir sobre justiça e sobre os fins do direito!

4.4 As providências adotadas em solo brasileiro

A adoção do direito, enquanto com sua função promocional, tem sido constatada nalgumas posturas do Estado brasileiro, que tem se revelado sensível à crise vivenciada em nível internacional.

Ainda que timidamente, apesar de uma certa tensão política, algumas providências foram adotadas, com a finalidade de proteger e promover a dignidade dos cidadãos brasileiros.

A esse propósito, o Presidente da República editou, em 22 de março de 2020, a Medida Provisória 927, que dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública, incentivando providências tendentes à manutenção do contrato de trabalho, a exemplo da concessão de férias coletivas, o aproveitamento de antecipação de feriados, a criação/manutenção de banco de horas, dentre outras.

Reforçando o caráter assistencial do Estado, foi editada a lei 13.982/2020, que dispôs sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabeleceu medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública. Em seu artigo 2º tratou do auxílio emergencial, no valor de R$ 600 (seiscentos reais)

mensais.

A lei 13.987, também de 2020, autorizou, em caráter excepcional, durante o período de suspensão das aulas em razão de situação de emergência ou calamidade pública, a distribuição de gêneros alimentícios adquiridos com recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar (Pnae) aos pais ou responsáveis dos estudantes das escolas públicas de educação básica.

Algo se fez, mas ainda há muito o que se fazer!

A utilização das técnicas de sanção positiva, a exemplo de descontos para a quitação de impostos devidos, pode ser relevante nesta altura para fins de abastecimento dos cofres públicos, permitindo, outrossim, a satisfação das demandas mais imediatas da população afetada com a crise, assim como o estímulo de doações, autorizando-se o abatimento de impostos devidos.

Os mecanismos de estímulo, direcionados a fomentar condutas, pode se revelar um grande trunfo ao Estado na contenção dos efeitos da crise, injetando recursos na economia, voltados ao atendimento das maiores carências populacionais.

Eis o que deixa o escólio de Bobbio ao tratar da função promocional do direito e das sanções positivas.

5 CONCLUSÃO

A pandemia do COVID-19 já provocou mudanças substanciais no panorama mundial e ainda há muito por vir. Não se sabe como sairemos disso, mas os impactos socioeconômicos dela advindos são certos.

Haverá mudanças culturais. O toque físico tão característico do povo brasileiro talvez cederá espaço a um novo modo de se relacionar, após tanto tempo de isolamento social e de quarentena.

Espera-se que saiamos melhores, afinal a superação de grandes crises deixa um legado de aprendizagem. Assim o foi com a segunda grande guerra. O constitucionalismo passou por uma revolução copernicana. A pessoa humana passou ao centro da ordem jurídica.

Toda a desgraça experimentada em tempos de pandemia, que vão desde o simples isolamento, ruim por si só, até as escolhas trágicas, quanto à ocupação de leitos hospitalares, drama vivenciado nalguns rincões do mundo, provocarão

reflexões variadas em torno do papel do Estado e do direito.

O modelo sancionador e a prevalência das sanções negativas já havia há muito se revelado insuficiente a fundamentar a teoria do direito.

Em crise, o Estado liberal cedeu espaço ao Estado social, preocupado com o atendimento das demandas populares. Porém, o Estado que se agigantou para fazer frente aos direitos mais caros do cidadão, também enfrentou a sua crise, e apresentou uma recente tendência de se diminuir.

A gramática dos direitos sociais, entretanto, permaneceu a mesma em solo pátrio. Uma Constituição pródiga em anunciar direitos, porém que tem sido sistematicamente desrespeitada em condições ordinárias.

Apresentou-se porém retórica, desprovida de uma necessária força, para atingimento de seu objetivo maior: o de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Há que se compreender que a implementação dos direitos enseja custos, obviamente. Não menos verdade que o orçamento estatal é limitado, parecendo inviável, nessa linha de raciocínio, o atendimento de toda a demanda, de uma sociedade economicamente pobre, como a brasileira.

Nem tanto ao céu, nem tanto à terra. É possível identificar um núcleo mínimo de direitos, cujo cerne deve ser protegido e promovido pelo Estado brasileiro, em apreço à dignidade humana.

Por outro lado, não parece haver um necessário compromisso estatal com a implementação desse núcleo, que se afigura minimamente razoável, em termos de dignidade. Não se justifica o contingenciamento de recursos de fundos, enquanto uma parcela razoável da população passa fome, desempregada, e morre à míngua de leitos hospitalares.

A situação se agrava em tempos de crise.

O direito há que se revelar verdadeiramente promocional, sobretudo em contexto de pandemia, seja por meio da implementação de providências positivas, seja com a adoção de sanções positivas, a norte de estimular comportamentos tendentes à promoção da dignidade humana.

Espera-se que a mentalidade neoliberal seja reinventada e que o Estado jamais se esqueça de seu objetivo maior: o de promoção da justiça social.

Esse talvez seja o desafio do século.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. Painel Coronavírus. Disponível em https://covid.saude.gov.br/, acesso em 22/04/2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 347 MC. CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caraterizado como “estado de coisas inconstitucional”. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Julgado em 09/09/2015, Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560, acessado em 24/04/2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 672. Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em face de atos omissivos e comissivos do Poder Executivo federal, praticados no contexto da crise de saúde pública decorrente da pandemia do COVID-19 (Coronavírus). Requerente: Conselho Federal da OAB. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf. Acesso em 22/04/2020.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**.

Barueri, SP: Manole, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Almedina: Coimbra, 1997.

GALDINO, Flavio. **O custo dos direitos** *IN* TORRES, Ricardo Lobo (org.). Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende de impostos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

OPAS Brasil. **Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)**. Disponível em https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875, acesso em 22/04/2020.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 252, p. 15-24, mai. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7953/6819>. Acesso em: 28 Dez. 2019. doi:http://dx.doi.org/10.12660/rda.v252.2009.7953.

SANDEL, Michael J. **Justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional e possível**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 9, p. 361-388, jan./jul. 2007. Disponível em http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137/131 . Acesso em 10/02/2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais**

na Constituição Federal de 1988. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **DIREITOS FUNDAMENTAIS A PRESTAÇÕES SOCIAIS E CRISE: ALGUMAS APROXIMAÇÕES**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL], v. 16, n. 2, p. 459-488, 28 ago. 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul. 1989. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>. Acesso em: 10 Fev. 2020. doi:http://dx.doi.org/10.12660/rda.v177.1989.46113.