

ISSN 2447-2336

REVISTA

**DireitoUFMS**

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito

V7 N1

Direitos Humanos e Fundamentais

 editora  
**UFMS**

REVISTA

# DireitoUFMS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito

## Direitos Humanos e Fundamentais

ANO 2021 – PUBLICAÇÃO SEMESTRAL ELETRÔNICA





**UNIVERSIDADE FEDERAL  
DE MATO GROSSO DO SUL**

#### **REITOR**

Marcelo Augusto Santos Turine

#### **VICE-REITORA**

Camila Celeste Brandão Ferreira Ítavo

#### **PRÓ-REITOR DE ENSINO E GRADUAÇÃO**

Cristiano Costa Argeon Vieira

#### **PRÓ-REITOR DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO**

Maria Ligia Rodrigues Macedo

#### **DIRETORA DA FACULDADE DE DIREITO**

Ynes da Silva Félix

#### **COORDENADORA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

Lívia Gaigher Bósio Campello

#### **COORDENADORA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Natália Pompeu

### **REVISTA **Direito** UFMS**

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

#### **COORDENAÇÃO EDITORIAL DA REVISTA DIREITO UFMS**

**Prof.ª Dr.ª Lívia Gaigher Bósio Campello**

Faculdade de Direito – Fadir/UFMS

**Prof.ª Dr.ª Luciani Coimbra de Carvalho**

Faculdade de Direito – Fadir/UFMS

#### **ASSISTENTE EDITORIAL**

**Rafaela de Deus Lima**

Mestra – PPGD/UFMS

#### **Endereço para correspondência**

**REVISTA DIREITO UFMS**

**Universidade Federal de Mato Grosso do Sul**

**Faculdade de Direito – FADIR**

Av. Costa e Silva S/N - Caixa Postal 549 - CEP 79070-900 -

Cidade Universitária - Campo Grande - Mato Grosso do Sul

Telefone: (0xx67) 3345-7251 • E-mail: fadir@ufms.br

<http://seer.ufms.br/index.php/revdir>

#### **CONSELHO CIENTÍFICO**

**Andreas Niederberger**

Universität Duisburg-Essen, Alemanha

**Dinorá Adelaide Musetti Grotti**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

**Georgenor de Sousa Franco Filho**

Universidade do Amazonas – UNAMA, Brasil

**Heleno Taveira Torres**

Universidade de São Paulo – USP, Brasil

**Ingo Wolfgang Sarlet**

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Brasil

**Jesús Lima Torrado**

Universidad Complutense de Madrid – UCM, Espanha

**Jorge Bacelar Gouveia**

Universidade Nova Lisboa – UNL, Portugal

**Leonardo Carneiro da Cunha**

Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Brasil

**Leonardo Martins**

Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Brasil

**Luiz Alberto David Araujo**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

**Luiz Otavio Pimentel**

Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil

**Marcelo Figueiredo**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

**Maria Esther Martinez Quintero**

Universidad de Salamanca – USAL, Espanha

**Monica Herman Salem Caggiano**

Universidade de São Paulo – USP, Brasil

**Pasquale Pistone**

Università degli Studi di Salerno, Itália

**Pilar Giménez Tello**

Universidad de Salamanca – USAL, Espanha

**Vladmir Oliveira da Silveira**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Coordenadoria de Biblioteca Central – UFMS, Campo Grande, MS, Brasil)

Revista Direito UFMS : revista do Programa de Pós-Graduação em Direito  
[recurso eletrônico] / Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. –  
Edição especial – Campo Grande, MS : Ed. UFMS, 2015. –  
v. ; 25 cm.

Semestral  
ISSN 2447-2336

1. Direito – Periódicos. 2. Direitos humanos – Periódicos. 3. Direitos  
fundamentais – Periódicos. I. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

CDD (22) 342.81085  
CDD (22) 342.085  
CDD (22) 340.05  
CDDir (4) 341.27

JVD

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>EDITORAL</b>   | <b>5</b>  |
| <i>Lívia Gaigher Bósio Campello</i><br><i>Luciani Coimbra de Carvalho</i>   |           |
| <b>LIBERDADE DE CULTOS RELIGIOSOS PRESENCIAIS DURANTE A PANDEMIA:<br/>PRECEDENTES DA SUPREMA CORTE AMERICANA E DO BRASIL</b>                              | <b>7</b>  |
| Daniel Justiniano Andrade<br>José Carlos Francisco  |           |
| <b>ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: ATIVISMO JUDICIAL NA<br/>CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA E A MIGRAÇÃO DE IDEIAS<br/>CONSTITUCIONAIS PARA O STF</b> | <b>31</b> |
| Daniel Castanha de Freitas<br>Flávio Garcia Cabral<br>William Ivan Gallo Aponte   |           |
| <b>OS IMPACTOS PÓS-PANDEMIA NO BRASIL E O COMBATE E<br/>ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL</b>  | <b>53</b> |
| Bruna Nubiato Oliveira<br>Daniela Rocha Rodrigues Peruca<br>Elisaide Trevisam   |           |
| <b>A IMPORTÂNCIA DAS COMUNIDADES TRADICIONAIS PARA A<br/>PROTEÇÃO E PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE E DO<br/>PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL</b>               | <b>71</b> |
| Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida<br>Maria Cristina Vitoriano Martines Penna  |           |
| <b>O ATIVISMO JUDICIAL NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA</b>   | <b>92</b> |
| Rubens Alexandre Elias  |           |

|   |            |
|---|------------|
| <b>INCENTIVOS DAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRA E PORTUGUESA QUANTO AO USO DE TECNOLOGIAS LIMPAS NO CAMPO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS</b> | <b>105</b> |
| Bruno Bastos de Oliveira<br>Galdino Luiz Ramos Junior<br>Lucas Freitas dos Santos   |            |
| <b>THANATUS PEDE PASSAGEM: NECROPOLÍTICA E COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO</b>   | <b>126</b> |
| Cleber Freitas do Prado<br>Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth   |            |
| <b>O IMPACTO DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA NA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E NO DIREITO AO ESQUECIMENTO</b>                         | <b>154</b> |
| Gabriel Henrique Hartmann<br>Stéfani Reimann Patz<br>Thami Covatti Piaia  |            |
| <b>LINHA EDITORIAL</b>  | <b>168</b> |

## EDITORAL

Neste volume, a Revista Direito UFMS traz artigos de doutores (as), doutorandos (as), mestres (as) e mestrandos (as) de instituições das mais variadas partes do Brasil e de outros países, recebidos pelo Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas – SEER, *software* disponibilizado pelo IBICT, e avaliados pelo método *Double Blind Peer Review*. Destaca-se, nesta edição, a participação dos autores convidados: Prof. Dr. José Carlos Francisco e Daniel Justiniano Andrade; Prof. Dr. Flávio Garcia Cabral, Prof. Dr. William Ivan Gallo Aponte e Doutorando Daniel Castanha de Freitas; Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Elisaide Trevisam, Mestranda Daniela Rocha Rodrigues Peruca e Mestranda Bruna Nubiato Oliveira. Ainda, destaca-se nessa edição, a participação numerosa dos Programas de Pós-Graduação em Direito (PPGDs) e Instituições de Ensino Superior (IES) de inúmeras regiões do Brasil.

Cumpre-nos reafirmar que com enfoque nos objetivos de criar um vasto campo de discussão e aproximação dos Direitos Humanos e Fundamentais; oferecer aos estudiosos uma visão atualizada das principais problemáticas jurídicas a serem enfrentadas pelas sociedades contemporâneas; fomentar e disseminar, de modo sistematizado, os estudos científicos realizados nessas áreas; a Revista Direito UFMS possui a missão de inserir as produções científicas de autores (as) convidados (as) nacionais e estrangeiros, do corpo docente e discente da UFMS e demais alunos (as), docentes e pesquisadores (as) das mais diversas instituições de ensino do Brasil e exterior.

Trata-se de uma publicação semestral e eletrônica, apoiada pela Faculdade de Direito – Fadir/UFMS e pelo seu Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD/UFMS, que busca honrar seu compromisso com a excelência da pesquisa jurídica e atender aos direcionamentos estabelecidos pela área do Direito junto a CAPES/ MEC, bem como aos padrões exigidos nos indicativos do sistema *Qualis* Periódicos.

Nesse sentido, a revista que temos a honra de apresentar traz trabalhos científicos inéditos, de autores (as) nacionais e estrangeiros, respeitando-se as regras vigentes de exogenia/endogenia. Além disso, os artigos foram avaliados pelo método do sistema *Double Blind Peer Review*, em que a avaliação é feita por docentes que desconhecem os (as) autores (as), assim como os (as) autores (as) desconhecem seus docentes avaliadores. Para se evitar o plágio, os artigos são registrados no sistema Digital Object Identifier – DOI. Igualmente, informamos que a Revista Direito UFMS está indexada no Latindex, Sumários.org, Oajinet, Drji, Diadorim, Google Scholar, Redib, Worldcat, Ulrichs Web, Livre, Base e Sherpa/Romeo.

É também com alegria e satisfação que reiteramos que a Revista Direito UFMS, após processo de avaliação e seleção realizado pela Coordenação de Aperfeiçoamento do Pessoal de Nível Superior (CAPES), recebeu o importante selo Qualis B2. Esta certificação é uma evidente indicação do amadurecimento, melhoria e excelência alcançados pelo periódico.

Nós, editoras da Revista Direito UFMS, orgulhosamente, compartilhamos com todos (as) que acessam a revista, as valiosas contribuições que aqui revelaram uma excelente articulação com o eixo temático proposto pelo Conselho Editorial.

Nosso especial agradecimento a todos (as) que trouxeram suas análises e reflexões por meio de artigos científicos e resenhas, em particular, a assistente editorial que gentilmente contribuiu para a realização deste volume, Rafaela de Deus Lima, mestra pelo PPGD/UFMS. Desejamos uma proveitosa leitura!

Campo Grande, inverno de 2021.

*Livia Gaigher Bósio Campello e Luciani Coimbra de Carvalho*  
Coordenação editorial da *Revista Direito UFMS*

## LIBERDADE DE CULTOS RELIGIOSOS PRESENCIAIS DURANTE A PANDEMIA: PRECEDENTES DA SUPREMA CORTE AMERICANA E DO BRASIL

### *FREEDOM OF IN-PERSON RELIGIOUS WORSHIP DURING THE PANDEMIC: PRECEDENTS FROM THE AMERICAN SUPREME COURT AND BRAZIL*

Daniel Justiniano Andrade

Graduado em Teologia e Direito, Especialista em Filosofia, Mestre em Ciências da Religião, Mes-  
trando em Direito e Licenciando em Filosofia, Pastor da Igreja Presbiteriana do Brasil e Advogado.

José Carlos Francisco

Professor na Universidade Mackenzie/SP, Líder do grupo de pesquisa CNPq Cidadania, Constitui-  
ção e Estado Democrático de Direito, Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais –  
IBEC, Membro do Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas, Mestre  
e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo - USP, e Desembargador no  
Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

#### **Autores convidados**

**Resumo:** Tendo como premissa os efeitos devastadores da pandemia, este estudo cuida do problema da liberdade de culto presencial no contexto de pandemia causada pelo novo coronavírus, e apresenta como hipótese pesquisa que o sistema constitucional brasileiro permite, tão somente, que o Estado (em seus âmbitos nacional e subnacionais) limite reuniões religiosas visando controlar a propagação do vírus, para o que deve empregar o conhecimento científico para estabelecer a relação espaço-pessoa, fixando restrições quantitativas que não podem ser excessivas (ao ponto de impedir os cultos presenciais) e nem frágeis (potencializando a contaminação). A hipótese é confirmada pelo método dedutivo, com amparo em revisão bibliográfica, documental e jurisprudencial, valendo-se do conceito de tolerância de John Locke (de tal modo que os poderes públicos devem respeitar a diversidade que marca a existência humana), do pluralismo do direito positivo brasileiro, e também de julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos (que, no contexto na mesma pandemia, concluiu pela conciliação da liberdade de reunião ponderada com a preservação da saúde pública), e de precedentes no Poder Judiciário brasileiro.

**Palavras-chave:** liberdade de religião; cultos presenciais; pandemia; tolerância; Suprema Corte Americana.



**Abstract:** *Having as premise the devastating effects of the pandemic, this study deals with the problem of freedom of in-person worship in the context of the pandemic caused by the new coronavirus, and presents as research hypothesis that the Brazilian constitutional system allows only the State (in its national and subnational scopes) to limit religious meetings aiming to control the spread of the virus, for which it must employ scientific knowledge to establish the space-person relationship, fixing quantitative restrictions that cannot be excessive (to the point of impeding physical worship) nor fragile (potentializing contamination). The hypothesis is confirmed by the deductive method, based on a bibliographic, documental and jurisprudential review, using John Locke's concept of tolerance (in such a way that the public powers must respect the diversity that marks human existence), the pluralism of Brazilian positive law, and also the judgment of the Supreme Court of the United States (which, in the context of the same pandemic, concluded by reconciling freedom of thoughtful assembly with the preservation of public health), and precedents in the Brazilian Judiciary.*

**Keywords:** *freedom of religion; in-person worship; pandemic; tolerance; U.S. Supreme Court.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. John Locke e tolerância. 2. Padrões normativos da liberdade religiosa e da proteção à saúde. 3. Suprema Corte Americana e restrições à liberdade de culto no contexto da pandemia. 3.1. Restrições discriminatórias e requisito mínimo de neutralidade estatal. 3.2. Exigência de adoção de medidas menos restritivas. 3.3. Danos irreparáveis à liberdade religiosa. 3.4. Defesa da saúde pública. 4. Poder Judiciário Brasileiro e restrições à liberdade de culto durante a pandemia. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A Pandemia causada pelo novo coronavírus (que gera a COVID-19) demandou adaptações no funcionamento de diversos seguimentos, incluindo as dinâmicas das entidades religiosas, impactando na liberdade de reunião, de culto ou de celebrações, dentro e fora de seus prédios ou templos. Com os necessários novos mecanismos para práticas religiosas coletivas visando ao cumprimento de deveres de solidariedade para evitar aglomeração de pessoas (atendendo a políticas públicas de saúde pública), houve infringência de ritos e dogmas que têm a presença física de fiéis simultaneamente em seus respectivos locais de culto, com potenciais danos à vivência da espiritualidade (especialmente em contexto de angústia, insegurança e até desespero, causados pela pandemia).

Tendo como problema se a liberdade de culto presencial pode ser suprimida pelas autoridades públicas brasileiras no contexto de pandemia, ou se apenas pode ser restringida para quantitativos aceitáveis que conciliem religião e a saúde, este estudo tem como hipótese que o sistema constitucional brasileiro permite, tão somente, que o Estado (em seus âmbitos nacional e subnacionais) limite reuniões religiosas visando controlar a propagação do novo coronavírus, para o que deve empregar o conhecimento científico para estabelecer a relação espaço-pessoa com critérios quantitativos que não podem ser excessivos (ao ponto de impedir os cultos presenciais) e nem frágeis (potencializando a conta-

minação). Para confirmar essa hipótese, apresentamos como referencial teórico a ideia de tolerância de John Locke, de tal modo que o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário (aplicando a Constituição Federal) devem respeitar a diversidade que marca a existência humana, notadamente as necessidades de culto presencial que reforçam a liberdade religiosa como direito fundamental, razão pela qual essas práticas devem ser preservadas com a devida ponderação em vista do ambiente de pandemia em decorrência do novo coronavírus.

Também para comprovar essa hipótese, este estudo traz julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos que, no contexto na mesma pandemia, concluiu pela imperativa conciliação da liberdade de reunião ponderada com a preservação da saúde pública diante da Covid-19. E, a título de exemplo, este estudo apresenta alguns casos de judicialização perante o Poder Judiciário brasileiro, para mostrar que argumentos utilizados pela Suprema Corte dos Estados Unidos podem inspirar a construção de soluções no Brasil (dada a similaridade normativa entre esses dois países no que concerne ao objeto desta pesquisa). Partimos da premissa dos efeitos devastadores da pandemia, especialmente no Brasil e nos Estados Unidos, mas nosso objeto de pesquisa está centrado também na liberdade religiosa e no pluralismo que leva ao respeito das diferentes necessidades humanas.<sup>1</sup> Portanto, nosso objetivo específico é demonstrar que, sob o ângulo jurídico, o Estado brasileiro deve aceitar o pluralismo e a diversidade para reconhecer a importância da religião para milhões de fiéis, com cultos presenciais tão vitais como a própria a saúde (como mostra a história da religião na evolução das sociedades), para o que utilizamos o método dedutivo, com amparo em revisão bibliográfica, documental e jurisprudencial.

## 1. JOHN LOCKE E TOLERÂNCIA

É antiga a necessidade de definir o alcance da liberdade religiosa e os limites das intervenções estatais no funcionamento das religiões. Em vista do objeto deste estudo, recortamos a pesquisa para a análise da contribuição dada por John Locke, especialmente sua concepção acerca da tolerância, que tem sido referencial de reconhecimento da pluralidade religiosa e de combate à violência como meio para a imposição da fé ou de convicções, praticada pelas religiões ou

---

<sup>1</sup> A escolha por analisar, conjuntamente, Brasil e Estados Unidos se justifica não só pela importância desse país estrangeiro no contexto mundial, mas também pelas gravíssimas consequências da pandemia em cada um deles. O jornal Folha de S.Paulo, Mundo A13, do dia 29/01/2021, publicou matéria “Brasil é o país que lidou pior com crise, diz análise”, tratando de relatório feito pelo centro de estudos australiano Lowy Institute que combinou critérios para estabelecer qual o ranking de países no combate ao novo coronavírus: de um total de 98 países avaliados e apresentados em ordem decrescente de qualidade, a Nova Zelândia ocupa o 1º lugar, enquanto EUA ficam em 94º, e o Brasil em 98º.

pelo Estado.<sup>2</sup> A pandemia acentuou uma face dos conflitos entre as religiões e o Estado, justificando assim o apelo à tolerância de Locke como paradigma para equalizar os limites de ação do poder público e do poder espiritual.

Para Locke, a liberdade religiosa está associada à liberdade de consciência, espaço no qual se dá o “culto interno do coração que Deus exige”, “inteiramente silencioso”, “secreto”, “completamente escondido dos olhos e da observação dos homens”, representando “a essência e a alma da religião”, de tal modo que não “se sujeita às leis humanas, nem de fato é suscetível de tal sujeição”. Além desse culto silencioso da alma, há um “culto divino”, “culto externo”, que promove “atos exteriores de religião”, também “ordenado por Deus em Sua lei” e “em virtude da Sagrada Escritura”, e que os religiosos são obrigados a cumprir; os aspectos desse culto expressamente ordenado na lei divina, ordinariamente, não podem ser restringidos pelo Estado, pois ele não possui “nenhum direito sobre esse culto, que não pode ser alterado por ninguém senão pelo próprio Legislador”, que é Deus (LOCKE, 1978, p. 72-73).

Segundo John Locke, o magistrado não pode estabelecer ou proibir, mediante lei civil, os ritos ou cerimônias usados nas assembleias religiosas, pois eles foram estabelecidos por certa igreja e, por isso, agir num ou noutro sentido “destruiria a própria igreja, cujo objetivo consiste no culto de Deus por ela livremente formulado”; as igrejas devem possuir suas próprias leis e assim estabelecer o “número e lugar das reuniões”, as “condições” de admissão e exclusão de seus membros e a regulamentação de suas demais atividades, pois se estiverem “completamente sem leis” se dissolverão e “imediatamente” e morrerão. Nesse sentido, considerando os deveres do magistrado com respeito à tolerância, segundo Locke, a regra seria de que “o cuidado das almas não pertence ao magistrado”, ou seja, não deveria haver para as almas um “cuidado magistrático”, mas eclesiástico, poia ao magistrado caberia “prescrever por meio de leis e obrigar por meio de castigos”, apenas as questões relacionadas aos bens civis (LOCKE, 1978, p. 05-17).

Para o autor inglês, a restrição à intervenção estatal nas religiões não seria absoluta, mas deveria ser conduzida por alguns parâmetros, dentre os quais o que for legal na comunidade ou na sociedade, não pode ser proibido pelo magistrado na Igreja, e o que for proibido na comunidade (coisas vistas como preju-

---

<sup>2</sup> O filósofo inglês John Locke (1632-1704) é amplamente reconhecido pela defesa da liberdade e da tolerância religiosa dentro do pensamento moderno, além de referência do pensamento liberal no início da idade moderna que dá as bases da sociedade contemporânea, motivos suficientes para que sirva como referencial teórico neste estudo. O estudo do mesmo problema de pesquisa, por certo, pode se servir de outros referenciais, tais como os de Charles Taylor (sobre diversidade atual na chamada “era da autenticidade”) e de John Rawls (relativos a tolerância e consenso sobreposto), utilizados por Francisco e Aquino (2020).

diciais à comunidade e proibidas na vida ordinária mediante leis decretadas para o bem geral) não podem ser permitidas para o uso sagrado na Igreja nem passíveis de impunidade. Conforme Locke, outra regra seria que, em relação às “coisas indiferentes, e, talvez, nenhuma exceto estas”, estariam sujeitas ao Poder Legislativo, o que não significava que o magistrado poderia decretar tudo o que fosse de seu agrado acerca de qualquer coisa que lhe fosse indiferente; a regra a ser observada pelo magistrado ao legislar sobre as questões indiferentes é o bem público (“norma” e “medida do legislador”), de maneira que se alguma coisa não for útil à comunidade, por mais indiferente que seja, então não poderia em razão disso ser estabelecida pela lei. (LOCKE, 1978, p. 15-17). Ainda que seja possível dizer que Locke escreveu sem ter como referência a gravidade de quadros de pandemia como o gerado pelo novo coronavírus a partir de 2020, a atualidade e a importância de suas ideias são ainda muito firmes e relevantes por revelar a diversidade, notadamente como a religião é sentida e vivenciada de modo diferente para cada ser humano, daí porque a tolerância é conceito essencial para delimitar a prática de cultos presenciais e a proteção à saúde.

## **2. PADRÕES NORMATIVOS DA LIBERDADE RELIGIOSA E DA PROTEÇÃO À SAÚDE**

A Constituição brasileira de 1988 estabelece o pluralismo político como fundamento do Estado Democrático de Direito, do que decorre o direito à diversidade e o dever fundamental de tolerância (art. 1º V), bem como: assegura o livre exercício dos cultos religiosos, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias e a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, de maneira que ninguém seja privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei (art. 5º, incisos VI, VII e VIII); veda à União, aos Estados, aos Municípios, e ao Distrito Federal, estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento, ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança (ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público, art. 19, inciso I, da Constituição), embora os mesmos entes estatais devem respeitar a imunidade tributária dos templos de qualquer culto para facilitar suas operações (art. 150, VI, “b”, e art. 195, 7º).

As disposições dos atos e instrumentos normativos internacionais (agregadas ao sistema de fontes hierárquicas brasileiro com força normativa supralegal mas infraconstitucional, porque cuidam de direitos humanos antes da Emenda Constitucional nº 45/2004) afiançam que toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, de forma geral (BRASIL, 2013). Nesse âmbito

estão a liberdade de professar, manifestar e divulgar sua religião ou crença, isolada ou coletivamente, em público ou em particular, por meio do culto, da celebração de ritos, do ensino e de outras práticas; liberdade de praticar o culto, celebrar reuniões sobre a religião ou convicções, fundando e mantendo lugares para essas finalidades; liberdade de observar dias de descanso e de comemorar festividades e cerimônias de acordo com os preceitos de uma religião ou convicção.<sup>3</sup>

Como todos os direitos e garantias fundamentais, a liberdade religiosa (com a inerente reunião de pessoas para as celebrações) não é exercível de modo extremo, pois submete-se a um conjunto de restrições normativas em favor de interesses públicos e privados legítimos. A liberdade religiosa, assim como as demais liberdades públicas, semelhantemente, não pode ser compreendida “em sentido absoluto” quando se trata de extensão ou amplitude de exercício, tendo em vista a “convivência das liberdades”, de modo que “nenhuma delas pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias” ou usadas como escudo para “proteger abusos nem acobertar violações” (GRINOVER, 1982, p. 251).

O exercício da liberdade religiosa pode ser juridicamente limitado e não deve ser usado indevidamente como escudo ou disfarce para o cometimento de ilícitos de qualquer natureza, conclusão ínsita ao sistema jurídico brasileiro. O conjunto normativo internacional também aponta parâmetros para limitações legítimas à liberdade de pensamento, consciência, convicções ou religião e de sua manifestação individual ou coletiva, acolhendo restrições previstas em lei e que se façam necessárias numa sociedade democrática para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.<sup>4</sup> Todos os atos lesivos a direitos, incluindo os atos “administrativos que visam o implemento de políticas públicas”, estão sujeitos ao controle jurisdicional, mesmo porque o livre acesso ao Poder Judiciário é garantia fundamental

<sup>3</sup> Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções (artigo 6º).

<sup>4</sup> Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 18, p.135); Convenção Americana de Direitos Humanos: Pacto de São José da Costa Rica (artigo 12, p. 155), Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções (artigo 1º), Convenção Europeia de Direitos Humanos, (artigo 9º). Por exemplo, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) estabelece que todas as pessoas possuem o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, o qual inclui a mudança de credos, de manifestá-las, individualmente ou coletivamente, privativamente ou publicamente, seja por meio de celebrações litúrgicas de adoração, como também pelo ensino e pela prática de suas convicções. Mas essas prerrogativas são limitadas pela lei, notadamente para salvaguardar a segurança pública, bem como para a imprescindível proteção da ordem, da saúde e da moral públicas e também para a garantia dos direitos e das liberdades dos outros, conforme EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *European Convention on Human Rights*, p. 10, artigo 9º. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf). Acesso em: 25 out. 2020.

geral do sistema constitucional de 1988 (art. 5º. XXXV). Ao exercer suas funções, o Judiciário controla concretamente a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados, quando for o caso (CARVALHO FILHO, 2010, p. 946-947).

Contudo, a liberdade religiosa e de reunião de fiéis para atos cívicos não pode também ser restringida ou neutralizada sem a devida fundamentação jurídica, de tal modo que a atuação dos magistrados deve cessar diante de limites objetivos do direito posto e a inobservância desse limite constitui excesso de sua competência, afronta à separação dos Poderes e ao Estado Democrático de Direito (BRASIL, 2011). O controle judicial dos atos legislativos e administrativos é da essência da separação de poderes, mas as decisões judiciais devem se cumprir os comandos do Estado de Direito, porque o arbítrio surgiria se o juiz fosse integrado ao legislador ou ao Poder Executivo (MONTESQUIEU, 200, p. 168). Além disso, o “poder sem controle é, por sua própria natureza, maléfico” e “quando não está limitado” se “transforma em tirania e despotismo” (LOEWESTEIN, 1983, p. 28).

Ocorre que os poderes públicos (à evidência), inclusive o Poder Judiciário, também devem obediência a todos os regramentos editados para a preservação de vidas e para a proteção da saúde (sob a premissa de terem sido produzidos a partir de critérios técnicos e científicos aceitáveis), mesmo porque a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196 da Constituição de 1988). É nesse contexto que se coloca o problema deste estudo: algumas religiões têm ritos que exigem a presença física e simultânea de fiéis para que possam ser realizados (p. ex., a cerimônia ou sacramento da eucaristia ou Santa Ceia, cuja correta administração é considerada uma das marcas que distinguem a religião verdadeira da falsa, além de ser central na espiritualidade cristã).

### **3. SUPREMA CORTE AMERICANA E RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE CULTO NO CONTEXTO DA PANDEMIA**

Os Estados-Membros americanos têm importantes competências para combater aos efeitos da pandemia do novo Coronavírus, dadas as características de seu federalismo.<sup>5</sup> Restrições administrativas foram criadas e alcançaram as ativi-

---

<sup>5</sup> Como sabemos, o federalismo dualista (marcado pela divisão de competências privativas entre União e Estados-Membros, cada qual com atribuições que não se confundem) foi alterado a partir da década de 1930 nos EUA, em razão das medidas do New Deal, a partir de quando surgiram traços do federalismo cooperativo (pelo qual há uma partilha de competências que abrangem tanto temas comuns quanto privativos, de tal modo que a União tem o papel de harmonizar o exercício das atribuições estaduais em temas confiados concomitantemente a todas as unidades federativas). Sobre o federalismo cooperativo nos EUA, por todos, SCHÜTZE, Robert. *From Dual*



dades religiosas, gerando conflitos e judicializações quanto à liberdade de culto. O Governador do Estado de Nova York limitou atividades gerais pela Ordem Executiva nº. 202.68, alcançando as organizações religiosas com restrições fixas de comparecimento presencial nos templos ou locais de culto: nas regiões nominadas e demarcadas como “zona vermelha”, tendo em vista o elevado número de casos de contaminação pela COVID-19, os locais de culto ou celebrações religiosas estariam sujeitos “a um limite de capacidade de 25% da ocupação máxima ou de 10 pessoas”, o que fosse “menor”;<sup>6</sup> em outras, consideradas como “zona laranja”, os locais de culto submeter-se-iam a “um limite máximo de capacidade inferior a 33% da ocupação máxima ou de 25 pessoas”, o que fosse “menor”; e em uma “zona amarela”, os locais teriam “um limite de capacidade de 50% de sua ocupação máxima” e deveriam “seguir as orientações do Departamento de Saúde”.<sup>7</sup>

Contra essas restrições do Estado de Nova York, insurgiram-se algumas organizações, dentre elas a *Agudath Israel of America*, *Agudath Israel of Kew Garden Hills*, *Agudath Israel of Madison*, *Agudath Israel of Bayswater*, *Rabbi Yisroel Reisman*, *Rabbi Menachem Feifer*, *Steven Saphirstein (collectively, “Agudath Israel”)*, e *Roman Catholic Diocese of Brooklyn*, recorrendo à *United States District Court for the Eastern District of New York* e também à *United States Court of Appeals for the Second Circuit*, buscando “uma ordem de restrição temporária e liminar” contra a Ordem Executiva do Governador Cuomo nº. 202.68”, alegando que as restrições

---

to *Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*. Oxford Scholarship Online: February 2010. Disponível em: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199238583.001.0001/acprof-9780199238583>. Acesso em: 26 jan. 2021.

<sup>6</sup> As cores definem a capacidade de atendimento de pessoas contaminadas, sendo que a cor vermelha é mais grave comparada a cor laranja.

<sup>7</sup> NEW YORK. *Executive Order n.º. 202.68: Continuing Temporary Suspension and Modification of Laws Relating to the Disaster Emergency*. Given in the City of Albany this sixth day of October in the year two thousand twenty. Disponível em: <<https://www.governor.ny.gov/news/no-20268-continuing-temporary-suspension-and-modification-laws-relating-disaster-emergency>> Acesso em: 27 dez. 2020. Utilizamos esse case da Suprema Corte dos EUA por nos parecer mais abrangente e ilustrativo, comparado a outros pronunciamentos, tal como em *South Bay United Pentecostal Church, and Bishop Arthur Hodges III, versus Gavin Newsom*, governador da Califórnia e outros. A principal questão apresentada no requerimento dizia respeito ao plano de reabertura do comércio da Califórnia, pois segundo os requerentes ele permitia o funcionamento de fábricas, escritórios, restaurantes e escolas, mas não a reunião de pessoas nos locais de culto, razão pela qual violou a cláusula de Livre Exercício prevista na Primeira Emenda à Constituição dos EUA; UNITED STATES OF AMERICA. *Supreme Court of the United States: South Bay United Pentecostal Church, et al., Applicants v. Gavin Newsom, Governor of California, et al.* Nº. 19A1044. Docketed: May 26, 2020. Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docket/docketfiles/html/public/19a1044.html>> Acesso em: 10 jan. 2020. Ver também: STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Saúde e liberdade religiosa: o caso da Igreja Pentecostal South Bay United, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no contexto da COVID-19*. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL] v. 21 n. 1 (2020). Publicado: 30-06-2020. Disponível em: <https://doi.org/10.18593/ejll.24345>. Acesso em: 27 jan. 2021.

impostas a ela violava seu livre exercício de religião, assegurado pela Primeira Emenda à Constituição americana (além de outros argumentos).

Diversos requerimentos com esse conteúdo foram apresentados ao Tribunal Distrital, mas, na maioria deles, as liminares não foram concedidas e alguns ficaram com recursos pendentes de julgamento.<sup>8</sup> Em um deles, por exemplo, o Juiz Eric Komitee, da *United States District Court for the Eastern District of New York*, negou o pedido da requerente, argumentando que as restrições impostas não a discriminavam negativamente, nem tampouco feriam seu direito à liberdade religiosa, mas eram medidas necessárias, tendo em vista a necessidade de adoção de medidas restritivas pelo governador de Nova York para combater a proliferação do Coronavírus (UNITED STATES OF AMERICA, 2020). Por conta disso, as organizações supramencionadas recorreram à *United States Court of Appeals for the Second Circuit*, mas as liminares requeridas também foram negadas, sob o fundamento de que, muito embora o Tribunal compreendesse perfeitamente o impacto que a ordem executiva teve nas casas de culto em todas as zonas afetadas, dentro de cada zona, a ordem atacada sujeitava os cultos religiosos a restrições semelhantes ou, de fato, menos severas do que aquelas impostas a reuniões seculares comparáveis, sendo, portanto, improcedente à alegação de que as medidas restritivas fossem discriminatórias contra as organizações religiosas (UNITED STATES OF AMERICA, 2020).

Mas as organizações religiosas não desistiram e finalmente recorreram à Suprema Corte Americana, de modo que a Ordem Executiva nº. 202.68 do Governador Cuomo foi atacada pelo requerimento nº. 20A87, feito pela *Roman Catholic Diocese of Brooklyn*, e também em outro, apresentado pela *Agudath Israel of America, et al. versus Andrew M. Cuomo* (nº. 20A90). No requerimento nº. 20A87, a referida organização religiosa alegou que as restrições percentuais ou numéricas e fixas, eram abusivas, dentre outras razões, pelo fato de serem estabelecidas “independentemente do tamanho do edifício” e pelo fato de o governo de Nova York permitir que vários negócios seculares operassem sem quaisquer restrições de capacidade, de tal modo que haveria discriminação em desfavor da liberdade de culto (UNITED STATES OF AMERICA, 2020). Já no requerimento nº. 20A90, as organizações requerentes argumentaram que as restrições eram discriminatórias em desfavor da comunidade judaica ortodoxa radicada em Nova York, já que a Ordem Executiva nº. 202.68 havia deixado claro que havia sido

---

<sup>8</sup> Requerimentos disponíveis em: 20-3590 - *The Roman Catholic Diocese of v. Cuomo*, 20-4844 - *The Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v Cuomo*, 20-3572 - *Agudath Israel of America v. Cuomo*. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/app/search/%7B%-22query%22%3A%2220-4834%20Roman%20Catholic%22%2C%22offset%22%3A0%7D>. Acesso em: 28 dez. 2020.



direcionada a práticas e tradições de uma minoria religiosa, violando a cláusula do livre exercício da fé religiosa.

Em ambos os requerimentos, fazendo menção às ordens limitadoras nas áreas classificadas como “zonas vermelhas”, nas quais apenas 10 pessoas poderiam participar das celebrações religiosas e nas áreas definidas como “zonas laranja”, cuja participação seria limitada a 25 pessoas, as organizações religiosas mencionadas formularam pedidos liminares para ampliar esses limites, argumentando que as restrições eram excessivamente severas e afrontavam a liberdade religiosa prevista na Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, além de serem discriminatórias contra as religiões (UNITED STATES OF AMERICA, 2020). Os requerentes igualmente alegaram ter cumprido todas as orientações de saúde pública, implantando medidas adicionais de precaução, funcionando assim por meses, sem verificar nenhum aumento de casos de contaminação pelo novo Coronavírus entre os participantes de suas reuniões, e também sustentaram que as regulamentações e restrições impostas pelo governador às reuniões religiosas em seus templos revelavam-se muito mais severas do que aquelas exigidas de setores seculares comparáveis e visavam à cercear seus direitos religiosos por meio de ações discriminatórias injustificadas (UNITED STATES OF AMERICA, 2020). Por isso, argumentaram que a manutenção das restrições severas acarretaria dano irreparável e o provimento do requerimento apresentado não prejudicaria o interesse público.

Em face desses fatos e razões apresentadas, a Suprema Corte dos Estados Unidos, avaliou e julgou, majoritariamente, procedente os referidos requerimentos para afastar a incidência dessas ordens executivas do governador de Nova York sobre as reuniões religiosas, contudo, com um número expressivo de votos divergentes. A convergência e a divergência entre eles revelam compreensões importantes sobre a competência e os limites discricionários dos governos para estabelecerem medidas restritivas de direitos fundamentais como a liberdade de culto, bem como das atribuições de controle do Poder Judiciário.

### **3.1. RESTRIÇÕES DISCRIMINATÓRIAS E REQUISITO MÍNIMO DE NEUTRALIDADE ESTATAL**

Para as juízas Elena Kagan e Sonia Sotomayor, que divergiram da decisão majoritária que reconheceu que as medidas impostas violavam o requisito mínimo de neutralidade estatal, a Suprema Corte americana havia estabelecido em julgamentos anteriores e semelhantes, que na busca pelo controle da disseminação do novo Coronavírus (que causa a COVID-19), o Estado poderia restringir a frequência em locais de culto desde que o fizesse também em relação a instituições seculares comparáveis, estabelecendo restrições que fossem

pelo menos igualmente estritas; para ambas, as medidas de segurança de Nova York se enquadravam nesses limites, pois restrições semelhantes ou mais severas haviam sido aplicadas a encontros seculares comparáveis, incluindo palestras, concertos, exibições de filmes, esportes com espectadores e apresentações teatrais, nos quais grandes grupos de pessoas se reuniam nas proximidades por longos períodos de tempo (UNITED STATES OF AMERICA, 2020).

Na verdade, segundo Elena Kagan e Sonia Sotomayor, Nova York tratava os locais de culto de maneira muito mais favorável do que outros locais seculares semelhantes, exigindo que cinemas, salas de concerto e arenas esportivas fechassem totalmente, mas permitindo que os locais de culto abrissem (sujeitos a “restrições de capacidade”), e essas medidas não eram aplicadas ao Estado inteiro, indistintamente, mas apenas em áreas especialmente designadas que apresentavam aumento de casos de contaminação, daí porque as requerentes não podiam exigir restrições mais flexíveis, pois já estavam recebendo tratamento melhor do que aquele dado às instituições seculares comparáveis. O tratamento “mais leniente” dado a atividades diferentes, como mercearias, bancos, lavanderias, oficinas de bicicletas e lojas de bebidas, justificava-se pelo fato de que, neles, as pessoas não se reuniam em grandes grupos para cantar e falar juntos por uma hora ou mais de cada vez e nem permaneciam nas proximidades por longos períodos (UNITED STATES OF AMERICA, 2020).

Embora Elena Kagan e Sonia Sotomayor tenham concordado que o livre exercício religioso é um dos “direitos constitucionais mais valorizados e zelosamente protegidos”, que os Estados não podem “discriminar as instituições religiosas, mesmo quando enfrentam uma crise tão mortal”, afirmaram que não era isso que estava em discussão naquele julgamento. No entendimento das julgadoras, as restrições aos locais de culto não violaram o requisito da neutralidade estatal nem configuraram discriminação ilícita, e isso basta para decidir o caso, de modo que as restrições estabelecidas por Nova York não foram inconstitucionais e salvavam vidas (UNITED STATES OF AMERICA, 2020). Porém, para a maioria dos juízes da Suprema Corte americana, as organizações religiosas requerentes demonstraram que as restrições contestadas violaram o requisito mínimo de neutralidade da religião. A ausência dessa neutralidade mínima pode ser comprovada pelo fato de as regulamentações propostas estabelecem distinções não justificadas entre as limitações impostas às reuniões nos templos religiosos (excessivamente severas) e as demais, menos restritivas, estabelecidas para outros seguimentos.

Nessa direção, os membros da Corte Constitucional americana argumentaram que, em uma zona vermelha, sinagogas ou igrejas não podiam admitir mais

de 10 pessoas, mas os negócios classificados como essenciais (como garagens, áreas de acampamento, fábricas de produtos químicos e microeletrônicos e todas as instalações de transporte) podiam receber quantas pessoas quisessem. De forma ainda mais abusiva, muito embora em uma zona laranja a frequência aos templos religiosos fosse limitada a 25 pessoas, as empresas não essenciais podiam decidir por si mesmas quantas pessoas receber (UNITED STATES OF AMERICA, 2020).

Sobre essa violação à neutralidade estatal, o juiz Neil McGill Gorsuch argumentou que o fato de certas atividades, consideradas essenciais, não terem sido alcançadas por restrições severas e limitadoras de frequência impostas pelo governador, de algum modo negava ao funcionamento das religiões o mesmo caráter de essencialidade e mostrava com clareza que os cultos religiosos eram vistos e tratados de modo discriminatório como inferiores. Segundo ele, o governador considerava como essenciais as lojas de materiais de construção e de bebidas alcoólicas, os escritórios de contabilidade e advocacia, mas não valorava assim as igrejas, de tal modo quem poderia ser “perigoso ir à igreja” mas seria essencial (durante a pandemia) “pegar outra garrafa de vinho” ou “comprar uma bicicleta nova”; assim, era visível o fato de que as restrições supostamente impostas em nome da defesa da saúde pública, nas verdade estava perfeitamente alinhada com a conveniência secular e, contra esse tipo de tratamento, ele argumentou que uma vez que pessoas poderiam reunir-se por períodos prolongados de tempo em estações de ônibus e aeroportos, em lavanderias e bancos, em lojas de materiais de construção e de bebidas, não havia uma razão aparente que impedisse as pessoas de se reunirem em igrejas e sinagogas sujeitando-se a restrições semelhantes, especialmente quando as instituições religiosas deixam claro que estão prontas, capazes e dispostas a seguir todas as precauções de segurança exigidas de negócios essenciais e talvez mais além. No entanto, se as igrejas e sinagogas foram tratadas de forma diferente e mais severa, a “única explicação” é o julgamento de que o que acontece lá simplesmente não é tão essencial quanto o que se passa nos espaços seculares, e isso, em sua opinião, é exatamente o tipo de discriminação que a Primeira Emenda proíbe (UNITED STATES OF AMERICA, 2020).

O juiz Brett Kavanaugh também votou para conceder as liminares requeridas, por entender que os limites numéricos para a participação de cultos religiosos estabelecidos em Nova York violaram a Primeira Emenda, argumentando as restrições não foram apenas severas mas também discriminatórias, pois estabeleceram tratamentos díspares injustificados entre casas de culto e outros locais que também reúnem pessoas:

Nas zonas vermelha e laranja, as casas de culto devem aderir a limites numéricos de 10 e 25 pessoas, respectivamente, mas esses limites não

se aplicam a alguns edifícios seculares nos mesmos bairros. Em uma zona vermelha, por exemplo, uma igreja ou sinagoga deve aderir a um limite máximo de 10 pessoas, enquanto um supermercado, pet shop ou loja grande na rua não enfrenta a mesma restrição. Em uma zona laranja, a discriminação contra a religião é ainda mais gritante: negócios essenciais e muitos negócios não essenciais não estão sujeitos a nenhum limite de frequência (UNITED STATES OF AMERICA, 2020).

Para Brett Kavanaugh, a discriminação do Estado contra a religião exige que o Estado apresente uma justificativa suficiente para suas ações, mas Nova York não justificou suficientemente o tratamento mais severo imposto aos locais de culto do que a outros negócios seculares; o governo alegou não ter discriminado as religiões de forma inadmissível, pois alguns negócios seculares, como cinemas, deveriam permanecer fechados segundo as restrições impostas (nesse sentido, haviam sido tratados de forma menos favorável do que as casas de culto), mas observando os precedentes da Suprema Corte, para que o Estado pudesse discriminar as religiões, não seria suficiente justificar suas ações demonstrando que outras atividades e locais de reunião de pessoas estavam sujeitos a restrições igualmente severas ou até mais severas do que aquelas impostas aos templos religiosos; uma vez que o Estado havia criado classes privilegiadas de negócios sem limitações ou com restrições menos severas (exatamente como Nova York havia feito), então seria necessário apresentar as razões que justificavam o fato de os locais de culto serem excluídos “dessa classe favorecida”, o que o governo de Nova York não fez (UNITED STATES OF AMERICA, 2020).

### **3.2. EXIGÊNCIA DE ADOÇÃO DE MEDIDAS MENOS RESTRITIVAS**

Segundo as conclusões da Suprema Corte dos Estados Unidos, as restrições impostas pelo governador de Nova York foram excessivamente severas e afrontaram a Primeira Emenda, considerando a disparidade entre as medidas adotadas em relação às religiões e outros seguimentos, e também se comparadas a limites impostos em outros lugares atingidos pela pandemia. De acordo com o juiz Neil McGill Gorsuch, a Primeira Emenda exige que os Estados tratem “os exercícios religiosos pelo menos tão bem quanto as atividades seculares comparáveis” e que nas restrições ao livre exercício da fé religiosa sejam escolhidas medidas “mais estreitamente” adaptadas ou “os meios menos restritivos disponíveis” dentre aqueles disponíveis, e unicamente diante de uma situação que revele necessidade ou interesse público comprovado; segundo Gorsuch, durante a pandemia alguns Estados ignoraram esses princípios há muito estabelecidos (UNITED STATES OF AMERICA, 2020).

O juiz Neil McGill Gorsuch assegurou que, dos locais de reunião para os

cultos e celebrações religiosas que haviam sido afetados por medidas restritivas severas, a maioria podia acomodar entre 500 e 1.000 pessoas, por isso, seria difícil admitir que mais de 10 pessoas em uma igreja ou sinagoga com 400 lugares criaria um risco mais sério para a saúde do que muitas outras atividades permitidas pelo Estado, mesmo porque as entidades religiosas haviam implementado e aderido rigorosamente a todos os protocolos de saúde, apresentando registros de segurança admiráveis, excelente histórico de combate à propagação do novo coronavírus, e não havia nenhum registro de surto da doença em suas congregações ou igrejas desde que foram abertas; na verdade, estavam “à frente da curva, aplicando protocolos de segurança mais rígidos do que o exigido pelo Estado”, de maneira que não havia nenhuma evidência de que tivessem contribuído para o aumento da disseminação do vírus, o que justificava a adoção de medidas menos restritivas e refutava a suposta necessidade de adoção de restrições mais severas (UNITED STATES OF AMERICA, 2020).

O juiz Brett Kavanaugh também votou favoravelmente para conceder as liminares requeridas, argumentando que, diante da devastadora pandemia, os Estados possuíam autoridade para impor limites personalizados (até mesmo rigorosos) ao comparecimento a cultos religiosos e reuniões seculares, mas as restrições de Nova York sobre os locais de culto haviam se mostrado mais rígidas do que as restrições da Califórnia e Nevada e muito mais severas do que as adotadas pela maioria dos outros Estados. Em face destes fatos, a decisão liminar e majoritária da Suprema Corte reconheceu que as medidas restritivas adotadas haviam sido mais severas do que o necessário, pois outras regras menos restritivas poderiam ter sido adotadas para minimizar o risco de contaminação dos participantes das reuniões religiosas ou por intermédio deles, dentre elas, a regra segundo qual a frequência máxima em um culto religioso seria limitada pelo tamanho da igreja ou sinagoga (UNITED STATES OF AMERICA, 2020).

### **3.3. DANOS IRREPARÁVEIS À LIBERDADE RELIGIOSA**

A Suprema Corte americana entendeu, majoritariamente, que as medidas restritivas aplicadas pelo Estado de Nova York violaram a liberdade religiosa, pois a perda dessa liberdade, mesmo por períodos mínimos de tempo, inquestionavelmente constitui dano irreparável. A limitação severa prejudicava a participação da grande maioria dos religiosos nos cultos religiosos; muito embora os excluídos pudessem assistir aos cultos remotamente, isso não equivaleria à participação presencial necessária em determinadas tradições religiosas para a participação de ritos, como a comunhão para os católicos (na medida em que a ministração e participação desse sacramento, segundo a teologia católica oficial, exige a presença física) (UNITED STATES OF AMERICA, 2020).

No entanto, o Chief Justice John Roberts não seguiu a maioria que se firmou, muito embora tenha reconhecido que os limites de capacidade numérica de 10 e 25 pessoas eram aparentemente excessivamente restritivos e violavam a cláusula de livre exercício de religião, daí porque julgou não ser necessário que a Suprema Corte se pronunciasse sobre aquela questão séria e difícil naquele momento. John Roberts afirmou que não concederia as medidas liminares requeridas pelo fato de o governador de Nova York ter revisado as restrições das áreas nas quais os locais de culto dos requerentes estavam, de maneira que elas não estariam mais sujeitas a restrições numéricas fixas; com a reclassificação os requerentes poderiam realizar cultos com até 50% da capacidade de seus templos e isso seria no mínimo tão favorável quanto a ampliação dos limites que eles procuravam (UNITED STATES OF AMERICA, 2020).

Em contrapartida, a maioria dos juízes compreendeu que os danos irreparáveis já causados pelas restrições severas e os que ainda poderiam ocorrer não seriam totalmente combatidos pela Suprema Corte se ela simplesmente negasse a medida cautelar requerida apenas pelo fato de o governador de Nova York ter reclassificado as áreas nas quais as igrejas e sinagogas estavam situadas, e limitando a participação de mais fiéis nos seus cultos ou celebrações (não mais a determinado número fixo, mas ao percentual de 50% da capacidade total dos locais de culto). A concessão da medida cautelar requerida ainda se fazia necessária, pois os requerentes continuavam sob a constante ameaça de reclassificação das áreas de seus locais de culto e de reaplicação das medidas mais severas, uma vez que o governador mudava regularmente a classificação de áreas específicas sem aviso prévio (UNITED STATES OF AMERICA, 2020).

#### **3.4. DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA**

No entendimento da Suprema Corte, afastar as medidas restritivas severas do Estado de Nova York não prejudicaria a saúde pública, pois os requerentes haviam comprovado ter cumprido rigorosamente os protocolos de combate ao vírus, e que suas reuniões não causavam a disseminação da doença, além do que não foi demonstrado que a saúde pública estaria em perigo se medidas menos restritivas fossem impostas às reuniões cúlticas. No entanto, as juízas Elena Kagan e Sonia Sotomayor e o juiz Stephen Gerald Breyer, dissentiram da maioria porque o novo coronavírus é de rápida propagação e fatal em muitos casos, motivo pelo qual afirmaram que as restrições impostas pelo governo de Nova York não seriam abusivas ou inconstitucionais (UNITED STATES OF AMERICA, 2020). Arrazoaram que os governadores e prefeitos são os encarregados e mais habilitados para avaliarem o rigor das medidas restritivas impostas, daí porque os tribunais deveriam conceder aos funcionários públicos eleitos ampla disci-

cionariedade, pois estavam adentrando e agindo em áreas repletas de incertezas médicas e científicas, frisando que a Constituição americana confia principalmente a segurança e a saúde das pessoas aos funcionários dos Estados politicamente encarregados (UNITED STATES OF AMERICA, 2020).

Além disso, os governos estaduais e nacionais podem reunir perícia científica e elaborar políticas específicas em resposta aos fatos variáveis na prática, principalmente no contexto da pandemia, agindo mais rapidamente do que os tribunais, motivo pelo qual a necessidade de garantir a discricionariedade dos governos é razoável tendo em vista a necessidade de ações imediatas de combate ao vírus, as informações limitadas sobre a doença e também pelo fato de as circunstâncias relacionadas à doença mudarem rapidamente (UNITED STATES OF AMERICA, 2020). Indubitavelmente, as ações administrativas do Poder Executivo deveriam ser equilibradas com as exigências da Primeira Emenda, mas o governo de Nova York deveria buscar maneiras de reconhecer apropriadamente os interesses religiosos em questão, contudo, sem arriscar danos à saúde e segurança do povo. De acordo com as Juízas Elena Kagan e Sonia Sotomayor, a maioria da Suprema Corte estava envolvendo-se num “jogo mortal” ao desprezar o “julgamento de especialistas”, daí porque o Tribunal não deveria conceder as liminares que poderiam exacerbar “o sofrimento da Nação” (UNITED STATES OF AMERICA, 2020).

Em contrapartida, segundo a maioria dos juízes da Suprema Corte americana, embora a avaliação de pessoas com especialização e responsabilidade na área da saúde devesse ser respeitada, não poderia levá-los a deixar de lado ou esquecer a Constituição, mesmo em uma pandemia, para validar limitações excessivas à liberdade religiosa. O juiz Brett Kavanaugh advertiu que a deferência judicial em uma emergência ou crise não significava abdicação total do Poder Judiciário, especialmente quando questões importantes de discriminação religiosa, discriminação racial, liberdade de expressão ou semelhantes são levantadas (UNITED STATES OF AMERICA, 2020).

No mesmo sentido, o juiz Neil McGill Gorsuch argumentou que a justificativa apresentada para o “desvio tão radical dos termos da Primeira Emenda e das regras há muito estabelecidas sobre sua aplicação, nos estágios iniciais da pandemia, levou em consideração a situação de emergência desencadeada e a ausência de uma compreensão adequada da doença; no momento atual, contudo, na iminência do encerramento do ano corrente e do início de novo ano, vivendo na sombra da pandemia, essa lógica expirou de acordo com seus próprios termos e, por isso, “mesmo que a Constituição tenha tirado férias durante esta pandemia, não pode se tornar um ano sabático”; portanto, era necessário dissipar os



equivocos sobre o papel da Constituição em tempos de crise, os quais já haviam sido permitidos no contexto da pandemia por muito tempo, mesmo porque não há nenhum mundo em que a Constituição tolere decretos executivos codificados por cores que reabram lojas de bebidas e bicicletas mas fecham igrejas, sinagogas e mesquitas” (UNITED STATES OF AMERICA, 2020, p. 14).

Nessa direção, o Juiz Brett Kavanaugh também votou favoravelmente pela emissão das liminares naquele julgamento, ao invés de postergá-las, pois garantiria direitos constitucionais dos requerentes e também forneceria alguma clareza necessária para o Estado e as organizações religiosas, permitindo certa previsibilidade a ambos no contexto da pandemia (UNITED STATES OF AMERICA, 2020).

#### **4. PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE CULTO DURANTE A PANDEMIA**

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal ainda não julgou pedidos relativos a restrições de reunião e de cultos religiosos no contexto da pandemia causada pelo novo coronavírus, mas há judicializações nas instâncias ordinárias combatendo atos normativos do Poder Executivo, sobre os quais trazemos alguns exemplos.<sup>9</sup>

O Ministério Público do Estado de São Paulo propôs ação civil pública contra o Município de São Paulo e o Estado de São Paulo, alegando que deveriam impostas determinações e sanções e não apenas com recomendações sobre medidas de isolamento social. Os Promotores de Justiça, Dora Martin Strilicherk, Anna Trotta Yaryd e Arthur Pinto Filho, afirmaram que meras recomendações em decretos sem sanção não possuem o condão de evitar aglomerações, colocando em xeque

<sup>9</sup> Nesta pesquisa, destacamos decretos do Município de São Paulo e do Estado de São Paulo, em vista da importância desses espaços subnacionais na realidade socioeconômica brasileira. Os atos normativos questionados são: *Decreto Municipal nº 59.285 de 18 de março de 2020*, que suspende o atendimento presencial ao público em estabelecimentos comerciais e o funcionamento de casas noturnas e outras voltados à realização de festas eventos ou recepções. Disponível em: <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-59285-de-18-de-marco-de-2020/consolidado>> Acesso em: 05 mai. 2020; *Decreto Estadual nº 64.862, de 13 de março de 2020*, que dispõe sobre a adoção, no âmbito da Administração Pública direta e indireta, de medidas temporárias e emergenciais de prevenção de contágio pelo COVID-19 (Novo Coronavírus), bem como sobre recomendações no setor privado estadual. Disponível em: <<https://www.saopaulo.sp.gov.br/wp-content/uploads/2020/03/decreto-64862.pdf>> Acesso em: 05 mai. 2020; *Decreto Estadual nº 64.864, de 16 de março de 2020*, que trata da adoção de medidas adicionais, de caráter temporário e emergencial, de prevenção de contágio pelo COVID-19 (Novo Coronavírus), e dá providências correlatas. Disponível em: <<https://www.saopaulo.sp.gov.br/wp-content/uploads/2020/03/decreto-64864.pdf>> Acesso em: 05 mai. 2020; e *Decreto Estadual nº 64.865, de 18 de março de 2020*, que acrescenta dispositivo ao Decreto nº 64.862, de 13 de março de 2020, que dispõe sobre a adoção, no âmbito da Administração Pública direta e indireta, de medidas temporárias e emergenciais de prevenção de contágio pelo COVID-19 (Novo Coronavírus), bem como sobre recomendações no setor privado estadual. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/wp-content/uploads/2020/03/decreto-64865.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2020.



as medidas de combate à pandemia adotadas e que, exatamente por isso, líderes religiosos como Edir Macedo e Silas Malafaia recusavam-se a fechar seus templos religiosos e questionavam estudos científicos e as determinações estatais, expondo não apenas seus fiéis, mas toda a cidade, ao risco de contágio avassalador (SÃO PAULO, 2020). Diante deste quadro, embora reconhecendo os direitos fundamentais às liberdades de locomoção, de religião e de culto, o Ministério Público Estadual paulista pediu a suspensão imediata de qualquer atividade não essencial e de eventos religiosos (sejam missas ou reuniões diversas), fundamentada no interesse público, e que as autoridades públicas determinassem medidas administrativas urgentes para garantir a suspensão imediata dos cultos e dos serviços religiosos em geral, bem como tomassem providências administrativas, sanitárias e penais de maneira que os líderes religiosos em geral (com destaque para Silas Malafaia e Edir Macedo) não convoquem seus seguidores para a celebração de cultos ou outros atos religiosos em suas igrejas ou templos situados na cidade e no Estado de São Paulo, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (SÃO PAULO, 2020).

O juiz estadual Randolpho Ferraz de Campos (da 14<sup>a</sup> Vara da Fazenda Pública do Foro da capital paulista) concedeu liminar determinando a adoção de medidas administrativas e sanitárias cabíveis para suspender e proibir a realização de missas, cultos ou quaisquer atos religiosos que implicassem reunião de fiéis e seguidores em qualquer número em igrejas, templos e casas religiosas de qualquer credo em todos os municípios do Estado de São Paulo, determinando, ainda, que fossem tomadas providências cabíveis nos âmbitos administrativo, sanitário e penal quanto a quaisquer líderes ou responsáveis pelos locais que façam convocações aos atos religiosos ora proibidos.

Analisando pedido de suspensão interposto, o Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, desembargador estadual Geraldo Francisco Pinheiro Franco, deferiu o pedido dos réus e restabeleceu a validade dos decretos, sob o fundamento de a liminar da 14<sup>a</sup> Vara da Fazenda Pública ter invadido o mérito de atos administrativos pautados pelos critérios de conveniência e oportunidade da Administração, insubstituível por comando judicial (SÃO PAULO, 2020). O Presidente do Tribunal paulista observou que as igrejas católicas decidiram não realizar missas, mais por conta da orientação do Vaticano do que em virtude das recomendações estatais, razão pela qual “foi desnecessária qualquer atitude de força pelo poder público”, e assim também deveria “ser no caso de outros cultos, religiões e crenças”; também ressaltou que a recomendação dos decretos (estadual e municipal) mostravam a opção estatal por manter abertos os templos, igrejas e casas de oração, permitindo o acolhimento de fiéis, de forma limitada e ordenada, sem aglomerações e presencialmente, deixando a critério dos líderes

religiosos a abertura ou não dos templos, daí porque a escolha administrativa é compreensível em momentos de crise e angústia que a todos atingem, e também em virtude da liberdade de crença e de reunião (art. 5º, VI, da Constituição Federal).

No âmbito federal, as atividades religiosas foram definidas como atividades essenciais pelo Presidente da República no Decreto nº 10.292, de 25 de março de 2020, valorando-as como “atividade essencial” (BRASIL, 2020). Contudo, em ação ajuizada perante a Justiça Federal da Seção Judiciária da 2ª Região, foi deferido pedido liminar pelo juiz Márcio Santoro Rocha, argumentando que o referido decreto colocava em risco a eficácia das medidas de isolamento e achatamento de curva de casos da COVID-19, pois o acesso a igrejas, templos religiosos e lotéricas estimula a aglomeração e circulação de pessoas (RIO DE JANEIRO, 2020). Segundo a decisão judicial de primeira instância, a atividade religiosa poderia ser perfeitamente “desempenhada em casa, com os recursos da internet”, citando como exemplo que o Papa Francisco havia adotado tal providência na realização de suas missas, mesmo porque o exercício da atividade religiosa, como qualquer outro, pode ser limitado em razão de outros direitos.

Analisando pedido de suspensão de liminar, o Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, desembargador federal Roy Reis Friede, deferiu o pedido apresentado pela União fundamentando o Poder Judiciário não pode interferir em atribuições exclusivas do Congresso Nacional (art. 49, V, da Constituição), privativas do Chefe do Poder Executivo Federal (art. 84, VI, da ordem de 1988) e também confiadas ao Chefe do Poder Executivo Municipal (art. 23, II, do texto constitucional), revelando pessoas (RIO DE JANEIRO, 2020). Segundo o entendimento do Presidente da Corte Regional, cabe ao Presidente da República dispor sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o art. 3º, § 8º, § 9º da Lei 13.979/2020, e ao Poder Executivo Municipal promover as atividades de interesse local, sendo confiado ao Congresso Nacional o controle de atos normativos do Poder Executivo quando exorbitem as atribuições regulamentares, sendo vedado ao Poder Judiciário usurpar essas competências, causando grave lesão à ordem jurídica e ofensa à separação de poderes.

E especificamente sobre a qualificação das atividades religiosas como atividades essenciais nesse contexto, o Presidente do Tribunal Regional Federal destacou o fato de o decreto se revestir evidente caráter de cautela, fato que poderia ser extraído da clara previsão de que as atividades religiosas de qualquer natureza só poderão ser efetivadas desde que *obedecidas as determinações do Ministério da Saúde*, o que também justificava a suspensão da liminar concedida em primeiro grau de jurisdição.

## CONCLUSÃO

Pelo resultante do material bibliográfico, documental e jurisprudencial colhido na pesquisa, verificamos que as investidas mais agudas dos atos normativos estatais contra a liberdade de cultos religiosos têm sido consideradas inválidas pelos Poderes Judiciários dos EUA e do Brasil, com fundamento no pluralismo, tolerância e ponderação no conflito entre saúde e religião, admitindo restrições (não supressões) no exercício de cerimônias presenciais (de todas as fés e credos) mesmo durante o período agudo da pandemia causada pelo novo coronavírus. Ainda que seja verdade o fato de os Estados Unidos e o Brasil apresentarem números muito ruins no combate à evolução das doenças causadas pela pandemia, as virtudes de cultos presenciais (nesse mesmo período de dor em razão de perda de vidas humanas) também deve ser abrigada pela interpretação do sistema jurídico.

Portanto, a liberdade de culto presencial não pode ser suprimida pelas autoridades públicas brasileiras no contexto de pandemia, mas apenas restringidas para quantitativos aceitáveis que conciliem religião e a saúde. Os atos estatais que fazem essas restrições (em seus âmbitos nacional e subnacionais) podem limitar reuniões religiosas visando controlar a propagação do novo coronavírus, desde que empreguem critérios científicos para estabelecer a relação espaço-pessoa, não podendo ser excessivos (ao ponto de impedir os cultos presenciais) e nem frágeis (potencializando a contaminação). Tendo como referência a ideia de tolerância, o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário (aplicando a Constituição Federal) devem respeitar a diversidade que marca a existência humana, dentre elas as necessidades de culto presencial que reforçam a liberdade religiosa como direito fundamental, motivo pelo qual essas práticas devem ser protegidas pelos aplicadores do ordenamento jurídico a partir de ponderação em vista do ambiente de pandemia em decorrência do novo coronavírus.

A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos em face da política restritiva aplicada pelo governador do Estado de Nova York releva traços marcantes de instituição jurídica na defesa do *Rule of Law* americano, na imperativa liberdade de religião abrigada desde a Primeira Emenda à Constituição, conciliando o exercício do direito de cultos presenciais com a preservação da saúde pública diante da Covid-19. No mesmo sentido são os exemplos de decisões que prevalecem no Poder Judiciário Estadual paulista e também no âmbito judiciário federal da 2ª Região, mostrando similaridade com os fundamentos utilizados pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Os efeitos devastadores da pandemia, tanto no Brasil e quanto nos Estados Unidos, são a prova veemente da imperativa restrição ao exercício de cultos presenciais, mas, sob o ângulo jurídico, o Estado brasileiro

deve aceitar o pluralismo e a diversidade para reconhecer a importância desses cultos, tão vitais como a própria a saúde para aqueles que acreditam.

## REFERÊNCIAS

BERKMANN, Burkhard J. The COVID-19 Crisis and Religious Freedom: The Interaction between State and Church Norms in Germany, Especially in Bavaria. *Journal of Law, Religion and State*, v. 8, n. 2-3, Online Publication Date: 16 Dec 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1163/22124810-2020013>. Acesso em: 27 jan. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo 186/2008. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

BRASIL. Decreto nº 10.292, de 25 de março de 2020. *Diário Oficial da União*. Publicado em: 26 mar. 2020. Edição: 59. Seção: 1. Página: 1. Órgão: Atos do Poder Executivo. Altera o Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, que regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais.

BRASIL. *Direitos Humanos*. 4. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/508144>. Acesso em: 24 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de inconstitucionalidade 4277 – Distrito Federal*. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 05/05/2011. Data da publicação: 14 out. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277RL.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *European Convention on Human Rights*. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf). Acesso em: 25 out. 2020.

FACHIN, Zulmar. As Funções do Estado no Pensamento de Aristóteles, John Locke e Montesquieu: breve resgate histórico. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania*, Londrina, v. 1, 2005.

FOLHA DE S.PAULO, “*Brasil é o país que lidou pior com crise, diz análise*”, Mundo A13, 29/01/2021.

FRANCISCO, José Carlos; AQUINO, Theófilo Miguel de. Liberdades individuais na era da autenticidade: Diálogo cooperativo, tolerância e consenso sobreposto. In: LUNARDI, Soraya; GLEZER, Rubens Eduardo. (Org.). *Desafios à estabilidade constitucional*. Reflexões sobre a estrutura e direitos constitucionais. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2020. v. 1. p. 30-47.

GOMES, Luiz Flávio. *A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1982.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

LOCKE, John. *Primeiro opúsculo sobre o governo*. In: GOLDIE, Mark (Org.). John Locke: ensaios políticos. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1983.

MESSA, Ana Flávia; FRANCISCO, José Carlos. Tratados internacionais sobre direitos humanos e poder constituinte. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Org.). *Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos*. 1. ed. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012. v. 1. p. 241-275.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NEW YORK. *Executive Order n.º. 202. 68: Continuing Temporary Suspension and Modification of Laws Relating to the Disaster Emergency*. Given in the City of Albany this sixth day of October in the year two thousand twenty. Disponível em: <https://www.governor.ny.gov/news/no-20268-continuing-temporary-suspension-and-modification-laws-relating-disaster-emergency>. Acesso em: 27 dez. 2020.

PLESSIS, Georgia Alida Du. COVID-19 and Limitations to the International Right to Freedom of Religion or Belief. *Journal of Church and State*, csaa082, published: 15 Dec. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jcs/csaa082>. Acesso em: 27 jan. 2021.

RIO DE JANEIRO. Poder Judiciário. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. 1ª Vara Federal de Duque de Caxias. *Ação Civil Pública n.º. 5002814-73.2020.4.02.5118/RJ*. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Município de Duque de Caxias; União - Advocacia Geral da União. Data da distribuição: 27/03/2020. Data do julgamento: 27/03/2020. Julgador: Juiz Federal Substituto MÁRCIO SANTORO ROCHA. Situação atual: Autos com Juiz para Despacho/Decisão. Disponível em: <[https://eproc.jfrj.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar\\_documento\\_publico&doc=511585314034496017945243084898&evento=511585314034496017945268526551&key=b362c9713296b94caf7aa2c358f967e6fc29efeaf8857325b42d2a46f285ad6a&hash=214b8b8062fb637d4d6766801cd2f267](https://eproc.jfrj.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=511585314034496017945243084898&evento=511585314034496017945268526551&key=b362c9713296b94caf7aa2c358f967e6fc29efeaf8857325b42d2a46f285ad6a&hash=214b8b8062fb637d4d6766801cd2f267)> Acesso em: 02 jan. 2021.

RIO DE JANEIRO. Poder Judiciário. Justiça Federal. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Suspensão de liminar ou antecipação de tutela n.º 5002992-50.2020.4.02.0000/RJ*. Autor: Advocacia Geral da União. Réu: Ministério Público Federal. Data da distribuição: 30/03/2020. Data do julgamento: 30/03/2020. Julgador: Presidente do Tribunal, desembargador federal Roy Reis Friede. Trânsito em Julgado: 03/09/2020. Disponível em: <[https://eproc.trf2.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar\\_documento\\_publico&doc=21585697204944584512403276530&evento=21585697204944584512403446628&key=bdeb34fd353175a83efbd0ded48663bdb2a6c1b9fbdcd9772419f943626bbb9b&hash=06a6d817ea9b9ceb6ba7ceb113dc60d6](https://eproc.trf2.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=21585697204944584512403276530&evento=21585697204944584512403446628&key=bdeb34fd353175a83efbd0ded48663bdb2a6c1b9fbdcd9772419f943626bbb9b&hash=06a6d817ea9b9ceb6ba7ceb113dc60d6)> Acesso em: 24 out. 2020.

SÃO PAULO. *Decreto n.º 59.285 de 18 de março de 2020*. Suspende o atendimento presencial ao público em estabelecimentos comerciais e o funcionamento de casas noturnas e outras voltados à realização de festas eventos ou recepções. Disponível em: <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-59285-de-18-de-marco-de-2020/consolidado>> Acesso em: 05 mai. 2020.

SÃO PAULO. *Decreto n.º 64.862, de 13 de março de 2020*. Dispõe sobre a adoção, no âmbito da Administração Pública direta e indireta, de medidas temporárias e emergenciais de

prevenção de contágio pelo COVID-19 (Novo Coronavírus), bem como sobre recomendações no setor privado estadual. Disponível em: <<https://www.saopaulo.sp.gov.br/wp-content/uploads/2020/03/decreto-64862.pdf>> Acesso em: 05 mai. 2020.

SÃO PAULO. *Decreto nº 64.864, de 16 de março de 2020*. Dispõe sobre a adoção de medidas adicionais, de caráter temporário e emergencial, de prevenção de contágio pelo COVID-19 (Novo Coronavírus), e dá providências correlatas. Disponível em: <<https://www.saopaulo.sp.gov.br/wp-content/uploads/2020/03/decreto-64864.pdf>> Acesso em: 05 mai. 2020.

SÃO PAULO. *Decreto nº 64.865, de 18 de março de 2020*. Acrescenta dispositivo ao Decreto nº 64.862, de 13 de março de 2020, que dispõe sobre a adoção, no âmbito da Administração Pública direta e indireta, de medidas temporárias e emergenciais de prevenção de contágio pelo COVID-19 (Novo Coronavírus), bem como sobre recomendações no setor privado estadual. Disponível em: <<https://www.saopaulo.sp.gov.br/wp-content/uploads/2020/03/decreto-64865.pdf>> Acesso em: 05 mai. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo Digital nº:1015344-44.2020.8.26.0053*. Classe – Assunto: Ação Civil Pública Cível - Vigilância Sanitária e Epidemiológica. Requerente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Requerido: Fazenda Pública do Estado de São Paulo e outro. Foro: Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes. Vara: 14ª Vara de Fazenda Pública. Julgador: Juiz Randolfo Ferraz de Campos. Data da distribuição: 20/03/2020. Data do julgamento: 20 de março de 2020. Transitado em julgado em 04/08/2020. Disponível em: <[https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1H000H82U0000&processo.foro=53&processo.numero=101534444.2020.8.26.0053&uuiidCaptcha=sajcaptcha\\_b8aa0b9e4ef642ec9c40e-71a8ca9a627](https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1H000H82U0000&processo.foro=53&processo.numero=101534444.2020.8.26.0053&uuiidCaptcha=sajcaptcha_b8aa0b9e4ef642ec9c40e-71a8ca9a627)> Acesso em: 03 dez. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Suspensão de liminar. Processo nº. 2055157-26.2020.000*. Requerentes: Estado de São Paulo e Município de São Paulo. Requerido: Juízo de Direito da 14ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=205515726.2020.8.26.0000&cdProcesso=RI005SGQX0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=v4MhZkQ55u8qGeLxzdfHrzbdmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZ-bNOKN4F0xYudKlvzOGk7B1AL02PPpRWhMY93X01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vk-Qg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwuTd5gBE17nK8ACfcdctvpXYmzgLD2nf%2F-Cm2bOvazir4fCSM5MploZgtEePPcRLEbaXRURa2dwayOVyAm4yh%2BK69i6STN3a-ZLYkoZAdlbrslNQoWf%2BSkMiGU37ipFBOKUqZgRXiFaa7DI0yI7K5XXcb232VGqUo-F3MfoNHH2IrVHLcJKNLPbTzQ%2BMSa9lsPffzy5Q1k%2BGz%2B4tZrS041%2FuZuHI-b20q%2F2xlU3u2gKjfe04fr0q7146xeVQR%2BAOQ40DpmGxI%2FLShXyaiCKJY2wSyg%3D%3D> Acesso em: 22 nov. 2020.

SCHÜTZE, Robert. *From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*. Oxford Scholarship Online: February 2010. Disponível em: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199238583.001.0001/acprof-9780199238583>. Acesso em: 26 jan. 2021.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. Saúde e liberdade religiosa: o caso da Igreja Pentecostal South Bay United, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no contexto da COVID-19. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]* v. 21 n. 1 (2020). Publicado: 30-06-2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.18593/ejll.24345>> Acesso em: 27 jan. 2021.



UNITED STATES OF AMERICA. *Constitution of the United States*. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/>. Acesso em: 28 nov. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. *United States Court of Appeals for the Second Circuit: Agudath Israel of America; The Roman Catholic Diocese v. Cuomo (20-3572; 20-3590)*. Date Posted: 11-09-2020. Disponível em: <https://www.ca2.uscourts.gov/decisions>. Acesso em: 28 dez. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. *United States District Court Eastern District of New York: Memorandum & order 20-4844*. Category: Judicial Publications; Collection: United States Courts Opinions; Court Type: District; Court Name: United States District Court Eastern District of New York; Circuit: 2nd; Office Location: Brooklyn; Case Type: civil; Nature of Suit: Other Civil Rights; Cause: 42:1983 Civil Rights Act; Party Names: Governor Andrew M. Cuomo, Defendant, The Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York, Plaintiff. Disponível em: [https://www.govinfo.gov/app/details/USCOURTS-nyed-1\\_20-cv-04844/context](https://www.govinfo.gov/app/details/USCOURTS-nyed-1_20-cv-04844/context). Acesso em: 28 dez. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. *Supreme Court of the United States: Agudath Israel of America, Agudath Israel of Kew Garden Hills, Agudath Israel of Madison, Rabbi Yisroel Reisman, Steven Saphirstein v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York*. Emergency application for writ of injunction relief requested by 3:00 PM on Friday, November 20, 2020. Disponível em: [https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/20/20A90/160811/20201116134517389\\_Agudath%20Israel%20v.%20Cuomo%20%20Emergency%20Application%20for%20Writ%20of%20Injunction.pdf](https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/20/20A90/160811/20201116134517389_Agudath%20Israel%20v.%20Cuomo%20%20Emergency%20Application%20for%20Writ%20of%20Injunction.pdf). Acesso em: 29 dez. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. *Supreme Court of the United States: Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York on Application for Injunctive Relief*. Nº. 20A87. November 9, 2020. Disponível em: [https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/20/20A87/160205/20201109225714204\\_Diocese%20Application%20TO%20FILE.pdf](https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/20/20A87/160205/20201109225714204_Diocese%20Application%20TO%20FILE.pdf). Acesso em: 30 nov. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

## **ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: ATIVISMO JUDICIAL NA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA E A MIGRAÇÃO DE IDEIAS CONSTITUCIONAIS PARA O STF**

### ***UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS: JUDICIAL ACTIVISM IN THE CONSTITUTIONAL COURT OF COLOMBIA AND ITS MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS TO THE BRAZILIAN SUPREME COURT***

Daniel Castanha de Freitas

Professor de Direito Administrativo e de Fundamentos de Direito Público da FAE Centro Universitário (PR). Professor da Pós-Graduação em Direito Administrativo do Instituto Romeu Felipe Bacellar (PR). Doutorando e Mestre em Direito pela PUCPR. Pesquisador membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano – NUPED/PUCPR. Advogado.

Flávio Garcia Cabral

Pós-doutorado pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR (2019). Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2017). Mestre em Derecho de Daños pela Universitat de Girona - UDG, Espanha (2014). Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC/RIO (2011). Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2013). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS (2009). Procurador da Fazenda Nacional.

William Ivan Gallo Aponte

Professor pesquisador da Faculdade de Direito da Universidad Externado de Colombia. Mestrando em Direito pela PUCPR. Bacharel em Direito pela Universidad Externado de Colombia. Pesquisador membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano – NUPED/PUCPR. Editor adjunto da Revista REDOEDA. Vice-presidente da RIJDA.

#### **Autores convidados**

**Resumo:** O presente estudo pretendeu analisar o ativismo judicial praticado pela Corte Constitucional da Colômbia e pelo Supremo Tribunal Federal, com ênfase para o estudo da



teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, para investigar a compatibilidade entre os sistemas jurídicos e suas consequências para a construção de julgados legítimos. No primeiro capítulo, foi apresentado um panorama sobre o ativismo judicial, sua origem e desenvolvimento no período democrático, bem como sua relação com a judicialização da política. Após, a pesquisa discorreu sobre a construção e evolução da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional na Colômbia enquanto materialização do ativismo judicial dialógico, analisando decisões da Corte Constitucional nas *sentencias* mais representativas. Na sequência, passou-se à análise do ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, por meio da ADPF nº 347, que invoca a teoria em questão quanto ao sistema penitenciário, além de discorrer sobre a conformidade do processo de migração pelo qual passou o Estado de Coisas Inconstitucional, autorizando sua aplicação no Brasil. A título conclusivo, pontuou-se ser positiva a experiência de migração de ideias constitucionais realizada, o que fortalece a legitimidade democrática. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, com base em levantamento bibliográfico específico e dados jurisprudenciais.

**Palavras-chave:** desenvolvimento; direitos sociais; globalização; estado de coisas inconstitucional; ativismo judicial.

**Abstract:** *The paper intends to analyze the judicial activism practiced by the Constitutional Court of Colombia and the Brazilian Supreme Court, with emphasis on the study of the unconstitutional State of Affairs theory, to investigate the compatibility between the legal systems and their consequences for the construction of legitimate judgments. In the first chapter, an overview of judicial activism, its origin and development in the democratic period will be presented, in addition to presenting the concept related to the judicialization of politics. Afterwards, the research discusses the construction and evolution of the theory of the Unconstitutional State of Things in Colombia as materialization of dialogical judicial activism, analyzing decisions of the Constitutional Court in the most representative Sentences. Following, the analysis of judicial activism within the scope of the Supreme Federal Court, through ADPF nº 347, which invokes the theory in question regarding the prison system, in addition to discussing the conformity of the migration process through which it went through the Unconstitutional State of Things, authorizing its application in Brazil. In conclusion, the experience of constitutional migration carried out is positive, which strengthens democratic legitimacy. The method used is the hypothetical-deductive, based on a specific bibliographic survey and jurisprudential data.*

**Keywords:** *development; social rights; globalization; unconstitutional state of affairs; judicial activism.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A constatação do fenômeno do ativismo judicial e sua consolidação no sistema jurídico brasileiro. 2. O ativismo judicial colombiano materializado no Estado de Coisas Inconstitucional. 3. O ativismo judicial brasileiro manifestado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347: a transposição jurídica do Estado de Coisas Inconstitucional. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consolidou um extenso catálogo de direitos e garantias fundamentais, aos quais fora atribuída, inclusive, a característica da exigibilidade imediata (art. 5º, § 1º). Nesse contexto, o ambiente democrático brasileiro presenciou um aumento expressivo da quantidade de processos judiciais para a discussão de tais direitos fundamentais, o que igualmente culminou no crescimento de um fenômeno jurídico intitulado de “ativismo judicial”.

Em detrimento da polissemia da expressão, é fato que o ativismo judicial ganhou notoriedade no cenário democrático latino-americano, seja para designar uma atitude proativa benéfica por parte dos magistrados, seja para acusar o Judiciário de substituir indevidamente decisões políticas pertencentes aos demais poderes, ocasionando déficit democrático.

O ativismo judicial é um fenômeno atualmente global e que ultrapassa os países que possuem originariamente sistemas jurídicos anglo-saxônicos (*Common Law*) e, assim, o tem como atributo natural de seus julgadores, para alcançar também os lugares de cultura romano-germânica (*Civil Law*), afastando-os da tradição da autocontenção do Judiciário e o considerando como único cenário ideal para a satisfação de direitos.

No Brasil, esse cenário de incidência cada vez maior de decisões judiciais em questões antes restritas ao Legislativo e Executivo, é que o Supremo Tribunal Federal – STF vem demonstrando seu protagonismo nas duas últimas décadas, em que viu-se provocado a decidir questões infrequentes, a exemplo do fornecimento de medicamentos pelo Estado, políticas afirmativas de cotas em concursos e universidades públicas, pesquisas com células-tronco, aborto, *impeachment* presidencial, fidelidade partidária, dentre outras questões de suma importância para o futuro do país.

Na Colômbia, por sua vez, o cenário não destoa da proatividade brasileira. Detentor de uma Corte Constitucional notoriamente progressista, o país sul-americano conta com decisões ativistas de suma relevância igualmente envolvendo o direito à saúde, à educação, para além de casos envolvendo o mínimo vital, ajuda humanitária, entre outros direitos fundamentais (REPÚBLICA DE COLOMBIA, 2019).

A profusão de julgados proativos proferidos pela Corte colombiana culminou com uma construção teórico-jurisprudencial de notória relevância: a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, concebida ainda no ano de 1997, pela *Sentencia de Unificación SU 559/1997*, e posteriormente aperfeiçoada por outros julgados, até a paradigmática construção constante da *Sentencia T-025/2004*, que trata do famigerado caso dos “*desplazados*”, deslocamentos forçados por parte da população colombiana (REPÚBLICA DE COLOMBIA, 2004).

É notória a influência da aludida teoria colombiana que propugna por uma postura ativista e dialógica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tanto que utilizada como *ratio decidendi* na decisão monocrática proferida no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 347.

Nessa direção, o estudo optou pela análise do ativismo judicial praticado nos dois países latino-americanos, tomando-se em conta a teoria do Estado de Coisas

Inconstitucional, para o fim de identificar eventuais pontos de contato entre os sistemas jurídicos e suas consequências para a construção de julgados legítimos.

Dessa forma, utilizando-se o método hipotético-dedutivo e com base em levantamento bibliográfico específico e dados jurisprudenciais, o escopo da pesquisa será analisar as formas assumidas pelo ativismo judicial manifestado na teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil e na Colômbia, atentando-se às peculiaridades de cada país para, depois, identificar possíveis similitudes na forma de construção das tomadas de decisão do Judiciário, além de seu impacto na sociedade.

Um breve delineamento sobre o ativismo judicial e suas diferenças semânticas ocupa a primeira etapa da pesquisa. Na seção seguinte, será detalhada a construção e evolução da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, discorrendo-se sobre as decisões proferidas pela Corte Constitucional colombiana em algumas de suas *Sentencias* mais representativas. Em seguida, a reflexão se dá pela análise da arguição de descumprimento de preceito fundamental em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal e a possibilidade de aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional ao sistema penitenciário pátrio. Por fim, tecer-se-á considerações finais, a fim de identificar se um Judiciário praticante de um ativismo dialógico reúne legitimidade democrática suficiente para afastar a premissa da “profecia autorrealizadora”, em que a pressuposição é a de que a prática judicial é o único reduto para a efetivação dos direitos, mitigando a legitimidade dos demais Poderes instituídos.

## **1. A CONSTATAÇÃO DO FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL E SUA CONSOLIDAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

A judicialização dos direitos fundamentais de índole individual ou transindividual representa uma consequência de um processo de legitimação do Poder Judiciário, ocorrido em razão de “circunstâncias e fatores sociais, políticos e culturais no século XX, que culminaram na intensificação da judicialização dos conflitos e dos próprios direitos” (ASENSI, 2013, p. 192).

O sociólogo norte-americano Robert Merton define tal conduta legitimadora das ações proativas do Judiciário como uma “profecia que se cumpre por si mesma” (MERTON, 1970, p. 515), na medida em que uma premissa utópica (de justiça), reiteradamente afirmada, culmina por convencer a coletividade de sua retidão, gerando consequências tangíveis no mundo dos fatos. Nesse contexto é que uma profusão de sentenças e acórdãos são proferidos em assuntos que, *a priori*, estão sob o domínio dos demais Poderes instituídos (MERTON, 1970, p. 194).

Inicialmente, pontua-se que a polissemia da expressão “ativismo judicial” e o debate que ela encerra está intrinsecamente relacionada a dois institutos jurídicos presentes na doutrina norte-americana, qual sejam o “judicial review”, manifestado pela faculdade conferida ao Judiciário de proclamar a inconstitucionalidade de diplomas normativos, e o “judicial self restraint”, a autocontenção do órgão jurisdicional em casos a ele submetidos, em prestígio ao princípio da separação de poderes” (ABBOUD; MENDES, 2019, p. 43-54). Lícito concluir, assim, tratar-se de debate acerca dos limites da interpretação da própria Constituição pelo órgão de controle (NOBRE JÚNIOR, 2011, p. 34-52).

No entanto, importante ressalva advém dos autores Georges Abboud e Gilmar Ferreira Mendes (2019, p. 46), no sentido de que o controle de constitucionalidade não deve ser equiparado despreocupadamente com o ativismo judicial, uma vez que representa o agir procedimental legitimamente conferido ao Poder Judiciário. São exemplos os casos de controle de atos legislativos e judiciais, a atuação contramajoritária que objetiva a proteção de direitos fundamentais e a suplementação judicial de omissões legislativas em situações expressamente autorizadas pela Constituição.

A expressão “ativismo judicial”, concebida por Arthur Schlesinger em trabalho doutrinário datado de 1947 (KMIEC, 2004, p. 1441-1478), definiu conceitualmente o comportamento proativo do Judiciário estadunidense havido desde o início do século XIX, quando do julgamento, pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, do caso *Marbury versus Madison*, em 1803.<sup>1</sup>

Um dos méritos do caso supramencionado, decidido à época pelo *Chief Justice* John Marshall, foi o de asseverar expressamente a possibilidade de submeter a controle do Judiciário certas decisões políticas dos demais poderes, consolidando julgados preexistentes de Cortes estaduais e federais dos Estados Unidos (SANTOS; OLIVEIRA, 2018, p. 325-347) e, a partir disso, legitimando a feitura de decisões ativistas em sistemas jurídicos de todo o mundo e que objetivam, hodiernamente, controlar os atos praticados pelos demais *branches* de poder – a doutrina do *judicial review* (BARBOZA, 2007, p. 90).

---

<sup>1</sup> Em pouquíssimas palavras, a celeuma envolvia a nomeação de William Marbury pelo então Presidente dos Estados Unidos, John Adams, ao cargo de juiz de paz, ato que dependia, entre outros fatores, da entrega de um diploma (“comission”, na língua inglesa) para o exercício de suas atribuições legais. Tendo havido o fim do mandato de Adams e a ascensão de Thomas Jefferson ao cargo de Presidente antes de tal entrega, o diploma foi negado a Marbury pelo novo secretário de Estado, James Madison, o que motivou a impetração de mandado de segurança por Marbury perante a Suprema Corte. A decisão proferida por John Marshall, Chief Justice da época, foi pela impossibilidade de expedir ordem de posse a Marbury, eis que a lei que fundamentara o pedido inicial era inconstitucional, reconhecendo a possibilidade de o Judiciário imiscuir-se na análise da constitucionalidade de atos normativos (PAMPLONA, 2011, p. 98-104.).

A teoria da separação dos poderes, idealizada inicialmente por John Locke (1998) e, mais tarde, desenvolvida por Montesquieu (2008), é corriqueiramente associada ao ativismo judicial e seus limites, por pugnar pela repartição das atividades-fim do Estado e seu controle mútuo entre os ramos do poder (PALU, 2004, p. 38). Bem de ver que as premissas teóricas que embasaram o modelo original tripartite não mais encontram lugar na contemporaneidade, eis que edificados sob a égide de Estados absolutistas (ANDREASSA JUNIOR, 2015, p. 31). Para além disso, setores da doutrina chegam até mesmo a reportar lapsos hermenêuticos quando da interpretação da aludida construção teórica, na medida em que esta não foi determinante em relação à separação dos poderes, aventando-se a possibilidade de apropriação indevida do discurso (VIDIGAL, 2003, p. 66-67).

Acerca da possibilidade de atuação discricionária do magistrado quando instado a decidir questões afetas aos outros poderes instituídos, Norberto Bobbio, ao propagar a teoria da incompletude do ordenamento jurídico, argumenta ser imprescindível a atuação do Judiciário para suprimir lacunas naturalmente existentes no ordenamento jurídico, a partir da criatividade do julgador (BOBBIO, 2010, p. 278).

O controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro – e também em outros países – remonta ao século XIX, com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, consagrando o modelo que faz prevalecer o texto constitucional como pedra fundamental para o sistema jurídico (OLIVEIRA, 2015, p. 131). Porém, a Constituição da República de 1988 pode ser considerada o vetor normativo definitivo para a intensificação das decisões judiciais consideradas proativas, eis que garantidora de um amplo catálogo de direitos fundamentais e coletivos e difusos (ROCHA; BARBOSA, 2015, p. 115-133), aliado ao gatilho da justiciabilidade imediata (FREITAS, 2018, p. 32-33).

O ambiente favorável a esse contexto de fortalecimento político do Judiciário é o pós-positivismo, responsável por exercitar a convergência entre os primados das correntes jusfilosóficas do jusnaturalismo e do positivismo, assentando a aproximação entre Direito e moral nos momentos em que são proferidas decisões judiciais (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 105-131). Superado está, portanto, o paradigma positivista, delineado, entre tantos outros, por Hans Kelsen, para quem o Direito independe da moral ou de outras fontes extrajurídicas (KELSEN, 1998, p. 47), o que induz o delineamento de novos parâmetros hermenêuticos pelo magistrado, obrigando-o a considerar, quando da aplicação do direito no caso concreto, valores outros que desbordam das prescrições expressamente encerradas no texto constitucional (ROSSI; BARBOSA, 2013, p. 63).

O ativismo judicial normalmente é assimilado segundo a visão de mundo de seu aplicador ou intérprete. Isso porque, compreendido como fenômeno

interdisciplinar, demanda a um só tempo o conhecimento de axiomas políticos e jurídicos (KOERNER, 2013, p. 69-85). Por essa razão, paira sobre ele uma profusão de significados por vezes antagônicos, revelando-o um duradouro termo em disputa (SANTANO, 2017, p. 115-137), de “marcante indefinição terminológica” (SANTOS, 2014, p. 44).

Amostras dessa controvérsia conceitual são corriqueiros na doutrina nacional e internacional. A constitucionalista estadunidense Suzanna Sherry (2013, p. 1-20), por exemplo, desenha o ativismo judicial de forma positiva, reputando-o uma oportunidade de o Judiciário exercer sua parcela de controle de decisões inconstitucionais, evitando que os demais ramos do poder instituído remanesçam ilegítimos em questões políticas. No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso (2012, p. 23-32) enaltece a postura judicial de prolação de decisões proativas, na medida em que, a seu ver, potencializa a participação do Poder Judiciário na consecução dos primados constitucionais, permitindo a intervenção deste nos demais poderes.

Porém, a posição delineada na pesquisa se coaduna com os estudiosos do movimento que desenham contornos mais claros para o ativismo judicial. É o caso de Canotilho, para quem deve prevalecer a teoria da autorrestrição judicial e, assim, um esforço pela deferência judicial às questões *a priori* a cargo do Executivo e Legislativo, devendo-se, portanto, “negar a justiciabilidade das questões políticas” (CANOTILHO, 2000, p. 1224). A seu ver, portanto, ao ativismo judicial somente seria lícito ser exercido de forma complementar, voltado a tópicos irresolúveis decorrentes da análise deficitária ou de sua ausência por parte daqueles poderes, haja vista que, em uma perspectiva procedimental da Constituição, é preciso confiar “na legitimidade ética dos procedimentos discursivos de deliberação e decisão de questões públicas” (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 59-85).

De forma ainda mais incisiva é o posicionamento de Lenio Luiz Streck (2013), com a qual se compactua, para quem o problema do ativismo judicial – e do subjetivismo em geral constante das decisões judiciais – reside no fato de se revelar insustentável a profusão de sentenças e acórdãos lastreados, acima de tudo, na consciência dos julgadores, em evidente conflito e extrapolação das balizas impostas pela Constituição e pela legislação. A seu ver, o processo decisório deve ser reflexo de uma interpretação adequada do texto constitucional, sem espaço para o “livre convencimento” apartado do sistema normativo, repelindo-se, assim, atuações judiciais que façam prevalecer sua visão de mundo sobre o primado da própria lei.

É a proteção da Constituição que deve prevalecer, portanto. Trata-se, assim, da busca incessante pela obtenção de segurança institucional, sem que isso

acarrete, no entanto, um ambiente de hegemonia judicial (GODOY, 2017, p. 128-130). Conforme o alerta de Post e Siegel, as decisões judiciais agem como garantes da democracia, sem que isso signifique de forma irremediável apenas o que entende a corte sobre determinado assunto (POST; SIEGEL, 2004, p. 1027-1044). Exemplo da postura coerente para com o equilíbrio equânime entre o Judiciário e os demais *branches* do Poder consta da obra de Carlos Santiago Nino (1997, p. 298), para quem a chamada “democracia deliberativa” conta com a possibilidade de exercício de controle de constitucionalidade apenas nos casos em que se garante o exercício do próprio processo democrático de tomada de decisões; quando houver vestígios de posicionamentos pessoais; ou quando da ofensa direta e frontal à “constituição histórica” (NINO, 1997, p. 273-282).

De todo modo, no Brasil, uma possível justificativa para a consolidação do ativismo judicial é o fato deste decorrer da significativa ampliação de direitos havida com a promulgação da Constituição da República de 1988, que facilitou a proliferação de outro fenômeno, intitulado de “judicialização da política”. Pode-se aventar, inclusive, tratar-se o ativismo como o efeito da judicialização (ROCHA; BARBOSA, 2015, p. 127). Isso porque, com o advento da Constituição, garantias individuais e coletivas importantes foram concedidas aos cidadãos (TOLEDO; SANTIAGO, 2019, p. 52-72) em decorrência de um movimento refratário ao regime militar de outrora (ARANTES, 1999, p. 83-102), sendo possível concluir pela relação direta entre ambos os institutos (CITTADINO, 2004, p. 105-113) e, igualmente, pelo alargamento do leque de apreciação de celeumas relacionadas aos demais poderes.

Baseado em argumentos relacionados à força centralizadora da Constituição e à dimensão objetiva dos direitos fundamentais (LEAL, 2014, p. 123-140), a judicialização resulta de um processo histórico comum do constitucionalismo democrático. A esse respeito, podem servir de exemplos os fatos políticos – *impeachment*, fidelidade partidária –, as políticas afirmativas – cotas universitárias –, a interrupção da gravidez, pesquisas com células-tronco, fornecimento de medicamentos etc. Matérias estas originariamente trabalhadas pelo Legislativo e Executivo, mas que passam a compor lides judiciais (FREITAS, 2018, p. 112-116). É nesse contexto que o órgão Judiciário fará uso de normas abertas e conceitos indeterminados constantes do texto constitucional para maximizar seu âmbito de atuação, reclamando para si a última palavra em casos originários dos outros poderes (VALLINDER, 1995, p. 13), porque supostamente agiria de forma desinteressada e neutra às questões apresentadas (MENDES, 2008, p. 59).

A judicialização da política conta com o apreço de setores importantes da doutrina. É o caso de Gisele Cittadino (2004, p. 110), para quem o fenômeno



representa a evolução da sociedade quanto à reivindicação de prerrogativas constitucionais garantidas pelo legislador originário, deixando para trás o autoritarismo de épocas passadas e, assim, reafirmando os princípios informadores do Estado de direito. Luís Roberto Barroso (2012, p. 25), por sua vez, advoga um vínculo estreito entre o ativismo judicial e a judicialização, reputando-os “primos”, descendentes “da mesma família, [que] frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens”, eis que provocados por diferentes circunstâncias.

Certamente, os contornos nebulosos do ativismo judicial e da judicialização da política são bem representados pelo adágio supramencionado. Afinal, a judicialização traduz um efeito do modelo instituído pela Assembleia Nacional Constituinte responsável pelo documento fundamental de 1988, que de certa forma inculcou nos membros do Judiciário a vontade de ampliar o sentido da norma constitucional e adequá-la ao caso concreto, quando os outros ramos de poder, por alguma razão, estivessem distanciados da própria sociedade, fazendo minguar reivindicações sociais (2015, p. 25).

Sucintamente exposto o ativismo judicial e sua operatividade no campo da judicialização da política, a pesquisa volta-se ao estudo da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, elaborada pela Corte Constitucional da Colômbia, tendo em vista a sua contribuição para o estabelecimento de um ativismo dialógico e que influenciou o Poder Judiciário brasileiro.

## 2. O ATIVISMO JUDICIAL COLOMBIANO MATERIALIZADO NO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Inspirada pelos ideais democráticos latino-americanos do final da década de 80, introduzidos na Constituição Política de 1991, a Corte Constitucional da Colômbia provou-se exemplo de proatividade na defesa de direitos constitucionais (MENDONÇA, 2015, p. 215-238), principalmente quando instada a se pronunciar em casos decorrentes de expediente processual especificamente voltado à defesa de prerrogativas fundamentais, a “acción de tutela”, prevista no art. 86<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> “Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los



daquela Constituição (REPÚBLICA DE COLOMBIA, 1991) e manejada contra autoridades públicas que, por ação ou omissão, violem direitos fundamentais constitucionais (CEPEDA-ESPINOSA, 2006, p. 21-23).

Foi nesse contexto ativista que a Corte Constitucional da Colômbia, ao proferir julgamento na *Sentencia de Unificación SU 559/1997* (REPÚBLICA DE COLOMBIA, 1997), lançou as primeiras linhas da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional. Na ocasião, professores de dois municípios (Maríala Baja e Zambrano, pertencentes ao Departamento de Bolívar) postularam sua inclusão no *Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*, entidade de seguridade social responsável pelo pagamento de prestações previdenciárias aos seus beneficiários. O Tribunal, ao examinar a questão, fez anotar o caráter nitidamente coletivo do direito postulado e, assim, estendeu os efeitos da decisão proferida naquela ação de tutela a todos os docentes que se encontravam naquela situação, por entender existir um estado de coisas conflitante com a Constituição, de sorte que as autoridades públicas responsáveis em vários níveis da Administração deveriam ser notificados a executar corretamente a política pública educacional em questão.<sup>3</sup>

Embora a decisão antes mencionada tenha sido proferida mais como medida de contracautela, eis que o estado de coisas inconstitucional nela desenvolvido foi utilizado pela Corte Constitucional como ferramenta teórica destinada a diminuir a judicialização e o possível acúmulo de acervo futuro,<sup>4</sup> é possível aventar que tal julgado fora imprescindível para o aperfeiçoamento do instituto em estudo, lançando luzes sobre a necessidade de se construir soluções jurisprudenciais isonômicas para violações massivas de direitos fundamentais (CURSINO, 2017, p. 89-121).

Após a primeira experiência descrita, deparou-se a Corte Constitucional no ano seguinte com nova situação de patente inconstitucionalidade, quando do julgamento da *Sentencia de Tutela T-153-1998* (REPÚBLICA DE COLOMBIA, 1998), acerca do sistema carcerário colombiano. Na oportunidade, o conhecimento pelo

---

*casos en los que la acción de tutela procede Contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quien es el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.*" (REPÚBLICA DE COLOMBIA, 1991).

<sup>3</sup> *"La acción de tutela constituye un medio procesal de defensa de los derechos fundamentales, cuyo ámbito se restringe a las partes. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, las pretensiones de defensa de los derechos se predicen de un conjunto muy amplio de personas."* (REPÚBLICA DE COLOMBIA, 1997).

<sup>4</sup> *"La Corte Constitucional, tradicionalmente, ha recurrido en estas oportunidades a dos instituciones de índole procesal que para el efecto son adecuadas: la acumulación de procesos y la reiteración de jurisprudencia. Los indicados mecanismos no pueden, empero, operar sin que los interesados instauren la respectiva demanda."* (REPÚBLICA DE COLOMBIA, 1997).

tribunal da situação precária enfrentada pelos detentos culminou com o aperfeiçoamento do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional. Isso porque, para além do efeito *ultra partes* reconhecido à ação de tutela, beneficiando a todos os cidadãos que se encontrassem sob as mesmas circunstâncias fáticas e diminuindo o fluxo de processos, o uso da aludida construção teórica permitiu que o Judiciário adotasse uma postura nitidamente proativa, consignando determinações concretas dirigidas aos poderes Executivo e Legislativo.

A posição da Corte colombiana neste caso pode ser amoldada ao conceito de processo judicial estrutural concebido por Owen Fiss (2004, p. 25-104), eis que “o juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes”. Assim, constrói-se a decisão a partir da identificação de omissões ou incapacidades contumazes por parte de autoridades e instituições públicas distintas, o que faz surgir a falha estrutural, capaz de atingir o direito de toda a coletividade interessada e que, por isso, torna-se objeto de correção judicial (SOUZA, 2019, p. 117-147).

A reestruturação em questão foi considerada necessária pela Corte Constitucional em razão da notória situação de indignidade experimentada pela expressiva população de encarcerados,<sup>5</sup> os quais não tiveram quaisquer direitos fundamentais respeitados, fazendo com que a única forma de fazer cessar tal inconstitucionalidade fosse pela interação de todos os poderes instituídos. Bem de ver, ademais, que a decisão aqui retratada possui importância singular, considerando que o diálogo institucional imposto por ocasião da decisão judicial foi considerado pela Corte como a única forma de garantir a discussão pública a respeito do sistema prisional, tema sensível e frequentemente ignorado pelos agentes promotores de políticas públicas, em vista de sua impopularidade.

No entanto, em que pesem os esforços empregados pelo tribunal para solucionar o problema da superlotação carcerária, as medidas encerradas na decisão não foram efetivas, seja em razão da pouca flexibilidade das determinações judiciais, bem como da falta de fiscalização dos Poderes envolvidos na fase de cumprimento da decisão (ARIZA, 2013, p. 129-159). A seu ver, o fato de não ter havido debate institucional entre os ramos do Poder culminou na edição de ordens inexecutáveis e impraticáveis, o que esvaziou a eficácia da decisão proferida pelo Judiciário colombiano (CAMPOS, 2015).

---

<sup>5</sup> “Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencia sen materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional.” (REPÚBLICA DE COLOMBIA, 1998).

Outras decisões proferidas pela Corte Constitucional da Colômbia foram abordaram o Estado de Coisas Inconstitucional.<sup>6</sup> Porém, nenhuma delas foi tão paradigmática quanto a *Sentencia de Tutela T-025/2004* (REPÚBLICA DE COLOMBIA, 2004). A hipótese levada à consideração dizia respeito ao problema dos “desplazados” (deslocados), cidadãos colombianos que foram obrigados a se mudar de suas propriedades em razão de problemas de grande monta relacionados à violência que assolava o Estado e que permanecem dentro de seus países.<sup>7</sup> Com isso, grandes grupos populacionais viram-se compelidos a migrar, em razão dos conflitos armados e coação exercida pelas Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC), o maior grupo armado do país, que conta com mais de 50 anos (INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING, 2020).

Até a data do julgamento, o problema do deslocamento interno forçado nunca havia representado prioridade quanto ao estabelecimento de políticas de Estado tendentes a erradicar ou mesmo garantir mínimas condições de dignidade para as vítimas (KOZICKI; VAN DER BROECKE, 2018, p. 147-181.). Ao todo, a decisão contemplou, apenas no diz respeito aos litigantes, 108 pedidos de tutela que representavam cerca de 1.150 núcleos familiares, compostos, em sua maioria, de mulheres chefe de família, idosos e menores, vilipendiados em direitos elementares, tais como vida digna, integridade física, igualdade, trabalho, saúde, seguridade social, educação, mínimo vital, dentre outros direitos fundamentais (REPÚBLICA DE COLOMBIA, 2004), nada obstante a legislação colombiana preveja benefícios e auxílios destinados aos que enfrentam o problema do deslocamento (CURSINO, 2017, p. 89-121).

A Corte considerou que a situação das pessoas forçosamente deslocadas representava uma verdadeira crise humanitária que se protraí no tempo, sem resolução adequada por parte de órgãos estatais distintos, bem como que a violação de seus direitos está assentada em “fatores estruturais”, somente passíveis de adequação a partir da ação conjunta de vários entes e autoridades públicas. Além disso, entendeu ser necessário estender os efeitos de sua decisão para atingir não somente os litigantes, como também todos os que se amoldarem à situação então enfrentada.

---

<sup>6</sup> Por todas: *Sentencia T-590/1998* (falta de proteção para militantes dos direitos humanos); *Sentencia SU-250/1999* (concurso público para cargos de notários); *Sentencia T-525/1999* (mora no pagamento de benefícios previdenciários).

<sup>7</sup> Tradução livre: “De acordo com os Princípios Orientadores sobre Deslocamento Interno, pessoas deslocadas internamente (também conhecidas como ‘deslocados internos’) são ‘pessoas ou grupos de pessoas que foram forçadas ou obrigadas a fugir ou deixar suas casas ou locais de residência habitual, em particular como resultado de ou para evitar os efeitos de conflitos armados, situações de violência generalizada, violações de direitos humanos ou desastres naturais ou provocados pelo homem e que não tenham atravessado uma fronteira internacionalmente reconhecida” (UNITED NATIONS, 2020).

Com base em tais argumentos, aqui sucintamente relatados, a Corte Constitucional entendeu por bem reconhecer, uma vez mais, o Estado de Coisas Inconstitucional, a partir da identificação dos seguintes requisitos: (i) permanente e massiva violação de vários direitos fundamentais e que atingem um número significativo de pessoas; (ii) a omissão prolongada de diferentes autoridades estatais – uma falha estrutural –, que inflija a violação de direitos e a mantém, tudo em decorrência de falhas de coordenação administrativa, orçamentária e legislativa, entre órgãos administrativos e poderes; (iii) a adoção de práticas inconstitucionais, a exemplo da normalização da ação de tutela como parte do procedimento para garantir um dado direito fundamental; (iv) a não edição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias para evitar o malferimento de direitos; (v) a necessidade de a solução ser alcançada pela ação conjunta e coordenada de vários órgãos, de diferentes poderes; e (vi) o alto risco de judicialização da matéria, caso as vítimas da ineficiência estatal resolvam postular seus direitos em demandas individuais ou coletivas (REPÚBLICA DE COLOMBIA, 2004).

A salutar evolução que diferenciou a *Sentencia T-025/2004* das decisões predecessoras ocorreu no aspecto procedimental. Identificando-se traços habermasianos (HABERMAS, 1997, p. 19-21) no proceder da Corte, é possível vislumbrar que a decisão procura dialogar, de forma igualitária, com os demais atores institucionais envolvidos, para garantir sua legitimidade democrática (BITENCOURT; RECK, 2017, p. 121-147).

Logo, o julgado foi cauteloso em relação às determinações dirigidas aos Poderes Executivo e Legislativo, para não dar azo a ingerências indevidas. Em lugar de mandamentos detalhados, praticou a Corte Constitucional o chamado “ativismo dialógico” (GARAVITO, 2013, p. 1-27), com balizas gerais de cumprimento e prazos estabelecidos para a implementação de novas políticas, mantendo a independência dos órgãos administrativos no que concerne à melhor forma de garantir a eficácia da decisão, reservando para si as funções de coordenação e monitoramento. Veiculou obrigações de fazer aos entes administrativos, inclusive relacionadas à captação de recursos econômicos aptos à concretização de políticas públicas específicas, como forma de fazê-la sustentável financeiramente, sem criação de despesa pública, para o que não tem competência (CURSINO, 2017, p. 89-121).

Sob outro aspecto, a *Sentencia T-025/2004* foi também inovadora, já que, ao contrário das primeiras decisões que reconheceram o Estado de Coisas Inconstitucional, acompanhou os desdobramentos da decisão, requisitando relatórios, designando audiências públicas e estabelecendo indicadores do grau

de efetivação dos direitos dos *desplazados*, sem olvidar que proferiu decisões incidentais com vistas ao impulsionamento dos termos constantes da decisão (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 84-85).

O desenvolvimento da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte Constitucional da Colômbia pode ser relacionado ao constitucionalismo dialógico (VALLE, 2014, p. 59-90), proposto, entre outros, por Roberto Gargarella (2014, p. 124), que advoga a existência de decisões baseadas em um diálogo inclusivo e igualitário e, por isso, com alto grau de legitimação. Prova disso é o salto qualitativo dado pela política pública para deslocamentos à força, no que se refere à sua visibilidade e conscientização da sociedade, para além do perceptível impacto no “desbloqueio” das formalidades político-estatais e promoção do debate cidadão (GARAVITO; FRANCO, 2010 p. 90).

Explicitado em linhas gerais como surgiu e se desenvolveu a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional na Colômbia, importa perscrutar a maneira pela qual tal instituto foi importado pelo Judiciário brasileiro, para identificar como a técnica de julgamento vem sendo aplicada pelo Supremo Tribunal Federal.

### **3. O ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO MANIFESTADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF Nº 347: A TRANSPOSIÇÃO JURÍDICA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

Para aferir a possibilidade – e a legitimidade – da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, da técnica de decisão provinda da Corte estrangeira, é preciso aclarar, ainda que de forma abreviada, o contexto fático-jurídico em que o Estado de Coisas Inconstitucional foi “importado” para precisar se a metodologia empregada possui fundamento suficiente.

Proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 347 apontou a necessidade de substanciais medidas estruturais, com vistas à “promoção da melhoria das condições carcerárias do país e à contenção e reversão do processo de hipercarceramento que o Brasil vivencia”. Foram alegadas lesões graves a direitos fundamentais previstos na Constituição, as quais são “decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal (...) no tratamento da questão prisional no país”. Ao final, dentre inúmeros pedidos de índole cautelar e de mérito, está o de “Declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro” (BRASIL, 2015).

Distribuída ao Ministro Relator Marco Aurélio Mello, a ação foi reputada adequada e, por isso, recebida. Após, por ocasião da análise dos pedidos liminares, foram deferidos os pedidos constantes das alíneas “b” (determinar aos

magistrados brasileiros que realizem audiência de custódia no prazo máximo de 24h após a prisão) e “h” (determinar que União libere o montante acumulado no Fundo Penitenciário Nacional, para os fins a que se destina) (GARAVITO; FRANCO, 2010 p. 276).

A leitura do extenso voto proferido pelo Relator e integralizado pelos demais Ministros, já referenciado, revela com clareza que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, desde o primeiro contato com os autos, o Estado de Coisas Inconstitucional, apontando a existência de falha estrutural no sistema penitenciário. Aponta-se a completa deficiência das leis em vigor, as quais, inobservadas, deixam de proteger direitos fundamentais dos encarcerados, além da falta de comunicação entre os Poderes Executivo e Legislativo. Enquanto as políticas públicas são claramente ineficazes para cumprir direitos fundamentais, o Judiciário exacerba o número de prisões provisórias, agravando a superlotação do sistema.

A conclusão parece ser acertada, na medida em que o Poder Judiciário, ao assentar a possibilidade de conduzir os outros Poderes a tomarem providências tendentes a erradicar a situação de inconstitucionalidade, fiscalizando e coordenando esforços públicos e, assim, destravando o bloqueio estrutural inerente à máquina pública, tudo para conceber políticas públicas que efetivamente garantam a promoção, proteção e defesa dos direitos fundamentais atualmente vilipendiados, manifestou sua inclinação doutrinária pela mesma forma de ativismo judicial dialógico havida na Corte Constitucional da Colômbia.

A conjugação dos estudos de Dirley da Cunha Júnior (2017, p. 591-592) e Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2017, p. 115-137), faz surgir conclusão no sentido da possibilidade de adequação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional ao sistema jurídico brasileiro. Consideradas certas peculiaridades distintas, bastam 3 (três) pressupostos para identificá-lo em situações submetidas ao crivo jurisdicional – atendidos no caso em estudo –, a saber: *(i)* malferimento concreto, direto e contundente, de forma sistemática e perene, a direitos fundamentais, e que contemple uma coletividade de pessoas (determinadas ou indeterminadas); *(ii)* ausência de sinergia entre as ações dos poderes instituídos apta a identificar a “falha estrutural” e que proporcione o cenário caótico de vilipêndio contumaz a direitos; e *(iii)* identificação de solução pluri-lateral integrada, dependente de medidas estruturais dialógicas que envolvam Judiciário, Executivo e/ou Legislativo.

Pois bem. Ainda que tenha sido explicitada a tendência da Suprema Corte brasileira em aplicar construto teórico erigido pela Corte Constitucional colombiana, resta ainda perscrutar a possibilidade de aplicação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional sob o viés da comparação de sistemas jurídicos.

A análise é pertinente, mesmo porque “Em outros lugares, portanto, o Direito é pensado de outra forma. E estudando o que se pensa em outros lugares, podemos nós mesmos ser eventualmente convidados a pensar o ‘nosso’ Direito de forma diferente – ou, pelo menos, a questioná-lo.” (LEGRAND, 2018, p. 32).

Para entender a situação ocorrida com a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional e a sua assimilação pelo ordenamento brasileiro, é preciso identificar se a sua “importação” caracteriza um “transplante jurídico” ou se deriva do fenômeno da “migração de ideias”.

Alan Watson (1993) foi quem difundiu – ao menos no século XX – a expressão “transplante jurídico”, referindo-se à possibilidade de incorporação de regras positivadas de um país para outro. Para ele, essa importação – ou também “empréstimo” – seria a forma mais usual para o desenvolvimento do direito.

Entretanto, tal noção conceitual do transplante jurídico não confere importância ao reconhecimento das consequências originadas para os sistemas que recebem e desenvolvem aquilo que fora transplantado (CAIRNS, 2013, p. 637-696). É dizer, um empréstimo legal independeria das condições políticas, sociais ou econômicas no país de destino (WATSON, 1976, p. 79-84).

Valendo-se dessas premissas, a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional poderia ter sido importada para a Suprema Corte brasileira tal qual aplicada pela Corte Constitucional da Colômbia, de sorte que os mesmos requisitos deveriam ser observados. Ora, esta parece não ser a melhor opção, se sopesadas as peculiaridades diferenciadoras de ambos os sistemas jurídicos.

Sob outra perspectiva do direito comparado, Sujit Choudhry (2006, p. 21) defende o conceito de “migração de ideias constitucionais”. Em sentido diverso do transplante de Watson, a migração denota a intenção de importar, para além do mero texto legal, ideias e teorias constitucionais, buscando-se realizar uma espécie de imbricação no destino encontrado pela norma. Para o autor, a metáfora da migração abre explicitamente a porta para uma gama mais ampla de usos para ideias constitucionais e para os resultados do processo de engajamento comparativo, com a possibilidade de se transformar o objeto conforme a aculturação. Logo, as ideias constitucionais poderiam perfeitamente se transformar durante o processo de migração.

Não sobejam dúvidas de que a hipótese acima retratada se afigura mais adequada para caracterizar a apropriação, pelo Supremo Tribunal Federal, da teoria criada pela Corte Constitucional da Colômbia. Afinal, conforme retratado nos parágrafos anteriores, tanto a doutrina desenvolvida no Brasil, quanto a decisão judicial prolatada pelo STF, empreenderam espécie de processo de conformidade



daquela teoria, conciliando semelhanças possíveis (a exemplo da violação aos direitos fundamentais, a falha estrutural, o ativismo dialógico), ao tempo em que dissociaram elementos que não encontraram correspondência no sistema jurídico brasileiro (v.g. o acesso à Suprema Corte pela via da ação de tutela, a rigor sem correspondente processual).

Assim sendo, não somente é possível a transposição, pela via da migração de ideias constitucionais, de uma técnica de decisão formulada pela Corte Constitucional colombiana para o STF, como se consubstancia em medida salutar que fortalece a legitimidade das decisões proferidas em decorrência de um ativismo judicial dialógico.

## CONCLUSÃO

Em democracias frágeis como as experimentadas em alguns países sul-americanos, não se olvida que a proatividade do Poder Judiciário possa acarretar, em maior ou menor medida, certo déficit democrático, em razão da ascensão de um conceito distorcido de supremacia judicial.

No entanto, conforme exposto na presente pesquisa, a utilização da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional pode representar um significativo avanço no aperfeiçoamento do ativismo judicial dialógico, contribuindo sobremaneira para fazer cessar graves ofensas a direitos fundamentais.

A transposição da teoria colombiana por meio do fenômeno da migração de ideias constitucionais permitiu, até o momento, uma salutar adaptação ao contexto sócio-político brasileiro, manifestada no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, não somente pela determinação de medidas estruturais voltadas ao desembaraço de entraves burocráticos e bloqueios políticos descabidos, que passam ao largo do interesse público, como pela própria identificação das falhas estruturais presentes, de há muito, na sociedade.

A perspectiva cultural da transferência de itens jurídicos contribuiu, no caso da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, para que incutir sensibilidade aos poderes instituídos do Brasil, do que é prova o deferimento dos pedidos liminares analisados na ADPF nº 347, relacionados à audiência de custódia e a liberação do fundo destinado à melhora das condições carcerárias.

No contexto apresentado, para além das determinações exaradas pelo Judiciário combaterem a ineficiência estatal de maneira reflexa, as decisões dialógicas contam com inequívoca legitimidade democrática, pois fomentam um diálogo inclusivo entre todos os entes federativos e seus órgãos administrativos.

Assim, conclui-se que a migração da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional impactou positivamente o Supremo Tribunal Federal e o sistema jurídico brasileiro como um todo. Outrossim, espera-se que o ativismo judicial dialógico seja capaz de edificar um legado capaz de ultrapassar os contornos das ações que tratem de ofensas a direitos fundamentais para estabelecer um constante diálogo institucional, revestido de vigorosa legitimidade democrática.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. *Revista dos Tribunais Online*, São Paulo, n. 1008, p. 43-54, out. 2019.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. *Ativismo judicial & teoria dos precedentes: integração dos poderes e coerência nas decisões do judiciário*. Curitiba: Juruá, 2015.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 83-102, fev. 1999.

ARIZA, Libardo José. The economic and social rights of prisoners and constitutional court intervention in the penitentiary system in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitutionalism of the Global South: the activist tribunals of India, South Africa and Colombia*. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 129-159.

ASENSI, Felipe Dutra. *Direito à saúde: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação*. Curitiba: Juruá, 2013.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Democracia deliberativa, teoria da decisão e suas repercussões no controle social das despesas em saúde. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 121-147, jan./abr. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i1.17652.

BLASI, Vincent. A corte suprema, instrumento de mudança. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 19, n. 79, p. 5-12, jul./set. 1986.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 278.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347. 2015 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 13 nov. 2020.

CAIRNS, John W. Watson, Walton, and the history of legal transplants. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Athens, n. 41, p. 637-696, 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Corte Constitucional da Colômbia e os direitos dos casais homossexuais: um passo de cada vez? *A&C – Revista de Direito Administrativo &*

*Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, p. 115-137, abr./jun. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i68.805.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao "Estado de Coisas Inconstitucional"*. Rio de Janeiro, 2015. 242 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. How far may Colombia's Constitutional Court go to protect IDP rights? *Forced Migration Review*, Oxford, v. 15, n. 12, p. 21-23, dez. 2006.

CHOUHDHRY, Sujit. Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law. In: CHOUHDHRY, Sujit (Org.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Revista ALCEU*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Número de processos baixados no Poder Judiciário cresce pelo 4º ano seguido*. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/numero-de-processos-baixados-no-poder-judiciario-cresce-pelo-4-ano-seguido/>. Acesso em: 13 nov. 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CURSINO, Bruno Barca. O transplante do estado de coisas inconstitucional para o sistema jurídico brasileiro via ADPF. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, v. 16, n. 50, p. 89-121, jul./dez. 2017.

DUTRA, Deo Campos. Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 76-96, dez. 2018.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011.

FISS, Owen. As formas de justiça. In: SALLES, Carlos Alberto (Coord.). *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FREITAS, Daniel Castanha de. *Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GARAVITO, César Rodríguez. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, v. 14, n. 2, p. 1-27, dez. 2013.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010.

GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? *Perfiles latinoamericanos*, Ciudad de México, v. 15, n. 28, p. 9-32, jul./dez. 2006.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. Isonomía: *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Ciudad de México, v. 4, n. 6, p. 55-70, abr. 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING. *Colombia: country information*. 2020. Disponível em: <https://www.internal-displacement.org/countries/colombia>. Acesso em: 13 nov. 2020.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KMIEC, Keenan Douglas. The origin and current meaning of “judicial activism”. *California Law Review*, Berkeley, v. 92, n. 5, p. 1441-1478, out. 2004.

KOERNER, Andrei. Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 6, n. 96, p. 69-85, jul. 2013.

KOZICKI, Katya; VAN DER BROOKE. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, n. 53, p. 147-181, jul./dez. 2018.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014.

LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro*. São Paulo: Contracorrente, 2018.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MENDONÇA, Kelby Cavalheiro de; TESSEROLI, Patrícia. “Acción pública” e “acción de tutela” no ordenamento jurídico colombiano com formas de participação direta na política. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, Brasília, v. 40, n. 2, p. 215-238, jul./dez. 2015.

MERTON, Robert King. *Sociologia: teoria e estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidade e limites. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 34-52, jan./mar. 2011. DOI: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v11i43.229>.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. *Ativismo judicial e controle de constitucionalidade*. Curitiba: Juruá, 2015.

OLIVEIRA, Heletícia Leão de. *Direito fundamental à saúde, ativismo judicial e os impactos no orçamento público*. Curitiba: Juruá, 2015.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PAMPLONA, Danielle Anne. *O Supremo Tribunal Federal e a decisão de questões políticas: a postura do juiz*. Curitiba: Juruá, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Constitución política de Colombia 1991*. Disponível em: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/constitucion-politica>. Acesso em: 15 nov. 2020.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Estadísticas de la Corte Constitucional: derechos demandados en las tutelas radicadas en la Corte Constitucional (Enero- Noviembre de 2019). 2019. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>. Acesso em: 13 nov. 2020.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU. 559/97. 1997. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1997/su559-97.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-025/04. 2004. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 14 nov. 2020.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-153/98. 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em: 14 nov. 2020.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA, Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 115-133, 2015.

ROSSI, Amélia do C. S.; BARBOSA, Claudia Maria. A cidadania emergente no constitucionalismo latino-americano. In: TAVARES NETO, José Querino; SILVA, Juvêncio Borges da (Coords.). *Ações coletivas e construção da cidadania*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 61-80.

SANTANO, Ana Claudia. Direitos sociais e desenvolvimento: uma abordagem do ativismo judicial na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 115-137, abr./jun. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i68.805.

SANTOS, Douglas Henrique Marin dos. *Judicialização da política: desafios contemporâneos à teoria da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2014 (coleção Biblioteca de Filosofia, Sociologia e Teoria dos Direitos).

SANTOS, Michele Carvalho; OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. O mito de Marbury v. Madison: a questão da fundação da supremacia judicial. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 325-347, set./dez. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i3.56030.

SHERRY, Suzanna. Why we need more judicial activism. *Vanderbilt University Law School, Public Law and Legal Theory*, Nashville-TN (EUA), v. 13, n. 3, p. 1-20, fev. 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2213372>. Acesso em: 14 nov. 2020.

SOUZA, Marcio Scarpim. Estado de coisas inconstitucional: da experiência colombiana à aplicação pelo STF na ADPF 347. *Revista dos Tribunais Online*, São Paulo, n. 111, p. 117-147, jan./fev. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TOLEDO, André Medeiros; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Instrumentos alternativos de solução de conflitos como medidas de sustentabilidade, calcadas na solidariedade social. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 10, n. 1, p. 52-72, jan./abr. 2019. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v10i1.23531

UNITED NATIONS. Human Rights. Office of the High Commissioner. Questions and answers about IDPs. 2020. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/IDPersons/Pages/Issues.aspx>. Acesso em: 14 nov. 2020.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-90, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40515>.

VALLINDER, Torbjörn. When the Courts go marching in. In: C. Neal Tate; Torbjörn Vallinder. (Ed). *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: New York University Press, 1995.

VIDIGAL, Erick José Travassos. *Protagonismo político dos juízes: risco ou oportunidade?* Prefácio à magistratura da pós modernidade. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 66-67.

WATSON, Alan. Legal Transplants and Law Reform. *The Law Quarterly Review*, n. 92, 79-84, 1976.

WATSON, Alan. *Legal Transplants: an approach to comparative law*. 2. ed. Georgia: University of Georgia Press, 1993.

## OS IMPACTOS PÓS-PANDEMIA NO BRASIL E O COMBATE E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL

### *THE POST-PANDEMIC IMPACTS IN BRAZIL AND THE COMBAT AND ERADICATION OF CHILD LABOR*

Bruna Nubiato Oliveira

Mestranda em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Bolsista da Fundação de Apoio ao Desenvolvimento do Ensino, Ciência e Tecnologia do Estado de Mato Grosso do Sul (FUNDECT). Advogada.

Daniela Rocha Rodrigues Peruca

Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) de Mato Grosso do Sul. Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região.

Elisaide Trevisam

Doutora em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Mestre em Direitos Humanos, Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

#### **Autoras convidadas**

**Resumo:** A crise sanitária causada pela covid-19 acentuou a desigualdade social, já impactada pela redução dos postos de trabalho e aumento da informalidade. Esse cenário traz à tona a urgência na implementação da renda básica de cidadania instituída pela Lei n. 10.835/2004, que possui caráter universal, incondicional e autônomo. Garantir uma renda ao indivíduo contribuiu para afastá-lo da condição de vulnerabilidade e, em igual medida, também, contribui para a proteção de crianças e adolescentes no que se refere à exploração da mão de obra infantil. Inclusive, visando à efetivação da teia protetiva, a Assembleia Geral das Nações Unidas editou uma resolução estabelecendo que 2021 é o ano internacional para eliminação do trabalho infantil. Nesse contexto, a presente pesquisa tem por objetivo analisar os impactos da pós-pandemia no combate e erradicação ao trabalho infantil no Brasil e a busca pela efetivação da meta 8.7 da Agenda 2030 da ONU. Para alcançar os fins esperados, a metodologia utilizada na pesquisa será documental e bibliográfica a partir do método dedutivo.

**Palavras-chave:** Pós-pandemia; Trabalho infantil; Erradicação; Renda básica de cidadania.



**Abstract:** *The health crisis caused by covid-19 accentuated social inequality, already impacted by the reduction of jobs and the increase of informality. This scenario brings to light the urgency in the implementation of the basic citizenship income instituted by Law no. 10.835/2004, which has a universal, unconditional and autonomous character. Ensuring an income to the individual contributed to remove him from the condition of vulnerability and, in equal measure, also contributes to the protection of children and adolescents with regard to the exploitation of child labor. Even with a view to putting the protective web into effect, the United Nations General Assembly issued a resolution establishing that 2021 is the international year for the elimination of child labor. In this context, this research aims to analyze the impacts of the post-pandemic on combating and eradicating child labor in Brazil and the search for the achievement of goal 8.7 of the UN 2030 Agenda. To achieve the expected ends, the methodology used in the research will be documentary and bibliographic based on the deductive method.*

**Keywords:** *Post-pandemic; Child labor; Eradication; Basic citizenship income.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A informalidade e a desigualdade. 2. Renda básica de cidadania e vulnerabilidade. 3. Resolução das Nações Unidas – 2021 ano internacional para eliminação do trabalho infantil. 4. Os impactos da pós-pandemia no combate e erradicação ao trabalho infantil. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar os impactos da pós-pandemia no combate e erradicação ao trabalho infantil no Brasil e a busca pela efetivação da meta 8.7 da Agenda 2030 da ONU e, para tanto, faz-se necessário explicar que a crise sanitária causada pela covid-19 modificou drasticamente o tecido social, impactando nas relações comerciais, saúde, emprego, educação, cultura, segurança, e principalmente atingindo de forma mais acentuada àqueles que se encontram na condição de vulneráveis.

O fechamento de postos de trabalho durante a pandemia contribuiu para o aumento da desigualdade social, situação que já estava crítica com a elevação na taxa de desemprego e se agravou com a covid-19, com forte tendência em continuar elevada no período de pós-pandemia.

Com o intuito de minorar os efeitos deletérios da crise sanitária o Governo Federal instituiu o auxílio emergencial, inicialmente no valor mensal de R\$ 600,00 e, posteriormente reduzido para R\$ 300,00, quando houve sua prorrogação, por força da Medida Provisória n. 1000/2020, vigente até 31.12.2020.

Outrossim, o Brasil possui uma legislação específica que deveria ter sido implementada para fazer frente à crise sanitária, trata-se da Lei n. 10.835/2004, que instituiu a renda básica de cidadania, com caráter incondicional, universal e autônomo.

A implementação da renda básica de cidadania poderá ampliar a garantia de proteção às crianças e adolescentes que no período da pandemia tornaram-se

mais vulneráveis, considerando-se o fechamento das unidades de ensino e oferta educacional de forma remota (que não garante o acesso efetivo de todos).

Pontua-se que a Assembleia Geral das Nações Unidas estabeleceu que 2021 é o ano internacional para eliminação do trabalho infantil, portanto, há que se adotar medidas efetivas para se evitar um retrocesso nas ações de combate a essa prática no período pós-pandemia.

Buscando apresentar uma reflexão que atinja os fins esperados, a metodologia utilizada na pesquisa será documental e bibliográfica a partir do método dedutivo.

## **1. A INFORMALIDADE E A DESIGUALDADE**

A cadeia produtiva vem se modificando de forma acelerada desde o final do século XX. Essa transformação possui grande parcela de contribuição decorrente das novas tecnologias e seu efeito é constatado pelo aumento expressivo na taxa de desemprego.

Estudos da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 2015) registrou o patamar de 201 milhões de pessoas desempregados no mundo em 2014, 30 milhões a mais do que antes do início da crise capitalista de 2008. Em 2018, o desemprego atingiu 211 milhões de pessoas. Já o relatório anual de 2020, destaca que o número de pessoas desempregadas deverá aumentar cerca de 2,5 milhões. O relatório, ainda, menciona que o descompasso entre a oferta e a demanda de trabalho se estende para além do desemprego:

[...] chegando a uma subutilização mais ampla da mão de obra. Além do número global de desempregados (188 milhões), 165 milhões de pessoas não têm trabalho remunerado suficiente e 120 milhões desistiram de procurar ativamente por emprego ou não têm acesso ao mercado de trabalho. No total, mais de 470 milhões de pessoas em todo o mundo são afetadas.

Emerge, do relatório, uma crescente subutilização da mão de obra, bem como dificuldade de acesso ao mercado de trabalho, o que acaba por refletir no aumento da informalidade.

No tocante à dificuldade de acesso ao mercado de trabalho, ela decorre de inúmeros fatores, tais como, excedente de oferta de mão de obra; diminuição dos postos de trabalho, baixa qualificação profissional; automação e, ainda o uso de inteligência artificial.

Antunes (2018, p. 68-69) elenca dois modos de ser da informalidade, saber:

Um primeiro modo de ser da informalidade está presente na figura dos trabalhadores informais tradicionais, inseridos nas atividades que requerem baixa capitalização, buscando obter uma renda para consumo individual e familiar. Nessa atividade, vivem de sua força de trabalho, podendo se utilizar do auxílio de trabalho familiar ou de ajudantes temporários. [...] Um segundo modo de ser da informalidade remete à figura dos trabalhadores informais assalariados sem registro, à margem da legislação trabalhista, uma vez que perderam o estatuto de contratualidade e passaram da condição de assalariados com carteira assinada para a de assalariados sem carteira, o que os exclui do acesso das resoluções presentes nos acordos coletivos de sua categoria e os torna desprovidos dos direitos existentes para aqueles que têm contrato formal de trabalho.

No Brasil, a informalidade de assalariados sem registro (uma das divisões traçadas por Antunes), continua a crescer, conforme a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), divulgada pelo IBGE em 31.1.2020:

houve um acréscimo de 0,3 ponto percentual na taxa de informalidade (soma dos trabalhadores sem carteira, trabalhadores domésticos sem carteira, empregador sem CNPJ, conta própria sem CNPJ e trabalhador familiar auxiliar), atingindo 41,1% da população ocupada, o equivalente a 38,4 milhões de pessoas, sendo considerado o maior contingente desde 2016, apesar da estabilidade em relação a 2018.

O aumento na informalidade traz, como um dos reflexos imediatos, o aumento da desigualdade social. Ao tratar sobre a desigualdade, Piketty (2020, p. 573) acentua que ela, ao lado do aquecimento global, é:

[...] um dos principais desafios enfrentados pelo planeta neste início de século XXI. Enquanto o século XX foi marcado pela redução histórica da desigualdade, o aumento dela observado a partir de os anos 1980-1990 contribui para um profundo questionamento da própria noção de progresso.

Ao equiparar-se a desigualdade social ao aquecimento global como um dos principais desafios enfrentados pelo planeta, já se dimensiona a complexidade que norteia a questão da redução de desigualdade, uma vez que para seu atingimento há que se promover modificações no regime político, institucional e eleitoral (PIKETTY, 2020, p. 811-812).

O PNAD Contínua, divulgado em 2020, aponta que o Brasil permanece sendo o nono país mais desigual do mundo e, também, indica que a região Nordeste apresentou o maior crescimento percentual de desigualdade entre 2012 e 2019:

O índice de Gini do rendimento domiciliar *per capita* foi de 0,543 em 2019, recuando em relação a 2018 (0,545) e aumentando frente a 2015 (0,524), o menor índice da série da PNAD Contínua. A região Sul tinha a menor desigualdade de rendimentos (0,467 em 2019). O Nordeste apresentou o maior crescimento percentual do indicador entre 2012 e 2019 (2,4%) e foi a única região onde o Gini cresceu, entre 2018 e 2019, passando de 0,545 para 0,559. Três capitais nordestinas se destacaram como as mais desiguais: Recife (0,612), João Pessoa (0,591) e Aracaju (0,581). A única capital a ficar abaixo do patamar de 0,500 foi Goiânia, com Gini de 0,468. De acordo com dados do Banco Mundial para o relatório *World Development Indicators*, o Brasil permanece como um dos mais desiguais do mundo quando se trata da distribuição de renda entre seus habitantes, sendo o nono país mais desigual do mundo nessa avaliação (IBGE, 2020).

Ao analisarem o Plano Nacional de Emprego e Trabalho Decente, Peruca e Trevisam (2020), destacam que: “os principais problemas estruturais da sociedade estão associados à pobreza e à desigualdade social; o desemprego e a informalidade, o que se coaduna com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (...)”.

Desta feita, a informalidade e a desigualdade social, reacendem a urgência na implementação dos preceitos contidos na Lei n. 10.835/2004 que instituiu, no Brasil, a renda básica de cidadania e em idêntica medida lança luzes à questão da vulnerabilidade, o que será tratado no capítulo seguinte.

## **2. RENDA BÁSICA DE CIDADANIA E VULNERABILIDADE**

Quando a sociedade se depara com a expressão renda básica, o primeiro pensamento que surge com idêntica força, é a indagação do que seja considerado básico ou o que são, verdadeiramente, as necessidades humanas básicas.

Na visão de Harari (2018, p. 66):

Não importa como definamos “necessidades humanas básicas”, se todos desfrutarem delas gratuitamente, elas deixarão de ser um problema, e então as ferrenhas competições e lutas políticas estarão focada em luxos não básicos – sejam elegantes carros autodirigidos, acesso a parques de realidade virtual ou corpos incrementados pela bioengenharia. Mas, se as massas de desempregados não dispuserem de ativos econômicos, é difícil ver como poderiam algum dia esperar obter tais luxos. Consequentemente, a brecha entre os ricos (diretores da Tencent e acionistas do Google) e os pobres (os que dependem da renda básica universal) poderia se tornar não apenas maior, mas intransponível.

Denota-se que os argumentos trazidos por Harari, ainda que de forma breve, remete à questão da desigualdade, que poderá ser amenizada com a concessão de “ativos econômicos”, o que vem a possibilitar que a brecha entre ricos e pobres seja diminuída. Outrossim, inexistindo os “ativos econômicos”, a brecha poderá tornar-se intransponível.

A renda básica de cidadania, que foi instituída no Brasil por força da Lei n. 10.835/2004<sup>1</sup>, pode ser alçada pela terminologia de “ativos econômicos” destacada por Harari, uma vez que está definida como um direito de todos os brasileiros residentes no país e estrangeiros residentes há pelo menos 5 (cinco) anos no Brasil, não importando sua condição socioeconômica (art. 1º)<sup>2</sup>.

No tocante à abrangência, ao valor do benefício e a periodicidade do pagamento da renda básica de cidadania, denota-se, em síntese, dos parágrafos do art. 1º da Lei 10.835/2004, que esta deverá priorizar as camadas mais necessitadas da população (§ 1º)<sup>3</sup>, sendo o pagamento realizado em igual valor para todos, em parcelas iguais e mensais e, suficiente para atender às despesas mínimas, com alimentação, educação e saúde (§ 2º e § 3º)<sup>4</sup>.

Também, denota-se que a renda básica de cidadania possui como características ser incondicional, universal e autônoma. Incondicional porque não necessita de contrapartida, ou seja, o indivíduo não precisa estar inscrito, em curso profissionalizante ou ter matriculado seus filhos na escola, como sói acontecer em outros programas de auxílio (p.ex., bolsa família). É universal uma vez que se destina aos brasileiros e estrangeiros residentes a 5 anos no país. Já a autonomia se refere a utilização da renda de maneira que melhor aprouver ao beneficiário, inexistindo vinculação do valor.

Nesse viés, a instituição da renda básica de cidadania concretiza os objetivos fundamentais da Constituição Federal de 1988, que preconiza pela erradicação da pobreza e marginalização (III do art. 3º), promover o bem de todos (IV do art. 3º) e reduzir as desigualdades sociais e regionais (III do art. 3º).

Frise-se que para além da concretização dos objetivos fundamentais da Constituição da República, a instituição e a implementação da renda básica de

<sup>1</sup> O projeto de lei é de autoria do então Senador Eduardo Matarazzo Suplicy em 2001, que culminou com a edição da Lei 10.835/2004.

<sup>2</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.835.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.835.htm). Acesso em 16 fev. 2021.

<sup>3</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.835.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.835.htm). Acesso em 16 fev. 2021.

<sup>4</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.835.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.835.htm). Acesso em 16 fev. 2021.

cidadania contribuem para o cumprimento do objetivo de desenvolvimento sustentável (ODS) n. 1, que consiste na erradicação da pobreza em todo o mundo até 2030.

A erradicação da pobreza extrema é um desafio global, uma vez que mais de 700 milhões de pessoas vivem, com menos de US\$ 1,90 por dia e mais da metade da população global se encontra vivendo com menos de US\$ 8,00 por dia<sup>5</sup>.

De forma vanguardista e primando pela igualdade na distribuição de renda, Suplicy (2008, p. 8) destaca que:

O Brasil é o primeiro país do mundo cujo Congresso Nacional aprovou uma Lei – a de nº 10.835/04, de 8 de janeiro de 2004, sancionada pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva – que institui a RBC, passo a passo, a critério do Poder Executivo, priorizando-se os mais necessitados, até que um dia todos os brasileiros recebam este benefício. O Programa Bolsa Família pode ser visto com um passo importante em direção à RBC.

Ainda, aponta Suplicy (2002, p. 55), que a renda básica de cidadania “poderá ser um dos instrumentos fundamentais para promover a maior liberdade do trabalhador, sobretudo o seu poder de barganha, principalmente ao lhe permitir maior possibilidade de escolha diante de qualquer oferta de serviço”.

Em idêntica vertente, Van Parijs (2000, p. 184) menciona a importância de o pagamento ser realizado de forma individual e não por unidade familiar e, ainda, independentemente do tipo de família da qual o beneficiário pertença:

A renda básica é paga individualmente a cada membro da comunidade, em vez de a cada unidade familiar tomada como um todo ou a seu chefe, como é o caso da maioria dos sistemas de renda mínima garantida existentes. [...] Uma renda básica, ao contrário, é paga de maneira estritamente individual. Não apenas no sentido de que cada indivíduo membro da comunidade é um beneficiário, mas também de que o valor que a pessoa recebe independe do tipo de família a qual ela pertence.

Percebe-se, assim, que a renda é um meio importante para se obter capacidades, contribuindo para a eliminação da pobreza (SEN, 2019, p. 124). Amartya Sen (2019, p. 129-130) faz um entrelaçamento entre a perda da renda e a privação de capacidades, destacando que o desemprego gera imediatamente a perda da renda, que poderá ser amenizada com a concessão de um auxílio-renda.

<sup>5</sup> Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/ods/1/>. Acesso em: 17 fev. 2021.

No Brasil, tem-se vários programas importantes (Bolsa Família<sup>6</sup>; Projovem<sup>7</sup>; Benefício de Prestação Continuada – BPC<sup>8</sup> etc.) que caminham em direção à implementação da renda básica de cidadania, mas eles não se apresentam na forma incondicional, universal e autônoma, características fundamentais da renda básica.

Visando fazer frente à pandemia foi instituído o auxílio emergencial<sup>9</sup>, para garantir renda às pessoas que não tenham emprego formal ativo ou que exerçam atividade na condição de microempreendedor individual (MEI), contribuinte individual e trabalhador informal. A princípio o benefício teria vigência por 3 (três) meses, no valor mensal de R\$ 600,00, mas posteriormente foi prorrogado até 31.12.2020, no valor mensal de R\$ 300,00, sendo denominado auxílio emergencial residual<sup>10</sup>.

A abordagem acerca da renda básica de cidadania encontra-se entrelaçada ao preceito de vulnerabilidade. Na análise de Castel (1997, p. 26) vulnerabilidade envolve o aspecto de precariedade na relação de trabalho e o isolamento relacional:

É um espaço social de instabilidade, de turbulências, povoado por indivíduos em situação precária na sua relação com o trabalho e frágeis em sua inserção relacional. Daí o risco de caírem na última zona, que aparece, assim, como o fim de um percurso. É vulnerabilidade que alimenta a grande marginalidade ou a desfiliação.

Verifica-se, conseqüentemente, que tanto a precariedade nas relações de emprego, quanto o desemprego e a informalidade, aliados às relações frágeis, deixam o indivíduo na condição de vulnerabilidade.

E quando se trata de vulnerabilidade, não há como se distanciar essa questão da temática de trabalho infantil. Até porque, as crianças e os adolescentes são os mais atingidos quando alguém do núcleo familiar se encontra desempregado ou vivendo na informalidade.

<sup>6</sup> Instituído pela Lei n. 10.836/2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm). Acesso em: 17 fev. 2021.

<sup>7</sup> Instituído pela Lei n. 11.129/2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11129.htm). Acesso em: 17 fev. 2021.

<sup>8</sup> Instituído pela Lei n. 8.742/1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm). Acesso em: 17 fev. 2021.

<sup>9</sup> Instituído pela Lei n. 13.982/2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.982-de-2-de-abril-de-2020-250915958>. Acesso em: 17 fev. 2021.

<sup>10</sup> Instituído pela Medida Provisória n. 1000. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.000-de-2-de-setembro-de-2020-275657334>. Acesso em: 17 fev. 2021.



Com base nesse viés, a Assembleia Geral das Nações Unidas editou uma resolução estabelecendo que 2021 é o ano internacional para eliminação do trabalho infantil, ou seja, é o ano para adoção de políticas determinantes para sua erradicação. Partindo desse ponto, faz-se necessário apresentar a Resolução para buscar elucidar essa questão.

### **3. RESOLUÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS: 2021 COMO ANO INTERNACIONAL PARA ELIMINAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL**

Problemáticas como informalidade, desigualdade social e a inaplicabilidade de uma renda básica que supra as necessidades humanas essenciais, fazem emergir vulnerabilidades que desencadeiam o trabalho infantil no Brasil.

A pobreza fomenta a chaga social do trabalho infantil, impactando diretamente na dignidade da criança e do adolescente. Pelo viés econômico, o trabalho infantil é incentivado como um auxílio para a manutenção da família que possui baixa renda, pois se considera como necessário a atuação de todo o grupo familiar para a luta pela sobrevivência. (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009).

A supressão dos direitos sociais<sup>11</sup> em prol dos econômicos traz sérias consequências, sendo “a pobreza resultado de políticas econômicas que geram e produzem as condições de desigualdade e marginalização social, concentrando a riqueza nos estratos elitizados da população” (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 79).

No Brasil, uma das principais causas da exploração do trabalho infantil é a condição de extrema pobreza que atinge parcela significativa da população. O trabalho infantil perpetua ciclos intergeracionais da pobreza, impedindo o desenvolvimento educacional e a profissionalização, o que acarreta privação de melhores oportunidades futuras (CABRAL; MOREIRA, 2018, p. 5).

A interconexão entre a pobreza, trabalho infantil e analfabetismo, é tratada por Kailash Satyarthi, como sendo um paradigma triangular, são interdependentes e geram consequências umas para as outras.

Se a pobreza e o trabalho infantil persistirem, o analfabetismo também vai persistir, mas se não houver educação gratuita e de boa qualidade, o trabalho infantil e a pobreza persistirão. Em termos de solução para pobreza, por meio de reforma agrária e trabalho justo, um dos pontos mais importantes é o programa de erradicação de trabalho infantil, porque os três vértices do triângulo estão interconectados (SATYARTHI, 2013, p. 23).

<sup>11</sup> Segundo o Art. 6º da Constituição Federal de 1988, são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Os primeiros relatos do trabalho infantil no Brasil ocorreram na época da escravidão, que perdurou por quase quatro séculos no País (KASSOUF, 2007). A tratativa no Brasil é disposta pela Constituição Federal em seu artigo 7º, inciso XXXIII sobre a “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos” (CF, 1988), sendo reprimida toda forma de trabalho realizada abaixo dos limites de idade mínima conferida pelas normas brasileiras.

Segundo Martin Hahn, diretor da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no Brasil:

O trabalho infantil é uma gravíssima violação dos direitos humanos. A pobreza e a desigualdade social fazem com que os filhos e as filhas de famílias mais pobres tenham poucas oportunidades de escolha e desenvolvimento na infância e adolescência. Ao atingirem a vida adulta, tornam-se, majoritariamente, trabalhadores com baixa escolaridade e qualificação, ficando sujeitos a menores salários e vulneráveis a empregos em condições degradantes, perpetuando, assim, um círculo vicioso de pobreza (HAHN, 2021).

Peruca e Trevisam (2020) destacam que:

Essas crianças sofrem uma aniquilação à infância. Não podem brincar, correr, desenhar, andar de bicicleta, sonhar. Tornam-se adultos prematuramente. Isso, sem considerar que o trabalho precoce prejudica diretamente a educação pois, a criança e/ou adolescente que trabalham não possuem aproveitamento adequado. Também, implica em aumento da evasão escolar e, impede, inclusive o ingresso na unidade escolar.

Em outra vertente, a criança de classe média, quando acessa à rede de ensino já o faz tendo recebido estímulos (leituras, lazer, viagens) e incentivo familiar. Ao passo que a criança de famílias pobres, não possuem idêntico estímulo, sendo que a brincadeira de um filho de pedreiro é com o carrinho de mão do pai (SOUZA, 2019: 103-104).

Mesmo que o Brasil tenha ratificado duas importantes normas internacionais da OIT, sendo a Convenção 138 que trata sobre a idade mínima para admissão ao emprego e a Convenção 182 sobre as piores formas de trabalho infantil, a problemática ainda permeia em solos brasileiros.

A adoção, em 1989, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e a aprovação, em 1990, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), acabou por incluir definitivamente o tema do combate ao trabalho infantil na agenda nacional de políticas sociais e econômicas (SCHWARTZMAN, 2001).

Porém, segundo Martin Hahn (ONU) estima-se que a crise pandêmica provoque, ainda, a deterioração da qualidade do emprego, o aumento do subemprego e da pobreza e o agravamento da desigualdade. Os efeitos nocivos da crise não serão distribuídos igualmente; serão maiores nos países mais pobres e impactarão mais profundamente as famílias que já se encontravam em situação de vulnerabilidade.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), em colaboração com a parceria global Aliança 8.7, lançou o Ano Internacional para a Eliminação do Trabalho Infantil, com o objetivo de promover ações legislativas e práticas para erradicar o trabalho infantil em todo o mundo.

O diretor-geral da OIT, Guy Ryder, disse:

Não há lugar para o trabalho infantil na sociedade. Isso rouba o futuro das crianças e mantém as famílias na pobreza. Este Ano Internacional é uma oportunidade para os governos intensificarem e alcançarem a Meta 8.7 dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, adotando ações concretas para eliminar definitivamente o trabalho infantil. Com a COVID-19 ameaçando reverter anos de progresso, precisamos cumprir os compromissos assumidos agora mais do que nunca.

Ao estudar a temática, Campello (2020, p. 24) afirma que “a Agenda 2030, conforme seu parágrafo 10º, está expressamente fundamentada na Carta da ONU, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos tratados internacionais de direitos humanos e em outros instrumentos, como na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento”.

Com fulcro na Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis (ODS) “objetivam realizar os direitos humanos de todos, havendo responsabilidade dos Estados para respeitar, proteger e promover os direitos humanos e as liberdades fundamentais para todos, sem qualquer discriminação, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, deficiência ou qualquer outra condição” (CAMPELO, 2020: 24).

Dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis que se enquadram na temática, encontram-se o ODS n.1 que trabalha com a erradicação da pobreza, o ODS n.8, que trata do trabalho decente em conjunto com o crescimento econômico, o ODS n. 8.7 que traz especificadamente o trabalho infantil e o ODS n. 10 que trata da redução das desigualdades sociais.

Evidencia-se a necessidade de buscar atuações conjuntas dos organismos internacionais com os Estados por meio de parcerias para a efetivação da Agenda 2030, sendo essencial no contexto do trabalho infantil, visando a erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais.

#### 4. OS IMPACTOS DA PÓS-PANDEMIA NO COMBATE E ELIMINAÇÃO AO TRABALHO INFANTIL

A crise sanitária decorrente da covid-19 além de impactar diretamente na saúde, economia, educação, trabalho, gerou outro efeito, ainda, mais, nefasto que é o risco de aumento do trabalho infantil.

É cediço que o trabalho infantil tem um nexos causal com a classe social em que a criança está inserida, tornando-se, mais acentuado naqueles mais pobres, principalmente em lares em que um ou alguns dos indivíduos que compõem o núcleo familiar se encontram desempregados ou em atividades informais.

Conforme já mencionado no capítulo 1 a outra face da informalidade é a desigualdade social, que foi alargada com a crise sanitária e será percebida com maior nitidez no processo de pós-pandemia, principalmente quando o auxílio-emergencial deixar de ser fornecido, uma vez que o país não implementou a renda básica de cidadania que poderia ser uma medida importante para diminuir a desigualdade social.

Todos esses fatores lançam famílias e indivíduos à pobreza ou à extrema pobreza, e tornam crianças e adolescentes mais susceptíveis a serem arregimentados para o trabalho infantil, criando a falsa ideia que poderiam estar ajudando suas famílias.

Atualmente, na África, 72 milhões de crianças estão nessa situação, o que representa quase metade de todos os casos de trabalho infantil no mundo. A região é seguida por Ásia-Pacífico com 62 milhões. Cerca de 70% dos casos ocorrem na agricultura e quase metade são de crianças em situações de perigo para suas vidas e saúde. A crise da Covid-19 adicionou o risco de pobreza a essas pessoas que já viviam em situação frágil, e pode reverter anos de progresso e de luta contra o trabalho infantil.<sup>12</sup>

No Brasil, o cenário não é diferente, uma vez que com o aumento na taxa de desemprego e a perda de rendas das famílias em decorrência da pandemia de covid-19, houve um aumento nos casos de trabalho infantil, conforme demonstra a pesquisa do Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef):

Entre as famílias que foram cadastradas em maio para receber os kits de higiene e as cestas-básicas oferecidas pelo Unicef, a cada mil domicílios, 21,2 disseram ter ao menos uma criança trabalhando. Dentro dessa mesma amostra, o índice cai para 17,5 a cada mil quando as famílias falam da situação antes da pandemia. Entre as famílias que foram incluídas no cadastro em julho, a incidência de trabalho infantil subiu para

<sup>12</sup> Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/01/1738942>. Acesso em 13 fev. 2021.

24,2 a cada mil, sendo que antes da pandemia as respostas das pessoas dentro dessa amostra apontam para um índice de 17,4<sup>13</sup>.

Embora a pesquisa do Unicef tenha sido realizada na cidade de São Paulo, ela é indicadora de como a pandemia impactou na vida das famílias mais vulneráveis e, como refletirá nas ações de combate e erradicação ao trabalho infantil no período de pós-pandemia.

O diretor do escritório da OIT (Organização Internacional do Trabalho) no Brasil, Martin Hahn, alerta para os impactos diferenciados da crise sanitária causada pela covid-19 sobre crianças e adolescentes, devendo estarem entre as prioridades das políticas públicas em resposta à pandemia:

Governos, organizações de trabalhadores e de empregadores, organismos internacionais e a sociedade buscam entender os efeitos da pandemia de COVID-19 e a forma mais segura de proteger a população e reativar as economias. É hora de trabalharmos juntos e juntas, por meio do diálogo social, para promover medidas urgentes e específicas que ajudem empresas, trabalhadoras e trabalhadores na economia formal e informal (fomentando sua formalização), e outras pessoas em situação de vulnerabilidade socioeconômica. Por isso, os impactos diferenciados da crise sobre crianças e adolescentes devem estar entre as prioridades das políticas públicas em resposta à pandemia. É fundamental aumentar a mobilização e atenção sobre a importância da prevenção do trabalho infantil, estabelecer programas de apoio às empresas para garantir a continuidade dos negócios, gerar oportunidades de trabalho protegido para adolescentes em idade permitida para o trabalho, combater o racismo e outras formas de preconceitos, fortalecer a fiscalização do trabalho para coibir o trabalho infantil, trabalhar com a área de educação para garantir a volta segura à escola, quando possível, e construir um sistema de proteção social que atenda toda a população, considerando a sua grande diversidade<sup>14</sup>.

Emerge das ponderações de Martin Hahn, a necessidade de mobilização por parte de governos, sociedade, organismos internacionais, dentre outros atores, visando à prevenção do trabalho infantil, por meio de programas de trabalho protegido e, ainda fortalecer a fiscalização para coibir o trabalho infantil em todas as suas formas.

<sup>13</sup> O levantamento foi realizado na cidade de São Paulo com 52,7 mil famílias e sinaliza um aumento do número de residências onde ao menos uma criança trabalha. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-08/aumenta-incidencia-de-trabalho-infantil-durante-pandemia-em-sao>. Acesso em: 20 fev. 2021.

<sup>14</sup> Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS\\_748018/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_748018/lang-pt/index.htm). Acesso em: 20 fev. 2021.

No que se refere aos programas de trabalho protegido, destaca-se que o Poder Judiciário brasileiro, por meio dos Atos TST/CSJT n. 419/2013<sup>15</sup> e 63/2016<sup>16</sup>, instituiu o Programa de Combate ao Trabalho Infantil e de Estímulo à Aprendizagem, que visa desenvolver, em caráter permanente, ações em prol da erradicação dessa prática e da adequada profissionalização do adolescente.

Embora o Programa de Combate ao Trabalho Infantil e de Estímulo à Aprendizagem esteja bem estruturado, ele depende em grande medida da adesão da sociedade civil e, com o encolhimento do mercado de trabalho em razão da crise sanitária, podendo permanecer estagnado no período pós-pandemia, acredita-se que uma parcela dos adolescentes, não adentrarão ao mercado de trabalho de maneira adequada e protegida, impactando na efetivação da meta 8.7 da Agenda 2030.

No tocante as medidas de fiscalização, o governo brasileiro, nos últimos três anos vem reduzindo o orçamento destinado para as ações de combate ao trabalho infantil, sendo que para 2020 a diminuição representou 63% da verba destinada à fiscalização em relação ao orçamento de 2019, que já era reduzida<sup>17</sup>.

A redução na fiscalização gera impacto imediato no aumento de utilização da mão de obra de crianças e adolescentes, pois é indene de dúvidas que essa mão de obra representa menor custo ao empregador, melhor controle (ausência de reivindicação de seus direitos) e não dimensionamento dos riscos.

Por isso, a redução orçamentária destinada à fiscalização, aliada a um cenário pós-pandemia, onde relações laborais poderão ser estabelecidas de maneira mais precárias, também poderá impactar nas ações de combate ao trabalho infantil.

Também, a educação, que muito contribui para modificar a realidade de crianças e adolescentes, principalmente os mais vulneráveis, afastando-os do trabalho infantil e garantindo-lhes condições de quebrar o ciclo de pobreza, foi fortemente impactada com a covid-19, uma vez que a oferta de ensino passou a ser remota, porém, a desigualdade social impossibilita que todos tenham igual acesso e interação ao ensino virtual.

Na avaliação da secretária executiva do Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil (FNPETI), Isa Oliveira, quanto ao cumprimento da meta 8.7 da Agenda 2030, esta preleciona:

<sup>15</sup> Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/34480/2013\\_ato0419\\_csjt.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/34480/2013_ato0419_csjt.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 20 fev. 2021.

<sup>16</sup> Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/81593/2016\\_ato0063\\_csjt.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/81593/2016_ato0063_csjt.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 20 fev. 2021.

<sup>17</sup> Disponível em: <https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/economia/2019/11/verba-para-fiscalizacao-trabalhista-recua-63.html>. Acesso em: 7 jun.2020.

[...] o cumprimento da meta torna-se ainda mais improvável devido ao agravamento da crise socioeconômica por causa da pandemia de COVID-19, pela desestruturação de políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil e da ausência de apoio às famílias em situação vulnerável e pela redução recursos financeiros para as ações de fiscalização do trabalho pelo governo federal. Os efeitos sobre o atual contexto devem ser captados pelas pesquisas de 2020 e 2021.<sup>18</sup>

Percebe-se, portanto, que o cenário pós-pandemia revela um retrocesso nas ações e medidas até então adotadas no combate e erradicação do trabalho infantil.

Assim, com intuito de fomentar o pensamento e abrir espaços para discussões dialogadas acerca de novas formas para reestruturação das políticas de enfrentamento à exploração da mão de obra de crianças e adolescentes, no período pós-pandemia, exsurge a renda básica de cidadania, instituída pela Lei n. 10.835/2004.

Portanto, como medida urgente para aplacar o problema do trabalho infantil, o Governo brasileiro deve implementar a renda básica de cidadania, possibilitando, desta feita, a efetivação da meta 8.7 da Agenda 2030 da ONU.

## CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve por objetivo analisar os conceitos e problemáticas dos impactos pós-pandemia no combate e erradicação do trabalho infantil, sendo examinado que a informalidade laboral e a desigualdade social fomentam as vulnerabilidades do trabalho infantil.

O artigo buscou enfatizar a produção teórica sobre o tema tratado para lançar bases a futuras pesquisas mais específicas sobre a erradicação do trabalho infantil no Brasil, e para a elucidação da problemática apresentada, foram estabelecidos quatro questionamentos.

Enquanto o primeiro deles se referiu no aumento da informalidade no campo trabalhista, que desencadeia reflexos imediatos no aumento da desigualdade social, o segundo tratou do cenário de pós-pandemia sinalizando que a renda básica de cidadania será uma tendência, tendo em vista o encolhimento do mercado de trabalho que foi severamente atingido pela crise sanitária da covid-19 e, ainda pelo aumento progressivo na taxa de desemprego que avançará nas próximas décadas com a substituição do uso da força física pela utilização de trabalho intelectual, imposto pelas novas tecnologias.

<sup>18</sup> Disponível em: <https://fnpeti.org.br/noticias/2020/12/17/reducao-do-trabalho-infantil-nos-ultimos-quatro-anos-nao-garante-cumprimento-da-meta-de-2025/>. Acesso em 17 fev. 2021.



O terceiro questionamento buscou elucidar a delimitação da Resolução das Nações Unidas no Ano Internacional para Eliminação do trabalho infantil, que analisa como a pobreza influencia no trabalho infantil, sendo fundamental a colaboração dos organismos internacionais e dos Estados na promoção de ações mais concretas no combate a essa chaga social. Enfatizou-se a importância da Agenda 2030 e seus Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis.

No último questionamento, investigou-se como a crise sanitária, decorrente da covid-19, já está impactando diretamente na saúde, economia, educação, trabalho, fomentando o risco de aumento do trabalho infantil.

Por fim, frise-se que a implementação da renda básica de cidadania poderá contribuir para a efetivação do objetivo de desenvolvimento sustentável (ODS) n. 1 (acabar com a pobreza em todas as suas formas e lugares), bem como a meta 8.7 (tomar medidas imediatas e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão moderna e o tráfico de pessoas e assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, incluindo recrutamento e utilização de crianças-soldado, e até 2025 acabar com o trabalho infantil em todas as suas formas), ambos da Agenda 2030.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo, 2018.

ARRUDA, Kátia Magalhães; FARIAS, James Magno Araújo (Coords.). *Brasil sem trabalho infantil*. São Paulo: LTr, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. *Lei n. 10.835/2004*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.835.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.835.htm). Acesso em: 16 fev. 2021.

BRASIL. *Lei n. 10.836/2004*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm). Acesso em: 17 fev. 2021.

BRASIL. *Lei n. 11.129/2005*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11129.htm). Acesso em: 17 fev. 2021.

BRASIL. *Lei n. 8.742/1993*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm). Acesso em: 17 fev. 2021.

BRASIL. *Lei n. 13.982/2020*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.982-de-2-de-abril-de-2020-250915958>. Acesso em: 17 fev. 2021.

BRASIL. *Medida Provisória n. 1000/2020*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.000-de-2-de-setembro-de-2020-275657334>. Acesso em: 17 fev. 2021.

CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. *Direitos humanos e meio ambiente: os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030*. São Paulo: IDHG, 2020.

CASTEL, Robert. A dinâmica dos processos de marginalização: da vulnerabilidade a “desfiliação”. *CADERNO CRH*, Salvador, n. 26/27, p. 19-40, jan/dez. 1997. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/crh/article/view/18664>. Acesso em: 17 fev. 2021.

CUSTÓDIO, André Viana; RAMOS, Fernanda Martins. Políticas públicas de erradicação do trabalho infantil doméstico no Brasil. *Revista Direito UFMS*, Campo Grande, MS, v. 6, n. 1, p. 112 - 130, jan./jun. 2020.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Crianças esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil*. Curitiba: Multidéia, 2009.

FORTUNATO, Sarita Aparecida de Oliveira. *Infância, educação e trabalho. O (des)enrolar das políticas públicas para a erradicação do trabalho infantil no Brasil*. Curitiba: Appris, 2018.

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Tradução Paulo Geiger. 1. ed. São Paulo: Companhia das letras, 2018.

KASSOUF, Ana Lúcia. O que conhecemos sobre o trabalho infantil? *Nova Economia – Revista do Departamento de Ciências Econômicas da UFMG*, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 323-350, 2007. Disponível em: <https://revistas.face.ufmg.br/index.php/novaeconomia/article/view/490>. Acesso em: 28 fev. 2021.

MEZZAROBIA, Orides Monteiro. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*, 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>.

PERUCA, Daniela R. R.; TREVISAM, Elisaide. Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável: a proibição do trabalho infantil e do recrutamento de crianças-soldado para serem utilizadas em conflitos armados. *Revista Jurídica Direito & Paz*, São Paulo, n. 42, p. 133-154, 2020.

PERUCA, Daniela R. R.; TREVISAM, Elisaide. O direito humano ao não trabalho: a programa de combate ao trabalho infantil e de estímulo à aprendizagem para efetivação do objetivo 8.7 de desenvolvimento sustentável. In: LEMOS JUNIOR, Eloy P.; LANNES, Yuri, N. da C. *Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho I*. Florianópolis: CONPEDI, 2020. p. 160-176. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/nl6180k3/37qj2s30/6Ec25Q7d78WW31Eo.pdf>.

SATYARTHI, Kailash. Erradicação do trabalho infantil: desafios e perspectivas. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 79, n. 1, p. 22-37, jan./mar. 2013.

SCHWARTZMAN, Simon. *Trabalho infantil no Brasil*. Brasília, 2001.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Lucas Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SOUZA, Jesse. *A elite do atraso*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.

SUPLICY, Eduardo Matarazzo. *Renda de cidadania: A saída é pela porta*. 1. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2002.

SUPLICY, Eduardo Matarazzo. *Renda de cidadania: A resposta dada pelo vento*. São Paulo: Lpm, 2008.

TREVISAM, Elisaide; SILVA, A. V. G. O princípio da dignidade humana e a efetivação dos direitos da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro. *In: CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI*, 5., 2017, Campo Grande - MS. Ética, Ciência e Cultura Jurídica. *Anais [...]*. Florianópolis: FEPODI, 2017. v. 1. p. 325-334.

VAN PARIJS, Philippe. Renda básica: renda mínima garantida para o século XXI? *Estudos avançados*, São Paulo, v. 14, n. 40, 2000.

## **A IMPORTÂNCIA DAS COMUNIDADES TRADICIONAIS PARA A PROTEÇÃO E PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE E DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL**

### ***THE IMPORTANCE OF TRADITIONAL COMMUNITIES FOR THE PROTECTION AND PRESERVATION OF THE ENVIRONMENT AND THE HISTORICAL-CULTURAL HERITAGE***

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida

Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora e pesquisadora do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da PUC/SP, Núcleo de Pesquisa “D. Difusos e Coletivos. Coordenadora da Especialização “Direito Ambiental e Gestão Estratégica da Sustentabilidade (PUC/COGEAE/SP) e do “Centro de Estudos e Pesquisas Tecnológicas em Direito Minerário Ambiental” (CEPDMA/PUC/SP). Líder do Grupo de Pesquisa “Ordem Política, Econômica e Social e o Meio Ambiente: efetividade e sustentabilidade” (CNPq/PUC/SP), integrante do Grupo de Pesquisa “Direitos Sociais, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas” (CNPq/Unisal) e coordenadora do Projeto de Pesquisa “Direitos Fundamentais, Jurisdição Constitucional e Cidadania” (Unisal). Desembargadora Federal e Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Presidente da Comissão Gestora do “Núcleo de Gerenciamento de Precedentes” do TRF3 (NUGE) e integrante do Grupo Decisório do “Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal”.

Maria Cristina Vitoriano Martines Penna

Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de Paulo (UNISAL/SP), Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Braz Cubas (UBC/SP), Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC/SP) e Procuradora Chefe do Serviço Autônomo de Água e Esgoto - SAAE/de Jacaré.

**Submetido em:** 26/04/2021

**Aprovado em:** 05/11/2021

**Resumo:** Trata-se da importância das Comunidades Tradicionais para a tutela do meio ambiente e do patrimônio histórico-cultural. Apresenta-se o reconhecimento constitucional da cultura (material ou imaterial), que teve por fim, visa proteger as Comunidades Tradicionais, que por sua vez, propiciou a proteção ambiental. A reprodução das tradições dos povos protegem os ecossistemas e biomas, em razão da forma como se relacionam com o meio ambiente. Assim, a

ideia de que aqueles com compõem as Comunidades Tradicionais obstam o desenvolvimento econômico é substituída pela sua importância na promoção do desenvolvimento sustentável. Estas comunidades são mais vulneráveis aos riscos e impactos ambientais pela falta efetividade de Políticas Públicas com o fim de reduzir a exclusão social e impulsionar o desenvolvimento. Tem-se também, o Território Tradicional que é instrumento de conexão das Comunidades com o mundo, por ser peça fundamental para a reprodução da cultura imaterial. Reafirma-se a importância do Patrimônio cultural imaterial para o reconhecimento da diversidade cultural.

**Palavras-chave:** Direito Coletivo; Comunidades Tradicionais; Meio Ambiente; Patrimônio Cultural.

**Abstract:** *It is about the importance of Traditional Communities for the protection of the environment and the historical-cultural heritage. The constitutional recognition of culture (material or immaterial) is presented, whose aim is to protect the Traditional Communities, which in turn, provided environmental protection. The reproduction of peoples' traditions protects ecosystems and biomes, due to the way they relate to the environment. Thus, the idea that those who make up Traditional Communities hinder economic development is replaced by its importance in promoting sustainable development. These communities are more vulnerable to environmental risks and impacts due to the lack of effectiveness of Public Policies in order to reduce social exclusion and boost development. There is also the Traditional Territory, which is an instrument of connection between Communities and the world, as it is a fundamental part for the reproduction of immaterial culture. The importance of intangible cultural heritage for the recognition of cultural diversity is reaffirmed.*

**Keywords:** *Collective Law; Traditional Communities; Environment; Cultural heritage.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O Direito das Minorias como Ramo do Direito Coletivo. 2. As Minorias e a Vulnerabilidade. 2.1 As Comunidades Tradicionais como Minorias Ambientais. 2.2. Vulnerabilidade Ambiental. 3.0 Multiculturalismo como meio de proteção do meio ambiente. 4. O multiculturalismo e a proteção das minorias ambientais. 5. A importância dos territórios tradicionais e a CF/88. 5.1 O patrimônio histórico-cultural imaterial. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo trata da importância das comunidades tradicionais, sob o viés do multiculturalismo para a proteção e preservação do meio ambiente e do patrimônio histórico-cultural.

Apresenta-se a importância do multiculturalismo para o resgate das comunidades tradicionais, a partir da Constituição Federal de 1988 e, como elas, através do exercício dos seus saberes e tradições, preservam e protegem o meio ambiente.

Pretende-se, também, refletir sobre a importância dos territórios das Comunidades Tradicionais, para a manutenção e preservação do meio ambiente, e, compreender, porque ele ultrapassou o conceito geográfico para assumir outros papéis.

Questiona-se, ainda, qual o elo entre patrimônio cultural e preservação ambiental e, como as comunidades tradicionais foram ressignificadas com

tal reconhecimento e mais, se a elas pode-se atribuir o conceito de Minoria Ambiental.

Apresenta-se o Direito das Minorias como ramo do Direito Coletivo e a importância dessa classificação. No tópico “As Minorias e a Vulnerabilidade”, trata-se das Minorias Ambientais e Vulnerabilidade Ambiental.

Na sequência, adentra-se no Multiculturalismo, demonstrando-se a sua fundamental e necessária compreensão para a preservação do meio ambiente e proteção das Minorias Ambientais.

Por fim, demonstra-se a importância dos territórios tradicionais, com o advento da Constituição de 1988 e, do Patrimônio Histórico-Cultural imaterial para o reconhecimento da diversidade cultural.

Realizou-se o presente estudo com a análise da doutrina, de documentos e como metodologia, fez-se a análise sistêmica, crítica e análise indutiva e dedutiva, apurando-se de forma qualitativa.

## **1. O DIREITO DAS MINORIAS COMO RAMO DO DIREITO COLETIVO**

A Constituição Federal de 1988, é uma constituição de vanguarda, pois ao instituir o Estado Democrático de Direito, não o fez apenas sobre os direitos e garantias individuais, mas, prestigiou, também, a defesa dos direitos coletivos, como o direito do consumidor (art. 5º XXXII e art. 170, inc.V), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 e art. 170, inc. VI), os direitos culturais (art. 215 e 216), os direitos dos indígenas (arts. 231 e 232) entre outros. Assim,

No caso do Direito Material Coletivo, como categoria constitucional fundamental, observa-se que o seu objeto formal é integrado pelo conjunto de princípios, garantias e regras que disciplinam a proteção e a efetivação de todos os direitos ou interesses coletivos, inclusive no plano abstrato, pelo controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade. (ALMEIDA, 2010)

O objetivo dos Direitos Coletivos está diretamente ligado com a vida e com o próprio comportamento humano, sempre considerando que

[...]todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana. Essa concepção provém da incompletude da existência da pluralidade de culturas, a ideia de completude está na origem de um excesso de sentido que engloba todas as culturas. (SANTOS, 2017, p. 22).

Os direitos coletivos surgiram em contraposição à individualidade clássica, permitindo uma visão jurídica particularizada e com o intuito de promover a justiça social. É justamente em razão do próprio objeto do Direito que devem ser desenvolvidos, pela metodologia jurídica os métodos de ordenação, e concretização do Direito, pois as peculiaridades de cada área do Direito exigem metodologias adequadas às suas necessidades. Assim, de acordo com Gregório Assagra Almeida:

O Direito Coletivo pode ser conceituado como a parte integrante da teoria constitucional dos direitos fundamentais, que compõe um dos blocos do sistema jurídico brasileiro e se integra pelo conjunto de princípios, garantias e regras disciplinadoras dos direitos ou interesses difusos, dos direitos ou interesses coletivos em sentido restrito, dos direitos e interesses individuais homogêneos e dos interesses objetivos coletivos legítimos. (ALMEIDA, 2010).

Neste sentido, a proteção e o reconhecimento da cultura, da diversidade cultural, do patrimônio cultural (material e imaterial), é um dos momentos dessa mudança do Direito, que passa do estritamente individual para, agora, o interesse da coletividade. Vinculando-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que além de ser um direito de todos é neste meio em que se concretizam as manifestações e práticas culturais. Os direitos coletivos são aqueles que:

têm como principal característica o fato de sua titularidade não ser individualizada, de não se ter ou não poder ter clareza sobre ela. (...) esta característica os afasta do conceito de direito individual concebido em sua integridade na cultura contratualista ou constitucionalista do século XIX, porque é um direito sem sujeito! Ou dito, de maneira que parece ainda mais confusa para o pensamento individualista, é um direito onde todos são sujeitos. Se todos são sujeitos do mesmo direito, todos têm dele disponibilidade, mas, ao mesmo tempo, ninguém pode dele dispor, contrariando-o, porque a disposição de um seria violar o direito de todos. (SOUZA FILHO, 1999, p. 176)

A partir do conceito supramencionado, e que todos são sujeitos, destaca-se o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como fonte finita de recursos naturais capaz de ameaçar o futuro da humanidade, e, o Multiculturalismo como resposta a toda exclusão e desconsideração sociais impingidos às Comunidades Tradicionais, neste estudo, com ênfase aos Indígenas e Quilombolas, os primeiros incluídos como povo originário do Brasil e os descendentes e remanescentes de comunidades de escravos, vítimas do tráfico negreiro.

Não há que se olvidar que o Direito das Minorias integra o Direito Coletivo e, pode ser categorizado como Direito Constitucional Fundamental, visto que o



seu objeto formal é integrado pelo conjunto de princípios, garantias e regras que disciplinam a proteção e a efetivação de todos os direitos ou interesses coletivos, através dos controles de constitucionalidade.

Sendo assim, ao se reconhecer as Comunidades Tradicionais como Minorias, faz-se a inclusão das mesmas no rol dos sujeitos vinculados aos Direitos Coletivos e, garantindo a elas, dentre outros, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao exercício dos seus saberes e tradições, como Direitos culturais, que são reconhecidos e tutelados como Patrimônio Histórico-Cultural.

## 2. AS MINORIAS E A VULNERABILIDADE

No trato do tema “minorias e vulnerabilidade”, são temas que se correlacionam, mas para defini-los deve-se compreender o princípio constitucional da igualdade, que é vetor fundamental à luta contra a discriminação. Nesta esteira:

O que os povos democráticos ou em que o Estado é democrático e liberal têm de fazer, como fim principal, é diminuir a desigualdade humana. Os Homens são desiguais, mas é preciso que, em vez de continuar a desigualdade, se faça, menos desiguais.” (PONTES DE MIRANDA, 1979 *apud* RIOS JUNIOR, 2013, p. 100)

Pode-se, portanto, afirmar que o princípio da igualdade é fruto da realidade social, já que as pessoas não são iguais e cabe ao Estado identificar e resguardar aquelas em que, determinadas situações, fáticas e/ou características biológicas, as coloque em circunstância adversa perante a sociedade. Sendo assim, a igualdade “[...] é algo que precisa ser obtido a partir de reivindicações e conquistas, e para tanto o Direito pode servir de valiosa ferramenta” (ROTHENBURG, 2009 *apud* RIOS JUNIOR, 2013, p. 100)

A existência de grupos vulneráveis e minorias, sejam eles quais forem, acompanha a humanidade no seu percurso histórico, cujas especificidades e diferenças vão surgindo, outras se desfazendo, com o avanço da sociedade e, é um assunto de preocupação e tutela, global.

Assim, passa a ser dever do Estado identificar essas Minorias, através da situação que as diferencia da sociedade, com a implementação de Políticas Públicas que respeitem as peculiaridades de cada uma, que garantam o exercício pleno dos seus direitos e garantias fundamentais. É cediço que “[...] determinados elementos ou traços característicos das pessoas ou situações são insuscetíveis de serem colhidos pela norma como raiz de alguma diferenciação, pena de se porem às testilhas com a regra da igualdade.” (BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 15)

Não há uma definição unívoca de Minorias, mas é possível identificar as principais características delas, como sendo: grupo ou coletividade humana que possui particularidade própria, independentemente de quais sejam, que as tornam distintas dentro do ambiente humanos onde estão, ou deveriam, estar integrados. É necessário ampliar o conceito, nestes termos, assevera Élide Séguin:

Pensa-se em minorias como um contingente numericamente inferior, como grupos de indivíduos, destacados por uma característica que os distingue dos outros habitantes do país, estando em quantidade menor em relação à população deste. [...] Conceituar minorias é complexo, vez que sua realidade não pode ficar restrita apenas a critérios étnicos, religiosos, linguísticos ou culturais. Temos que sopesar sua realidade jurídica ante as conquistas modernas. (SÉGUIN, 2002, p. 09).

As Minorias são vulneráveis e necessitam de proteção estatal para viverem com dignidade. A vulnerabilidade é um traço inerente à natureza humana, ela atua em diversos graus, e depende do potencial de resistência diante dos infortúnios enfrentados. Por essa razão, a noção de vulnerabilidade está intimamente ligada à igualdade, porque nem todos os seres humanos têm a mesma capacidade de resistência. Sendo assim, a definição de grupo vulnerável, perpassa por vulnerabilidade como se vê:

Vulnerabilidade é um termo originado das discussões sobre Direitos Humanos, geralmente associado à defesa dos direitos de indivíduos fragilizados juridicamente. Sendo assim, um grupo vulnerável é um grupo de pessoas que, por motivação diversa, tem acesso, participação igualitária dificultada a bens e serviços universais disponíveis para a população. (MARGAROTO CAYRES *et al.*, 2015).

Com as duas definições apresentadas, é verosímil afirmar que o que importa na verdade é garantir a esses grupos a prerrogativa de serem diferentes, e, por este motivo devem ser tratados de forma diferenciada, recebendo uma proteção especial por parte do Estado que os acolhe.

Minorias e grupos vulneráveis não são expressões sinônimas, mas pela circunstância de seus integrantes encontrarem-se nas mesmas situações fáticas de discriminação, intolerância e fragilidade, por parte de uma parcela da sociedade, torna-se irrelevante a diferenciação conceitual e relevante sim, a tutela jurisdicional que se pode oferecer a esses excluídos.” (BASTOS, 2011, p. 66)

Ultrapassada a questão da diferenciação terminológica de minorias e grupos vulneráveis, poder-se-ia afirmar que toda minoria é vulnerável, dentro de

um aspecto, mas nem todo integra uma minoria, até porque a vulnerabilidade pode ser situacional, e como tal pode ser suprida.

### 2.1. AS COMUNIDADES TRADICIONAIS COMO MINORIAS AMBIENTAIS

Ampliando o conceito de minorias, pode-se afirmar que as diferenças que as caracterizam pode ser as mais variadas, desde o gênero, etnia, origem, até à falta de acesso a direitos fundamentais como o meio ambiente.

Atualmente, vê-se que o enfrentamento jurídico de questões contemporâneas é necessário em virtude de várias situações que não foram expressamente elencadas em lei, mas que necessitam de atenção estatal, como é o caso das Minorias Ambientais, assim definidas:

[...]aqueles grupos de pessoas, que em função das relações de poder estabelecidas atualmente, se encontram em posições de desvantagens em virtude de uma maior vulnerabilidade e, conseqüentemente, uma maior necessidade de proteção. Trata-se de uma aproximação de conceitos e de um diálogo entre a proteção ambiental e os direitos humanos. [...] as populações que tem muitos dos seus direitos, já que são mais vulneráveis aos impactos dos diversos riscos – sobretudo ambientais – a que estão submetidos. (JUBILUT *et al.*, 2017, p. 01)

No Brasil podem ser consideradas como “Minorias Ambientais”, os indígenas, os remanescentes de quilombos, pescadores artesanais, ribeirinhos, coletores de castanha etc., expostos com mais frequência aos riscos ambientais, principalmente por utilizar o meio ambiente como fonte de reprodução de suas culturas.

Acredita-se, que poderiam ser incluídos, também, na categoria de minorias ambientais, aqueles que por alguma circunstância são obrigados a conviver, muitas vezes diariamente, com riscos ambientais em virtude do trabalho ou moradia, ou ambos, como os moradores de encostas, aqueles que trabalham em minas de carvão, que estão em condição de pobreza, etc. Neste sentido:

A pobreza não é um fenômeno inscrito na natureza das coisas, mas sim um produto de processos sociais precisos de despossessão (da terra, dos instrumentos de trabalho, de capital cultural, enfim, dos meios que permitam a reprodução das condições de existência), disciplinamento (dos corpos e mentalidades) e exploração (da força de trabalho) para a produção de bens e riquezas que são apropriados por outrem. (ACSELRAD *et al.*, 2009, p. 76)

Em que pese a importância de se reconhecer e identificar as várias minorias existentes, fundamentando-se nos fatores de distinção com o intuito de protegê-

-las por meio de políticas públicas adequadas, antes, é necessário que haja permissão para que elas participem, ativamente, da vida política, econômica e social do país onde estão inseridas, como forma de consolidar o pluralismo cultural e a democracia, conforme afirma Élide Séguin:

Também é grande a correlação entre minorias, grupos vulneráveis, democracia e cidadania. A intimidade entre estes conceitos demonstra uma interdependência, pois a forma como se aborda a questão das minorias e dos grupos vulneráveis pode provocar sérios arranhões à democracia de um país. A superação de impasses das diferenças permite, em nível interno, o resgate de uma cidadania perdida ou escondida dentro do armário e, em nível internacional, a paz mundial. (SÉGUIN, 2020, p. 03-04)

Em virtude da situação ambiental, precária e incerta, atualmente enfrentada pelo Brasil e o mundo, as minorias representam uma forma de resistência à vontade individual e coletiva de extinguir as diferenças, discriminando-as e, também, uma maneira de autoafirmação das suas características e culturas próprias, no sentido de subsistência e existência. Porém, as minorias ambientais além do fator resistência, representam hoje um valioso elemento/instrumento para a proteção e preservação ambiental.

Dentro desta perspectiva, pode-se afirmar que as Comunidades Tradicionais são Minorias Ambientais pois estão expostas, continua e frequentemente aos riscos ambientais, principalmente por utilizarem o Meio Ambiente como fonte de reprodução de suas culturas e necessitarem dele para sua sobrevivência e perpetuação de suas tradições, seus modos de saber, fazer e agir.

## **2.2. VULNERABILIDADE AMBIENTAL**

A vulnerabilidade ambiental é um termo ligado às minorias ambientais, porém é mais complexo e envolve a noção de risco ou evento ambiental, nestes termos:

Quando provocamos uma perturbação, a resposta do meio pode ser bastante diferente em função das características locais naturais e humanas, ou seja, cada fração de território tem uma condição intrínseca que, em interação com o tipo e magnitude do evento que induzimos, resulta numa grandeza de efeitos adversos. A essa condição chamamos de vulnerabilidade. Se conseguirmos observar e medir as relações entre características de um meio, eventos induzidos e efeitos adversos estaremos, na verdade, medindo a vulnerabilidade ambiental de uma área. (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2007).

A importância da análise da vulnerabilidade ambiental está na possibilidade de avaliação da fragilidade de sistemas ambientais, possibilitando identificar regiões onde a degradação ambiental resultante de um risco ou dada ação tem potencial de causar maior impacto e a partir dessa constatação, caberia ao Estado desenvolver políticas públicas visando a sua redução.

Saliente que os pesquisadores sobre o assunto afirmam que há confusão entre os conceitos de vulnerabilidade ambiental e risco ambiental, o que segundo eles pode causar dificuldade de entendimento do uso dos termos na aplicação prática. Para Afonso Aquino

[...] o risco ambiental está ligado a probabilidade de um evento de determinada magnitude – esperado ou não - ocorrer num sistema, perturbando assim o seu estado imediatamente anterior.

Já a vulnerabilidade ambiental pode ser definida como o grau em que um sistema natural é suscetível ou incapaz de lidar com os efeitos das interações externas. Pode ser decorrente de características ambientais naturais ou de pressão causada por atividade antrópica; ou ainda de sistemas frágeis de baixa resiliência, isto é, a capacidade concreta do meio ambiente em retornar ao estado natural de excelência, superando uma situação crítica. (AQUINO *et al.*, 2017, p. 15).

Por fim, a importância de se mensurar a vulnerabilidade ambiental de uma comunidade ou área geográfica, juntamente com os riscos aos quais ela estaria sujeita, está no conhecimento do problema, de forma sistêmica, com a finalidade de tentar corrigi-lo ou amenizá-lo.

A importância do reconhecimento da vulnerabilidade ambiental das Comunidades Tradicionais, está ligada à sobrevivência de um grupo com uma riqueza cultural, e ainda, à possibilidade de reprodução dos seus saberes, dada à interdependência entre as suas condições naturais de existência e o território que ocupam.

### **3. O MULTICULTURALISMO COMO MEIO DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE**

A Constituição Federal de 1988 se insurgiu contra séculos de políticas e normas assimilacionistas<sup>1</sup> que tinham como objetivo a incorporação cultural das Comunidades Tradicionais, principalmente os Indígenas, ao modo de vida da sociedade dominante/opressora.

<sup>1</sup> Teoria que prega a integração dos diferentes grupos étnicos e culturais a uma sociedade, a fim de evitar situações de conflito.

Em seu preâmbulo declara que a sociedade brasileira deve ser fraterna, pluralista e sem preconceitos, uma sociedade democrática e pluralista, de fato, aceita e sabe conviver com as diferenças entre os mais variados grupos sociais que existem em seu meio, e, busca a promoção da igualdade social de todos, expurgando qualquer preconceito e discriminação.

É impossível tratar de temas sensíveis como: Minorias Ambientais, Preservação Ambiental, Patrimônio Histórico-Cultural Imaterial, sem tratar do Multiculturalismo.

No Multiculturalismo, existe a convivência em um país, região ou local de diferentes culturas e tradições. Há uma mescla de culturas, de visões de vida e valores, onde é permitido que diversos segmentos encontrem os seus espaços na forma de lutas emancipatórias, e não há como negar que o direito representa um norte para tais lutas.

Essa união de movimentos faz com que as Minorias ganhem mais força e se organizem, permitindo-se assim, que suas vozes sejam mais facilmente ouvidas.

Um exemplo dessa articulação conjunta é a união dos movimentos sociais e ambientais, com o engajamento pela luta do reconhecimento dos direitos dos povos culturalmente diversos, como os indígenas, os quilombolas, veio à tona a existência de um importante componente, o meio ambiente que lhes cerca, um requisito para a existência da diversidade cultural.

De outro lado, na luta pela preservação ambiental, descobriu-se que muito da natureza ainda preservada no Planeta, devia-se ao estilo de vida tradicional e ao modo de produção diferenciado das populações tradicionais, tais fatos foram comprovados pela análise de fotos aéreas de reservas indígenas, comprovando-se a imensa riqueza natural que ainda se faz presente em seus territórios. Conforme matéria veiculada pela Revista Exame:

Existem pelo menos 513 milhões de hectares de florestas comunitárias, reconhecidas legalmente em todo o mundo. Esses terrenos, mantidos coletivamente por populações rurais ou indígenas, revelam-se aliados na luta pela preservação ambiental e no combate às mudanças climáticas. Isso porque essas áreas armazenam cerca de 37 bilhões de toneladas de carbono — 29 vezes a pegada de carbono anual de todos os veículos de passageiros do mundo. É o que mostra um novo relatório do World Resources Institute (WRI), em parceria com o Rights and Resources Initiative (RRI). (BARBOSA, 2014)

Sendo assim, a defesa as manutenção de uma sociedade diversa – sócio diversidade – está vinculada à preservação ambiental em seus territórios, con-

siderando-se que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é condição para a manutenção da cultura e da qualidade de vida das populações tradicionais. Daí, pode-se afirmar que o direito à diversidade cultural está intimamente relacionado à preservação da natureza, para a garantia do sustento das presentes e futuras gerações. No mesmo sentido, o nicho virtual “Terras Indígenas no Brasil” traz que:

A conservação ambiental das Terras Indígenas é uma estratégia de ocupação territorial estabelecida pelos povos indígenas. **Os povos indígenas ajudam a ampliar a diversidade da fauna e da flora local porque têm formas únicas de viver e ocupar um lugar.** Pesquisas recentes têm mostrado que os povos indígenas tiveram um papel fundamental na formação da biodiversidade encontrada na América do Sul. Muitas plantas, por exemplo, surgiram como produto de técnicas indígenas de manejo da floresta, como a castanheira, a pupunha, o cacau, o babaçu, a mandioca e a araucária. No caso da castanha-do-pará e da araucária, estas árvores teriam sido distribuídas por uma grande área pelos povos indígenas antes da ocupação europeia no continente. O manejo destes povos sobre a biodiversidade teve um papel fundamental na formação de diferentes paisagens no Brasil, seja na Amazônia, no Cerrado, no Pampa, na Mata Atlântica, na Caatinga, ou no Pantanal. Os povos indígenas sempre usaram os recursos naturais sem colocar em risco os ecossistemas. Estes povos desenvolveram formas de manejo adequadas e que têm se mostrado muito importantes para a conservação da biodiversidade no Brasil. Esse manejo incluiu a transformação do solo pobre da Amazônia em um tipo muito fértil, a Terra Preta de Índio. Estima-se que pelo menos 12% da superfície total do solo amazônico teve suas características transformadas pelo homem neste processo. No sul do Brasil, por exemplo, a TI Mangueirinha ajuda a conservar uma das últimas florestas de araucária nativas do mundo, enquanto que no Sul da Bahia, os Pataxó da TI Barra Velha, ajudam a proteger uma das áreas remanescentes de maior biodiversidade da Mata Atlântica. Na Amazônia, maior Bioma brasileiro, enquanto 20% da floresta já foi desmatada nos últimos 40 anos, juntas as Terras Indígenas perderam apenas 1,9% de suas florestas originais. E não é só para a conservação das florestas que os povos indígenas e seus territórios são importantes. Em um momento em que cientistas chamam a atenção para o declínio da biodiversidade e da diversidade de plantas cultivadas, a agrobiodiversidade tem os povos indígenas como guardiões fiéis. O Alto Rio Negro é um grande centro de diversidade de plantas cultivadas, sendo que o sistema agrícola dos índios dessa região foi reconhecido pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan) como Patrimônio Cultural do Brasil (grifo nosso) (SANTOS, 2020, n. p.).



A proteção e continuidade dos povos indígenas e das comunidades tradicionais estão inevitavelmente unidas com a preservação ecológica em suas terras e no entorno delas. Isso porque a cultura é dependente do ambiente natural para que possa se manifestar e vivenciar. Este é o motivo que fez a Constituição de 1988 reconhecer em seu art. 231 § 1º que:

São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (grifo nosso) (BRASIL, 1988, n. p.).

Saliente-se por fim, que a proteção ambiental que é defendida em terras das comunidades indígenas e de outras populações tradicionais, também se faz em prol da humanidade, independente da cultura a que se pertença, neste sentido:

[...] as questões ambientais e culturais se misturavam de forma célere, na compreensão de que a cultura não subsiste num ambiente hostil, e não há nada melhor para preservar o ambiente do que uma cultura a ele adequada. (SOUZA FILHO, 2003, p. 25)

Não se pode negar que os benefícios advindos da manutenção do equilíbrio ambiental e da diversidade biológica se estendam à toda humanidade, visando as gerações, presentes e futuras, através da estabilização dos ciclos biológicos, dos serviços ambientais e a produção de produtos cujos conhecimentos são tradicionais associados e tantos outros benefícios vinculados a biodiversidade e ao conhecimento associado as comunidades tradicionais.

Neste sentido, pode-se afirmar que o Multiculturalismo é fundamental para a proteção do meio ambiente natural e cultural, nos termos do que se estuda pelo Direito Ambiental, ramo do Direito Difuso e Coletivo, visto que a proteção almejada por ele, se materializa na forma em como essas comunidades tradicionais praticam a sua cultura e as preservam.

#### **4. O MULTICULTURALISMO E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS AMBIENTAIS**

O Brasil sempre foi, de fato, um país multicultural, visto que abrigava, antes da chegada dos portugueses em 1500, os indígenas, povo originário, depois europeus, africanos e no decurso de sua história, as mais variadas origens e culturas que se estabeleceram no território até os dias atuais, diversos grupos étnicos, e hoje nominados Comunidades Tradicionais, assim definidas na Lei nº 13.123/15 nestes termos:

[...] Art. 2º Além dos conceitos e das definições constantes da Convenção sobre Diversidade Biológica - CDB, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998, consideram-se para os fins desta Lei: [...] IV - comunidade tradicional - grupo culturalmente diferenciado que se reconhece como tal, possui forma própria de organização social e ocupa e usa territórios e recursos naturais como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição; (BRASIL, 2015, n. p.)

Em razão das Comunidades Tradicionais necessitarem da natureza/meio ambiente para a reprodução dos seus saberes faz com elas sejam consideradas, conforme já afirmado, como Minorias Ambientais.

A Constituição Federal de 1988, garantiu a essas minorias ambientais, povos indígenas e aos remanescentes de quilombos, (artigos 231 ss. e 68 do ADCT), uma proteção nunca vista no plano constitucional brasileiro e, inaugurou um novo paradigma de reconhecimento jurídico da pluralidade étnica, cultural para a sociedade brasileira.

Uma interpretação sistemática do texto constitucional permite o entendimento de que a expressão “sociedade pluralista e sem preconceitos” em seu preâmbulo, refere-se também ao pluralismo cultural e a igualdade entre todas as culturas existentes no território nacional.

Esse novo modelo de identificação do pluralismo cultural foi corroborado pela inclusão ao na ordem jurídica brasileira, por força do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada pelo Decreto 5051, de 19/04/2004, com a afirmação da diversidade cultural como fundamento e do direito dos indígenas e povos tribais a terem salvaguardadas suas formas de vida. Assim,

A partir das décadas de 1980 e 1990, em especial na experiência sul-americana, o debate público tem se transformado no que tange à compreensão da experiência nacional com as “minorias”. Novos sentidos, limites e desejos contidos nas noções de promoção de cidadania são consignados nas novas cartas constitucionais. Nelas, são contempladas políticas públicas relativas à promoção de equidade, que se encontram ligadas ao respeito e reconhecimento da pluralidade. Vislumbram-se efeitos (renovadores e contraditórios) dos processos políticos e esses reverberam nos debates sobre os ideais de nação e no tratamento de direitos até então vistos como formas de proteção a direitos minoritários. (JARDIM *et al.*, p. 10)

Desse modo, o ideal de sociedade nacional culturalmente e etnicamente homogênea, que vigorava desde o tempo do Brasil Colônia até à promulgação da Constituição Federal de 1988, e todo seu arcabouço normativo foi superado.

No plano constitucional moderno, não há atrito entre a proteção cultural e a preservação ambiental, ambas as expressões passam a ser consideradas como bens jurídicos tutelados pelo Estado. Sendo assim, o criar e fazer tradicionais, sob o manto da proteção jurídica, funcionam como fator de proteção às essas minorias ambientais, à medida que o território tradicional é preservado e a cultura imaterial é reconhecida e privilegiada. Sobre a relação diferenciada com a natureza dessas populações, explica Juliana Santilli, que

A enorme diversidade de ecossistemas brasileiros produziu culturas distintas, adaptadas ao ambiente em que vivem e com ele guardam íntimas relações. Tanto a diversidade biológica quanto a diversidade cultural são valores constitucionalmente protegidos, e a especial preocupação do legislador em assegurar às populações tradicionais as condições necessárias à sua reprodução física e cultural é motivada pelo reconhecimento de sua relação diferenciada com a natureza. (SANTILLI, 2005, p. 134).

Com este novo panorama, questiona-se o que está sendo feito pelo Estado, efetivamente, em termos de Políticas Públicas que garantam a da identidade das Comunidades Tradicionais, em sua essência, que garantirão a sua proteção e, por conseguinte a preservação do meio ambiente.

O Brasil, embora tutele com a proteção constitucional às comunidades tradicionais, no plano concreto não há políticas públicas condizentes com as reais necessidades dessas minorias ambientais.

A Constituição Federal de 1988 trouxe a inovação do pluralismo cultural e, após, quase 33 anos de vigência, ele não foi assimilado, em sua totalidade, pelo Estado Brasileiro. E, mais, garantindo a reprodução dos seus saberes e tradições, haveria uma via de mão dupla, o despertar da sociedade para o respeito à continuidade das próprias comunidades e ao meio ambiente.

## **5. A IMPORTÂNCIA DOS TERRITÓRIOS TRADICIONAIS E A CF/88**

No tocante ao conceito de território, parte-se da Teoria Geral do Estado, e assim foi definido por Kelsen:

[...] O território do Estado é o espaço dentro do qual é permitido que os atos do Estado e, em especial, os seus atos coercitivos, sejam efetuados, é o espaço dentro do qual o Estado e, isso significa, os seus órgãos estão

autorizados pelo Direito Internacional a executar a ordem jurídica nacional. [...] (KELSEN, 2000, p. 301)

Esta definição cuida da soberania do Estado, acima de qualquer situação, e em si não traz, necessariamente a noção de espaço físico, mas de limites para o exercício legítimo do poder.

A mesma definição não pode ser utilizada para os territórios tradicionais, a Constituição Federal/88, inovou ao tratar a cultura e os bens culturais, materiais e imateriais, de maneira singular, trazendo o assunto em seção específica demonstrando o grau de proteção que passaria a ser dado ao pluralismo e à diversidade cultural, conforme previsão do artigo 216, *in verbis*:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (BRASIL, 1988)

O referido artigo trata dos direitos culturais e a tutela do “meio ambiente cultural”, trazendo para a seara constitucional o multiculturalismo, com a responsabilidade de proteger e propiciar condições de subsistência e preservação dos povos originários, ou seja, aqueles formadores, ou descendentes destes, da sociedade brasileira.

O Decreto 6.040/2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, em seu art. 3º, inciso I, definiu povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais como:

grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos por tradição. (BRASIL, 2007).

As relações que esses grupos mantêm com as terras ocupadas tradicionalmente e seus recursos naturais, não é de fácil compreensão. Em verdade, o que

os conecta não é o sentido geográfico ou econômico da terra, mas a própria natureza, que dá a elas uma conotação subjetiva/imaterial, fazendo com que passem a ser consideradas um elemento ativo na preservação e manutenção do meio ambiente, o território que passa a ser um dos protagonistas para a proteção e defesa ambiental.

Assim, o território, para as comunidades tradicionais, resgata, defende e preserva os conhecimentos tradicionais e a cultura material e imaterial, que foram transmitidos entre as gerações, estreitando o relacionamento delas com o meio ambiente. Liliana Jubilut, ao tratar do tema, afirmou que:

[...] em 2007 foi instituída a política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, por intermédio do Decreto 6040/2007. A política tem como objetivo promover o desenvolvimento sustentável dos povos e comunidades tradicionais, com ênfase no reconhecimento, fortalecimento e garantia de seus direitos territoriais, sociais, ambientais, econômicos e culturais, com respeito e valorização à sua identidade, suas formas de organização e suas instituições, definindo os povos e comunidades tradicionais, art. 3º,I. (JUBILUT *et al.*, 2017, p. 209)

É forçoso reconhecer que os territórios tradicionais localizados dentro do espaço geográfico brasileiro, pertencentes às comunidades tradicionais, além de toda simbologia oriunda dos seus antepassados, é o elemento que os conecta com o mundo, propiciando que vivam o presente, reverenciando o passado e preservando todo o arcabouço histórico-cultural para as gerações futuras.

Inobstante o fato de que essas comunidades tiveram o direito ao território resguardado legalmente, tanto pela Constituição Federal de 1988 quanto por normas infraconstitucionais, tal fato não foi o suficiente para garantir a eles a posse pacífica de suas terras, nem tampouco o pleno desenvolvimento de suas culturas e tradições, visto que a aplicação das referidas normas carecem de efetividade por parte do Estado Brasileiro.

### **5.1. O PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL IMATERIAL**

Algumas minorias ambientais, mais precisamente as comunidades tradicionais, podem ser definidas como grupos que além da vulnerabilidade aparente, padecem também de um prejuízo muito particular, a deterioração do seu patrimônio histórico cultural seja ele material ou imaterial.

A definição do termo patrimônio está ligada ao direito civil, onde encontramos a seguinte definição: " Patrimônio é o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente" (CLÓVIS BEVILAQUA, 1951 *apud*

PEREIRA, 1998, p. 244), partindo dessa definição, poderia se afirmar que o patrimônio, pode ser representado pelo bem material, palpável, ou seja, é o que a pessoa humana possui materialmente, traduzido em valor monetário, o que é tangível.

Ocorre que a pessoa humana também possui bens de valor afetivo, simbólico e cultural que também possuem valor, mas não podem ser tocados e, tampouco precificados. Nesta esteira encontram-se o patrimônio cultural imaterial. A Constituição Federal/88, continuou inovando e no artigo 216 trouxe a definição de patrimônio cultural, material e imaterial, nestes termos:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. (BRASIL, 1988)

A Constituição Federal definiu os bens passíveis de reconhecimento como patrimônio cultural brasileiro, sejam eles materiais ou imateriais, e aí se encontra a beleza do tema, pois o legislador constituinte de 1988 positivou o legado cultural, existente, com certeza, antes da colonização do Brasil e, que foi sendo transmitido pela ancestralidade às gerações atuais como forma de garantia de perpetuação e meio de preservação das gerações futuras, criando um verdadeiro pacto intergeracional<sup>2</sup>.

O termo *cultura animi*<sup>3</sup>, traduz a abrangência da cultura imaterial, no sentido de transcendência da razão, como se representasse a busca pela essência do homem, de maneira que pode-se valorar não apenas os objetos por ele construídos, mas também as suas memórias de vida, a maneira como representava os seus sentimentos, enfim o resgate da *cultura do espírito*.

Foi o pensador romano Cícero (século I a.C.) que cunhou o mais antigo conceito da nossa cultura, ao mencionar a *cultura animi*, literalmente,

<sup>2</sup> Que se realiza entre duas ou mais gerações; relacionado com o que se estabelece entre duas ou mais gerações: pobreza Inter geracional; comportamentos [...].

<sup>3</sup> Cultura da alma.

a cultura, o cultivo ou culto do próprio espírito ou da alma. Formulado desta maneira, este termo implicava uma ação interior e/ou exterior. Por um lado, a preocupação do indivíduo consigo mesmo é que o levava a cultivar-se a si mesmo, como se fosse um campo a ser trabalhado. Para que isso fosse possível, era necessária uma ação exterior: a leitura dos livros, mas também o aprendizado oral, e pela imitação dos grandes gestos e ações (no sentido literal e figurado). (PELEGRINI *et al.*, 2008, p.72).

Dentro desse universo busca-se entender os significados de cultura material e cultura imaterial, se por um lado o termo cultura material é de fácil compreensão, visto que trata-se do que é real, tangível, aquilo que se pode ver e tocar. Por outro lado, quando trata-se da cultura imaterial para o direito ainda é um universo desconhecido, pois cuida do homem, do intangível e suas memórias etéreas, construída através das gerações e a elas transmitida nas mais variadas formas. Pode-se dizer, que a cultura imaterial tem caráter indelével, como um selo espiritual, parafraseando Cícero – *cultura animi* - que marca profundamente uma geração, fazendo com que ela faça sua reprodução para que a mesma não se apague. Neste sentido,

Desse ponto de vista, o patrimônio imaterial transmitido de geração a geração é conceituado a partir da perspectiva da alteridade. Ele é considerado alvo de constantes “recriações” decorrentes das mutações entre as comunidades e os grupos que convivem num dado espaço social, do meio ambiente, das interações com a natureza e da própria história dessas populações – aspectos fundamentais para o enraizamento ou o sentido de pertença que favorece “o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana”. (PELEGRINI *et al.*, 2008, p. 363)

Ainda tratando da cultura imaterial, importante frisar que o artigo 216 da Constituição Federal de 1988, deu vida ao meio ambiente cultural, ao tutelar o patrimônio cultural, ou seja, os bens culturais. Sendo assim, pode-se usar simetricamente o artigo 225<sup>4</sup> da Constituição Federal e afirmar que todos tem direito ao meio ambiente cultural ecologicamente equilibrado. Assim,

O conceito hodierno de meio ambiente não se resume ao seu aspecto meramente naturalístico, mas comporta uma conotação abrangente, holística, que engloba inclusive os bens de valor histórico e artístico, sendo necessário que os operadores do direito se atentem para este fato, pois somente assim será possível alcançar a proteção integral do meio ambiente, assegurando que os bens de valor cultural, que também são

---

<sup>4</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.



essenciais à sadia qualidade de vida de todos nós, possam ser usufruídos pelas presentes e pelas futuras gerações. (MIRANDA, 2006, p. 196)

Destaca-se, ainda a importância do patrimônio histórico cultural para o meio ambiente cultural, no sentido de que o primeiro propicia que as minorias ambientais, principalmente, aquelas denominada de tradicionais, exercitem o seu conhecimento na tratativa com o meio ambiente e experienciem a transmissão dos saberes para as gerações futuras, todo esse processo preserva e mantém o meio ambiente, como um todo, ecologicamente e culturalmente equilibrado.

## CONCLUSÃO

Este artigo demonstrou que uma das formas de proteção e preservação do meio ambiente e do patrimônio histórico-cultural se dá com a tutela das Comunidades Tradicionais, reforçando-se a importância do Multiculturalismo.

Restou comprovado que das inovações de grande importância no ordenamento jurídico a partir da Constituição Federal de 1988, foi o Direito Coletivo, que deu guarida a bens antes concebidos de forma individualista ou estritamente patrimonialista, dentre eles o meio ambiente ecologicamente equilibrado como legado para as gerações futuras e, o Multiculturalismo como forma eficaz de preservação desse meio ambiente.

Comprovou-se também, que Comunidades Tradicionais ao ganharem status constitucional, devem ser reconhecidas como Minorias Ambientais, pois necessitam do meio ambiente para a reprodução de seus saberes e tradições e, por esse motivo, são vulneráveis ambientalmente, necessitando de ações efetivas do Estado, através de Políticas Públicas adequadas para terem acesso aos direitos e garantias individuais e/ou coletivos. O texto constitucional reconheceu a resistência e a diversidade étnica e ambiental do povo brasileiro, reconhecendo os membros das Comunidades Tradicionais como atores sociais e sujeitos de direitos individuais e coletivos.

Demonstrou-se, que o respeito à diversidade cultural também é uma forma de acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, elevado à categoria de direito fundamental por força constitucional.

No tocante ao território tradicional, a pesquisa evidenciou que ele passou por uma resignificação, adquirindo status de espaço dos saberes e, de guardião do meio ambiente ou seja, o território tradicional conecta a pessoa humana e o meio ambiente, de maneira equilibrada e harmoniosa, propiciando condições de permanência e de exercício do multiculturalismo cultural.

A ligação entre o patrimônio cultural-histórico (material ou imaterial) e a preservação ambiental, se dá por meio do exercício dos saberes e das tradições pelas comunidades tradicionais, pois eles trazem em si um entendimento sobre a maneira de viver, fazer, agir, celebrar, manifestar-se, com esta forma de ser, preservam-se ecossistemas e biomas.

A vulnerabilidade é inerente a todo ser humano e sabe-se que quanto mais desprotegido, ou seja, quanto mais exposto a riscos, mais vulnerável torna-se a pessoa humana e também o meio ambiente.

## REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecilia do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. *O que é Justiça Ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ALMEIDA, Gregório Assagra, Direito Material Coletivo: revisitando os paradigmas clássicos. *Carta Forense*, São Paulo, 02.jun.2010. disponível em: [www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/direito-materialcoletivo--revisitando-os-paradigmas-classicos/5659](http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/direito-materialcoletivo--revisitando-os-paradigmas-classicos/5659). Acesso em 10.out. 2020

AQUINO, Afonso Rodrigues de; LANGE, Camila Neves; LIMA, Clarice Maria de; AMORIM, Eduardo Paulo de; PALETTA, Francisco Carlos; FERREIRA, Henrique Pérez; BORDON, Isabella Cristina Antunes; ALMEIDA, Josimar Ribeiro de; GOMES, Marco Aurélio Ubirajara Garcia; ZAMPIERI, Maria Cristina Tessari; OLIVEIRA, Maria José Alves de; CORREIA JUNIOR, Paulo de Almeida; SOUZA, Renata Rodrigues de; MATTIOLO, Sandra Regina; RODRIGUES, Silvia Guerreiro. *Vulnerabilidade Ambiental*. São Paulo: Blucher, 2017. p. 15-28.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BARBOSA, Vanessa. Povos indígenas protegem florestas e clima, aponta estudo. *Revista Exame*, São Paulo, jul. 2014.

BASTOS, Marcelo dos Santos. Da Inclusão dos minorias e dos grupos vulneráveis:: uma vertente eficaz e necessária para a continuidade da ordem jurídica constitucional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional: RDBC*, Site RDBC, ed. 18, 2011. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-039-Artigo\\_Marcelo\\_dos\\_Santos\\_Bastos\\_\(Da\\_Inclusao\\_das\\_Minorias\\_e\\_dos\\_Grupos\\_Vulneraveis\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-039-Artigo_Marcelo_dos_Santos_Bastos_(Da_Inclusao_das_Minorias_e_dos_Grupos_Vulneraveis).pdf). Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. 2015 Convenção sobre Diversidade Biológica - CDB. In: CONFERENCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (CNUMAD) (Brasil). *Convenção sobre Diversidade Biológica - CDB*. Brasil: Ministério do Meio Ambiente. 2 maio 1992. Disponível em: [https://www.mma.gov.br/estruturas/sbf\\_dpg/\\_arquivos/cdbport.pdf](https://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf). Acesso aos 20 jun. 2020.

BRASIL. *Constituição da República do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 01 jul. 2020.

BRASIL. Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Decreto nº 6.040, *Diário Oficial da União*, Brasília, 8 fev. 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm). Acesso em 20 jun.2020.

BRASIL. *Lei nº 13.123 de 20 de maio de 2015*. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2000. Disponível em: L13123 (planalto.gov.br). Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. *Vulnerabilidade Ambiental*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2007. 192 p. il. color. ; 29 cm. ISBN 978-85-7738-080-0. Disponível em: [https://fld.com.br/wp-content/uploads/2019/07/Vulnerabilidade\\_Ambiental\\_Desastres\\_Naturais\\_ou\\_Fenomenos\\_Induzidos.pdf](https://fld.com.br/wp-content/uploads/2019/07/Vulnerabilidade_Ambiental_Desastres_Naturais_ou_Fenomenos_Induzidos.pdf). Acesso em: 01 jul. 2020.

JARDIM, Denise Fagundes; LÓPEZ, Laura Cecilia. *Políticas da diversidade: (in)visibilidades, pluralidade e cidadania em uma perspectiva antropológica*. Porto Alegre: SciELO - Editora da UFRGS, 2013. Edição do Kindle.

JUBILUT Liliana Lyra; FERNANDES, Fernando Cardozo; GARCEZ Gabriela Soldano – *Direitos Humanos e Meio Ambiente; minorias ambientais*. 1. ed. São Paulo: Manole, 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MAGAROTO CAYRES, Giovanna Rosseto *et al.* As Minorias, a Condição de Vulnerável e Ações Afirmativas. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis: UFMG/FUMEC, 2015. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/66fsl345/9zg132z2/28D42sHuKhrv6iS.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2020.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Patrimônio Ambiental Cultural: usucapião de bens móveis tombados – uma análise em busca da efetividade protetiva do Dec.-Lei 25/37*. Revista de Direito Ambiental, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.41, jan.-mar.2006.

PELEGRINI, Sandra; FUNARI, Pedro Paulo. *O que é patrimônio cultural imaterial (Primeiros Passos)*. São Paulo: Brasiliense, 2017. Edição do Kindle.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. São Paulo: Forense, 1998. v. I.

RIOS JUNIOR, Carlos Alberto dos. *Direito das Minorias: e limites jurídicos ao poder constituinte originário*. 1. ed. São Paulo: EDIPRO, 2013.

SANTILLI, Juliana. Povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais: a construção de novas categorias jurídicas. In: RICARDO, Fany. *Terras indígenas & unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

SANTOS, Tiago Moreira. *Terras Indígenas protegem as florestas*. Disponível em: [www.terrasindigenas.org.br](http://www.terrasindigenas.org.br). Acesso em: 19 set. 2020.

SANTOS. Boaventura de Souza *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2017.

SEGUIN, Élide. *Minorias e Grupos Vulneráveis: Uma Abordagem Jurídica*. 1. ed. São Paulo: Forense, 2002.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *As mudanças do Estado Contemporâneo: as comunidades tradicionais e os direitos coletivos*. Projeto de Pesquisa do Professor Orientador apresentado ao Programa Institucional de Bolsas para a Iniciação Científica, Curitiba, Pontifícia Universidade Católica do Paraná. 2003/2004.

## O ATIVISMO JUDICIAL NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA

### *JUDICIAL ACTIVISM IN POSTMODERN SOCIETY*

Rubens Alexandre Elias

Juiz Federal. Professor da Faculdade de Direito de Franca. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP

**Submetido em:** 17/03/2021

**Aprovado em:** 05/11/2021

**Resumo:** O presente artigo busca analisar, com referências teóricas, a intrincada questão do ativismo judicial, tema recorrente não apenas no Brasil, mas também nos Estados Unidos e outros países. Sob esta perspectiva, é analisado o conceito de ativismo judicial, tipologias e a sua origem no direito alemão e no direito norte-americano. Logo a seguir, aborda-se o tema do ativismo judicial sob a perspectiva moral e política, no sentido filosófico, como premissa para o estabelecimento de suas bases teóricas. Neste mesmo sentido, é feita a análise do papel do Poder Judiciário na direito pós-moderno, marcado por enorme complexidade em decorrência das inovações tecnológicas.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial; Poder Judiciário; Sociedade pós-moderna.

**Abstract:** *this article aims to analyze, with theoretical references, the intricate question of judicial activism, a recurring theme not only in Brazil but also in the United States and other countries. From this perspective, it's analyzed the concept of judicial activism, its typologies and their origin in Germany and American Law. Then, the issue of judicial activism is approached from a moral and political perspective, in its philosophical sense, as a premise for the establishment of its theoretical bases. In this same sense, an analysis is made of the role of the Judiciary in postmodern law, marked by enormous complexity due to technological innovations.*

**Keywords:** *Judicial Activism; Judicial power; Postmodern Society.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O conceito de ativismo judicial. 2. A atuação judicial como problema moral e político. 3. O Poder Judiciário no contexto pós-moderno. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

No Brasil – e em muitos outros lugares – muito se tem falado de ativismo judicial, quase sempre em tom crítico e pejorativo.

As imprecisões são lançadas contra os juízes, em geral, mas avultam quando se trata de decisões do Supremo Tribunal Federal sobre temas bastante polêmicos como a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, descriminalização do aborto de feto anencefálico, descriminalização do uso de drogas, interpretação restritiva do foro privilegiado dos ocupantes cargos públicos, criminalização da homofobia, execução provisória da pena a partir da condenação do réu em segunda instância e outros.

Independentemente da opinião que se tenha sobre cada um destes temas, vem a lume a questão do ativismo judicial.

Em que pese o uso frequente desta expressão, nem sempre existe a preocupação do tratamento metódico do tema, a começar pelo seu conceito. Em boa parte das críticas, em regra atribuindo excessos aos juízes, há um claro descontentamento com a decisão em si, não sobre o seu método ou edifício teórico em que se pautou. Sendo diverso o resultado, é bem possível que a voz da crítica se converta em elogio.

Há que se lembrar, todavia, que a bússola do magistrado não pode ser o contentamento das partes, a opinião pública ou alguma ideologia partidária. Ele está compromissado apenas com a interpretação coesa e sistemática do ordenamento jurídico, o que exige dele, em alguns casos, por obra do próprio arcabouço jurídico, mais do que a simples análise dogmática das normas que compõem o sistema.

Em muitos casos, além da análise da validade e coerência dos textos normativos, o juiz se defronta também com princípios e regras de caráter programático, cuja integração hermenêutica é impossível sem algum esforço de valoração e sentido prático de suas decisões.

É o que basta para que os descontentes logo lhe atribuam uma grave heresia jurídica, vulgarizada sob a acusação de “ativismo judicial”.

Não há dúvidas de que quase todas as questões judiciais podem comportar diferentes soluções. Mas, seja qual for, ela dificilmente escapará das diatribes de quem se mostra infeliz com o resultado.

Todavia, a crítica à atividade jurisdicional não pode ser reduzida a um mero juízo de “gostei” ou “não gostei”, em que se busca desqualificar o julgador e não a sua decisão, traduzindo uma superficial compreensão do papel do direito e, sobretudo, do Estado Democrático de Direito.

A sociedade pós-moderna, complexa e angustiante, torna ainda mais espinhosa a missão do juiz, marcadamente nas questões de cunho valorativo e de grande repercussão social, o que convida a uma profunda reflexão sobre ela.

## 1. O CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

Sob o prisma lógico de um discurso, o “ativismo judicial” constitui uma proposição sintética.

Tem-se como proposição sintética – em contraposição à proposição analítica – aquela em que é atribuído ao sujeito um predicado contingente (não necessário) e que, portanto, deve ser confirmado mediante a experimentação ou observação (ALVES, 2003, p. 120-121).

Sob este aspecto, cumpre observar que a utilização da expressão é relativamente recente no mundo jurídico.

Observa Diogo Bacha e Silva (2013, p. 163-166), segundo a perspectiva dialética, que os institutos jurídicos encontram definição no mundo concreto, sempre no contexto do uso, de modo que o ativismo deve ser analisado de acordo com sua própria história conceitual.

Diz o apontado autor que a significação atual do termo “ativismo judicial” tem origem na análise dogmática processual da doutrina alemã, em referência inicial de Franz Klein, no ano de 1901, para designar aquele magistrado que, na condução do processo, possibilita a diminuição ou eliminação das desigualdades fáticas entre as partes, principalmente pelo uso do poder instrutório.

Por outro lado, nos Estados Unidos, a expressão “ativismo judicial” foi utilizada pela primeira vez em artigo da revista americana *Fortune*, no ano de 1947, escrito pelo jornalista Arthur Schlesinger Junior, sobre os juízes da Suprema Corte (SILVA, 2013, p. 167; HUTZLER, 2018, p. 08). Ali, a expressão surgiu num contexto mais amplo, em que o julgador não separa direito e política, sob uma visão aberta do mundo jurídico, em que se destaca a chamada Corte de Warren (1953 a 1969), durante a qual houve grande modificação na prática política dos Estados Unidos em prol dos direitos individuais.

Em sintética conclusão, assinala Diogo Bacha e Silva (2013, p. 163-164) que o ativismo judicial tem conotação, sob uma perspectiva conservadora, da não observância, pelos juízes e tribunais, dos seus limites de atuação, seja por meio de um ativismo contra majoritário, seja mediante uma criatividade jurisdicional exacerbada, caso em que se utiliza o termo tanto para criticar como para elogiar a atuação judicial.

Segundo as diversas concepções existentes, William Marshall (*apud* HUTZLER, 2018, p. 68-69) apresenta sete tipos de ativismo judicial:

- a) Ativismo contramajoritário: quando os tribunais relutantes discordam das decisões tomadas pelos poderes democraticamente eleitos;

- b) Ativismo não originalista: quando os tribunais negam o originalismo na interpretação judicial, desconsiderando as concepções mais estritas do texto legal ou, então, a intenção dos autores da Constituição;
- c) Ativismo de precedentes: quando os tribunais rejeitam a aplicação de precedentes anteriormente estabelecidos.
- d) Ativismo jurisdicional: quando os tribunais não obedecem aos limites formais estabelecidos para sua atuação, violando as competências a eles conferidas;
- e) Ativismo criativo: quando os tribunais criam, materialmente, novos direitos e teorias através da doutrina constitucional.
- f) Ativismo correccional/remediador (ou remedial): quando os tribunais usam seu poder para impor obrigações positivas aos outros poderes ou para controlar o cumprimento das medidas impostas.
- g) Ativismo partidário (ou partisan): quando os tribunais decidem com a finalidade de atingir objetivos nitidamente partidários ou de determinando segmento social.

Tendo em conta a citada tipologia, Fernanda S. Hutzler anota que todas, de certo modo, pressupõem a disfunção no exercício da atividade jurisdicional (ob. cit., p. 69).

Ademais, ressalta que o “ativismo judicial” ultrapassou as fronteiras do *common law* e chegou um pouco mais tarde ao sistema do *civil law*, na medida em que o constitucionalismo do segundo pós-guerra passou a ser reconhecido pela positivação de uma série de princípios, ampliando os espaços da jurisdição, com destaque para o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e sua “jurisprudência de valores”, a partir da década de 1950 (idem, p. 69-70).

No cenário brasileiro, o tema do “ativismo judicial” se notabilizou após o advento da Constituição Federal de 1988, normalmente acompanhado de acusações de confrontação com as decisões tomadas pelos demais poderes (ativismo contramajoritário) ou de criação de novos direitos ou teorias constitucionais (ativismo criativo).

Seriam estas, de fato, disfunções na atividade de julgar? Ou meros corolários do sistema constitucional que passamos a adotar com a Carta de 1988? Vejamos os tópicos seguintes.



## 2. A ATUAÇÃO JUDICIAL COMO PROBLEMA MORAL E POLÍTICO

Existe no campo do direito uma certa tendência a considerá-lo um fenômeno estático, autônomo e rigorosamente previsível, em parte por influência do positivismo jurídico – e do neopositivismo – e em parte também pela própria ideia de segurança e estabilidade que deve ser proporcionada pela ordem jurídica.

Ocorre que o fenômeno jurídico, como todo fenômeno cultural, não pode ser reduzido ao seu substrato dogmático e, conseqüentemente, à lógica formal como instrumento interpretativo.

Em que pese a importância do normativismo jurídico para a estruturação lógica e sistêmica do direito, de modo a torná-lo mais compreensível e ordenado aos seus operadores no plano da validade e eficácia das normas jurídicas, a história recente do mundo ocidental ensina que o direito deve ser adaptado às suas circunstâncias, segundo a compreensão dialética e diacrônica de um mundo em constante transformação.

Sucintamente, podemos concluir que o fenômeno jurídico, embora esteja estruturado em padrões normativos preestabelecidos (constituição, leis, princípios, etc.), não se esgota nisso, posto que sempre haverá circunstâncias que levarão ao questionamento sobre os melhores caminhos a serem tomados para a solução de problemas concretos, principalmente aqueles considerados difíceis.

Conforme anota Ronald Dworkin (1999, p. XI), “como pode a lei comandar quando os textos jurídicos emudecem, são obscuros ou ambíguos?”

Neste sentido, é difícil – para não dizer impossível – dissociar o fenômeno jurídico do problema ético e do problema político, em sua acepção filosófica.

Tomando de empréstimo a lição de Battista Mondin (1980, p. 91), a ética ou moral é o estudo da atividade humana com relação a seu fim último, que é a realização plena da humanidade. Neste passo, o problema ético se depara com dois aspectos principais: o “problema crítico” (fundamento e valor dos códigos, princípios, normas e convicções morais) e o “problema teórico” (entre outras coisas, o critério daquilo que é moral ou imoral; o fim último da vida humana e os meios mais aptos para atingi-lo).

Aplicando estes conceitos ao direito, o “problema crítico” nos levaria a questionar, por exemplo, por que devemos seguir as normas jurídicas? Todavia, este não é um problema a ser aqui analisado, até porque existe um razoável consenso de que o direito posto deve ser obedecido como nosso mais importante código social – exceto, talvez.

Por outro lado, o chamado direito pós-moderno tem se deparado constantemente com o “problema moral teórico”, ao colocar em confronto temas como a igualdade de gêneros e de raças, as dimensões da liberdade, o dilema ambiental, o direito à privacidade nas redes sociais, os desafios jurídicos gerados pelas novas tecnologias e vários outros temas.

Neste sentido, podemos questionar, por exemplo, até onde e o que justifica a igualdade entre homens e mulheres? Ou, então, sobre a questão ambiental, o que deve ser priorizado no conflito entre interesses econômicos e interesses ambientais na realização de uma obra pública? Em relação ao direito laboral, se um motorista do aplicativo Uber deve ter os mesmos direitos de um trabalhador comum? No âmbito civil, até que ponto devem ser considerados válidos os contratos de adesão (termos de uso) de um bem fornecido por via digital? Sob o aspecto penal, até que ponto deve ser presumida a inocência do réu no processo penal?

Todas estas questões envolvem escolhas que vão além do mero sentido literal de um texto. Neste caso, podemos esperar que o Poder Judiciário assumira uma postura exclusivamente dogmática, no sentido de aplicar a norma positivada, declarando o sentido que explicitamente jaz sob ela? É certo que não!

Estes são casos em que o juiz terá que fazer uma escolha entre dois ou mais caminhos possíveis. Não há solução verdadeira ou falsa, como poderiam supor os adeptos da lógica formal ou matemática. Há caminhos diferentes e a decisão judicial implicará na escolha de um deles.

Nestes casos, ao decidir por um caminho, a decisão judicial agradará a alguns e desagradará a outros. Seja qual for a solução, provavelmente o juiz ou tribunal sofrerá a acusação de ativismo judicial, por um simples motivo: isso é inevitável!

Ao decidir questões complexas, que não encontram solução objetiva em face do texto da lei, o Poder Judiciário assumirá, por força das circunstâncias, uma atitude moral, no sentido de eleger um dos caminhos entre aqueles possíveis, já que, sob pena de omissão, não lhe é dada a opção de não decidir.

Mais do que a atitude moral, o juiz ou tribunal também culminará por adotar uma postura política, no sentido filosófico do termo, que nada tem a ver com política partidária (chamada de ativismo partidário ou “partisan” – uma corrupção do papel político-institucional do Poder Judiciário).

Para melhor explicitar este aspecto político da atuação judicial, recorreremos, mais uma vez, à lição de Battista Mondin (1980, p. 114-115), no sentido de que “o menor dos atos humanos e qualquer realidade, por minúscula que seja, estão envolvidos num regime social e político que os dirige e os compenetra, por toda a parte”.

Assim, o problema político é relativo ao papel do Estado, sua organização, melhor forma, sua função e o seu fim específico, marcando a relação, sobretudo, com os indivíduos e suas formas de representação (associações, partidos, etc.).

Sob uma constituição e leis pródigos em declarar princípios, direitos e garantias fundamentais, o Poder Judiciário assume um protagonismo inevitável, tornando quase tautológico o rótulo de ativismo judicial.

Deste modo, nos dias atuais, há uma grande distância entre o juiz pós-moderno e a “boca inanimada da lei” proclamada por Montesquieu em seu “Espírito das leis”.

O Poder Judiciário recebe uma tarefa hercúlea que, de certa maneira, faz remeter ao Mito de Sísifo, no sentido de receber uma tarefa interminável, como Sísifo recebeu por ter enganado a morte, sendo condenado pelos deuses, por toda a eternidade, a rolar uma pedra montanha acima e recomeçar sua tarefa tão logo o peso da pedra a fizesse descer de volta (BRANDÃO, 1996, p. 226).

### **3. O PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO PÓS-MODERNO**

Nos dias de hoje, chegamos à sociedade pós-moderna, caracterizada por mudanças radicais na ordem social, sobretudo em função da ciência e da tecnologia (MORRISON, 2012, p. 615-616, notas de rodapé).

Impulsionados pelas grandes facilidades de comunicação, em que se destacam as redes sociais, pessoas e grupos se unem em torno de reivindicações constantes e incisivas por igualdade, segurança, bem estar e liberdade, como ocorre com o movimento feminista, os movimentos sociais e os movimentos LGBT.

Em outro âmbito, grandes contingentes de pessoas vão às ruas exigir mais seriedade e moralidade no trato da coisa pública.

Como podem os Poderes Constituídos responder a isso com rapidez e efetividade? Como acomodar estes interesses e aqueles que lhes são contrários? O poder formal está preparado para dar esta resposta, até mesmo para “cortar na própria carne”, quando for o caso?

Sob esta ótica, a realização da justiça tem íntima conexão com a ideia que se tem do próprio Estado, suas funções, atribuições e limites.

No dizer de Plauto Faraco de Azevedo (1996, p. 23-24), a justificação do Estado não se encontra fora do âmbito da indagação jurídica, constituindo, na realidade, um de seus núcleos fundamentais.

Como simples exemplo, a abordagem do direito à saúde ou ao trabalho pode ser muito diferente no Estado Liberal e no Estado Social, porque eles têm

fundamentos e objetivos diferentes, o que interfere na relação estatal com os indivíduos.

Assim, as ideias de justiça e do Estado têm um caráter vetorial da ciência jurídica, como forma de pavimentar o caminho para a interpretação e aplicação do direito. Em consequência, a aplicação do direito passa, necessariamente, pela análise da estrutura, função e finalidade do Estado.

Como ensina Dalmo de Abreu Dallari (1989, p. 51 e s.), entre os elementos integrantes do Estado Moderno – além da soberania, território e povo – está também a sua finalidade, pois não se chega a uma ideia completa do Estado sem a consciência dos seus fins, existindo estreita relação entre os fins do Estado e as funções que ele desempenha.

Neste diapasão, conforme o citado autor, os fins do estado podem ser “*expansivos*”, “*limitados*” e “*relativos*”.

Os fins são expansivos quando o Estado se agiganta diante dos indivíduos e acaba por anulá-los, como é próprio dos regimes totalitários.

No outro extremo, os fins são limitados quando a intervenção estatal na sociedade é a menor possível, como se dá no chamado Estado Liberal clássico.

De outro giro, os fins serão relativos quando o Estado tem fundamento na ideia de solidariedade e visa sempre o “bem comum”, buscando assegurar a igualdade jurídica (igualdade perante a lei; gozo idêntico de direitos civis e políticos; igual participação nos ônus públicos), como se dá com o Estado Social ou Estado Providência.

Não há dúvida de que o povo brasileiro, através da Constituição Federal de 1988, fez a opção pelo Estado Social, num regime de social democracia, como evidenciam os seus fundamentos (art. 1º) e os seus objetivos (art. 3º).

Em consequência, devem ser feitos todos os esforços pelos poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) para materializar o bem comum, principalmente na promoção dos direitos fundamentais (art. 5º) e direitos sociais (art. 7º).

Neste contexto, entram em evidência o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, à saúde, à privacidade, à livre iniciativa, ao trabalho, à previdência social, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e vários outros, na forma da Carta Maior e das leis em geral.

Esta plêiade de direitos, nem sempre convergentes, será uma fonte inesgotável de tensão entre pessoas, grupos e instituições, exigindo dos poderes constituídos respostas efetivas e tempestivas, o que nem sempre acontece, seja pela

grande complexidade dos conflitos ou pela incapacidade destes poderes atuarem a contento, o que fatalmente provoca a judicialização destes interesses.

Como exemplos concretos, podemos citar a descriminalização do aborto, que está diretamente relacionada com o direito à vida (do embrião ou feto) e à liberdade (da gestante). O princípio da presunção de inocência, por seu turno, passa pela necessária avaliação do direito à liberdade e do direito-dever de punir do Estado. Já a liberdade de imprensa é frequentemente colocada em confronto com o direito à privacidade.

Em temas como estes, não se pode esperar que o Poder Judiciário assuma a figura de mera “boca inanimada da lei”, ainda que, na origem desta teoria – da tripartição dos poderes – estivesse o louvável objetivo de consagrar os princípios da independência e da imparcialidade judicial.

Os tempos são bem outros! A forma e os fins do Estado mudaram profundamente desde que Montesquieu elaborou sua teoria. Das monarquias aristocráticas, avançamos para o Estado Liberal no Século XIX e para o Estado Social no Século XX, impulsionados, sucessivamente, pela Revolução Industrial e pelos horrores causados por duas guerras mundiais.

A esta altura, não há mais lugar para a redução do direito aos seus requintes formais, como professam os cultores do positivismo jurídico e da dogmática jurídica – de onde partem, normalmente, as maiores acusações de ativismo judicial –, pois esta forma de pensar o direito se mostrou absolutamente incapaz de resolver as complexas e diferentes questões contemporâneas, agora aprofundadas por grandes transformações causadas pela revolução tecnológica.

Conforme assinala Wayne Morrison (2012, p. 616), “o projeto do positivismo jurídico buscou proteger a autosuficiência formal do direito contra a moralidade, mas ao fazê-lo transformou o direito empírico no servo amoral das forças sociais”. Em parte, o positivismo encarou um grande fracasso!

Esta nova realidade obriga os juízes a assumir a postura de sujeito moral, que tem a responsabilidade de fazer escolhas para buscar os caminhos que pareçam melhores, submetendo-se a um permanente crivo popular e midiático, quase sempre crítico e desfavorável.

Apesar disso, o ativismo judicial não tem conotação usurpadora, ao contrário do que fazem indicar seus críticos, mais infensos aos resultados da atuação judicial do que aos seus métodos. Ao contrário, como resultado do Estado Social e dos desafios pós-modernos, o ativismo judicial tornou-se quase uma espada no pescoço dos juízes e tribunais.

O fato é que, principalmente nas chamadas questões complexas, é inevitável que o magistrado busque alcançar a sintonia do direito com as exigências desta sociedade, o que não se consegue com a simples aplicação da letra fria da lei, mas com uma atitude moral e política – repisamos, no sentido filosófico.

Se algum juiz ou tribunal faz mal uso deste poder – por exemplo, promovendo o ativismo partidário –, é questão reservada a outro âmbito de análise.

Questões relacionadas à igualdade, à liberdade, ao equilíbrio do meio ambiente, só para citar algumas, não se resolvem sem a análise dos valores preponderantes e dos fins da vida social como bens preferenciais.

Esta atitude pós-moderna – chamemos assim – exige a distinção entre a imparcialidade e a neutralidade judicial, coisas muito diferentes, como leciona Eugenio Raúl Zaffaroni (1995, p. 91-93), pois, ao mesmo tempo em que se mostra totalmente incompatível qualquer militância política do juiz, é inadmissível pretender que um magistrado não tenha vida social, não tenha ideias e nem uma compreensão do mundo, como se não fosse humano. Neste contexto, o “juiz asséptico” não passa de uma caricatura de imparcialidade.

Em obra clássica (1993, p. 19), Mauro Cappelletti acentua que a expansão do papel do Judiciário representa o necessário contrapeso num sistema democrático de “checks and balances”, em face da pararela expansão dos “ramos políticos” do estado moderno.

Portanto, neste contexto pós-moderno, a questão central deixa de ser o ativismo judicial e passa a ser as condições para que ele seja promovido de forma prudente e razoável, o que põe em cotejo a formação jurídica oferecida pelos cursos de direito, os critérios de seleção de magistrados, o aperfeiçoamento profissional durante o exercício da função e a estrutura judiciária que existe em torno do juiz.

O bom exercício da função vai exigir, antes de mais nada, mudanças profundas na forma de se ensinar o direito nas faculdades e universidades, para que se dê ênfase também ao caráter pragmático do direito, aos seus fins e seus resultados, com o estudo mais profundo, por exemplo, das questões econômicas, sociais e tecnológicas, não bastando a formação exclusivamente dogmática e formal das disciplinas jurídicas.

Por outro lado, a seleção de magistrados deve valorizar, além da capacidade técnico-formal, o perfil e vocação dos candidatos para o exercício comprometido da magistratura, tendo em vista seus desafios e objetivos pós-modernos, evitando a contaminação pela apatia ou despreço aos resultados concretos de sua atuação.

Ademais, as dificuldades da jurisdição recomendam a especialização de função para o trato de questões de alta indagação, bem como o constante aperfeiçoamento dos magistrados para o enfrentamento de litígios desta ordem, com os recursos necessários para isso, o que, na atualidade, deixa muito a desejar, dado o argumento de escassez orçamentária.

Como assinala Richard A. Posner (2007, p. 607-610), o raciocínio jurídico não pode ser “autônomo” (limitado ao raciocínio lógico sobre as regras formais) nas tomadas de decisões. A criação de um Judiciário independente envolve a substituição da legitimidade política pelo profissionalismo e a experiência prática, em que as regras jurídicas aparecem como diretrizes e não como ordens. Neste sentido, os juízes não se limitam a descobrir, mas também ajudam a criar o direito.

É preciso, como diz o referido autor, algum pragmatismo na tomada de decisões, no sentido de olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência das limitações humanas, com atenção às questões culturais e às instituições sociais, com a convicção de que o pensamento e as ações sociais sejam avaliados como instrumentos a serviço de objetivos humanos tidos em apreço, com ênfase na avaliação das consequências (POSNER, p. 621-622).

## CONCLUSÃO

Todos nós temos o dever de contribuir para que a sociedade se torne melhor e que a democracia se aperfeiçoe como processo político. Não apenas o Estado, mas também o cidadão, as associações, as empresas e a imprensa, entre outros, cada qual no seu papel, devem estar engajados na missão de construir um mundo melhor.

Evidente que seria uma utopia esperar que todos os cidadãos, individualmente, tenham plena consciência e disposição para harmonizar seus interesses com um bem maior.

No entanto, é imprescindível que a sociedade tenha objetivos comuns e que eles sejam afirmados nas ações morais e políticas do Estado, em consonância com o que prevê a ordem jurídica – como teia estrutural desta mesma sociedade.

A diferença entre o Estado e os demais atores da vida social é que ele tem a função precípua de buscar o bem comum, em todas as esferas políticas e em todos os ramos do Poder, sem que nenhum deles tenha exclusividade sobre isso.

Embora uma sociedade democrática seja produto de todo o grupo social, cabe ao Estado, segundo os fundamentos, objetivos, princípios e regras inscritos



na sua constituição, o papel irrenunciável de atuar para a promoção efetiva dos valores e bens sociais mais importantes, dentre os quais, nos últimos tempos, têm se destacado as reivindicações por liberdade, segurança e moralidade pública.

Neste contexto, em que se avolumam as inquietações, incertezas e angústias da sociedade pós-moderna, é perceptível que todas as esferas de poder devem estar mais sensíveis e reativas às necessidades sociais. Ainda que não se esperem soluções instantâneas, tampouco se pode aceitar que o estado brasileiro – aqui falamos de Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – continue reagindo a tais anseios em velocidade paquidérmica.

Já não há mais lugar para as práticas políticas obscuras, os domínios oligárquicos ou ideologias partidárias obsoletas, que levam de roldão o interesse público.

Segundo nossas contingências históricas, a sociedade clama por mudanças de todos os setores do poder.

Em que pese a separação dos poderes ainda – e sempre – seja um dos pilares das democracias modernas, já não é mais concebível que os papéis do Executivo, Legislativo e Judiciário sejam estabelecidos em bases absolutamente rígidas e estanques.

Como decorrência dos valores e fundamentos da Constituição Federal, esta separação só pode ser entendida em caráter funcional, o que implica, mediante a devida provocação da parte interessada, que o Poder Judiciário, principalmente, afirme os valores constitucionais e indique rumos à sociedade, quando isso se fizer necessário para a busca do bem comum.

Nem de longe, isso quer dizer que o Judiciário pode assumir e usurpar as atribuições inerentes ao Legislativo e ao Executivo.

Tanto menos atuará o Judiciário se os demais Poderes tiveram capacidade e agilidade para responder em tempo hábil aos anseios sociais.

Esta funcionalidade da separação de poderes implica, certamente, no que muitos chamam de “ativismo judicial”, posto que exige dos juízes e tribunais uma atitude moral e política, no sentido filosófico destes termos, através de decisões que impliquem escolhas vitais para que o corpo social continue saudável e ativo.

Todavia, o equilíbrio democrático exige que o ativismo se dê com extrema prudência, segundo bases razoáveis e transparentes de atuação, o que implica tomar decisões que encontrem respaldo na Constituição, nas leis e, até onde se fizer necessário, com o auxílio de disciplinas como a filosofia, a antropologia, a economia e a sociologia.

O que não se pode admitir é que a inércia estatal seja encarada com desatinada normalidade, como se os problemas do corpo social pudessem aguardar indefinidamente por uma resposta do Poder Público.

Neste caso, tomando em consideração a tipologia citada em tópico anterior, o que se admite, em alguma medida, é o chamado “ativismo criativo” (no sentido de reconhecer situações jurídicas dedutíveis de normas constitucionais ou legais), porém, jamais o “ativismo partidário” (aquele submetido a interesses partidários ou ideológicos específicos).

Enquanto o “ativismo criativo” pode ser justificado em bases jurídicas e pragmáticas, o “ativismo partidário” não passa de atividade político-partidária judicial, francamente anômala e ilegítima.

Sob tais premissas, parece legítimo ao Poder Judiciário que, no caso de inércia dos demais Poderes ou descompasso com as premissas maiores da Constituição Federal, ocasionalmente atue para indicar caminhos ao corpo social, desde que suas decisões sejam tomadas em bases razoáveis.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação*. 3 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia Grega*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. - Vol. I.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- HUTZLER, Fernanda Souza. *O ativismo judicial e seus reflexos na seguridade social*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2018.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- MONDIN, Battista. *Introdução à filosofia: problemas, sistemas, autores, obras*. São Paulo: Edições Paulinas, 1980.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- SILVA, Diego Bacha e. Os contornos do ativismo judicial no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, p. 163-178, jul./set. 2013.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

## **INCENTIVOS DAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRA E PORTUGUESA QUANTO AO USO DE TECNOLOGIAS LIMPAS NO CAMPO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS**

### ***INCENTIVES OF BRAZILIAN AND PORTUGUESE LEGISLATION ON THE USE OF CLEAN TECHNOLOGIES IN RELATION TO SOLID URBAN WASTE***

**Bruno Bastos de Oliveira**

Advogado e Professor. Consultor Jurídico, especialista na área fiscal. Pós-doutor em Direito pela UNIMAR - Universidade de Marília - SP, sendo bolsista PNPd. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da UNIMAR - Universidade de Marília - SP. Doutor em Ciências Jurídicas - Direitos Humanos e Desenvolvimento - pela Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Ciências Jurídicas, área de concentração Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Direito Tributário pela Universidade do Sul de Santa Catarina.

**Galdino Luiz Ramos Junior**

Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (1995) e Mestrado em Direito pela Universidade de Marília (2000) com ênfase em Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social. Doutor em Direito pelo PPGD UNIMAR (Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília). Sócio da Brandão e Ramos Advogados Associados na cidade de Marília

**Lucas Freitas dos Santos**

Mestrando em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. Juiz do Trabalho Substituto - Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

**Submetido em: 13/10/2020**

**Aprovado em: 27/10/2021**

**Resumo:** O escopo desta pesquisa é analisar, de forma comparada, as legislações brasileira e portuguesa no tocante ao incentivo do uso e desenvolvimento de tecnologias limpas relacionadas aos resíduos sólidos urbanos. Em outro passo, desenvolveu-se o modo de funcionamento dos sistemas jurídicos no tocante a questões ambientais, que ora operam com normas de aspecto protetor-repressivo e ora operam com normas de aspecto promocional. Ainda, houve exposição

da importância das normas de caráter promocional, no tocante a aspectos financeiros, econômicos e incentivadores de uso de tecnologias limpas. Diante da crucial necessidade de equilibrar desenvolvimento e meio ambiente, as tecnologias limpas surgem como um excelente mecanismo para essa complexa tarefa. Em conclusão, nota-se que boas práticas no trato com resíduos sólidos urbanos podem ser exemplos mundiais de como promover a redução do impacto ambiental durante o ciclo produtivo. Utiliza-se do método dedutivo, pesquisa qualitativa e artigos científicos sobre o tema em questão.

**Palavras-chave:** Desenvolvimento sustentável. Tecnologias limpas. Normas de caráter promocional.

**Abstract:** *The aim of this research paper is to analyze, in a comparative way, Brazilian and Portuguese legislation regarding the incentive of the use and development of clean technologies in relation to solid urban waste. Furthermore, this research paper analyzed the way in which legal systems operate in relation to environmental issues, which sometimes operate with rules of a protective and repressive nature and sometimes operate with rules of a promotional aspect. Also, there was an exposition of the importance of promotional norms regarding financial, economic and incentive aspects of the use of clean technologies. Faced with the crucial need to balance development and the environment, clean technologies emerge as an excellent mechanism for this complex task. In conclusion, it can be noted that good practices in dealing with solid urban waste can be global examples of how to reduce environmental impacts during the production cycle. There will be use of the deductive method, qualitative research and scientific articles on the subject in question.*

**Keywords:** *Sustainable development. Clean technologies. Norms of promotional character.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Proteção nacional do meio ambiente. 2. Proteção internacional do meio ambiente. 3. Resíduos sólidos urbanos: as normas brasileira e portuguesa na promoção do meio ambiente. 3.1 A Lei Federal brasileira n. 12.305/2010. 3.2 O Decreto Lei português n. 178/2006 e a Lei portuguesa n. 69/2018. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

As Revoluções Industriais transformaram, além do modo de produção e automação da mão de obra, com a consequente ampliação do mercado consumidor, as relações entre sociedade humana e meio ambiente. A introdução de novas estruturas de produção de bens e serviços em larga escala, o desenvolvimento de novos combustíveis e a ampliação da conectividade artificial entre os seres humanos modificaram os objetivos sociais, calcando-os na lógica do capital e do crescimento econômico a todo custo, desprezando-se noções básicas para preservar o meio ambiente. Pensa-se, erroneamente, que recursos naturais são fontes eternas de energia, inesgotáveis, suportando todo tipo de exploração empresarial. Com isso, o meio ambiente passa a sofrer acontecimentos imprevisíveis, que funcionam como “sinais de alerta” aos seres humanos, para que se conscientizem da fragilidade da estrutura do planeta e do necessário equilíbrio para se sobreviver.

O passar dos anos somente agrava a situação, pois a tendência é haver o crescimento populacional e dos padrões de consumo, acarretando sobrecarga nos recursos naturais. A única saída é conciliar o desenvolvimento socioeconômico

mico à conservação ambiental. O futuro das próximas gerações está condicionado a uma equilibrada coexistência entre ser humano e natureza.

Segundo a organização não governamental sem fins lucrativos WWF Brasil - que integra a rede WWF (uma das maiores organizações de conservação da natureza no mundo), estudos apontam que até 2030 grandes decisões terão que ser tomadas para reverter a perda da biodiversidade e reduzir os efeitos do aquecimento global no planeta (RELATÓRIO PLANETA VIVO, 2018).

Nesse compasso, uma excelente medida para harmonizar desenvolvimento e meio ambiente é o uso de tecnologias limpas, entendidas essas como todo processo concebido para usar menos recursos naturais, reaproveitar matérias-primas e eliminar a poluição, enfim, agredir menos o meio ambiente, promovendo a redução do impacto ambiental durante o ciclo produtivo.

O presente estudo foi desenvolvido com o objetivo de analisar de forma comparada a lei federal brasileira n. 12.305/2010 e o Decreto lei português n. 178/2006 bem como a lei portuguesa n. 69/2018, no tocante às políticas públicas incentivadoras do uso de tecnologias limpas no trato com os resíduos sólidos urbanos. A opção de comparar a legislação brasileira com a portuguesa decorre da influência do direito português na formação do direito brasileiro, bem como a identificação cultural entre os mencionados países.

Para a condução deste trabalho foi utilizada pesquisa qualitativa, doutrina e artigos científicos sobre o tema em questão. A pesquisa partiu da análise da proteção ambiental em âmbito nacional e internacional e depois tratou especificamente da comparação entre o direito regulamentar brasileiro e o português no tocante à política dos resíduos sólidos urbanos, com análise concreta de políticas brasileiras e portuguesas incentivadoras do uso de tecnologias limpas.

## **1. PROTEÇÃO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE**

Para FERREIRA e GOMES (2017, p. 52) “o meio ambiente se torna matéria de status constitucional a partir do momento em que a população mundial passa a observar que os recursos naturais são finitos e por isso devem ser preservados”.

Segundo SILVA (2000, p. 20), o capítulo do meio ambiente é um dos mais avançados da Constituição de 1988, referindo que:

O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente compreensiva dos recursos naturais e culturais.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito. Esse direito é titularizado por todos, segundo o legislador constitucional, que, na classificação dos bens públicos, o enquadrrou como um bem de uso comum do povo.

De acordo com PISSALDO e SANCHES (2015):

Em todas as suas dimensões o meio ambiente como recurso esgotável e garantidor da vida humana é colocado como elemento essencial e de valor incomensurável. Não há que se falar em sustentabilidade econômica e social sem que haja a efetivação da sustentabilidade ambiental.

Considerado essencial à sadia qualidade de vida, ficaram o Poder Público e a coletividade encarregados de defendê-lo e preservá-lo, para as futuras e para as presentes gerações. O texto de 1988 inova ao estabelecer uma justiça distributiva entre as gerações (ou redistribuição entre as gerações), visto que as gerações do presente não poderão utilizar o meio ambiente sem pensar no futuro das gerações posteriores, bem como na sua sadia qualidade de vida, intimamente ligada à preservação ambiental.

Conforme pontuam Marcela Souza Zarske de Mello e Ricardo Stanziola Vieira (2020, p. 98), não há antagonismo entre desenvolvimento econômico e proteção ambiental, ainda que os esforços por maiores proteções ao meio ambiente são vistos como barreiras para o progresso.

Conforme FLORES DOS SANTOS (2011):

Nesse contexto de progresso, medidas como o incentivo dos mecanismos de difusão do conhecimento ambiental, a adoção de rigor fiscalizatório nas atividades degradantes do meio ambiente, a exigência de estudos e avaliações técnicas na instalação de empreendimentos potencialmente causadores de significativa degradação ambiental, a tributação das atividades que não possuem responsabilidade socioambiental, o beneficiamento econômico das atividades que promovem o desenvolvimento sustentável, além de outras medidas correlatas, demonstram que o Estado possui um papel fundamental na manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, tal como está descrito no art. 225 da Constituição Federal de 1988.

Para possibilitar a mais ampla proteção a este bem, a Constituição estabeleceu diversas regras, as quais MORAES (2003) divide em quatro grupos: 1. regras de garantia: qualquer cidadão é parte legítima para a propositura da ação popular, visando a anulação de ato lesivo ao meio ambiente (Artigo 5º, LXXIII); 2. regras de competência: a Constituição prevê competência administrativa comum da União, dos Estados, do DF e dos Municípios (Artigo 23) para proteger docu-

mentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, monumentos, paisagens naturais notáveis e sítios arqueológicos (inciso III); bem como proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI); preservar as florestas, a fauna e a flora (inciso VII). Existe também a previsão de competência legislativa concorrente entre União, Estado, DF (Artigo 24) para proteção das florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (inciso VI); proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (VII); responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (inciso VIII). Além disso, o Ministério Público tem legitimidade para promover o inquérito civil e a ação civil pública, inclusive para a proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (Artigo 123, III); 3. Regras gerais: a Constituição estabelece difusamente diversas regras relacionadas à preservação do meio ambiente (arts. 170, VI; 173, parágrafo 5º; 174, parágrafo 3º; 186, II; 200, VIII; 216, V; 231, parágrafo 1º); 4. Regras específicas: são as regras contidas no capítulo destinado ao meio ambiente (Artigo 225).

Quanto à responsabilização por danos ambientais, em caso de concretização de condutas consideradas lesivas ao meio ambiente, os responsáveis (sejam pessoas físicas ou jurídicas) estarão sujeitos às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação civil de reparar os danos causados.

Em matéria de direito civil, o meio ambiente como valor maior e direito humano veio protegido, dentre outros dispositivos, no artigo 1228, parágrafo 1º, que limita o uso do direito de propriedade, condicionando-o ao respeito a flora, fauna, belezas naturais, equilíbrio ecológico, patrimônio artístico e histórico e à qualidade do ar e das águas.

No tocante à responsabilidade criminal, influenciado pelo art. 45, § 3.º, da Constituição espanhola, o constituinte de 1988 erigiu o meio ambiente a bem jurídico-penal autônomo, prevendo a responsabilização criminal em razão dos crimes ecológicos. Nesse sentido, o princípio da reserva legal deverá ser respeitado, destacando-se a Lei n. 9.605/98 (BRASIL, 1998). Outro ponto bastante interessante foi o estabelecimento de responsabilidade penal da pessoa jurídica, admissível a condenação de pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, ainda que absolvidas as pessoas físicas ocupantes de cargo de presidência ou de direção do órgão responsável pela prática criminosa.

Em relação à responsabilidade administrativa, diante da violação de normas administrativas, foram estabelecidas sanções também de natureza administrativa, como multa, interdição da atividade, advertência, suspensão de benefícios etc.



Em se tratando da responsabilidade civil, todo dano ambiental, de qualquer natureza (contratual, extracontratual, que decorra de ato ilícito ou mesmo lícito), deverá ser indenizado. Trata-se de responsabilidade objetiva e integral (conforme artigo 21, XXIII, “d”, da CF/88 e artigo 14, § 1.º, da Lei n. 6.938/81) em razão do dano ecológico, independentemente de culpa, bastando a prova do dano e do nexo de causalidade. Tendo em vista a natureza do dano ambiental, há a preferência pela tutela específica e reposição do *status quo ante*.

A proteção da salubridade, equilíbrio e integridade do meio ambiente, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, é prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social.

Verifica-se, pois, que a Constituição dá ênfase preventiva, ao tempo em que recorre a medidas repressivas, como no caso em que exige recuperação do meio ambiente degradado por atividades regulares, bem como sujeita a conduta lesiva ao meio ambiente a sanções penais e administrativas, bem como ao pagamento de indenizações.

O legislador constitucional cuidou também de enumerar alguns bens de natureza ambiental como integrantes do patrimônio nacional (a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira). São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais (Artigo 225, parágrafo 5º). Isso que dizer que o Estado não pode alienar essas terras. Segundo Meirelles (2013), terras devolutas:

[...] são todas aquelas que, pertencentes ao domínio público de qualquer das entidades estatais, não se acham utilizadas pelo Poder Público, nem destinadas a fins administrativos específicos. São bens públicos patrimoniais ainda não utilizados pelos respectivos proprietários.

Teoricamente, as terras devolutas, por serem bens públicos dominicais, poderiam ser alienadas.

É importante destacar que a Constituição da República traz importante regra, no sentido de que as usinas que operem com reator nuclear, por representarem risco ao meio ambiente, deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas (Artigo 225, parágrafo 6º). Isso possibilita uma maior discussão pelos representantes do povo.

Aponta SILVA (2000) que ao proteger o meio ambiente “o que se protege é um valor maior: a qualidade de vida”. A proteção ao meio ambiente não é um fim em si mesmo.

No mais, o artigo 225 da Constituição da República diz de quem é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como o dever de protegê-lo - consagração do desenvolvimento sustentável. Enumera as incumbências do Poder Público, implicando no delineamento das atividades dos particulares. Estabelece obrigações e responsabilidades dos particulares.

Segundo MILARÉ (2001):

Compatibilizar meio ambiente e desenvolvimento significa considerar os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, atendendo-se adequadamente às exigências de ambos e observando-se as suas inter-relações particulares a cada contexto sociocultural, político, econômico e ecológico dentro de uma dimensão tempo/espaço. Em outras palavras, isto significa dizer que a política ambiental não deve constituir em obstáculo ao desenvolvimento [...].

Em respeito ao art. 225 da Constituição Federal - que assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da legislação brasileira que proíbe a importação de pneus usados, tendo em conta que a incineração e o depósito de pneus velhos representam uma relevante ameaça ao meio ambiente. Conforme asseverou o Ministro Carlos Ayres Britto, os pneus usados importados para o País constituem um lixo ambiental que se exporta, fazendo do Brasil uma espécie de “quintal do mundo” (BRASIL, 2009).

Não obstante o reconhecimento do caráter unitário do conceito de meio ambiente, há que se ressaltar os seguintes aspectos específicos: quanto ao meio ambiente natural ou físico, nos termos do artigo 3º, I, da Lei 6938/81 (que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente), este pode ser definido como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (BRASIL, 1981). Em outras palavras, o meio ambiente natural ou físico é constituído pelo solo, água, ar atmosférico, energia, flora, fauna, qual seja, a correlação entre seres vivos e o meio ambiente em que vivem (cf. art. 225, caput e § 1º, I e VII). No tocante ao meio ambiente cultural, este aponta a história e cultura de um povo, as suas raízes e identidades, sendo integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico (cf. art. 225, caput, 215 e 216). No que se refere ao meio ambiente artificial ou humano, este materializa-se no espaço urbano construído, destacando-se as edificações (espaço urbano fechado) e tam-

bém os equipamentos públicos, como as ruas, espaços livres, parques, áreas verdes, praças etc (espaço urbano aberto).

## 2. PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE

O direito internacional surge com a necessidade de um ordenamento que organizasse e facilitasse a convivência dos diversos membros da sociedade internacional, entendida esta como os agrupamentos formados pela voluntariedade das pessoas em se associar a fim de alcançar determinado objetivo.

Devido às diversas particularidades de seus membros, a sociedade internacional é descentralizada, ausente um poder monopolizador com força de coerção, o que está evidenciado pela soberania que possui cada país.

Valendo-nos de MAZZUOLI (2016):

A realidade atual do Direito Internacional Público, com a multiplicação das organizações internacionais e de outras coletividades chamadas não estatais (como os beligerantes, os insurgentes, os movimentos de libertação nacional, etc.), passa ao largo daquela realidade até então presente no cenário internacional do entreguerras, que entendia essa mesma sociedade internacional como o conjunto de nações civilizadas. O conceito de sociedade internacional é, assim, um conceito em mutação, que poderá ser modificado no futuro com a presença de novos atores nas relações internacionais.

Com o surgimento da Sociedade das Nações (Liga das Nações), em 1919, as relações internacionais foram intensificadas e passaram a ser abarcadas pela Organização das Nações Unidas, surgida em 1945.

O direito internacional também deve ser compreendido no âmbito do que hoje tem-se chamado de processo de globalização (ou até internacionalização), que consiste num progressivo aprofundamento da integração entre as várias partes do mundo, especialmente nos campos político, econômico, social e cultural, com vistas a formar um espaço internacional comum, dentro do qual bens, serviços e pessoas circulem da maneira mais desimpedida possível.

Nesse contexto, surge o direito internacional público, o qual constitui o ramo do direito que se destina a estudar as normas relacionadas à sociedade internacional, associando as relações entre seus integrantes e com vistas a permitir sua coexistência, no marco de valores determinado que os autores internacionais decidam resguardar. Por outro lado, o direito internacional privado é o ramo do direito que tem como principal objetivo definir qual a ordem jurídica, nacional ou estrangeira, aplicável aos conflitos de leis no espaço no tocante a relações privadas com conexão internacional.

Contemporaneamente, o direito internacional foi além do objeto inicialmente considerado de restringir-se à limitação das competências de Estados e de organizações internacionais, conferindo direitos e impondo obrigações, visando à redução da desorganização estrutural na sociedade internacional. Além disso, o direito internacional passou a regular, também, a cooperação internacional, discorrendo sobre o modo pelo qual os Estados, as organizações internacionais e outros atores deverão proceder para atingir objetivos comuns, normalmente ligados a problemas globais como a proteção ao meio ambiente, ou a interesses regionais, a exemplo da integração regional.

O direito internacional do meio ambiente, especialidade do Direito Internacional “lato sensu”, nasce a partir de inúmeros compromissos, tratados, convenções, declarações, recomendações, diretrizes, normas e regras protetivas do meio ambiente. O interesse internacional da proteção ao meio ambiente surgiu em razão da enorme degradação ambiental mundial, que avança todas as fronteiras.

Os países soberanos podem realizar tratados internacionais, que também são denominados convenções, convênios, acordos, protocolos ou pactos. Tais instrumentos contém em seu bojo as regras e obrigações que serão assumidas pelos Estados e demais coletividades acordantes.

Na década de 1960, o *Massachusetts Institute of Technology (MIT)* desenvolveu um diagnóstico que apontou que as atividades de produção e consumo cresciam mais rápido que a capacidade de recomposição do meio ambiente. O relatório recomendava a desaceleração do desenvolvimento, o que não foi acatado pelos países industrializados. O crescimento acelerado e despreocupado com o ambiente continuou até que, em 1972, foi realizada uma conferência em Estocolmo para discutir questões ambientais de todo o mundo. As questões discutidas em tal conferência não foram implementadas pelos países e houve necessidade de serem novamente definidas, o que foi realizado em 1987, no relatório de Brundtland, o qual criticou fortemente a maneira de exploração dos recursos naturais. Com base nesse relatório, houve necessidade de realização de um novo pacto entre as nações, o que resultou na conferência ECO-92, no Rio de Janeiro, onde foi discutido e desenvolvido o conceito de desenvolvimento sustentável. Neste acordo, houve adoção da Convenção sobre mudança climática e também da Convenção da biodiversidade.

De acordo com FLORES e DORNELES (2009):

Interligado ao desenvolvimento sustentável tem-se o princípio da equidade intergeracional, a qual sujeita as gerações atuais a manter e a preservar o meio ambiental para as futuras gerações. Ambos os princí-

pios interagem de forma a efetivar suas responsabilidades, atuando de maneira solidária com as gerações futuras e, principalmente, proporcionando às atuais gerações a possibilidade de também usufruírem da natureza, de forma consciente e racional.

Faz-se necessário mencionar o Protocolo de Kyoto, que foi realizado em 1997, no Japão, na cidade de Kyoto, sendo que se pretendia reduzir a quantidade de poluentes do ar atmosférico para combater o efeito estufa. O tratado estabelecia metas para os países desenvolvidos e em desenvolvimento, os quais se comprometeram a reduzir suas emissões totais no período entre 2008 e 2012, em no mínimo 5,2% abaixo dos níveis de 1990.

No ano de 2002 foi realizada conferência em Johannesburgo, onde foram discutidas medidas para conservação da biodiversidade, questões energéticas, mudanças climáticas, globalização, acesso universal ao saneamento básico e à água potável e erradicação da pobreza.

Também deve ser destacado que, no período de 13 a 22 de junho de 2012, o Brasil foi sede da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20). Nessa conferência, o Brasil propôs a discussão da questão social distribuída em dez propostas, sendo elas: 1. pobreza, erradicação da pobreza; 2. comida, segurança alimentar e nutricional; 3. emprego, acesso ao trabalho decente (socialmente justo e ambientalmente correto); 4. energia, acesso a fontes adequadas de energia; 5. direitos, igualdade entre países e dentro deles; 6. gênero, mais poder de decisão de atuação para as mulheres; 7. direito, microcrédito (acesso a pequenos valores para negócios familiares e bens essenciais); 8. produtos, inovação para a sustentabilidade (novas tecnologias menos poluentes); 9. água, acesso a fontes adequadas de água e 9. vida, ajuste da pegada ecológica à capacidade de regeneração do planeta.

Também foram apresentadas propostas de aspecto geral pelo Brasil: 1. fortalecimento do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, com estabelecimento de contribuições obrigatórias dos países; 2. compras públicas que venham a privilegiar produtos que possuam maior vida útil e sejam produzidos com menor gasto energético ou de matérias-primas (licitações verdes); 3. criação de conselho – um novo organismo da Organização das Nações Unidas com poder para orientar as ações dos países no campo do desenvolvimento sustentável; 4. lista de objetivos – metas numéricas e com prazo para determinadas áreas, como erradicação da pobreza, segurança alimentar, energias renováveis etc.; 5. nova medida de progresso – criação de índices que incorporem aspectos socioambientais.

Atualmente, 195 países participantes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima adotaram acordo objetivando reforçar a

necessidade de redução de gases de efeito estufa a fim de evitar o aumento da temperatura global – trata-se do acordo de Paris. Tal pacto estabelece o compromisso dos países desenvolvidos no sentido de investirem 100 bilhões de dólares por ano em medidas que venham a combater a mudança do clima nos países em desenvolvimento. Os países em desenvolvimento também podem financiar projetos entre si.

O Acordo de Paris estipula a meta de que os Estados soberanos participantes devem promover planos estratégicos para diminuir o aquecimento do planeta até o ano de 2100 a 1,5 graus centígrados, tudo objetivando evitar situações de catástrofes ambientais ao planeta.

O comprometimento com a adoção dessas medidas representa um marco histórico porque, até então, apenas os países ricos estavam comprometidos com metas para combater as mudanças climáticas.

Para KALIL (2017):

A crise socioambiental traz consigo uma nova dimensão de direitos fundamentais - chamada de terceira dimensão - a qual impõe ao Estado de Direito o desafio de inserir, entre suas tarefas prioritárias, a proteção do meio ambiente. Desvencilha-se de uma visão puramente antropocêntrica para o antropocentrismo alargado, que justifica um novo standard estatal, cujos fundamentos se desenvolvem sobre prescrições constitucionais, democráticas, sociais e ambientais.

Segundo o Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas, é praticamente inequívoco que o homem tem participação na elevação da temperatura do planeta, principalmente em razão das atividades que envolvem a emissão e acúmulo de gases de efeito estufa na atmosfera. Entretanto, há estudiosos que defendem a tese de que a temperatura do planeta Terra já subiu e desceu várias vezes durante a existência, sendo que o aquecimento global faria parte de um ciclo natural. Especula-se que essa corrente “cética” utiliza a tese em comento apenas para defender a continuidade de empreendimento poluidores.

A posição do atual Presidente dos Estados Unidos da América vai ao encontro da corrente cética. Mencionado Presidente sustenta que foram os chineses que criaram a tese de aquecimento global com o objetivo de influir no sistema industrial americano e torná-lo menos competitivo.

No dia 1o de junho de 2017 os Estados Unidos deixaram de participar do acordo de Paris, sendo que seu Presidente referiu que seria necessário negociar um melhor acordo, o que foi negado por líderes europeus. O mencionado líder realizou um pronunciamento pela televisão, justificando a medida no sentido

de que lhe competia proteger os Estados Unidos e respectivos cidadãos, pois o acordo de Paris promoveria a perda de número superior a 6 milhões de postos de trabalho americanos, o que em certa medida fragilizaria a economia.

Além dos Estados Unidos, a Síria e a Nicarágua também não integram o Acordo de Paris.

Neste contexto, A indústria automobilística da Alemanha demonstrou-se preocupada com a saída dos Estados Unidos do Acordo de Paris, argumentando a dificuldade de competir com quem não teria o mesmo compromisso com a redução de emissão de gases de efeito estufa.

### **3. RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS: AS NORMAS BRASILEIRA E PORTUGUESA NA PROMOÇÃO DO MEIO AMBIENTE**

O sistema jurídico é composto por normas que possuem caráter protetivo-repressivo e outras de caráter promocional. As primeiras operam com 3 formas para impedimento de ações não desejadas: tornar a ação impossível, difícil ou desvantajosa. As normas de caráter promocional operam na lógica reversa, ou seja, buscam tornar a ação necessária ou fácil e, por fim, vantajosa.

Visando à obtenção de atos desejáveis, o Direito possui a capacidade de direção da sociedade por meio de incentivos. Dessa forma, a função do Estado assume uma postura promocional, deixando de lado o viés exclusivo de caráter protetor e repressivo.

A indução de comportamentos sociais, sob a ótica promocional, é realizada por meio da utilização de instrumentos de caráter fiscal e econômico. Tais instrumentos são de nítida importância para que a atividade do Estado se limite ao sistema do comando e controle, ou seja, não fique restrita a prever comandos e limites para alcançar os fins.

No campo do direito ambiental, a tradição do ordenamento jurídico sempre esteve ligada a punir condutas que causassem danos ambientais, contudo, não eram levados em consideração os motivos do ato danoso nem mesmo a dificuldade do particular em se alinhar ao sistema comando e controle. Por outro lado, o uso de políticas de incentivo a um comportamento desejado pode resultar em mais atos eficazes e benéficos ao meio ambiente e, além disso, pode gerar menores gastos para os cofres públicos. Aplicar penalidades tão somente não alcança a situação desejada e, por isso, não deve ser o único meio do qual se vale o Estado para garantir a harmonia na seara ambiental. Equilibrar produção e sustentabilidade não é uma tarefa fácil e, exatamente por isso, deve haver uma política que conte com instrumentos amplos e diversificados. Tem papel relevante na socie-



dade todo aquele que age de forma a respeitar a legislação e não causar prejuízos ambientais e, em razão disso, faz jus a ser reconhecido e estimulado para que continue agindo dessa forma. Conceder incentivo à pessoa que adota ações em favor do meio ambiente é socialmente mais válido que aplicar penalidades aos infratores. As políticas públicas devem voltar suas atenções para transformar as ações desejadas em situações necessárias, fáceis e vantajosas.

De acordo com Holanda, Lima e Carvalho (2018):

A tendência legislativa, pelo que vem se apresentando as novas legislações, mormente quanto a Direito Ambiental, conforme o exemplo do Sistema de Logística Reversa vem sendo atualizada de modo à observar a prevenção dos danos sociais.

O incentivo às práticas favoráveis ao meio ambiente pode se dar de forma prévia ou posterior à conduta desejada. No primeiro caso, como incentivo o Estado tem a possibilidade de reduzir encargos tributários, reduzir procedimento burocrático para regularizar a propriedade, conceder situações mais fáceis para obter empréstimo financeiro, fornecer serviços públicos e disponibilizar tecnologia. No segundo caso, o Estado pode optar por criar lista de pessoas que apresentam boa prática ambiental, criar instrumentos de mercado ou mesmo pagar por serviços ambientais.

### **3.1. A LEI FEDERAL BRASILEIRA N. 12.305/2010**

Foi somente no ano de 2010, após tramitar durante 19 anos, que houve aprovação do projeto de lei n. 203/91 o qual resultou na publicação da lei n. 12.305/2010, que dispõe sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

O legislador preocupou-se no sentido de utilizar a expressão de resíduos sólidos urbanos no lugar de lixo, uma vez que esta última expressão traz consigo o significado de tudo aquilo inútil, que não tem serventia, ao passo que aquela primeira expressão abarca a ideia de matéria-prima, de produto inserido ou com potencial de inserção no mercado capitalista.

No caso da Lei nº 12.305/2010, os incentivos fiscais foram considerados instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos (artigo 8º, inciso IX). Isso significa que os incentivos fiscais são utilizados como ferramenta para o fim da Política Nacional de Resíduos Sólidos, qual seja, a gestão integrada e o gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos.

O artigo 7º de referida lei apresenta os objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, onde podem ser percebidos diversos incentivos ao uso de tecnologias limpas: reutilização e reciclagem de resíduos sólidos (inciso II), adoção,

desenvolvimento e aprimoramento de tecnologias limpas como forma de minimizar impactos ambientais (inciso IV), incentivo à indústria da reciclagem (inciso VI), cooperação técnica e financeira do Poder Público e setor empresarial para gestão integrada de resíduos sólidos (inciso VIII), prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para produtos reciclados e recicláveis (inciso XI), incentivo ao desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos sólidos, incluídos a recuperação e o aproveitamento energético (inciso XIV), dentre outros. Observa-se, ainda, da leitura do inciso X, a preocupação da legislação não somente com a sustentabilidade dos meios de produção, como também com a sustentabilidade operacional e financeira dos custos dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos prestados, determinando a adoção de mecanismos gerenciais e econômicos que assegurem a recuperação dos custos dos serviços prestados (BRASIL, 2010a).

É importante destacar, também, que os instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos contam com a utilização de tecnologias limpas, conforme artigo 8º da lei n. 12.305/2010, quando menciona: VI - cooperação técnica e financeira entre os setores público e privado para o desenvolvimento de pesquisas de novos produtos, métodos, processos e tecnologias de gestão, reciclagem, reutilização, tratamento de resíduos e disposição final ambientalmente adequada de rejeitos (BRASIL, 2010a).

O estímulo ao uso de tecnologias limpas se dá por meio de incentivos fiscais, financeiros e creditícios, o que também é um instrumento da Política Nacional de Resíduos Sólidos – artigo 8º, inciso IX, da lei n. 12.305/2010. A importância de referido assunto foi tal que há um capítulo próprio na lei em comento (capítulo V) para tratar dos instrumentos econômicos com foco no caráter de indução dos comportamentos esperados pela política do meio ambiente. Neste sentido, o artigo 42 da lei n. 12.305/2010 autoriza o poder público a instituir medidas indutoras e linhas de financiamento para atender com prioridade às iniciativas de desenvolvimento de produtos com menores impactos à saúde humana e à qualidade ambiental em seu ciclo de vida e desenvolvimento de pesquisas voltadas para tecnologias limpas aplicáveis aos resíduos sólidos (BRASIL, 2010a).

O Decreto n. 7.404/2010, que regulamenta a lei n. 12.305/2010, prevê os seguintes instrumentos econômicos (artigo 80) como forma de fomentar as práticas favoráveis ao meio ambiente: incentivos fiscais, financeiros e creditícios (inciso I), cessão de terrenos públicos (inciso II), subvenções econômicas (inciso IV), fixação de critérios, metas, e outros dispositivos complementares de sustentabilidade ambiental para as aquisições e contratações públicas (inciso V),

pagamento por serviços ambientais, nos termos definidos na legislação (inciso VI) e, no inciso VII apoio à elaboração de projetos no âmbito do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo - MDL (BRASIL, 2010b).

Nada obstante, a lei n. 12.305/2010 também possui normas de viés proteutivo-repressivo. Neste sentido, o artigo 52 da mencionada lei alterou o texto do § 1º, artigo 56 da Lei n. 9.605/98, criando novo delito àquele que manipula, acondiciona, armazena, coleta, transporta, reutiliza, recicla ou dá destinação final a resíduos perigosos de forma diversa da estabelecida em lei ou regulamento, apenando tal conduta com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, existindo previsão culposa, apenada com detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa (BRASIL, 2010a).

Um exemplo prático de sucesso das políticas públicas em prol do meio ambiente pode ser observado na criação da Bolsa Verde do Rio de Janeiro (2020). O objetivo de referida instituição é a promoção dos mecanismos do mercado com o objetivo de tornar mais fácil cumprir a lei ambiental, a sustentabilidade e a economia verde brasileira.

Dentre as missões da Bolsa Verde do Rio de Janeiro está negociar ativos ambientais. Dessa forma, é possível fomentar capital privado e dar efetividade às atividades do instituto, como por exemplo o desenvolvimento de novos conceitos envolvendo tecnologias limpas para atividades do mercado. Embora criada no Brasil, as atividades da BVRio estão se expandindo para China, África, Europa e Ásia.

A Bolsa Verde do Rio de Janeiro é formada por representantes dos setores empresariais, de organizações não governamentais, dos setores acadêmicos e também por cidadãos envolvidos no desenvolvimento sustentável. Os ativos ambientais negociados em referida instituição estão ligados a créditos decorrentes de atividades envolvendo madeira, design e madeira sustentável, código florestal, clima, efluentes e resíduos sólidos. A respeito dos resíduos sólidos, inicialmente, é necessário apontar que a lei n. 12.305/2010 cria a obrigatoriedade da logística reversa.

Conforme artigo 13 do Decreto n. 7.404/2010 (BRASIL, 2010b):

a logística reversa é o instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado pelo conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada.

A responsabilidade pelo ciclo de vida dos produtos é compartilhada entre os fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, consumidores e titu-

lares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos. Como forma de cumprir parte de sua responsabilidade, nos termos do art. 42 da lei n. 12.305/2010, o poder público poderá instituir medidas indutoras e linhas de financiamento para atender, prioritariamente, às iniciativas de I) prevenção e redução da geração de resíduos sólidos no processo produtivo; II) desenvolvimento de produtos com menores impactos à saúde humana e à qualidade ambiental em seu ciclo de vida; III) implantação de infraestrutura física e aquisição de equipamentos para cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda; IV) desenvolvimento de projetos de gestão dos resíduos sólidos de caráter intermunicipal ou, nos termos do inciso I do caput do art. 11, regional; V) estruturação de sistemas de coleta seletiva e de logística reversa; VI) descontaminação de áreas contaminadas, incluindo as áreas órfãs; VII) desenvolvimento de pesquisas voltadas para tecnologias limpas aplicáveis aos resíduos sólidos; VIII) desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos (BRASIL, 2010a).

Conforme antes mencionado, a lei n. 12.305/2010 determina aos comerciantes e distribuidores o dever de coletar e devolver os produtos e embalagens aos fabricantes ou importadores. Estes, por sua vez, tem o dever de dar destino final aos produtos recebidos de forma compatível com o meio ambiente. A destinação final adequada pode, também, ser feita por empresas de reciclagem devidamente cadastradas.

Com o objetivo de criar facilidades para cumprir as obrigações criadas pela lei n. 12.305/2010, a Bolsa Verde do Rio de Janeiro passou a desenvolver o mecanismo chamado créditos de logística reversa. Também já houve desenvolvimento do Crédito de destinação Adequada de Pneus e do Crédito de Destinação Adequada de Eletroeletrônicos. Futuramente, a Bolsa Verde do Rio de Janeiro também pretende desenvolver Créditos de Óleos Lubrificantes, Pilhas e Baterias, Agrotóxicos e Lâmpadas Fluorescentes.

A promoção do uso dos créditos de logística reversa pela Bolsa Verde do Rio de Janeiro destina-se a remunerar o serviço ambiental prestado pelas cooperativas de catadores.

Os catadores sempre foram remunerados levando-se em consideração apenas a venda do material coletado, sem ser observado o real serviço ambiental prestado (coleta e triagem). A atividade dos catadores acaba beneficiando a sociedade como um todo e, principalmente, àqueles que tem a responsabilidade decorrente de lei de efetuar a logística reversa. Exatamente por isso, a lei n.

12.305/2010 dispõe que todo instrumento de execução da lei deve contemplar catadores, visando estruturar, desenvolver e emancipar as respectivas cooperativas.

Dessa forma, os créditos oriundos da logística reversa referem-se às atividades de coletar e realizar triagem dos resíduos sólidos urbanos pelas Cooperativas de Catadores. Tais créditos incluem os catadores no sistema produtivo e promovem a geração de renda a eles (renda superior à mera venda dos materiais), além de contribuírem para formalizar, desenvolver e fortalecer as cooperativas e constituírem um modo muito eficiente para que as empresas cumpram as obrigações decorrentes da lei.

A bolsa verde do Rio de Janeiro desenvolveu o mercado para créditos de logística reversa. Os créditos são emitidos e vendidos por quem efetivamente coleta os resíduos, ou seja, os catadores, e são comprados por quem tem a obrigação legal de realizar a logística reversa. Para serem criados os créditos é necessário o registro completo da atividade de coleta, a triagem e a venda do material pelo Sistema eletrônico de Gestão. O crédito é emitido conforme material triado e vendido com a respectiva nota fiscal eletrônica.

Sob o ponto de vista social, a atividade em comento melhora a condição de vida de centenas de catadores que, não fosse o mecanismo em comento, viveriam na marginalidade, sem nenhuma assistência e em uma verdadeira exclusão social. Do ponto de vista ambiental, o sistema em comento potencializa a coleta e triagem de diversos materiais recicláveis, cujo destino, não fosse a coleta, seria a degradação ambiental. Sob a ótica econômica, trata-se de soluções eficientes, com o menor custo aos consumidores.

Trata-se de um evidente uso de tecnologia limpa, uma vez que estimula a reciclagem e reutilização de produtos. Há menor gasto de recursos naturais e promove-se a despoluição.

### **3.2. O DECRETO LEI PORTUGUÊS N. 178/2006 E A LEI PORTUGUESA N. 69/2018**

Até o início da década de 90, Portugal era caracterizado pela baixa industrialização, sendo que eram baixas as condições econômicas da população. O consumo, então, era baixo e a geração de resíduos sólidos urbanos também. Assim sendo, a preocupação com os resíduos sólidos urbanos era inexistente. Contudo, com a industrialização, começou a haver a degradação ambiental.

Quando Portugal passou a integrar a União Europeia (por volta dos anos 90), começou a receber incentivos técnicos e financeiros e, em contraparte, necessitou se subordinar às exigências de proteção ao meio ambiente impostas por tal bloco econômico e político. O Estado Português, então, em pouco tempo,

aumentou sua capacidade produtiva, a população passou a ter maior capacidade de compra e aquisição de bens, o que acarretou acréscimo de resíduos sólidos urbanos. A União Europeia, então, exigiu de Portugal a elaboração de políticas para gestão sustentável dos resíduos sólidos urbanos.

O plano estratégico português estabeleceu a seguinte ordem de preferência para a gestão dos resíduos sólidos urbanos: inicialmente, o apelo seria para que fosse minimizada a produção dos resíduos sólidos urbanos. Num segundo momento, o foco seria a tentativa de reutilização dos resíduos sólidos urbanos ou também a reciclagem. Passadas essas fases, haveria tentativa de tratamento térmico e biológico (com geração de energia, se possível) e, por fim, acondicionamento nos aterros sanitários (sob controle).

Atualmente, a norma interna do Estado Português que regula as questões envolvendo os resíduos sólidos urbanos é o Decreto Lei n. 178/2006.

Analisando a legislação em comento, pode-se perceber que há um misto de normas de caráter protetivo-repressivo e outras de caráter promocional.

O artigo 7º de referido decreto português (PORTUGAL, 2006) estabelece que

Deve ser privilegiado o recurso às melhores tecnologias disponíveis com custos economicamente sustentáveis que permitam o prolongamento do ciclo de vida dos materiais através da sua reutilização, em conformidade com as estratégias complementares adoptadas noutros domínios.

Vê-se uma clara norma de caráter promocional, incentivando o desenvolvimento de tecnologias limpas na gestão dos resíduos sólidos urbanos. Também pode-se visualizar o caráter promocional da norma no artigo 61 do decreto português, o qual considera os resíduos bens de comercialização livre, devendo o mercado dos resíduos ser organizado, promovido e regulamentado de modo a estimular o encontro da oferta e procura destes bens, assim como a sua reutilização, reciclagem e valorização (PORTUGAL, 2006). Ainda, vê-se o incentivo financeiro do Estado português, bem como a preocupação da sustentabilidade do próprio sistema no artigo 64 de referido decreto (PORTUGAL, 2006) que dispõe:

o regime financeiro do mercado organizado de resíduos deve visar a cobertura dos custos de gestão do respectivo sistema sem que por seu efeito se introduzam distorções no mercado ou os custos de transacção se tornem superiores aos custos de regulação.

Tal qual a lei brasileira, o citado decreto lei português também possui normas de caráter protetivo repressivo, podendo-se citar como exemplo o artigo 10 (PORTUGAL, 2006), que dispõe que:

o regime económico e financeiro das actividades de gestão de resíduos visa a compensação tendencial dos custos sociais e ambientais que o produtor gera à comunidade ou dos benefícios que a comunidade lhe faculta, de acordo com um princípio geral de equivalência.

Um excelente exemplo de norma promocional portuguesa está representada pela lei portuguesa n. 69/2018. O governo português resolveu criar um sistema para incentivar as pessoas a devolverem embalagens de plástico que não podem ser reutilizadas. Os prêmios poderão se referir a descontos em supermercados, bilhetes de cinema e outros.

O artigo 3o de referida lei (PORTUGAL, 2018) dispõe que:

até ao dia 31 de dezembro de 2019, é implementado um sistema de incentivo, ao consumidor final, sob a forma de projeto-piloto, para a devolução de embalagens de bebidas em plástico não reutilizáveis, com vista a garantir o seu encaminhamento para a reciclagem. 2 — Os termos e os critérios do projeto-piloto referido no número anterior são definidos pelo membro do Governo responsável pela área do ambiente através de portaria. 3 — O sistema de incentivo referido no n.º 1 consiste na atribuição de um prémio ao consumidor final. 4 — O prémio a atribuir ao consumidor final pelo ato da devolução é determinado mediante despacho do membro do Governo responsável pela área do ambiente. 5 — Para implementação do sistema de incentivo, são disponibilizados equipamentos que permitam a devolução das embalagens de bebidas em causa, a instalar em grandes superfícies comerciais, na aceção do disposto na alínea x) do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10/2015, de 16 de janeiro, alterado pela Lei n.º 15/2018, de 27 de março, pelo Decreto-Lei n.º 102/2017, de 23 de agosto, e pela Lei n.º 15/2018, de 27 de março.

A lei n. 69/2018 evidencia um meio de promover o uso de tecnologia limpa, pois a reciclagem e reutilização de produtos promove menor gasto de recursos naturais e contribui para a despoluição.

## CONCLUSÃO

Comparando-se a lei federal brasileira n. 12.305/2010, o decreto lei português n. 178/2006 e a lei portuguesa n. 69/2018 pode-se perceber que tanto o sistema jurídico brasileiro quanto o português são compostos por normas de carácter protetivo-repressivo e também de carácter promocional, no que tange à temática proposta neste artigo.

A tendência dos sistemas jurídicos, no campo da proteção ao meio ambiente, é possuir normas promocionais, ou seja, aquelas que dirigem a sociedade por meio de incentivos, principalmente no fomento ao uso de tecnologias limpas.



O Estado, na busca de comportamentos sociais favoráveis a temas tão sensíveis, tal qual a sustentabilidade entre produção e meio ambiente, deve investir em políticas que estimulem a prática e desenvolvimento de tecnologias limpas, seja por meio de instrumentos de caráter fiscal, seja por meio de instrumentos de caráter econômico.

Ao longo do presente trabalho pode-se perceber que tanto o sistema jurídico brasileiro quanto o português parecem caminhar na busca de alternativas mais favoráveis à proteção do meio ambiente, propiciando políticas públicas de obtenção de benefícios fiscais e financeiros àqueles que implementam o desenvolvimento de tecnologias limpas na condução de seus negócios, facilitando à coletividade acessos a serviços públicos e privados comprometidos com uma melhor qualidade de vida.

A temática abordada faz reconhecer a fragilidade estrutural do planeta e a limitação de seus recursos naturais, apregoando um necessário equilíbrio entre o desenvolvimento sócio-econômico e a conservação ambiental, de forma a garantir às gerações vindouras condições mais sustentáveis de existência.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. (1981). *Lei n. 6.938 de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm). Acesso em 20 jun. 2019.

BRASIL (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 maio. 2019.

BRASIL. (1998). *Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm). Acesso em 16 maio. 2019.

BRASIL. (2009). *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 101*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>. Acesso em 10 jun. 2019.

BRASIL. (2010a). *Lei n. 12.305, de 2 de agosto de 2010*. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm). Acesso em 11 maio. 2019

BRASIL. (2010b). *Decreto n. 7.404, de 23 de dezembro de 2010*. Regulamenta a Lei n. 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/Decreto/D7404.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7404.htm). Acesso em 11 maio. 2019.

FERREIRA, Leandro José Ferreira; GOMES, Magno Federici. A teoria neoinstitucionalista do processo e a possibilidade de concessão de tutela provisória liminar para a proteção do direito fundamental ao meio ambiente. *Revista Argumentum*, Marília, v. 18, n. 3, p. 625-643, set./dez. 2017.

FLORES DOS SANTOS, Thiago. A compensação econômica para a proteção ambiental e o desenvolvimento sustentável instituída no programa Bolsa Floresta do Estado do Amazonas. *Revista Argumentum*, Marília, v. 11, p. 89-107, jan./dez., 2010.

FLORES, Andiara; DORNELES, Ana Cláudia Bertoglio. A Responsabilidade Socioambiental das Empresas no Pós-consumo. *Revista Argumentum*, Marília, v. 10, pp. 159-177, jan./dez. 2009.

HOLANDA, João Rocard; LIMA, Renata Albuquerque; CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. A constitucionalização da responsabilidade civil, danos sociais e a possibilidade de reparação anterior ao dano. *Revista Argumentum*, Marília, v. 19, n. 2, p. 503-518, mai./ago., 2018.

KALIL, Ana Paula Maciel Costa. A dimensão socioambiental do Estado de Direito. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 329-360, jan./abr., 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 10ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 67., 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Marcela Souza Zarske de; VIEIRA, Ricardo Stanziola. Licenciamento ambiental: uma análise crítica dos riscos de retrocesso e possibilidades de avanço na proteção do meio ambiente no Brasil. *Revista Direito UFMS*, Campo Grande, v. 6, n. 1, p. 95-111, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://seer.ufms.br/index.php/revdir/article/view/10428>. Acesso em: 13 out. 2020.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina – prática – jurisprudência - glossário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PORTUGAL. (2006). *Decreto-Lei n. 178 de 5 de setembro de 2006*. Aprova o regime geral da gestão de resíduos, transpondo para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2006/12/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Abril, e a Directiva n.º 91/689/CEE, do Conselho, de 12 de Dezembro. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/540016/details/maximized>. Acesso em 20 maio. 2019.

PORTUGAL. (2018). *Lei n. 69 de 26 de dezembro de 2018*. Sistema de incentivo à devolução e depósito de embalagens de bebidas em plástico, vidro, metais ferrosos e alumínio (Primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 152-D/2017, de 11 de dezembro, relativo ao Regime Unificado dos Fluxos Específicos de Resíduos). Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/117484671/details/maximized>. Acesso em 20 maio. 2019.

PISSALDO, Ana Paula de Moraes; SANCHES, Samyra Haydée Naspolini. Direito humano ao meio ambiente sustentável na pós-modernidade. *Revista Argumentum*, Marília, v. 16, pp. 99-116, jan./dez. 2015.

RELATÓRIO PLANETA VIVO 2018. Disponível em: [https://d3nehc6yl9qzo4.cloudfront.net/downloads/lpr\\_2018\\_summary\\_portugues\\_digital.pdf](https://d3nehc6yl9qzo4.cloudfront.net/downloads/lpr_2018_summary_portugues_digital.pdf). Acesso em 11 jun. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SOBRE BVRIO. BVRio, 2020. Disponível em: <https://www.bvrio.org/pt/more-about-us>. Acesso em 20 abr. 2020.

## THANATUS PEDE PASSAGEM: NECROPOLÍTICA E COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

### *THANATUS ASKS FOR PASS: NECROPOLITICS AND COVID-19 IN THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM*

Cleber Freitas do Prado

Doutorando em Direitos Humanos na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Membro do grupo de pesquisa: Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). Advogado criminalista.

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal e Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos – da UNIJUÍ. Professor do Curso de Graduação em Direito da UNIJUÍ. Pesquisador Gaúcho da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS). Líder do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos, certificado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Membro da Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos. Coordenador do Projeto PROCAD/CAPES “Rede de cooperação acadêmica e pesquisa: eficiência, efetividade e economicidade nas políticas de segurança pública com utilização de serviços de monitoração eletrônica e integração de bancos de dados”.

**Submetido em:** 03/02/2021

**Aprovado em:** 05/11/2021

**Resumo:** O artigo analisa o grau de eficácia das medidas tomadas pelo Brasil para prevenir ou evitar a mortalidade em massa de presos do seu sistema prisional, frente ao rápido avanço da transmissão viral da doença COVID-19. Para tanto, a presente pesquisa parte do método qualitativo, tendo adotado a técnica de pesquisa bibliográfica, com análise de dados estatísticos sobre a contaminação e a morte de presos por COVID-19. O problema de pesquisa pode ser assim sintetizado: em que medida a pandemia da Covid-19 incrementa, no âmbito do sistema prisional brasileiro, as políticas de morte já em curso há longa data no país? Para responder ao mencionado problema de pesquisa, são invocadas as teorias de Michel Foucault, de Giorgio Agamben e de Achille Mbembe, as quais

têm implicações diretas nessa perspectiva de análise, uma vez que podem contribuir para o possível corroboração da hipótese que orienta o artigo, qual seja, a de que a pandemia do novo coronavírus, no âmbito do sistema prisional brasileiro, representará um incremento das políticas de morte voltadas às vidas nuas em situação de cárcere no Brasil, considerando a grande facilidade e agilidade de transmissão viral em massa nesses espaços.

**Palavras-chave:** Sistema Prisional brasileiro. COVID-19. Biopolítica. Tanatopolítica. Necropolítica.

**Abstract:** *The article analyzes the degree of effectiveness of the measures taken by Brazil to prevent or prevent the mass mortality of prisoners in their prison system, in view of the rapid advance of viral transmission of the disease COVID-19. For this, the present research starts from the qualitative method, having adopted the technique of bibliographic research, with analysis of statistical data on the contamination and death of prisoners by COVID-19. The research problem can be summarized as follows: to what extent does the Covid-19 pandemic increase, within the scope of the Brazilian prison system, the death policies that have been ongoing for a long time in the country? To answer the aforementioned research problem, the theories of Michel Foucault, Giorgio Agamben and Achille Mbembe are invoked, which have direct implications in this perspective of analysis, since they can contribute to the possible corroboration of the hypothesis that guides the article, that is, that the new coronavirus pandemic, within the scope of the Brazilian prison system, will represent an increase in death policies aimed at naked lives in situations of prison in Brazil, considering the great ease and agility of mass viral transmission in these spaces.*

**Keywords:** *Brazilian Prison System. COVID-19. Biopolitics. Thanatopolitics. Necropolitics.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Da Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 e a “perda de uma chance” da Suprema Corte brasileira. 2. Análise da política de medidas estatais de prevenção ao coronavírus no âmbito do sistema prisional: uma comparação Brasil-Itália. 3. Do estado de pânico ao estado de exceção no sistema prisional: medidas estatais inócuas de saúde prisional na pandemia do novo coronavírus e o incremento da tanatopolítica/necropolítica. 4. Análise de dados estatísticos de mortes decorrentes da covid-19 no interior dos sistemas prisionais brasileiro e italiano. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

Tão logo se iniciou o ano de 2020 o mundo foi tomado por uma pandemia. Estima-se que já no mês de fevereiro ocorreu a chegada, ao Brasil, da primeira pessoa infectada pelo vírus SARs-Cov-2 denominado de novo coronavírus, causador da doença denominada COVID-19. Conforme informações constantes na página virtual do Ministério da Saúde, do governo federal brasileiro, a COVID-19 apresenta um quadro clínico que varia de infecções assintomáticas a quadros respiratórios graves (BRASIL, 2020a).

No mencionado portal, há menção também sobre indicadores da Organização Mundial da Saúde (OMS), com a informação de que a maioria dos pacientes portadores de COVID-19 (cerca de 80%) podem ser assintomáticos e cerca de 20% dos casos podem necessitar de atendimento hospitalar por apresentarem dificuldade respiratória, sendo que, desses casos, aproximadamente 5% podem

demandar a necessidade de suporte para o tratamento de insuficiência respiratória (por meio de suporte ventilatório). O vírus pode ser transmitido por meio da absorção de gotículas de tosse ou espirro de uma pessoa infectada, ou pelo contato com superfícies virais (BRASIL, 2020a).

E assim surge, nessa quadra da história, o grande desafio que aferirá o grau de organização, estruturação e logística dos sistemas públicos de saúde, não só de países em desenvolvimento, mas também de países desenvolvidos, tamanha a complexidade orgânica e biológica do novo coronavírus, causador da doença ainda sem solução terapêutica eficaz pela ciência médica.

Salienta-se, nessa seara, a importância do grau de atenção eficaz dos Estados ao seu sistema prisional, em razão da aglomeração de detentos no interior das penitenciárias, situação que facilita a propagação do mencionado vírus, dentre outros muitos fatores que ampliam o risco de contágio como, por exemplo, a precariedade estrutural e sanitária das instituições em comento.

Sob essa ótica, o presente estudo está imbuído de obter a compreensão mais aproximada possível do comportamento do Estado brasileiro em relação às (in) ações governamentais de preservação da saúde de pessoas em situação de cárcere, eis que a proteção da integridade física, biológica e psicológica das pessoas sob custódia do Estado são obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, bem como das disposições constitucionais. Sobre o tema, o art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal brasileira, cláusula pétrea relativa ao direito dos presos, determina o respeito estatal à integridade física e moral dos apenados, do que se depreende o direito humano fundamental à preservação da saúde e da vida do custodiado no cárcere.

Para tanto, a presente pesquisa parte do método qualitativo, tendo adotado a técnica de pesquisa bibliográfica, e alimentada, acessoriamente, por notícias e informações de organismos estatais de saúde e de segurança pública sobre a pandemia em comento. Para efetivar a pesquisa em tela, adotou-se a análise de dados estatísticos sobre a contaminação e a morte de presos por COVID-19, estabelecendo-se comparativo estatístico entre os planos de ação do Brasil e da Itália. Para tanto, ao se avaliar determinadas posturas governamentais, no âmbito federal, tem-se constatado a necessidade de estabelecer a compreensão para inquietantes hipóteses de possível solução ao seguinte problema perquirido: em que medida a pandemia da Covid-19 incrementa, no âmbito do sistema prisional brasileiro, as políticas de morte já em curso há longa data no país?

Para responder ao mencionado problema de pesquisa, são invocadas as teorias de Michel Foucault – acerca da biopolítica – e de Giorgio Agamben e Achille Mbembe – acerca do estado de exceção, da tanatopolítica e da necropolítica –, as

quais têm implicações diretas nessa perspectiva de análise, uma vez que podem contribuir para o a possível corroboração da hipótese que orienta o artigo, qual seja, a de que a pandemia do novo coronavírus, no âmbito do sistema prisional brasileiro, representará um incremento das políticas de morte voltadas às vidas nuas em situação de cárcere no Brasil, considerando a grande facilidade e agilidade de transmissão viral em massa nesses espaços.

## **1. DA ARGUIÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) N.º 347 E A “PERDA DE UMA CHANCE” DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA**

Logo no início da chegada da pandemia do novo coronavírus ao Brasil, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) ajuizou, junto ao Supremo Tribunal Federal, como terceiro interessado (*amicus curiae*), pedido de tutela provisória incidental, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – n.º 347, que tem como Relator o Ministro Marco Aurélio.

Cumprе salientar que a mencionada ADPF n.º 347, já foi objeto de apreciação jurisdicional pelo Pleno da Suprema Corte, em 09 de setembro de 2015, quando então foi acolhido parcialmente pedido de medida de urgência, ante a declaração de reconhecimento jurisdicional do estado de coisas inconstitucional, em relação à progressiva e reiterada violação de direitos fundamentais dos presos no Brasil, devido às graves e relevantes falhas estruturais do sistema prisional, bem como à ineficiência de políticas públicas voltadas à melhoria das condições de vida no cárcere.

Assim, o referido Instituto (IDDD) pleiteou, nos autos dessa mesma ADPF, a determinação jurisdicional de medidas práticas orientadas a assegurar a preservação da saúde e da vida da população carcerária e, por extensão, da própria sociedade, em relação à epidemia do novo coronavírus, buscando respaldo jurídico na anterior declaração do estado de coisas inconstitucional no âmbito do sistema prisional brasileiro. Outra justificativa pertinente ao mencionado pleito sustentava-se no Relatório de Gestão publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), segundo o qual em apenas 37% das instituições prisionais do país há unidade de saúde minimamente aparelhada, contando com atendimento de saúde básica.

Entretanto, o Ministro Relator negou seguimento ao referido requerimento, fundamentando sua decisão em aspecto de inadmissibilidade formal, caracterizado como pedido de natureza processual incompatível com atos procedimentais inerentes às partes integrantes do polo originário da ação ajuizada. Em razão disso, o IDDD, autor do requerimento, não dispunha de legitimidade postulatória para buscar demanda dessa natureza por meio dessa medida processual, eis

que ocupa posição processual de terceiro interessado, e não de parte legítima. Esse fator culminou, tão somente, na conclamação, partida do próprio Relator, Ministro Marco Aurélio, para que os juízes das varas de execução criminal no país – responsáveis pela condução do cumprimento de pena pelos detentos – atentassem às medidas constantes no pleito judicial do IDDD, conforme o fragmento da decisão proferida abaixo transcrito:

3. Nego seguimento ao pedido de tutela provisória incidental formulado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa – Márcio Thomaz Bastos – IDDD, admitido no processo como terceiro interessado. 4. Ante a situação precária e desumana dos presídios e penitenciárias, no que levou o Colegiado Maior, na medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347/DF, a concluir pelo estado de coisas inconstitucional, considerada a integridade física e moral dos custodiados, assento a conveniência e, até mesmo, a necessidade de o Plenário pronunciar-se. De imediato, conclamo os Juízos da Execução a analisarem, ante a pandemia que chega ao País – infecção pelo vírus COVID19, conhecido, em geral, como coronavírus –, as providências sugeridas, contando com o necessário apoio dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

Em seguida, o julgador da Suprema Corte conclama os juízes de instâncias inferiores de execução para que decidam pela facultativa e eventual adoção das seguintes medidas:

a) liberdade condicional a encarcerados com idade igual ou superior a sessenta anos, nos termos do artigo 1º da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003; b) regime domiciliar aos soropositivos para HIV, diabéticos, portadores de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras ou outras suscetíveis de agravamento a partir do contágio pelo COVID-19; c) regime domiciliar às gestantes e lactantes, na forma da Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016 – Estatuto da Primeira Infância; d) regime domiciliar a presos por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça; e) substituição da prisão provisória por medida alternativa em razão de delitos praticados sem violência ou grave ameaça; f) medidas alternativas a presos em flagrante ante o cometimento de crimes sem violência ou grave ameaça; g) progressão de pena a quem, atendido o critério temporal, aguarda exame criminológico; e h) progressão antecipada de pena a submetidos ao regime semiaberto. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

Nesse sentido, tem-se essa tímida conclamação, facultada aos juízes de execução criminal, que podem decidir pela aplicação concreta das medidas detalha-



das acima ou não no âmbito dos ambientes carcerários nacionais, marcados pela superlotação e pela intensa (e tensa) precariedade estrutural, configurando-se como um sistema carcomido pelo tempo e marcado por ininterruptas e diferentes formas de violência contra os presos (WERMUTH; NIELSSON, 2017).

Em boa medida, essa postura institucional se deve ao fato de que as vidas que se encontram no verdadeiro “campo”<sup>1</sup> que se configura em cada unidade prisional brasileira, configuram-se como verdadeiras vidas nuas, ou seja, vidas absolutamente descartáveis, destituídas de mínima utilidade ao conjunto social e ao próprio Estado, razão pela qual se tornam, nos termos da filosofia agambeniana, impunemente elimináveis, tal qual a obscura figura do *homo sacer*<sup>2</sup>, resgatada do direito romano arcaico. Assim, ao negar seguimento ao pleito judicial do IDDD, o Supremo Tribunal Federal perdeu a chance de evitar uma nova – e ainda não passível de mensuração – forma de violência estatal relacionada ao sistema prisional brasileiro, diante do risco de contágio existente no universo intramuros.

## **2. ANÁLISE DA POLÍTICA DE MEDIDAS ESTATAIS DE PREVENÇÃO AO CORONAVÍRUS NO ÂMBITO DO SISTEMA PRISIONAL: UMA COMPARAÇÃO BRASIL-ITÁLIA**

O presente estudo coletou informações publicadas na página virtual do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão executivo que acompanha e controla a aplicação da Lei de Execução Penal e as diretrizes da Política Penitenciária Nacional, emanadas, principalmente, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC) (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2020a).

---

<sup>1</sup> De acordo com a filosofia agambeniana, o campo é “a estrutura em que o estado de exceção, em cuja possível decisão se baseia o poder soberano, é realizado normalmente.” Nele, questões de fato e de direito são indiscerníveis, de modo que qualquer questionamento sobre a legalidade ou ilegalidade daquilo que sucede no campo é absolutamente desprovido de sentido. Quer dizer: “o campo é um híbrido de direito e de fato, no qual os dois termos tornaram-se indiscerníveis.” (AGAMBEN, 2010, p. 166).

<sup>2</sup> Segundo a filosofia agambeniana o que define a condição do *homo sacer* é o caráter particular da dupla exclusão em que ele se encontra preso e, conseqüentemente, à violência à qual se encontra exposto. Com efeito, essa violência não é classificada como sacrifício e tampouco como homicídio, não é a execução de uma condenação e tampouco um sacrilégio. Nesse rumo, “o *homo sacer* apresentaria a figura originária da vida presa ao bando soberano e conservaria a memória da exclusão originária através da qual se constituiu a dimensão política. O espaço político da soberania ter-se-ia constituído, portanto, através de uma dupla exceção, como uma excrescência do profano no religioso e do religioso no profano, que configura uma zona de indiferença entre sacrifício e homicídio. Soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera.” (AGAMBEN, 2010, p. 84).

Conforme as informações disponibilizadas pelo DEPEN na data de 09 de abril de 2020, a primeira medida tomada pelo Estado brasileiro foi a suspensão de visitas sociais aos presos, bem como a suspensão de atendimentos de advogados junto ao sistema prisional, limitando as entrevistas com advogado somente em situações de emergência, mediante requisição judicial (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2020a).

Além dessas, outras medidas foram determinadas pelo Estado brasileiro, mediante edição da Portaria nº 135/2020, do Ministério da Justiça, tais como: separação imediata de presos que ingressam via prisão em flagrante ou transferência de casa prisional; criação de áreas específicas para isolamento de presos com sintomas de gripe; isolamento de presos maiores de 60 anos ou com doenças crônicas; suspensão temporária de audiências; suspensão ou redução das atividades educacionais, de trabalho, de assistência religiosa; promoção de campanhas educacionais sobre os meios de prevenção da doença; aumento do tempo diário do procedimento de banho de sol, caso haja possibilidade; suspensão de saídas temporárias, mas sendo impossível esta, triagem dos presos por equipe de saúde habilitada no retorno (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2020b).

No mesmo sentido, o DEPEN criou o Procedimento Operacional Padrão (POP) de medidas de controle e prevenção do novo coronavírus, a ser adotado no Sistema Penitenciário Federal (SPF). Em síntese os procedimentos adotam as orientações do Ministério da Saúde, subordinado à União, e devem ser seguidos por servidores, colaboradores e terceirizados que trabalham nas unidades prisionais federais. Destaca-se, por exemplo, a orientação estatal para os cuidados com higiene pessoal; suspensão de visitas; e, isolamento de internos em casos em que há suspeita da doença (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2020c).

Nesse cenário, importa transcrever as principais medidas estatais, com a pretensão de destacar a realidade do cenário estatal, no Brasil, acerca das ações tomadas na prevenção do avanço letal do novo coronavírus sobre a população carcerária:

Nos estados, com apoio da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), o Depen realiza videoconferências com representantes de todos os estados brasileiros desde o início de março. O objetivo é repassar orientações a respeito da prevenção e dos cuidados sobre o coronavírus no sistema prisional e apresentar as próximas ações do projeto, que consistem na entrega dos materiais da campanha de comunicação [...]. Foi reforçado que as unidades prisionais devem seguir os protocolos publicados pelo Ministério da Saúde sobre o coronavírus. Para qualificar a divulgação de

informações e orientações, o Depen instituiu Grupo de Trabalho visando auxiliar os gestores estaduais. Outro ponto discutido foi acerca dos materiais da campanha educativa do projeto Prisões Livres de Tuberculose, como canetas, canecas, murais informativos e cartilhas sobre tuberculose e HIV/Aids, que serão entregues em todas as unidades prisionais do país. O Departamento Penitenciário Nacional, órgão fiscalizador da execução penal em todo território nacional, vem trabalhando incansavelmente na prevenção da disseminação do COVID-19 nos estabelecimentos prisionais brasileiros. A exemplo, foi instituído já no dia 28 de fevereiro, por meio da Portaria Gab-Depen nº 135, Grupo de Trabalho no âmbito do órgão, cuja missão precípua é desenvolver protocolos de atuação preventiva para o sistema penitenciário federal de forma que auxilie os estados em seus respectivos planos de atuação. (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2020d). [grifo nosso].

Escancara-se, com isso, que o Estado brasileiro está centrando suas ações, dentre os presos do sistema, em campanhas de esclarecimento acerca do comportamento da doença de COVID-19, e como evitar o contato com o vírus, mediante distribuição de materiais educativos, desconsiderando, completamente, que praticamente a maioria esmagadora das penitenciárias brasileiras sequer possui sanitários ou lavatórios que viabilizem a adoção das mínimas medidas de higiene recomendadas em tempos de pandemia. A realidade do sistema é marcada por celas reduzidas e superlotadas, sujas, mal ventiladas, configurando, portanto, espaço propício à proliferação de doenças.

No que diz respeito à Itália, é importante consignar que o governo italiano agiu rápido em relação ao seu sistema prisional, tendo adotado sérias e contundentes medidas, tendo sido, inclusive, consignadas na página virtual do próprio DEPEN, que tratou de criar um painel mundial com os dados de óbitos e contaminações dentro do sistema prisional de cada país, bem como com as medidas estatais de prevenção tomadas em relação ao cárcere. Importante esclarecer que o presente estudo selecionou a Itália para estabelecer comparação com o Brasil, devido ao fato de a COVID-19 ter chegado antes naquele país, bem como pelo fato de a Itália encontrar-se em meio a uma crise econômica, a exemplo do momento atual do Brasil, ressalvadas as devidas proporções a respeito de eventuais diferenças nesse critério de similitude.

Desse modo, é possível resumir as medidas estatais que o governo italiano pôs em prática, mediante enumeração a seguir exposta: distribuição de kits de proteção para higiene pessoal entre o pessoal das prisões; estabelecimento de tendas de pré-triagem nas penitenciárias; testes sorológicos rápidos para todos os detidos, bem como para todo o pessoal da prisão e da polícia administrativa

que trabalha nas instituições prisionais; aquisição de telefones para os presos se comunicarem com familiares; uso do serviço de lavanderia da prisão sem custo para os detentos; possibilidade de os reclusos do sistema prisional receberem transferências bancárias online; aumento do limite de despesas para todos os presos; e, ampliação do número de presos em monitoração eletrônica (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2020e).

Em âmbito italiano, o artigo. 123 do Decreto-Lei nº 18 de 17 de março de 2020<sup>3</sup>, conhecido como Decreto “Cura Itália”, para lidar com a emergência de

<sup>3</sup> Dispõe o referido artigo, em sua íntegra: “1. In deroga al disposto dei commi 1, 2 e 4 dell’articolo 1 della legge 26 novembre 2010, n. 199, dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 30 giugno 2020, la pena detentiva e’ eseguita, su istanza, presso l’abitazione del condannato o in altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza, ove non sia superiore a diciotto mesi, anche se costituente parte residua di maggior pena, salvo che riguardi: a) soggetti condannati per taluno dei delitti indicati dall’articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni e dagli articoli 572 e 612-bis del codice penale; b) delinquenti abituali, professionali o per tendenza, ai sensi degli articoli 102, 105 e 108 del codice penale; c) detenuti che sono sottoposti al regime di sorveglianza particolare, ai sensi dell’articolo 14-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, salvo che sia stato accolto il reclamo previsto dall’articolo 14-ter della medesima legge; d) detenuti che nell’ultimo anno siano stati sanzionati per le infrazioni disciplinari di cui all’articolo 77, comma 1, numeri 18, 19, 20 e 21 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230; e) detenuti nei cui confronti sia redatto rapporto disciplinare ai sensi dell’articolo 81, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230, in quanto coinvolti nei disordini e nelle sommosse a far data dal 7 marzo 2020; f) detenuti privi di un domicilio effettivo e idoneo anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato. 2. Il magistrato di sorveglianza adotta il provvedimento che dispone l’esecuzione della pena presso il domicilio, salvo che ravvisi gravi motivi ostativi alla concessione della misura. 3. Salvo si tratti di condannati minorenni o di condannati la cui pena da eseguire non e’ a superiore a sei mesi e’ applicata la procedura di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici resi disponibili per i singoli istituti penitenziari. 4. La procedura di controllo, alla cui applicazione il condannato deve prestare il consenso, viene disattivata quando la pena residua da espiare scende sotto la soglia di sei mesi. 5. Con provvedimento del capo del dipartimento dell’amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia, d’intesa con il capo della Polizia-Direttore Generale della Pubblica Sicurezza, adottato entro il termine di dieci giorni dall’entrata in vigore del presente decreto e periodicamente aggiornato e’ individuato il numero dei mezzi elettronici e degli altri strumenti tecnici da rendere disponibili, nei limiti delle risorse finanziarie disponibili a legislazione vigente, che possono essere utilizzati per l’esecuzione della pena con le modalita’ stabilite dal presente articolo, tenuto conto anche delle emergenze sanitarie rappresentate dalle autorità competenti. L’esecuzione del provvedimento nei confronti dei condannati con pena residua da eseguire superiore ai sei mesi avviene progressivamente a partire dai detenuti che devono scontare la pena residua inferiore. 6. Ai fini dell’applicazione delle pene detentive di cui al comma 1, la direzione dell’istituto penitenziario puo’ omettere la relazione prevista dall’art. 1, comma 4, legge 26 novembre 2010, n. 199. La direzione e’ in ogni caso tenuta ad attestare che la pena da eseguire non sia superiore a diciotto mesi, anche se costituente parte residua di maggior pena, che non sussistono le preclusioni di cui al comma 1 e che il condannato abbia fornito l’espresso consenso alla attivazione delle procedure di controllo, nonche’ a trasmettere il verbale di accertamento dell’idoneita’ del domicilio, redatto in via prioritaria dalla polizia penitenziaria o, se il condannato e’ sottoposto ad un programma di recupero o intende sottoporsi ad esso, la documentazione di cui all’articolo 94, comma 1, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni. 7. Per il condannato minorenne nei cui confronti e’ disposta l’esecuzione della pena detentiva con le modalita’ di cui al comma 1, l’ufficio servizio sociale minorenni territorialmente competente in relazione al luogo di domicilio, in raccordo con l’equipe educativa dell’istituto, provvedera’, entro trenta giorni

Coronavírus do ponto de vista do sistema penitenciário, introduziu uma série de derrogações, válidas de 17 de março de 2020 a 30 de junho de 2020, para disciplinar a detenção domiciliar nos termos da Lei nº 199, de 26 de novembro de 2010. Este tipo particular de detenção domiciliar permite o cumprimento da pena de prisão não superior a 18 meses, ainda que residual de maior pena, em casa. O procedimento de solicitação do benefício é extremamente acelerado (pode ser concedido no prazo de cinco dias a contar da solicitação) e é de competência do magistrado de supervisão e não do tribunal. O § 2º do art. 123 concede ao magistrado supervisor a possibilidade de negar o benefício se “ele encontrar razões sérias que impedem a concessão da medida” (ITÁLIA, 2020).

Essas medidas, ao contrário das adotadas no Brasil, tendem a se mostrar muito mais eficientes no controle da doença no espaço prisional e marcam uma opção do governo italiano em trabalhar com medidas efetivas e não meramente simbólicas no que diz respeito à proliferação da COVID-19 em relação à população carcerária.

### **3. DO ESTADO DE PÂNICO AO ESTADO DE EXCEÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL: MEDIDAS ESTATAIS INÓCUAS DE SAÚDE PRISIONAL NA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS E O INCREMENTO DA TANATOPOLÍTICA/NECROPOLÍTICA**

Em entrevista concedida pelo então Ministro brasileiro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, publicada pela imprensa do próprio órgão ministerial, em 01 de abril de 2020, sobre eventuais medidas que o Estado brasileiro propunha para evitar a transmissão em massa, pelo novo coronavírus, entre as pessoas da população carcerária, afirmou-se que:

Uma série de medidas profiláticas vem sendo tomadas pelo Governo Federal e estaduais para reduzir esse risco, entre eles a suspensão das visitas, a restrição das saídas temporárias, cuidados com os agentes penitenciários. O que se vê no mundo, é que o risco de contaminação da população carcerária é diminuto em comparação com a população em geral (BRASIL, 2020).

Verifica-se, não só por meio desse pronunciamento, mas também pelo teor das demais medidas tomadas pelo Brasil, analisadas no tópico anterior desse estudo, a

---

*dalla ricevuta comunicazione dell'avvenuta esecuzione della misura in esame, alla redazione di un programma educativo secondo le modalita' indicate dall'articolo 3 del decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 121, da sottoporre al magistrato di sorveglianza per l'approvazione. 8. Restano ferme le ulteriori disposizioni dell'articolo 1 della legge 26 novembre 2010, n. 199, ove compatibili. 9. Dall'attuazione del presente articolo non derivano nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Le amministrazioni interessate provvedono alle attivita' previste mediante utilizzo delle risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente.” (ITÁLIA, 2020).*

potência estatal de minimização fática em relação ao possível extermínio massivo de presos, em razão da contaminação pelo novo coronavírus, considerando, ao que tudo está a indicar, a implícita omissão do Estado em tomar medidas eficientes de prevenção ao contágio do vírus entre a população carcerária.

Antes, contudo, cumpre salientar que as sociedades pós-modernas têm vivenciado o progressivo surgimento de fatores geradores de complexidade social, derivados do progresso tecnológico em vários setores da vida coletiva e econômica das pessoas e das instituições. Sob esse panorama, Silva Sánchez (1999), concebe a existência de um fenômeno de institucionalização da insegurança.

Sendo assim, o perfil da sociedade não se limita apenas ao risco de fatores palatáveis ou programados, mas é, também, uma sociedade com outras características individualizantes, que reforçam o aspecto de sociedades pautadas por uma espécie de insegurança legitimada, não só por discursos institucionais, mas também por decisões e posturas institucionais convergidas, ou orientadas, no retrocesso social, político e jurídico, sobretudo no sentido normativo dos direitos humanos, consagrados na Constituição Federal de países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil. Daí resulta que, conforme Silva Sanchez (1999), dentre outros fatores advindos com a globalização, e diante de determinadas posturas, cujos possíveis efeitos nocivos são ainda desconhecidos, repercutirão como resultados danosos no futuro, muito depois de realizada a conduta danosa. Desse modo, o problema está não apenas nas decisões humanas geradoras de riscos, mas naquelas que os distribuem.

Nessa esteira, é propício considerar que a distribuição de riscos também é ocasionada, em muitas circunstâncias, pelo próprio Estado, dependendo da tarefa (de ordem pública) que lhe incumbe realizar, e, dependendo, sobretudo, da postura (ideológica) do dirigente das (in)ações levadas a efeito em relação à preservação dos direitos humanos (mínimos) em tempos de crise social e/ou sanitária, provocadas no contexto da pandemia que se vivencia.

Consequência dessa realidade palpitante, sentida pelos mais débeis, desde as últimas décadas, e registrada pela concepção de Pérez Cepeda (2007, p. 51), está no considerável aumento do número de países que adotam uma forte postura de politização do Direito Penal, acelerada pelos meios de comunicação de massa populistas, direcionadas unilateralmente. Nessa ótica, a opinião pública quer ver resultados rápidos, e a isso os políticos reagem debilitando as garantias relativas à segurança jurídica, mediante a introdução de medidas legislativas simbólicas. Segundo a sobredita autora (2007, p. 51-52), essa é a tendência seguida no campo da criminalidade clássica, eis que aparece um sistema penal

reelaborado para a ocasião, que se trata de uma espécie de microssistema paralelo, devidamente dirigido ao alcance da efetividade de inocuidade de presos a qualquer preço, e propositalmente distanciado da rede (constitucional) de tutela efetiva dos direitos humanos do cidadão encarcerado.

Nessa seara, segundo Brandariz García (2004, p. 17), a consequência desses aspectos tem sido a formação de sociedades contemporâneas permeadas por “un cierto pánico moral” que deriva do incremento aparentemente descontrolado, de diferentes formas de riscos, situação que é mediada na construção de seu sentido pela representação midiática, focalizada no fomento de uma sensação de insegurança cidadã, derivada da delinquência urbana com vítimas individuais, particularizadas com determinados contextos, consistentes nas periferias de grandes centros urbanos, e com sujeitos sociais estereotipados. É nesse contexto, que se torna possível a constatação mais ampliada desse “pánico moral”, referido pelo autor, em dimensões mais insanas, diga-se de passagem, no âmbito de uma pandemia que assola e desafia o sistema público de saúde e as autoridades sanitárias.

E o trato estatal em relação aos moldes de medidas governamentais que vão sendo tomadas, em meio à pandemia, conforme o público a (não) ser atendido pelas possíveis medidas, vai fomentando um processo de inocuidade em grau máximo dos indivíduos que se encontram presos em penitenciárias brasileiras, considerando que parcela majoritária da população carcerária, no Brasil, está circunscrita a pequenas áreas de celas, em situação de grande aglomeração em locais inóspitos pela ausência de recursos sanitários mínimos, expostos ao contato diário com agentes insalubres e perigosos, considerando o alto nível de depredação da estrutura prisional brasileira, o que agrava ainda mais a disseminação do novo coronavírus, que pode resultar em morte(s).

Sobre esse aspecto, conforme Bustos Ramírez (1997, p. 31), é nessa toada que a atual política criminal sintoniza sua intensidade e frequência de concretização da sua incidência material no cotidiano das pessoas, e isso é perpassado pela consideração de todo o processo de criminalização. Não apenas o de criação da norma (criminalização primária), senão também o de aplicação da norma (criminalização secundária). Logo, isso significa que a visão crítica político-criminal não só alcança as normas (penais, processuais, penitenciárias), mas também alcança as instâncias concretas em que atuam os operadores sociais, isto é, a polícia, o processo penal, o subsistema penitenciário, os diferentes organismos auxiliares (assistentes sociais, psicólogos, psiquiatras, médicos, etc), de modo a compreender a existência, implícita e explícita, do processo institucionalizador da legitimação da insegurança, pautados pelo ideal de inocuidade de indivíduos presos, concebidos sob a etiqueta de descartáveis (do mundo dos vivos).



E aqui tem-se a identificação da presença, arraigada na cultura social brasileira, de um poder simbólico estratificado na crença de que o indivíduo preso merece ser contaminado com vírus mortais, por exemplo, e que, por isso, deve perecer o quanto antes, como forma de eliminar esse indivíduo simbolizado como (se fosse um) câncer maligno que necessita ser extirpado de uma coletividade (tida como) socialmente saudável, justa e igualitária. Segundo Pierre Bourdieu (1989, p. 12), esse poder simbólico “consiste em um poder quase mágico, que possibilita obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica)”, graças ao efeito específico de mobilização (ideológica), vindo a permanecer em situação de velamento, ignorando-se assim como postura eivada de violência, simbolizada na crença repetida e ressonante de geração em geração. Isso está a indicar que o poder simbólico não está nos sistemas simbólicos como uma força ilusória, mas que se caracteriza numa relação determinada entre os que exercem o poder (o Estado) e os que lhe estão sujeitos, quer dizer, isto é, na própria estrutura do campo (simbólico, para diferenciar do campo agambeniano) em que se (re)produz essa crença (de que bandido bom é bandido morto).

A consequência desse fenômeno reside na dissimulação (transfiguração) desse arquétipo coletivo, de modo a promover uma transubstanciação (conversão) do deixar presos morrerem amotinados em masmorras sem que isso configure uma violência atroz, ou, ainda, que essa violência é precisamente necessária à manutenção das relações de força estabelecidas nesse cenário (Estado-sistema prisional-presos). É essa conversão de valores que resultam na violência por meio de um poder simbólico que produz efeitos reais sem dispêndio aparente de energia, apto a promover a manutenção de um *habitus* estratificado na coletividade brasileira, que ignora ou permanece indiferente à essa decomposição estatal de indivíduos desumanizados (BOURDIEU, 1989, p. 14).

Verifica-se, com isso, que a política de gestão do sistema prisional brasileiro está ancorada (e isso não é uma realidade exclusiva do período atual de pandemia) na segregação, na exclusão, e na conseqüente inocuidade dos presos. Esse fenômeno, no entanto, está pautado pelo confisco estatal do (elemento) biológico da vida humana em coletividade. Segundo Foucault (2018, p. 201), essa segregação ocorre, precisamente, como elemento fundante de uma nova concepção de poder – biopoder –, que se manifesta mediante progressivo processo de estatização do biológico. Para a clássica teoria da soberania, era comum o direito de vida e de morte ser um atributo do Estado-soberano. Mas, segundo Foucault (2018, p. 201-202), “o que é ter direito de vida e de morte?”

Essa inquirição está ancorada no fato de que o soberano dispõe do direito de vida e de morte sobre seus súditos, representando que ele pode fazer morrer

e deixar viver, de modo que essa vida e essa (possível) morte deixam de ser fenômenos meramente naturais, para adentrarem no campo político de intromissão (direta e/ou indireta) do Estado-soberano (FOUCAULT, 2018). Nesse sentido, para Foucault (2018, p. 202), “é justamente por causa do soberano que o súdito tem direito de estar vivo, ou tem direito, eventualmente, de estar morto. Em todo caso, a vida e a morte dos súditos só se tornam direitos pelo efeito da vontade soberana”.

É nesse instante que Foucault faz menção a um paradoxo que se completa por um desnível prático, caracterizado pelas possibilidades outorgadas ao soberano, que exerce o seu poder no instante em que pode matar; e, simultânea, e consequentemente, por isso, é admissível que esse mesmo soberano tenha, também, direito sobre a vida dos súditos. O que conduz a essa conclusão estabelecida por Foucault, na qual, o soberano tem “o direito de fazer morrer ou de deixar viver. O que, é claro, introduz uma dissimetria flagrante” (FOUCAULT, 2018, p. 202).

Diante desse contexto, ainda que essas questões atinentes ao poder do soberano sobre seus súditos estejam no centro das discussões de filosofia política, impõe-se estabelecer a reflexão que daí se origina, no sentido relacionado ao patamar de evolução dos mecanismos ou das tecnologias de poder. Ocorre que, durante os séculos XVII e XVIII, houve a utilização de técnicas de poder, dirigidas, essencialmente, ao adestramento do corpo individual. Conforme Foucault (2018, p. 202), essas técnicas de poder estavam orientadas na “distribuição espacial dos corpos individuais (sua separação, seu alinhamento, sua colocação em série e em vigilância) e a organização, em torno desses corpos individuais, de todo um campo de visibilidade” por parte de agentes estatais de vigilância. Na prática, esse conjunto de medidas de poder, incidiam sobre a individualidade física dos corpos, a fim de extrair-lhes o máximo possível de eficiência, mediante o incremento das suas respectivas forças úteis, pela prática de exercício, de treinamento, dentre outros. O mencionado poder sobre os corpos deveria ser exercido dentro de uma economia estrita no uso do poder, para que se conseguisse o máximo de resultado de controle (absoluto), com um mínimo de onerosidade ao Estado, mediante “todo um sistema de vigilância, de hierarquias, de inspeções, de escriturações, de relatórios: toda essa tecnologia, que podemos chamar de tecnologia disciplinar do trabalho” (FOUCAULT, 2018, p. 202-203).

Entretanto, essa tecnologia de poder, na segunda metade do século XVIII, começa a tomar nova forma, com diferente aplicação e incidência, não estando mais centrada unicamente na disciplina, essencialmente, como era a anterior, ainda que se perpetue essa específica característica disciplinar; mas, sobretudo, inaugura outro nível de racionalização instrumental do corpo individual, sem

deixar totalmente para trás a técnica anterior, que pode ser concebida como elemento de fomento à essa nova concepção, que progressivamente se descortina na atualidade. Essa nova tecnologia de poder, não totalmente disciplinar, “se dirige não ao homem-corpo, mas ao homem vivo, ao homem ser vivo; no limite, [...] ao homem-espécie.” (FOUCAULT, 2018, p. 204).

Em suma, no que tange à primeira tomada de poder sobre o corpo, ocorrida mediante práticas concernentes à individualização, tem-se uma segunda tomada de poder, que não é individualizante, mas massificante, orientada não mais em direção ao “homem-corpo”, mas ao “homem-espécie”. Nesse sentido, Foucault reflete que a invasão política sobre o corpo humano, ocorrido durante o século XVIII, dá lugar, no fim desse mesmo século, a uma “biopolítica” da espécie humana (FOUCAULT, 2018, p. 205).

Sob essas circunstâncias, importa esclarecer qual seria a finalidade buscada por essa nova tecnologia de poder, caracterizada como biopolítica, que se instala mediante adoção de práticas estatais de biopoder. Nesse sentido, Foucault (2018, p. 204) conceitua essa técnica de controle de poder, como sendo “um conjunto de processos como a proporção dos nascimentos e dos óbitos, a taxa de reprodução, a fecundidade de uma população, etc”. Para o autor, a biopolítica vai se formando como tecnologia de poder, mediante adoção estatal desses processos específicos que, na segunda metade do século XVIII, aliados aos problemas sociais de razão econômica e política, constituem, os primeiros fatores de controle estatal da biopolítica.

E, por essa razão, as pesquisas estatísticas e de medição de dados demográficos de perfis sociais, objetivos e subjetivos, começam a ser coletados, estudados e mapeados, como forma de estabelecer a compreensão dos fenômenos sociais na sua integralidade, e, a partir daí, viabilizar possibilidades de ocorrência dos fenômenos biopolíticos (de controle estatal), ainda que camuflados de políticas públicas de distribuição estatal de benefícios sociais. Será assim, portanto, conforme determinados fatores sociais, como o número de detentos do sistema prisional, por exemplo, que “a biopolítica vai extrair seu saber e definir o campo de intervenção de seu poder” (FOUCAULT, 2018, p. 204-205).

Tendo em vista esse fenômeno, acerca do sequestro da vida biológica pelo poder, surge o elemento denominado biopoder, que será decisivo para o triunfo da biopolítica, em qualquer cenário ou horizonte que se pretenda o soberano intervir. Diante disso, o biopoder nada mais é que o instrumento político de poder do Estado que se locupleta tanto do corpo quanto da vida, exaurindo tanto um quanto outro, até o resultado final de perecimento da vida, quando então se tem o alcance da tanatopolítica. Segundo Foucault (2018, p. 213), esse poder é aquele

que o soberano pode exercer no sentido de suprimir a vida, e, por conseguinte, pode exercer o poder de assegurar a vida, dentro daquela lógica de que o soberano tem direito sobre a vida e, por consequência, sobre a morte de seus súditos.

Convém ressaltar que esse biopoder é o resultado da condição de possibilidade técnica e política de o homem “não só organizar a vida, mas de fazer a vida proliferar, de fabricar algo vivo, de fabricar algo monstruoso, de fabricar – no limite – vírus incontrolláveis e universalmente destruidores” (FOUCAULT, 2018, p. 213). Aqui se evidencia esse alto grau de amplitude do biopoder, que difere do poder atômico, na medida em que ultrapassa, atravessa e avassala a soberania humana (do corpo), a ponto de conspurcar (politicamente) a fração biológica desse corpo.

Giorgio Agamben (2017) assevera que, nesse aspecto, é necessário compreender a extensão da articulação que se estabelece entre a simples vida, desnudada de quaisquer adereços de proteção civil, e, por isso, denominada de *zoé*, vida nua, e *bíos*, caracterizada como sendo vida autárquica, sendo que, nesta, é possível conceber vida politicamente qualificada.

Aqui se tem, portanto, indicativos dessa amplitude do biopoder, e da condição de possibilidade que uma pandemia pode permitir a sua própria utilização pelo Estado, como mecanismo biopolítico gerador de inocuidade ou de eliminação de corpos, em situação de vida nua, no campo do sistema prisional brasileiro. Nesse sentido, Agamben (2017) concebe que o poder político, como já é conhecido, sempre está respaldado, em última instância, pela separação de uma dimensão de vida nua em relação ao âmbito das formas de vida. Nesse sentido, conforme o referido autor,

(...) na fundamentação hobbesiana da soberania, a vida no estado de natureza é definida apenas pelo fato de estar incondicionalmente exposta a uma ameaça de morte (o direito ilimitado de todos sobre tudo), e a vida política, a saber, aquela que se desenvolve sob a proteção do Leviatã, nada mais é do que essa mesma vida, exposta a uma ameaça que agora repousa apenas nas mãos do soberano (AGAMBEN, 2017, p. 234).

Nessa seara, Agamben (2017, p. 235) é categórico ao concluir que o poder estatal é definido pela vida nua, e não pela vontade política, considerando que essa vida é conservada ou mantida, justamente porque, “está subordinada ao direito de vida e de morte do soberano (ou da lei)”.

Nesse contexto fragmentado e atemporal de instituição estatal, o estado de exceção, que era essencialmente uma suspensão temporal e transitória do ordenamento, adquire uma ordem espacial de perpetuação que, sob tal condição, fica

constantemente fora do ordenamento regular (AGAMBEN, 2015). Sobre esse tema Foucault (2008, p. 58-59) refere que “o primeiro gesto da disciplina é, de fato, circunscrever um espaço no qual seu poder e os mecanismos do seu poder funcionarão plenamente e sem limites.”

Sobre isso, necessário aprofundar, à luz da reflexão agambeniana, o conceito de campo, consistente em

(...) um pedaço de território que é colocado fora do ordenamento jurídico normal, mas não é, por isso, simplesmente um espaço exterior. O que nele é excluído, segundo o significado etimológico do termo exceção (*ex-capere*), é capturado fora incluído através de sua própria exclusão. Mas aquilo que, desse modo, é antes de tudo capturado no ordenamento é o próprio estado de exceção. Ou seja, o campo é a estrutura na qual o estado de exceção, sobre cuja decisão possível se funda o poder soberano, é realizado de modo estável (AGAMBEN, 2015, p. 44).

Assim, como os campos representam um espaço de exceção, mediante suspensão indeterminada das regras jurídicas, tudo que ocorre de impossível no seu interior passa a ser, realmente, admitido e possível. Com efeito, os habitantes do campo foram desnudados de todo o tecido político, sendo reduzidos integralmente à vida nua, de modo que o campo consiste no mais absoluto espaço biopolítico que já existiu, no qual o poder não tem diante de si senão a pura vida biológica, destituído de qualquer mediação ou anteparo que o limite acerca do (ab)uso que se pretenda dar a essa vida nua (AGAMBEN, 2015).

E, é justamente aqui, que a única barreira que separa o ser humano da (pre) potência do Estado cai por terra, e com ela o cidadão fica despido do estatuto jurídico de proteção normativa, já que, confinado a um fragmento de território estatal, isso passa a ser concebível como possível. Aí, sob tais circunstâncias do campo, tem-se o sujeito convertido em indivíduo, totalmente fragilizado, vulnerável, integralmente submetido ao fetiche estatal de expropriação lenta e cruel da sua vida desumanizada, agora transmutada em vida nua, mediante a prática de sucessivos processos violentos, acerca de sua desintegração física e moral, iniciando o percurso do caminho que conduzirá ao desfecho necropolítico de sua existência material.

Nesse ponto, importa compreender que o estado de exceção, sobre o qual o soberano tem o arbítrio da escolha, consiste exatamente na representação da vida nua, sendo que esta encontra-se conectada aos muitos patamares de formas de vida social, de modo que um possível resultado desse estado de exceção consiste na manifesta revogação da vida nua, enquanto fundamento final do poder político. Sobre o tema, Agamben (2017, p. 235) arremata: “o sujeito der-

radeiro, que se trata de excluir e, ao mesmo tempo, incluir na cidade, é sempre a vida nua”.

Sendo assim, alguns questionamentos trazidos por Foucault (2018, p. 214), são relevantes, tais como: “como esse poder que tem essencialmente o objetivo de fazer viver pode deixar morrer? Como exercer o poder da morte, como exercer a função da morte, num sistema político centrado no biopoder?”

O pilar levantado nessa questão passa pela utilização biopolítica do racismo. E é essa convergência que Foucault busca para elucidar essas proposições. É por meio do racismo, com seu acontecer fenomenológico diverso de períodos históricos antecedentes, que o poder vai causar uma segmentação entre quem deve viver e quem deve morrer. É aqui que se compreende o acontecer, enquanto fenômeno, das divergências em torno da nomenclatura de raças. Dentro desse aspecto biológico da espécie humana, houve a distinção e o agrupamento de indivíduos em raças, sendo que certas raças têm o poder de qualificação dos indivíduos que a integram em detrimento de outras que têm caracteres de desqualificação dos seus. Tem-se, assim, processos de hierarquização de uns, em razão de sua raça, e inferiorização de outros, pelo mesmo critério racial. Superioridade de uns e inferioridade de outros. O resultado desse processo de fragmentação social desse âmbito do biológico, tendo a raça como critério de definição, entrelaça-se à utilização estatal do biopoder, em momentos biopolíticos do acontecer estatal na vida em sociedade. Assim, o racismo tem a função de promover cesuras no âmbito do aspecto biológico a que se dirige o biopoder (FOUCAULT, 2018).

Em suma, portanto, os processos de hierarquização de pessoas em razão da raça, são os primeiros efeitos do racismo. O segundo efeito do racismo, nos termos de análise que se propõe acima, é evidenciar a justificativa que se coloca na morte de uns, e não na morte de outros. Isto é, se mais pessoas de raças tidas como inferiores morrerem, existem mais chances de as pessoas de raças concebidas como superiores sobreviverem. Diante desse arranjo social e político, o racismo estabelece uma matemática pautada numa relação do tipo biológico, em que a morte de um pressupõe a possibilidade de vida do outro, tendo como critério motivador, para tanto, a raça. Nessas circunstâncias, o fator raça acaba sendo condição de aceitação e justificativa da possibilidade de tirar a vida de alguém que representa uma ameaça, cesura típica de uma sociedade de normalização. E, sobre isso, Foucault (2018, p. 215) arremata, referindo que, “a função assassina do Estado só pode ser assegurada, desde que o Estado funcione no modo do biopoder, pelo racismo”. Nesse aspecto, o racismo pode ser compreendido como sendo

(...) a condição para que se possa exercer o direito de matar. Se o poder de normalização quer exercer o velho direito soberano de matar, ele tem

de passar pelo racismo. E se, inversamente, um poder de soberania, ou seja, um poder que tem direito de vida e de morte, quer funcionar com os instrumentos, com os mecanismos, com a tecnologia da normalização, ele também tem de passar pelo racismo. É claro, por tirar a vida não entendo simplesmente o assassinio direto, mas também tudo o que pode ser assassinio indireto: o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição, etc (FOUCAULT, 2018, p. 216).

Diante disso, pressupõe-se que a utilização, pelo Estado brasileiro, de medidas de aparente eficácia, mas destituídas de qualquer efeito prático de utilidade sanitária em relação à prevenção de alcance da pandemia do novo coronavírus no ambiente insalubre e de aglomeração do sistema prisional, pode vir a representar o assassinio indireto de numerosos indivíduos presos no campo descortinado pelo sistema carcerário brasileiro. Esse aspecto também perpassa pelo racismo, na medida em que o encarcerado passa a ser concebido (justamente por ser encarcerado) como delinquente, marginal e outros adjetivos pejorativos que se atrelam ao seu aspecto biológico, enquanto membro de grupos de pessoas passíveis de descarte da vida em comunidade. Se antes da pandemia já eram percebidos pelo Estado e pela sociedade brasileira como indivíduos passíveis de descarte, eis que impossível ao convívio humano em sociedade, agora, no cenário de pandemia viral, passa a existir mais uma razão (sócio estatal) da necessidade de se exterminar indivíduos descartáveis, a fim de se evitar a transmissão do vírus por esses custo(o)diados.

Desvalidos em situação de vida nua: assim estão, neste momento, os apenados no sistema prisional brasileiro. Desprotegidos de qualquer proteção civil do Estado, em termos jurídicos, considerando que os advogados não ingressam mais no sistema prisional para ouvirem as demandas de seus clientes e adotarem medidas de preservação dos seus direitos e, também, em termos de saúde, eis que desguarnecidos que estão de qualquer estrutura mínima de atenção à saúde. Nesse sentido, conforme conclusão de Foucault (2018, p. 217), “o racismo é ligado ao funcionamento de um Estado que é obrigado a utilizar a raça, a eliminação das raças e a purificação da raça para exercer seu poder soberano”, mediante estratégias [oportunas] de poder, de modo a isolar o indivíduo de qualquer auxílio que pudesse amenizar ou evitar o sofrimento violento.

E, quando se lapida o racismo, enquanto prática institucional, se promove o rito de seleção dentre as pessoas destinadas à vida nua no campo, momento ou instante em que o cidadão, passível de direitos, é convertido em indivíduo destituído de qualquer direito mínimo, razão pela qual passa a ser desnudado de qualquer proteção.



E assim a exceção vai se modulando ao cotidiano de violência institucional que se inicia com a cultura de aceitação passiva de legitimidade dessa mesma exceção (evitada de violência), enquanto regra. Sobre o estado de exceção, Agamben (2004, p. 12) refere que as medidas excepcionais se localizam no paradoxo de medidas jurídicas, que não podem ser absorvidas no plano do direito. Isso porque um estado de exceção se mostra como “a forma legal daquilo que não pode ter forma legal”.

Sob essa concepção de Estado, no qual uns têm direito à vida, e outros têm o dever de morte, flutua o que Agamben (2004, p. 13) denomina estado de exceção permanente, dentro do que se concebe o próprio totalitarismo moderno, como sendo o sentido “de uma guerra civil que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político”.

Diante disso, é aqui que possivelmente repousa a justificativa dos óbitos de presos brasileiros, motivados pela infecção de COVID-19 no interior do cárcere, fenômeno que será atribuído à mera fatalidade ocasional, como se tivesse sido obra do destino e azar do detento morto pela doença, que poderia ter sido evitada caso fosse do real interesse do poder público, mediante adoção de medidas estatais de eficácia prática. Nessa seara, acaba sendo cada vez mais comum o surgimento de um estado de emergência permanente, ainda que não reconhecido formalmente como permanente, sendo prática constante de Estados contemporâneos, que se dizem democráticos, de modo a validarem em suas ações e inações estatais um estado de exceção conformado por um patamar de indeterminação entre direito e violência (AGAMBEN, 2004).

Da mesma forma, quando o estado de exceção começa a se tornar a regra, o campo está (con)formado, consistindo em um espaço no qual o direito e a violência passam a ter limites imprecisos de determinação, justamente por que são (con)fundidos pela estabilização que o estado de exceção proporciona (AGAMBEN, 2010, p. 42).

É nesse momento (de campo), portanto, que Agamben (2010) situa a configuração do *Homo Sacer*, o qual, em situação de exceção, se torna a regra, destinado ao interior do sistema prisional para lá ser despido de todo e qualquer direito, dignidade e civilidade, na medida em que caracteriza o momento do acontecer biopolítico incidente sobre os corpos. O *homo sacer* é, portanto, aquele que perde todas as garantias jurídicas, e está entregue à vontade do poder soberano, mediante exclusão da vida humana do direito, mas, devido à normalização do estado de exceção, essa vida continua anexada ao direito na sua versão nua, eis que destituída de qualquer tecido de proteção política.

Sobre essa dissimulada democracia recorre-se à origem dessa ficção enxada no cenário da Constituição Federal, mediante as promessas sociais não cumpridas na modernidade tardia, que nunca se efetivam, justamente por causa do simulacro de modernidade, conforme expressão cunhada por José Ribas Vieira, e repercutida por Lênio Luis Streck e Bolzan de Moraes (2008, p. 84), quando estes se referiam às promessas sociais não cumpridas da modernidade tardia. Nesse âmbito, a Carta Constitucional assegura, como cláusula pétrea, o respeito à integridade física e moral do preso no Brasil, o que inclui a atenção à saúde, como forma de o Estado zelar pela sua vida. No entanto, tem-se aqui um simulacro de democracia, para utilizar a expressão dos referidos autores, na medida em que o texto constitucional em comento permanece numa anomia normativa, que inviabiliza a concretização dessa promessa social aos presos brasileiros.

Com isso, a cultura do medo é não só o produto do autoritarismo, senão e simultaneamente, a condição de sua perpetuação. Ao produzir a perda dos valores de referência coletiva, a desestruturação dos horizontes de futuro; a erosão dos critérios sociais acerca do normal, do possível e do desejável; permite ao totalitarismo aguçar a necessidade vital de ordem, de modo a ser apresentada como única solução viável de aplacar o medo coletivo da criminalidade (LECHNER, 1988, p. 96). É justamente aí que o campo encontra seu pilar de legitimação social, toda vez que vidas nuas para ali são destinadas e, conseqüentemente, exauridas por completo de sua vida cidadã, mediante esfacelamento da porção humana do preso em situação de vida nua.

Sob tais circunstâncias, é salutar compreender que a instituição prisional, desde sua origem, esteve mais próxima de um projeto mais global de transformação dos indivíduos, pelo controle pleno de seus corpos, do que na busca pela ressocialização de infratores à lei penal. Nesse sentido, Bert (2013, p. 52-56) refere que Foucault complementa a definição do enclausuramento sistemático dos associais, ao se referir aos manicômios, como sendo “o lugar onde a sociedade nega suas próprias contradições.”

Nesse cenário, Achille Mbembe (2018) designa que o modo biopoder do Estado, por ocasião da utilização de mecanismos de poder em situação de campo (como o uso biopolítico da pandemia do novo coronavírus no sistema prisional) promove uma ressignificação da condição de possibilidade concreta dos elementos: sacrifício e terror. É nesse sentido, que Mbembe reforça que se vivencia uma necropolítica (política da morte), na medida em que o Estado faz uso de ideologias pautadas pelo necropoder, de modo a inaugurar novos “mundos de morte”, ao transgredir o acesso estatal para além das fronteiras do corpo do indivíduo (desvalido), em vida nua, mediante admissão implícita da possibilidade de morte

em massa de presos por omissão estatal em adotar medidas materialmente eficazes de prevenção ao novo coronavírus, no interior das instituições do sistema prisional brasileiro.

Nesse sentido, Agamben (2008) ressalta que o estado de exceção viabiliza fundar e definir a validade da regra legal regular, ou seja, é possível estabelecer julgamento da regra geral por meio da situação extrema de exceção, de modo que a exceção explica a regra. Será no campo, portanto, que as decisões em torno da situação extrema permitirão distinguir o que é humano e o que não é.

Como visto em linhas acima, o sistema prisional não tem somente a mera pretensão de disciplinar o corpo do detento, mas, sobretudo, de exaurir a vida constante nesse corpo, destituído que está do revestimento civil de cidadão, adquirido ao nascer por força do fictício contrato social. No entanto, conforme Hannah Arendt (2012, p. 43), “a privação fundamental dos direitos humanos manifesta-se, primeiro e acima de tudo, na privação de um lugar no mundo que torne a opinião significativa e ação eficaz”. É aqui, portanto, que se inicia o caminhar de despojamento da vida. A perda de um lugar no mundo (civil) chancela a condição de possibilidade do (ab)uso do corpo, exaurindo sua condição cidadã, de modo que, caso venha a ocorrer o seu descarte, a sociedade e o Estado permanecerão inertes e indiferentes à essa necropolítica.

Sobre essa ideologia estatal de fetiche na política da morte, torna-se interessante a observação de Achille Mbembe (2018, p. 59-60):

(...) se o poder ainda depende de um controle estreito sobre os corpos (ou de sua concentração em campos), as novas tecnologias de destruição estão menos preocupadas com a inscrição de corpos em aparelhos disciplinares do que em inscrevê-los, no momento oportuno, na ordem da economia máxima, agora representada pelo massacre.

Desse modo, importa estabelecer o mecanismo efetivo de biopoder, focado na idealização necropolítica dentro do sistema prisional brasileiro, a fim de averiguar a ocorrência da mencionada omissão do Estado em fornecer políticas públicas efetivas de atenção e prevenção à saúde da população carcerária, em relação à disseminação do novo coronavírus no cárcere.

#### **4. ANÁLISE DE DADOS ESTATÍSTICOS DE MORTES DECORRENTES DA COVID-19 NO INTERIOR DOS SISTEMAS PRISIONAIS BRASILEIRO E ITALIANO**

O presente estudo está centrado na busca de possíveis soluções ao problema de pesquisa assim delineado: em que medida a pandemia da Covid-19

incrementa, no âmbito do sistema prisional brasileiro, as políticas de morte já em curso há longa data no país?

Para tanto, a pesquisa em tela utilizou dois momentos de verificação de dados durante a pandemia de coronavírus, que ainda se encontra em curso. O primeiro momento de coleta ocorreu em 14 de maio de 2020; o segundo momento se deu em 24 de maio de 2020. O consequente intervalo de 10 dias justifica-se em razão da necessidade de observação do comportamento do vírus no interior do sistema prisional brasileiro e italiano, respectivamente, de modo a aferir, pelo mencionado decurso mínimo de tempo, o grau de eficácia das medidas já referidas no item 3 desse estudo, que cada um dos Estados se ocupou em realizar no âmbito do seu respectivo sistema prisional.

Os dados estatísticos foram obtidos junto à página virtual do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Esses dados constantes no sítio da mencionada instituição pública são atualizados diariamente, posto que as informações são repassadas pelas unidades prisionais componentes, tanto dos sistemas prisionais estaduais, quanto do sistema prisional federal.

Diante dessas premissas de idoneidade da fonte estatal de coleta, assevera-se que o problema de pesquisa tem relação direta com a eventual utilização da pandemia de coronavírus, enquanto dispositivo estatal de biopoder dirigido à eliminação de vidas nuas dos presos em situação de cárcere, no que diz respeito à quantidade de óbitos ocorridos nas penitenciárias do Brasil, mediante comparação com óbitos de COVID-19 de presos na Itália.

Assim, constatou-se que o Brasil saltou de 26 óbitos para 47, no intervalo de um mês, considerando o dia 14 de maio de 2020 a 10 de junho de 2020. Já a Itália, que teve grandes dificuldades de controle da doença em sua população geral, logo no início da pandemia mundial, tendo sido, ainda, atingida pela circulação comunitária do vírus antes do Brasil, não apresentou evolução no número de óbitos de presos em seu sistema prisional, permanecendo, após o mesmo intervalo, com o mesmo número de óbitos: três (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2020f).

Na sequência, verificou-se que a quantidade de casos de presos suspeitos de COVID-19 no Brasil saltou de 310, em 14 de maio de 2020, para 664 em 10 de junho de 2020. Na Itália esse patamar estatístico manteve-se exatamente em 260 presos suspeitos de COVID-19, nas duas datas referidas (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2020f).

Em relação aos casos confirmados de presos com COVID-19, no Brasil, em 14 de maio de 2020, esse índice era de 653, tendo sido apurado, em 10 de junho de

2020, a quantidade de 1.867 presos confirmados com a contaminação. Já o caso italiano apurava a confirmação de 94 presos contaminados, tendo evoluído para 159 confirmados com a contaminação em 05 de junho de 2020 (DEPEN, 2020f).

**Tabela 01:**

| Data da consulta                 | 14/05/2020 | 14/05/2020     | 24/05/2020 | 24/05/2020     |
|----------------------------------|------------|----------------|------------|----------------|
| País                             | Brasil     | Itália         | Brasil     | Itália         |
| Óbitos por COVID-19              | 26         | 3              | 34         | 3              |
| Casos suspeitos                  | 310        | 260            | 856        | 260            |
| Casos confirmados                | 653        | 94             | 1.114      | 159            |
| Testes realizados (total)        | 2.575      | Testagem geral | 4.156      | Testagem geral |
| População prisional até dez/2019 | 745.746    | 60.971         | 745.746    | 60.971         |

Fonte: DEPEN (2020f).

Nesse cenário, ressalta-se também a quantidade de presos que compõem a população carcerária de cada um dos dois países analisados. O Brasil tem uma das maiores populações carcerárias do mundo, contando, até dezembro/2019, com 745.746 presos; enquanto que a Itália possuía, até dezembro de 2019, a quantidade de 60.791 presos.

Diante disso, o tamanho da população carcerária de um país é relativo, quando se analisam as políticas públicas de saúde dirigida aos custodiados privados da liberdade. Ainda que a população carcerária do Brasil (745.746 presos) seja muito maior que a população carcerária da Itália (60.791 presos), torna-se importante avaliar a possibilidade econômica de um Estado em custear políticas públicas dignas e eficientes destinadas à sua respectiva população carcerária. Para tanto, faz-se necessário avaliar o Produto Interno Bruto (PIB) de ambos os países estudados nessa pesquisa, a fim de averiguar a soma de riquezas produzidas por cada um destes, e aí, então, evidenciar o grau de capacidade econômica que permitiria a realização de investimentos no sistema prisional, face aos muitos fatores econômicos gerados pelo PIB, dentre os quais, o critério proporcional de receita tributária auferida pela arrecadação dessas riquezas geradas, e refletidas no Produto Interno Bruto de cada nação.

Sendo assim, verifica-se que o PIB anual do Brasil, em 2018, foi de 1.584.004M.e.; enquanto que, na Itália, o índice em comento foi de 1.765.421M.e. Esse cenário econômico evidencia que o Brasil é possuidor de riquezas em nível quase semelhante ao da Itália, quando o assunto é a soma de todas as riquezas

produzidas pelos referidos países. No entanto, a diferença entre os dois países analisados reside na injusta distribuição social dessas riquezas, e isso se escancara no instante em que o Estado brasileiro tem condições de investir no sistema prisional, mas não o faz, diversamente da Itália (COUNTRY ECONOMY, 2020).

Com isso, conforme a Tabela 02, abaixo, constata-se que o Brasil tem melhor desempenho no combate ao coronavírus no âmbito social de suas atribuições com saúde pública, direcionada à população em geral, considerando que o número de mortos de COVID-19 é inferior aos números da Itália, nesse mesmo quesito, no período da data de coleta dos dados. Diante dessa perspectiva, ao se analisar o *quantum* populacional de seus habitantes, o Brasil apresentou, até 23 de maio de 2020, 22.013 mortes de COVID-19; enquanto que, a Itália, dentre seus habitantes em geral, apresentou 32.735 mortos de COVID-19, até a mesma data (COUNTRY ECONOMY, 2020).

No entanto, essa situação se inverte completamente quando o assunto passa a ser combate e prevenção do COVID-19 no interior do sistema prisional. Nesse patamar, a Itália é mais bem-sucedida no controle da doença infecciosa em análise, conforme os dados expressos na Tabela 01, e acima já comentados.

**Tabela 02:**

| <b>País</b>   | <b>BRASIL</b> | <b>ITÁLIA</b> |
|---|---------------|---------------|
| Total de habitantes em 2018                                   | 209.469.333   | 60.359.546    |
| PIB anual em 2018   | 1.584.004M.e  | 1.765.421M.e  |
| Quantidade total de mortos por COVID-19, em 23/05/2020        | 22.013        | 32.735        |
| Quantidade de pessoas confirmadas com COVID-19, em 23/05/2020 | 347.398       | 229.327       |

Fonte: Country Economy (2020).

Verifica-se assim, que após a consulta dos dados mencionados, o Estado brasileiro permitiu que se perdessem 47 vidas nuas no período analisado; ao passo que a Itália, durante esse mesmo período de tempo, conseguiu evitar novas mortes no seu sistema prisional, estabilizando em 3 o número de óbitos por COVID-19 em seu sistema prisional. A mesma situação pode ser concluída pela análise dos casos confirmados de presos contaminados pelo novo coronavírus, considerando que, no período analisado, o Brasil permitiu que 1.867 novos presos fossem infectados pelo vírus; enquanto que, na Itália, esse mesmo dado, pelo mesmo período de análise, foi de 159 novas contaminações dentre seus presos.

## CONCLUSÃO

A partir das análises aqui empreendidas, evidencia-se que o Estado brasileiro tem se utilizado de algumas medidas públicas preventivas de inibição ao contágio do novo coronavírus em muitas localidades e regiões do país. No entanto, diante do cenário instalado pela pandemia, verifica-se que as medidas tomadas pelo governo brasileiro, na tentativa (simulada ou forjada) de conter a contaminação da população prisional, têm se mostrado inúteis ou ineficazes, de pouca, ou quase nenhuma utilidade prática no sentido de evitar a infecção dos presos integrantes do sistema prisional brasileiro.

E essa intenção biopolítica de inocuidade, pela eventual e aleatória contaminação, e, possível morte de indivíduos presos no interior do sistema prisional de um Estado, deixa de ser apenas desejável, e passa a ser factível, no instante em que surge um mecanismo de poder que está à disposição do soberano, e este, passa a fazer (ab)uso oportuno desse mecanismo no modo biopoder, tendente a eliminar vidas (não desejáveis).

Tem-se desse modo, a utilização biopolítica da pandemia viral, bastando ao soberano (estatal), por exemplo, deixar de executar qualquer medida eficaz que viria a evitar a contaminação e o possível óbito dos detentos no sistema prisional, vindo a resultar na informal condenação à morte de parcela considerável da população carcerária, mediante a simples inércia do poder público em adotar medidas de saúde eficaz e preventiva, tais como: testagem obrigatória de todos os presos do sistema prisional (o Brasil tem potencial econômico para promover essa medida), isolamento eficiente de presos com sintomas gripais iniciais, montagem de hospitais de campanha no interior de todas as unidades prisionais do país, dentre outras medidas eficazes que deveriam ter sido tomadas pelo Estado brasileiro, apenas para citar algumas.

Sobre isso, importa verificar que no momento em que o Estado toma medidas inócuas ou sem qualquer efeito prático de prevenção ao contágio no âmbito prisional, a exceção se transmuta em regra duradoura, e a pandemia passa a ser estratégia de poder biopolítico de eliminação de vidas nuas no campo prisional. Tem-se, assim, a ocorrência episódica de um estado de exceção dentro de outro estado de exceção, pautados pela ausência de medidas eficazes de saúde pública no sistema prisional, em razão de ali existirem pessoas que não “merecem” os cuidados do Estado, eis que, duplamente descartáveis, em razão da periculosidade e da potencialidade viral na pandemia. Desse modo, num primeiro momento as vidas nuas são passíveis de descarte, a medida em que são inseridas no campo do sistema prisional, em situação de completa indignidade, considerando todas as formas de violência que se praticam no interior do cárcere brasileiro (tanto



que a própria Suprema Corte brasileira reconheceu o estado de coisas inconstitucional); para, num segundo momento, ante o descarte das vidas nuas, no contexto de pandemia do novo coronavírus, pela simples adoção estatal de medidas pouco ou nada eficazes em relação à possível prevenção de contaminação viral no interior do cárcere, situação que evidencia a inércia biopolítica do Estado na busca pela finalidade necropolítica de eliminação aleatória dessas vidas nuas em situação de campo prisional.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *O uso dos corpos*. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2017.

AGAMBEN, Giorgio. *Meios sem fim: notas sobre a política*. Tradução de Davi Pessoa Carneiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)*. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. Ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BERT, Jean-François. *Pensar com Michel Foucault*. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2013.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; MALAREÉ, Hermán Hormazábal. *Lecciones de derecho penal. Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena*. Volumen 1. Madrid: Trotta, 1997.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas. Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*. Coordinadores: José Ángel Brandariz García y Luz María Puente Aba. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

BRASIL. *Sergio Moro detalha ações durante a pandemia da Covid-19*, 01 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/04/sergio-moro-detalha-acoes-durante-a-pandemia-do-covid-19>. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *O que é Covid*. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>. Acesso em: 25 jun. 2020a.

COUNTRY ECONOMY. *Compare a economia dos países: Brasil vs Itália*. Disponível em: <https://pt.countryeconomy.com/paises/comparar/brasil/italia>. Acesso em: 25 jun. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Portal institucional*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen>, 2020a. Acesso em: 25 jun. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Portaria do Ministro nº 135/2020*. Estabelece padrões mínimos de conduta a serem adotados em âmbito prisional visando a prevenção da disseminação do COVID-19. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/Portaria1352020.pdf>, 2020b. Acesso em: 25 jun. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Procedimento Operacional Padrão: medidas de controle e prevenção do novo coronavírus (COVID-19) no Sistema Penitenciário Federal*. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/copy\\_of\\_POPCOVID193REVIS028.05.20.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/copy_of_POPCOVID193REVIS028.05.20.pdf), 2020c. Acesso em: 25 jun. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Prevenção ao COVID-19 no Sistema Prisional - Informações Complementares*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/prevencao-ao-covid-19-no-sistema-prisional-informacoes-complementares>, 2020d. Acesso em: 25 jun. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Covid-19 – Painel Mundial*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/Covid19PainelMundial08MAIO20.pdf>, 2020e. Acesso em: 25 jun. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *COVID-19 - Painel de Monitoramento dos Sistemas Prisionais*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/covid-19-painel-de-monitoramento-dos-sistemas-prisionais>, 2020f. Acesso em: 25 jun. 2020.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 2ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, Território, População*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ITÁLIA. Camera dei deputati. *Decreto-legge n. 18/2020 (cd. Cura Italia)*. Disponível em: <https://temi.camera.it/leg18/provvedimento/decreto-legge-18-2000-cd-cura-italia.html>. Acesso em: 25 jun. 2020.

LECHNER, Norbert. *Los patios interiores de la democracia. Subjetividad y política*. Santiago: Flacso, 1988.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*. Tradução de Renata Santini. São Paulo: N-1 edições, 2018.

PÉREZ CEPEDA, Ana Izabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La Expansión del Derecho Penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.

STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAES, José Luiz. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 6. ed.. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2008.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; NIELSSON, Joice Graciele. “Crônica de uma morte anunciada”: a instauração do “paradigma do campo” e o colapso do sistema penitenciário brasileiro. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, vol. 4, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/140>>. Acesso em: 25 jun. 2020.

## **O IMPACTO DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA NA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E NO DIREITO AO ESQUECIMENTO**

### ***THE IMPACT OF INFORMATIVE SELF-DETERMINATION ON THE PROTECTION OF PERSONAL DATA AND ON THE RIGHT TO BE FORGOTTEN***

Gabriel Henrique Hartmann

Mestre em Direito pelo do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS. Pós-graduando em Direito Previdenciário pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA), Santa Rosa/RS. Membro do CEDETEC da URI - Santo Ângelo/RS (Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Tecnologia). Advogado.

Stéfani Reimann Patz

Mestranda em Direitos Especiais pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS. Bolsista CAPES/PROSUC. Bacharela em Direito pela URI, Campus Santo Ângelo/RS. Pesquisadora voluntária dos projetos de pesquisa “Crisálida: Direito e Arte”, “Internet, liberdade de informação, manipulação de comportamentos e a desestabilização do processo democrático” e do Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Tecnologia da URI - Santo Ângelo/RS (CEDETEC). Membro do Instituto Nacional de Proteção de Dados (INPD).

Thami Covatti Piaia

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (2013). Visiting Scholar na Universidade de Illinois – Campus de Urbana-Champaign – EUA (2012). Estágio pós-doutoral na Universidade de Passo Fundo (2014/2015). Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI -, Campus de Santo Ângelo/RS. Pesquisadora na FADISP. Coordenadora do grupo de estudos e pesquisas em direito e tecnologia da URI - Santo Ângelo/RS (CEDETEC). Coordenadora do projeto de pesquisa “A rede e o ser: a proteção da cidadania do ser na rede”.

**Submetido em:** 21/09/2021

**Aprovado em:** 05/11/2021

**Resumo:** O artigo tem como objetivo principal analisar os aspectos legais e conceituais da autodeterminação informativa e sua implicância para a proteção de dados pessoais, assim como

sua correlação com dados pessoais e o direito ao esquecimento. Historicamente, o conceito surgiu na Alemanha e seguiu se desenvolvendo tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Nacionalmente, a autodeterminação informativa está presente na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, sendo um dos fundamentos basilares da legislação em comento. Logo, o artigo propõe verificar os desdobramentos do direito à autodeterminação informativa no Brasil a partir da Lei Geral de Proteção de Dados. Por fim, depreende-se que, no atual paradigma das tecnologias da informação e da comunicação, garantir segurança e transparência às pessoas, é fundamental para o desenvolvimento de uma sociedade livre e democrática. A metodologia utilizada, de abordagem dedutiva, implicou na revisão bibliográfica e normativa disponível.

**Palavras-chave:** Autodeterminação informativa; Proteção de dados pessoais; Direito ao esquecimento.

***Abstract:** The main objective of the article is to analyze the legal and conceptual aspects of informative self-determination and its implications for the protection of personal data, as well as its correlation with personal data and the right to be forgotten. Historically, the concept arose in Germany and continued to develop both in doctrine and in jurisprudence. Nationally, informative self-determination is present in the Brazilian General Data Protection Act, being one of the basic foundations of the legislation in question. Therefore, the article proposes to verify the consequences of the right to informative self-determination in Brazil from the General Data Protection Act. Finally, it appears that, in the current paradigm of information and communication technologies, guaranteeing security and transparency to people is fundamental for the development of a free and democratic society. The methodology used, with a deductive approach, involved the bibliographical and normative review available.*

**Keywords:** Informative self-determination; Protection of personal data; Right to be forgotten.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Autodeterminação informativa: aspectos legais e conceituais. 2. Proteção de dados pessoais e o direito ao esquecimento. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18 – LGPD) espera-se uma mudança positiva na cultura jurídica brasileira sobre proteção de dados e privacidade. A partir de agora haverá uma necessidade muito grande de adaptação ao que estipula a LGPD. Pessoas físicas e jurídicas terão que saber o que são dados pessoais, o que são dados pessoais sensíveis, bancos de dados e a importância em protegê-los.

Expressões como titular, controlador, operador, encarregado e agente de tratamento de dados farão parte do cotidiano brasileiro, tanto para pessoas naturais como para pessoas jurídicas, públicas e/ou privadas. Em muitas situações a utilização dos dados pessoais será questionada, entrando em cena direitos como o da autodeterminação informativa assim como o direito ao esquecimento, fazendo com que o Poder Judiciário se manifeste regularmente sobre temas relativamente recentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse diapasão, o artigo pretende analisar os aspectos legais e conceituais da autodeterminação informativa, presente na LGPD, da mesma forma que investigará questões relacionadas ao direito ao esquecimento no Brasil, não presente na LGPD e recentemente tendo sido declarado incompatível com a Constituição brasileira pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Para tanto, adotou-se o método dedutivo, com abordagem analítica e delineamento a partir da averiguação bibliográfica, normativa e jurisprudencial.

## **1. AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA: ASPECTOS LEGAIS E CONCEITUAIS**

A autodeterminação informativa é um dos fundamentos da disciplina de proteção de dados pessoais, conforme o art. 2º, inciso II, da LGPD (BRASIL, 2018). Entretanto, a legislação brasileira não apresenta a definição desse conceito, que surgiu na Alemanha e seguiu se desenvolvendo tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Nesse sentido, é preciso visitar sua origem e evolução para compreender como essa previsão legal afeta o direito à proteção de dados pessoais e o direito ao esquecimento no Brasil (MARIA; PICOLO, 2021).

A Lei Fundamental alemã (LF) prevê em seu art. 2º, §1º, o seguinte: “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade” (BUNDESTAG, [s. d.]). O sentido dessa norma e sua aplicabilidade concreta foram, durante longo período, muito controversos, especialmente no que se refere à questão de como ela deveria ser interpretada, de forma mais ampla ou mais estrita.

Passando pela decisão sobre o auxílio ao investimento (BVERFGE 4, 7 (15)), no ano de 1954, pela sentença “Elfes” (BVerfGE 6, 32), no ano de 1957 e pelas decisões seguintes do Tribunal, todas revelaram a convergência de seus entendimentos posteriores com a do Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (BGH) no que diz respeito à interpretação do art. 2º, §1º, da LF (MENDES, 2020). É dizer: a liberdade geral de ação não mais bastava para solucionar os complexos casos relacionados à personalidade (MENDES, 2020). Com esse desenvolvimento da jurisprudência, permitiu-se, posteriormente, que a liberdade de ação e o direito da personalidade fossem invocados como direitos autônomos a partir do art. 2º, §1º, da LF, cada um com seu próprio âmbito de proteção (JARASS, 1989).

Na visão de Dieter Grimm a principal característica do direito geral de personalidade é o fato de ter se originado na prática jurisprudencial, o que acabou por marcar a evolução desse instituto de forma não sistemática e específica a cada caso (GRIMM, 1997). Ele cumpre a função de fechamento de lacuna e tem o objetivo de proteger a personalidade contra novas e inesperadas ameaças tecnológicas. Assim, o caráter “aberto e a dinâmica” do direito geral de personalidade requerem uma investigação dogmática que contemple seu desenvolvimento de

forma sistemática, a fim de que possa ser apreendida a ideia fundamental por trás dos diferentes casos (GRIMM, 1997).

Conforme lembra Laura Schertel Ferreira Mendes, a concepção de proteção da esfera privada que se consolidou na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão nas décadas de 60 e 70 logo revelou os seus limites. Como muitos casos representavam um desafio ao direito da proteção da esfera privada, “o Tribunal Constitucional teve que dar um passo adiante e reconhecer o direito geral da personalidade como garantia constitucional prevista na LF” (MENDES, 2020).

Diante do exposto, compreende-se que um longo caminho teve de ser percorrido até o reconhecimento de um direito à autodeterminação informativa pela Corte Constitucional alemã em 1983, na decisão do caso referente à “Lei do Recenseamento de População, Profissão, Moradia e Trabalho”<sup>1</sup>.

Por meio da decisão, o tratamento não transparente de dados pessoais foi repudiado a partir da ideia da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade. Naquela oportunidade, a Corte Constitucional alemã entendeu que, principalmente pela quantidade de informações coletadas, a iniciativa de recenseamento poderia possibilitar a criação de perfis completos da personalidade dos cidadãos, comprometendo a própria autonomia das pessoas. Então, esclareceu-se que o tratamento de dados deve ocorrer somente quando há uma justificativa legal a partir da finalidade do processamento (MENDES, 2020).

No entendimento de Mendes, o grande mérito do julgamento, e o que explica em parte a sua repercussão nos países da União Europeia, reside na consolidação da ideia de que a proteção de dados pessoais se baseia em um direito subjetivo fundamental, que deve ser concretizado pelo legislador e que não pode ter o seu núcleo fundamental violado. Isso significa uma limitação ao poder legislativo, que passa a estar vinculado à configuração de um direito à autodeterminação da informação. A autora também destaca o fato de “a sentença ter vinculado expressamente a temática da proteção de dados pessoais ao livre desenvolvimento da personalidade e ao princípio da dignidade humana” (MENDES, 2020, p. 49).

Ao analisar o caso, o Tribunal reconheceu que avanços tecnológicos tornavam possível o processamento de dados em proporção jamais vista, o que demandava que fosse revisitada a interpretação de alguns direitos fundamentais, em razão do surgimento de ameaças e riscos até então impensáveis não somente à privacidade, mas também a diversas liberdades e garantias fundamentais. Assim, a Corte reconheceu a existência de um direito à autodeterminação informacio-

<sup>1</sup> A iniciativa de recenseamento pelo poder público alemão envolvia coleta de inúmeras informações dos cidadãos, incluindo onde moravam e quem habitava o mesmo local. BVerfGE 65, 1, Recenseamento.

nal, formulado a partir do direito geral de personalidade e voltado a garantir ao cidadão o direito de controlar a amplitude da divulgação ou utilização de qualquer aspecto relacionado a sua personalidade por meio de seus dados pessoais (DONEDA, [s. d.]). Nas palavras da Corte:

Hoje, com ajuda do processamento eletrônico de dados, informações detalhadas sobre relações pessoais ou objetivas de uma pessoa determinada ou determinável (dados relativos à pessoa [cf. § 2 I BDSG – Lei Federal sobre a Proteção de Dados Pessoais]) podem ser, do ponto de vista técnico, ilimitadamente armazenados e consultados a qualquer momento, a qualquer distância e em segundos. Além disso, podem ser combinados, sobretudo na estruturação de sistemas de informação integrados, com outros bancos de dados, formando um quadro da personalidade relativamente completo ou quase, sem que a pessoa atingida possa controlar suficientemente sua exatidão e seu uso (BVERFGE, 2005, n. p.).

Para Danilo Doneda, ao reconhecer a centralidade do controle sobre as próprias informações para a proteção da personalidade no contexto do tratamento automatizado de dados, o Tribunal alemão “realizou notável trabalho de atualização das garantias fundamentais em vista das circunstâncias tecnológicas da época” (DONEDA, [s. d., p. 28]).

O Tribunal Constitucional alemão não reconheceu diretamente um direito fundamental à proteção de dados pessoais, contudo, deduziu, numa leitura conjugada do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, um direito fundamental implícito à autodeterminação informativa, que, consiste, em suma e de acordo com o Tribunal, na prerrogativa de cada indivíduo decidir, em princípio e substancialmente, sobre a divulgação e a utilização de seus dados pessoais (SARLET, [s. d.]).

O próprio Tribunal Constitucional alemão, entretanto, na mesma decisão, alertou para o fato de que o direito à autodeterminação informativa não assegura a cada cidadão um controle absoluto sobre os seus dados, visto que, dadas a inserção e a responsabilidade comunitária e social do ser humano, este deve tolerar eventuais limitações do direito quando em prol do interesse geral (SARLET, [s. d.]).

Na concepção de Hans-Peter Bull, primeiro encarregado da agência federal de proteção de dados alemã, o cerne moral e político das preocupações do Tribunal Constitucional foi (e é) o da garantia da liberdade dos cidadãos em face da repressão por parte do Estado, de modo que a argumentação deduzida na decisão foi orientada de acordo com o objetivo da proteção da liberdade de ação do ser humano, sendo a transparência da coleta de informações um meio para alcançar tal finalidade (SARLET, [s. d.]).



Para Ingo Sarlet, a relação do direito à autodeterminação informativa com o princípio da dignidade da pessoa humana é, em certo sentido:

[...] dúplice, pois se manifesta, tanto pela sua vinculação com a noção de autonomia, quanto com a do livre desenvolvimento da personalidade e de direitos especiais de personalidade conexos, de tal sorte que a proteção dos dados pessoais envolve também a salvaguarda da possibilidade concreta de tal desenvolvimento, para o qual a garantia de uma esfera privada e íntima é indispensável (SARLET, [s. d.], p. 50).

Diante do exposto, é possível afirmar que o direito à autodeterminação informativa, fundado na dignidade da pessoa humana e no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, guarda, já em virtude de seus fundamentos, uma íntima e indissociável conexão com o princípio autonômico e, portanto, a noção de dignidade como autonomia, razão da cimeira importância do consentimento também no domínio da proteção dos dados pessoais (SARLET, [s. d.]).

O direito à autodeterminação informativa traduz, portanto, “a faculdade de o indivíduo determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais por terceiros, inclusive pelo Estado” (NAVARRO, 2011, p. 26). É possível falar no direito à autodeterminação informativa como efetivo instrumento de “controle sobre a atividade administrativa no setor de tratamento de dados pessoais, espécie de controle externo a ser exercido pelo indivíduo ou por instituições credenciadas”, para que os órgãos públicos envolvidos nessa função “obedeçam às boas práticas a que estão vinculados e para a proteção não somente dos dados pessoais, mas, com estes, da cidadania, da liberdade e da democracia” (NAVARRO, 2011, p. 27).

Na visão de Stefano Rodotà, a busca de regras locais, nacionais e supranacionais, impostas ou fruto de autodisciplina, confirma um princípio e evidencia uma preocupação: “A tutela das informações pessoais revela-se como elemento essencial da personalidade e da cidadania” (RODOTÀ, 2008, p. 137). Para o autor italiano, o bem jurídico tutelado na privacidade gira em torno da informação e do sigilo, enquanto no direito à proteção de dados abarca a informação, a circulação e o respectivo controle (RODOTÀ, 2008).

No Brasil, a incorporação do termo “proteção de dados pessoais” ao glossário jurídico nacional é extremamente recente, o que se deu principalmente na esteira do debate que antecedeu a promulgação da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, conhecida como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) (DONEDA, [s. d.], p. 29). Enfatizando, que o direito à autodeterminação informativa não é absoluto, pois pode, em confronto com o interesse público ou outros valores constitucionais, sofrer restrições pelo legislador e intérprete. Tal ponto foi, inclusive, destacado pela decisão proferida recentemente pelo Supremo Tribunal Federal

no julgamento do pedido cautelar proferido na ADI 6.387. Na ocasião, a Corte analisou a constitucionalidade da MP 954/2020 a qual previu o compartilhamento de dados de usuários de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para a produção de estatística oficial durante a pandemia da Covid-19 (BESSA, 2020).

No acórdão referido, os julgadores definiram que a privacidade só poderá ser mitigada frente à justificativa legítima. Para o Ministro Luiz Fux, dados como “nomes, telefones e endereços, são extremamente relevantes para a identificação pessoal e potencialmente perigosos quando cruzados com outras informações compartilhadas por pessoas e por entidades” (STF, [s. d.], p. 49).

Além disso, o Ministro entendeu que a “proteção de dados pessoais e autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos extraídos da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e, conseqüentemente, do princípio da dignidade da pessoa humana” (STF, [s. d.], p. 49). Dessa forma, a jurisprudência brasileira reconheceu a autodeterminação informativa como direito fundamental, ressaltando que não existem dados insignificantes no contexto atual de automatização de processos.

No entendimento de Marcel Leonardi, o direito à autodeterminação informativa, na era do Big Data<sup>2</sup>, é compreendido como forma de garantir o controle do cidadão sobre suas próprias informações (LEONARDI 2011, p. 67-68). Ou seja, o direito certifica que o titular tenha domínio sobre os seus dados pessoais, ainda que o tratamento dessas informações seja legítimo. O seu reconhecimento assegura que todos os dados pessoais sejam protegidos, indo além do conceito de intimidade, trazendo a privacidade para o âmbito procedimental (MARIA; PICOLO, 2021).

O papel da autodeterminação informativa como fundamento da proteção de dados no Brasil fica evidenciado em diversos artigos da LGPD. Os direitos do titular, previstos no art. 18 da LGPD, demonstram a aplicação concreta da autodeterminação informativa ao preverem:

I - confirmação da existência de tratamento; II - acesso aos dados; III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei; V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade na-

<sup>2</sup> *Big Data* é um termo em evolução que descreve qualquer quantidade volumosa de dados estruturados, semiestruturados ou não estruturados que têm o potencial de ser explorados para obter inferências e gerar lucro. (MAGRANI; OLIVEIRA, 2019).

cional, observados os segredos comercial e industrial; VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei; VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa; IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei (BRASIL, 2018).

Sendo assim, o direito à autodeterminação informativa constitui-se na faculdade que toda pessoa tem de exercer, de algum modo, controle sobre seus dados pessoais, garantindo-lhe, em determinadas circunstâncias, decidir se a informação pode ser objeto de tratamento (coleta, uso, transferência) por terceiros, bem como acessar bancos de dados para exigir correção ou cancelamento de informações (BESSA, 2020). A partir do exposto, o próximo tópico observa a influência do direito à autodeterminação informativa na seara da proteção de dados pessoais e no direito ao esquecimento.

## **2. PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E O DIREITO AO ESQUECIMENTO**

A autodeterminação informativa possui interligação direta com a proteção dos dados pessoais e o direito ao esquecimento e essa relação se deve, essencialmente, à prática de correção ou cancelamento de informações, tendo em vista que o direito ao esquecimento se restringe aos acontecimentos pretéritos que perturbam intensamente as pessoas, ansiando que o fato seja excluído do debate público.

No Brasil, embora diversos casos tenham sido debatidos nas Cortes Superiores (Caso da Chacina da Candelária, além dos processos relacionados com a desindexação à aplicação do direito ao esquecimento no processo que envolve a apresentadora Xuxa Meneghel e o filme “Amor, Estranho Amor” e no processo envolvendo Deise Pieri Nunes relacionadas às suspeitas de fraude do XLI Concurso da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), o de maior repercussão nacional é o Caso Aída Curi. Em sessão plenária do dia 11 de fevereiro de 2021, mediante o Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ, o Supremo Tribunal Federal (STF), firmou a seguinte tese:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâme-

tros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021, n. p.).

De relatoria do Ministro Dias Toffoli (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021, n. p.), descreve, em seu voto, formado por trinta referências acadêmicas, um breve percurso histórico do direito ao esquecimento e recorda que a expressão direito ao esquecimento é atribuída ao professor Gerard Lyon-Caen, com a expressão '*le droit à l'oubli*', utilizada na decisão do Serial Killer Henri Landru, pela Corte de Apelação de Paris. Na época, o direito ao esquecimento, analisado como "a prescrição de fatos que já não são relevantes", indicava, indubitavelmente, a relação entre o direito ao esquecimento e o direito à prescrição.

O direito ao esquecimento busca trazer a possibilidade do detentor dos dados em autodeterminar quais informações poderiam permanecer na internet, desde que respeitados alguns limites. Nesse sentido, existem duas discussões sobre o direito ao esquecimento: uma, material e outra, procedimental. A discussão material destaca o direito das pessoas em restringir determinados fatos públicos. Em contraponto, a discussão procedimental destaca sobre quem seria possível postular esse direito, ou seja, a quem seria legítimo solicitar a remoção do conteúdo.

O Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ e conhecido como o Caso Aída Curi, buscava o esquecimento ou apagamento de informações verídicas, obtidas de forma lícita e mediante documentos lícitos, justificando dessa forma, a decisão do Supremo Tribunal Federal, tanto no sentido de negar a aplicabilidade do direito ao esquecimento no caso concreto, quanto a análise pormenorizada de cada caso, quando necessária sua apreciação.

O caso Lebach, outro caso de notório conhecimento mundial por entrar para a história dos grandes crimes, foi tema de um documentário produzido pela rede alemã ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehsehen*), com a exibição impedida pela Corte alemã. Julgado pela Corte Constitucional Federal da Alemanha, em 1973, foi um latrocínio ocorrido em 1969. A matéria jornalística produzida pela emissora televisiva seria levada ao ar na noite da soltura de um dos cúmplices, que havia cumprido em parte sua pena, tendo conquistado o livramento condicional. O caso, embora não tenha se referido diretamente ao direito ao esquecimento, deflagrou, na Alemanha, o desenvolvimento da teoria, que consiste na proteção do indivíduo por perseguição revolvimento aos fatos pretéritos (SZANIAWSKI, 2021).

Insta destacar que no ano de 2009, o Tribunal Constitucional alemão votou a discutir o direito ao esquecimento, no caso mundialmente conhecido como

Lebach-2. O julgamento desta reclamação constitucional baseou-se sobre um ex-jogador que havia sido condenado pelo Tribunal de Colônia, em 2008, por delitos sexuais a uma pena de 3 anos e 6 meses. Uma empresa de *telemedia*, noticiou o fato e as condenações, expondo o nome do atleta, sua carreira futebolística e o uso permanente dos serviços de uma prostituta *dominatrix*. Afastando o precedente de Lebach-1, os juízes consideraram que a cobertura de um fato verídico e criminoso, não pode ser impedida com o fundamento de preservação da vida privada. Os magistrados destacaram que a cobertura do caso não ocorreu somente com a conclusão do processo judicial ou de forma tópica, mas de maneira permanente.

No cenário europeu, o direito ao esquecimento foi objeto de impugnação do Tribunal de Justiça da União Europeia (*Google Spain v. Agencia Española de Protección de Datos*). As diversas compreensões sobre o direito ao esquecimento, trazem à tona inúmeros questionamentos, principalmente os relacionados à divulgação de fatos sobre casos que interessam ao Direito, à Sociologia ou à História. Além disso, há fundamento diferenciador dos autores de Lebach-1 para outros assassinos contemporâneos?

Nos Estados Unidos não há precedente específico sobre o direito ao esquecimento na Suprema Corte, pois há incompatibilidade, dado que no cenário estadunidense aposta-se na liberdade, seja ela particular ou de expressão, como forma de optar pela razão, pela participação e pela busca por um consenso. Em contraponto, caso não apostassem em um sistema de liberdades, estariam preferindo uma ordem política estruturada na força e na autoridade (CUNHA E MELO, 2017).

Para o professor Sérgio Branco, o direito ao esquecimento deverá ser aplicado de forma excepcional, dado os riscos que sua aplicação equivocada poderá gerar à liberdade de expressão e à história e memória de um povo. Para Sérgio Branco (2017, p. 146), “[...] o que se pode impor é o apagamento de determinada informação, a proibição de que circule legalmente, a desindexação de base de dados, mas nunca que não seja lembrada”.

O direito de ser esquecido possibilita que o indivíduo controle seus dados pessoais caso não seja mais necessário para o propósito original. Nesse ínterim, insere-se o direito de conhecer a finalidade dos dados pessoais informatizados, atualmente considerado como o direito à autodeterminação informativa. Como bem destacam João Alexandre Silva Alves Guimarães e Ana Júlia Silva Alves Guimarães (2021, n. p.), “o princípio do consentimento ou da autodeterminação é a pedra angular sobre a qual se estrutura o tratamento dos dados pessoais. Certo que não é a vontade do titular dos dados que define o nível de proteção a que eles ficam sujeitos, [...]”.

É indubitável que o direito ao esquecimento não se sobreponha ao direito à liberdade de informação e de manifestação de pensamento, conquanto é garantia de controle ao hiperinformacionismo. Buscando tutelar este direito fundamental, a VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em março de 2013 firmou o Enunciado nº 531, que estabelece: a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Nesse mesmo sentido, o professor Anderson Schreiber (2017) buscou descrever, sumariamente, as três posições sobre o tema: (i) posição pró-informação: sustentam seus defensores que o direito ao esquecimento não consta expressamente na legislação brasileira e que nenhum direito poderá ser extraído em detrimento deste, nem mesmo o direito à privacidade e à intimidade; (ii) posição pró-esquecimento: para seus defensores, o direito ao esquecimento deve preponderar como expressão de direito da pessoa humana à reserva, à intimidade e à privacidade. Alguns defensores desta corrente, defendem um prazo de cinco anos, contados do fim do cumprimento da pena, para que as informações sejam apagadas. Seus defensores amparam-se na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2013, no caso da Chacina da Candelária; e, (iii) posição intermediária: os defensores dessa corrente, defendem que a Constituição brasileira não permite a hierarquização prévia e abstrata da liberdade de informação e a privacidade. Para seus adeptos não há outra solução viável que não seja a utilização do método de ponderação.

Embora as três posições possuam seus adeptos, o método de ponderação com a análise de cada caso em concreto tem preponderado, principalmente após o julgamento do *Google Spain*, pois, notadamente, há a obrigação do responsável que tornou público os dados pessoais em informar os demais responsáveis para a desindexação de links, cópias ou replicação desses dados pessoais.

No caminho entre o que preservar e o que esquecer, estão as informações disponibilizadas na Internet, as informações armazenadas em computadores, celulares, redes sociais e demais aplicativos. Todo o debate sobre este imperioso tema em suma é a fórmula “liberdade contra verdade”. Para tanto, memória e esquecimento são processos intrínsecos, de forma que o direito ao esquecimento permite que a pessoa possa exercer o controle e circulação de seus dados após determinado período, sendo necessária apenas a análise de aspectos, tais como interesse coletivo e a veracidade dos fatos publicizados. A questão não é de fácil resolução (tanto é que o Supremo Tribunal Federal consignou que cada caso deve ser analisado isoladamente), “[...] mas impor-lhe negativa é fulminar a possibilidade do indivíduo se reinventar como pessoa e ter controle sobre suas próprias informações” (BUCAR, 2013, n. p.).

No Brasil, com o reconhecimento do direito ao esquecimento como um direito fundamental, diferentemente do cenário estadunidense, caberá ao julgador definir para qual lado decidir. Caso sua compreensão seja de que existe interesse coletivo, o coletivo deverá sobressair sobre o particular. Para tanto, diante de uma era de hiperinformações, informações inverídicas e que não possuem interesse coletivo não podem permanecer na internet, sem que o indivíduo possa ter a autonomia de determinar e controlar a sua utilização.

## CONCLUSÃO

Ao finalizar a pesquisa percebe-se a importância da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados para o direito brasileiro. Não apenas pelo caráter inovador da legislação, por tratar especificamente do tema proteção de dados pessoais, mas por tudo que a legislação representa e representará para a adequação do Brasil a um dos pontos mais importantes da atualidade: autodeterminação informativa, a partir de agora, positivada no direito brasileiro.

Entre o real e o virtual, centenas de milhões de dados pessoais são diariamente produzidos, coletados e tratados no Brasil e no mundo. No entanto, sem uma legislação pontual sobre o tema, as pessoas não teriam condições de saber o que pode e o que não pode ser feito com todas essas informações. Afinal de contas, o que vem a ser autodeterminação informativa? Qual a sua relação com proteção de dados, privacidade e direito ao esquecimento? Existe direito ao esquecimento no direito brasileiro? Seria o direito ao esquecimento compatível com o direito brasileiro?

Por todo o exposto, ressalta-se a necessidade de proteção do titular de dados contra a atividade maléfica de organizações que visam a simples monetização dos dados pessoais, assim como alertar sobre os perigos da não proteção ou de uma proteção indevida dos dados pessoais, que reforçados por interesses econômicos ameaçadores à autodeterminação informativa, podem ser desastrosos para uma sociedade livre e democrática.

## REFERÊNCIAS

BESSA, Leonardo Roscoe. *A LGPD e o direito à autodeterminação informativa*. Publicado em: 26 out. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/10/26/lgpd-direito-autodeterminacao-informativa/>. Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 11 ago. 2021.

BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.



BUNDESTAG, Deutscher. *Lei Fundamental da República Federal na Alemanha*. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2021.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilista.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, ano 2, n. 3, 2013. Disponível em: <https://civilistica.com/wp-content/uploads1/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013-4.pdf>. Acesso em: 04 set. 2021.

BVERFGE 65, 1. pp. 239-240. In: SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. Disponível em [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50\\_anos\\_dejurisprudencia\\_do\\_tribunal\\_constitucional\\_federal\\_alemao.pdf/view](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf/view).

CUNHA E MELO, Mariana. Liberdade de Expressão na jurisprudência americana. *JOTA*, Publicado em: 16 jun. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/liberdade-de-expressao-na-jurisprudencia-americana-16062017>. Acesso em: 15 set. 2021.

DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: Et Al, Bruno Bioni. *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Forense. Edição do Kindle.

GRIMM, Dieter. Persönlichkeitsschutz im Verfassungsrecht. In: LORENZ, E. (coord.). *Schutz der Persönlichkeit: Mit Vorträgen von Dieter Grimm und Peter Schwerdtner*. Karlsruhe: Versicherungswirtschaft, 1997.

GUIMARÃES, João Alexandre Silva Alves; GUIMARÃES, Ana Júlia Silva Alves. A Liberdade de Expressão e o Direito ao Esquecimento. In: *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ*, Rio de Janeiro, v. 4 n. 1, jan./abr. 2021.

JARASS, Hans D. *Das allgemeine persönlichkeitsrecht im Grundgesetz*. Neue Juristische Wochenschrift, 14, 1989.

LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2011.

MAGRANI, Eduardo; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. O *Big Data* somos nós: novas tecnologias e gerenciamento pessoal de dados. In: BELLI, Luca; CAVALLI, Olga (Org.) *Governança e regulações da Internet na América Latina: análise sobre infraestrutura, privacidade, cibersegurança e evoluções tecnológicas em homenagem aos dez anos da South School on Internet Governance*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV, 2019. p. 345-368. Disponível em: <https://vlex.com.br/vid/big-data-novas-tecnologias-800704321>. Acesso em: 11 ago. 2021.

MARIA, Isabela; PICOLO, Cynthia. *Autodeterminação informativa: Como esse direito surgiu e como ele me afeta?* Publicado em: 27 abr. 2021. Disponível em: <https://lapin.org.br/2021/04/27/autodeterminacao-informativa-como-esse-direito-surgiu-e-como-ele-me-afeta/>. Acesso em: 16 ago. 2021.

MENDES, Laura Schertel. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Rev. de Ciências Jurídicas Pensar*, v. 25, n. 4, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10828/pdf>. Acesso em 09 ago. 2021.

MENDES, Laura Schertel. *Transparência e privacidade: Violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília. 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp149028.pdf>.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. *O Direito Fundamental à Autodeterminação Informativa*. 2011. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>. Acesso em: 13 ago. 2020.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: A privacidade hoje*. Org. de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: O direito fundamental à proteção de dados. In: Et Al, Bruno Bioni. *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Forense. Edição do Kindle.

STF. *Inteiro Teor do Acórdão - ADI 6390 MC-REF / DF*. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754358567>.

SCHREIBER, Anderson. As três correntes do direito ao esquecimento. *Jota, Opinião & Análise*, publicado em: 18 jun. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017>. Acesso em: 04 set. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 - RJ*, de 11 fev. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em: 25 ago. 2021.

SZANIAWSKI, Elimar. O Supremo Tribunal Federal e o julgamento do caso Aída Curi — parte 2. *Revista Consultor Jurídico*, publicado em: 10 mai. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-10/direito-civil-atual-stf-julgamento-aida-curi-parte>. Acesso em: 25 ago. 2021.

## LINHA EDITORIAL

### FOCO E ESCOPO

Destinada à difusão do conhecimento científico e ao fortalecimento e aprofundamento dos vínculos entre acadêmicos, docentes e pesquisadores, a *Revista Direito UFMS* estará permanentemente aberta ao recebimento de trabalhos científicos com as mais diversas abordagens teóricas, práticas e metodológicas, inclusive interdisciplinares, que se enquadram no eixo temático *Direitos Humanos e Fundamentais*. Nesse sentido, o periódico científico aceitará contribuições que identificam tais direitos e a maneira pela qual se materializam, que enfrentam as noções de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania, democracia e justiça social, bem como tecem análises sobre os mais diversos mecanismos jurídicos, sociais e políticos de garantia desses direitos nos planos interno e internacional.

### SUBMISSÃO

Os trabalhos serão recebidos em fluxo contínuo e deverão ser encaminhados pelo endereço eletrônico <http://seer.ufms.br/index.php/revdir>.

### FORMATAÇÃO

Os **artigos científicos**, sem a identificação do (s) autor (es), obedecerão às normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) e deverão possuir os seguintes requisitos: a) Título em português e inglês: centralizado na página, letra maiúscula (caixa alta), negrito; b) Resumo de até 500 palavras em português e inglês: espaço simples, fonte 12, justificado; c) 03 (três) a 05 (cinco) palavras-chave em português e inglês, separadas por ponto e vírgula; d) Sumário (Introdução, desenvolvimento, conclusão e referências), com elementos numerados em algarismos arábicos, com exceção da introdução, conclusão e referências,

que não devem vir numeradas; e) Número de laudas: 15 a 25 páginas; f) Os artigos devem ser digitados em: - Editor de texto: Microsoft Word - Formato: A4 (21,0 x29,7 cm), posição vertical - Fonte: Times New Roman - Tamanho: 12 - Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas - Espaçamento entre linhas: 1,5 cm - Parágrafo: 1,25 cm - Margens: Superior e esquerda -3 cm; Inferior e direita -2 cm; g) As referências às obras citadas devem seguir o sistema de referência numérica em nota de rodapé em fonte tamanho 10. h) As transcrições com até 03 (três) linhas, no corpo do artigo, devem ser encerradas entre aspas duplas. Transcrições com mais de 03 (três) linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com fonte 11 e sem aspas; i) Ao final do texto, nas Referências deverão constar, exclusivamente, as obras citadas no artigo, uniformizadas, seguindo as normas vigentes da ABNT. As **resenhas críticas**, sem identificação do (s) autor (es) devem conter: a) Entre 02 a 10 laudas; b) Título e subtítulo (= artigo); c) As resenhas devem ser digitadas em: - Editor de texto: Microsoft Word - Formato: A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical - Fonte: Times New Roman - Tamanho: 12 - Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas - Espaçamento entre linhas: 1,5 cm - Parágrafo: 1,25 cm - Margens: Superior e esquerda -3 cm; Inferior e direita -2 cm; d) A referência bibliográfica do material resenhado deverá ser apresentada antes do texto da resenha; e) O corpo do texto deverá ser iniciado três linhas abaixo da referência bibliográfica do material resenhado; f) Os demais textos citados na resenha deverão aparecer em referência completa ao final da mesma e devem atender aos padrões da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

## AVALIAÇÃO

Todos os trabalhos submetidos serão avaliados, em primeiro lugar, pelo editor, que examinará a adequação do trabalho à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares, entre outros, considerando, ainda, o espaço disponível para publicação. Após essa etapa, o texto será enviado a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, que garante a privacidade do (s) autor (es) e avaliadores, para que sejam analisados a sua forma e conteúdo, de acordo com os critérios previamente estabelecidos pelo Conselho Científico, e emitido o parecer a ser disponibilizado ao (s) autor (es) do trabalho. Importa destacar que os avaliadores da *Revista Direito UFMS* são douto-

res e docentes de diversas instituições e regiões do Brasil e exterior. Nesse sentido, no processo de avaliação, os comentários e sugestões serão enviados aos autores com vistas ao aprimoramento contínuo dos trabalhos acadêmicos e à adequação aos padrões exigidos pela revista.

## DIREITOS AUTORAIS

Os trabalhos submetidos à publicação na *Revista Direito UFMS* devem ser inéditos e não devem estar sendo considerados em outro periódico. Os direitos autorais dos artigos e resenhas aceitas são cedidos à revista, que se reserva o direito de efetuar alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão e estilo da revista.