

FAE | centro
universitário

LIVRO LAW EXPERIENCE 2021

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS



LIVRO LAW *experience* 2021

LIVRO LAW EXPERIENCE – 2021
Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais

Associação Franciscana de Ensino Senhor Bom Jesus

Frei João Mannes, OFM
Presidente
Frei Mário José Knapik, OFM
Vice-Presidente
Jorge Apóstolos Siarcos
Diretor-Geral

FAE Centro Universitário

Jorge Apóstolos Siarcos
Reitor da FAE Centro Universitário
Everton Drohomerecki
Pró-Reitor de Ensino, Pesquisa e Extensão
Eros Pacheco Neto
Pró-Reitor de Administração e Planejamento
José Vicente Bandeira Mello Cordeiro
Diretor de Pós-Graduação
Andrea Regina Hopfer Cunha
Diretor do Campus Curitiba
Elcio Douglas Joaquim
Diretor dos Campus São José dos Pinhais e Araucária
Alessandre Nunes
Assessor da Pró-Reitoria de Administração e Planejamento
Nacib Mattar Junior
Assessor da Pró-Reitoria de Ensino, Pesquisa e Extensão

Editor e Coordenação Editorial

Miriam Olivia Knopik Ferraz

Editoração

Claudia Mara Ribas dos Santos (Revisão)
Ticiane de Farias Pietro (Diagramação)
Maristela Ferreira de Andrade Gomes da Silva (Coordenação)

Coordenadores de Curso Campus Curitiba

Adriane Cordoni Savi
Arquitetura e Urbanismo, Bacharelado
Aleksandra Gouveia Santos Gomes da Silva
Engenharia de Produção e
Engenharia Mecânica, Bacharelado
Aline Fernanda Pessoa Dias da Silva
Programa FAE Law Experience
Antônio Joaquim Pinto, OFM
Filosofia – Bacharelado e Licenciatura
Ceres Luehring Medeiros
Design, Bacharelado
Érico Eleutério da Luz
Ciências Contábeis, Bacharelado
Gilberto Andreassa Junior
Direito, bacharelado
Jorge Wilson Michalowski
Administração, Bacharelado
Joyce Kelly Pescarolo
Psicologia, Bacharelado e Clínica PsicoFAE
Randy Rachwal
Comunicação Social: Publicidade e Propaganda, Bacharelado
Negócios Digitais – bacharelado
Roger Lahorgue Castagno Junior
Management Experience Program – MEP
Engenharia Civil, Bacharelado

Comissão Organizadora

Ana Laura Almeida de Moura. Ana Laura Fonseca Franke. Enrico Cattoni Poffo. Gabriela Heller Ramos. Giovanna Baggio Flores. Isadora Serpe Motta. Júlia Piazero. Maria Eduarda Penha de Almeida. Rafaela Cardoso de Brito.

Comissão Científica

Prof^ª. Ma. Miriam Olivia Knopik Ferraz. Prof. Me. Karlo Messa Vettorazzi. Prof^ª. Thais Savedra. Prof^ª. Júlia Heliodoro. Prof^ª. Luciana Ferreira. Prof. Gilberto Andreassa Junior.

Rogério Tomaz
Letras: Português e Inglês
Solidia Elizabeth dos Santos
Ciências Econômicas, Bacharelado
Negócios Internacionais, Bacharelado
Valter Pereira Francisco Filho
CST em Gestão Comercial
CST em Gestão Financeira
CST em Logística
Vera Fatima Dullius
CST Gestão de Recursos Humanos – semipresencial
CST em Gestão Comercial – semipresencial
CST em Gestão Financeira – semipresencial
CST em Logística – semipresencial

Coordenadores de Curso Campus São José dos Pinhais

Alessandra Fernandes Bichof
Administração, bacharelado
Ciências Contábeis, bacharelado
José Carlos Alves Silva
Direito, bacharelado

Coordenadores de Curso Campus Araucária

Alessandra Fernandes Bichof
Administração, bacharelado
Ciências Contábeis, bacharelado
José Carlos Alves Silva
Direito, bacharelado

Núcleos e Departamentos

Gabriele de Assunção Camargo
Núcleo de Admissão de Alunos – NAD
Nelcy Finck
Núcleo de Carreira Docente – NCD
Vera Fátima Dullius
Núcleo de Educação Digital – NED
Elaine Cristina de Azevedo Pacheco
Núcleo de Empregabilidade – NEP
Andrea Bier Serafim
Núcleo de Extensão Universitária – NEU
Nacib Mattar Junior
Núcleo de Legislação e Normas Educacionais – NLEG
Cleonice Bastos Pompermayer
Núcleo de Pesquisa Acadêmica – NPA
Karla Adriane Fernandes Zeni
Núcleo de Registro e Controle Acadêmico – NRCA
Areta Galat
Núcleo de Relações Internacionais – NRI
Paulo Roberto Araújo Cruz
Diretor de Relações Corporativas
Mônica Bosio
Ouvidora
Regina Cardoso de Almeida Andrade Costa
Núcleo de Prática Jurídica – NPJ
Rita de Cássia Marques Kleinke
Pastoral Universitária
Edith Dias
Soraia Helena Ferreira Almondes
Bibliotecárias

APRESENTAÇÃO

Esta Obra advém das reflexões realizadas de forma profunda sobre a jurisdição constitucional e os direitos fundamentais, como um diálogo entre discentes e docentes da FAE Centro universitário e, também, com participantes externos. Faz parte da estruturação da disciplina de Pesquisa científica no FAE Law Experience, na qual ministro na qual tem por objetivo despertar a paixão pela técnica na pesquisa científica em direito e este foi o norte que guiou as minhas aulas. Como resultado material desta experiência tivemos em 2020 evento e a obra “Law Experience 2020: Direitos Fundamentais e a era Tecnológica” com comunicados e artigos científicos. Neste ano de 2021, prosseguimos formando cada dia esse projeto como uma tradição da FAE Law Experience, realizando o evento “Law Experience 2021 – Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais”, que também resultou nesta obra. Como inspiração, realizamos diálogos profundos com a disciplina da Professora Luciana Ferreira que aborda a jurisdição constitucional e os direitos fundamentais

Assim, participaram ativamente do processo de idealização, elaboração, editoração e coordenação os discentes: Ana Laura Almeida de Moura, Ana Laura Fonseca Franke, Enrico Cattoni Poffo, Gabriela Heller Ramos, Giovanna Baggio Flores, Isadora Serpe Motta, Júlia Piazero, Maria Eduarda Penha de Almeida e Rafaela Cardoso de Brito, que demonstraram uma grande sensibilidade para superar as dificuldades e construir esse projeto.

A presente obra está composta primeiramente pelos artigos científicos, estes tanto de discentes da FAE como externos.

Primeiramente tem-se o artigo “O dano extrapatrimonial coletivo ambiental como um direito fundamental e a necessária superação do RESP 598.281 do STJ”, elaborado pelo autor Diego Emanuel Arruda Sanchez. Após, o artigo “Predadores ávidos para se tornarem presas: o racismo reverso no ordenamento jurídico brasileiro à luz da utilização hermenêutica do embasamento legal”, realizado por Isadora Serpe Motta e Matheus de Abreu Landuche. Avança-se para o artigo “Análise da (in)compatibilidade entre racismo e LGBTI+fobia na ADO 26/DF do STF”, elaborado por Ana Laura Fonseca Franke, Catarina

Uggioni Teixeira e Enrico Cattoni Poffo, como a representação do diálogo entre alunos da instituição e externos. Após, tem-se o artigo “Limites de atuação do poder judiciário: ativismo judicial e judicialização da política”, do autor Gabriel Roballo dos Anjos Santos. Apresenta-se, então, o artigo “O respeito à constituição deve continuar, mesmo durante pandemias e momentos atípicos”, de Udo Guilherme Lutz, que participou da comissão organizadora da primeira obra que organizamos, representando assim a tradição que estamos formando. Adentra-se no artigo intitulado “Direito da personalidade e princípio da dignidade da pessoa humana: reflexões sobre o morrer durante a pandemia covid-19”, das autoras Karina Silveira de Almeida Hammerschmidt e Thábata Beatrice Nicolau, como um dos trabalhos destaques que resultaram do evento. Após, o artigo “A concretização do direito fundamental à educação a partir do uso das TICS: notas sobre o acesso ao ensino por meio das ferramentas tecnológicas”, dos autores Danielle Uessler e Daniel Castanha de Freitas, como uma representação da interação entre docentes e discentes da instituição. Ainda, o artigo “O auxílio emergencial e a insegurança alimentar no brasil”, das autoras Danna Catharina Mascarello Luciani, Juliana Horn Machado Philippi, Maria Paula Miranda Carvalho e Renatha Natalia Santana Ferreira. Após, o artigo “Judicialização da saúde e o papel do supremo tribunal federal: o desafio da vacinação no contexto da covid-19”, das autoras Juliana Ferreira Montenegro e Letícia Maria Rutkowski Salles. Ainda, o artigo “Contribuição ao estudo da liberdade de expressão: a diferença entre regras e princípios e sua aplicação prática no âmbito do direito fundamental mencionado”, do autor Udo Guilherme Lutz. O artigo “A fundamentação das decisões judiciais a partir da crítica hermenêutica do direito: fundamentalidade teórica e prática”, dos autores Vinícius Quarelli, Miriam Olivia Knopik Ferraz e Julia Heliodoro Souza Gitirana, como um representante da interação entre várias instituições. Tem-se o artigo “Luz, câmera e contensão: o *hate speech* como parâmetro ao cerceamento de expressão e uma análise do caso “Especial de natal porta dos fundos – a primeira tentação de cristo”, da autora Isadora Serpe Motta. Após, o artigo “efeito backlash: a vaquejada e o diálogo institucional entre os poderes”, das autoras Giovanna Baggio Flores e Maria Eduarda Penha de Almeida. Por fim, os artigos “O sistema federalista brasileiro e o enfrentamento da covid-19”, das autoras Gabriela Heller Ramos e Júlia Piazero, e “Prisão em segunda instância: uma análise jurídica a partir da jurisprudência do supremo tribunal federal”, das autoras Ana Laura Almeida de Moura e Rafaela Cardoso de Brito

A presente obra ainda está composta dos comunicados científicos, estes tanto de discentes da FAE como externos, apresentados no evento “Law Experience 2021: Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais”, que ocorreu no dia 19 de abril. Este se desenvolveu inteiramente por vídeo conferência e era composto de palestras e apresentação de trabalhos.

Tivemos a palestra do Professor Dalton Borba e da Professora Luciana Ferreira de Mello. As apresentações de trabalho foram realizadas para uma banca avaliadora, e contou com alunos da FAE e externos, os trabalhos estão publicados nesta obra, quais sejam: “Covid-19 (Coronavírus) e a Ameaça do Constitucionalismo Abusivo”, da Autora Ariê Scherreier Ferneda; “Uma análise da ADI 4893 e seus reflexos: quando o controle de constitucionalidade encontra o direito animal”, das autoras Ariê Scherreier Ferneda e Katherine Theodoros Marcopoulos; “Da passarela de ratos ao desfile de jacarés: o Brasil 2021 à moda 1904 e o antagonismo de direitos fundamentais”, dos autores Isadora Serpe Motta e Matheus de Abreu Landuche; “Jurisdição Constitucional e o papel do Supremo Tribunal Federal em tempos de pandemia”, do autor Udo Guilherme Lutz; “A contraposição de decisões entre poderes: o efeito *backlash* na questão da vaquejada”, das autoras Giovanna Baggio Flores e Maria Eduarda Penha de Almeida; “Mapeamento das principais demandas de saúde que chegaram ao Supremo Tribunal Federal no ano de 2020”, das autoras Ana Laura Almeida de Moura e Ana Laura Fonseca Franke; “Análise da englobação do racismo e da LGBTI+fobia na ADO 26/DF”, do Autor Enrico Cattoni Poffo; “O tráfico internacional de pessoas e a sua influência no contexto mundial”, das autoras Gabriela Heller Ramos e Júlia Piazero; “Sobre a fundamentação das decisões judiciais enquanto direito fundamental a partir da crítica hermenêutica do direito”, dos autores Vinícius Quarelli e Miriam Olivia Knopik Ferraz; “Direito da personalidade e princípio da dignidade da pessoa humana: reflexões sobre o morrer durante a pandemia covid-19”, das autoras Karina Silveira de Almeida Hammerschmidt e Thabata Beatrice Nicolau; “Femtechs: um mundo virtual nada cor-de-rosa”, da Autora Gabrielle Canalli; “Direito Fundamental à educação básica obrigatória e digital: a contribuição das tecnologias de informação e comunicação para a promoção de igualdade material”, dos autores Anna Victória Masnei de Lima, Daniel Castanha de Freitas, Jeferson Ferreira dos Santos; “A democratização do acesso ao ensino superior a partir das tecnologias de informação e comunicação: a concretização do direito fundamental à educação superior”, dos autores Danielle Uessler e Daniel Castanha de Freitas; “A censura como recurso restritivo à criação de conteúdo digital: diagnóstico do caso ‘Especial de Natal Porta dos Fundos – A primeira tentação de Cristo’”, da autora Isadora Serpe Motta; “O tratamento constitucional do direito ao voto ao longo dos tempos: de 1824 a 1988”, dos autores Cleyton da Costa, Eduardo Schamne Barbosa e Camila Salgueiro da Purificação Marques; “Traços comparativos entre a Pachamama na cultura andina e o constitucionalismo brasileiro: em busca de uma visão descolonial e biocêntrica”, dos autores Karoline Cezar Carmo dos Santos, Eduardo Schamne Barbosa e Camila Salgueiro da Purificação Marques; “A união civil de pessoas do mesmo sexo e o princípio da busca pela felicidade: a população LGBTQ+ em foco”, dos Autores Paola Carolina Gelasco, Eduardo Schamne Barbosa e Camila

Salgueiro da Purificação Marques; “A integração entre a jurisdição constitucional brasileira e a colombiana: o caso do estado de coisas inconstitucional”, dos autores Daniel Castanha de Freitas e João Paulo Atilio Godri e “Análise da englobação do racismo e da LGBTI+fobia na Ado 26/DF”, do Autor Enrico Cattoni Poffo.

Diante da exposição dos trabalhos que foram submetidos é possível observar dois grandes pontos se comparado à primeira obra gerada no âmbito deste projeto: a verticalização e especificação dos temas e, o aumento considerável no número de submissões. Em ambos esses aspectos se conclui que a segunda edição deste projeto se mostra como o segundo filme desta saga trazendo novos personagens, por meio de seus múltiplos autores e autoras, novas paisagens, por meio da atualidade e diversificação das temáticas e, por fim, ainda deixando um espaço. Um espaço para uma continuação.

Este ano se revelou um ano particularmente difícil para professores e estudantes, vez que enfrentamos juntos os efeitos acumulados do início da pandemia e, ainda, iniciamos a jornada do ensino híbrido. A cada mudança e recomeço nos mantivemos firmes e esperançosos de que os próximos filmes dessa saga envolverão cada vez novas descobertas e avanços: para os seres humanos que a constroem e para a ciência do direito.

Curitiba, novembro de 2021.

Miriam Olivia Knopik Ferraz

Professora FAE LAW Experience – 2021

SUMÁRIO

Bloco 1 – ARTIGOS CIENTÍFICOS

O DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO AMBIENTAL COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL E A NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DO RESP 598.281 DO STJ _____ **11**

Diego Emanuel Arruda Sanchez

PREDADORES ÁVIDOS PARA SE TORNAREM PRESAS: O RACISMO REVERSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA UTILIZAÇÃO HERMENÊUTICA DO EMBASAMENTO LEGAL _____ **27**

Isadora Serpe Motta

Matheus de Abreu Landuche

ANÁLISE DA (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE RACISMO E LGBTI+FOBIA NA ADO 26/DF DO STF _____ **41**

Ana Laura Fonseca Franke

Catarina Uggioni Teixeira

Enrico Cattoni Poffo

LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA _____ **53**

Gabriel Roballo dos Anjos Santos

O RESPEITO À CONSTITUIÇÃO DEVE CONTINUAR, MESMO DURANTE PANDEMIAS E MOMENTOS ATÍPICOS _____ **61**

Udo Guilherme Lutz

DIREITO DA PERSONALIDADE E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: REFLEXÕES SOBRE O MORRER DURANTE A PANDEMIA COVID-19 _____ **73**

Karina Silveira de Almeida Hammerschmidt

Thábata Beatrice Nicolau

A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO A PARTIR DO USO DAS TICS: NOTAS SOBRE O ACESSO AO ENSINO POR MEIO DAS FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS _____ **83**

Danielle Uessler

Daniel Castanha de Freitas

O AUXÍLIO EMERGENCIAL E A INSEGURANÇA ALIMENTAR NO BRASIL _____ **97**

Danna Catharina Mascarello Luciani

Juliana Horn Machado Philippi

Maria Paula Miranda Carvalho

Renatha Natalia Santana Ferreira

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O DESAFIO DA VACINAÇÃO NO CONTEXTO DA COVID-19 _____ **107**

Juliana Ferreira Montenegro

Letícia Maria Rutkowski Salles

CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: A DIFERENÇA ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS E SUA APLICAÇÃO PRÁTICA NO ÂMBITO DO DIREITO FUNDAMENTAL MENCIONADO _____ **121**

Udo Guilherme Lutz

A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO: FUNDAMENTALIDADE TEÓRICA E PRÁTICA _____ **135**

Vinicius Quarelli

Miriam Olivia Knopik Ferraz

Julia Heliodoro Souza Gitirana

LUZ, CÂMERA E CONTENÇÃO: O HATE SPEECH COMO PARÂMETRO AO CERCEAMENTO DE EXPRESSÃO E UMA ANÁLISE DO CASO “ESPECIAL DE NATAL PORTA DOS FUNDOS – A PRIMEIRA TENTAÇÃO DE CRISTO” _____ **151**

Isadora Serpe Motta

EFEITO BACKLASH: A VAQUEJADA E O DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE OS PODERES _____ **165**

Giovanna Baggio Flores

Maria Eduarda Penha de Almeida

O SISTEMA FEDERALISTA BRASILEIRO E O ENFRENTAMENTO DA COVID-19 _____ **191**

Gabriela Heller Ramos

Júlia Piazero

PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: UMA ANÁLISE JURÍDICA A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL _____ **213**

Ana Laura Almeida de Moura

Rafaela Cardoso de Brito

Bloco 2 – COMUNICADOS CIENTÍFICOS APRESENTADOS NO EVENTO LAW EXPERIENCE 2021

COVID-19 (CORONAVÍRUS) E A AMEAÇA DO CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO_____227

Ariê Scherreier Ferneda

UMA ANÁLISE DA ADI 4893 E SEUS REFLEXOS: QUANDO O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ENCONTRA O DIREITO ANIMAL _____230

Ariê Scherreier Ferneda

Katherine Theodoros Marcopoulos

DA PASSARELA DE RATOS AO DESFILE DE JACARÉS: O BRASIL 2021 À MODA 1904 E O ANTAGONISMO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS_____233

Isadora Serpe Motta

Matheus de Abreu Landuche

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMPOS DE PANDEMIA_____235

Udo Guilherme Lutz

A CONTRAPOSIÇÃO DE DECISÕES ENTRE PODERES: O EFEITO *BACKLASH* NA QUESTÃO DA VAQUEJADA_____237

Giovanna Baggio Flores

Maria Eduarda Penha de Almeida

MAPEAMENTO DAS PRINCIPAIS DEMANDAS DE SAÚDE QUE CHEGARAM AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ANO DE 2020_____240

Ana Laura Almeida de Moura

Ana Laura Fonseca Franke

O TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS E A SUA INFLUÊNCIA NO CONTEXTO MUNDIAL__243

Gabriela Heller Ramos

Júlia Piazero

SOBRE A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO_____245

Vinícius Quarelli

Miriam Olívia Knopik Ferraz

DIREITO DA PERSONALIDADE E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: REFLEXÕES SOBRE O MORRER DURANTE A PANDEMIA COVID-19_____248

Karina Silveira de Almeida Hammerschmidt

Thabata Beatrice Nicolau

FEMTECHS: UM MUNDO VIRTUAL NADA COR-DE-ROSA_____251

Gabrielle Canalli

DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO BÁSICA OBRIGATÓRIA E DIGITAL: A CONTRIBUIÇÃO DAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO PARA A PROMOÇÃO DE IGUALDADE MATERIAL _____ 253

Anna Victória Masnei de Lima
Daniel Castanha de Freitas
Jeferson Ferreira dos Santos

A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO AO ENSINO SUPERIOR A PARTIR DAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO: A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO SUPERIOR _____ 256

Danielle Uessler
Daniel Castanha de Freitas

A CENSURA COMO RECURSO RESTRITIVO À CRIAÇÃO DE CONTEÚDO DIGITAL: DIAGNÓSTICO DO CASO “ESPECIAL DE NATAL PORTA DOS FUNDOS – A PRIMEIRA TENTAÇÃO DE CRISTO” _____ 259

Isadora Serpe Motta

O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO AO VOTO AO LONGO DOS TEMPOS: DE 1824 A 1988 _____ 261

Cleyton da Costa
Eduardo Schamne Barbosa
Camila Salgueiro da Purificação Marques

TRAÇOS COMPARATIVOS ENTRE A PACHAMAMA NA CULTURA ANDINA E O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: EM BUSCA DE UMA VISÃO DESCOLONIAL E BIOCÊNTRICA _____ 263

Karoline Cezar Carmo dos Santos
Eduardo Schamne Barbosa
Camila Salgueiro da Purificação Marques

A UNIÃO CIVIL DE PESSOAS DO MESMO SEXO E O PRINCÍPIO DA BUSCA PELA FELICIDADE: A POPULAÇÃO LGBTQ+ EM FOCO _____ 265

Paola Carolina Gelasco
Eduardo Schamne Barbosa
Camila Salgueiro da Purificação Marques

A INTEGRAÇÃO ENTRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A COLOMBIANA: O CASO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL _____ 268

Daniel Castanha de Freitas
João Paulo Atilio Godri

ANÁLISE DA ENGLOBAÇÃO DO RACISMO E DA LGBTI+FOBIA NA ADO 26/DF _____ 271

Enrico Cattoni Poffo

O DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO AMBIENTAL COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL E A NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DO RESP 598.281 DO STJ

ENVIRONMENTAL COLLECTIVE EXTRAPATRIMONIAL DAMAGE AS A FUNDAMENTAL RIGTH AND THE NECESSARY OVERCOMING OF THE RESP N. 598,281 JUDGMENT

Diego Emanuel Arruda Sanchez¹

RESUMO

O legislador brasileiro não definiu expressamente o conceito de dano ambiental, mas ofereceu suas principais características de forma abrangente e pouco objetiva, também o associou de forma umbilical aos conceitos de meio ambiente, poluição e de degradação ambiental. Por conta disto, grande parte do que hoje compreendemos como dano ambiental é fruto de um lento e contínuo processo de amadurecimento jurisprudencial da compreensão da natureza e dimensão desta espécie bastante *sui generis* de dano. Aspecto este em que o direito brasileiro vem experimentando grande transformação e afastando a antiga visão privatista e individual do dano ambiental que conectava a existência e dever de reparar ou compensar estes aspectos psicológicos da esfera íntima dos indivíduos, interpretação esta que fundamentou o acórdão REsp nº 598.281 do STJ e que até hoje representa certo risco aos avanços recentes relativos ao reconhecimento e reparabilidade desta dimensão do dano ambiental. Neste contexto, foi objetivo deste estudo examinar os fundamentos do REsp nº 598.281 à luz da Constituição de 1988 e da jurisprudência nacional. Por meio do método dialético e de uma análise principiológica e jurisprudencial, buscou-se localizar os fundamentos de direito que dão amparo ao reconhecimento desta dimensão extrapatrimonial do direito ambiental e a melhor interpretação hermenêutica deste instituto. Foi possível concluir-se, ao final deste trabalho, que a melhor interpretação dos princípios constitucionais e da jurisprudência pátria relativa aos danos não patrimoniais não nos leva à outra conclusão senão a da real existência desta dimensão não material e coletiva dos danos ambientais e do dever dos

¹ Doutorando em Direito pelo PPGD da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Bacharel em Direito pela UEA. Especialista em Direito Tributário e em Direito do Trabalho pela PUC-MG e UNIDERP/LFG, respectivamente. *E-mail*: sanchezadvcuritiba@gmail.com

infratores em também indenizar esta esfera do dano causado. Com base nos princípios de direito ambiental contidos na Carta Magna de 1988, nos julgados e doutrina consultados, foi possível concluir que é correta a recente evolução jurisprudencial do STJ e que não é mais aceitável no ordenamento jurídico nacional uma hermenêutica que não garanta efetiva concretização dos deveres de recuperação integral bem ambiental.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Responsabilidade Civil. Dano Ambiental. Dano Extrapatrimonial.

ABSTRACT

The Brazilian legislator did not expressly define the concept of environmental damage, but offered its main characteristics in a comprehensive and non-objective way, also associating it umbilically with the concepts of environment, pollution and environmental degradation. Because of this, a large part of what we understand today as environmental damage is the result of a slow and continuous process of jurisprudential maturation of the understanding of the nature and dimension of this very *sui generis* species of damage. This is an aspect in which Brazilian law has been undergoing a major transformation and moving away from the old privatist and individual view of environmental damage that connected the existence and duty of repairing or compensating these psychological aspects of the intimate sphere of individuals, an interpretation that founded the judgment REsp No. 598.281 STJ and which to date represents a certain risk to recent advances in the recognition and reparability of this dimension of environmental damage. In this context, the aim of this study was to examine the foundations of REsp nº 598.281 in light of the 1988 Constitution and national jurisprudence. Through the dialectical method and a principled and jurisprudential analysis, we sought to locate the fundamentals of law that support the recognition of this extra-patrimonial dimension of environmental law and the best hermeneutical interpretation of this institute. It was possible to conclude, at the end of this work, that the best interpretation of the constitutional principles and the Brazilian jurisprudence regarding non-property damage does not lead us to any other conclusion than the real existence of this non-material and collective dimension of environmental and environmental damage. duty of offenders to also indemnify this sphere of the damage caused. Based on the principles of environmental law contained in the 1988 Magna Carta, in the judgments and doctrine consulted, it was possible to conclude that the recent evolution of the STJ's jurisprudence is correct and that a hermeneutics that does not guarantee effective implementation of the duties of comprehensive environmental recovery.

Keywords: Environmental Law. Civil responsibility. Environmental Damage. Off-balance sheet damage.

INTRODUÇÃO

O meio ambiente assumiu extraordinária importância, sendo considerado atualmente um dos maiores desafios jurídicos do século XXI (BENJAMIN, 1998). Em resposta a este desafio, em todo o mundo, alguns autores defendem que esta evolução do direito tem resultado em uma rápida evolução legislativa e hermenêutica do Direito Ambiental (BENJAMIN, 1998; LEITE; SILVEIRA; BETTEGA, 2017), processo no qual, alguns autores chegam a afirmar que a internalização do valor sustentabilidade no Direito tem impulsionado os a transformação paradigmática dos Estados Modernos, de “Estados de Direito” para “Estados Democrático Ecológicos” (LEITE; SILVEIRA; BETTEGA, 2017).

No Brasil não foi diferente e, nas últimas décadas, a responsabilidade civil em matéria de Meio Ambiente passou da absoluta ausência de previsão do dever de reparar para um dever de tutela civil objetiva e natureza coletiva. Por aqui também, o direito evoluiu muito nas últimas décadas, tendo superado o modelo de responsabilidade civil antigo, baseado no Código Civil de Napoleão, que estava basicamente centrado na tutela do direito de propriedade, para um modelo de forte responsabilidade civil que se fundamenta e objetiva primordialmente aprimorar a eficiência da tutela jurisdicional como mecanismo de prevenção e compensação da degradação ambiental (BENJAMIN, 1998).

Evolução legal esta, contudo, em que – a despeito do avanço da crise ambiental e do fortalecimento da tutela civil observada nas últimas décadas em muitos países – até há pouco tempo, a posição adotada pela Primeira Turma do STJ ao julgar o REsp nº 598.281, era a de que o dano extrapatrimonial ambiental como não era passível de reconhecimento ou reparação judicial. Segundo este acórdão, a eventual reparação destes demandaria a comprovação de danos sobre a esfera íntima dos indivíduos – o que na maioria dos casos se comprovaria – e, por conta disto, o instituto da ‘reparação de danos morais’ seria incompatível com a indeterminabilidade dos sujeitos passivos presente nestas questões de direitos difusos ou coletivos típicos do direito ambiental.

Com base neste cenário e tendo-se em vista a importância da tutela civil do dano extrapatrimonial ambiental para a proteção do meio ambiente, por meio de numa abordagem dialética e comparada, este trabalho buscou, ao mesmo tempo que refutar os fundamentos do REsp nº 598.281 do STJ, examinar os princípios de direito e fundamentos legais que dão suporte para a interpretação mais atual do STJ a respeito deste tema. Tendo-se em vista que, até hoje o REsp nº 598.281 do STJ ainda representa certo risco aos avanços recentes relativos ao reconhecimento e tutela civil desta dimensão do dano ambiental, por meio deste estudo buscou-se localizar os fundamentos de direito que dão amparo ao reconhecimento desta dimensão extrapatrimonial do direito ambiental e a melhor interpretação hermenêutica deste instituto.

1 A DIMENSÃO EXTRAPATRIMONIAL DO DANO AMBIENTAL COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL E AS RAZÕES DO RESP Nº 598.281 DO STJ

No Brasil, o acórdão proferido no REsp nº 598.281, por algum tempo (quase dois anos e meio) foi o principal empecilho para o reconhecimento do dano ambiental coletivo extrapatrimonial na jurisprudência nacional, mantendo um entendimento de que a vítima do dano “moral” deveria ser necessariamente uma pessoa, decidindo que não existiria dano “moral” ao meio ambiente “[...] muito menos ofensa moral aos mares, rios, à Mata Atlântica ou mesmo agressão moral a uma coletividade ou a um grupo de pessoas não identificadas. A ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria”.

No entanto, para muitos autores, tais como Leite e Ayala (2012), Steigleder (2011) ou Medeiros Neto (2014), tal como ocorrido em outros ramos do direito, no direito ambiental também tornou-se necessário superar a antiga concepção de dano em que este estava intimamente relacionada à violação a um direito subjetivo absoluto, tal como o direito de propriedade. Superar também a antiga concepção de que os danos seriam divididos basicamente em patrimonial e moral, sendo o dano patrimonial aquele que é passível de avaliação pecuniária e o moral aquele que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio.

Na visão destes autores, a despeito do que foi proferido pelo STJ no seu Resp nº 598.281, a responsabilidade civil evoluiu, sofreu profundas alterações na última metade de século, passando de um dever do praticante do ato ilícito em reparar o dano causado ao direito da vítima a ser indenizada. Compreendido, hoje em dia, a parcela não patrimonial destes danos uma dimensão que compreende muito mais do que apenas o dever de reparação à lesão aos direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., tal como se poderia inferir de uma leitura simples e não holística dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal.

Muito embora a responsabilidade civil, na sua teoria clássica, se assente nos pressupostos: dano, culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano. O avanço da crise ambiental, o desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos, no âmbito da responsabilidade civil, acabaram por ocasionar o surgimento de novas teorias, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas. De tal forma que, nos últimos tempos, vem ganhando terreno a chamada teoria do risco que, sem substituir a teoria da culpa, cobre muitas hipóteses em que o apelo às concepções tradicionais se revela insuficiente para a proteção da vítima (GONÇALVES, 2012).

Surge assim, a teoria do risco na qual a ideia do exercício de atividade perigosa se insere como fundamento da responsabilidade, rompe-se, ao mesmo tempo, de vez a ideia de que a tutela a qualquer interesse jurídico substancial estava condicionada à individualização do titular e emerge, a partir daí, uma inovadora proteção à coletividade, a grupos, classes e categorias de pessoas, sem que seja essencial a identificação da titularidade (BIRNFELD, 2009). Uma compreensão nova e expandida do dano moral (extrapatrimonial) que passa a conceber este como uma espécie de dano que não se vincula nem se condiciona diretamente à observação ou demonstração efetiva de efeitos negativos, como o abalo psíquico e que tem uma natureza muito distinta dos danos ‘não patrimoniais’ tradicionais e que atrela estas lesões e tutela a uma órbita coletiva e não patrimonial dos direitos fundamentais, de essência tipicamente extrapatrimonial (MEDEIROS NETO, 2014).

Neste aspecto, a Constituição da República de 1988 descortinou um novo horizonte, particularmente no que tange à sua feição coletiva. Este novo horizonte de reparação/indenização dos danos ambientais está de acordo com o que se espera em face da adoção do princípio fundamental da reparação integral (art. 5º, V e X), logo o seu reconhecimento jurídico é também uma reafirmação da primazia da tutela jurídica em toda a extensão e alcance dos danos. Um novo direcionamento do amparo jurídico também à esfera dos interesses transindividuais, valorizando-se, pois, destacadamente, a um só tempo, os direitos de natureza coletiva assegurados em vários artigos da Carta Magna de 1988 e os instrumentos próprios à sua tutela previstos no arts. 5º, incisos LXX e LXXIII, e no art. 129, inciso III (MEDEIROS NETO, 2012).

A despeito disto, contudo, por muitos anos na década de 90 e até meados dos anos 2000 a posição do STJ se manteve no sentido de que o dano moral seria um direito de caráter individual, entendimento que nunca foi unânime na corte, mas em julho de 2006 ganhou grande repercussão por conta da sua enunciação no acórdão do Resp nº 598.281. Entenderam a maioria dos Ministros nesta época, que a indenização do dano ambiental extrapatrimonial coletivo seria impossível por conta da indeterminabilidade do sujeito passivo e pela indivisibilidade da ofensa e pelo fato de que tais danos não seriam indenizáveis *per se*, dependeriam de uma vítima determinada e da comprovação do sofrimento ou abalo psíquico dos indivíduos.

Em síntese, seguiram a maioria dos ministros nesta ocasião a mesma posição defendida por Rui Stoco, segundo a qual: “os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado, pois os bens morais são inerentes à pessoa, incapazes, por isso, de subsistir sozinhos” (STOCO apud ZANELLA et al., 2006). Uma visão segundo a qual, falar em dano extrapatrimonial ambiental seria impróprio, tanto no plano fático como sob o aspecto lógico-jurídico, pois haveria uma contradição insuperável que, através da mesma ação

judicial, o agente poluidor seja obrigado a reconstituir o meio ambiente e, ainda, recompor o abalo psicológico hipoteticamente suportado por um número indeterminado de pessoas (incluindo o próprio agente) (STOCO apud ZANELLA et al., 2006).

Como resultado deste não reconhecimento da dimensão extrapatrimonial dos danos ambientais, a posição adotada pela Primeira Turma do STJ, ao julgar o REsp nº 598.281, foi por certo tempo a raiz da dificuldade para aplicar o instituto do dano moral em face da ofensa a direitos transindividuais ou coletivos. Na visão de Camerini (2007), foi por conta dela que, por certo tempo foi sustentado por doutrinadores e pela jurisprudência a necessária vinculação da reparação por danos ambientais extrapatrimoniais coletivos dependeria da comprovação da dor e do sofrimento psíquico. Elementos estes os quais possuiriam caráter necessariamente individual, o que tornariam, em tese, a reparação de tais danos extrapatrimoniais incompatível com a indeterminabilidade dos sujeitos passivos de quaisquer tipo de direitos difusos.

Uma interpretação que foi duramente criticada por muitos juristas e doutrinadores, entre eles Leite e Ayala (2012), Steigleder (2011) ou Medeiros Neto (2014). E que alguns destes, em especial que Annelise Steigleder, rechaça fortemente pelo fato de que a Carta Constituinte de 1988, ao reconhecer o direito ao meio ambiente como direito fundamental da pessoa humana, impôs um norte ao ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, de sorte que a preservação do meio ambiente passa a ser a base em que se assenta a política econômica e social, pois, uma vez inseridas em um sistema constitucional, as normas relativas a outros ramos jurídicos, que se relacionam com o amplo conceito de meio ambiente, não podem ser aplicadas sem levar em conta as normas ambientais que impregnam a ideologia constitucional (STEIGLEDER, 2011).

2 A CONSAGRAÇÃO DO DANO AMBIENTAL EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO E A NOVA INTERPRETAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Além da proteção conferida pelo art. 225 da Constituição Federal de 1988, inúmeras legislações passaram a incluir em seus dispositivos normas específicas acerca da indenização dos danos morais, tais como: o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), o Código de Ética do Servidor Público (Decreto nº 1.171/94), a nova Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98) e, ainda, o novo Código Civil Brasileiro, de 2002, que prescreve em seu art. 186, *in verbis*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Exemplos das decisões que reconhecem o dano extrapatrimonial, de forma coletiva e desvinculados de sua concepção individual e de caráter subjetivo associado à dor ou abalo psíquico, existentes em jurisprudências de outros ramos do direito também são lembradas por Xisto Tiago de Medeiros Neto o qual aponta a existência de jurisprudência neste sentido no Tribunal Superior do Trabalho, fazendo especial referência os Recursos em Revista n. 572/2005-018-10-00, da 6ª Turma e Recursos em Revista n. 98300-57.2006.5.12.0024, da 7ª Turma²⁻³⁻⁴.

Desta forma, a respeito do reconhecimento do dano moral coletivo *per se*, há inúmeros precedentes próprio Tribunal de Justiça, tal como em áreas ligadas ao direito do consumidor⁵, que assumem posição diametralmente antagônica do REsp nº 598.281 e que reconhecem a existência de danos extrapatrimoniais coletivos não vinculados à noção subjetivista clássica de dor, mal estar, abalo psicológico. O ressarcimento dos prejuízos extrapatrimoniais já era, previsto e positivado, em diversos ramos do direito pátrio e diplomas infraconstitucionais há muitos anos.

Neste sentido, por exemplo, Vieira e Mendonça (2008), lembram que, no âmbito da Justiça do Trabalho, também existem decisões que adotaram entendimento no qual se reconhece a existência de danos extrapatrimoniais coletivos nos casos onde os empregadores que se prevaleciam dessa condição para obter vantagens ilícitas à custa dos empregados ou, o que tem sido mais comum, que mantêm empregados em situação análoga à de escravos – o trabalho escravo, o que, sem dúvida, causa ofensa à dignidade de toda a sociedade.

² No Recursos em Revista n. 572/2005-018-10-00, a 6ª Turma do TST estabelece que em casos onde há a configuração da terceirização ilícita de mão de obra para serviços ligados à atividade-fim da empresa, a reparação por dano moral coletivo visa à inibição de conduta ilícita da empresa e atua como caráter pedagógico. A ação civil pública buscou reverter o comportamento da empresa (Recursos em Revista n. 572/2005-018-10-00 *apud* MEDEIROS NETO. *In Op. Cit.*).

³ No mesmo sentido o Recurso de Revista n. 98300-57.2006.5.12.0024, onde a 7ª Turma do TST entendeu que a submissão de pessoas idosas à um procedimento de cadastramento para que o mesmo possa ter usufruto do seu direito ao transporte coletivo gratuito, estabelecido no art. 39, § 1º, do estatuto do idoso. Lei nº 10.741/03, configura, práticas vexatórias e também uma forma de dano moral coletivo. (Recursos em Revista n. 98300-57.2006.5.12.0024 *apud* MEDEIROS NETO. *In Op. Cit.*).

⁴ Também neste sentido o acórdão do TST da 8ª Região, no Recurso Ordinário n. 5.309/02, da 1ª Turma do Tribunal Regional do trabalho da 8ª Região, Belém, PA, 17 de dezembro de 2002. Relator Luiz José de Jesus Ribeiro, o qual trata justamente de questão relacionada ao meio ambiente do trabalho (Recurso Ordinário n. 5.309/02 *apud* MEDEIROS NETO. *In Op. Cit.*).

⁵ Há precedentes do próprio Tribunal de Justiça que reconhecem a existência de danos extrapatrimoniais coletivos nas relações de consumo nos casos de propaganda enganosa (AC n.º 1.0702.029297-6/001, 15ª CC, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, DJ 01.08.2006); da venda de combustível adulterado (AC n.º 1.0702.03.089917-4/001, 12ª CC, Rel. Des. Domingos Coelho, j. 26.03.2008; AC n.º 1.0702.03.103480-5/001, 2ª CC, Rel. Des. Brandão Teixeira, j. 22.07.2008); e de deficiência na prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica (AC 1.0657.000926-8/001, 13ª CC, Rel. Des. Adilson Lamounier, j. 17.04.2008), por exemplo.

Leite e Ayala (2012), por sua vez, lembram que antes mesmo do advento da Constituição Federal de 1988, já defendia a reparação dos danos não patrimoniais e que o nosso aparato normativo, até mesmo antes da nova Carta Magna, já permitia induzir a existência do princípio geral da reparabilidade do dano moral ou extrapatrimonial. Medeiros Neto (2014), neste mesmo sentido, lembra-nos que o avanço legal relativamente à proteção aos interesses de essência moral (extrapatrimonial) representa uma ampliação dos danos passíveis de ressarcimento e reflete-se destacadamente na abrangência da obrigação de reparar quaisquer lesões de índole extrapatrimonial, em especial as de natureza coletiva, aspecto que corresponde ao anseio justo, legítimo e necessário apresentado pela sociedade de nossos dias.

Neste aspecto, Luciane Gonçalves Tessler nos lembra que o ressarcimento do dano deve recompor todo o prejuízo sofrido pelos titulares do direito lesado. E que, sendo assim, a consagração do princípio da reparação integral, em matéria ambiental, obriga o poluidor não apenas a recuperar *in natura* o bem lesado, mas a responder por todas as demais perdas sociais que do dano decorreram (TESSLER, 2004). Édis Milaré tem essa mesma interpretação, para ele a atribuição de uma dimensão imaterial (extrapatrimonial) ao dano ambiental vincula-se à tutela da qualidade de vida, bem protegido no art. 225, caput, da Constituição Federal de 1988, traduzindo uma perspectiva antropocêntrica, que atribui um direito de personalidade difuso aos grupos humano (MILARÉ, 2011).

Segundo Medeiros Neto (2014), tais transformação jurídica, atualmente, são necessárias e significativas, para a ordem e a harmonia social, em face de que é altamente necessária uma melhor reação e a resposta do Direito em face de situações em que determinadas condutas vêm a configurar lesão a interesses juridicamente protegidos, de caráter extrapatrimonial, titularizados por uma determinada coletividade. Ou seja, adquiriu expressivo relevo jurídico, no âmbito da responsabilidade civil, a reparação do dano moral coletivo (MEDEIROS NETO, 2014).

Saulo Telles Ribeiro, em uma análise aprofundada do teor do REsp nº 598.281, destaca que nesse caso em particular é muito importante ao analisar os fundamentos dos votos vencidos, pois estes, em posição corajosa, independente e diametralmente oposta, sustentam a tese da existência do dano moral coletivo. Saliencia a importância e coerência dos argumentos levantados pelos Ministros Luiz Fux e José Delgado, que em posição oposta à decisão final do acórdão, com ampla base doutrinária na fundamentação de seus votos, reconhecem a existência do dano moral à coletividade (RIBEIRO, 2012).

Interessante destacar ainda que, muito antes da decisão do acórdão do REsp nº 598.281, os tribunais brasileiros também já aceitavam a tese da existência de danos morais à pessoa jurídica, mostrando que a proteção dos valores morais não está restrita aos individuais da pessoa física. Nesse sentido, pode-se citar o Recurso Especial n.

60.033-2/MG, do STJ, datado de 17/11/1995, em cujo relator, Ministro Ruy Rosado de Aguiar assim se expressou:

[...] a pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no mundo cível ou comercial onde atua. (STJ, REsp nº 60.033-2 – MG).

Na mesma linha, pode-se citar outro acórdão, também do STJ, que consolidou o entendimento de que: “[...] a pessoa jurídica pode ser vítima também de danos morais, considerados esses como violadores da sua honra objetiva” (STJ, REsp nº 134.993-MA). Mais tarde, aquela mesma Corte Superior, pacificou este entendimento por meio, da Súmula n. 227, a qual acabou com qualquer dúvida, já que pelo seu comando deu a palavra final: “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral” (STJ, Súmula nº 227).

A aceitação jurisprudencial do dano moral coletivo também é vista, em circunstâncias nas quais a imagem comunitária é injustamente atingida, este foi o caso da Apelação Cível nº 2003.71.001937-0/RS, da 3ª Turma do TRF da 4ª Região, que em junho de 2006, entendeu haver dano reparável em um caso no qual a imagem coletiva da comunidade indígena foi injustamente atingida. E que pode afetou profundamente o direito do trabalho e esteve materializada em diversas jurisprudências dos TRTs nacionais, para os quais: “o dano moral coletivo, não há que se buscar um equivalente da dor psíquica, como se faz em relação às pessoas físicas e sim aos valores considerados como relevantes pela sociedade” (TRT, RO-1732/2004 apud MEDEIROS NETO, 2014) e “a ideia de que o dano moral está ligado à mera noção de dor e sofrimento psíquico de caráter individual cai por terra diante da Súmula n. 227 do STJ, no sentido de que a pessoa jurídica pode sofrer danos morais [...]” (TRT, RO-539/2006 apud MEDEIROS NETO, 2014).

Bastante correta e constitucionalmente adequada, portanto, a mudança da interpretação ocorrida no STJ entre os anos de 2008 e 2011, onde, por meio de dois novos Acórdãos a respeito deste tema, a STJ parece agora ter iniciado a abandonar a sua antiga compreensão de que o dano moral não se adequava à matérias de direito ambiental e passou a defender uma interpretação mais coletiva e não patrimonial deste direito (acórdão da 1ª Turma, no REsp. n.º 821.891-RS, Rel. Min. Luiz Fux, 08.04.2008 e no REsp. n.º 971.844-RS, Rel. Min. Teori Zavascki, 03.12.2009). Passando a sustentar, nestes dois julgados, tanto pela existência e reparabilidade do dano extrapatrimonial coletivo, quanto pela desnecessidade de comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico na caracterização deste tipo de dano (STJ, REsp nº 1.057.274-RS).

De forma similar também a interpretação dada alguns anos antes destes dois acórdãos, proferida no julgamento do REsp nº 636.021/RJ, de novembro de 2007, onde a Ministra Nancy Andrighi afirma que o dano ambiental certas vezes corresponde:

[...] a lesão a um bem difuso ou coletivo corresponde a um dano não patrimonial e, por isso, deve encontrar uma compensação, permitindo-se que os difusamente lesados gozem de um outro bem jurídico. Não se trata, portanto, de indenizar, porque não se indeniza o que não está no comércio e que, portanto, não tem preço estabelecido mercado. A degradação ambiental, por exemplo, deve ser compensada, pois a perda do equilíbrio ecológico, ainda que temporária, não pode ser reduzida a um valor econômico. Mesmo que possa se identificar o custo da despoluição de um rio, não se precifica a perda imposta à população ribeirinha que se vê impossibilitada, durante meses, de nadar em suas águas outrora límpidas. Por tudo isso, deve-se reconhecer que nosso ordenamento jurídico não exclui a possibilidade de que um grupo de pessoas venha a ter um interesse difuso ou coletivo de natureza não patrimonial lesado, nascendo aí a pretensão de ver tal dano reparado. Nosso sistema jurídico admite, em poucas palavras, a existência de danos extrapatrimoniais coletivos, ou, na denominação mais corriqueira, de danos morais coletivos (STJ, Resp nº 636.021-RJ).

Deste modo, o voto da Ministra no acórdão do REsp nº 636.021/RJ também pode ser considerado um divisor de águas pela abordagem precisa da matéria, pois neste julgado, ao contrário dos fundamentos do REsp nº 598.281/MG que eram vinculados à noção subjetivista clássica do dano extraído do direito civil e meramente transplando para o direito ambiental, pela primeira vez uma ministra do STJ reconhece a possibilidade de que um grupo de pessoas não personalizadas possa ter um interesse difuso ou coletivo de natureza não patrimonial lesado.

Para a Min. Nancy Andrighi, o Código de Defesa do Consumidor seria um pilar central para o enfrentamento do tema. No julgamento do REsp nº 636.021-RJ, em 2008, ela afirma que o artigo 81 do CDC rompeu com a tradição jurídica clássica, de que só indivíduos seriam titulares de um interesse juridicamente tutelado ou de uma vontade protegida pelo ordenamento. Para ela o CDC, “criam-se direitos cujo sujeito é uma coletividade difusa, indeterminada, que não goza de personalidade jurídica e cuja pretensão só pode ser satisfeita quando deduzida em juízo por representantes adequados”, explicou Andrighi, em seu voto (STJ, REsp nº 636.021-RJ).

Para ela, uma das consequências dessa evolução legislativa seria o reconhecimento de que a lesão a um bem difuso ou coletivo corresponde a um dano não patrimonial. Dano que, para a ministra, deve encontrar uma compensação, como bem alinhavado em suas conclusivas palavras:

Nosso ordenamento jurídico não exclui a possibilidade de que um grupo de pessoas venha a ter um interesse difuso ou coletivo de natureza não patrimonial lesado, nascendo aí a pretensão de ver tal dano reparado. Nosso sistema jurídico admite, em poucas palavras, a existência de danos extrapatrimoniais coletivos, ou, na denominação mais corriqueira, de danos morais coletivos. (STJ, Resp nº 636.021-RJ).

A partir daí abre-se um precedente para que se passe a reconhecer que uma lesão direta ao Macrobem Meio Ambiente e ao direito fundamental das pessoas afetadas pode ser passível de indenização *per se* e não pelo seu efeito reflexo na esfera íntima e psicológica das pessoas lesadas. Tendo, portanto, neste curto intervalo de tempo, a jurisprudência nacional evoluído e para uma consolidação do reconhecimento do dano extrapatrimonial ambiental como uma lesão à dimensão difusa, imaterial e autônoma do Macrobem Meio Ambiente.

3 O DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO AMBIENTAL PELA ÓTICA DA HERMENÊUTICA AMBIENTAL E À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O fato é que a Carta Magna de 1988 abriu todo um novo leque de possibilidade no concernente à tutela dos direitos coletivos e à proteção do meio ambiente. Este novo horizonte de reparação/indenização dos danos ambientais está de acordo com o que se espera em face da adoção do princípio fundamental da reparação integral (art. 5º, V e X), logo o seu reconhecimento jurídico é também uma reafirmação da primazia da tutela jurídica em toda a extensão e alcance dos danos, um novo direcionamento do amparo jurídico também à esfera dos interesses transindividuais, valorizando-se, pois, destacadamente, a um só tempo, os direitos de natureza coletiva (arts. 6º, 7º, 194, 196, 205, 215, 220, 225 e 227) e os instrumentos próprios à sua tutela previstos no arts. 5º, incisos LXX e LXXIII, e no art. 129, inciso III.

Para Costa (2009) a transposição das normas do Direito Civil para os textos Constitucionais, é um fenômeno observado e inserido no processo da publicização do Direito Civil, que inclui a chamada projeção coletiva ou social da dignidade da pessoa humana, representa uma ruptura de paradigmas, onde o novo Direito Civil deixa de ser mero código de tutela das relações privadas e passa a englobar também uma esfera de proteção ampla do ser humano. Para ele, neste novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, não se admite mais a existência de normas constitucionais meramente programáticas (sem força deonticas e despidas de eficácia) e o direito se afasta de vez a antiga concepção vinculadora do dano moral ou extrapatrimonial à esfera subjetiva da dor, sofrimento e emoção.

Na visão deste autor, o dano moral, à luz da nova constituição, nada mais é do que a violação do direito à dignidade. Se não está de acordo, todavia, com a criação de um direito subjetivo à dignidade, é efetivamente o princípio da dignidade humana, princípio fundante de nosso Estado Democrático de Direito, que institui e eleva, como foi visto, a cláusula geral de tutela da personalidade humana, segundo a qual as situações jurídicas subjetivas não patrimoniais merecem proteção especial no ordenamento nacional, seja através da prevenção, seja mediante reparação, a mais ampla possível, dos danos a

elas causados. A reparação do dano moral transforma-se, então, na contrapartida do princípio da dignidade: é o reverso da medalha (COSTA, 2009).

Nesta linha de interpretação, o dano ambiental em sentido amplo é um dano extrapatrimonial, que atinge o valor constitucional posto no art. 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que refere que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, indispensável à sadia qualidade de vida. Tem-se então que o direito humano fundamental à qualidade de vida é de natureza imaterial e somente será ressarcido se reconhecida a dimensão extrapatrimonial do ambiente (CAMERINI, 2007).

Para Dionízio Renz Birnfeld a proteção jurídica à pessoa humana cada vez alcança maior dimensão, abarcando interesses e direito valorizados como fundamentais e formadores da dignidade humana (BIRNFELD, 2009). A responsabilidade civil, para ele, cumpre assim, o seu papel de proteção de direitos e interesses fundamentais. O autor ainda vai além e leciona que o dano moral, ou extrapatrimonial, não nasce apenas da violação dos atributos da personalidade, mas também de ataques ao conjunto psicofísico da vítima e outros que se enquadrem na concepção geral, devendo, ambas as expressões serem usadas como sinônimas e com a maior abertura interpretativa possível, sem prisão ao rigorismo conceitual clássico do vocábulo “moral”. Compreendendo o autor, aqui, como sendo “moral” tudo aquilo que não é direito patrimonial (BIRNFELD, 2009).

Segundo Camerini (2007), atendendo a esta demanda da realidade e exatamente neste sentido, os diplomas constitucionais têm sido flexibilizados e evoluir de forma a possibilitar que o Direito avance na construção de mecanismos de tutela da responsabilidade civil, em especial aqueles voltados a tutelas de direitos difusos e coletivos, principalmente pela necessidade de se garantir uma maior eficácia dos mecanismos jurisdicionais de combate e prevenção dos danos ambientais.

Na visão José Rubens Morato Leite, por sua vez, o dano ambiental é desvinculado do tradicional, isto porque, para ele, a lesão ambiental direta não tem concepção de um direito individual e, sim, coletivo, difuso, imaterial e é um bem jurídico autônomo. O dano aqui é extrapatrimonial e está vinculado ao direito da personalidade, mas não retângido, pois este é conhecido tradicionalmente como atinente à pessoa física e no que concerne ao dano ambiental, abraça uma caracterização mais abrangente e solidária, tratando-se, ao mesmo tempo, de um direito individual e um direito da coletividade (LEITE apud BIRNFELD, 2009).

Este também o pensamento da Ministra Eliana Calmon, para a qual:

O dano moral extrapatrimonial deve ser averiguado de acordo com as características próprias aos interesses difusos e coletivos distanciando-se quanto aos caracteres próprios das pessoas físicas que compõem determinada coletividade ou grupo determinado ou indeterminado de pessoas, sem olvidar que é a confluência dos valores individuais que dão singularidade ao valor coletivo. O dano moral extrapatrimonial atinge

direitos de personalidade de grupos ou coletividade enquanto realidade massificada, que a cada dia mais reclama soluções jurídicas para a sua proteção (STJ, REsp nº 1.057.274-RS).

Nesta mesma linha, o pensamento do Min. Luiz Fux, para o qual:

[...] o meio ambiente integra inegavelmente a categoria de interesse difuso, posto inapropriável *uti singuli*. Consectariamente, a sua lesão, caracterizada pela diminuição da qualidade de vida da população, pelo desequilíbrio ecológico, pela lesão a um determinado espaço protegido, acarreta incômodos físicos ou lesões à saúde da coletividade, revelando atuar ilícito contra o patrimônio ambiente, constitucionalmente protegido. [...] Destarte, não se pode olvidar que o meio pertence a todos, porquanto a Carta Magna de 1988 universalizou este direito, erigindo-o como um bem de uso comum do povo. Desta sorte, em se tratando de proteção ao meio ambiente, podem coexistir o dano patrimonial e o dano moral, interpretação que prestigia a real exegese da Constituição em favor de um ambiente sadio e equilibrado (STJ, REsp nº 971.844-RS).

Para Annelise Monteiro Steigleder, assim como para Leite e Ayala, parte desta transformação se deve ao advento da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), a qual, de forma avançada e revolucionária possibilitou a tutela jurisdicional desses interesses difusos e, assim o fazendo, instrumentalizou a reparabilidade do dano extrapatrimonial coletivo, como categoria equiparada ao direito da personalidade (STEIGLEDER, 2011; LEITE; AYALA; 2012); outra parte, se deve ao avanço da compreensão de que o dano ambiental em sentido amplo é um dano extrapatrimonial, que atinge o valor constitucional posto no art. 225, caput, da Constituição Federal de 1988 e que a Carta Magna, ao mesmo tempo, assegura o direito à indenização por dano material, moral ou à imagem, não fazendo qualquer espécie de restrição. O que leva à conclusão de que não é somente a lesão ao patrimônio ou à moral do indivíduo isoladamente considerado que seriam passíveis de reparação.

4 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 impôs um norte ao ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, de sorte que a preservação do meio ambiente passa a ser a base em que se assenta a política econômica e social. Neste novo momento jurídico, a questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui-se em uma 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, a própria coletividade social.

O dano ambiental, pelo reconhecimento da tutela integral do Meio Ambiente, na sua concepção ampla de macrobem, passa a distinguir-se substancialmente do dano na concepção clássica, não sendo um direito individual mas, sim, coletivo, difuso, imaterial e é um bem jurídico autônomo; distingue-se também porque está vinculado ao direito de personalidade, mas também não restrito a este, pois abraça também uma concepção mais abrangente e solidária do direito da personalidade, que é, ao mesmo tempo, de um direito individual e um direito da coletividade. Possui também natureza ambivalente, podendo bifurcar-se em dano patrimonial (individual reflexo) e extrapatrimonial (moral coletivo). É, desta forma, um dano peculiar, exigindo uma teoria geral de responsabilização específica para atender a suas características.

Sob o enfoque infraconstitucional, os interesses jurídicos extrapatrimoniais distintos da projeção interna dos sentimentos (dor/sofrimento psíquico) já vêm sendo reconhecidos em diversos diplomas e contextos. A partir disto é possível concluir que o dano ambiental passou a corresponder também a um dano moral coletivo (ou melhor, extrapatrimonial coletivo), ou seja, a uma lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões – grupos, classes ou categorias de pessoas), os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade. E que, por isto, não pode mais ser reduzido a aspectos materiais/patrimoniais, não sendo, portanto, aceitável, que meramente pela dificuldade técnica trazida pela natureza difusa ou coletiva deste tipo de dano, o judiciário brasileiro crie obstáculos ou impeça a efetiva concretização dos deveres de reparar (ou indenizar) o prejuízo causado.

Desta forma, pelo que se extrai da doutrina e jurisprudência mais recentes, não resta dúvida que a atribuição de uma dimensão imaterial ao dano ambiental vincula-se à tutela da qualidade de vida, bem protegido no art. 225, caput, da Constituição, o qual atribui um direito de personalidade difuso aos grupos humanos. E desnecessária, portanto, a comprovação de lesões ou prejuízos à esfera íntima dos indivíduos, como defendido por alguns doutrinadores contrários ao reconhecimento dos danos ambientais coletivos extrapatrimoniais.

O novo ordenamento constitucional, tal tutela e direito deve ser compreendida como uma questão coletiva e proteção constitucional de um direito fundamental de terceira geração. Um direito conectado a ofensa ao macrobem ambiental por atos ilícitos de terceiros que, ao assim agirem, colocam em risco a saúde e o bem-estar de toda a coletividade e ferem um patrimônio coletivo. Um dano que se configura sempre que houver relevante violação da norma ambiental protetiva de maneira grave e que está vinculado ao direito da personalidade, mas não restrito compreensão clássica e privatista desta, sendo muito mais complexo e, por natureza do seu objeto, muito mais abrangente e solidário do que o dano moral na sua concepção tradicional.

REFERÊNCIAS

- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado. **BDJur**, Brasília, 2007.
- BIRNFELD, Dionísio Renz. **Dano moral ou extrapatrimonial ambiental**. São Paulo: LTR, 2009.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 60.033-2-MG**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199500048175&dt_publicacao=27/11/1995>. Acesso em: 5 jul. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 134.993-MA**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700390420&dt_publicacao=16-03-1998&cod_tipo_documento>. Acesso em: 5 jul. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 598.281-MG**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=480936&num_registro=200301786299&data=20060601&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 5 jul. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 636.021-RJ**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200400194947&dt_publicacao=06/03/2009>. Acesso em: 5 jul. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 821.891-RS**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200600380062&dt_publicacao=12/05/2008>. Acesso em: 5 jul. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.057.274-RS**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801044981&dt_publicacao=26/02/2010>. Acesso em: 5 jul. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 971.844-RS**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=934024&num_registro=200701773379&data=20100212&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 5 jul. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 227**. Disponível em <https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Verbetes/VerbetesSTJ.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2021.
- CAMERINI, João Carlos Bemerguy. O dano moral ambiental difuso. Objeções à interpretação civilista adotada em precedente do STJ. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 12, n. 1576, 25 out. 2007.
- COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Dano moral (extrapatrimonial) coletivo**. São Paulo: LTR, 2009.
- MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2014.
- MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano Ambiental**: do individual ao extrapatrimonial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LEITE, José Rubens Morato; SILVEIRA, Paula Galbiatti; BETTEGA, Belissa. Estado de Direito para a natureza: fundamentos e conceitos. In: MORATO, José Rubens (Org.). **Estado de direito ecológico**: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da Natureza. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. p. 57-87.

RIBEIRO, Saulo Telles. **Das questões relevantes sobre o dano moral coletivo**. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/edicoes/n1novembro2012/pdf/SauloTellesRibeiro.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental**: as dimensões do dano ambiental no Direito Brasileiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TESSLER, Luciane Gonçalves. **Tutelas jurisdicionais do meio ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIEIRA, Vinícius Marçal; MENDONÇA, Jales Guedes Coelho. Danos morais coletivos em matéria ambiental. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 13, n. 1694, p. 1-2, fev. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10962>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

ZANELLA, Gabriel Gonzales; MARCHIORI NETO, Daniel Lena; ARAUJO, Luiz Luiz Ernani Bonesso de Araujo. Reparação extrapatrimonial dos danos ambientais à luz da teoria da complexidade de Edgar Morin. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 1, n. 2, p. 65-81, jul. 2006.

PREDADORES ÁVIDOS PARA SE TORNAREM PRESAS: O RACISMO REVERSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA UTILIZAÇÃO HERMENÊUTICA DO EMBASAMENTO LEGAL

PREDATORS GREEDY TO BE TREATED LIKE PREY: REVERSE RACISM IN THE BRAZILIAN LEGAL ORDERING IN LIGHT OF THE HERMENEUTICAL UTILIZATION OF LEGAL EMBASEMENT

Isadora Serpe Motta¹
Matheus de Abreu Landuche²

RESUMO

O presente artigo tem como escopo averiguar se existe o delito de “racismo reverso”, isto é, se o crime de racismo pode ser enquadrado como uma prática contra um indivíduo de raça branca dentro do ordenamento jurídico brasileiro. A justificativa se embasa nos crescentes debates acerca deste tema, e de sua possibilidade ou não de existência no sistema de leis brasileiras, em que se pretende efetivar a análise por meio de uma metodologia de dedução alicerçada em fontes bibliográficas. A exposição se inicia por via de um diagnóstico do objetivo do crime de racismo em um panorama da evolução histórica da sociedade e da legislação do Brasil, em que então se localiza o caráter estrutural do racismo no país, por meio de uma discriminação histórica e sistêmica para com a população preta. Ademais, tem-se como objetivo específico inferir o papel hermenêutico na resolução da questão, patenteando algumas mazelas do ato interpretativo, dentro de uma visão que leve em conta os limites da legalidade e do texto constitucional. Parte-se então para o efetivo exame da possibilidade ou não do crime de racismo ser aplicado no que tange a discriminação contra pessoas brancas, através de uma análise utilizadora de argumentos hermenêuticos de interpretação. Também se realizou uma análise do *Big Brother Brasil 21*, envolvendo uma polêmica

¹ Graduada do 3º período do programa de Direito Integral - LAW Experience da FAE Centro Universitário. Membro do grupo de estudos NECrim (Núcleo de Estudos em Ciências Criminais). *E-mail*: isadora.motta@mail.fae.edu

² Bacharelando do curso de graduação em Direito da FAE Centro Universitário. Membro do Grupo de Pesquisa em Ética Política e Democracia – Unicuritiba. *E-mail*: matheus.landuche@mail.fae.edu

de uma possível injúria racial de uma participante negra contra uma participante de cor branca. Concluiu-se que a colocação de racismo reverso não é cabível, haja vista o requisito histórico, que trata da existência de uma perseguição sistêmica e estrutural ao longo da história, para com um grupo racial subjugado e inferiorizado, caso que não se enquadra na vivência das pessoas brancas no Brasil.

Palavras-chave: Racismo. Racismo Reverso. Hermenêutica. Legalidade. Constitucionalismo. Ordenamento Jurídico.

ABSTRACT

The present scientific article has as its scope ascertain the possibility of wrongdoing of “reverse racism”, that is, if the crime of racism can be framed as a practice against a white individual inside of the brazilian juridical order. The justification is based on the increasing debates around this theme, and its possibility or not of existence in the legal system of Brazil, where it is intended to effectuate the analysis by the means of a deduction methodology grounded in bibliographical references. The exposition begins around a diagnosis on the objective of racism crime in a panorama that resides on the historical evolution of brazilian society and legislation, on what can be localized the structural character of racism in the country, by the handle of historic and systemic discrimination towards the black population. Furthermore, the specific objective is to infer the hermeneutical role in the resolution of the matter, patenting some sores in the interpretative act, inner a vision that takes into account the limits of legality and the constitutional text. Kicking off to the effective exam surrounding the possibility or not of an application of the racism crime in reference to discrimination against white people, through an analysis that utilizes hermeneutics argumentation of interpretation. Also, an analysis was executed around *Big Brother Brasil 21*, concerning a polemic around a possible racial injury from a black participant against a white one. It is concluded that reverse racism is not suitable, inasmuch as of a historical requirement, concerning the existence of systemic and structural persecution throughout history itself, regarding a subdued and inferiorized racial group, a scenario that does not belong to the living of white people in Brazil.

Keywords: Racism. Reverse Racism. Hermeneutics. Legality. Constitutionalism. Juridical Order.

INTRODUÇÃO

“E no tempo dos escravos, e depois dos escravos, da escravidão mesmo, inda passei fome. Porque, depois da libertação, nós saímos. Saímos sem nada – sem recurso, só com a roupa do corpo” (MAESTRI FILHO, 1988, p. 26-39).

O supracitado excerto extraído da obra *“Depoimentos de escravos brasileiros”* relata a situação da população preta posterior ao fim da escravidão no Brasil, testemunhando um descaso e falta de apreço por estas pessoas que se demonstrou por parte da sociedade brasileira. Tal panorama deu-se por estabelecer uma política de discriminação enraizada em todo o território nacional, fomentando um cenário de racismo que é sistêmico e estrutural ao tratar das pessoas pretas no Brasil.

Partindo desse pressuposto, o presente artigo pretende analisar a possibilidade de um “racismo reverso” no ordenamento jurídico brasileiro, racismo este que se dê para com pessoas brancas, sendo então num sentido inverso ao usual no cotidiano do país. A argumentação em defesa de um racismo desta expressão costuma se respaldar na mera letra fria da lei, na medida em que, na Constituição Federal, apesar de constar o repúdio ao racismo, não há qualquer especificação explícita atinente ao modo que ele se dá.

A fim de esclarecer a (im)possibilidade de existência do “racismo reverso” no sistema de leis do Brasil, pretende-se, primordialmente, começar por analisar o histórico de discriminação para com o povo preto brasileiro e o do crime de racismo ao longo da evolução sociológica e legal do país. Em seguida, almejando realizar uma fundamentação argumentativa, explicitar-se-á a importância do papel hermenêutico nas questões da interpretação legal dentro de uma lógica de limites da legalidade.

Em adição, se dará a efetiva análise da legislação brasileira no que concerne ao crime de racismo, por meio da utilização de técnicas hermenêuticas de interpretação. A conclusão de que se é passível ou não a referida expressão de racismo no Brasil se alicerça em uma metodologia de dedução a partir de fontes bibliográficas, justificada pelo crescente debate argumentativo a este respeito no âmbito legal brasileiro.

1 O CRIME DE RACISMO NO BRASIL

No âmbito brasileiro, o conceito de racismo é em suma maioria atrelado àquele direcionado às populações minoritárias, especialmente aos negros. Isto se deve ao fato de que, historicamente, as pessoas pretas e pardas encontram-se aprisionadas

em uma sociedade arraigada em um racismo estrutural, sequela esta do processo de escravização imposto a este núcleo.

As raízes coloniais brasileiras, e seu modo de produção escravagista, são responsáveis pelas desigualdades e suas consequências presentes hodiernamente, sendo isto uma mancha latente na história do país. Mesmo após a abolição da escravatura, por meio da Lei Áurea, a ausência de suporte posterior agravou os resultados de quase 400 anos de escravidão, deixando estes indivíduos vivendo à margem da sociedade.

Embora muitos neguem tratamentos diferenciados, negativos e prejudiciais às pessoas negras, insistindo na ideologia da “democracia racial”, basta certa dose de sensibilidade social ou análise de pesquisas realizadas recentemente sobre o assunto, para comprovar a grande desigualdade existente entre brancos e negros (CASTRO; ALMEIDA, 2018, p. 32).

O racismo no Brasil, portanto, se desenvolveu como normalidade da realidade social, fortalecendo os processos de desigualdade e a criação de um sistema jurídico até mesmo segregacionista, como por exemplo no Código Penal Republicano de 1890 e a proibição da “capoeiragem”. Nota-se na letra fria da lei uma empreitada no apagamento das particularidades culturais do povo preto.

Encontra-se também, documentadamente, uma tentativa de branqueamento da população, por meio de uma tese eugenista, através do implemento de políticas públicas que fomentavam a imigração europeia. O caráter de mestiçagem brasileiro era tomado como negativo e como “marca de atraso”, deturpando a visão ainda mais de que se tinha quanto aos negros.

Após compreender a criação de um racismo estrutural, como construção ideológica, na história do desenvolvimento sociocultural do Brasil, frisar-se-á a importância do advento da Constituição Federal de 1988. A “Constituição Cidadã” trouxe para o âmbito jurídico uma luta pela igualdade racial através do seu Art. 5º, inciso XLII, colocando o racismo como crime imprescritível e inafiançável:

Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Tal posicionamento progressista da Carta Magna da Nova República advém de um cenário de reivindicações cada vez mais fortes do Movimento Negro no final da década de 80, buscando uma reorientação ideológica pela identidade coletiva do povo preto. A

promulgação da CRFB/88 foi fundamental para a atuação antirracista governamental. Além dessa previsão no texto constituinte, o Estado brasileiro atuou na criação de outras leis que criminalizam a ideologia racista. “Com o advento da Constituição Federal de 1988, ocorreram significativos avanços na trajetória da luta pela igualdade de “raças” no país” (CAETANO, 2018, p. 22).

Entre estas empenhadas legais, encontram-se o Art. 22, inciso II, da Lei de Segurança Nacional (7.179/1983), a Lei dos Crimes de Preconceito (7.716/1989), e o artigo 140, § 3º, do Código Penal.

Art. 22 – Fazer, em público, propaganda: [...]

II – De **discriminação racial**, de luta pela violência entre as classes sociais, de perseguição religiosa;

Pena: detenção, de 1 a 4 anos (Lei 7.179/1983)

Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa. [...]

§ 3º – **Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia**, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena – reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997) (BRASIL, 1940).

Este último trata por criminalizar a conduta de injúria racial, tipo penal este que gera debates quanto à sua diferenciação do crime de racismo, pautada na sua generalidade ou individualidade. No entanto, este não será o foco que se pretende seguir.

2 O PAPEL HERMENÊUTICO NA RESOLUÇÃO DA QUESTÃO E O ATO INTERPRETATIVO DESCOMPROMISSADO COM OS LIMITES LEGAIS

Coloca-se então em voga a questão central destas exposições, a análise de se é possível a existência de “racismo reverso”, contra pessoas brancas, nesse mesmo ordenamento jurídico brasileiro que trata de criminalizar o racismo em si. Antes de chegar a tais argumentações e, finalmente, a conclusão, é fundamental compreender qual a importância da Hermenêutica na resolução da indagação aqui proposta.

A valia da hermenêutica no âmbito jurídico se respalda na manutenção do Estado Democrático de Direito e na garantia de eficácia dos direitos fundamentais, por meio de técnicas de interpretação que possuam apreço por assimilar o texto legal. A utilização da hermenêutica, principalmente a constitucional, é impreterível ao exercício democrático, pois é através dela que se extrai os conteúdos normativos dos conflitos e cláusulas abertas na lei presentes.

A interpretação constitucional, por sua vez, é fundamental, pois pelo caráter aberto e amplo da Constituição, os problemas de interpretação surgem com maior frequência que em outros setores do ordenamento cujas normas são mais detalhadas (CONSELVAN, 2009, p. 8).

A atuação da Hermenêutica Jurídica na resolução da questão do “racismo reverso” se dá pelo objetivo de trazer integridade ao Direito, aproximando o texto frio da lei com a realidade de um caso concreto, retirando o sentido para a realidade. Buscando a intersecção da interpretação com a legislação, se pretende a uniformização do entendimento interpretativo da lei. Mediante a extração hermenêutica de conteúdo das normas se compreenderá a (in)existência de crime de racismo para com a população branca.

O papel hermenêutico supra narrado ocorre, então, por meio da utilização de conceitos, entendimentos, e métodos interpretativos já consagrados na prática jurídica (STRECK, 2020). Como por exemplo, a compreensão da vaguidade legal, através de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, o saber da discricionariedade, e os métodos interpretativos, seja pelo meio gramatical, histórico, sistemático, entre outros.

Em um adendo, é de imprescindível importância conhecer as consequências da utilização de uma interpretação hermenêutica descompromissada com os limites da ordem jurídica. Haja vista que, o exercício desta atividade em um sentido distorcido traz prejuízos ao ato de interpretação e aplicação do direito, expressada na existência do solipsismo judicial e da discricionariedade (STRECK, 2020).

O solipsismo consiste no obscurecimento da atividade julgadora, devido à um juiz detentor da crença de que a sua subjetividade é a única capaz de ditar o bom e o justo para o restante da sociedade e aqueles sob efeito de suas decisões. Tal postura representa uma radicalização pela expansão da individualidade. Patenteiam-se as mazelas do sistema jurídico quando o Poder Judiciário insiste em operar de acordo com a moralidade subjetiva de seus agentes. Destarte, por artifício da gramática da exceção, os magistrados atuam para além do direito em nome do interesse público. Emerge-se o populismo judicial, uma afronta à democracia e vilipêndio à norma fundamental. Inobstante, nas precisas palavras de Eneida Desiree Salgado, “Um Estado de Direito não combina com heróis, ainda que togados” (SALGADO, 2018, p. 194).

Não havia medo do Poder Judiciário atuar na desconsideração da Constituição, do desprezo às cláusulas pétreas, na assunção de um discurso moralista que despreza direitos políticos, prerrogativas parlamentares e a separação de poderes. Mas é o que está acontecendo (SALGADO, 2018, p. 202).

É inverossímil que um agente público pressuponha um direito de resistência a uma ordem ratificada pela Constituição imperfeita e exercite a desobediência civil.

Salientar-se-á o repúdio às togas contra os direitos fundamentais e desmistificar-se-ão todas as figuras de heróis de capa preta. Neste diapasão, a interpretação hermenêutica é comprometida. “[...] um dom especial de fazer justiça, alcançando-a um *locus* hermenêutico privilegiado, superior ao restante da população” (MADEIRA, 2020, p. 195).

Aliás, uma outra consequência passível de ser resultante da utilização de uma interpretação hermenêutica, descompromissada com os limites da ordem jurídica, é o abuso da discricionariedade (SARLET, 2014, p. 283). A discricionariedade resulta de espaço excedente presente na lei, não preenchido corretamente por princípios interpretativos e hermenêuticos, mas sim pela mera vontade do julgador. Este posicionamento não se encontra no plano democrático do Direito.

Em síntese, a hermenêutica pode auxiliar no entendimento acerca das discussões sobre a possibilidade de existência do racismo reverso, na medida em que apresenta compromisso com a sistematização jurídica. Ao usar-se a hermenêutica se cria diálogo com diversas fontes do direito, almejando respeito a igualdade e a democracia, já que afasta a discricionariedade do saber jurídico, um violador do Estado Democrático.

3 RACISMO REVERSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Finalmente, partindo para análise da existência ou não de “racismo reverso” na ordem do Direito no Brasil, tomando por embasamento argumentação de conceitos e métodos hermenêuticos, é impreterivelmente necessário que se reconheça a proibição do crime de racismo como um conceito jurídico indeterminado (STRECK, 2012). Isto se deve ao fato de que apesar de possuir providências cabíveis devidamente fixadas, como por exemplo no inciso XLII do artigo 5º e conseqüentemente no art. 927 do Código Civil, possui certa imprecisão em sua definição de hipótese normativa, presente nos artigos 3º e 4º.

Art. 3º “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]”

IV – Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...]

VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo; (BRASIL, 1988).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; (BRASIL, 1988).

Toma-se como base para argumentação o RMS Nº 58.882 do Superior Tribunal de Justiça que se trata de recurso extraordinário em que o reclamante impetrou ação de mandado de segurança contra a Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Ante o exposto, o recorrente alegou ter participado e ter sido aprovado para o cargo de técnico de nível superior, especialidade de analista de sistemas. Ocorre que o concursado submeteu-se ao exame à concorrência especial de negros e pardos, usufruindo das cotas raciais, ainda que não apresentasse tal característica fenotípica. Extrai-se da jurisprudência um entendimento de impossibilidade de existência quanto a discriminação reversa para com o conceito de racismo, visto que se deve tomar em consideração além do item racial um aspecto de carga histórico-social.

Desse modo, acreditamos que somente a conjugação de fatores, o racial e o social, poderiam garantir uma maior legitimidade ao debate, a menor possibilidade de utilização da má-fé, a diminuição da possibilidade de discriminação reversa, e, finalmente, o melhor atendimento aos princípios da igualdade e da proporcionalidade. Assim, o problema da relativa falta de integração do negro às camadas sociais mais elevadas pode tentar ser resolvido no Brasil sem despertar manifestações de ódio racial extremado ou violento. Isso somente se torna possível porque, no âmbito social, a nossa comunidade foi capaz de se desenvolver a partir da interpenetração das culturas as mais diversas e, na esfera biológica, houve uma forte miscigenação entre as raças. Tal fato não pode ser olvidado quando da adoção de políticas públicas pelo governo. Tentar implementar ações afirmativas em que a raça seja o único critério levado em consideração poderá, de alguma forma, afetar esse relativo equilíbrio existente entre as raças que compõem o País, e, em vez de promover a inserção dos negros, criar esferas sociais apartadas, daqueles que são beneficiados pelas cotas e dos que não são. Os negros, no Brasil, passam por sérios problemas de exclusão (KAUFMANN, 2019, p. 12).

Sumariamente, após se embasar no aspecto de conceito jurídico indeterminado do crime de racismo na previsão constitucional, e de tomar como referência prévio entendimento jurisprudencial do STJ acerca do assunto, entende-se a não possibilidade de “racismo reverso” no ordenamento jurídico brasileiro.

Seguindo o elemento gramatical e literal da interpretação hermenêutica, entende-se por via léxica a incompatibilidade do termo “racismo reverso”, haja vista que o racismo compreende todos os âmbitos raciais, logo não pode ter posicionamento invertido (STRECK, 2012). Enxerga-se na moldura da norma uma regra estrutural em que o termo raça precede o termo cor, extraído então um aspecto de englobamento decrescente na ordem lexical-gramatical. Portanto, não cabe fala de discriminação reversa, quando o racismo engloba qualquer tipo de cor de pele.

Já a respeito do elemento histórico e do teleológico, é capaz a percepção por dedução de finalidade de que, no momento histórico de elaboração da criminalização do racismo na Constituição de 1988, o país se encontrava em um momento de debates intensos antirracistas pela comunidade preta. Logo, assim como no entendimento do Superior Tribunal de Justiça em RMS, compreende que a mera discriminação por cor não se enquadra como racismo, já que deve se levar em conta todo um aspecto de carga histórica de vivência de racismo estrutural pelas minorias sociais negras.

O racismo é um conceito jurídico indeterminado, tendo sua definição jurídica lato sensu no Brasil respaldada pelos artigos 4º e 5º da Constituição Federal, além do art. 5º da Convenção Interamericana contra o Racismo, no entanto, é problemática a leitura jurídica limitada ao mero literalismo, devendo se levar em conta elementos históricos e teleológicos. Raça, e conseqüente o racismo, não pode ser definida necessariamente por critérios biológicos, mas sim advém das relações de poder. Encontra-se na doutrina do professor Silvia Almeida uma definição de racismo que toma esta via de interpretação do referido conceito.

[...] forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam com desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertençam (ALMEIDA, 2019, p. 32).

O racismo é um processo histórico latente que surge na segregação dos grupos, em que se cria vantagens e privilégios, um sistema de poder e hierarquia, um processo baseado na discriminação por via de contexto histórico. Em síntese, para existência do racismo, requer-se a discriminação histórica de um grupo marginalizado, elemento não presente na historicidade da raça branca.

Em concordância, a professora Thula Rafaela Pires também nota e aponta a necessidade de um processo sistêmico e histórico para a existência real do racismo, como por exemplo o processo de eugenia que existiu no país e afetou até o processo educacional brasileiro (PIRES, 2013). Além disso, também é percebido esse processo na história brasileira quando se coloca em foco a Lei de Terras (Lei nº 601 de 18 de setembro de 1850), a imigração seletiva (art. 121, §6, CRFB/1934) e educação eugênica (art. 138, CRFB/1934), o afastamento da criminalização do racismo proposta por Abdias Nascimento, entre outros.

Ademais, enfatizando a importância da hermenêutica nesta discussão acerca de um suposto racismo reverso, o art. 926 do Código de Processo Civil de 2015 corrobora para com a necessidade da uniformização do Direito por via da jurisprudência. Entre os diversos julgados presentes no âmbito jurídico brasileiro, alguns são demasiadamente

relevantes à caracterização do racismo como processo histórico necessário, como o HC 82.424, o famoso caso Ellwanger. O referido, na medida em que tratava de ataques antissemitas, reconheceu de maneira primordial historicamente no Brasil o antissemitismo como uma maneira de racismo, ao passo em que recorre a uma definição social, relacional e histórica.

Adicionalmente, a recente criminalização da homotransfobia por meio da ADO 26 e do MI 4733, colabora com a ideia do racismo que se dá via uma discriminação sistêmica ao longo do tempo, já que reconheceu a discriminação contra pessoas LGBT como cabível dentro do conceito de racismo, devido à sua perseguição histórica e latente. Apesar de argumentações contrárias, não se reconhece aqui analogia *in malam partem*, devido ao respeito que tem pelo princípio da legalidade, apenas explicitando algo já defendido no art. 5º da CF (BARROSO, 2020).

A ADPF 186 acentua a impossibilidade da existência de racismo contra pessoas brancas, ao reconhecer a constitucionalidade das cotas raciais como uma discriminação positiva para com uma população historicamente rebaixada. Não foi reconhecida nenhuma necessidade de discriminação positiva para com a população branca, haja vista que não corresponde a necessidade de um processo histórico de discriminação.

Em síntese, o racismo faz requerer uma perspectiva de entendimento coletiva, por meio da discriminação que aciona uma violência estrutural contra todo um determinado grupo de pessoas. Isso ainda se encontra reforçado em um Brasil de criminologia positivista e lombrosiana, que apenas repele essas pessoas à vida na marginalidade (LOMBROSO, 2017). Os brancos nunca foram perseguidos sistemática e estruturalmente como uma coletividade na história do Brasil. Por conseguinte, ofensas a esses indivíduos não passam de injúria, calúnia ou difamação, mas nunca podem ser enquadrados como crime de racismo.

4 PROBLEMAS SOCIOCULTURAIS DO RACISMO REVERSO: UMA ANÁLISE DO BIG BROTHER BRASIL 21

*Big Brother Brasil*³ é um *reality show* brasileiro que consiste em um confinamento de várias pessoas em uma casa monitorada por câmeras vinte e quatro horas por dia. Há uma eliminação semanal que fica à escolha dos espectadores, e o vencedor ganha um prêmio milionário. Além disso, os participantes não podem utilizar qualquer meio de comunicação para obter informações externas. O programa veio ganhando bastante

³ O nome *Big Brother* se trata de uma analogia ao “Grande Irmão” da obra *1984* de autoria de George Orwell.

relevância desde 2020, uma vez que pessoas famosas começaram a participar do jogo na “casa mais vigiada do Brasil”.

Muito mais que um reality, o BBB também pode ser visto como um experimento social, tendo em vista que ele diz bastante sobre o modo comportamental dos indivíduos nas mais diversas situações. Nesse sentido, o programa levantou uma pauta bastante importante sobre o movimento feminista na vigésima edição, além de fomentar discussões atinentes à questão racial e militância no ano consecutivo. Foi o caso das participantes Lumena Aleluia e Carla Diaz, que foram alvo de polêmica nas mídias sociais no primeiro semestre de 2021.

Na ocasião, a psicóloga chamou Carla Diaz de “sem melanina”, “desbotada” e “olho de boneca assassina” em um diálogo com a rapper Karol Conká após a atriz ganhar uma prova. O deputado Anderson Moraes do PSL-RJ apresentou uma notícia-crime em desfavor de Lumena na Delegacia de Combate a Crimes Raciais e Delitos de Intolerância (Decradi), alegando que se tratava de ofensa generalizada à raça branca: “Um caso claro de racismo de duas jovens negras contra pessoas brancas” (MORAES, 2021), disse o parlamentar. “Pedimos para a Decradi apurar os fatos e se manifestar pela expulsão dela do programa. Se fosse o contrário, o que seria igualmente crime, já teriam se mobilizado para combater o racismo” (MORAES, 2021).

Contempla-se o equívoco na fala do deputado, a julgar pela inexistência do crime de racismo para com a população branca. Vale destacar que Carla Diaz não foi vítima de injúria racial e, tampouco, de racismo reverso, posto a exiguidade de fatores segregacionistas históricos vivenciados por sua raça etnológica. Desse modo, ao requisitar pelo processo judicial em face da cor da atriz, comete-se um vilipêndio aos antecedentes escravocratas ao longo de inoxidáveis séculos no território brasileiro.

Por derradeiro, quando a população branca penhora a existência de um racismo reverso, ela está se declarando como um grupo historicamente suscetível. Em outras palavras, o homem branco se autointitula vítima de um panorama escravocrata – são estes os predadores ávidos para se tornarem presas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente análise se iniciou por via do artifício interpretativo do relato de um ex-escravo, que demonstra o descaso que se deu por essa população no pós-libertação, partindo para a criação de um racismo e de uma discriminação que é sistêmica e estrutural no Brasil. Com o objetivo de analisar a possibilidade do enquadramento de

crime de racismo quanto às ações supostamente discriminatórias contra pessoas da raça branca, buscou-se fundamentação em um histórico de tal tipo criminal na evolução da legislação brasileira.

Constatou-se que a estrutura social é racista, uma vez que em todos os espaços a população preta encontra-se em condição subalterna quanto às pessoas brancas, resultante de um processo histórico. Seja por violência estrutural (demarcada pela escassez de direitos), violência cultural (incapacidade ou incivildade) ou força institucional (controle das forças armadas). Partindo de uma exposição da importância de uma interpretação aliada à hermenêutica pautada na legalidade, percebe-se que, apesar de o racismo se configurar crime no Brasil, localizou-se pela impossibilidade de sua utilização em ações ditas discriminatórias para com a população branca brasileira, haja vista a inexistência de um elemento sócio-histórico de perseguição, vivido por pessoas como o povo preto.

Em suma, neste estudo entende-se, por meio da interpretação hermenêutica da legalidade jurídica constitucional, a inexistência de crime de racismo para com pessoas brancas. Se dando tal glosa por vias de impossibilidade léxico-gramatical e falta de carga histórico-social de experiência de segregação racial, vivenciada esta única e exclusivamente pela população preta. Finda-se que a discriminação racial para com pessoas brancas não tem carga, gramática, e generalização necessária para se enquadrar como crime de racismo. Substancialmente, depreendeu-se que brancos não podem ser vítimas de crime de racismo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sílvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.

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

BATISTA, Waleska Miguel; MASTRODI, Josué. Dos fundamentos extraeconômicos do racismo no Brasil. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2332-2359, out./dec. 2018. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30077>>. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de abr. de 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Institui a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 28/03/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 58.882. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma, julgado em: 26 de fev. 2019.

CAETANO, Anelise. **A injúria racial como crime de racismo para fins constitucionais: um estudo doutrinário e jurisprudencial acerca da abrangência do conceito de racismo**. 2018. 101 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/192591>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

CASTRO, Alexandre de; ALMEIDA, Jémerson. Da contravenção penal ao crime de racismo: uma história de impunidade. **Mosaico**, São Paulo, v. 9, n. 15, p. 31-47, dez. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/mosaico/article/view/76867>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

CONSELVAN, Jussara. O papel da Hermenêutica Constitucional na concretização dos Direitos Fundamentais. **Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 5, n. 5, p. 1-18, mar. 2009. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/132>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Rio de Janeiro: Ícone, 2017.

MADEIRA, Dhenis. O que é solipsismo judicial? **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 22, n. 126, p. 191-210, fev./maio 2020. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1916/1324>>. Acesso em: 13 de abr. 2021.

MAESTRI FILHO, Mário José. **Depoimento de escravos brasileiros**. São Paulo: Ícone, 1988.

PIRES, Thula Rafaela. **Criminalização do Racismo entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos**. 2013. 323 f. Tese (Doutorado em Direito) – PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2013.

PRISCO, Luiz. Deputado entra com notícia-crime acusando Lumena de racismo contra brancos. **Metrópoles**, fev. 2021. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/entretenimento/bbb/deputado-entra-com-noticia-crime-acusando-lumena-de-racismo-contra-brancos>>. Acesso em: 05 de jul. 2021.

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 1, n. 177, p. 193-217, jul./dez. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

ANÁLISE DA (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE RACISMO E LGBTI+FOBIA NA ADO 26/DF DO STF¹

ANALYSIS OF THE (IN)COMPATIBILITY BETWEEN RACISM AND LGBTI+PHOBIA IN THE ADO 26/DF OF STF

Ana Laura Fonseca Franke²

Catarina Uggioni Teixeira³

Enrico Cattoni Poffo⁴

RESUMO

O conceito de LGBTfobia, assim como de racismo, é definido, na visão de Paulo Iotti, como sendo a compreensão desde a sua dimensão social, projeta-se para além dos aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois como manifestação de poder, parte da construção histórica e cultural, tem como objetivo defender a desigualdade, e está destinada a exercer o controle ideológico e o domínio político. A sociedade se submete e nega a diferença, dignidade e humanidade daqueles que fazem parte de um grupo desfavorecido. Essa prática vai contra os direitos fundamentais e liberdade individual de um indivíduo de uma coletividade. Diante disso, o objetivo principal é examinar a decisão do Supremo Tribunal Federal em relação à criminalização da homofobia sob a ótica da possibilidade de relacionar, ou não, a discriminação sexual e a racial. O trabalho tem como objetivos específicos: a) analisar historicamente e psicologicamente a discriminação racial e a sexual; b) analisar a ADO 26 do STF; c) explicar a aproximação entre racismo e da LGBTI+fobia. Assim, a metodologia utilizada

¹ Artigo produzido para as matérias de Oficina de Pesquisa Acadêmica e Jurisdição Constitucional da FAE Centro Universitário.

² Aluna do 3º período do curso de Direito Integral Law Experience da FAE Centro Universitário.
E-mail: ana.franke@mail.fae.edu

³ Aluna do segundo semestre de Mestrado Integrado em Psicologia da Faculdade de Psicologia da Universidade de Lisboa. *E-mail:* teixeira.catarina@edu.ulisboa.pt

⁴ Aluno do 3º período do curso de direito integral Law Experience da FAE Centro Universitário.
E-mail: enrico.poffo@mail.fae.edu.

no presente trabalho é lógico-dedutiva, fazendo uso de pesquisa qualitativa, com análise documental processual e bibliográfica. Diante do exposto, o resultado deste trabalho é a explicação da possibilidade de enquadrar ambas as discriminações, como também o que levou o STF a julgar procedente a ADO 26/DF e assim enquadrar homofobia na mesma lei do racismo.

Palavras-chave: LGBTI+fobia. ADO 26. Direitos Fundamentais. Racismo. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The concept LGBTphobia, such as the concept of racism, is defined in the vision of Paulo lotti, as being understood in its own social dimension, projects itself beyond strictly onto the biological and phenotypic features, because it results, while the manifestation of power, of the construction of a historical-cultural nature motivated by the objective of justifying the inequality and designated to the ideological control, political domination, the social subjugation and the denial of alterity, dignity and the humanity of those who, are part of a vulnerable group. Such practice goes against the fundamental rights and individual liberty of one in its colectivity. At that, the main goal is to examine the decision of the Supreme Federal Court in relation to the criminalization of homophobia under the optic of the possibility to relate, or not, sexual and racial prejudice. This paper will have as specific objectives: a) historically and psychology analyze racial and sexual prejudice; b) analyze the ADO 26/DF of STF; c) explain the approach between racism and LBGTI+phobia. Therefore, the methodology used in this paper is logical-deductive, making use of qualitative research, with a documental analysis procedural and bibliographic. According to what has been exposed, the results of this paper will be the explanation of the possibility of squaring both types of prejudice, such as which were the reasons that lead the STF to judge the proceeding to ADO 26/DF and with such, mold the homophobia in the same law as the racism law.

Keywords: Homophobia. Constitution. Fundamental Rights. Prejudice. Supreme Federal Court.

INTRODUÇÃO

De acordo o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26, a LGBTfobia é entendida como condutas que “importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero” (STF, ADO 26, 2020)

É clara a grande importância da discussão que envolve a pauta LGBTI+⁵, principalmente aquela que envolve a discriminação de constituintes da sociedade civil com esse grupo de pessoas. Assim, o objetivo deste trabalho é discorrer sobre o preconceito sofrido por este grupo minoritário e analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26.

Esta ADO 26 do STF ampliou o conceito de racismo e enquadrando a homofobia e transfobia na legislação constitucional preexistente – Lei 7.716/1989 – que discorre sobre o crime de racismo. A análise realizada pelo presente trabalho é feita sob a ótica da possibilidade de relacionar, ou não, a discriminação sexual e a racial para enquadrá-las na mesma lei.

O trabalho contará primeiramente com uma explicação sobre a (1) A História da Discriminação de Orientação Sexual, (1.2) A História da Discriminação Racial. Em um segundo momento, o foco principal passa a ser a (2) Análise da ADO 26/DF do Supremo Tribunal Federal, realizando uma discussão sobre os (2.1) Fatores que Legitimam a Criminalização da LGBT+fobia assim como uma (2.2) Análise da (in) compatibilidade entre Racismo e LGBT+fobia na ADO 26/DF do STF.

1 A HISTÓRIA DA DISCRIMINAÇÃO DE ORIENTAÇÃO SEXUAL

Nos dias atuais, enxerga-se a homossexualidade com uma visão de menos julgamento, está se normalizando ter a representatividade em programas de televisão, livros, series e filmes, mas o que demorou muitos anos para ser alcançado, era visto como um pecado, a pessoa que cometia atos homossexuais, era taxado como alguém que iria para ao inferno apenas pelo fato de se envolver com alguma pessoa do mesmo sexo.

Diz-se que no início do século XVII ainda vigorava uma certa franqueza. As práticas não procuravam o segredo; as palavras eram ditas sem reticência excessiva e, as coisas, sem demasiado disfarce; tinha-se com o ilícito uma tolerante familiaridade. Eram frouxos os da obscenidade, da decência, se

⁵ Sigla escolhida a partir da recomendação da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT).

comparados com os do século XIX. Gestos diretos, discursos sem vergonha, transgressões visíveis, anatomias mostradas e facilmente misturadas, crianças astutas vagando, sem incômodo nem escândalo, entre os risos dos adultos: os corpos “pavoneavam” (FOUCAULT, 1999, p. 9).

Com a presente citação, pode ser percebido que a homossexualidade sempre esteve presente perante a sociedade, sendo que já houve pontos da história onde esse ato não era visto como algo incorreto. Na Grécia antiga, as relações sexuais não eram segregadas pelo gênero da pessoa, ou seja, não existia a distinção entre os que praticavam atos homo ou heterossexuais, sendo que, na cidade-Estado de Atenas, as relações sexuais homoafetivas possuíam um caráter pedagógico, onde os filósofos possuíam relações com seus aprendizes pois acreditavam que tais relações estreitavam as afinidades afetivas e intelectuais entre os dois.⁶

Não existem relatos concretos de onde a homofobia começou, mas o que contribui para essa realidade é a vigência da ideologia conservadora da matriz religiosa da qual materializa o conceito de heteronormatividade sexual⁷, da qual possui a Bíblia como seu livro sagrado, e a mesma, cita em Levítico 18:22: “Não te deitarás com um homem como se deita com uma mulher. Isso é abominável!”. Citações como essa⁸, fizeram com que os fiéis da religião, fossem orientados a não legitimar tais práticas e, com o decorrer do tempo, criou-se um preconceito, e seus argumentos sobre era que estavam apenas seguindo a vontade do Senhor.

Contribuir com esta realidade é a vigência do pensamento conservador de matriz religiosa que materializa o pressuposto de uma heteronormatividade sexual.

Avançando no ano de 1973, a Associação Americana de Psiquiatria retirou a palavra “Homossexualidade” da lista de transtornos mentais ou emocionais, mas antes de isso ocorrer, a homossexualidade era considerada como uma doença, onde “curas” eram procuradas⁹. Nos anos 50, na Tchecoslováquia, ocorria a prática de aversão, onde pacientes homossexuais recebiam uma droga da qual induzia o vômito e eram obrigados a ver cenas de homens nus.¹⁰ Após ter visto essa cena, eram providos com uma injeção de testosterona e expostos a imagens de mulheres nuas, para reverter sua homossexualidade. Esse exemplo e vários outros¹¹ eram os tipos de tortura realizados para encontrar a possível cura do homossexualismo.

⁶ É possível verificar como eram as relações homoafetivas na Grécia Antiga (BIBLOS, Rio Grande, 19: 19-24, 2006).

⁷ CERQUEIRA-SANTOS, 2017.

⁸ É possível verificar os posicionamentos da Igreja Católica sobre o tema: (VATICANO. 1975).

⁹ AXT, Bárbara, 2004.

¹⁰ É possível verificar os outros exemplos de tortura: (AXT, Bárbara. 2004)

¹¹ É possível verificar os outros exemplos de tortura: (AXT, Bárbara. 2004)

A sigla LGBTI+¹² consiste nas orientações sexuais e de gênero da comunidade, sendo assim, o L para lésbicas, G para gays, B para bissexuais, T para pessoas transgêneros, ou seja, que não se identificam com o gênero do qual nasceu e I para intersexuais, trazendo representatividade a todos dentro da sigla da comunidade.

Portanto, com base nas considerações feitas sobre a LGBTI+fobia, é possível perceber que esse ódio transmitido pelas outras pessoas, vindo ele da Igreja ou da medicina, não existe uma “cura” para o homossexualismo, ou seja, toda a tortura, sendo ela física ou psicológica, não leva a lugar algum, pois ser parte da comunidade LGBTI+ não é uma escolha.

1.2 A HISTÓRIA DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL

De acordo com o dicionário brasileiro *on-line*: Dicio, o racismo possui como sua definição: “Preconceito e discriminação direcionados a alguém tendo em conta sua origem étnico-racial, geralmente se refere à ideologia de que existe uma raça melhor que outra.” Com base nisso, é possível perceber que o racismo já era visto a muitos anos atrás, um grande exemplo foi a época de escravidão, onde os senhores do engenho eram brancos, e as pessoas pretas eram escravos.¹³

O próprio termo “racismo” já apresenta a ideia de que existem raças diferentes dentro da própria raça humana, gerando uma construção ideológica¹⁴ com a sistematização de ideias e valores construídos pela civilização europeia o que está incorreto, pois como já mencionado, fazemos parte da mesma raça, possuímos apenas etnias diferentes. Esse ato é utilizado em sua maioria para discriminar pessoas pretas, feitas por pessoas brancas, mas qual a razão de isso ser como é? Segundo o IBGE¹⁵, a população preta é a principal vítima de homicídio no país, sendo que nos anos de 2012 a 2017, 255 mil homicídios de pessoas pretas foram registrados, seguindo a proporção do instituto, da qual aponta que pretos possuem uma chance de 2,7 maior de ser vítima do que uma pessoa branca.

A estruturação do racismo no Brasil, da qual permaneceu mesmo após a Lei Áurea, mostra que o racismo está presente no dia a dia¹⁶, do qual pode ocorrer de uma forma

¹² Sigla escolhida a partir da recomendação da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT)

¹³ MARQUESE, Rafael de Bivar, 2006.

¹⁴ SCHUCMAN, Lia, 2010.

¹⁵ (IBGE) Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

¹⁶ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; MARCHT, Laura Mallmann; MELLO, Letícia, 2020.

simples ou escancarada, acontecendo muitas vezes em situações que nem percebemos, pois está extremamente inserido na sociedade.

A Lei 7.716/1989 define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, onde as ações de preconceito racial, são puníveis perante a lei, mas da mesma maneira que existe a lei, o racismo não deixou de existir no mundo contemporâneo.

2 ANÁLISE DA ADO 26/DF DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A ADO 26/DF do STF, a qual foi julgada em 2019, veio em forma de reação do Poder Judiciário para suprir as demandas não supridas pelo Poder Legislativo, e em detrimento desta decisão, houve uma polarização de opiniões da população brasileira interessada. Assim, de um lado estavam aqueles que consideraram adequada a postura do STF e de outro lado estavam aqueles que não concordaram com a ela.

2.1 FATORES QUE LEGITIMAM A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTI+FOBIA

Partindo de uma análise do texto da Constituição Federal de 1988 é possível perceber que ele propõe diversos direitos e garantias, os quais hoje chamamos de direitos fundamentais. Em detrimento deles é possível elencar valores de igualdade e liberdade, que buscam expandir os valores individuais frente ao Estado e à coletividade.

Nesse sentido, os grupos minoritários, com o passar do tempo, foram adquirindo maior expressão política e social, haja visto a evolução do pensamento e entendimentos dos tribunais superiores a respeito dos direitos destas minorias, afinal no texto constitucional está disposto que a promoção do bem-estar de todos os indivíduos e a proibição de qualquer forma de discriminação fazem parte dos objetivos da República.

Portanto, nota-se que existem dispositivos constitucionais que legitimam a criminalização da homotransfobia, como por exemplo o art. 5º, inciso XLI: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, desse modo é incoerente que a LGBTI+fobia não esteja incluída no rol de condutas proibidas por lei, visto que é uma discriminação assim como todas as outras previstas no Código Penal.

Além disso, no Título I da CF/88 estão dispostos alguns princípios, os quais têm valor normativo, e que atuam como guia da República. Assim, é possível extrair dele o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual coloca como função do Estado respeitar e proteger a existência de todos os indivíduos, e não é difícil relacionar a falta de proibição da LGBTfobia com a falta preocupação, por parte do Estado, de uma vida digna para as pessoas desse grupo.

Outrossim, o caput do art. 5º da CF/88, especificamente o Cap. I do Título II trata da igualdade formal – isonomia perante a lei – e a material – igualdade de fato. Desse modo, compreende-se a criminalização da homofobia como um ato estatal que possibilita diminuir o tratamento desigual com pessoas LGBTI, e o tratamento da LGBTI+fobia na esfera penal auxilia em uma mudança cultural, assim como o afirmado pelo jurista Paulo Iotti durante uma entrevista para a revista “Catraca Livre”, durante o editorial de título “O que mudou após 1 ano da criminalização da LGBTfobia no Brasil?”, do dia 12 de junho de 2020:

É realmente uma demanda histórica do movimento LGBTI+. Creio que o ponto positivo encontra-se na sociedade agora saber que, se ficar provado que se ofendeu ou discriminou uma pessoa apenas por ser LGBTI+, essa conduta é não só ilegal, mas criminosa. Isso em si não resolve o problema social, mas nos dá mecanismos de luta contra a opressão homotransfóbica e faz uma parte das pessoas não praticar a homotransfobia.¹⁷

Desse modo, fica claro que a criminalização da LGBTfobia é legítima e sobretudo, necessária dentro do contexto histórico e sociocultural em que o Brasil se encontra. Portanto o que merece ser analisado é a compatibilidade, ou a falta dela, na decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual enquadra a LGBTfobia no mesmo aparato legal usado pela lei contra o racismo já existente no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 ANÁLISE DA (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE RACISMO E LGBTFOBIA NA ADO 26 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Durante a primeira metade do ano de 2019, foi apreciado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26, ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS)¹⁸. O objetivo principal da ADO 26 foi criminalizar toda e qualquer forma de comportamento homofóbico e transfóbico, como ofensas, agressões, homicídios e discriminações motivadas pela orientação sexual e identidade de gênero.

[...] todas as formas de homofobia e transfobia devem ser punidas com o mesmo rigor aplicado atualmente pela Lei de Racismo, sob pena de hierarquização de opressões, decorrente da punição mais severa de determinada opressão relativamente a outra.¹⁹

¹⁷ IOTTI, Paulo. 2020.

¹⁸ BRASIL. 2019.

¹⁹ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26. 2020.

De acordo com o ministro Gilmar Mendes, a inconstitucionalidade por omissão é vista na impossibilidade de relacionar uma conduta omissa e negativa do Poder Legislativo e uma conduta cuja qual a própria Constituição Federal de 1988 exige que seja positiva, como por exemplo no caso da homotransfobia, o qual é tratado na ADO nº 26.

Percebe-se, portanto, que a omissão de legislação vinda por parte do Poder Legislativo brasileiro foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como sendo inconstitucional, e desse modo os ministros da Suprema Corte enquadraram a homotransfobia nos tipos penais existentes na Lei nº 7.716/69: “Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

Assim como consta na decisão do julgamento do STF da ADO nº 26:

as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”);²⁰

O PHS, parte requerente da ação, alegou, no pedido de ajuizamento da ADO 26, que o art. 5º, inciso XLII, da Constituição de 1988, indica que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”, e portanto ele abrangeria todas as formas de homofobia e transfobia, e, decorrente disso, pedia que houvesse a equiparação do crime de racismo a homofobia e transfobia.

O ministro relator Celso de Mello em seu voto, mostrou ser a favor do pedido pela ADO:

Essa visão de mundo, senhores ministros, fundada, artificialmente construída, de que as diferenças biológicas entre homem e a mulher devem determinar os seus papéis sociais (‘meninos vestem azul e meninas vestem rosa’), impõe, notadamente em face dos integrantes da comunidade LGBT, uma inaceitável restrição às suas liberdades individuais.²¹

Posteriormente à votação, o resultado final do julgamento da ADO foi de 8 votos a favor e 3 votos contra ao enquadramento do crime de racismo a homofobia e transfobia, e por fim, a Suprema Corte, decidiu pela aplicação da lei 7.716/89 (lei de racismo), também para discriminação da homofobia.

²⁰ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26. 2020

²¹ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26. 2020

Durante a votação, o ministro Ricardo Lewandowski, foi o primeiro a demonstrar-se contrário ao pedido do requerente, argumentando que:

A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos.²²

Assim como o que consta na decisão do STF resultante do julgamento da ADO em questão, as práticas homotransfóbicas, a partir de agora, podem ser consideradas sendo do tipo racista, se for considerado para tanto a dimensão social do racismo conceituado durante o julgamento de plenário no Habeas Corpus nº 82.424/RS caso Ellwanger.

O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.²³

O caso Ellwanger se trata de um industrial e editor gaúcho, Siegfried Ellwanger Castan (1928 – 2010), o qual publicou obras propondo um revisionismo histórico que negava o holocausto judeu na Segunda Guerra Mundial e em decorrência disso, ele foi denunciado pelo Ministério Público de Porto Alegre pela prática de racismo em suas obras. Depois de todo o trâmite em todas as instâncias do Poder Judiciário, o HC em favor de Ellwanger chegou ao STF sob a alegação de que “judeus não constituem raça”, portanto o escrito em seus livros não tipificaria racismo.

Entretanto, a decisão do julgamento negou o Habeas Corpus tendo como base o argumento do ex-ministro Maurício Corrêa, relator do acórdão, o qual também nega o HC pelo argumento de que não existe um conceito genérico de raça, pelo fato de que esta é uma construção político-social e que em decorrência da vedação constitucional de todas as formas de racismo, o antissemitismo é considerado um tipo de discriminação racial em sua dimensão social.

Em suma, de acordo com Paulo Iotti

²² Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26. 2020

²³ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26. 2020.

o STF partiu da *constatação* de que a CF (artigo 3º, IV) e a Lei Antirracismo falam em “raça” e “cor” em palavras diferentes (conforme máxima hermenêutica, *a lei não possui palavras inúteis*, donde “raça” não pode significar *apenas* “cor”), [...]. Então, para o racismo não virar *crime impossível*, pela unicidade biológica da humanidade, afirmou-se ser conceito político-social — histórico, antropológico e sociológico (*ratio decidendi* da decisão) (VECCHIATTI, 2019).²⁴

A partir dessa linha de pensamento, o racismo não seria limitado somente à uma discriminação feita diretamente para com o povo negro, como também abrangeria, por conta da faceta social do racismo, qualquer tipo de preconceito advinda de atos de discriminação entre grupos humanos distintos, e principalmente de um grupo majoritário para com um grupo minoritário – no sentido de poder social da palavra.

CONCLUSÃO

Decorrente do exposto nos tópicos anteriormente apresentados, conclui-se que a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal ao enquadrar a homotransfobia no crime de racismo foi motivada por fatores preocupantes para a democracia brasileira, como por exemplo a inércia do poder legislativo, e que acabam por trazer imensos prejuízos sociais.

Assim como o exposto pelo Ministro Celso de Mello, cientificamente, raças humanas não existem, e por isso o racismo deve ser visto como uma forma de discriminação em que um grupo dominante, por meio de opressão política e ideológica, ameaça minorias que não compartilham características fenotípicas em comum. Por isso, para que o racismo não seja um crime impossível, ele deve ser interpretado como um reflexo das desigualdades e das estruturas opressoras que estão presentes na sociedade desde os primórdios da humanidade.

Por fim, é completamente possível que a homotransfobia seja enquadrada no crime de racismo, considerando o precedente do caso Ellwanger e a definição de racismo feita pelo ministro Celso de Mello, assim como o feito pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão número 26.

Entretanto, é necessário a reflexão de que racismo e homotransfobia são discriminações de origens distintas, pois elas são lutas diferentes das quais são passadas por comunidades diferentes, sendo necessário entender o contexto histórico de ambas.

Desse modo, a ação ideal é que o Poder Legislativo se pronuncie e abra uma votação para um projeto de lei que crie uma legislação específica que aborde a respeito do tema da criminalização da homofobia e da transfobia dentro do ordenamento jurídico.

²⁴ Paulo Iotti, 2019.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Elves de Lima. **Análise do julgamento da ADO 26 e do MI 4.733 (criminalização da homofobia):** função judicante contemporânea ou ativismo judicial. 2021. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2021.
- ALVES, Thamirys Teles. **Ativismo judicial:** uma análise crítica do julgamento da ADO nº 26 pelo Supremo Tribunal Federal. 2020. 23 f. Artigo (Graduação em Direito) – Centro Universitário Fametro, Fortaleza, 2020.
- AXT, Bárbara. Homossexualidade é doença? **Superinteressante**, dez. 2004. Disponível em <<https://super.abril.com.br/saude/homossexualidade-e-doenca>>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- CERQUEIRA-SANTOS, Elder et al. Homofobia internalizada e religiosidade entre casais homoafetivos. **Temas em Psicologia**, Ribeirão Preto, v. 25, n. 2, p. 691-702, jun. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.9788/TP2017.2-15>. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2017000200015&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- FOUCAULT, Michael. **História da sexualidade:** I A vontade de saber. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- IBGE. **IBGE:** População negra é principal vítima de homicídio no Brasil. 2019. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/25844-desigualdades-sociais-por-cor-ou-raca.html?edicao=25845&t=publicacoes>>. Acesso em: 28 maio 2021
- NÓBREGA NETO, Elias Cândido da. Decisões aditivas como representação do Ativismo Judicial? Uma análise da ADO 26. **Caderno Virtual**, Brasília, v. 4, n. 49, p. 1-24, jan. 2020. Disponível em: <<https://portal.idp.emnuvens.com.br/cadernovirtual/article/view/5131>>. Acesso em: 30 maio 2021.
- PAULA. Matheus de Souza. A Constitucionalidade no julgamento da DO 26 e do MI 4733: a interpretação político-social de condutas homotransfóbicas como condutas racistas. **Jurídica**, Franca, v. 15, n. 2, p. 155-184, dez. 2020. Disponível em: <<https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/1015>>. Acesso em: 20 de Jul de 2021.
- PORTILHO, Grazielle Jordão; GONÇALVES, Jonas Rodrigo, CALDAS. Paulo Gustavo Barbosa. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na criminalização da homofobia transfobia (ADO 26/DF). **Processus de Estudo de Gestão, Jurídicos e Financeiros**, Brasília, v. 11, n. 40, p. 4-15, jan./jun. 2020. Disponível em: <<http://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/183>>. Acesso em: 04 jun. 2021.
- RISCO. In: DICIO, **Dicionário on-line de Português**. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/racismo>>. Acesso em: 28 maio 2021.
- SCHUCMAN, Lia. Racismo e Antirracismo. *Psicología Política*, São Paulo, v. 10, n. 19, p. 41-55, jan. 2010
- VATICANO. **Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé:** Declaração – Persona humana. Roma, 29 dez. 1975, n. 8. Disponível em: <https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19751229_persona-humana_po.html>. Acesso em: 04 jun. 2021.
- VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo. **Conjur**, ago. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo>>. Acesso em: 28 maio 2021.

VEIGA, Edison. Há 30 anos, OMS retirava homossexualidade da lista de doenças. **DW Made for Minds**. 2020. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/há-30-anos-oms-retirava-homossexualidade-da-lista-de-doenças/a-53447329>>. Acesso em: 28 maio 2021.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; MARCHT, Laura Mallmann; MELLO, Letícia. Necropolítica: racismo e políticas de morte no Brasil contemporâneo. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 1053-1083, abr. 2020.

LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

LIMITS OF ACTION BY THE JUDICIARY: JUDICIAL ACTIVISM AND JUDICIALIZATION OF THE POLICY

Gabriel Roballo dos Anjos Santos¹

RESUMO

A relevância deste estudo esteve firmada na obrigatoriedade de compreensão dos limites de atuação do Poder Judiciário, este que comumente tem sido provocado para proferir decisões que demonstram usurpação de competência, assim adentrando em matéria de ordem política, seja do Legislativo ou Executivo, impactando diretamente não apenas em valores sociais, mas também com expressa conduta inconstitucional. O objetivo geral da pesquisa buscou estudar os limites de atuação do Poder Judiciário dentro do contexto normativo presente no ordenamento jurídico brasileiro. No que tange aos objetivos específicos: (i) Proveu-se uma definição no sentido crítico e não exaustiva de conteúdo indicativo; (ii) Compreendeu-se as competências do Poder Judiciário; (iii) Analisou-se decisões judiciais que impactam diretamente em valores sociais e políticos para delinear o posicionamento jurisprudencial; e (iv) fora estudada a demanda através do Direito Comparado. Tratou-se de uma pesquisa de cunho teórico e, quanto aos meios de investigação, utilizou-se a pesquisa bibliográfica (documentação indireta), envolvendo doutrina, revistas jurídicas especializadas e artigos científicos, além de jurisprudência juntos aos tribunais (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal).

Palavras-chave: Jurisdição. Ativismo Judicial. Judicialização da Política.

¹ Aluno do 10º período do curso de Direito da Universidade Federal do Amazonas – UFAM, sob orientação do professor Daniel Cardoso Gerhard, advogado especialista em Direito Administrativo e professor da Faculdade de Direito da UFAM. *E-mail*: gabrielroballoasantos@gmail.com

ABSTRACT

The relevance of this study was based on the obligation to understand the limits of action of the Judiciary, which has commonly been provoked to pronounce decisions that demonstrate usurpation of competence, thus entering into political matters, whether by the Legislative or Executive, directly impacting not only in social values, but also with expressly unconstitutional conduct. The general objective of the research sought to study the limits of action of the Judiciary within the normative context present in the Brazilian legal system. With regard to the specific objectives: (i) A critical and non-exhaustive definition of indicative content was provided; (ii) It was understood as competences of the Judiciary Branch; (iii) Judicial decisions that directly impact social and political values were analyzed to outline the jurisprudential position; and (iv) the demand was studied through Comparative Law. It was a theoretical research and, as for the means of investigation, a bibliographic research (indirect documents) was used, involving doctrine, specialized legal journals and scientific articles, as well as jurisprudence with the courts (Superior Court of Justice and courts) Supreme Court).

Keywords: Jurisdiction. Judicial Activism. Judicialization of Politics.

INTRODUÇÃO

A construção do Poder Judiciário tem sido baseada em decisões que impactam diretamente na sociedade, podendo ter nítida aceitação popular ou repúdio, especialmente nas questões que envolvem matéria política, de implementação de políticas públicas ou quando envolve temas controversos em pontos sociais.

Então, cabe ao Poder Judiciário resolver os casos judicializados, ainda mais quando são questões de grandes repercussões políticas, o que faz com que muitas demandas fujam da competência originária, sendo afastadas das instâncias políticas tradicionais, como o Senado Federal, Câmara dos Deputados e o próprio Poder Executivo.

Mas tal postura decorre do modelo constitucional adotado, sendo provocado o Judiciário para se manifestar, desde que preenchidos os requisitos de cabimento, e precisando conhecer ou não as ações, ainda quando o mérito é puramente de competência de outra Casa, possuindo ligação direta com as definições de teor político, políticas públicas, dentre outras, na qual o interfere nas decisões de outros Poderes baseando na legislação vigente.

E, mesmo com a previsão expressa da Constituição Federal sobre os limites de atuação do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, inúmeros são os casos de pedidos para revisar atuação puramente política ou quando rompem o liame desse posicionamento para atuar com nítida afronta aos valores constitucionais.

Portanto, foi feito um exame específico com maior aprofundamento para entendimento dos limites de atuação do Poder Judiciário e a própria judicialização em si, ou a provocação dele para resolver matérias de competência do Legislativo, no Congresso Federal, e do Executivo.

1 EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

A atuação do Poder Judiciário tem cada vez mais ganhado destaque nos últimos anos, principalmente quando tratamos do Supremo Tribunal Federal, com aumento significativo do quantitativo processual, demonstrada maior intensidade na judicialização de conflitos, solução de lides ou necessidade de análise pela instância superior de demandas, principalmente no tocante da atuação dos demais Poderes.

Temas de grande importância foram resolvidos em um curto período, decidindo a Corte Maior sobre a “Lei da Ficha Limpa”, direitos de reprodução (ou aborto de feto anencefálico), uniões homoafetivas e muitos outros de grande interesse público,

passando a ocupar o espaço político, já que a discussão deveria ocorrer de modo democrático e com ampla participação da população.

É justamente nesse sentido que o constitucionalismo fora redimensionado com o advento pós-Segunda Guerra Mundial, progressivamente sendo o STF provocado para se manifestar sobre grande gama de assuntos previstos no texto constitucional.

Considerando a adoção doutrinária da teoria de Hans Kelsen sobre o guardião da Constituição, estipulando que “a função de um Tribunal Constitucional tem um caráter muito mais político de grau muito maior que a função de outros tribunais”, continuando em “e nunca os defensores da instituição de um Tribunal Constitucional desconhecaram ou negaram o significado eminentemente político das sentenças deste – mas não que por causa disso, ele não seja um tribunal e que sua função não seja jurisdicional”.

O aumento da quantidade de processos em trâmite nas instâncias superiores diretamente cria um acentuado grau interventivo que assume o Judiciário na relação dos demais Poderes, estabelecendo responsabilidade política e com um parâmetro diferenciado no novo constitucionalismo estabelecido ao fixar posturas discricionárias dos juízes.

Antes de prosseguir no mérito se deve delinear o exercício da jurisdição – a chamada função do Estado de atuar na vontade concreta da lei e com o fim de obter a justa composição da lide –, possuindo três atividades básicas, sendo decisão, coerção e documentação. Na primeira, o Estado-juiz conhece da lide (o conflito de interesse com pretensão resistida) e decide sobre a demanda; seguindo pela atividade de compelir o vencido no cumprimento da decisão; e a criação comprobatória dos documentos pertinentes para demonstração pública que comprove o trâmite processual.

De acordo com a concepção instrumentalista do processo, a jurisdição possui três fins delimitados no escopo jurídico, que consiste a atuação objetiva da lei, descritos em escopo social, promovendo o bem comum, e escopo político, preservando valores democráticos e a intervenção popular.

No nosso sistema judicial, de ordem romano-germânico – o *civil law* –, baseado no direito romano, há nítida outorga à lei como fonte imediata do ordenamento jurídico, criando um parâmetro em que os litígios são resolvidos por meio da subsunção do caso à norma constante da lei, fortalecendo a atividade do Estado-juiz para interpretar o texto legal através de seu livre convencimento, disposição inclusive presente no artigo 371 do Código de Processo Civil, *ipsis litteris* “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

É justamente nesse diapasão que o Poder Judiciário insere sua maior mudança, quando na transição do regime ditatorial para a democracia pela promulgação da Constituição Federal, modificando radicalmente a forma como era concebido o exercício da jurisdição constitucional no Brasil, diretamente vinculando duas expressões à atividade jurisdicional, sendo respectivamente o ativismo judicial e a judicialização da política.

2 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Conforme leciona Tassinari (2013, p. 27), o Judiciário é acionado para resolver conflitos, e a distinção entre o ativismo e judicialização da política apresenta-se como indispensável, evitando que o Direito seja resumido tão somente a um produto das decisões judiciais, o que afetaria as bases democráticas que fundam o Estado brasileiro.

Em primeiro passo, a judicialização da política é vista como resultado da interação entre ao menos três elementos, quais sejam: Direito, Política e Judiciário. Sua acepção decorre da própria noção de constitucionalismo, produto do conjunto de mecanismos normativos e institucionais de um sistema jurídico-político que organizam os poderes do Estado e protegem os direitos fundamentais dos cidadãos. De modo mais simples, é correto afirmar que o constitucionalismo decorre de uma tentativa jurídica (Direito) de oferecer limites para o poder político (Política), o que se dá por meio das Constituições, interpretadas no modelo jurídico pelo Supremo Tribunal Federal (Judiciário).

Assim, temos que a judicialização da política ocorre quando o Poder Judiciário toma para si o papel de estabelecer normas e condutas a serem seguidas pelos demais poderes. Assim, a judicialização da política ocorre quando questões políticas são levadas ao Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal, para que este, por meio do exercício da jurisdição (em uma espécie de ativismo judicial) decida a lide, ainda que de cunho político.

Já sobre o ativismo judicial, Tassinari (2013, p. 33) afirma que apesar dos diversos entendimentos sobre a temática, em uma tentativa de sistematizar as concepções existentes, é possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras.

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais [...]. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (BARROSO, 2010, p. 9).

A problemática é tão profunda que não há posicionamento doutrinário definitivo, inclusive existindo o afirmado “ativismo judicial à brasileira”, fruto da ausência de mecanismos formais de unificação vinculante de jurisprudência e de escolha (fundamentada, mas com alguma dose de discricionariedade no julgamento) das hipóteses de exercício formal da competência recursal em sede de controle difuso, o que gera “uma certa sensação de descontrole”, como defendida por Veríssimo (2008, p. 422).

Posicionando em termos práticos, pode-se definir o ativismo judicial como controle incidente sobre as “políticas de ação social do governo”, ponto extremamente sensível da discussão sobre o tema, porque é justamente para evitar que o Judiciário assuma funções do governo que surge a necessária crítica, fundado principalmente sob o prisma do exercício do controle de constitucionalidade sobre a administração (ou sobre o Legislativo), possível também aprofundar através do controle (revisão judicial) dos demais Poderes através da constitucionalidade da atuação.

Assim, passa ao Supremo Tribunal Federal o papel especializado de confirmar a correta atuação dos Poderes, seja do Executivo ou Legislativo, cabendo a ele a última palavra, ignorada a própria concepção da separação de Poderes, base do sistema jurídico-político brasileiro, em contraposição ao sistema de Freios e Contrapesos, vez que “limitação do poder, dada a sua natureza intrínseca só pode ser obtida pela contraposição a outro poder, isto é, o poder freando o poder” (LIMONGI, 2011, p. 250).

Uma demonstração bem específica dessa atuação – apesar do conjunto exagerado –, foi quando a ministra presidente do STF à época, Cármen Lúcia, suspendeu a posse da deputada federal Cristiane Brasil como ministra do Trabalho na alegação de que o ato contraria o princípio da moralidade, determinado na Constituição, por causa das condenações sofridas na Justiça Trabalhista.

De outro lado, a posição adotada pela Corte sofreu grandes críticas pela ausência de legitimidade dos juízes para definir ou interferir em determinadas situações, visto que não são eleitos pela população, criando um parâmetro diferenciado pelas decisões

ativistas produzirem uma “microjustiça”, relativa apenas ao caso concreto, mas gerando injustiças no sistema geral, exatamente como as ordens para que o Sistema Único de Saúde cubra medicamentos e tratamentos, ajudando o autor da ação, só que prejudicando os demais usuários do SUS e comprometendo as verbas estatais para a área, que já são limitadas..

CONCLUSÃO

Nota-se que o ativismo judicial e a judicialização da política decorrem em razão, na maioria das vezes, da ineficiência dos Poderes Legislativo e Executivo, mas não só isso, pois por vezes os tribunais brasileiros usurpam sua competência julgadora, e definem verdadeiras políticas públicas.

Essa judicialização à brasileira acaba que por ferir o sistema democrático de direito e seu sistema de freios e contrapesos, pois o Judiciário acaba por possuir uma competência não prevista na Constituição: a de confirmar a correta atuação dos Poderes, seja do Executivo ou Legislativo, cabendo a ele a última palavra, decisão essa quase que sempre irrecorrível.

Deste modo, o presente trabalho buscou aprofundar sobre as limitações de atuação do Poder Judiciário, seguindo com maior ênfase no Supremo Tribunal Federal, demonstrada a necessidade de o julgador justificar porque escolheu uma saída e não as outras, alongando ainda mais os processos, principalmente quando os juízes proferem decisões de cunho social e político sem conhecer a fundo a realidade dos órgãos do Executivo, por exemplo.

REFERÊNCIAS

- ABREU, João Paulo Pirôpo. **A autonomia financeira do Poder Judiciário**: limites traçados pelo princípio da independência e harmonia dos Poderes. Brasília: CEJ, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BRASIL. **Constituição República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.
- FACHIN, Zulmar. As funções do estado no processamento de Aristoteles, John Locke e Montesquieu: breve resgate histórico. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, Londrina, v. 1, p. 143-151, jan. 2008.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. Da proteção do indivíduo contra ato administrativo ilegal ou injusto. **Arquivo do Ministério da Justiça e Negócios Interiores**, v. 5, n. 18, p. 1-22, jun. 1946.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LIMONGI, Fernando Papaterra. “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. 14. ed. São Paulo: Ática, 2011. v. 1. p. 242-287.
- MARSHALL, William P. Conservatives and Seven sins of judicial activism. **Colorado Law Review**, Boulder, v. 73, n. 1217, p. 1244-1245, set. 2002.
- PANCOTTI, José Antônio. **Princípio da inafastabilidade da jurisdição e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. 2007. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2007.
- POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier; Konrad Adenauer; Campus, 2012.
- SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**: diretrizes para o trabalho científico-didático na universidade. 14. ed. São Paulo: Cortez & Moraes, 2000.
- TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.
- VERISSIMO, Marcus Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Direito GV Law Review**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008.

O RESPEITO À CONSTITUIÇÃO DEVE CONTINUAR, MESMO DURANTE PANDEMIAS E MOMENTOS ATÍPICOS

THE RESPECT FOR THE CONSTITUTION MUST CONTINUE, EVEN DURING PANDEMICS AND ATYPICAL MOMENTS

Udo Guilherme Lutz¹

RESUMO

Com o covid-19, novas questões jurídicas foram trazidas para a discussão, envolvendo preceitos constitucionais e direitos fundamentais – sendo direcionadas, portanto, ao Supremo Tribunal Federal para análise. O problema de tal premissa, entretanto, está na seguinte questão: como deve atuar o STF durante a pandemia? Com a problematização mencionada, são debatidos os julgados, suas fundamentações e suas consequências para toda a sociedade brasileira. A presente pesquisa, para tentar evidenciar e sanar a questão, traz como hipótese a ideia inicial de um raciocínio voltado para a Constituição da República Federativa de 1988. Assim, como objetivo geral, buscar-se-á, a demonstração de que a Constituição Federal não pode ser negligenciada e contrariada em tempos atípicos, como a atual pandemia vivenciada. Como objetivos específicos, para auxiliar a compreensão do tema, são propostos: (i) demonstrar a atuação do STF no tema; (ii) conceituar e traçar os problemas do ativismo judicial que estarão em diálogo com as medidas efetivadas; (iii) demonstrar que, posteriormente, ainda haverá o problema que tange à efetivação das medidas analisadas. Desta feita, a pesquisa realizará uma abordagem nos três aspectos fundamentais sobre o tema, a atuação pré, durante e após as decisões proferidas pelos Ministros do STF e sua relação com a pandemia e a Constituição. Por fim, registra-se que o presente artigo possui como metodologia a dedutiva com o referencial bibliográfico jurisprudencial.

Palavras-chave: Constituição. Pandemia. Coronavírus. Supremo Tribunal Federal.

¹ Estudante do curso de Direito pela FAE Centro Universitário pelo programa LAW Experience. Membro do Grupo de Estudos NECcrim (Núcleo de Estudos em Ciência Criminais) e GEDIPI (Grupo de Estudos em Direito Penal Internacional). Pesquisador de Iniciação Científica pela FAE (2019-2020). E-mail: udolutz1@gmail.com

ABSTRACT

With covid-19, new legal issues were brought to discussion, involving constitutional precepts and fundamental rights – being therefore directed to the Supreme Court for analysis. The problem with such a premise, however, lies in the following question: how should the STF act during the pandemic? With the aforementioned problematization, the judgments, their reasons and their consequences for the entire Brazilian society are debated. This research, in order to try to highlight and remedy the issue, brings as a hypothesis the initial idea of a reasoning aimed at the Constitution of the Federative Republic of 1988. Thus, as a general objective, it will be sought to demonstrate that the Federal Constitution does not it can be neglected and countered in unusual times, such as the current pandemic. As specific objectives, to help understand the topic, the following are proposed: (i) demonstrate the role of the Supreme Court on the topic; (ii) conceptualize and outline the problems of judicial activism that will be in dialogue with the measures taken; (iii) demonstrate that, later, there will still be the problem regarding the implementation of the analyzed measures. This time, the research will approach the three fundamental aspects of the theme, the performance before, during and after the decisions made by the Ministers of the Supreme Court and its relationship with the pandemic and the Constitution. Finally, it is registered that this article has as a deductive methodology with the jurisprudential bibliographic reference.

Keywords: Constitution. Pandemic. Coronavirus. Supreme Federal Court.

INTRODUÇÃO

A pandemia do Coronavírus, sem dúvidas, foi um evento extremamente trágico para toda a população no ano de 2020 – junto com sua extensão para 2021 que continua a assolar a sociedade como um todo. Além de todas as questões sensíveis referentes à saúde e à proteção humana, muitas dúvidas foram geradas no plano macroestrutural – como nas áreas econômica, biológica e administrativa sobre como combater o vírus e suas consequências na sociedade.

O Direito e suas ciências, por consequência, também são extremamente afetados por toda a pandemia e seus efeitos, posto que atuam principalmente em uma análise posterior sobre as medidas realizadas pelas outras funções do Poder (Legislativo e Executivo). Pode-se afirmar, ainda, que o Judiciário é a função do poder que mais possui dificuldades com a pandemia – visto que, além de julgar os casos concretos que chegam para análise, devem também fazer o controle das medidas tomadas pelo Legislativo e Executivo. Tudo isso, com o cuidado para não exceder seu âmbito de atuação. A Corte Suprema brasileira, além de enfrentar os pontos já ressaltados, ainda enfrenta uma enorme dificuldade – a falta de precedentes. Por ser uma medida atípica nunca enfrentada pelo Supremo, não há casos anteriores para serem utilizados como base argumentativa para os casos que chegam ao Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Fica então a problematização: como deve o STF atuar no período de pandemia?

Entretanto, mesmo com todas as dificuldades, (ainda) há um elemento basilar, e que nunca deve ser negligenciado, para o auxílio da questão: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Isto é, mesmo com todas as dificuldades a serem enfrentadas, a Constituição Federal não pode ser contrariada ou “rasgada” em prol de algum item: o papel fundamental do STF, portanto, que sempre foi a proteção da Constituição, é reafirmado durante os tempos mais sensíveis. Desta feita, realizar-se-á no presente trabalho um ensaio sobre o papel da Suprema Corte Brasileira no período de pandemia e suas consequências ao olhar da Carta Magna promulgada em 1988 no Brasil.

A hipótese para a pesquisa, assim, está em ressaltar que a Constituição não pode ser segundo plano ao argumentar a pandemia como um momento de “novas necessidades”, bem como sobre sua (in)eficiência. Define-se, como objetivo geral – coadunando com a hipótese da pesquisa – demonstrar como o STF deve respeitar a Constituição em seus julgamentos, principalmente nos direitos e garantias fundamentais. Como ramificações específicas, auxiliando a compreensão e variáveis presentes no trabalho, define-se: (i) analisar a dificuldade da delimitação da função do STF: problemas como o ativismo judicial; (ii) demonstrar a dificuldade em efetivar os itens demonstrados no plano prático.

Registra-se que o presente trabalho utiliza como metodologia a ser apresentada a referência bibliográfica e jurisprudencial, bem como o estudo de caso sobre o período delimitado. Para tanto, será utilizado de diversas doutrinas e artigos publicados em

revistas e livros jurídicos para uma compreensão com referências homenageadas no campo doutrinário. Além da interdisciplinaridade com outras áreas do conhecimento, como a literatura e matérias propedêuticas do Direito.

1 A ATUAÇÃO DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA NA PANDEMIA E O RESPEITO À CONSTITUIÇÃO E AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INERENTES

“Entre toda essa gritaria, é difícil que os adversários se escutem. As opiniões ficam polarizadas. As mentes se fecham” (SAGAN, 2008, p. 195).

Na abordagem da temática proposta, um questionamento vem à tona: como deverá atuar a Suprema Corte em uma situação atípica e sem precedentes? A luz no fim do túnel, além do ponto de partida, continua sempre sendo a Constituição Federal de 1988. Isto é, a atuação do STF versará sobre a complexa tarefa de proteger e respeitar a Constituição contra ‘ataques’: tanto das outras funções do Poder – na busca da concretização de medidas –, quanto na “frenagem” aos anseios populares. Em outras palavras, busca-se o Supremo Tribunal como “intérprete da Constituição” (BARROSO, 2019, p. 422). Afinal, sobre o contexto da pandemia, deve ser ressaltado que: “A finalidade (telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação” (HESSE, 1991, p. 23).

Assim, o primeiro ponto a ser analisado é a garantia dos Direitos Fundamentais positivados na Constituição. Ou seja, núcleo duro constitucional presente nos direitos e garantias fundamentais não pode ser negligenciado pela argumentação da pandemia – ou, ainda, pela argumentação utilitária da busca por uma vontade majoritária. Com isso, parte-se do entendimento de Dworkin sobre os direitos fundamentais possuírem o caráter de trunfo contra as maiorias (NOVAIS, 2006, p. 17). No mesmo sentido, “Dworkin [...] que, numa expressão evocativa, retrata os direitos como “trunfos” que, em contexto judicial, podem ser postos na mesa contra as autoridades governamentais” (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 79). Sistematiza-se tais afirmações até chegar em uma das funções do Supremo Tribunal Federal: o seu aspecto contramajoritário. Isto é, “O *status* de sentinela contra o risco da tirania das maiorias” (BARROSO, 2019, p. 440).

Um exemplo atual da atuação contramajoritária do STF pode ser evidenciada na (acertada) decisão sobre a compulsoriedade da vacinação contra o Coronavírus, no bojo das ADIs 6586 e 6587. Assim, mesmo que (hipoteticamente) grande parcela da sociedade – ou entidades governamentais – seja contra tal medida, vence o aspecto contramajoritário de cumprir com os anseios constitucionais.

Além da análise sobre os direitos fundamentais constitucionais, também é de competência da Suprema Corte julgar os ditos *hard cases* quando há a colisão entre tais normas: na forma de conflitos de princípios constitucionais. Com as novas discussões sobre a pandemia e suas consequências, inúmeros serão os casos que haverá o conflito de positavações constitucionais². Assim, a atuação do STF torna-se ainda mais complexa, visto que há os novos conflitos pelos resultados da pandemia atualmente vivenciada pela sociedade. Portanto, conflitos como a possibilidade da restrição de liberdades constitucionais com fundamentos também derivados da Constituição (como a saúde pública) estão em xeque a todo o momento da pandemia.

Contudo, há um problema na colisão e conflitos – principalmente principiológicos – que está presente desde o início da expansão da jurisdição constitucional: o abuso dos princípios e sua utilização de maneira errônea. Isto é: “Pelo fato de os direitos serem poderes potencialmente perigosos, um governo comprometido com a garantia dos direitos também deve trabalhar para garantir que eles não sejam mal utilizados” (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 154). Ou, ainda: “... os princípios são remédios que se apresentam como panaceia, mas o seu uso descomedido pode levar ao envenenamento” (NEVES, 2019, p. 151).

Cabe, portanto, à Suprema Corte brasileira a atuação com a melhor análise possível para que anseios (a)políticos e discursos antidemocráticos que deturpam o significado emanado das normas (significantes) e que não sejam consolidados como respostas ao tempo de pandemia.

Além disso, outro problema que é expandido durante toda a questão atual continua sendo a discussão entre a reserva do possível do orçamento administrativo e a garantia de um mínimo existencial. O debate não é novo. Contudo, a pandemia agrava a discussão com as limitações impostas pelo Executivo e suas medidas de prevenção. Com a garantia ao mínimo existencial, retorna-se ao conceito de trunfos já apresentado por Dworkin mencionado acima (SARLET, 2013, p. 40). Entretanto, a garantia de tais pressupostos necessita de recursos públicos, toda a aplicação e prestação dos direitos possui tais custos (BITENCOURT NETO, 2010, p. 147). A alocação de recursos, sem dúvida, ficou ainda mais complexa com a necessidade do direcionamento de combates e medidas frente à pandemia. Nesse ponto, é função do STF que tais fundamentos não sejam utilizados para afastar as outras garantias já necessárias universalmente: a garantia do mínimo existencial mesmo durante o cenário atual.

² Evidencia-se o enquadramento de regras e princípios constitucionais nos conflitos devido ao fato do conflito entre normas constitucionais com infraconstitucionais ser resolvido pelo critério hierárquico das normas, com o entendimento que prevalece a norma hierarquicamente “superior” (BOBBIO, 2014, p. 95).

Por fim, vale também mencionar a questão da igualdade de status e oportunidades para o interesse público³. François Dubet (2015, p. 11) descreve a igualdade de status como a busca institucional para a redução de desigualdades: utilizando, como um dos exemplos, a desigualdade de renda. Com isso, refere-se à garantia que em uma discussão constitucional sobre conflitos, tais normas programáticas que visam a redução de desigualdades não possam ser flexibilizadas para a utilização de recursos com fundamentos diversos.

2 O PROBLEMA DA DELIMITAÇÃO DAS FUNÇÕES: O ATIVISMO JUDICIAL

A primeira problematização a ser realizada quanto a atuação do Supremo Tribunal Federal refere-se ao limite – ou tentativa de limitação – de sua função. Isto é, o problema do ativismo judicial presente em todas as Cortes Superiores. O fenômeno do ativismo não possui início nos tempos de pandemia, como as questões doutrinárias já evidenciam. Entretanto, em um tempo atípico e sem precedentes, o debate sobre a ampliação do poder das Cortes Superiores aumenta em sua complexidade.

Pode-se determinar que os questionamentos do ativismo judicial possuem sua grande ampliação após o período determinado como neoconstitucionalismo⁴ (TEBET, 2009, p. 6-7). A busca ativista refere-se ao Judiciário exacerbando seu limite de atuação com a justificativa de efetivar medidas presentes na Constituição (BARROSO, 2020, p. 434). Sintetiza-se, então, que o ativismo judicial possui a característica do Judiciário, em uma perspectiva completa, ampliar suas funções para anseios e finalidade próprias.

Deste ponto, surgem as críticas ao fenômeno. Como, por exemplo, Lenio Streck (2016a, p. 724) que irá confirmar que a demasiada ampliação da função judiciária em aspectos de outras funções sempre será prejudicial ao ordenamento jurídico. Visto que, para a garantia de anseios constitucionais, a própria Constituição em sua formalidade pode ser violada ao determinar tais medidas. Outra crítica, ainda, é sobre

³ Faz-se um adendo à expressão “interesse público” utilizada. Visto que o seu sentido possui divergência entre questões doutrinárias e jurisprudencial, visto a imprecisão do termo (HACHEM, 2011, p. 59). Utiliza-se, portanto, a expressão com a fundamentação na busca de um avanço da sociedade, por meio de políticas públicas determinadas sobre o interesse público.

⁴ Determina-se que a relação entre neoconstitucionalismo com o ativismo judicial possui relação com a recepção de conceitos e teorias mal interpretados de outros ordenamentos jurídicos distintos, o que levou ao encontro de pontos norte-americanos que podem ser classificados como ativistas (STRECK, 2020, p. 250).

a argumentação apresentada nas decisões ativistas, que possuem uma finalidade/telos evidente com a medida apresentada. Tal caráter teleológico, não pode/deveria ser objeto de uma sentença (STRECK, 2016b, p. 42).

Entretanto, do outro lado do mesmo fenômeno, há a discussão linguística da “ampliação” da função como a *judicialização da política*, em sua busca da diferenciação do ativismo judicial. Na judicialização, há a distinção de como é realizada a participação do Judiciário perante a sociedade (BARROSO, 2009, p. 12). Percebe-se, então, que há a dificuldade quanto a diferença entre os dois fenômenos. Exemplos muito comuns do debate podem ser demonstrados sobre a recente decisão da criminalização da homofobia pelo STF, na ADO 26 em 2019, como também a discussão da possibilidade da descriminalização do aborto até o terceiro mês em um caso concreto pelo HABEAS CORPUS 124.306-RJ. Ressalta-se aqui que não é transmitido o juízo de valor quanto o acerto ou não do STF sobre os processos: busca-se, apenas, demonstrar casos práticos em que há a discussão doutrinária sobre a ampliação do âmbito de atuação da Suprema Corte.

O debate, já complexo de início, aumenta sua dificuldade com as questões inerentes da pandemia e suas consequências. Isto é, muitos serão os casos em que a Suprema Corte brasileira precisará realizar o julgamento com a sensibilidade de não exceder seus limites da função do poder – o que, na prática, é um ponto extremamente difícil, visto os pedidos e os fundamentos presentes no corpo das ações. Como, por exemplo, questões de como se portar na quarentena e as possíveis medidas de contenção determinadas pelo Executivo e Legislativo.

Entretanto, tal discurso encantador não pode ser objeto de escusas para exceder o poder: a garantia da tripartição dos poderes presentes na Constituição no artigo segundo deve ser preservada (!) – mesmo em tempos atípicos.

Com as consequências da pandemia, aparecerão ações sobre pontos realizados pelo Legislativo e Executivo que caberá ao Judiciário analisar. A jurisprudência gerada pelo tempo sem precedentes não pode contar com o Judiciário ‘legislando’. O ponto do cuidado ao ativismo nos julgamentos “pós-pandemia” não será um caráter isolado do Brasil, mas, sim, de todas as Supremas Cortes presentes nas democracias – visto que todo o Estado democrático que prega a teoria dos *checks and balances* está sujeito ao fenômeno do ativismo judicial.

3 A DIFICULDADE NA EFETIVAÇÃO DAS MEDIDAS

“Não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força” (HESSE, 1991, p. 25).

Posteriormente às determinações realizadas pelo Supremo, ainda resta uma problematização: a garantia que as medidas propostas e determinadas pela via democrática da jurisdição constitucional determinadas sejam realizadas. Isto é, a garantia que as decisões proferidas dotem do caráter de eficácia. Afinal, caso tais medidas constitucionais não sejam concretizadas, até na deslegitimação do texto constitucional, muito assemelhar-se-ia ao conceito de Lassalle sobre a constituição ser apenas um “pedaço de papel” (HESSE, 1991, p. 25).

Pode-se, ainda, fazer uma comparação ao entendimento de Norberto Bobbio (2016, p. 47), ao tratar da problematização da *eficácia* das normas jurídicas. O problema da eficácia, para Bobbio, é se sociedade em que a norma está inserida aceitará e seguirá o texto normativo que regulamenta a norma (BOBBIO, 2016, p. 47). Um exemplo já com a covid-19 são as normas referentes ao distanciamento social e uso de máscaras, que em inúmeros momentos foram negligenciados pela população – como no caso das festas na virada do ano.

Como o STF é a Suprema Corte brasileira, cabe à corte a complexa tarefa de efetivar a “última palavra” sobre conflitos e problematizações frente às questões constitucionais (HESSE, 1991, p. 28). Nessa perspectiva, cabe também a discussão quanto à eficácia e meios para incrementar as necessidades de cada caso prático. Konrad Hesse (1991, p. 27) no mesmo entendimento sobre o tema afirma que “o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível”.

Há, ainda, o problema financeiro do Estado para concretizar as medidas. Afinal, como bem menciona a linha de estudo sobre a Análise Econômica do Direito, todo direito possui um custo⁵⁻⁶. Assim, retorna-se ao debate de conceitos como a reserva do possível e o mínimo existencial comentados anteriormente. Percebe-se que, pelo ponto de vista orçamentário, uma sociedade em crise não poderá garantir eficientemente todos os direitos e garantias postas na Constituição Federal (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 202). No sentido orçamentário, fica evidente que – pela questão de concretização – nenhum direito e garantia é absoluto: visto que as finanças orçamentárias podem ser alteradas e o destino do orçamento também, por força administrativa do Executivo (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 190).

⁵ A Análise Econômica do Direito determina a utilização de preceitos econômicos para buscar auxiliar questões jurídicas, utilizando-se, portanto, como um instrumento aos juristas (GICO JR., 2010, p. 18).

⁶ Entretanto, tal comentário não significa que decisões judiciais podem ser decididas com base em questões não jurídicas e deixando o debate técnico do Direito para o segundo plano. Em tal sentido, pode-se dizer que tais argumentos, se não utilizados da maneira correta, até mesmo possuem um perigo ao debate técnico jurídico. Visto que podem trazer novos perigos para a discussão sobre princípios e regras jurídicas, como a politização, mídia e questões econômicas para o debate jurídico (NEVES, 2019, p. 170).

Desta feita, é demonstrado a necessidade de um maior diálogo entre as funções do Poder para a busca da concretização de preceitos fundamentais – ressaltando a necessidade da melhor alocação de recursos para o enfrentamento da pandemia e resguardando os limites constitucionais das competências de cada órgão do Poder.

Por fim, há de ressaltar que, em questões de eficácia, cabe à Suprema Corte a função de iluminar os direitos fundamentais – que não podem ser negligenciados durante os tempos de pandemia, e em nenhum momento – para garantir o Estado Democrático de Direito. Afinal, como bem menciona Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 63), a condição para a existência de tal Estado mencionado é o reconhecimento e concretização dos princípios e regras que estipulam os direitos fundamentais na Constituição Federal. Utilizando como analogia o seguinte enunciado sobre a atuação do Direito frente às novas tecnologias: “No entanto, as novas tecnologias exigem uma nova leitura, pois não se encaixam nas categorias tradicionais do direito” (VIANA; KREUZ, 2018, p. 54), os tempos de pandemia, necessitam do mesmo entendimento a ser reforçado pela Suprema Corte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo foi planejado pela divisão didática de três tópicos distintos que se complementam para buscar a melhor conceituação da atuação da Suprema Corte brasileira durante o período de pandemia. Percebe-se que o âmbito de atuação não é expandido, mas, sim, novos casos que necessitam de apreciação e julgamento da corte suprema.

Com isso, em um momento da pré-atuação constitucional, foi demonstrado o respeito à Constituição e suas programações pelo STF: dando ênfase nas características que demonstram sensibilidade do tema. Assim, mesmo durante a pandemia, o debate sobre a garantia dos Direitos Fundamentais não pode ficar em segundo plano. Mesmo que, como em qualquer momento, ocorra a colisão de normas constitucionais, tais fundamentações não podem gerar problemas futuros de novos precedentes dos tão mencionados “momentos atípicos”. Dessa maneira, a garantia de um mínimo existencial deve ser readequada (com a atuação da Suprema Corte) para o caso concreto e com base na atual pandemia.

A dificuldade, muito mais presente no plano da prática constitucional, foi sucintamente explorada no segundo tópico do ensaio: o problema do ativismo judicial. Também não é um problema gerado pela pandemia – mas um problema que possui uma extensão de riscos em um momento atípico. Durante a atuação do STF, portanto, deve-se tomar muito cuidado para que não ocorra a exceção ativista e a geração de precedentes contra anseios constitucionais.

Pelo último tópico, foi abordado o problema após a atuação constitucional, em que as medidas tomadas sejam eficazes – isto é, respeitadas. Enseja, neste ponto, que sejam tomados os meios coercitivos presentes no Direito para que tais medidas sejam reproduzidas. Isto é, saia do plano apenas teórico e seja realizado na prática. Aqui cabe, portanto, a apreciação do auxílio do diálogo com as outras funções do Poder para concretizar tais anseios e pela busca da melhoria social em tempos de pandemia.

O trabalho da atuação do Supremo Tribunal Federal durante o tempo de pandemia é extremamente complexo: afinal, mesmo no momento “normal” já é um papel difícil. A busca da melhoria, como nas diversas áreas, parte do diálogo. Desta feita, portanto, finaliza-se o presente trabalho com a ideia de Carl Sagan (2006, p. 241), em que a ciência (ampliando no presente artigo para o campo jurídico) não deve estar pautada nos argumentos de autoridade – visto que na compreensão do escritor as autoridades já cometeram erros –, mas sim, no diálogo.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium**: Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.
- DUBET, François. **Status e oportunidades**: como repensar a justiça social. Tradução de Christiane Suplicy Teixeira Curioni. Vargem Grande Paulista; São Paulo: Cidade Nova, 2015.
- GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.
- HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição** (Die normative Kraft der Verfassung). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, R. Cass. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direito fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.
- SAGAN, Carl. **Bilhões e bilhões**: reflexões sobre vida e morte na virada do milênio. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- SAGAN, Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**: a ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. **Revista do CEJUR/TJSC**: Prestação Jurisdicional, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 29-44, dez. 2013
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016a.

STRECK, Lenio Luiz. **Juiz não é Deus**: juge n'est pas Dieu. Curitiba: Juruá, 2016b.

TEBET, Diogo. Ativismo judicial e processo penal: mais “warren’s court” e menos “law and order”. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim**, São Paulo, v. 17, n. 205, p. 1-3, dez. 2009.

VIANA, Ana Cristina Aguilar; KREUZ, Letícia Regina Camargo. Admirável mundo novo: a Administração Pública do século XXI e as tecnologias disruptivas. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, v. 20, n. 110, p. 51-68, jul./ago. 2018.

DIREITO DA PERSONALIDADE E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: REFLEXÕES SOBRE O MORRER DURANTE A PANDEMIA COVID-19

PERSONALITY RIGHTS AND PRINCIPLE OF DIGNITY OF THE HUMAN PERSON: REFLECTIONS ABOUT DYING DURING THE COVID-19 PANDEMIC

Karina Silveira de Almeida Hammerschmidt¹

Thábata Beatrice Nicolau²

RESUMO

Introdução/Justificativa: A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental, estabelecido na Constituição Federal Brasileira, não basta o direito à vida, é preciso dignidade durante o viver e morrer (mínimo existencial digno). Objetivo: Refletir sobre situações que envolvem o morrer durante a pandemia covid-19 entrelaçadas no direito da personalidade e princípio da dignidade da pessoa humana. Método: Para embasar as reflexões, utilizou-se: Constituição Federal Brasileira (1998), Sarlet (2021), Reale (2002), Dimitri (2021), Diniz (2004) e Hachem (2013), bem como foi realizada revisão integrativa da literatura na *Scientific Electronic Library Online* (SciELO), com estratégia de busca bibliográfica (descritores: dignidade AND morte). Da busca, emergiram quatro publicações, que também fizeram parte do *corpus de análise* da reflexão. Resultados: A mortalidade descontrolada ocorrida na pandemia covid-19, evidenciou a finitude como algo estritamente biológico, desvinculando-se do direito de personalidade e da dignidade humana, valor-fonte do ordenamento constitucional brasileiro. O direito da personalidade vincula-se à esfera nuclear de personalidade, dignidade e liberdade humana, colocando o direito à vida em destaque, respeitando a trajetória do ser

¹ Aluna do curso de Direito da FAE Centro Universitário. Enfermeira. Doutora em Enfermagem (FURG). Mestra em Enfermagem pela UFPR. Mestra em Organizações e Desenvolvimento pela FAE Centro Universitário. Especialista em Saúde Coletiva pela PUCPR. Especialista em Administração pela FAE Centro Universitário. Docente do Departamento de Enfermagem da UFPR. *E-mail*: ksalmeidah@ufpr.br

² Pós-graduanda em Gestão de Projetos pela FAE Business School. Graduada em Administração pela UFPR. Aluna do curso de Direito da FAE Centro Universitário. Integrante do Grupo de Pesquisa Observatório dos Direitos de Gênero da FAE Centro Universitário. *E-mail*: thabata.nicolau@mail.fae.edu

humano e seus familiares. Considerando a ancestralidade do ser, respeitando o coletivo e a solidariedade, pois o ser humano é memória, coletividade, sendo fundamental respeitá-lo como ser transindividual dotado de dignidade. Conclusões: Compreender a dignidade do morrer, nesta quadra, é respeitar a vida, mesmo diante das adversidades deste momento acelerado, significa compreender que as pessoas humanas positivadas com covid-19 tem direito de proteção constitucional, conformando-se nos princípios fundamentais, valores supremos da ordem jurídica.

Palavras chave: Direito. Personalidade. Dignidade. Pessoa Humana. Morte. Pandemia Covid-19.

ABSTRACT

Introduction/Justification: The dignity of the human person is a fundamental principle, established in the Brazilian Federal Constitution, the law to life is not enough, it is necessary to have dignity during living and dying (dignified existential minimum). Objective: Reflect on situations involving dying during the covid-19 pandemic, intertwined with the law to personality and the principle of human dignity. Method: To support the reflections, we used: Brazilian Federal Constitution (1998), Sarlet (2021), Reale (2002), Dimitri (2021), Diniz (2004), Hachem (2013), as well as an integrative literature review in the Scientific Electronic Library Online (SciELO), with a bibliographic search strategy (descriptors: dignity and death). From the search, four publications emerged, which were also part of the reflection analysis corpus. Results: The uncontrolled mortality that occurred in the covid-19 pandemic showed finitude as something strictly biological, disconnected from the law to personality and human dignity, the source value of the Brazilian constitutional order. The law to personality is linked to the core sphere of personality, dignity and human freedom, highlighting the right to life, respecting the trajectory of human beings and their families. Considering the ancestry of the being, respecting the collective and solidarity, as the human being is memory, collectivity, and it is fundamental to respect him as a trans-individual being endowed with dignity. Conclusions: Understanding the dignity of dying, at this stage, is respecting life, even in the face of the adversities of this fast-paced moment, it means understanding that human beings positive with Covid-19 have the law to constitutional protection, conforming to fundamental principles, supreme values of the legal order.

Keywords: Law. Personality. Dignity. Human Person. Death. Covid-19 Pandemic.

INTRODUÇÃO

A elevação do mínimo existencial à condição de direito fundamental e sua articulação fortalecida com a dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais, teve sua primeira importante elaboração dogmática na Alemanha. No Brasil, a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental, estabelecido na Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 2018), porém não basta resguardar o direito durante a vida (biologicamente considerada), é preciso dignidade durante o viver e morrer (mínimo existencial digno).

A dignidade da pessoa humana resulta em garantia efetiva da existência digna (viver e morrer com dignidade) que abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física (que cobre o assim chamado mínimo vital e guarda relação direta com o direito à vida), situando-se, além do limite da vida sem alternativas, que não corresponde às exigências da dignidade humana, descartando a vida humana reduzida à mera vivência biológica terrena (SARLET; ZOKUM, 2016).

Porém, existe dificuldade na definição do conceito de mínimo existencial, os ordenamentos jurídicos consideram que há padrão mínimo de dignidade, mas o fato é que mesmo existindo núcleo central, ainda o conceito é fluído e vago, sendo espaço para diferentes compreensões e interpretações. Afinal, o que é considerado como garantia mínima para o ser humano durante o viver?

Aliado a esta discussão, em 2020, a pandemia covid-19 aflorou elevada mortalidade e letalidade, evidenciando cenas com seres humanos sendo descartados, refutando o princípio da supremacia Constitucional, consagrada pelo direito à vida digna, com vedação de práticas humilhantes ao ser transindividual dotado de personalidade (SARLET, 2021; HACHEM, 2013). Nesta quadra, a dignidade implica dimensão históricossociocultural que é considerada como carente de respeito e promoção, sendo oportuna a percepção de que o direito ao mínimo existencial independe de expressa previsão no texto constitucional para poder ser reconhecido, visto que é decorrente da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana (SARLET; ZOKUM, 2016).

No Brasil, não houve previsão constitucional expressa consagrando o direito geral à garantia do mínimo existencial, os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial, como, de resto, já anunciado. Mas é precisamente o caso de países como o Brasil que revelam o quanto a relação entre o mínimo existencial e os direitos fundamentais nem sempre é

clara e o quanto tal relação apresenta aspectos carentes de maior reflexão. A começar, pela própria necessidade de se recorrer à noção de mínimo existencial quando o leque de direitos extrapola suas possíveis manifestações (SARLET; ZOKUM, 2016).

Diante disso e da condição pandêmica no país, enalteceu-se a premissa que a dignidade da pessoa humana, não pode ser pura e simplesmente manejada como categoria substitutiva dos direitos fundamentais. Destarte o mínimo existencial, consagra conjunto de direitos com relativa autonomia, que lhe é assegurada precisamente pela sua conexão com a dignidade da pessoa humana. Esta autonomia, refere-se ao objeto e âmbito de proteção próprio, dos direitos mínimos de respeito à existência do ser humano, incluindo aspectos de sua ancestralidade, história de vida, e momento próprio da trajetória terrena (ZOCKUN, 2009).

Além disso, a condição pandêmica destacou no processo de viver e morrer, o direito da personalidade, vinculado ao nuclear individual de personalidade, dignidade e liberdade humana. Assim o direito à vida, pressupõe boa morte, com respeito a trajetória do ser humano e seus familiares, promovendo o morrer digno, que considera a ancestralidade do ser, respeita o coletivo, promove solidariedade. Este desafio fortalece o ser humano como memória, coletividade, sendo fundamental respeitá-lo como ser transindividual dotado de dignidade.

Teve-se como objetivo refletir sobre situações que envolvem o morrer durante a pandemia covid-19 entrelaçadas no direito da personalidade e princípio da dignidade da pessoa humana. Para embasar as reflexões, utilizou-se como referências a Constituição Federal Brasileira, 1998; e autores: Sarlet (2021), Reale (2002), Dimitri (2021), Diniz (2004) e Hachem (2013), bem como foi realizada revisão integrativa da literatura na *Scientific Electronic Library Online* (SciELO), com estratégia de busca bibliográfica (descritores: dignidade AND morte). Da busca, emergiram quatro publicações, que também fizeram parte do *corpus de análise* da reflexão.

1 MORRER NA PANDEMIA COVID-19: DIREITOS DA PERSONALIDADE E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A emergência sanitária imposta pela pandemia covid-19, o colapso dos sistemas de saúde, e os esforços profissionais para manutenção e conservação da vida do ser humano, reforçam a complexidade do contexto patológico pouco explorado cientificamente, resultando em situações que não lograram êxito para vida. Como resultado, verificou-se mortalidade descontrolada, em cenário cotidiano com situações permeadas pela ausência de escolhas do ser humano e seus familiares.

A finitude, durante o momento pandêmico, tornou o fim da vida algo estritamente biológico, desvinculando-se do direito de personalidade (SARLET, 2021) e da dignidade humana, valor-fonte do ordenamento constitucional brasileiro (REALE, 2002). O diminuto grau de fruição dos direitos no Brasil é óbice ao aumento do índice de desenvolvimento humano, servindo-se como forma de manutenção das graves desigualdades existentes em nossa sociedade, bem como do desrespeito à dignidade do ser. A sua efetivação prioritariamente pelo Poder Judiciário, em ações individuais, não pode ser considerada solução satisfatória; ao contrário, contribui para a ampliação do abismo entre as desigualdades, afastando valores que seriam reservados ao atendimento da população como essenciais (SARLET; ZOKUM, 2016).

Para tanto, a personalidade vincula-se neste momento pandêmico de ênfase ao direito como essência, emanado na esfera nuclear do ser, possuidor de dignidade e liberdade, colocando o direito à vida em destaque (SARLET, 2021), respeitando a trajetória do ser humano e seus familiares.

A inesperada alteração na forma de morrer e viver com a pandemia covid-19, não pode se contrapor ao direito fundamental à vida digna. Pois, a morte é parte da existência, e para ser digna necessita de conforto, informação, esclarecimento, poder decisório, particularidade e intimidade. Neste momento, precisamos ser responsáveis pelo incremento civilizatório da sociedade, protegendo os indivíduos em face da possibilidade de retrocesso histórico, social e cultural (GABARDO, 2009) do respeito ao ser transindividual.

O morrer envolve prática comum desde os povos mais pretéritos, com ações de respeito e consideração ao momento da “morte boa” – do grego *eu*, boa, e *thanatos*, morte – sendo presente diversos costumes em diversas culturas, variando concepções e motivações de acordo com a valoração da vida em cada comunidade. Questões referentes à vida e à morte indubitavelmente estão impregnadas de fatores religiosos, culturais, morais e filosóficos, o que acaba, não somente por acalorar os debates nesta área, como também fortalecer a compreensão sobre a temática (BARBOSA; LOSURDO, 2018).

Deste modo, cultos e cerimônias de finitude historicamente fazem parte do ciclo da vida do ser humano, porém durante a pandemia covid-19, às necessidades de contenção sanitárias, inviabilizaram sepultamentos, desfavorecendo o direito do cadáver, da família e do próprio ser humano, que tem trajetória de vida planetária. Diante disso, considerando-se a dignidade da pessoa humana enquanto valor basilar aos demais direitos e deveres fundamentais, devendo ser respeitado o ser em seu curso natural da vida e da boa morte. Infelizmente, algumas situações não condizem com estas considerações (BARBOSA; LOSURDO, 2018), contrapondo-se à vontade do sujeito, seus familiares, comunidade ou sociedade.

Mesmo diante das adversidades, deste momento acelerado, esse cuidado significa compreender que as pessoas humanas positivadas com covid-19 tem direito de proteção constitucional, conformando-se nos princípios fundamentais, valores supremos da ordem jurídica. Compreender a dignidade do morrer, nesta quadra, mesmo diante das limitações e respeito aos aspectos sanitários, essenciais para manutenção da saúde coletiva; envolve respeitar a vida e a morte. Com ações de aproximação às práticas de passagem terrena, que o grupo envolvido compreende como relevantes, respeitando regras mínimas e básicas sanitárias.

Destarte, é oportuno refletir sobre os limites deste direito durante a pandemia covid-19, bem como os deveres de proteção da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2021; DIMITRI, 2021), considerando a ancestralidade do ser, respeitando o coletivo e a solidariedade (DINIZ, 2004).

O ser humano é memória e sentimento de coletividade, portanto, a ética social não permite que seja tratado como objeto corporal. É fundamental respeitá-lo como ser transindividual dotado de dignidade (HACHEM, 2013), assim é urgente estratégias para boa morte, evitando a violação dos direitos fundamentais.

Como ensinamentos fortalecidos com a pandemia covid-19, destacam-se os esforços estendidos para manutenção e conservação da vida, que infelizmente em alguns casos não obtém sucesso, mesmo diante de atos de obstinação terapêutica. A esperança de manter a vida em contexto desafiador e ainda pouco explorado cientificamente é desafiador para os profissionais de saúde, pois conseguir evitar, adiar a morte ou aliviar sofrimento pode trazer vivência de limites, impotência e finitude.

Na obra “Epidemias I”, Hipócrates enuncia que nas enfermidades deve-se considerar a natureza humana em geral e a compleição particular de cada um; a constituição geral da atmosfera, as particularidades do céu e de cada país; os hábitos; o regime alimentar; as diferenças perceptíveis. Estática e dinamicamente, a *phýsis* é harmonia, tem harmonia e a produz; é ordenada em si mesma e ordenadora desde dentro de si mesma e, portanto, justa, expressando um bem ajustado (MAGALHÃES; NUNES, 2014).

Diante disso, contrapondo com fatos da sociedade atual, pode-se mencionar que a morte deixou de ser processo natural. Com os avanços da ciência médica e da tecnologia, não mais compartilha-se os derradeiros dias do morrer no seio da família, sendo entregue aos serviços e profissionais de saúde o ser humano, que se submete à manutenção artificial das funções vitais de seu organismo debilitado. Nesse contexto, o processo de morrer pode ser dominado, possibilitando obstinação terapêutica, por intervenções que nem sempre são desejáveis pelo próprio ser humano, seus familiares, crenças, ou comunidade, sendo alterado inclusive o momento da morte (MAGALHÃES; NUNES, 2014).

A mudança na assimilação da etapa final da vida e da compreensão da morte como não dependente apenas da evolução tecnológica e científica da medicina; é processo cultural e histórico. Assim, no momento pandêmico, a inesperada alteração na forma de morrer e viver decorrentes das mudanças cotidianas para contenção do vírus Sars-COV-2 não podem se contrapor a dignidade. Apesar que cada momento histórico tem seu parâmetro sobre o que considera boa morte, os grandes valores do morrer prezam pela proximidade familiar, compartilhando testamentos, promovendo continuidade de desejos e vontades (KOVÁCS, 2014; CRUZ; OLIVEIRA, 2013).

A morte é parte fundamental da existência, portanto para ser livre e digna necessita de conhecimento, privacidade, intimidade, conforto, informação, esclarecimento, poder decisório e de se despedir, mesmo que de formas alternativas, mediante utilização de recursos tecnológicos, viabilizando a boa morte. A compreensão da morte digna é respeito à vida, mesmo quando fadada à morte acelerada, comumente verificada nos casos de contaminação grave com covid-19. Este direito tem proteção constitucional, conformando-se nos princípios fundamentais, valores supremos da ordem jurídica.

Quando esse preceito ético e jurídico não se realiza, a morte pode se tornar evento solitário, sem espaço para a expressão do sofrimento e para rituais. O silêncio impera, tornando penosa a atividade dos profissionais com pacientes gravemente enfermos. Isto evidencia, infelizmente, desapropriação da morte, afastando pessoas do seu processo de morrer, numa flagrante perda de autonomia e consciência (KOVÁCS, 2014).

Na boa morte, ou morte humanizada, o paciente com covid-19 é o centro da ação, resgatando seu processo de viver e morrer. Essa consideração é oportuna principalmente para os casos que são classificados em condição grave, sem perspectiva de sobrevivida. Nestes casos estigmas emergem, associados ao medo, angústia e despreparo do próprio ser, seus familiares e comunidade, que afastados não compreendem o processo de cessar da vida do ser humano. Busca-se o respeito à dignidade, trajetória, valores pessoais e coletivos, expressos no exercício da autonomia individual, familiar e coletiva.

Nesta seara, destaca-se a possibilidade de documento de direito e recusa a ser aplicada pelos pacientes com covid-19, principalmente aqueles em estado grave, trata-se do testamento vital e as diretivas antecipadas de vontade. O testamento vital teve sua origem nos EUA em 1969, estabelecido como proposta relacionada principalmente a casos de ortotanásia, mas que envolve possibilidades de respeito à vontade do ser humano. No Brasil, optou-se nesta vertente, pelas diretivas antecipadas de vontade (DAV), que embora não sejam lei, tem respaldo da Resolução 1.995/12 do Conselho Federal de Medicina (CFM), reconhecendo o direito do paciente de manifestar sua vontade e designar representante para tal fim (KOVÁCS, 2014).

Decisões que envolvem o fim da vida são complexas, tomadas em diversas situações com parâmetros biológicos do processo de morte. Mas, as vivências da pandemia covid-19 possibilitaram refletir sobre os caminhos em relação ao momento de encerramento da vida terrena. Principalmente diante da necessidade de proteção constitucional. Assim, as diretivas antecipadas de vontade, podem incrementar a comunicação entre profissionais, pacientes, familiares e comunidade. São propostas que destacam os desejos e vontades individuais, respeitando a trajetória e autonomia do ser humano em processo de morrer.

Assim, considera-se que boa morte neste momento pandêmico, corresponde a dignidade do morrer, com afirmação de valores, crenças essenciais da vida do ser, respeitando sua ancestralidade, personalidade e autonomia. Assim a morte como parte da existência, tem seus direitos, sendo oportuno planejamento e autodeterminação neste processo.

No Brasil, Menezes (2004) ao escrever sobre a boa morte, menciona quatro condições: reduzir o conflito interno com a morte, estar em sintonia com o ego, reparar ou preservar relações significativas, atender aos desejos da pessoa. Morrer com dignidade promove discussões importantes, ademais neste momento em que os casos de mortalidade crescem cotidianamente. Qualidade de vida no processo de morrer deve ser compatível e complementar com a manutenção da vida (KOVÁCS, 2014).

Estas discussões reforçam a interpretação constitucional alinhada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e no direito à vida e personalidade, entendendo-se que a Constituição Federal Brasileira protege o direito à morte digna, enquanto inexistente norma federal específica (CRUZ; OLIVEIRA, 2013).

CONCLUSÃO

A morte é o fim natural do processo de vida, não se trata de fenômeno alheio ao viver, mas intrínseco ao processo do ciclo do ser humano. O direito à vida, como firmado na Constituição Federal, deve englobar a morte digna, como direito absoluto respaldado no princípio da dignidade humana, permeando direitos e garantias fundamentais.

É preciso evoluir na discussão da morte digna como antagonismo ao direito à vida. Pois, ao permitir e promover a boa morte, automaticamente, está respeitando a história, cultura, trajetória do ser humano, considerando os aspectos individuais, familiares, coletivos.

Morrer é natural, portanto, deve fazer parte do planejamento da vida, assim, principalmente neste momento de pandemia covid-19, em que a mortalidade é fato cotidiano e amplamente vivenciado na sociedade, não basta resguardar o direito durante a vida (biologicamente considerada) é fortalecer a dignidade do o viver e morrer (mínimo existencial digno), prezando pelo respeito à personalidade em sua interface transindividual.

Mesmo, considerando-se que algumas medidas sanitárias são imprescindíveis devido às necessidades de prevenção para novas contaminações, em âmbito coletivo; ainda se acredita que respeitar alguns desejos, cultos, tradições e rituais podem ser considerados, mesmo que em formato diferenciado do tradicional. Assim, para que este desafio de interpretação, compreensão e conceituação seja realizado, uma estratégia pode ser recorrer às diretrizes antecipadas à vontade, como documento que permeia a personalidade, direitos e autonomia do ser humano.

Conclui-se, enfim, que este texto não pretende esgotar as discussões ou possibilidades diante dos pacientes com covid-19 em processo de morrer, mas vislumbra incitar o respeito à dignidade do morrer. Desta forma, a reflexão sobre esta temática é oportuna, principalmente neste momento do Brasil, em que milhares de pessoas falecem em condições contrárias aos desejos e vontades vislumbrados durante a vida terrena. Assim, são válidas alternativas que preservem a dignidade da pessoa humana, sua autonomia, personalidade e direito de ter qualidade para o bom viver e morrer.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, G. S. S.; LOSURDO, F. Eutanásia no Brasil: entre o Código Penal e a dignidade da pessoa humana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 165-186, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000200165&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal 1988**: Constituição comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CRUZ, M. L. M.; OLIVEIRA, R. A. A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente. **Bioética**, v. 21, n. 3 [cited 2021-04-03], p. 405-411, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422013000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 jul. 2021

DIMITRI, D. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DINIZ, D.; COSTA, S. Morrer com dignidade: um direito fundamental. In: CAMARANO, A. A. (Org.). **Os novos idosos brasileiros**: muito além dos 60? Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 121-134.

GABARDO, E. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

HACHEM, D. W. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 618-688, jul./dez. 2013.

KOVACS, M. J. A caminho da morte com dignidade no século XXI. **Bioética**, Brasília, v. 22, n. 1, p. 94-104, jan. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000100011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 jul. 2021.

MAGALHAES, J. L.; NUNES, R. Tradição e fundamentos éticos hipocráticos aplicáveis à terminalidade da vida. **Bioética**, Brasília, v. 22, n. 3, p. 448-455, ago. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000300008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 jul. 2021.

MENEZES, R. A. **Em busca da boa morte**: antropologia dos cuidados paliativos. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

REALE, M. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, I. W.; ZOCKUN, C. Z. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46594>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

ZOCKUN, C. Z. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009.

A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO A PARTIR DO USO DAS TICs: NOTAS SOBRE O ACESSO AO ENSINO POR MEIO DAS FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS

THE IMPLEMENTATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO EDUCATION FROM THE USE OF ICTs: NOTES ABOUT THE ACCESS TO TEACHING THROUGH TECHNOLOGICAL TOOLS

Danielle Uessler¹

Daniel Castanha de Freitas²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo identificar os alcances e limites propiciados pelo uso das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) no campo da educação básica e superior. A partir da metodologia hipotético-dedutiva e de pesquisa bibliográfica, serão analisadas as ferramentas tecnológicas capazes de conferir isonomia e facilidade de acesso ao ensino. As TICs ensejaram grande revolução social e, atualmente, provocam uma transformação com inserção das tecnologias na educação, possibilitando ensinamentos híbridos e totalmente a distância, quebrando as barreiras físicas das salas de aula e oportunizando um novo formato de escolas: as escolas virtuais. Após dissertar sobre o uso das TICs no ensino, discorreu-se sobre possíveis obstáculos, como a invisibilidade digital e a falta de formação adequada dos docentes. Com a pandemia da covid-19, houve um incremento das TICs nas escolas e universidades, tornando-as a única forma de prosseguir com o ano letivo em meio ao isolamento social. Os resultados obtidos indicam que as tecnologias ocupam um significativo espaço no ambiente educacional, oportunizando a realização de atividades fora do ambiente físico e, principalmente, agindo como instrumento para o desenvolvimento humano.

Palavras-chave: TICs. Revolução Digital. Invisibilidade Digital. Educação. Pandemia.

¹ Aluna do curso de Direito pela PUCPR. Aluna do curso de Filosofia pelo Centro Universitário do Paraná – UNIFAESP. Membro do Grupo de Estudos sobre a Lei Geral de Proteção de Dados – GELGPD/PUCPR. Membro do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial GEDAI/UFPR. Pesquisadora de Iniciação Científica 2020-2021. *E-mail:* uesslerd@gmail.com

² Professor de Direito Administrativo e Fundamentos de Direito Público na FAE Centro Universitário (PR). Doutorando e Mestre em Direito pela PUCPR. Membro pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano – NUPED/PUCPR. Advogado. *E-mail:* advcastanha@gmail.com

ABSTRACT

This article aims to identify the scope and limits provided by the use of Information and Communication Technologies (ICTs) in the field of basic and higher education. From the hypothetical-deductive methodology and bibliographic research, technological tools capable of providing equality and ease of access to education will be analyzed. The ICTs gave rise to a great social revolution and, currently, cause a transformation with the insertion of technologies in education, enabling hybrid and totally distance learning, breaking the physical barriers of classrooms and providing opportunities for a new format of schools: virtual schools. After discussing the use of ICTs in teaching, possible obstacles were discussed, such as digital invisibility and the lack of adequate training for teachers. With the covid-19 pandemic, there was an increase in ICTs in schools and universities, making them the only way to continue the school year in the midst of social isolation. The results obtained indicate that technologies occupy a significant space in the educational environment, providing opportunities to carry out activities outside the physical environment and, mainly, acting as an instrument for human development.

Keywords: ICTs. Digital Revolution. Digital Invisibility. Education. Pandemic.

INTRODUÇÃO

À medida em que foram sendo criadas e implementadas na sociedade, as Tecnologias da Informação e Comunicação – TICs – revolucionaram os ambientes por onde passaram. Caracterizadas pela interação entre informação e comunicação, sua capacidade de fornecer rápidas trocas de conhecimento ensejou uma disrupção com os dispositivos manuais e instrumentais outrora utilizados, possibilitando interconexão entre as pessoas. Apresentaram-se ao mundo por meio de rádios, telefones, televisões e atualizam-se com tanta frequência que atualmente são capazes de alterar os alicerces cognitivos dos indivíduos, influenciando os pensamentos, gostos e atitudes. Através da incidência da *internet*, os meios eletrônicos são capazes de transformar o que tocam ou quem os toca, podendo fazer, inclusive, coisas que o ser humano não consegue (SANCHO, 2006).

A partir da evolução digital apresentada e com a mudança de diversos cenários sociais – como a ciência, o comércio, a saúde, a economia, entre outros (ROZA, 2018, p. 503) –, o sistema educacional notou a necessidade de adaptar-se às novas tecnologias. Nesse sentido, ferramentas como televisões, vídeos, músicas, imagens, apresentação em vídeos e outros mecanismos digitais passaram a ser adotados nas salas de aula brasileiras pelos docentes e discentes. Com o avanço da digitalização, o Ensino à Distância (EaD) – difundido no Brasil desde 1904 – modificou-se conforme o aprimoramento das tecnologias, chegando ao seu ápice no atual século XXI, conseguindo proporcionar educação através de plataformas predominantemente on-line.

Embora a grande discussão relacionada à falta de inclusão social dos grupos sem acesso à tecnologia, são indiscutíveis os ganhos que o processo de ensino obteve com o seu uso. Prova disso é o atual ensino remoto instaurado ante a pandemia causada pela Covid-19 como medida de emergência, possibilitando a continuidade normal do plano de atividades das escolas e universidades (GUSSO, 2020, p. 3-4).

À vista disso, é necessário que esse avanço tecnológico na educação – ocasionado pela inclusão das TICs – continue surtindo efeitos mesmo após o surto pandêmico. A democratização de acesso ao ensino suscitada pelo uso das tecnologias permite a criação de escolas virtuais (KENSKI, 2019), que não se limitam às barreiras físicas e podem disseminar o conhecimento de maneira facilitada. Para tanto, faz-se necessário exigir das autoridades públicas os aparatos tecnológicos a todos os indivíduos, para que haja uma revolução digital inclusiva (BORGES; COLPAS; SOUSA, 2020, p. 153).

Sob essa perspectiva, o artigo visa analisar a incidência das tecnologias de informação e comunicação na educação como ferramentas indutoras de equidade de acesso, que permitem aos alunos ter a informação no local e momento em que quiserem utilizá-la. Ainda, a observação do processo de aprendizagem a partir das novas tendências tecnológicas é relevante, pois, busca compreender o cenário em que os indivíduos do processo de aprendizagem e a educação estão inseridos, proporcionando visão crítica sobre a função das TICs como ferramentas de apoio no ensinar e aprender.

Ademais, será problematizado neste estudo as disparidades econômicas que negam o acesso as TICs a parcela social que não tem condições de possuir aparatos tecnológicos propícios para o uso da tecnologia. O objetivo é identificar as possibilidades do Estado em adotar medidas que proporcionem a inclusão social e democratizem o acesso à educação, ao mesmo tempo em que prossiga o avanço digital da sociedade.

Ao final serão analisadas duas plataformas digitais capazes de promover o EaD e o ensino híbrido, diferenciando sua aplicação no âmbito da educação básica e do ensino de nível superior.

1 A IMINÊNCIA DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO E A CONSEQUENTE CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Em meados da década de 70, os primeiros computadores de uso pessoal surgiram, quando jovens da Califórnia planejaram revolucionar os meios tecnológicos presentes à época (PIERRE, 2010, p. 26). Ainda na metade de 1970, outra múltipla conjugação dos meios de tecnologia para a comunicação chegou com o vigor da Terceira Revolução Industrial, as Tecnologias da Informação e Comunicação – TICs (SCHAFF, 1993, p. 80). Assim como a *Internet*, a propulsão das TICs na sociedade ocorreu em 1990 com o intuito de absorver, disseminar e compartilhar as informações através das telecomunicações, televisões e da própria *internet* (ROZA, 2018, P. 522).

Esse meio eletrônico trata-se de mecanismo que suporta a parte física dos aparelhos – *hardware* – e a parte lógica dos aparelhos – *software* – englobando, a partir desse pressuposto, os *smartphones*, *tablets*, televisores e seus aplicativos e sistemas operacionais (LÓSSIO, 2020, p. 70-71). O teórico Adam Schaff (1993) conceitua o extenso alcance das TICs como “[...] amplos caminhos do nosso conhecimento a respeito do mundo e também do desenvolvimento da humanidade”, evidenciando a abrangência da atuação dessas tecnologias dentro do corpo social.

No Brasil, a sociedade da informação começou a ser moldada a partir do advento da *internet* para a comunidade científica e para o setor privado em 1990 (TAKAHASHI, 2000, p. 5). Em apenas 8 anos, a *internet* propagou-se por diversos países, o que gerou conectividade entre nações, resultando na atual globalização, e revolucionou a sociedade de uma maneira nunca vista antes. Com esse avanço, percebe-se que a mídia, antes definida pelo seu suporte técnico, passou a construir suas próprias lógicas e comunicações, atuando não apenas no espaço físico, mas também no cognitivo das pessoas (KENSKI, 2019, p. 17). O exposto fica evidenciado na análise dos dados e informações apresentados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Em 2018, a pesquisa apontou que 79,1% das habitações no país usufruíam do acesso à *internet*, ou seja, 8 em cada 10 domicílios utilizavam o ciberespaço. Comparada à

pesquisa feita em 2005 pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), nota-se um relevante avanço na inserção das TICs, visto que em 2005, o uso da *internet* abrangia 20,9% dos domicílios brasileiros.

Esse notável crescimento do uso das novas tecnologias de comunicação revela o atual cenário da sociedade da informação, cuja velocidade de deslocamento do saber provoca a atualização do indivíduo para acompanhar a iminente disrupção (KENSKI, 2019, p. 21). Nas palavras do educador Paulo Freire, “[...] ensinar não é transferir conhecimento, mas criar as possibilidades para sua própria produção ou a sua construção” (FREIRE, 2003, p. 47).

2 O USO DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO NA FLEXIBILIZAÇÃO DO MODELO DE ENSINO – AS ESCOLAS VIRTUAIS

Partindo-se da premissa de que as TICs foram incorporadas ao cotidiano da comunidade e transformaram a própria existência social, exsurge conclusão inequívoca de que a educação também seria remodelada (PADILHA, 2013, p. 92), adaptando-se as necessidades dessa nova era (SANTOS, 2015, p. 24). A inserção das TICs impulsionou uma grande alteração no processo de ensino, pois, foram diluídos os momentos estáticos e elaborados novos momentos didáticos, na medida em que, o que se desloca, agora, é a informação (KENSKI, 2019). Vani Moreira Kenski (2019, p. 24) afirma que

Na era digital, é o saber que viaja veloz nas estradas virtuais da informação. Não importa o lugar em que o aluno estiver: em casa, em um barco, no hospital, no trabalho. Ele tem acesso ao conhecimento disponível nas redes, e pode continuar a aprender.

Reiterando a transformação do espaço educacional pela revolução digital.

Além de possibilitar a criação de tecnologias, a educação também se vale de métodos tecnológicos para sua organização, haja vista a inclusão da modernização nas escolas e universidades (GOMES, 2020, p. 86). Nas salas de aula, as TICs trouxeram a possibilidade do uso de recursos digitais como sons, imagens, vídeos e outras tecnologias capazes de integrar o aprendizado (ROZA, 2018, p. 503), transcendendo o espaço físico de ensino.

Os meios eletrônicos possibilitaram a criação de um novo espaço educacional: os ambientes virtuais de aprendizagem – AVA. Esses ambientes são formados através do uso dos computadores e da *internet* e podem coexistir junto aos espaços educacionais físicos, permitindo, dessa forma, uma didática totalmente diferenciada ao discente. Ainda, as “escolas virtuais” (KENSKI, 2019, p. 27) permitem a modalidade de ensino a distância cujas turmas se organizam com alunos de diferentes origens, agregados através das redes tecnológicas. Esse novo tipo de escola desconsidera as barreiras de

condição física dos estudantes, visto que os próprios são virtuais, podendo relacionar-se mutuamente, inobstante a proximidade física. Sobre o conceito de escola virtual, Vani Moreira Kenski (2019) preleciona que “As variadas possibilidades de acesso à informação e à interação proporcionadas pelas novas tecnologias viabilizam o aparecimento das escolas virtuais, modalidade de ensino a distância para todos os níveis e todos os assuntos”. A adaptação do ensino ao digital – oportunizada através do incremento do ambiente virtual – propicia ao estudante seguir seu caminho na busca pelo conhecimento, garantindo aprendizagem personalizada e distanciando, cada vez mais, o modelo tradicional de ensino (KENSKI, 2019, p. 95).

3 A BARREIRA DA INVISIBILIDADE DIGITAL NA PLENA IMPLEMENTAÇÃO DAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO E A REVOLUÇÃO DA INCIDÊNCIA DAS TECNOLOGIAS ANTE À PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

Apesar dos novos modelos de ensino trazidos pelas TICs buscarem viabilizar o ingresso na educação através da igualdade de acesso (MELO, et. Al., 2011, p. 1), há fatores que embargam a aplicação do recurso. É necessário destacar que nem todos os indivíduos têm as mesmas condições de acesso ao ensino a distância ou ao ensino híbrido e entender a aplicabilidade dos meios eletrônicos nesses casos específicos (SANTOS, 2015, p. 44). A vista disso, nota-se que as maiores barreiras a serem enfrentadas pela inserção das TICs na educação não são de natureza tecnológica, mas sim de cunho social (SANTOS, 2015, p. 44).

Mesmo com os benefícios e privilégios proporcionados pela evolução digital, há na sociedade uma divisão de classe social cujos indivíduos não possuem acesso às novas tecnologias, os chamados “invisíveis digitais” (GABARDO; REYNA; SANTOS, 2020, p. 30). A invisibilidade digital identifica os sujeitos sem acesso aos mecanismos virtuais, que não se encaixam nas estatísticas de avanço tecnológico social.

A partir de dados da pesquisa “TIC Domicílios” do Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (CETIC.BR), observa-se que em 2019, cerca de 47 milhões de pessoas não utilizavam a web. Isso compreende um a cada quatro brasileiros, 26% da população no momento da análise das informações. Essa condição dificulta a implementação efetiva de instrumentos digitais em toda a camada social, ainda mais na educação básica, que é um direito fundamental subjetivo do cidadão.

Embora haja desafios a serem superados pelo Estado no incremento da tecnologia, o avanço digital deve ocorrer gradativamente para atualizar o Poder Público à sociedade da informação, desde que mantendo a isonomia entre os cidadãos e possibilitando o acesso físico aos invisíveis digitais.

Demais disso, a pandemia da Covid-19, terminologia da doença causada pelo Sars-CoV-2, popularmente conhecido como “Coronavírus”, provocou grande instabilidade social, sendo necessário adotar medidas restritivas para conter o avanço e a transmissão da doença. Inegavelmente, de todos os campos sociais, a educação foi a mais difícil de se adaptar a essa nova realidade, visto que as escolas e universidades são formadas, predominantemente, por aglomerações de pessoas (BORGES; COLPAS; SOUSA, 2020, p. 150). O Censo Escolar do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP, revelou que em 2020, ano de incidência da pandemia, 47,3 milhões de alunos foram matriculados na educação básica. Os dados demonstram a urgência dos esforços que as instituições de ensino básico e superior, públicas e privadas tiveram que adotar para redefinir os métodos de ensino e torna-los adequados ao meio imposto. Ainda, em 17 de março de 2020, o Ministério da Educação publicou no Diário Oficial da União a Portaria nº 343/2020, que dispôs sobre a substituição das aulas presenciais pelas aulas virtuais, como medida emergencial para enfrentar o problema.

A partir disso, as TICs surgiram como alternativa para minimizar os prejuízos sofridos pelos estudantes no processo de ensino-aprendizagem (MIRANDA; NARDUCHI; PEREIRA, 2020, p. 227). As medidas adotadas repercutiram no cenário nacional, visto que havia falta de preparo dos docentes para o manuseio dos meios eletrônicos. Outro ponto relevante foram as disparidades econômicas que teriam o condão de excluir as camadas sociais mais pobres (BORGES; COLPAS; SOUSA, 2020, p. 150).

Dessarte, questiona-se: como manter a equidade de acesso ao ensino através das TICs nesse momento? É possível observar que a revolução digital suscitada pela pandemia da Covid-19 oportunizou o debate sobre a inclusão digital dos indivíduos sem acesso aos meios eletrônicos. Responde-se a indagação com a presunção do uso das variadas ferramentas de TICs, como o uso de transmissões de rádio e televisão, impressão e envio de materiais educativos físicos, entre outras formas de emprego da tecnologia (BORGES; COLPAS; SOUSA, 2020, p. 154). Como exemplo, a China forneceu computadores, dados móveis e custeio de telecomunicações para estudantes de baixa renda (BORGES; COLPAS; SOUSA, 2020, p. 154). Não muito longe, no Brasil, o governo do Espírito Santo adotou o projeto “EscoLar”, proporcionando aulas para todas as classes através da televisão e pelo uso de um aplicativo de celular que não precisa do acesso à internet. Da mesma maneira agiu o governo do Paraná implantando o “Aula Paraná”, cujas exposições estariam disponíveis aos alunos através de canais da TV aberta. A exibição de aulas pela televisão aberta ajuda a incluir a utilização das TICs na educação aos alunos com difícil acesso. Conforme pesquisas do IBGE de 2019, em 96,3% dos domicílios brasileiros havia pelo menos um aparelho de televisão. Ainda, a pesquisa revela que, apesar de 88,1% de estudantes com 10 anos ou mais terem acesso à *internet*, 4,3 milhões não utilizavam o serviço, o que demonstra a necessidade de medidas que incrementem as TICs de forma abrangente, ocasionando uma revolução digital inclusiva (BORGES; COLPAS; SOUSA, 2020, p. 153).

Apesar do analisado, destaca-se a relevância do uso das tecnologias como ferramentas pedagógicas provisórias e emergenciais, denotando que, sem elas, possivelmente as aulas estariam suspensas. Ato contínuo, faz-se necessário buscar meios que ampliem o acesso à tecnologia a todos os estudantes, visto a investigação sobre a incidência das TICs na educação não é um processo de exclusão, ao contrário, é tentativa de inclusão social (BORGES; COLPAS; SOUSA, 2020, p. 153).

4 O DIREITO CONSTITUCIONAL AO ENSINO BÁSICO E SUPERIOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A NECESSIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INTERPRETÁ-LOS ATRAVÉS DO AVANÇO DIGITAL

A Constituição da República de 1988 trouxe, em seu artigo 6º, a garantia que o direito à educação é um direito social com cunho prestacional, visto que demanda ações positivas do Estado para sua efetivação (MASSON, 2020, p. 415). Na análise do artigo 208, I da Constituição, é possível extrair uma maior proteção aos ensinos infantil, fundamental e médio, ponderando-os como básicos, gratuitos e obrigatórios aos indivíduos de 4 (quatro) a 17 (dezessete) anos de idade. Já ao ensino superior, a Constituição dispõe no inciso V do mesmo artigo que possibilitará o acesso aos níveis mais elevados do ensino, não determinando sua gratuidade e obrigatoriedade. À vista disso, observa-se que a educação superior é igualmente direito fundamental do indivíduo, ensejando classificação diversa do direito fundamental ao ensino básico obrigatório, isso devido ao fato que não há distinção no artigo 205, que determina, *in verbis* “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Com base nisso, faz-se necessário classificar os dois tipos de ensino aqui estudados – básico e superior – a partir da ótica doutrinária das dimensões dos direitos fundamentais para entender as diferenças e especificidades de cada vertente.

O direito fundamental sob dimensão subjetiva atribui ao seu portador a prerrogativa de fixar seus interesses em face do Estado (MASSON, 2020, p.415). Nesse caso, um cidadão ou um grupo de pessoas pode exigir da Administração Pública comportamento específico, seja positivo ou negativo, na intenção de proteger ou promover uma pretensão jurídica própria, cedida pelo sistema constitucional (HACHEM, 2016, p. 319). Já na dimensão objetiva, os direitos fundamentais não provocam uma pretensão jurídica própria do titular ou do grupo de titulares, pois são deveres autônomos de proteção do Estado que formam a base do ordenamento jurídico, sem a esfera individual de custódia (HACHEM, 2016, p.319).

A partir da análise das dimensões dos direitos fundamentais e dos dispositivos constitucionais acima expostos, é possível observar que o direito fundamental ao ensino básico é contemplado pela dimensão subjetiva, visto que a própria Constituição Federal determina que essa educação é básica, gratuita e obrigatória (Artigo 208, I, Constituição Federal de 1988). Ainda, o §1º do mesmo artigo define que, *in verbis*, “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” e acaso não seja efetivamente cumprido o disposto no texto constitucional, é imputado, no §2º, responsabilização da Autoridade Competente.

Ato contínuo, analisa-se que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais incide sobre o direito ao ensino superior, pois, mesmo sendo assegurado constitucionalmente como um dever de promoção pelo Estado (Artigo 208, V, Constituição Federal de 1988), permite à Administração Pública promovê-lo de acordo com o interesse público pretendido, em prol do bem comum.

Não obstante, para entender os reflexos materiais da insurgência da dimensão dos direitos fundamentais, é premente observar a distinção do ato administrativo do Estado na concessão do acesso ao ensino básico e superior. Os atos administrativos distinguem-se entre atos vinculados e atos discricionários. Os direitos fundamentais refletidos sob atos vinculados são aqueles no qual o Poder Público é obrigado a conceder aquele direito, pois há prévia determinação legal sobre a situação determinada (MELLO, 2015, p.438). De outra forma, os direitos fundamentais incidentes sob atos discricionários não podem ser exigidos do Poder Público, visto que a Administração tem liberdade e autonomia para determinar a promoção da prestação (MELLO, 2015, p. 438).

Considera-se que, a partir do exposto, o direito fundamental à educação básica é de dimensão subjetiva e praticado por ato vinculado do Estado, visto a garantia expressa que a Constituição Federal traz em seu artigo 208, I. Já o direito fundamental ao ensino superior é de dimensão objetiva e praticado por ato discricionário, pois, não é uma garantia individual do sujeito ou do grupo e é fornecido a partir das disponibilidades previstas pela Administração Pública. Isso demonstra que fica a critério do Poder Público incrementar políticas sociais e programas que atinjam a finalidade do comando normativo, selecionando os melhores instrumentos para efetivar o direito (HACHEM, 2016, p. 320-321).

Ademais, Daniel Hachem (2016) identifica que, mesmo direitos fundamentais de dimensão subjetiva incidentes sob atos vinculados – como a educação básica – permitem a aplicação de parcelas de discricionariedade em determinados atos da Administração Pública. O dever de prestar o serviço público é ato vinculado, visto que o artigo 208 da Constituição Federal determina a concessão da educação básica. Entretanto, a forma como as escolas serão criadas, o número de vagas em cada instituição, o preenchimento do quadro pessoal de profissionais, entre outras questões, está circunscrito à esfera de discricionariedade da Administração Pública.

5 AS TICS COMO FERRAMENTAS INOVADORAS QUE PROMOVEM E FACILITAM O ACESSO À EDUCAÇÃO BÁSICA E SUPERIOR

Como já demonstrado anteriormente, a sociedade da informação alterou o cotidiano do corpo social e provocou necessidade de atualização do Poder Público para suprir os direitos contemplados a partir da iminência da tecnologia, os “novos direitos” (GABARDO; REYNA; SANTOS, 2020, p. 41). Fundado nisso, percebe-se que ao implementar, fiscalizar e incentivar as modernas modalidades de ensino com o incremento das TICs – como o ensino a distância – o Estado interpreta com novas lentes os direitos fundamentais suscitados na constituinte e oportuniza a democratização do acesso a esses (SARMENTO, 2003, p. 279). Ainda, Daniel Hachem pondera que “[...] o agente deverá sempre buscar eleger as escolhas que mais coadunem com a sua efetivação maximizada”, demonstrando que as lentes da evolução tecnológica traduzir a sociedade da informação.

As distintas tecnologias que estão presentes na rotina social propiciaram a expansão da educação a distância, buscando oportunizar o acesso democratizado ao ensino (PADILHA, 2013, p. 84). Dessa forma, existem, entre outras, duas principais ferramentas digitais que baseiam a inserção das TICs na educação através dos ambientes virtuais de aprendizagem: *eletronic-learning* e *blended-learning* (PADILHA, 2016, p. 86). A partir da análise das ferramentas expostas será possível identificar as melhorias e possibilidades de democratização do acesso ao ensino com a inclusão das TICs.

A ferramenta *eletronic-learning* – *e-learning* – é a materialização dos ambientes virtuais de aprendizagem. Utilizando textos, vídeos, mensagens, fóruns de discussão, bibliotecas virtuais, entre outros, é possível trazer o ambiente escolar físico ao ambiente digital, de maneira que o aluno consiga se desprender totalmente do espaço físico. Essa plataforma permite que as aulas aconteçam de modo síncrono ou assíncrono, quando, no primeiro caso, os docentes e discentes estarão conectados simultaneamente através de videoconferências, microfones e chats – modelo remoto – permitindo que o professor leccione enquanto os alunos interagem na aula. Já no outro caso – assíncrono – o doutrinador disponibiliza os conteúdos da aula por vídeos ou PDFs e o estudante acessa esse conteúdo no momento que quiser, respeitando os prazos de atividades impostos pelo professor. Ainda no modo assíncrono, pode o aluno ter acesso ao docente para sanar dúvidas através do e-mail, bate-papo ou fóruns (PADILHA, 2013, p. 86).

Tendo como pressuposto o analisado, a ferramenta *e-learning* é a possível impulsionadora da democratização de acesso ao ensino superior. Essa TIC é conhecida como Educação à Distância – EaD – e permite levar a informação ao discente onde e quando ele quiser, mesclando momentos presenciais obrigatórios dispostos no artigo 4º do Decreto nº 9.057/2017 com conteúdos síncronos e assíncronos disponibilizados. Ainda, a democratização incide de igual forma pelo baixo custo que esse modelo de ensino proporciona ao indivíduo, visto que, segundo pesquisa do Censo EaD 2018-2019,

87% dos cursos EaD tem mensalidades entre menos de R\$ 100,00 e R\$ 500,00. No que tange ao acesso por indivíduos sem tecnologia, as plataformas *e-learning* contam com a ajuda das unidades descentralizadas – polos presenciais – que levam as ferramentas eletrônicas (como computadores e internet) a locais mais longínquos das capitais, possibilitando ao aluno ter acesso ao curso virtual mesmo sem dispositivos eletrônicos próprios (PADILHA, 2013, p. 88). Não obstante, essa plataforma digital foi utilizada pela maioria das escolas e universidades para implementar o sistema síncrono remoto de aulas durante a Pandemia do Coronavírus (ABREU, et. Al., 2020, p. 164).

Em seguida, a plataforma *blended-learning* – *b-learning* – concilia momentos presenciais em que o aluno deverá comparecer presencialmente no local do ensino com atividades virtuais. Essa ferramenta tecnológica é regida pela Portaria nº 4.059/2004 do Ministério da Educação, que determina que 80% das atividades devem ser ministradas presencialmente e apenas 20% on-line. O modelo pode ser incrementado tanto ao ensino superior quanto à educação básica, visto que ao adotar os ambientes virtuais de aprendizagem, as escolas e universidades possibilitam aos alunos o modelo híbrido de ensino, que suporta carga horária presencial e virtual com conteúdos extras em vídeos, apostilas, desenhos, filmes e outros elementos que elevam a qualidade do ensino. Ainda, acaso o aluno não compareça fisicamente em aula, essas podem ser gravadas e disponibilizadas na plataforma, permitindo o acesso posterior. Vani Moreira Kenski afirma que a partir da implementação do espaço virtual as barreiras físicas deixam de ser consideradas, abrindo condições à democratização do ensino.

[...] utilizando o ambiente digital como extensão das atividades realizadas em sala de aula, quando é impossível a discussão com todos os alunos, em decorrência do elevado número de estudantes e do exíguo tempo de aula. Como continuidade da disciplina na web podem ser vistas também as atividades em que os alunos trocam informações e cooperam para que determinadas tarefas – ou projetos – sejam realizadas. (KENSKI, 2019, p. 130)

Evidencia-se, nesse ponto, que devido à revolução digital suscitada pela Pandemia da Covid-19, há grande tendência de crescimento do ensino híbrido pós-pandemia (ALMEIDA; CARVALHO; PASINI, 2020, p. 8). Isso devido ao fato de os docentes já estarem preparados para o uso das TICs na educação em virtude das medidas emergentes de ensino remoto que foram adotadas e também pela probabilidade de novas doenças coletivas (ALMEIDA; CARVALHO; PASINI, 2020, p. 8).

CONCLUSÃO

A educação desenvolve o intelecto do indivíduo, propiciando a formação dos valores morais e sociais e ajudando na construção de uma cidadania equitativa. Portanto,

não cabe ao ensino apenas a transmissão de informações, mas também a possibilidade do ser humano se reinventar, fazer escolhas e trilhar seu caminho.

Analisando a previsão da Constituinte quanto ao direito à educação como um direito fundamental e social, entende-se que não se trata apenas de garantia formal, mas sim de instrumento para o desenvolvimento humano. A educação é, portanto, um dos pilares de sustentação do Estado.

Com base nas pesquisas explanadas, foi possível identificar que as TICs, além de tecnologias capazes de integrar e facilitar o acesso à educação, são ferramentas que ampliam a compreensão de mundo, oportunizando a rápida busca e troca de informações. Mais do que a habitual transmissão de conhecimento, as TICs são instrumentos de formação humana, que expandem a aprendizagem e possibilitam aos indivíduos um novo olhar à educação.

Assim, principalmente após o colapso pandêmico, seria improvável pensar no futuro da sociedade sem interligar as novas tecnologias ao ensino. Apesar dos desafios a serem enfrentados, a exemplo da desigualdade social, a falta de inclusão digital e o devido treinamento dos docentes, o avanço digital é necessário para acompanhar o desenvolvimento da sociedade da informação. Ademais, a inclusão dos meios eletrônicos na educação não deve ser característica adotada apenas pelas instituições privadas, mas também – e principalmente – pelas escolas e universidades públicas, a fim de garantir uma revolução digital inclusiva.

Por fim, imprescindível pontuar que não se trata de mero estímulo ao uso da educação digital; mais que isso: o impacto das TICs no ensino formal integra um contexto social maior, relacionado ao papel interrelacional das novas tecnologias na sociedade, a qual não deve prescindir, em momento algum, do respeito às individualidades e dos contextos socioculturais.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Sandra Elaine Aires et al. O e-learning Como Ferramenta Estratégica na Pandemia Covid-19: uma revisão da literatura. In: SEMINÁRIO DE ATUALIZAÇÃO DE PRÁTICAS DOCENTES – UNIEVANGÉLICA, 39., 2020, Goiás. **Anais...** Goiás, 2020. v. 2.
- ALMEIDA, Lucy Hellen Coutinho; CARVALHO, Élvio; PASINI, Carlos Giovanni Delevati. **A Educação Híbrida em Tempos de Pandemia**: algumas considerações. 2020. 9 f. Texto para Discussão (Projeto do Grupo de Estudos em Administração Pública) – Observatório Socioeconômico da covid-19, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2020.
- BORGES, Eliane Medeiros; COLPAS, Ricardo Ducatti; SOUSA, Galdino Rodrigues. Em Defesa das Tecnologias de Informação e Comunicação na Educação Básica: diálogos em tempos de pandemia. **Revista Multidisciplinar Plurais**, Salvador, v. 5, n. 1, p. 146-169, jan./abr. 2020. DOI: 10.29378/plurais.2447-9373.2020.v5.n1.146-169
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**. 58. ed. São Paulo: Paz & Terra, 1997.
- GABARDO, Emerson; REYNA, Justo; SANTOS, Fábio de Souza. Electronic Government, Digital Invisibility and Fundamental Social Rights. **Sequência**: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 41, n. 85, p. 30-50, jan. 2020. DOI: 10.5007/2177-7055.2020v41n85p30
- GOMES, Luiz Geraldo do Carmo; KOBUS, Renata Carvalho. A Educação Digital no Ensino Básico como Direito Fundamental Implícito na Era dos Algoritmos. **International Journal of Digital Law**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 71-96, maio/ago. 2020. DOI: 10.47975/digital.law.vol.1.n.2
- GUSSO, Hélder Lima et al. Ensino superior em tempos de pandemia: diretrizes à gestão universitária. **Educação e Sociedade**, Campinas, v. 1, n. 41, e238957, p. 1-27, out. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/ES.238957>
- HACHEM, Daniel Wunder. A discricionariedade administrativa entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 10, n. 35, p. 313-343, jul./dez. 2016.
- IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha. Direito à educação: uma questão de justiça social. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 7, n. 2, p. 77-95, jun. 2017. DOI: 10.26843/direitoedesenvolvimento.v7i2.318
- KENSKI, Vani Moreira. **Tecnologias e ensino presencial e a distância**. 7. ed. Campinas: Papyrus, 2019.
- LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência**: o futuro do pensamento na era da informática. 2. ed. Rio de Janeiro: 34, 2010.
- LÓSSIO, Claudio Joel Brito. **Manual Descomplicado de Direito Digital**: guia para profissionais do direito e da tecnologia. Salvador: JusPodivm, 2020.
- MASSON, Nathália. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Melheiros, 2015.
- MELO, Pedro Antonio et al. Criação e Compartilhamento do Conhecimento em EAD. **Revista Novas Tecnologias na Educação – RENOTE**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 1-10, jul. 2011. DOI: 10.22456/1679-1916.21899

MIRANDA, Maria Geralda; NARDUCHI, Fábio; PEREIRA, Alexandre de Jesus. Biopolítica e educação: os impactos da pandemia de covid-19 nas escolas públicas. **Augustus**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 51, p. 219-236, jul./out. 2020. ISSN 1981-1896.

PADILHA, Maria Auxiliadora Soares. Os Modelos de Educação a Distância no Brasil: A Universidade Aberta do Brasil como um Divisor de Águas. **Reflexão e Ação**, Santa Cruz do Sul, v. 21, n. 2, p. 82-103, jul./dez. 2013. DOI: 10.17058/rea.v21i2.344

ROZA, Rodrigo Hipólito. TICs na Aprendizagem Sob a Perspectiva Sociointeracionista. **Revista On-line de Política e Gestão Educacional – RPGE**, Araraquara, v. 22, n. 2, p. 498-506, maio/ago. 2018. DOI: 10.22633/rpge.v22.n2.maio/ago.2018.11173

SANCHO, Juana M. **Tecnologias para Transformar a educação**. Tradução de Valério Campos. Porto Alegre: Artmed, 2006.

SANTOS, Adriana. Tecnologias de Informação e Comunicação: limites e possibilidades no ensino superior. **Revista Brasileira de Ensino Superior – REBES**, Passo Fundo, v. 1, n. 1, p. 36-46, jul./set. 2015. DOI: 10.18256/2447-3944/rebes.v1n1p36-46

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SCHAFF, Adam. **A Sociedade Informática**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

TAKAHASHI, Tadao. **Sociedade da informação no Brasil**: livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

O AUXÍLIO EMERGENCIAL E A INSEGURANÇA ALIMENTAR NO BRASIL

EMERGENCY AID AND FOOD INSECURITY IN BRAZIL

Danna Catharina Mascarello Luciani¹

Juliana Horn Machado Philippi²

Maria Paula Miranda Carvalho³

Renatha Natalia Santana Ferreira⁴

RESUMO

Após as medidas de contenção da proliferação da COVID-19, foi estabelecido o Auxílio Emergencial, com a finalidade a proteção social, o que engloba a garantia de uma existência minimamente digna para os beneficiários, possibilitando o direito à alimentação, saúde e segurança, por exemplo. A partir disso, o presente artigo tem como objetivo avaliar a política pública do Auxílio Emergencial, a fim de diagnosticar seus impactos no exercício de direitos fundamentais dos beneficiários durante o período de instabilidade social, para fins de relacionar a concessão do benefício e o combate ao cenário de insegurança alimentar. Para tanto, têm-se o direito à alimentação como um direito fundamental social e, assim, parte do mínimo existencial, a ser tutelado pelo Estado, por meio de políticas públicas. Diante disso, por meio do método hipotético-dedutivo, partindo de dados concedidos pelo Governo Federal e de doutrina, busca-se

¹ Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Coordenadora Científica do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito (GRAED PUCPR). *E-mail*: dannacml@hotmail.com

² Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento na Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUCPR (Bolsista PROEX). Membro do NUPED – Núcleo de Pesquisas e Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da PUCPR. Advogada. *E-mail*: julianahmachado@gmail.com

³ Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). *E-mail*: popmpmc@hotmail.com

⁴ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Grupo de Estudos de Análise Econômica do Direito. *E-mail*: renathansf@gmail.com

analisar a postura positiva do Estado na intervenção ao direito à alimentação, através da concessão do Auxílio Emergencial, é suficiente para garantia do mínimo existencial, em geral, e do direito à alimentação, em especial. Como resultado, percebe-se que a política pública, embora necessária, não foi suficiente para evitar cenários de insegurança alimentar em seus diferentes graus.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Auxílio Emergencial. Direitos Fundamentais. Mínimo Existencial. Direito à Alimentação.

ABSTRACT

After the measures to contain the proliferation of COVID-19, the Emergency Aid was established, with the purpose of social protection, which encompasses the guarantee of a minimally dignified existence for the beneficiaries, enabling the right to food, health and safety, for example. Based on this, this article aims to evaluate the public policy of the Emergency Aid, in order to diagnose its impacts on the exercise of fundamental rights of beneficiaries during the period of social instability, for the purpose of relating the granting of the benefit and the fight against the scenario of food insecurity. To this end, the right to food is considered a fundamental social right and, therefore, part of the existential minimum, to be protected by the State through public policies. Therefore, by means of the hypothetical-deductive method, starting from data granted by the Federal Government and doctrine, it is sought to analyze the positive posture of the State in the intervention to the right to food, through the concession of the Emergency Aid, is sufficient to guarantee the existential minimum, in general, and the right to food, in special. As a result, it can be seen that public policy, although necessary, was not enough to avoid food insecurity scenarios in their different degrees.

Keywords: Public Policies. Emergency Aid. Social Fundamental Rights. Essential Minimum. Right to Food.

INTRODUÇÃO

A Organização Mundial da Saúde, em março de 2020, declarou que a Covid-19 havia alcançado o estado de pandemia. Dentro disso, por meio do Decreto Legislativo nº 6 de 2020, o Governo Federal reconheceu o estado de calamidade pública e dispôs de algumas medidas para o enfrentamento da crise sanitária.

Uma delas foi a regulamentação do Auxílio Emergencial, a partir da Lei Federal nº 13.982/2020. Tal quantia tem como objetivo a manutenção da existência minimamente digna do titular, a fim de custear alimentação, saúde e outros direitos fundamentais, em meio a instabilidade econômica derivada da pandemia.

A medida provisória nº 1.039/2021 instituiu o auxílio emergencial para o ano de 2021, e o Decreto nº 10.661/2021 a regulamentou, porém com algumas modificações: o valor do benefício foi reduzido para parcelas variadas de R\$ 150, R\$ 250 ou R\$ 375, a depender da situação familiar. Além da redução do valor, também houve redução de quem faz jus às parcelas, um benefício por família, além de novos requisitos e grupos de beneficiamento. A expectativa é de que, ao total, 45,6 milhões de brasileiros serão beneficiados em 2021.

A partir disso, pretende-se, por meio do método dedutivo, com a análise de dados de institutos de pesquisa, do Governo Federal e do levantamento bibliográfico da doutrina correlata, enfrentar o seguinte problema de pesquisa: o auxílio emergencial é um instrumento útil para efetivação do mínimo existencial e, em especial, do direito à alimentação, com a redução dos cenários de insegurança alimentar?

Para tanto, a presente pesquisa estrutura-se da seguinte maneira: no item 1, serão levantadas noções acerca do direito à alimentação e sua relevância no ordenamento constitucional brasileiro, além de ponderadas noções de mínimo existencial e o papel das políticas públicas para a garantia dos direitos inerentes a ele. Em seguida, no item 2, serão trazidos a tela dados estatísticos acerca do contexto socioeconômico em que o Auxílio Emergencial foi concedido e das estruturas de segurança alimentar no país, fazendo-se, na sequência, considerações a partir dos argumentos levantados durante a pesquisa.

1 O DIREITO À ALIMENTAÇÃO E A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL POR MEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A necessidade humana de respirar, alimentar-se e dormir, por exemplo, está na base da Pirâmide de Maslow, ou teoria da Hierarquia de Necessidades de Maslow, e

ocupam papel basilar na construção das demais necessidades do indivíduo (MASLOW, 1943, p. 370-396), em especial quando o apetite (ou a fome) demonstram de que o corpo necessita para continuar funcionando corretamente (MASLOW, 1954, p. 35-36). Com a evolução dos debates acerca da escassez alimentar, percebeu-se que, além da ausência de uma “política de armazenamento estratégico e de oferta de alimentos”, a dificuldade de acesso físico e econômico aos alimentos também enfraquecia a segurança alimentar e nutricional da população (ABRANDH, 2010, p. 11-12).

Na Constituição Federal, o direito à alimentação está previsto no artigo 6º, sendo considerado um dos direitos sociais, submetendo-se também ao regime jurídico dos direitos fundamentais (HACHEM, 2014, p. 75-80; SARLET, 2012, p. 48-49, 240-241, 246-247; NOVAIS, 2010, p. 178-179). E, na qualidade de direitos fundamentais, são “feixes de posições jusfundamentais” (HACHEM, 2014, p. 132), dotados de multifuncionalidade, com funções de defesa e prestação (HACHEM, 2014, p. 131-133). Isso demonstra a complexidade dos direitos fundamentais (tanto os sociais quanto os de liberdade), em especial porque o direito fundamental como um todo é composto tanto de uma dimensão objetiva quanto subjetiva (NOVAIS, 2010, p. 44-46). Na dimensão objetiva há imposição de deveres jurídicos objetivos ao Estado, ao passo que na subjetiva o titular concreto do direito fundamental tem uma vantagem individual atribuída, que lhe permite a fruição dos bens protegidos, inclusive com a possibilidade de acionar a tutela jurisdicional para tanto (NOVAIS, 2010, p. 55-57).

Como ensina Novais (2010, p. 69), “da própria existência de um direito subjectivo (em sentido lato) e, designadamente, de um direito dirigido ao Estado, resulta sempre uma dimensão objectiva”. Isto é, havendo um direito subjetivo, há um direito na dimensão objetiva que o resguarda, com uma obrigação do Estado em resguardar aquele direito. Novais (2010, p. 103), fala ainda na justiciabilidade dos direitos fundamentais, o cerne da dimensão subjetiva, “optando por condicionar à existência dessa característica específica a qualificação da garantia jurídica proporcionada pelo direito fundamental como direito subjectivo em sentido estrito” (NOVAIS, 2010, p. 103).

O Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, e como tal, tem em sua Constituição os valores escolhidos pela coletividade para que recebam maior proteção e efetividade (BITENCOURT, 2013, p. 34). Dentre as normas constitucionais brasileiras, destaca-se como princípio basilar da República Federativa do Brasil a Dignidade da Pessoa Humana, da qual decorre o Mínimo Existencial, reflexo da autonomia do indivíduo para que esse busque, ao seu modo, o seu bem-estar, para qual é fundamental a garantia das provisões necessárias para a vida digna (BARROSO, 2014, p. 81; 84).

Ana Paula de Barcellos (2011, p. 302; 337) ensina que o mínimo existencial é composto por quatro elementos centrais: educação básica, saúde básica, assistência

aos desamparados e acesso à justiça. O direito à alimentação, nessa classificação, se encaixa na assistência aos desamparados, por estar diretamente ligado à subsistência do indivíduo, ao lado de vestuário e abrigo. Barcellos (2011, p. 338-340) cita como meios de garantias da assistência (i) a entrega de valor suficiente para o sustento, mas que não retire o indivíduo a vontade/necessidade do trabalho (fundamento da República); (ii) a entrega de valores vinculados a destinação, de modo a evitar o desvio de valores para fins que não os buscados pelo Poder Público; ou (iii) a concessão in natura do bem necessário, por parte do Estado ou por convênio, com margem para a realização por qualquer outro meio que a “inteligência política” possa encontrar.

Políticas Públicas são “ações governamentais processualmente estruturadas e juridicamente reguladas, em diversos níveis, com o envolvimento de diversos atores e instituições, por meio da utilização de variados métodos e estratégias” (MOTTA; OLIVEIRA, 2019, p. 90). Nesse contexto, as políticas públicas podem ser analisadas por seu caráter instrumental para cumprimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais (que exige dos destinatários a promoção e tutela desses direitos), alcançando os interesses de um grupo de pessoas, e não apenas de indivíduos isoladamente, com a projeção da universalização dos resultados a serem alcançados (VALLE, 2016, p. 160).

Bitencourt (2013, p. 54) propõe que Políticas Públicas seriam as ações estatais que, por meio do Direito, se organizam para promoção de demandas sociais com o objetivo de influenciar na modificação consciente da sociedade, a partir de uma ligação com Organizações Governamentais. Ainda, Políticas Públicas possuem viés estratégico, incorporando necessidades sociais possíveis no arranjo institucional em que é feita a análise, e projetando resultados em um futuro próximo (BUCCI, 2006, p. 19), a fim de concretizar os objetivos definidos pela coletividade nas normas constitucionais.

A intervenção estatal para modificação da sociedade pauta-se nos objetivos da República Federativa do Brasil, expostos no artigo 3º da CRFB, dentre os quais encontra-se a “garantia do desenvolvimento nacional” (inciso II). Desenvolvimento, a partir de uma interpretação sistêmica da Constituição Brasileira, estrutura-se no desenvolvimento econômico, social, cultural e político, por meio do qual “todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados” (ONU, 1986), já que são maximizadas as condições de existência digna e os meios para participação ativa dos cidadãos nas decisões políticas, com a realização plena da democracia (HACHEM, 2013, p. 155).

Desse modo, além de ligar-se ao princípio da Dignidade Humana, a defesa do mínimo existencial também está relacionada com o objetivo do desenvolvimento nacional – que conforme exposto, é um direito humano –, sendo de interesse social a promoção de políticas públicas que promovam a maximização dos direitos, especialmente em períodos de instabilidade social, como será visto a diante.

2 O AUXÍLIO EMERGENCIAL E O CENÁRIO DE INSEGURANÇA ALIMENTAR DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

Com a declaração da Organização Mundial da Saúde (OMS) de que o alcance da covid-19 caracteriza uma pandemia, o Governo Federal Brasileiro reconheceu, por meio do Decreto Legislativo nº 6 de 2020, a ocorrência de estado de calamidade pública, a fim de discutir as medidas para enfrentar a situação pandemiológica (o que levou, inclusive, à publicação da EC nº 106 de 2020, que estabelece um regime extraordinário para enfrentamento dessa calamidade).

A fim de evitar a sobrecarga de hospitais e conter a rápida proliferação da doença, foram tomadas diversas medidas de biossegurança que restringiam as atividades socioeconômicas no país, inclusive com a limitação do trânsito de pessoas. De modo a reduzir a circulação de pessoas, ficou proibido o exercício presencial de serviços e atividades não essenciais, o que impactou diretamente na renda de milhares de pessoas.

Neste cenário econômico, é publicada a Lei nº 13.982/2020, que estabeleceu o Auxílio Emergencial aos trabalhadores que cumprissem os requisitos estabelecidos na lei. No ano de 2020, de acordo com a Caixa Econômica Federal (Caixa Notícias, 2020), 4 entre 10 brasileiros com idade para trabalhar (o que equivale a 67,9 MM de brasileiros) receberam o benefício de R\$600,00 por 5 meses, totalizando R\$292,9 bilhões creditados, o que representa mais de 50% do total gasto pelo Governo Nacional com as medidas de atenuação dos efeitos do COVID-19 (TESOURO NACIONAL, 2020).

O programa do auxílio emergencial evitou o aumento da pobreza extrema, principalmente em face de crianças e adolescentes, de acordo com estudo do Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas (Ibre/FGV). Nesse mesmo sentido, a PNAD Covid mostrou uma grande cobertura auxílio emergencial. No final de maio, 42% dos domicílios e 49% da população tinham acesso a este. A título de comparação, o Bolsa Família, até então programa de maior cobertura no país, chegava a 19% dos domicílios e 25% da população.

Entretanto, nesse mesmo período, o preço da cesta básica sofreu grandes variações ao longo de 2020. Em junho de 2020, o preço da cesta básica em São Paulo aumentou 9,04% em 12 meses, chegando a custar R\$ 547,03 (DIEESE, 2020, p. 2), refletindo aumento de R\$ 45,35 em relação ao mesmo mês em 2019, quando o custo da cesta básica na mesma cidade era de R\$ 501,68 (DIEESE, 2019, p. 2). O maior aumento foi na cidade de Goiânia (Goiás), chegando a 14,02% de aumento no mesmo período. Esses dados demonstram que o paulistano, por exemplo, que utilizou o auxílio emergencial para adquirir uma cesta básica investiu mais de 90% do benefício apenas nisso, considerando a parcela paga em virtude da Lei nº 13.982/2020.

Ocorre que o valor de R\$ 600,00 foi mantido apenas até agosto de 2020. Em setembro, com a publicação da Medida Provisória nº 1000/2020, foi instituído o Auxílio

Emergencial Residual, cujas cotas eram de R\$ 300,00, embora o preço da cesta básica nesse mês variasse entre R\$ 422,31 (em Natal/RN) e R\$ 582,40 (em Florianópolis/SC), o que representa 194,13% do valor do auxílio. Ou seja, uma pessoa precisaria de dois auxílios para conseguir adquirir uma cesta básica.

Em março foi publicada a Medida Provisória nº 1.039/2021, que instituiu o Auxílio Emergencial 2021, em que o valor varia entre R\$150 e R\$375, a depender de critérios estabelecidos na lei. Entretanto, o valor é insuficiente para a aquisição de uma cesta básica. De acordo com a Pesquisa Nacional da Cesta Básica de Alimentos de Março de 2021, promovida pelo DIEESE, conclui-se que, dentre as cidades analisadas, Salvador, Bahia, possui o menor valor da cesta básica, qual seja R\$461,28. Já em Florianópolis, verificou-se o valor mais elevado, sendo necessários R\$632,75 para a aquisição de uma cesta básica no mês analisado.

Percebe-se, assim, que uma pessoa recebendo o valor mais elevado do auxílio em 2021 não consegue comprar uma cesta básica. Uma outra pessoa, recebendo o valor mais baixo, necessitaria de mais de três auxílios para comprar uma cesta básica em Salvador; em Florianópolis, seriam necessários mais de quatro auxílios.

Cumprе ressaltar que o rendimento domiciliar per capita no Brasil em 2019 foi de R\$ 1.490,00 (BRASIL, 2019), mais que o dobro do valor do Auxílio Emergencial inicial. Ainda, o valor do Auxílio também é menor que o salário-mínimo de 2020, que foi fixado em R\$ 1.045 a partir de fevereiro pela Lei 14.013/2020, e que deve, de acordo com o inciso IV do artigo 7º da Constituição, “(...) atender suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social (...)”. Os dados acima demonstram que o auxílio emergencial não foi capaz de garantir uma continuidade na garantia da alimentação digna dos cidadãos, deixando marginalizado o exercício de direitos como lazer e educação.

Desse modo, embora a política pública do Auxílio Emergencial tenha sido promovida com o intuito de promover a proteção social em período de instabilidade, percebe-se que tal medida não foi suficiente para garantir a continuidade da fruição dos direitos inerentes ao mínimo existencial, especialmente o direito à alimentação, o que reflete em cenário de insegurança alimentar.

A insegurança alimentar pode ser percebida em vários graus, alcançando desde a dimensão psicológica até manifestações físicas. A dimensão psicológica abarca a preocupação com a continuidade da capacidade de prover alimentação a seus familiares, seja por dificuldades de acesso, seja por dificuldades econômicas. Além disso, a insegurança alimentar pode ser relativa, ou seja, caracteriza situação em que houve comprometimento da qualidade dos alimentos consumidos, embora a nutrição mínima continue ocorrendo, ou pode ser absoluta em que a restrição da disponibilidade de alimentos leve a fome: situação em que o indivíduo fica dias inteiros sem ter condições de produzir seus alimentos ou de adquiri-los (ABRANDH, 2010, p. 26).

Pesquisa coordenada pelo Grupo de Pesquisa Alimento para Justiça da Freie Universität Berlin (Alemanha), em parceria com pesquisadoras/es da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e Universidade de Brasília (UnB), demonstrou que 60% dos beneficiários do Auxílio Emergencial utilizaram o valor recebido para adquirir alimentos, enquanto 27,8% utilizou para pagar contas básicas e dívidas e 9,2% utilizou para destinações diversas. Ainda, 59,4% dos domicílios entrevistados enfrentaram insegurança alimentar (classificada em grau leve, moderado e grave na pesquisa). Em residências cuja renda per capita era inferior a R\$ 500,00, a insegurança alimentar atingiu 71,4%. Ainda, entre os domicílios alcançados pelo Auxílio Emergencial, 74,1% apresentaram cenários de insegurança alimentar, enquanto os domicílios onde não houve o recebimento do auxílio emergencial marcaram 43,1%.

Com isso, percebe-se que o Auxílio Emergencial, embora tenha garantido a subsistência de grande parcela da parte mais vulnerável da população, não foi suficiente para garantir graus aceitáveis de estabilidade no consumo de alimentos saudáveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ato de alimentar-se é fundamental, igualando-se ao respirar e dormir, constituindo parte da base da Pirâmide de Maslow. Entretanto, com o avanço da pandemia, houve medidas restritivas, com a finalidade de evitar a circulação de pessoas, reduzindo, assim, a propagação do vírus. Diante disso, a renda de muitos brasileiros foi impactada. Com a finalidade de reduzir os danos causados pela pandemia, surge o Auxílio Emergencial.

A promoção do auxílio emergencial por meio do Governo Federal é uma prestação positiva do Estado que se faz necessária em momentos de crise para manter acessível à população o mínimo existencial, em geral, e, em especial, o direito à alimentação, previsto no art. 6º da Constituição Federal.

As mudanças nos valores pagos em virtude do auxílio emergencial (inicialmente de R\$600, passando para R\$300 em setembro de 2020 e alcançando R\$ 150,00 em 2021) não acompanharam as alterações substanciais nos custos envolvidos na garantia do direito à alimentação, como o valor da cesta básica, sendo, ao final, insuficiente o valor do benefício para a aquisição de uma cesta básica em todas as capitais do país. Além disso, os hábitos alimentares dos brasileiros também foram impactados pela pandemia, com a fragilização da qualidade da alimentação e redução da quantidade, o que tem impactos diretos na saúde dos cidadãos. Percebe-se, portanto, que o auxílio emergencial é uma medida necessária para a garantia do direito à alimentação, porém insuficiente, já que não impede cenários de insegurança alimentar.

REFERÊNCIAS

- AÇÃO BRASILEIRA PELA NUTRIÇÃO E DIREITOS HUMANOS (ABRANDH). **O Direito Humano à Alimentação Adequada e o Sistema de Segurança Alimentar e Nutricional**. Brasília, 2010. Disponível em: <https://www.redsan-cplp.org/uploads/5/6/8/7/5687387/dhaa_no_contexto_da_san.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2021.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-50.
- CAIXA NOTÍCIAS. **Dados – Auxílio Emergencial (29-12)**. Dez. 2020. Disponível em: <<https://caixanoticias.caixa.gov.br/noticia/24305/dados-auxilio-emergencial-29-12>>. Acesso em: 4 jun. 2021.
- DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). **Custo da cesta básica aumenta em 11 capitais**. São Paulo: 2020. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/2020/202001cestabasica.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2021.
- DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). **Custo da cesta básica tem alta em 13 capitais e redução em 14**. São Paulo: 2020. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/2020/202009cestabasica.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2021.
- DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). **Custo da cesta básica tem alta em 14 capitais e redução em 14**. São Paulo: 2021. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/2021/202103cestabasica.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2021.
- DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). **Custo da cesta básica tem comportamento diferente entre as capitais**. São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/2019/201906cestabasica.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2021.
- DUQUE, Daniel. Auxílio Emergencial faz pobreza cair em plena pandemia. **Blog do IBRE**, jun. 2020. Disponível em: <<https://blogdoibre.fgv.br/posts/auxilio-emergencial-faz-pobreza-cair-em-plena-pandemia>>. Acesso em: 04 jun. 2021.
- EXAME. **FGV: Auxílio emergencial reduz extrema pobreza ao menor nível em 40 anos**. 2020. Disponível em: <<https://exame.com/economia/fgv-auxilio-emergencial-reduz-extrema-pobreza-ao-menor-nivel-em-40-anos>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

GALINDO, Eryka et al. Efeitos da pandemia na alimentação e na situação da segurança alimentar no Brasil. **Food for Justice: Power, Politics, and Food Inequalities in a Bioeconomy**, Berlin, n. 4, 2021. DOI 10.17169/refubium-29554. Disponível em: <https://refubium.fuberlin.de/bitstream/handle/fub188/29813/WP_%234_final_version.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 04 jun. 2021.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 625 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

IBGE. **IBGE divulga o rendimento domiciliar per capita**. 2019. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Renda_domiciliar_per_capita/Renda_domiciliar_per_capita_2019.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por amostra de domicílios**: PNAD covid-19: maio/2020: resultados mensais. Rio de Janeiro: 2020. Disponível em; <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101727.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

MASLOW, Abraham. **Motivation and Personality**. New York: Harpe, 1954. Disponível em: <http://s-f-walker.org.uk/pubsebooks/pdfs/Motivation_and_Personality-Maslow.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2021.

MASLOW, Abraham. A Theory of Human Motivation. **Psychological Review**, Houston, v. 50, n. 4, p. 370-396, jan. 1943. Disponível em: <<https://psychclassics.yorku.ca/Maslow/motivation.htm>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

MOTTA, Fabrício; OLIVEIRA, Antônio Flávio de. Sustentabilidade econômica e políticas públicas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 19, n. 78, p. 87-113, out./dez. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i78.1249

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: uma teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. 1986. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>. Acesso em: 04 jul. 2021.

OUR WORLD IN DATA. **Coronavirus Pandemic (COVID-19) – the data**. Disponível em: <<https://ourworldindata.org/coronavirus-data>>. Acesso em: 04 jul. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TESOURO NACIONAL TRANSPARENTE. **Monitoramento dos Gastos da União com Combate à COVID-19**. Disponível em: <<https://www.tesourotransparente.gov.br/visualizacao/painel-de-monitoramentos-dos-gastos-com-covid-19>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O DESAFIO DA VACINAÇÃO NO CONTEXTO DA COVID-19

JUDICIALIZATION OF HEALTH AND THE ROLE OF THE SUPREME FEDERAL COURT: THE CHALLENGES OF VACCINATION THROUGH COVID-19

Juliana Ferreira Montenegro¹
Letícia Maria Rutkowski Salles²

RESUMO

No curso da pandemia do covid-19, a atividade jurisdicional foi colocada à prova numerosas ações fulcradas nas mais diversas pretensões individuais e coletivas de tutela à saúde. Dentre todos os pedidos se destacam os referentes à vacinação, que culminaram em decisões em sede de poder concentrado e difuso de constitucionalidade. A imunização por meio de vacina, por certo, é uma política pública integrante do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a covid-19 regulamentada, sobretudo, pelas Lei n.º 13.979, de 2020, 14.121, de 2021, e 14.124, de 2021, que sofreu controle jurisdicional em diversos aspectos, dentre os quais se destacam o controle dos grupos de risco e a própria possibilidade de aquisição por entes privados. Neste contexto, cumpre indagar: a atuação jurisdicional, no sentido de controle das políticas públicas de vacinação, se revelou adequado à estrutura institucional brasileira? Foram respeitados os limites inerentes ao sistema de freios e contrapesos no controle da política pública de vacinação? A fim de cumprir este mister, a pesquisa adotou o método hipotético-dedutivo e empregou análise doutrinária e jurisprudencial, especialmente das decisões

¹ Doutora em Gestão Urbana pela PUC-PR. Mestra em Direito e Sustentabilidade pela PUC-PR. Especialista em Direito e Negociação Internacional pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela PUC-PR. Bacharel em Administração e Comércio Exterior pela UFPR. Professora da PUCPR e da UNICURITIBA. Coordenadora do Curso de Especialização em Direito, Logística e Negócios Internacionais. Advogada. Pesquisadora do NEADI-PUCPR. *E-mail*: juliana.montenegro@pucpr.br

² Mestra em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUC-PR. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná. Bacharel em Direito pela PUC-PR. Professora Convidada da Pós-Graduação em Direito e Logística Internacional da PUC-PR. Advogada. Pesquisadora do NEADI-PUCPR. *E-mail*: leticia_sallesd@msn.com

do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade sobre a matéria. Conclui-se que as decisões proferidas pelo STF produziram impactos positivos sobre a política pública de vacinação especialmente quanto à sua obrigatoriedade e preservação dos grupos prioritários. No que toca à aquisição de vacinas por particulares, a Corte Suprema julgou prejudicados os pedidos da ADI 6.661 após incentivar, de modo indireto, a revisão da decisão governamental em momento posterior, reconhecendo seus limites na análise de políticas públicas e respeitando as atribuições de cada poder. Enfim, o Poder Judiciário dá sinais de que está atendendo bem às questões postas em sede de controle de constitucionalidade resistindo aos percalços da pandemia.

Palavras-chave: Judicialização. Direito de Acesso à Saúde. Covid-19. Supremo Tribunal Federal. Vacinas.

ABSTRACT

Throughout the course of covid-19 pandemic, jurisdictional activity has been put to the test in numerous ways both in individual and collective health claims. Amongst all pleas, immunization through vaccination, a part of the national policy against covid-19, stands out. As a part of the National Plan for The Operationalization of Vaccination against covid-19, regulated by numerous laws such as Law n. 13.979/2020, 14.121/2021 and 14.124/2021, vaccination has suffered jurisdictional control in many ways, among which are the control of risk groups and the possibility of acquisition by private parties and other public entities stand out. In this context it is worth asking: has jurisdictional action, in the sense of controlling public policies on vaccination, been adequately conducted by Brazilian Courts? Were the limits inherent to checks and balances system been respected in the control of such public policies? To do so, this research has adopted the hypothetical-deductive method and use doctrinal and jurisprudential analysis, especially those decisions by the Supreme Federal Court regarding constitutionality control. In conclusion, those decisions handed down by the STF produced positive outcomes over the vaccination public policy, especially regarding the preservation of priority groups. With regard to vaccine acquisition by private parties, the Supreme Court ruled against the requests on ADI 6.661, even though the plea has indirectly encouraged the supervenient review of the public policy and the Court respected each Power's attributions. Finally, the Judiciary shows positive signs in response to the issues raised in constitutional control regard the hardships and other pandemic outcomes.

Keywords: Judicialization. Right to Health. Covid-19. Supreme Federal Court. Vacines.

INTRODUÇÃO

A judicialização da saúde é tema em franco desenvolvimento. Dados do Conselho Nacional de Justiça apontam para um crescimento de 130% nos números de processos ajuizados sobre a matéria entre os anos de 2008 e 2017. Neste mesmo período, os demais litígios sofreram incremento na ordem de 50%, conforme dados informados no relatório do CNJ, de 2009, analisado no texto.

Neste contexto em que são discutidos os significativos aumentos nos dispêndios governamentais com saúde, especialmente em razão de decisões judiciais, e em que se trata dos limites da atuação jurisdicional sobre políticas públicas surge um novo, complexo e enorme desafio: a pandemia do SARS-COV-2, comumente denominado covid-19.

Como resposta, o Brasil estipulou políticas públicas de enfrentamento ao covid-19, classificado internamente como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), dentre as quais se destacam o aumento no número de leitos, a imunização por vacina, o oferecimento de medicamentos, oferecimento de auxílio emergencial.

Dentre essas políticas públicas merece destaque a política de imunização por vacina, veiculada pelo Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a covid-19. O planejamento da política de imunização foi orientado pelas Leis n.º 12.401/2011 e 6.260/1976 e por diversas normativas infralegais e culminou na edição das Leis n.º 13.979/2020, 14.035/2020, 14.121/2020, 14.124/2021 (conversão da MP n.º 1.026/2021), que regulamentam a vacinação contra o SARS-COV-2 no Brasil.

Diante de diversas ações dos governos municipais e estaduais, a política de imunização foi alvo de intensa judicialização, inclusive no âmbito do controle concentrado e difuso de constitucionalidade. Muitas das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal encontraram fundamento em limitações ao exercício de direitos fundamentais e na proibição de ações por entidades privadas, a exemplo da aquisição de vacinas por particulares.

É certo que o Poder Judiciário possui grande ingerência no controle das políticas públicas, no entanto, o exercício da atividade fiscalizatória sobre políticas de saúde ainda é campo de intensas discussões quanto aos seus limites, legitimidade e alcance sobretudo no âmbito das ações coletivas.

Neste contexto, cumpre indagar: a atuação jurisdicional, no sentido de controle das políticas públicas de vacinação, se revelou adequado à estrutura institucional brasileira? Foram respeitados os limites inerentes ao sistema de freios e contrapesos no controle da política pública de vacinação? A fim de cumprir este mister, a pesquisa adotou o método hipotético-dedutivo e foi conduzida a partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

1 JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE

Inicialmente cabe especificar o que vem a ser a judicialização de um direito. Sob esse prisma, existem entendimentos diametralmente opostos. Assim, é possível voltar o olhar para o uso neutro do termo, em que se depreende que “judicialização” vem a ser uma provocação feita ao Poder Judiciário para que este se manifeste diante de uma controvérsia.

De modo contrário, tem-se a visão negativa do termo, em que a “judicialização” é utilizada como reforço ao aumento excessivo das ações judiciais em uma matéria específica, conforme assevera Barroso (2009, p.3) ao afirmar que: “(...) a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e Tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”.

Feita essa contextualização inicial, é possível avançar para o segundo ponto de análise, verificando se no Brasil, ocorre a judicialização do acesso à saúde no território nacional. Como o Direito brasileiro vem passando por mudanças profundas é necessário contextualizar a emergência de um novo paradigma na teoria jurídica e na prática dos tribunais.

A discussão que envolve os direitos relativos à saúde parte da regra constitucional presente na Carta de 1988 como marco decisivo e como ponto de partida de valores reconhecidos para a sociedade brasileira. O direito à saúde presente no documento constitucional de 1988, diferentemente das Constituições anteriores, optou por dispor, de modo separado, em capítulo próprio, demonstrando assim a importância do tema e do compromisso do Estado brasileiro com a saúde.

Sob esse prisma, é possível observar que a temática da saúde vem passando por uma construção de valores que englobou também os valores sociais. Essa modificação ocorreu com o entendimento de que os direitos sociais não são somente normas utilizadas para orientação das políticas públicas, mas também normas de aplicação concreta que visam efetivar os preceitos de direitos humanos, relacionados com a dignidade da pessoa humana (VIANNA, 2014).

Ocorre que nem sempre os valores presentes na Carta Constitucional são resguardados por todos, em especial pelo Estado brasileiro, levando a um movimento de avanço da justiça constitucional sobre o espaço político, demonstrando a fluidez dos conceitos e das fronteiras entre a justiça e a política (BARROSO, 2012, p. 23).

Assim, buscando nos dados que comprovem o movimento atual, confronta-se com os relatórios divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ e, constata-se o movimento de crescimento das demandas de saúde no país e o incremento dos gastos do Ministério da Saúde com o cumprimento das decisões judiciais. Esse acréscimo está

identificado nos dados, e com uma análise rápida já é possível verificar que houve um aumento real de 130% das demandas judiciais relativas à saúde no prazo dos últimos dez anos, conforme demonstrado no relatório do CNJ, de 2009 (BRASIL, 2009).

Com estes dados estatísticos trazidos pelo CNJ, a resposta à questão relacionada a existência de um movimento de judicialização das demandas no país, fica mais objetiva. Conclui-se que o Brasil vem enfrentando um processo de judicialização do acesso à saúde. Porém essa contatação per si, não é o suficiente para que se estabeleça uma compreensão aprofundada sobre o movimento constatado.

O que leva a outro questionamento acerca da real existência do ativismo judicial em demandas de saúde. Ativismo judicial existe quando se verifica uma postura proativa na interpretação das leis pelo Poder Judiciário, ou seja, quando ocorre uma expansão dos limites constitucionais da jurisdição do juiz, de modo a interferir em decisões de outros poderes. Nos dizeres de Barroso: “O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário” (BARROSO, 2012, p. 32).

Essa prática, configura-se em uma atuação distinta da atribuída ao poder judiciário, ou seja, ante ao excesso das demandas levadas ao judiciário e como consequência da judicialização das demandas, tem-se o ativismo judicial, o que resulta na atuação do juiz como legislador ou administrador, ultrapassando o limite da lei.

Diversas são as causas que culminaram no ativismo judicial. Dentre elas, destacam-se as causas institucionais, que envolvem o mal funcionamento do Poder Executivo e do Poder Legislativo, levando a aumento do controle abstrato de normas. Outra causa comum, envolve questões técnicas, como a “declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição” (BARROSO, 2012, p. 9). E não menos importante, as causas políticas-filosóficas, que perpassa pela penetração cada vez maior da Filosofia nas questões jurídicas, conforme estabelece Cruz (2007).

Já o ativismo na saúde tem como uma das causas principais, o neoconstitucionalismo, ou seja, a interpretação do direito a partir dos Direitos Fundamentais. O constitucionalismo contemporâneo contempla uma série de transformações na postura do Estado, que, conforme assevera Sarmiento (2009, p. 8): “No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais”.

Não existe uma definição clara e precisa sobre o neoconstitucionalismo, mas sim, desdobramentos importantes dessa visão teórica que vem ganhando força, conforme destaque:

Miguel Carbonell, o neoconstitucionalismo desdobra-se em três planos de análise que se conjugam: o dos textos constitucionais, que se tornaram mais substantivos e incorporaram amplos elencos de direitos fundamentais; o das práticas judiciais, que passaram a recorrer a princípios constitucionais, à ponderação e a métodos mais flexíveis de interpretação, sobretudo na área de direitos fundamentais; e o dos desenvolvimentos teóricos de autores que, com as suas ideias, ajudaram não só a compreender os novos modelos constitucionais, mas também participaram da sua própria criação. (CARBONELL, 2009).

Seguindo esses entendimentos, verifica-se que a mudança de postura do Judiciário, em função do ativismo na saúde também recai sobre a atribuição de eficácia plena às normas definidoras de direitos fundamentais, incidindo na aplicação direta dos preceitos constitucionais a circunstâncias não contempladas de forma direta no texto constitucional, tais quais postas na Constituição Federal, Art. 5§ 1º, buscando tirar o máximo das potencialidades do texto constitucional.

Não obstante o entendimento do direito à saúde enquanto um direito público, o exemplo mais patente é o da distribuição de medicamentos e determinação de tratamentos e terapias por meio de decisões judiciais. Nas esferas estaduais e federais, proliferam-se decisões que resultam na condenação da União, do Estado ou do Município (ou por vezes os três entes solidariamente), a custear tratamentos ou remédios que não constem nos protocolos do Ministério da Saúde, sendo muitos os casos de tratamentos adotados em caráter experimental ou terapias a ser realizadas fora do território nacional.

Estes casos retratam a realidade do Estado brasileiro em que “o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir” (BARROSO, 2012, p. 8), pois a postura do intérprete de modo proativo ao interpretar a Constituição vem se mostrando cada vez mais incapaz de estabelecer o consenso. E os riscos da judicialização envolvem outras questões potenciais como a legitimidade democrática e a politização da justiça.

Assim é possível entender que o Judiciário tem sido utilizado pelo Estado brasileira para a busca da concretização de direitos e em especial os direitos à saúde através de ações que visam obrigar o Estado ao fornecimento medicamentos, autorização de procedimentos cirúrgicos bem como outros serviços, fomentando a prática da judicialização da Saúde, como uma atuação derivada do conceito da judicialização da Política.

Como visto, são práticas que vem ganhando relevância no território brasileiro, propiciando, muitas vezes a legalização da Saúde por vias negativas e fomentando as críticas à intervenção do Judiciário em Saúde e Política.

No entanto, as práticas aqui abordadas, longe de estabelecerem um consenso, trazem a legalização excessiva e desordenada da Saúde, resultante não apenas do desempenho desejável do Judiciário, mas, encontra-se a origem na ineficiência governamental, nas reiteradas práticas de corrupção. Desse modo, buscou-se instigar a reflexão sobre a questão da legalização da Saúde no caso brasileiro como um fenômeno complexo, envolto por dilemas reais e de luta por ações efetivas para equilibrar os atores envolvidos nesse processo.

1.1 INSTRUMENTOS DE JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE

A mudança de paradigma axiológico no tratamento de demandas de direitos sociais de fato tornou o ambiente jurisdicional, antes fechado na compreensão de que as normas constitucionais veiculadoras de direitos sociais possuiriam mero conteúdo programático, mais receptivo às demandas de acesso à saúde.

O Poder Judiciário assumiu, portanto, a posição de fiscal das escolhas trágicas do administrador público. As questões que se colocam, no entanto, jazem nos limites do protagonismo judiciário na definição e consecução de políticas de saúde, na eventual (re) definição de seu papel no desenho institucional e de sua capacidade técnico-estrutural para definir políticas públicas de saúde, como aponta Daniel Sarmiento (2019, p. 101).

A assunção deste mister, todavia, não pode alterar a identidade do poder jurisdicional, mas deve evidenciar uma de suas múltiplas facetas, mais especificamente a de fiscalizador da regularidade das políticas públicas. O controle judicial de políticas públicas, respeitada a adequada discricionariedade administrativa, é ínsito ao sistema de freios e contrapesos.

Cumpre lembrar que o sistema de freios e contrapesos impõe a todos os Poderes – e não apenas ao Judiciário – uma postura fiscalizatória, de modo que incumbe aos Poderes Judiciário e Legislativo analisar a necessidade e a adequação dessas medidas frente a ordem constitucional, cada um à sua maneira munidos de seus instrumentos característicos.

No curso dos últimos vinte anos o Poder Judiciário enfrentou uma série de pedidos individuais e coletivos com substrato no acesso à saúde (SARMENTO, 2019, p. 101-102), o que lhe permitiu colocar a prova sua função fiscalizatória. Entre erros e acertos, decidiu inúmeras demandas individuais e coletivas que perquiriam acesso a medicamentos, tratamentos cirúrgicos, internamentos e de tratamento sanitário.

Estas experiências demonstram a “complexidade inerente à deliberação relacionada a políticas públicas, não raramente importando em ‘escolhas trágicas’ e

colocando em xeque aspectos pendentes de valorização com um viés (também) bastante técnico” (ARENHART E OSNA, 2020, p. 32), o que evidencia a necessidade de se adotar uma nova mentalidade processual bem como uma análise detida dos instrumentos e da capacidade do Poder Judiciário tratar destas questões com sua atual estrutura.

1.1.1 Instrumentos de Judicialização do Acesso à Saúde: Processos Coletivos e de Controle de Constitucionalidade

O direito de acesso à saúde possui natureza individual homogênea. Significa dizer que o acesso à saúde é um “(...) direito individual com natural dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade (...) decorrente da massificação/padronização das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes”, como definem Fredie Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2016, 71).

A via eleita para demandar tais direitos de natureza metaindividual é, por excelência, o processo coletivo em razão da facilitação de acesso ao Poder Judiciário, da especial proteção conferida a grupos hipossuficientes (no sentido de *custos vulnerabilis*) e da necessidade de tratamento uniforme (ARENHART E OSNA, 2020, p. 77-78). O processo coletivo é, portanto, um instrumento promissor para a tutela de direitos cuja tutela enseje efeitos de amplo espectro.

Para além dos processos coletivos há também as ações de controle de constitucionalidade, que ocuparam lugar de destaque no controle das políticas públicas de combate ao covid-19 nestes últimos 15 meses.

No entanto, a eficácia dos instrumentos de tutela coletiva é atualmente limitada por fatores axiológicos e por concepções defasadas quanto à finalidade do processo. O cerne desses fatores jaz na manutenção de paradigmas liberais sobre elementos do processo que não se amoldam a atual realidade. Impõe-se uma análise teleológica do processo, que não pode ser visto como um fim em si mesmo ou, ainda, como prolator de decisões meramente declaratórias. Em outras palavras, a função jurisdicional de tutela de direitos metaindividuais, afirmam Sérgio Arenhart e Gustavo Osna, não pode descurar de sua finalidade material, o que acabava prejudicado pela lógica liberal, insita aos processos individuais, que não atende às necessidades de tutela dos direitos metaindividuais, a exemplo do acesso à saúde, pois não se amoldam a natureza de tais interesses, como se pode depreender da entrega de decisão meramente declaratória (ARENHART E OSNA, 2020, p. 33).

2 JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE E VACINAS CONTRA O COVID-19: AS DECISÕES DO STF EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Segundo o Conselho Nacional de Justiça, o número de demandas de saúde aumentou em 130% entre 2008 e 2017, ao passo que o total de processos judiciais cresceu 50% neste mesmo período. Tais índices despertam atenção visto que em sete anos houve incremento de aproximadamente 13 vezes nos gastos do Ministério da Saúde resultantes de demandas judiciais, atingindo o patamar de R\$1,6 bilhão no ano de 2016, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça divulgados no Relatório “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução” (CNJ, 2019, p. 35).

No entanto, estes dados são anteriores à eclosão da pandemia do coronavírus (SARS-COV-2), classificada como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) pela Secretaria de Vigilância em Saúde (BRASIL, 2021, p. 10), que demonstrou altos índices de judicialização de pedidos relacionados à saúde bem como relacionados aos impactos das medidas restritivas e das consequências da doença por toda a sociedade.

O Supremo Tribunal Federal, em 15 meses de covid-19, recebeu 8.783 processos e proferiu 11.075 decisões em sede de *habeas corpus*, reclamações, recursos em *habeas corpus* e em outras ações, dentre as quais se incluem 130 mandados de segurança, 115 ações diretas de inconstitucionalidade, 100 STP, 77 petições de competência originária, 75 SS, 72 ações de inconstitucionalidade por omissão, 72 ações de descumprimento de preceito fundamental, 65 agravos em recurso extraordinário, 53 SL, 24 recursos extraordinários, 23 EX, 25 AC, 4 mandados de injunção, 3 AP, 2 AO, 2 *habeas data*, 2 recursos em mandado de segurança, 1 AC, 1 conflito de competência, 1 IF, 1 inquérito, 1 PPE e 1 TPA, como consta do Painel de Ações covid-19 mantido pelo Supremo Tribunal Federal (2021).

Quanto às matérias aduzidas, há 5.144 questões de alta complexidade, 2.738 tratam de matéria processual penal, 354 sobre matéria penal, 293 referentes a direito administrativo, 254 sobre outros assuntos dentre os quais 4 sobre direito do consumidor, 7 sobre direito e processo eleitoral 1 um referente ao direito processual penal militar.

Até o presente momento, não há análise dos dados sobre os impactos da pandemia sobre o Poder Judiciário nacional, porém estes dados se encontram abertos para análise no site do Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão mantido pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público (Observatório Nacional, 2021). Nada obstante, da análise dos informativos de jurisprudência dos Tribunais Superiores é possível constatar a constante atuação jurisdicional sobre pedidos dessa natureza bem como do controle de políticas públicas de combate ao covid-19.

Dentre as políticas públicas relativas ao covid-19 merece destaque a política de imunização por vacinação. Tal política é descrita pelo Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a covid-19, editado pela Secretaria de Vigilância em Saúde do Governo Federal. Seus principais objetivos são a mitigação os efeitos da doença, reduzir a mortalidade e propiciar imunidade de rebanho, conforme aponta a Secretaria de Vigilância em Saúde (BRASIL, 2020, p. 14-17).

No curso da pandemia, o Supremo Tribunal Federal proferiu diversas decisões a respeito da imunização por meio de vacina contra o covid-19³. âmbito do controle concentrado quanto do controle difuso sobre as mais variadas questões atinentes às políticas públicas de combate ao vírus. Das 115 ADI propostas, 14 delas (6362, 6363, 6376, 6387, 6404, 6417, 6432, 6435, 6445, 6451, 6475, 6482, 6625 e 6805) tiveram 33 decisões favoráveis em questões reputadas de alta complexidade, grande impacto e repercussão, 3 (ADI 6436, 6586 e 6587) tiveram parcial procedência em matérias de alta complexidade, grande impacto e repercussão, saúde pública e vigilância epidemiológica.

Dentre as ações diretas de inconstitucionalidade propostas se destacam os referentes à compulsoriedade de vacinação contra o covid-19. O teor destes julgados impactou diretamente nos rumos da política pública de imunização, garantindo a regularidade de seu andamento.

A decisão sobre proibição de compra de vacinas por particulares pretendida no bojo da ADI 6661, no entanto, restou prejudicada pela perda superveniente de objeto pela edição da Lei n.º 14.124/2021, fruto da conversão da MP 1.026/2021, a qual dispunha sobre medidas excepcionais tocantes à aquisição de vacinas, dentre outras. Deste modo, o Poder Judiciário sequer chegou a adentrar ao mérito da questão, pois resolvida pelos próprios Poderes Executivo, com a edição de medida provisória reguladora da pretensão, e Legislativo, pela conversão da MP em lei.

Interessante destacar dentre os argumentos do Ministro Relator, Min. Ricardo Lewandowski, não ser difícil “constatar que houve substancial alteração dos artigos questionados” em sede de ADI “superando as argumentações e os pedidos formulados pelo requerente”.

Em sede de controle concentrado, a Corte Suprema reputou constitucional a vacinação obrigatória, condicionada ao prévio consentimento informado do usuário e ao respeito da intangibilidade de seu corpo, direito inerente à dignidade humana, com fundamento na proteção da coletividade e do interesse público (ADI 6.586). Esta

3 São exemplos de julgados sobre a matéria as ADIs 6.341-MC-Ref/DF, 6.343-MC-Ref/DF, 6.586/DF, 6.687/DF, 6.362/DF, 6.421-MC/DF, 6.422-MC, 6.424-MC/DF, 6.425-MC/DF, 6.427-MC/DF, 6.428-MC/DF, 6.431-MC/DF, 6.586/DF, 6.362/DF, 6.587/DF, 6.586/DF, 6.587/DF, das ADPFs 672/DF, 754-MC-Ref/FF, 756/CF, 770-MC-Ref/DF.

realidade é muito distinta da vacinação forçada, que sobrepõe os interesses coletivos aos direitos inerentes à dignidade humana e, por consequência, da personalidade.

Ainda, o Supremo Tribunal Federal se manifestou quanto a alterações em grupos prioritários nos planos de imunização dos Estados. É o caso do Estado do Rio de Janeiro, para o qual o Ministro Ricardo Lewandowski, em sede de decisão monocrática, suspendeu liminarmente decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro autorizadora da inclusão de profissionais de segurança, salvamento e forças armadas nos grupos prioritários para vacinação contra o covid-19 no Estado (STF, RCL-MC 46.965, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, d. julg. 03/05/21, DJE 04/04/21), e do Estado do Rio Grande do Sul.

Outra questão suscitada perante a Corte Suprema foi a constitucionalidade da obrigatoriedade de imunização da população via vacinação obrigatória. Tal pedido foi objeto da ADI 6.661 e do ARE 1.267.879. A este respeito, a Corte entendeu constitucional a medida, desde que as vacinas sejam registradas em órgãos de vigilância sanitária, incluídas no plano nacional de imunizações ou de aplicação obrigatória decretada em lei, uma vez que não importariam em violação à liberdade de consciência e de convicção (ARE 1.267.879) e, em sede de controle de constitucionalidade, reputou prejudicado o pedido por perda superveniente do objeto, eis que o Poder Público regulamentou a matéria via Medida Provisória n.º 1.026/2021, posteriormente convertida na Lei n.º 14.124/2021.

A definição dos rumos das políticas públicas para enfrentamento da covid-19 e, especialmente aquelas atinentes à vacinação, encontraram espaço favorável na Corte Suprema, que auxiliou na adequação das medidas sem se imiscuir no mérito administrativo, como se vê na ADI 6.661.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à saúde, direito individual homogêneo, demanda políticas públicas eficazes para sua implementação. O controle de sua regularidade incumbe a todos os Poderes, no entanto, o Poder Judiciário exerce especial função fiscalizatória capaz de induzir, quando não há decisão de mérito, comportamentos do administrador.

A judicialização do acesso à saúde, para além de induzir comportamentos, obriga o Poder Executivo a realizar ações para resguardar este relevante direito social em vista do interesse público e do respeito à dignidade humana. Após o reconhecimento do papel ativo do Poder Judiciário sobre questões de saúde ocorreu significativo incremento números de ações sobre o tema. Nos últimos vinte anos, com especial destaque para

o período compreendido entre 2008 e 2017, houve crescimento de 130% do número destes processos, ao passo que os índices sobre os demais litígios cresceram 50% neste mesmo período. Tal efeito guarda nítida relação com a alteração de paradigma na jurisprudência dos Tribunais Superiores, com especial destaque para os entendimentos do Supremo Tribunal Federal.

Neste mesmo período cresceu também o emprego de ações coletivas que, por sua natureza e finalidade, se revelam adequadas à consecução de direitos metaindividuais garantindo uniformidade nas decisões, segurança e previsibilidade.

No contexto da atual pandemia, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre os mais diversos aspectos deste direito e de muitos outros, direta ou indiretamente relacionados ao combate ao vírus. Dentre todas as 8.783 ações recebidas, das quais 115 ADIs (e muitas outras ações de controle concentrado e difuso de constitucionalidade) definiram o alcance das políticas públicas governamentais sobre aspectos, inclusive, das vacinações.

Do teor das decisões de mérito não se constatou inadequada intervenção judicial, mas, pelo contrário: houve decisões de prejudicialidade pela perda do objeto em razão de ato superveniente do Poder Público. Todos estes elementos apontam para a adequação e necessidade do *múnus* fiscalizatório do Poder Judiciário sobre políticas públicas, dependente de condições adequadas para exercê-lo.

Num contexto de emergência, repleto de incertezas, como o presente, estes dados revelam uma grande evolução no tratamento dos direitos sociais por meio do controle de políticas públicas. Deste modo, o alto grau de ingerência do Poder Judiciário brasileiro sobre políticas de combate à atual pandemia produz efeitos salutares na consecução das metas almejadas, impulsionando os demais Poderes a adequarem suas políticas aos objetivos constitucionais.

De qualquer sorte, a situação de anormalidade ainda em curso, o que sugere acompanhamento das políticas públicas adotadas pelo Governo bem como das reações judiciais a eventuais abusos. No entanto, parece que o Poder Judiciário brasileiro está reagindo favoravelmente ao teste.

REFERÊNCIAS

- ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da Saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. **Revista CEJ**, Brasília, v. 16, n. 57, p. 88-94, maio./ago. 2012.
- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn] Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, fev. 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 11 jun. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Atualidades Jurídicas**: Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, v. 4, n. 1, p. 20-50, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **CNJ vai aprofundar a análise sobre os dados processuais referentes a covid-19**. 2021. Disponível: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-vai-aprofundar-analise-sobre-dados-processuais-referentes-a-covid-19>>. Acesso em: 12 jun. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos**. 2019. Disponível: <<https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos>>. Acesso em: 11 jun. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil**: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução. 2019. Disponível: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2021.
- BRASIL. Judicialização da Saúde e Responsabilidade Federativa: Solidariedade ou Subsidiariedade? In: SARMENTO, Daniel. **Direitos, democracia e república**: escritos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 101-112.
- BRASIL. Observatório Nacional. **Painel Interinstitucional de Dados sobre covid-19**. 2021. Disponível: <<https://observatorionacional.cnj.jus.br/observatorionacional/acoes-judiciais>>. Acesso em: 12 jun. 2021.
- BRASIL. Secretaria em Vigilância em Saúde. **Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a covid-19**. Brasília, 2020. Disponível: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2021/marco/23/plano-nacional-de-vacinacao-covid-19-de-2021>>. Acesso em: 11 jun. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Painel de Ações covid-19**. 2021. Disponível: <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html>. Acesso em: 12 jun. 2021.
- CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: Elementos para una definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Mauricio. **20 Anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 197-208.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate**: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Processo Civil**. 10. ed., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 4.

JUCATELLI, João Paulo. Judicialização da saúde, ativismo judicial e o consequente desequilíbrio do orçamento público. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, 3, 2016, Ribeirão Preto. **Anais...** Ribeirão Preto, 2016. p. 59-65. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/519>>. Acesso em: 12 jun. 2021.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Academia.edu**, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<https://www.academia.edu/download/31268872/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2021.

VIANNA, Luiz Wernecke et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan: 1999.

VIANNA, Luiz Wernecke outros. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2014.

CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: A DIFERENÇA ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS E SUA APLICAÇÃO PRÁTICA NO ÂMBITO DO DIREITO FUNDAMENTAL MENCIONADO

CONTRIBUTION TO THE STUDY OF FREEDOM OF SPEECH: THE DIFFERENCE BETWEEN RULES AND PRINCIPLES AND THEIR PRACTICAL APPLICATION WITHIN THE FUNDAMENTAL LAW MENTIONED

Udo Guilherme Lutz¹

RESUMO

A aplicação do princípio da liberdade de expressão passa, constantemente, pelos tribunais no Brasil e demandam uma sensível análise sobre o tema. Um ponto muito comum no julgamento sobre o determinado direito fundamental é sua aplicação de encontro a outro princípio positivamente (ou sistematicamente) aplicado – assim surge, brevemente, um novo *hard case*. No plano teórico da hermenêutica e aplicação do direito, cabe lembrar que a liberdade de expressão é um princípio e que, portanto, pode ser flexibilizado a depender da situação. Entretanto, no mesmo sentido, ressalta-se que a vedação à censura prévia é uma regra constitucional e que, *ab initio*, não deve(ria) caber a flexibilização. A presente pesquisa, nesse sentido, pretende analisar como objetivo geral o modo que a mencionada teoria se faz importante nos julgamentos práticos do tema. Assim, como objetivos específicos para buscar demarcar premissas sobre o tema, analisar-se-á os seguintes tópicos: (i) evidenciar a positivação da liberdade de expressão e sua conceituação doutrinária sobre o tema; (ii) demonstrar a diferença entre regras e princípios emanados a partir de uma norma. A partir das análises dos julgados citados no objetivo geral, é demonstrado a problematização sobre a aplicação dos mencionados itens no plano prático. Por fim, registra-se que o artigo possui como base a metodologia dedutiva e utiliza do referencial teórico bibliográfico e jurisprudencial.

Palavras-chave: Constitucional. Liberdade de Expressão. Hermenêutica.

¹ Estudante do curso de Direito pela FAE Centro Universitário pelo programa LAW Experience – Direito em tempo integral. Membro do grupo de estudos NECcrim (Núcleo de Estudos em Ciência Criminais) e GEDIPI (Grupo de Estudos em Direito Penal Internacional). Pesquisador de iniciação científica pela FAE (2019-2020). *E-mail*: udolutz1@gmail.com

ABSTRACT

The application of the principle of freedom of speech constantly passes through the courts in Brazil and requires a sensitive analysis on the subject. A very common point in the judgment about a given fundamental right is its application against another principle that is positively (or systematically) applied – thus, a new hard case soon emerges. On the theoretical level of hermeneutics and application of the law, it is worth remembering that freedom of expression is a principle and that, therefore, it can be made more flexible depending on the situation. However, in the same sense, it is emphasized that the prohibition of prior censorship is a constitutional rule and that, *ab initio*, it should not (should) be flexible. The present research, in this sense, intends to analyze as a general objective the way that the mentioned theory becomes important in the practical judgments of the subject. Thus, as specific objectives to seek to demarcate premises on the subject, the following topics will be analyzed: (i) to demonstrate the positivization of freedom of expression and its doctrinal conceptualization on the subject; (ii) demonstrate the difference between rules and principles emanating from a standard. From the analysis of the judgments mentioned in the general objective, the problematization about the application of the mentioned items in the practical level is demonstrated. Finally, it is noted that the article is based on the deductive methodology and uses the theoretical bibliographic and jurisprudential framework.

Keywords: Constitutional. Freedom of Speech. Hermeneutics.

INTRODUÇÃO

O estudo sobre a liberdade de expressão e suas ramificações não é um conteúdo novo a ser abordado no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, diversos são os casos em que o referido direito fundamental está em diálogo com uma demanda no Poder Judiciário – seja para concedê-lo ou limitá-lo.

Partindo da acertada tese já pacificada de que nenhum direito fundamental é absoluto, as provocações que chegam ao Judiciário normalmente estão atreladas com a colisão da liberdade de expressão com outro direito fundamental – como, por exemplo, o direito da liberdade religiosa ou o direito à privacidade. Nesse sentido, diversas são as técnicas para aplicar uma teoria da decisão com fundamento a resolver o dito *hard case* – em que há a colisão de princípio com outro princípio. Uma das principais teorias, e mais utilizada atualmente é a teoria da ponderação dos princípios.

Como a matéria tem respaldo direto na Constituição da República Federativa de 1988, chegará, em última instância, ao Supremo Tribunal Federal para o julgamento e “última palavra” sobre o assunto. Assim, em teoria, acontecerá a deliberação entre os ministros para alcançar a decisão mais coerente possível com os mandamentos constitucionais.

O presente artigo, por sua vez, busca uma contribuição ao estudo teórico da liberdade de expressão e sua aplicação prática nos julgados sobre o tema. Partindo da ideia de que, por se tratar de uma colisão de princípios, a liberdade de expressão pode ser ponderada e flexibilizada em face de outro princípio. Entretanto, essa flexibilização não pode caracterizar uma censura prévia – sob pena de estar, sistematicamente, contrariando um mandamento de uma outra norma constitucional.

Desta feita, portanto, o trabalho demonstra a problematização do cuidado que se deve ter ao analisar a colisão dos princípios mencionados. Casos que chegaram ao STF em sede de reclamação, como o caso do Porta dos Fundos e da Bienal do Livro do Rio de Janeiro demonstram, na prática, qual o problema de não levar em consideração que a vedação da censura positivada na Constituição é uma regra e que, portanto, não pode(ria) ser flexibilizada.

Para aprimorar os conceitos necessários ao tema, o presente artigo traz os seguintes objetivos específicos: (a) evidenciar a positivação dos artigos constitucionais que tratam sobre a liberdade de expressão e a vedação da censura prévia; (b) demonstrar a sucinta diferença entre regras e princípios e sua aplicação no plano prático. No primeiro espaço, busca-se analisar como a constituição positiva os temas mencionados, bem como a doutrina traz a conceituação de tais dispositivos. Já no momento posterior, pretende-se realizar uma sucinta análise sobre a diferença teórica das normas que se evidenciam como regras ou princípios – buscando, nessa perspectiva, mostrar sua diferença para a aplicação prática dos conceitos mencionados.

Com a análise dos objetivos específicos, demonstra-se o objetivo geral em transmitir que a premissa da vedação à censura prévia como uma regra impõe limites (constitucionais) na tomada de decisão que cerceará o princípio da liberdade de expressão. Assim, é determinado como resultado da pesquisa que a liberdade de expressão pode, sim, ser limitada (princípio constitucional) mas nunca por censura prévia (regra constitucional) – sob pena de uma violação direta à Constituição.

Para finalidades acadêmicas e científicas, por fim, registra-se que o presente artigo possui como metodologia dedutiva qualitativa e utiliza como arcabouço teórico a revisão bibliográfica e jurisprudencial.

1 A POSITIVAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS ITENS MENCIONADOS

Para tratar o tema com uma melhor compreensão, deve-se realizar um panorama sobre a liberdade de expressão – seus aspectos constitucionais, avanços históricos e impasses sobre o tema. Como o objetivo do trabalho não é o exaurimento sobre o assunto da garantia constitucional ora mencionado, tal capítulo tratará brevemente das necessidades fundamentais para a alusão ao tema.

Iniciando com uma perspectiva histórica, pode-se dizer que a liberdade de expressão faz parte do conjunto dos primeiros direitos fundamentais – os direitos individuais (BARROSO, 2019a, p. 493-494).

Nesse diapasão sobre os direitos fundamentais, impende destacar o entendimento do ínclito Ingo Wolfgang Sarlet, que aduz:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu a Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo (SARLET, 2018, p. 61-62).

Em uma consulta ao texto constitucional, percebe-se a garantia da liberdade de expressão em diversos artigos e incisos. Utiliza-se, como exemplo, o art. 5º, IV, VI, IX e o art. 220, *caput* e §§. O primeiro artigo mencionado trata propriamente sobre a liberdade de expressão, enquanto o segundo faz as ressalvas necessárias sobre a impossibilidade

da censura prévia. Desta feita, fica evidente, ainda, as múltiplas facetas existentes ao tratar do tema da liberdade de expressão – principalmente em seus desdobramentos.

No sentido das ramificações, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. 506), ao discorrerem sobre o tema, definem a liberdade de expressão como gênero e, a partir dessa premissa, definem as espécies em: “(a) liberdade de manifestação do pensamento (incluindo a liberdade de opinião); (b) liberdade de expressão artística; (c) liberdade de ensino e pesquisa; (d) liberdade de comunicação e de informação (liberdade de “imprensa”); (e) liberdade religiosa”.

Interessa a grande ampliação feita e positivada sobre o tema na Carta Magna como uma possível resposta histórica aos atos de censura ocorridos durante o período da ditadura militar. Barroso (2020, p. 113), nesse sentido, determina que “É comum dizer-se que uma nova Constituição é uma reação ao passado e um compromisso para o futuro”.

Com todo esse avanço histórico sobre o tema, além dos julgados pertinentes à garantia mencionada que tramitaram pelo STF, foi percebido um direcionamento a uma “hierarquização” e preferência aos demais princípios quando colidido. Tal preferência, determina uma construção por parte do STF na ampliação do princípio quando provocado para julgamento perante a Suprema Corte (BARROSO, 2020, p. 115) – seja pelas reclamações constitucionais ou pelas ações de controle de constitucionalidade propriamente ditas.

Sobre a preferência mencionada, cabe ressaltar que tal conceito adotado tem como base o julgamento da ADPF 130 que teve como objeto a Lei de Imprensa da Ditadura Militar. Desde lá, a doutrina e a jurisprudência detém um posicionamento que a liberdade de expressão possui o *preferred position* em relação ao princípio que está no vigente conflito (SARLET; MARINONI, MITIDIERO, 2019, p. 511). Isto é:

Assim, como primeira conclusão, pode-se extrair que a Constituição Federal de 1988, revogou as disposições da Constituição anterior que previam a possibilidade do Estado promover a censura prévia, e que, justamente, essa vedação faz com que o direito de liberdade de expressão tenha preferência sobre os demais, o que não significa dizer que ele é absoluto, pois ele, assim, como todos os demais direitos, admitiram limitação no caso concreto desde que respeitem a metanorma da proporcionalidade exigindo um ônus argumentativo robusto para afastar ou reduzir seu suporte fático no caso concreto (LUTZ; MELLO, 2020, p. 215).

Desse ponto, remete-se ao conceito de trunfo presente nos autores clássicos como Dworkin – em que tais direitos/garantias são os “trunfos” contra certas medidas autoritárias cerceadoras por parte do Estado (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 79). Isto é,

a caracterização dos direitos fundamentais (não apenas a liberdade de expressão em si) como “trunfos contra a maioria”, na expressão de Jorge Reis Novais (2006).

No mesmo sentido, autores que possuem uma visão crítica de Dworkin, como André Portugal, também fazem menção ao conceito de trunfo empregado pelo jurista. No caso de Portugal (2017, p. 37): “Em termos de filosofia política, os direitos fundamentais são vistos como *trunfos contramajoritários*, e vinculam-se à ideia de dignidade de que Dworkin lança mão, da qual parte o direito a ser tratado com igual consideração e respeito”.

Mesmo como todos os argumentos mencionados, ainda sim a liberdade de expressão enquanto princípio não é absoluto – assim como todos os direitos fundamentais (!), ponto este que já está pacificado juridicamente. Assim, há de se aplicar técnicas – que não violem as garantias constitucionais – para realizar a variação da aplicação da liberdade de expressão em face de outro princípio. Isto é, “a restrição a um direito para a realização de outro direito *não é censura*, desde que feita por autoridade competente e siga procedimentos corretos” (SILVA, 2021, p. 174).

Na lição de Gilmar Mendes para comentar o exposto:

É fácil de ver, pois, que o Texto Constitucional não exclui a possibilidade de que se introduzissem limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades haveria de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, que dariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição (MENDES, 1994, p. 298).

Uma das principais técnicas utilizadas para esse caso é a ponderação – tanto pela classificação doutrinária e a posição adotada jurisprudencialmente. Ainda, vale mencionar a posição do tribunal quanto à ponderação – principalmente em casos como direito à liberdade de expressão em sua perspectiva do direito ao humor infringindo o plano pessoal de um indivíduo.

No entendimento de Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 175), ao mencionar sobre a liberdade de imprensa, discorre que suas restrições “que tenham como objetivo a proteção de outros direitos fundamentais poderão ser legítimas e constitucionais, desde que tomadas pela autoridade competente e sigam determinados procedimentos”.

Entrando especificamente na ponderação, Miguel Reale Jr. faz a seguinte referência:

Esse exame do postulado da proporcionalidade, na expressão de Humberto Ávila, é de ser realizado para verificar se: (a) é meio adequado minimamente

ao fim a que se destina; (b) é necessário por não haver outros meios de igual eficácia; (c) a importância do fim justifica a intensidade do direito restringido (REALE JR., 2010, p. 391).

Assim, portanto, é trazido para registro as primeiras conclusões sobre a liberdade de expressão: (i) direito fundamental de primeira geração; (ii) adoção de uma *preferred position* pelos Tribunais; (iii) sua possibilidade de limitação a partir da ponderação e outras técnicas de flexibilização de princípios.

2 SUCINTA DIFERENÇA ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Para embasar de fundamento ao presente trabalho, deve-se realizar uma diferença sobre as normas que emanam regras para as normas que produzem princípios.

Inicia-se o presente tópico mencionando a seguinte organização realizada através da coleta dos dados mencionados de Marcelo Neves (2019, p. 5).

FIGURA 1 – Organização entre princípios e regras



FONTE: Elaborada com base em Neves (2019, p. 5)

Com tal arranjo, percebe-se que a seguinte dedução: as normas (significados) emanam os textos normativos (significantes) a partir de regras ou princípios.

Ab initio, há de se mencionar a colocação da palavra sucinta no subtítulo do tópico devido a extensa complexidade do tema², com diversos trabalhos e teorias que demonstram visões diferentes sobre o assunto. Isto é, como determinado por Virgílio Afonso da Silva em sua obra sobre direitos fundamentais:

[...] não somente o conceito e a delimitação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais poderão variar segundo o conceito de princípio que se adote; também a forma de se definir o âmbito de proteção de cada direito fundamental, de reconstruir a relação entre os direitos e suas restrições e,

² A título exemplificativo, por exemplo, menciona-se autores como Bruno Sacramento (2019), que determina diversas críticas sobre a aplicação da diferenciação no plano prático argumentativo. Registra-se tal entendimento para demonstrar que a doutrina não é unânime na aplicação de determinada teoria relacionada às regras e princípios.

por fim, a crítica às teorias sobre a eficácia das normas constitucionais serão determinadas a partir desse primeiro pressuposto teórico (SILVA, 2009, p. 43);

Para o presente artigo, utilizar-se-á principalmente dos conceitos que Dworkin e, posteriormente, Alexy empregam e suas aplicações para o plano prático. Nesse passo, Lênio Streck apresenta a discussão da seguinte maneira:

A noção de distinção estrutural está relacionada ao que pode ser resumido (de modo muito simplificado) em uma frase: regras se aplicam no tudo ou nada (aplicação do método subsuntivo); princípios são aplicados a partir de uma dimensão de peso (o que acabou sendo relacionado, equivocadamente, com a máxima da ponderação proposta por Robert Alexy) (STRECK, 2020, p. 68).

Coadunando com tal entendimento, Marcelo Neves (2019, p. 52), ao tratar sobre Dworkin, menciona que as regras apresentam o caráter da famosa expressão “tudo ou nada” – o que determina pela única solução: ou a norma é válida ou inválida. Caso a norma como regra seja considerada como válida, ela será aplicada para o *case*, a hipótese em contrário determina sua exclusão do ordenamento jurídico.

Reafirmando o prognóstico, o mencionado autor demonstra que “As regras condensam expectativas normativas que se dirigem imediatamente à solução do caso” (NEVES, 2019, p. 120). Por fim, ainda na mesma toada, Streck realiza o seguinte comentário sobre o assunto:

Neste plano – e apenas neste – podemos dizer que o princípio (independente de sua forma textual), diferentemente da regra, traz consigo a carga de uma filosofia prática. Nesse contexto, os princípios representariam a tentativa de resgate de um mundo prático abandonado pelo juspositivismo. As regras, por outro lado, representariam uma “técnica” para a concretização desses valores ou seja, meios (condutas) para garantir um “estado de coisas” desejado (STRECK, 2020, p. 68)

Condensando todas as informações presentes no tópico, percebe-se uma diferença entre os princípios e as regras – principalmente quando ocorre suas colisões, determinando a flexibilização (princípios) ou a aplicação do “tudo-ou-nada” (regras).

Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva ao mencionar a colisão de regras: “Dessa exigência surge o já conhecido raciocínio “tudo-ou-nada”. Se duas regras prevêm consequências diferentes para o mesmo ato ou fato, uma delas é necessariamente inválida, no todo ou em parte” (SILVA, 2009, p. 47). Já para dimensão dos princípios, o mesmo autor menciona: “O que ocorre quando dois princípios colidem – ou seja, prevêm consequências jurídicas incompatíveis para um mesmo ato, fato ou posição jurídica – é a fixação de relações condicionadas de precedência” (SILVA, 2009, p. 50).

Assim, para o referido jurista, sistematiza-se o seguinte entendimento:

O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie* (SILVA, 2009, p. 45);

Pode-se, ainda, fazer uma relação com o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet com a noção da dignidade da pessoa humana e sua dupla valoração – enquanto princípio e regra. Nesse ponto, registra-se sucintamente o entendimento do autor quanto a diferença dos termos empregados:

Ainda no que diz com a dupla estrutura (princípio e regra) da dignidade, verifica-se que, para Alexy, o conteúdo da regra da dignidade da pessoa decorre apenas a partir do processo de ponderação que se opera no nível do princípio da dignidade, quando cotejado com outros princípios, de tal sorte que absoluta é a regra (à qual, nesta dimensão, se poderá aplicar, com as necessárias ressalvar, a lógica do “tudo ou nada”), mas jamais o princípio (SARLET, 2015, p. 85).

Essa distinção partindo das colisões é o ponto fundamental para a hipótese do presente trabalho. *Afinal, dependendo da premissa adotada de uma norma emanando como regra ou princípio, sua fundamentação em caso de colisão será diferente.*

3 A UTILIZAÇÃO DA TEORIA E SUA CONSEQUÊNCIA PARA O PLANO PRÁTICO

Ao utilizar como base a aplicação da diferença entre regras e princípios com a teoria de Dworkin, os seguintes resultados foram encontrados: (i) a liberdade de expressão é um *princípio* constitucional; (ii) a vedação à censura é uma *regra* constitucional. No artigo 220, § 2º da CF fica evidente a aplicação da regra para o ponto “ii”, afinal, consoante a dicção do artigo “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Verticalizando, faz-se mister enaltecer que, por uma perspectiva constitucional, a liberdade de expressão não pode ser limitada pela censura prévia – sob pena de ferir um comando normativo posto como regra pela Constituição Federal. Portanto, parte-se para o diálogo do respeito à Constituição em todos seus momentos – ponto esse que Konrad Hesse menciona como: “Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que sua

observância revela-se incômoda” (HESSE, 1991, p. 22)³. Nesse rumo, ainda, Streck (2016, p. 58) também já leciona que “[...] não é porque a causa é simpática que devemos nos render ao protagonismo judicial, deixando de lado alguns requisitos institucionais e constitucionais”.

Conforme se depreende do alcance do artigo da vedação à censura prévia, Barroso possui entendimento análogo com os itens apresentados na pesquisa. Assim, em uma transcrição literal de seu texto:

Ainda que seja possível limitar a liberdade de expressão, na forma do que for previsto constitucionalmente, essas restrições nunca poderão se dar através de censura ou licença prévia, pois as regras constitucionais que vedam tais procedimentos não admitem exceção (BARROSO, 2001, p. 9).

Um exemplo em que a liberdade de expressão foi limitada com todo o trâmite legal evidenciado – isto é, sem a utilização da censura prévia foi o caso Ellwanger. Em síntese sobre o ocorrido, “O Sr. Ellwanger, no Brasil, gostaria de continuar a publicar textos negando a ocorrência do Holocausto” (BAROSSO, 2012, p. 9). Assim, no bojo do HC 82.424, o Supremo Tribunal Federal entendeu as práticas e escritos antissemitas de Ellwanger como crime de racismo – o que gerou sua prisão e, no âmbito da liberdade de expressão, a proibição de seus livros (BRASIL, 2003).

O ponto a ser destacado sobre o HC de Siegfried Ellwanger é a aplicação da flexibilização da liberdade de expressão para a sua limitação em uma perspectiva após o ocorrido. O que, portanto, não caracterizaria a censura prévia e estaria de acordo com as limitações constitucionais.

Sobre as restrições prévias e posteriores, faz-se mister mencionar o entendimento de Virgílio Afonso da Silva:

Em outras palavras, embora possa haver contextos em que uma restrição prévia à liberdade de expressão ou à liberdade de imprensa seja necessária, esse tipo de restrição demanda argumentos muito mais robustos para que possa ser justificado e, por isso, só deve acontecer em casos excepcionalíssimos (SILVA, 2021, p. 177).

Outra questão corriqueira nos tribunais sobre o tema está no chamado direito ao humor – leia-se, qual o limite do humor tutelado pelo direito fundamental em análise (CAPELOTTI, 2014, p. 10). Também, no mesmo sentido, deve-se ter o cuidado para que a limitação de tais conteúdos não advenha pela censura prévia.

³ A esse propósito, Norberto Bobbio (2014, p. 111), ao analisar a teoria do ordenamento jurídico, menciona que tal coerência na aplicação é a condição para um sistema – ordenamento – pautado na justiça.

Por fim da sucinta análise sobre o princípio da liberdade de expressão, cabe, também, mencionar o entendimento de Holmes e Sunstein (2019, p. 154) ao evidenciar que: “Pelo fato de os direitos serem poderes potencialmente perigosos, um governo comprometido com a garantia dos direitos também deve trabalhar para garantir que eles não sejam mal utilizados”.

Para o referido caso da liberdade de expressão, remete-se a expressão utilizada para a vedação da proporcionalidade que adentre na censura. Isto é, mesmo que exista um limite – constitucional – para a limitação da referida garantia, *esse não se pode ser confundido e aplicado a partir da censura* (LUTZ, MELLO, 2020, p. 214). Assim, como bem menciona Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 175), não importa a autoridade que estabeleceu a restrição, caso seja desproporcional, será inconstitucional.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou, de maneira sistemática, realizar uma contribuição ao estudo da liberdade de expressão e suas aplicações no ordenamento jurídico brasileiro quando provocado ao Judiciário para análise. Nesse rumo, foram realizadas três seções com os respectivos temas que, ao serem agrupados, demonstram o entendimento necessário para a aplicação do tema.

No primeiro momento, foram demonstrados os aspectos essenciais sobre a liberdade de expressão. Assim, foi destacado seu âmbito de aplicação a partir dos entendimentos da legislação constitucional, jurisprudência e doutrina. Foi percebido que a liberdade de expressão, enquanto princípio, pode ser flexibilizado em determinadas circunstâncias quando de encontro com outra norma constitucional.

Posteriormente, foi oportuno demonstrar a parte teórica sobre as normas constitucionais e sua aplicação enquanto regras ou princípios. Percebe-se, adotando os pressupostos de Dworkin, que nas normas enquanto regras deve ser aplicado o “tudo-ou-nada”, ou a norma é válida e aplicável, ou inválida e revogável. Nesse sentido, não cabe(ria) uma flexibilização das regras em casos de colisão – diferente dos princípios que, em caso de antinomias, seriam flexibilizados a partir das necessidades do caso em concreto.

Somando com os tópicos anteriores, a terceira seção demonstra os resultados alcançados com a utilização dos axiomas registrados. Ou seja, tornou-se evidente que a liberdade de expressão (enquanto princípio) pode ser flexibilizada – mas nunca em medida de censura prévia (regra constitucional). Assim, percebe-se como a utilização da teoria acadêmica possui relevância para a aplicação prática dos institutos quando necessário no julgamento em tribunais.

Conclui-se, por fim, que a Constituição Federal impõe limites e restringe duramente a censura prévia sobre a liberdade de expressão – ponto esse que, na teoria, não pode(ria) ser flexibilizado em uma situação concreta, independentemente do argumento e contexto. A discussão sobre as medidas a serem tomadas e a responsabilidade, portanto, deve ser após o exercício da liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

- ANDREASSA Junior, Gilberto. **Precedentes judiciais e colegialidade**: a reforma no procedimento deliberativo dos tribunais como pressuposto para uma efetiva aplicação dos institutos. Londrina: Thoth, 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019a.
- BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle de programação de televisão na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, n. 790, p. 129- 152, ago. 2001: [versão online p. 1-23].
- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019b.
- BARROSO, Luís Roberto. **Sem data venia**: um olhar sobre o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: História Real, 2020.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 82424-2 Rio Grande do Sul**. Relator para Acórdão: Moreira Alves. Julgado em 17 de setembro de 2003.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação 36.742 Rio de Janeiro**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 08 de setembro de 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação n. 38.782 Rio de Janeiro**. Relator: Gilmar Mendes. Julgado em 9 de janeiro de 2020.
- CAPELOTTI, João Paulo. O humor entre a crítica social e o dano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 939, p. 15-59, jan. 2014: [versão online p. 1-30].
- LUTZ, Udo Guilherme; MELLO, Luciana Ferreira de. O judiciário e a tentação de limitar através da moral a liberdade de expressão: análise do deferimento liminar em segundo grau (6a câmara TJRJ) do pedido de proibição de exibição do “especial de natal porta dos fundos – 2019: a primeira tentação de cristo”. In: FERRAZ, Miriam Olivia Knopik; VETTORAZZI, Karlo Messa (Org.). **Law Experience 2020**: Direitos Fundamentais e a era da Tecnologia. Curitiba: FAE; Bom Jesus, 2020. p. 209-228.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição** (Die normative Kraft der Verfassung). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. **Revista de Informação Legislativa**, v. 31, n. 122, p. 297-301, abr./jun. 1994.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

PORTUGAL, André. **Decisão judicial e racionalidade**: crítica a Ronald Dworkin. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2017.

REALE JR., Miguel. Limites à liberdade de expressão. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 374-401, jul./dez. 2010.

SACRAMENTO, Bruno. A ponderação de regras e alguns problemas da teoria dos princípios de Robert Alexy. **Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 2, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201917>

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Juiz não é Deus**: juge 'est pas Dieu. Curitiba: Juruá, 2016.

A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO: FUNDAMENTALIDADE TEÓRICA E PRÁTICA

THE JUSTIFICATION OF JUDICIAL DECISIONS ACCORDING TO THE HERMENEUTIC CRITIQUE OF LAW: THEORETICAL AND PRACTICAL FUNDAMENTALITY

Vinícius Quarelli¹

Miriam Olivia Knopik Ferraz²

Julia Heliodoro Souza Gitirana³

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a descrição do papel da fundamentação das decisões judiciais na Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). Enquanto problema de pesquisa, foca-se na explanação acerca da imperatividade da fundamentação das decisões. Justificando-se pela relevância da teoria, a pesquisa procura centralizar uma questão abordada em décadas de trabalho. A hipótese: a fundamentação das decisões é condição de possibilidade para a concretização dos Direitos Fundamentais. O método utilizado é lógico-dedutivo, lastreado na pesquisa bibliográfica. Em linhas gerais,

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Pós-graduado em Direito Constitucional pela ABDConst. Pós-graduando em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica pela mesma instituição. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Membro do Dasein (Núcleo de Estudos Hermenêuticos). *E-mail*: viniciusquarelli@gmail.com

² Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Mestra e Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pós-graduada em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Editora Adjunta da Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Coordenadora Adjunta do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná- Brasil. Professora da FAE Business School. Advogada. Fundadora do NÔMA – Norma e Arte. *E-mail*: m.okf@hotmail.com

³ Doutora em Políticas Públicas pela UFPR. Mestra em Ciências Jurídicas com área de Concentração em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC/UTP. Graduada em Direito pela PUC-RJ. Professora da Graduação do Curso de Direito da FAE Centro Universitário. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Observatório dos Direitos de Gênero da FAE Centro Universitário. Diretora Acadêmica do Instituto Política por/de/para Mulheres. *E-mail*: julia.gitirana@fae.edu

procurou-se apresentar um panorama das premissas, teses e consequências da CHD. Para tanto, subdividiu-se a pesquisa em uma análise teórica da CHD para posteriormente, realizar a sua aplicação no caso do Habeas Corpus nº 82.424: O Caso Ellwanger. Concluiu-se que em matéria de jurisdição, toda compressão deve ser adequada ao acordo intersubjetivo chamado Constituição. Em termos ainda mais práticos, constatou-se que a fundamentação das decisões judiciais reveste-se de fundamentalidade pois é justamente em sua concretização que qualquer Direito autêntico pode assentar-se.

Palavras-chave: Hermenêutica. Crítica Hermenêutica do Direito. Teoria do Direito. Teoria da Decisão.

ABSTRACT

The present work aims to describe the role of the reasoning of judicial decisions in the Hermeneutic Critique of Law (CHD). As a research problem, it focuses on the explanation about the imperative of reasoning decisions. Justified by the relevance of the theory, the research seeks to centralize an issue addressed in decades of work. The hypothesis: the grounds for decisions is a condition of possibility for the realization of Fundamental Laws. The method used is logical-deductive, based on bibliographical research. In general, we tried to present an overview of the premises, theses and consequences of CHD. Therefore, the research was subdivided into a theoretical analysis of the CHD to later carry out its application in the case of Habeas Corpus nº 82.424: The Ellwanger Case. It was concluded that in terms of jurisdiction, any compression must be adequate to the intersubjective agreement called the Constitution. In even more practical terms, it was found that the foundation of judicial decisions is fundamental because it is precisely in its implementation that any authentic Law can be based.

Keywords: Hermeneutic. Hermeneutic Critique of Law. Theory of Law. Decision Theory.

INTRODUÇÃO

No intuito de aprofundar questões concisamente abordadas em outro trabalho publicado pela FAE Centro Universitário (“Sobre a fundamentação das decisões judiciais enquanto direito fundamental a partir da Crítica Hermenêutica do Direito”), o presente artigo tem como objetivo uma análise teórica e prática da razão de ser da fundamentação das decisões judiciais na Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), desenvolvida pelo jurista Lênio Streck.

Em se tratando do problema de pesquisa, cuida-se de esclarecer a importância da imperatividade da fundamentação das decisões aos olhos da Teoria que segue como referencial teórico. O estudo justifica-se por duas razões: a pertinência hodierna de um amadurecimento de uma Teoria Constitucional da Decisão e de uma necessária reformulação da visão da fundamentação das decisões judiciais.

Como destaca André Rufino (RUFINO, 2015, p. 391), observar a argumentação das decisões judiciais corresponde não apenas à compreensão de movimentos institucionais do poder judiciário, mas também à captura de fragmentos dos próprios contornos da democracia. De forma ilustrativa, é importante destacar recentes decisões do Supremo Tribunal Federal que arregimentaram no ordenamento jurídico brasileiro questões, como por exemplo, a possibilidade da criminalização da LGBTfobia (ADO n. 26 e MI 4733); a reafirmação do federalismo cooperativo em meio a pandemia do Coronavírus (ADI. 6.343/DF), a definição do conceito de família (ADIn. 4.277) entre outras que demonstram a participação nas discussões jurídico-políticas do país.

Da incontornabilidade do fato de que uma transformação do Direito e das instituições perpassa pela reformulação do Judiciário e da atuação dos juízes (RODRIGUEZ, 2013, p. 17), busca-se demonstrar que o intérprete não escolhe e não pode escolher o sentido que melhor lhe convém (STRECK, 2014, p. 311). Em adição a imperiosidade do peso paradigmático do texto constitucional pós 1988, torna-se necessário compreender a relevância da tese da resposta correta (ou adequada à Constituição) de Lenio Streck: os juízes não escolhem suas decisões entre diversas possibilidades, mas sim decidem em conformidade com a Constituição (STRECK, 2020, p. 387-388)

Em meio a um cenário que o Poder Judiciário vem ganhando um certo protagonismo nas discussões públicas, a pesquisa se desdobra na hipótese de que os direitos fundamentais podem ser limitados ou ampliados dependendo da fundamentação apresentada na decisão, ou seja, a mesma seria uma condição de possibilidade na efetivação dos direitos fundamentais. Isto dito, a hipótese segue norteada pelas premissas teóricas do referencial em estudo (CHD) e das produções do seu autor, Lenio Luiz Streck.

Visando cumprir o desiderato delineado, o estudo utiliza-se do método lógico-dedutivo, lastreado na pesquisa bibliográfica, com destaque para produções da Crítica Hermenêutica do Direito. Além disso, realiza um estudo de caso, qual seja o julgamento do Habeas Corpus número 82.424 pelo STF, conhecido como o Caso Ellwanger e que foi escolhido em razão do seu peso paradigmático por ter enfrentado a definição do racismo no contexto brasileiro.

1 COMPREENSÃO E CONSEQUÊNCIAS DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

Estabelecendo um breve pacto semântico, adianta-se que o capítulo segue com uma descrição e conceituação da Crítica Hermenêutica do Direito. Ato contínuo, com um aprofundamento do papel da linguagem (o giro ontológico-linguístico), bem como do paradigma compreensivo da Teoria em discussão: a filosofia hermenêutica. Do lapidamento das arestas supramencionadas, finaliza-se esclarecendo o que é a fundamentação das decisões judiciais para o Direito e para a CHD.

A Crítica Crítica Hermenêutica do Direito pode ser descrita como uma Teoria formulada pelo jurista brasileiro Lenio Streck que privilegia um enfrentamento fundacional do modo de pensar do Direito enquanto Teoria-Filosofia do Direito e do modo de decidir enquanto Teoria da Decisão (STRECK, 2020, p. 102 e 103).

No plano descritivo, a Teoria se pauta em uma amálgama de pensamentos filosóficos e jurídicos. Lastreando-se em Streck (STRECK, 2014, p. 6426), pode-se dizer que a CHD exsurge do imbricamento da produção do segundo Wittgenstein⁴, de Martin Heidegger⁵, Hans-Georg Gadamer⁶ e de Ronald Dworkin⁷ (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2020, p. 576).

Em termos explicativos: parte de um modo de pensar que se singularizou no pensamento heideggeriano. De reflexões ontológicas, postula que o sentido das coisas (ou o ser) é um fenômeno conteduístico e que se discerne apenas no plano da vivência temporalmente determinada (STRECK, 2017, p. 152). Desenvolvendo a ideia da viabilidade de uma Teoria Jurídica, reconhece que uma determinada compreensão apenas pode se dar linguisticamente e que todo texto estabelece limites (sintáticos, semânticos e paradigmáticos). Dando fechamento, propõe que a interpretação jurídica

⁴ A partir da obra “Investigações Filosóficas” (WITTGENSTEIN, 1994, parágrafo 30 e seguintes).

⁵ com sua ruptura paradigmática em “Ser e Tempo” (HEIDEGGER, 2020, p. 282-302).

⁶ com sua hermenêutica filosófica traçada em “Verdade e Método” (GADAMER, 1997, p. 686).

⁷ com sua teoria integrativa delineada em “O Império do Direito” (DWORKIN, 2014, p. 213-271).

deve prestar um dever de coerência para com a Constituição enquanto linguagem pública por excelência e para com a tradição enquanto horizonte que estabelece as condições de possibilidade do discurso.

Nos dizeres do autor, a Crítica Hermenêutica do Direito

é uma nova teoria que exsurge da fusão dos horizontes da filosofia hermenêutica, da hermenêutica filosófica e da teoria integrativa dworkiniana. Dela exsurge a tese de que há um direito fundamental a uma resposta correta, entendida como adequada à Constituição (STRECK, 2013, p. 92).

Como deixa explícito no livro Verdade e Consenso (STRECK, 2017), um dos problemas a serem enfrentados pela CHD é o juiz-intérprete, solipsista, que põe o Direito a partir de sua consciência, ou seja, que se distancia da vinculação da lei, dos conceitos, dos precedentes e dos valores constitucionais. Em outras palavras, o poder discricionário, o protagonismo judicial, alimentados pela ausência de uma adequada teoria da decisão judicial colocam a própria democracia em perigo (STRECK, 2020, p. 385).

Retomando a tese da resposta correta (ou adequada à Constituição) de Lenio Streck, uma das principais críticas da teoria em comento é a de que a discricionariedade mina a própria democracia quando intenta deslocar o polo de sentido do Direito em direção à subjetividade. Em decidir não ser o mesmo que escolher, a CHD postula que toda enunciação jurisdicional possibilita-se na devida fundamentação/justificação e que decisões que desviam-se desse dever falham em prestar aquilo que Streck denomina “responsabilidade interpretativa do juiz” (STRECK, 2020, p. 386 e 391)

Entrelaçando descrito e conceituado, cumpre inteirar que o próprio Streck é refratário a teses que apontem para a CHD enquanto mera somatória de outros pensamentos. Nos dizeres do autor, a Teoria em questão não é uma simples adaptação de teorias filosóficas ao Direito ou ainda de um projeto de “heideggerização” (STRECK, 2014, p. 10242). Em adição isso, Georges Abboud, Clarissa Tassinari e Ziel Ferreira Lopes são claros ao expor que Streck efetua um verdadeiro abraço brasileiro-hermenêutico teórico em conformidade à realidade brasileira e não se limita a meramente importar conceitos teóricos diversos (ABBOUD; TASSINARI; LOPES, 2017, n.p).

Nestes termos, é possível dizer que a Crítica Hermenêutica do Direito é uma teoria jusfilosófica formulada para a realidade brasileira e que encontra-se estruturada, mas não contida, em avanços filosófico-jurídicos de Heidegger, Gadamer, Wittgenstein, Dworkin.

Dois pontos importantes da CHD que são importantes para a sua compreensão dizem respeito ao giro ontológico linguístico e a fixação da ideia de que a hermenêutica se localiza em uma perspectiva filosófica.

Naquilo que tange ao primeiro, pode-se dizer que o giro ontológico-linguístico foi uma ruptura paradigmática que teve Heidegger e Wittgenstein como corifeus (STRECK, 2020, p. 125). Traduzindo em termos enciclopédicos, o giro foi uma reformulação do pensamento filosófico e uma reflexão que repensou o lugar da linguagem. Alçada de um instrumento objetificante ou de assujeitamento para uma verdadeira condição de possibilidade.

Sob a perspectiva contextual, é um assunto historicamente abordado na obra “Dicionário de Hermenêutica” e mais juridicamente em “Hermenêutica Jurídica E(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito”. Em atenção às diferentes abordagens, discute-se cada uma em separado.

Em seu dicionário, Lenio Streck retoma a construção do modo de pensar na história da filosofia. Partindo da revisão dos principais pensadores da história, o verbete destinado ao giro se desenvolve no sentido de mostrar que cada época buscou organizar um fundamento para a verdade e para o conhecimento (STRECK, 2020, p. 123). Desta busca por absolutos (*fundamentum absolutum inconcussum veritatis*) cita-se a ideia platônica (VILLEY, 2009, p. 21), a substância aristotélica (MARCONES, 2014, p. 17-22), o *esse subsistens* do medievo (MECONI; STUMP, 2016, p. 143-158), o cogito cartesiano (COTTINGHAM, 2009, p. 171 e 172), o eu penso kantiano (GUYER, 2009, p. 361), o absoluto hegeliano (BITTAR; ALMEIDA, 2016, p. 379-382) e a vontade de poder nietzscheana (MAGNUS; HIGGINS, 2017, p. 45-48).

Justapondo esse devir, Streck destaca qual foi o papel da linguagem em cada período. Na metafísica clássica (de Platão até o medievo), representava um instrumento para objetificar o conhecimento que estava nas coisas. Na metafísica moderna (de Descartes até o último princípio epocal da modernidade), representava um instrumento à disposição do sujeito. Em contraste, o destacamento dessa instrumentalidade é importante porque a CHD abandona tais noções. No contexto do giro, deixa-se de entender a linguagem enquanto uma terceira coisa entre o sujeito e objeto e passa-se a compreendê-la como uma condição de possibilidade, isto é, algo sem a qual tudo restaria inviabilizado.

Enfim e rupturalmente, o giro foi uma guinada que demarcou uma reconsideração do papel da linguagem. Nas palavras de Streck, percebeu-se que “sempre há um a priori que compartilhamos mesmo sem nos darmos conta” e que nossa linguagem é imperiosamente intersubjetiva pelo fato de que “só pode dizer que pensa, e que por isso existe, o sujeito que já está inserido em uma comunidade cuja linguagem permite que esse sujeito articule a cogitatio em...linguagem”. Arrematando, assevera que

nem as coisas tem uma essência e nem as coisas são como eu quero; as coisas existem porque eu tenho linguagem. E essa linguagem não é minha; não é

privada; ela é pública; é adquirida. A linguagem vai surgindo na medida em que ela nos faz falta (STRECK, 2019, p. 13-14 e 17).

Pode-se dizer que a linguagem passou a ser um estruturante que precede o conhecimento. Essencialmente, isto quer dizer que o sentido não está mais na consciência (metafísica moderna) ou nas coisas (metafísica clássica), mas sim na linguagem pública que produzimos cotidianamente e que é condição de nossa possibilidade de estar no mundo (OLIVEIRA, 2015, p. 137-147).

Sob um viés jurídico (preponderante contido na obra “Hermenêutica Jurídica E(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito”), o giro ontológico-linguístico foi um movimento que se deu em fases (STRECK, 2014, p. 5967). Na primeira, com o neopositivismo lógico (ou empirismo lógico), buscava-se a construção de linguagens ideais. Segundamente, com as reflexões de Wittgenstein⁸ a partir da obra *Investigações Filosóficas* e desenvolvidas no sentido de compreender a linguagem enquanto condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento (PEDROSA, 2006, p. 169). Por fim, a terceira fase ocorreu com o desenvolvimento da filosofia da linguagem ordinária⁹ – postulando que “a linguagem é um meio heurístico indispensável para nosso conhecimento da realidade, sendo, por necessário, aperfeiçoá-la” (STRECK, 2014, p. 6130). Da sobreposição de fases, o giro representou a aurora de novas possibilidades. No contexto desta ruptura, enfim, o de teorias jurídicas que pudessem realmente privilegiar a linguagem.

Superado este breve aprofundamento do giro ontológico-linguístico, o artigo segue com um último elemento essencial para uma efetiva compreensão da CHD: o paradigma compreensivo denominado filosofia hermenêutica.

Em um retorno à alusão aos modos estruturantes do pensar (metafísica clássica e moderna), vale iniciar informando que a filosofia hermenêutica é um paradigma filosófico que assenta-se na ideia de que o horizonte do sentido é dado pela compreensão delineada pela historicidade e pela faticidade. Representando uma ruptura com o paradigma aristotélico-tomista e com a filosofia da consciência, postula que

os sentidos não estão nas coisas e, tampouco, na consciência de si do pensamento pensante. Os sentidos se dão intersubjetivamente. Consequentemente, na medida em que essa intersubjetividade ocorre na e pela linguagem, para além do esquema sujeito-objeto (STRECK, 2020, p. 79-80).

⁸ No contexto da obra do autor, uma discussão desenvolvida na obra *Investigações Filosóficas*.

⁹ Conferindo referências, representada por Friedrich Waismann, Norman Malcolm, Gilbert Ryle, John Langshaw Austin, Peter Frederick Strawson, Herbert Lionel Adolphus Hart e Richard Mervyn Hare.

Com Ricardo de Macedo Menna Barreto, pode-se dizer que a hermenêutica heideggeriana-gadameriana propiciou um deslocamento do solipsismo¹⁰ subjetivista para um contexto intersubjetivo (BARRETO, 2012, p. 149 e 150).

Dito isto e em reconhecimento a complexidade de alguns termos utilizados por Streck (fusão de horizontes¹¹, círculo hermenêutico¹², ontologia fundamental¹³, pré-juízos autênticos e inautênticos¹⁴), pede-se licença para evitar tais expressões e formular um conceito conciso (STRECK, 2020, p. 113-117): filosofia hermenêutica é uma estrutura de pensamento que defende que o sentido das coisas se dão historicamente (no sentido de necessariamente estarmos vinculados ao nosso passado), de acordo com a faticidade (situação contingencial que o ser se encontra) e linguisticamente (porque nunca atingimos o mundo dos objetos diretamente, mas, sim, imperiosamente pelo discurso).

Contextualizando as considerações acima, enfim conclui-se este trecho esclarecendo que a filosofia hermenêutica foi um paradigma desenvolvido por Martin Heidegger ainda no século XX e a partir da fenomenologia de Edmund Husserl (STEIN, 2010, p. 37-56). No que toca a este Artigo, importante pois é reconhecidamente empregado pela CHD (STRECK, 2014, p. 125) e também pelo fato de ser condição de possibilidade dos parágrafos que seguem.

Superado todo um desenvolvimento necessário de alguns alicerces da Crítica Hermenêutica do Direito, finalmente enfrenta-se o principal tema deste Artigo: porque a fundamentação das decisões judiciais é, afinal, um Direito Fundamental.

Para responder essa pergunta, superpõe-se todas as camadas até aqui desenvolvidas e prossegue-se explanando que a CHD possui um atendimento diferenciado no que concerne à fundamentação das decisões judiciais uma vez parte de uma noção diferente de interpretação.

Diferentemente das teorias juspositivistas primitivas (exegetismo francês e etc) que entendem a interpretação em termos essencialmente aristotélicos (defensoras da

¹⁰ O termo se refere à ideia do sujeito que basta em si próprio, isto é, que tem em si o “critério de verdade” do mundo e que assujeita os sentidos.

¹¹ Que é o acontecer da compreensão. No contexto da obra de Heidegger e Gadamer refere-se ao entendimento originado da fusão entre tradição (que entrega algo) e presente (que exige sentido).

¹² Que é a estrutura compreensiva do ser, isto é, seu modo de ser. Mais uma vez em termos hermenêuticos, quer dizer que sempre ingressamos em um processo de compreensão com algo antecipado (STRECK, 2020, p. 40).

¹³ Foi a revisão da ontologia (ramo da filosofia que estuda o ser) operada por Martin Heidegger (HEIDEGGER, 2015, p. 37-51).

¹⁴ A depender da autenticidade, pré-juízos são as condições de possibilidade de uma compreensão verdadeira. Em sentido inautêntico, são óbices compreensivos (senso comum, falta de justificação e etc.).

correspondência entre enunciado e realidade) e do positivismo normativista (postulante de um sentido imbricado a subjetividade do intérprete), a Crítica Hermenêutica do Direito assenta a interpretação enquanto explicação de uma compreensão.

Importando algumas ideais anteriormente elaboradas, postular que interpretação é a explicação de uma compreensão quer dizer que toda proposição com pretensão de verdade necessariamente fundamenta-se em um emaranhado linguístico que é anterior ao sujeito (giro ontológico-linguístico) e nos horizontes das possibilidades compreensivas do ser contingencialmente situado (filosofia hermenêutica). Considerando estes dois fatores, interpretar é explicar um já compreendido pois um ponto arquimediano de sentido é existencialmente impossível (CUNHA, 2020, p. 23-25) e dessa impossibilidade é que exurge a necessidade de explicarmos os fundamentos da nossa compressão. Sobretudo no Direito, não se pode falar qualquer coisa sobre qualquer coisa (STRECK, 2014, p. 156).

Indo de encontro com o delimitado acima, Streck é claro ao dizer que a interpretação deve prestar deveres de coerência. Nas palavras do autor, deve-se “imbricar a história jurídico-institucional do passado construída coletivamente com as exigências do hoje” (STRECK, 2014, p. 63).

Em matéria de jurisdição, isto quer dizer que os juízes têm uma verdadeira obrigação de justificar suas decisões (STRECK, 2014, p. 2736). Sobretudo em um Estado Constitucional, o critério decisional não pode pautar-se na subjetividade do intérprete e, em resumo, toda enunciação jurisdicional deve filtrar-se no acordo intersubjetivo chamado Constituição (CF).

Não obstante de toda essa imbricação linguística e contingencial do intérprete, Lenio Streck é claro ao dizer que

a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda. Ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política (STRECK, 2013, p. 108).

Finalmente arrematando o desenvolvimento, sublinha-se que a devida fundamentação reveste-se de fundamentalidade, pois a explicitação do pacto social da contemporaneidade (Constituição) tem a fundamentação das decisões judiciais enquanto verdadeira condição de possibilidade. Afinal, o Direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja (STRECK, 2013, p. 25).

2 ESTUDO DE CASO DO HABEAS CORPUS Nº 82.424: O CASO ELLWANGER

Ilustrando toda a temática até aqui desenvolvida e com o objetivo de aplicar a CHD, passa-se a um estudo de caso do Habeas Corpus (HC) número 82.424. Para além disso, reforça-se a estrutura até aqui utilizada e mais uma vez antecipa-se o arranjo do capítulo (que segue em dois atos): um primeiro que resume o caso concreto e um segundo que tece análises hermenêuticas.

No que concerne ao resumo, cumpre inteirar que o HC 82.424 decidido em 17 de setembro de 2003 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) é um caso intrincado. Seu julgamento resultou em um acórdão de 488 páginas e em um trâmite processual de 13 anos (STRECK, 2020, p. 12). Isto dito, efetivamente resume-se o caso a partir dos elementos essenciais.

Em atenção ao delimitado acima, o HC 82.424 ficou conhecido como Caso Ellwanger e seu julgamento enfrentava a discussão de se o paciente (Siegfried Ellwanger Castan) deveria ser punido por escrever, editar e publicar livros com conteúdo antissemita. Mais especificamente, das obras (1) “Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da Mentira do Século”, (2) “O Judeu Internacional”, (3) “A História Secreta do Brasil”, (4) “Brasil Colônia de Banqueiros”, (5) “Protocolos dos Sábios de Sião”, (6) “Hitler – Culpado ou Inocente?” e (7) “Os Conquistadores do Mundo – os verdadeiros criminosos de guerra”.

In casu, o Ministério Público denunciou Ellwanger pelo crime de racismo (nos termos do Artigo 5º, inciso XLII da Constituição Federal e do Artigo 20 da Lei 7.716/1989). Ellwanger foi absolvido em 1ª instância pela 8ª Vara Criminal de Porto Alegre, condenado em 2ª pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e teve um Habeas Corpus denegado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em continuidade a denegação da última impetração é que a defesa dirigiu um novo Habeas Corpus ao Supremo Tribunal Federal. Em síntese, pleiteava-se a extinção da punibilidade (em razão da prescrição), bem como argumentava-se que o povo judeu não era uma raça. Em não sendo, pedia-se que o racismo (que é imprescritível) fosse afastado e que o alegado delito fosse considerado prescrito em razão do decurso do tempo.

Em termos decisoriais, resolveu-se por maioria de oito a três votos, pela denegação do Habeas Corpus e pela manutenção da condenação. Foram vencidos os Ministros Moreira Alves (Relator), Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto. Em contraposição,

Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence foram vencedores. Como explicitado logo adiante, uma maioria que se compôs de votos pouco convergentes e de uma minoria com vereditos também heterogêneos.

Partindo agora para o viés analítico, José Trindade Cavalcante Filho resume muito bem o busílis da questão:

a análise minuciosa dos votos – que somam, com o relatório, 488 páginas – demonstra, contudo, que foram adotadas as mais diversas razões, tanto para indeferir o *writ* quanto para votar pela concessão. Assim, por exemplo, o Ministro Relator, Moreira Alves, concedia a ordem para declarar a prescrição [...]. Já o Ministro Marco Aurélio concedia o *writ* com base, principalmente, em argumentos da liberdade de expressão [...]. Por sua vez, o Ministro Carlos Britto votou pela concessão do habeas corpus de ofício, por considerar que a publicação de obras constituía fato atípico [...] Também os votos pela denegação pouco tiveram de comum entre si (TORON, 2020, p. 71).

Desenvolvendo o antecipado acima, segue-se com uma relação dos argumentos dos Ministros em dois blocos: dos que denegaram o Habeas Corpus e dos que não.

Compondo a parte vencedora, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes foram os que tiveram os votos mais elaborados (TORON, 2020, p. 73). Tendo se utilizado do raciocínio ponderativo entre liberdade de expressão e proibição ao racismo, Mello pautou seu voto na análise de tratados e convenções internacionais ao passo que Mendes discorreu sobre o estado da arte da discussão sobre *hate speech* no Direito Comparado. Convergindo no sentido de entender que a liberdade de expressão não tolera manifestações racistas, denegaram o HC e foram acompanhados por Carlos Velloso, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence (que não teceram maiores considerações).

Fechando a maioria, Maurício Corrêa (segundo relator) e Nelson Jobim foram os Ministros com entendimentos mais “kafkianos”. Em seu voto, Alves pautou-se em questões políticas e históricas. A título de exemplo, (1) minimizou o sofrimento de outros grupos vulneráveis como os ciganos (BRASIL, 2013, p. 553 do processo) para destacar o dos judeus, (2) sustentou que a humanidade tinha um dever de fazer justiça em nome dos judeus (BRASIL, 2013, p. 553 do processo) e (3) até mesmo fez citações poéticas em seu voto (“No caminho, com Maiakóvski” de Aduardo Alves da Costa”). Nelson Jobim por outro lado pautou-se na não cientificidade do conteúdo antissemita (BRASIL, 2013, p. 688 do processo) e do seu não atingimento é que concluiu pelo racismo de Ellwanger.

Compondo o segundo bloco, Moreira Alves (primeiro relator) votou no sentido de conceder o HC e que fosse declarada a prescrição (pois o povo judeu não seria, cientificamente, uma raça). Diferentemente de todos, Carlos Britto concedeu o HC de ofício e entendeu que a lei tipificadora do crime teria sido promulgada depois de Ellwanger ter cometido o delito (logo a conduta seria atípica). Por último, o Ministro Marco Aurélio utilizou-se da mesma (?) técnica ponderativa de Celso de Mello e Gilmar Mendes e concluiu no sentido de que o Estado não poderia obstruir a liberdade de expressão. Tendo conferido mais “peso” à liberdade de expressão, concedeu o HC.

Do ponto de vista hermenêutico, enfim, pode-se dizer que o STF errou em sua fundamentação (STRECK, 2018, p. 14). Por mais que se tenha operado uma condenação devida, três foram os problemas: (1) fomentou-se uma suposta colisão entre liberdade de expressão vs dignidade da pessoa humana e criou-se um *hard case* onde, na realidade, não havia (lembre-se que o argumento da defesa pauta-se em o povo judeu ser ou não um raça e não nesse sopesamento), (2) alguns Ministros utilizaram-se de “argumentos” extrajurídicos e em razão disso afastaram-se de seu dever consituicional de fundamentar suas decisões e (3) uma mesma fórmula (ponderação alexyana) gerou resultados diferentes.

Dialogando com o capítulo anterior, o caso em comento desvela-se controverso pois subjetividades foram utilizadas enquanto critérios epistemológicos da decisão. Em contraposição ao sucedido, a adequação decisional deveria ter se realizado com interpretações que esclarecessem suas fundamentações/justificações. Ademais, inclui-se uma meditação de Streck quanto ao tema: “bastava que o caso fosse visto como prática de um fato criminoso que deve ser punido pelo Direito” (STRECK, 2018, p. 14).

Apoiando-se em Bruno Torrano (TORRANO, 2019, p. 142), vale frisar que o “pós-positivismo” hermenêutico não se contenta em simplesmente aduzir que os juízes devem fazer justiça no caso concreto. Diferentemente, compreende que o Direito não é apenas uma obrigação de fim, mas também de meio (STRECK, 2018, p. 14) e daí porque os excelentíssimos Ministros não deveriam ter se utilizado de álbis teóricos ou de argumentos extrajurídicos.

Desvelando o problema a partir da Crítica Hermenêutica do Direito desenvolvida por Lenio Streck: quando não se sabe por que se acerta, erra-se (STRECK, 2017, p. 97) e em sendo a democracia incompatível com consciências pessoais (STRECK, 2017, p. 49), a fundamentação das decisões judiciais não pode(ria) assentar-se na subjetividade do intérprete. *In casu*, condenou-se pelos meios equivocados (subjetivamente muitas

vezes) ao passo que o acertado seria se os Ministros tivessem pautado suas decisões de forma não discricionária (intersubjetivamente, portanto). Traduzindo esse dever em termos eminentemente práticos, os Excelentíssimos Ministros deveriam ter filtrado seus juízos pessoais e afastado incompreensões (axiologismos e subjetivismos) que não poderiam compor uma autêntica prestação jurisdicional.

CONCLUSÃO

Enfim sintetizando, conclui-se que a Crítica Hermenêutica do Direito é uma teoria jusfilosófica que procura fazer valer o texto constitucional e leva à fundamentação das decisões judiciais a sério (Art. 93, Inciso IX da CF). Postulando que as manifestações jurisdicionais não podem se reduzir a um exercício da vontade do intérprete (“julgo conforme minha consciência” e afins), defende que a autenticidade da prestação jurisdicional se realiza quando as compreensões do julgador filtram-se, explicam-se e explicitam-se em acordo com os termos da Constituição.

Em alinhamento ao que objetiva, a teoria (que frisa-se ser alicerçada na reviravolta linguístico-pragmática da filosofia contemporânea) exige especial atenção ao papel da linguagem. Com Streck, convém por mais uma última vez salientar que o mundo só é mundo enquanto vem à linguagem (STECK, 2019, p. 17) e é justamente em razão de sua natureza (ser condição de possibilidade) que a linguagem não pode ser uma propriedade individual.

Não se desviando da imbricação entre linguisticidade e jurisdição, percebe-se que discursos subjetivistas (relativistas, discricionários e congêneres) não podem ser admitidos sob pena do próprio Direito restar prejudicado. Daí o porquê da fundamentalidade da fundamentação das decisões judiciais: convicções pessoais não podem sobrepor-se ao pacto intersubjetivo chamado Constituição e sua não sobreposição se opera justamente na conformidade entre Constituição, compreensão e discurso.

Em atenção ao caso analisado, o que procurou-se demonstrar é que o Direito não se convalida apenas pelo atingimento de um fim. Siegfried Ellwanger Castan atentou contra o Estado Democrático e isto não se nega de forma alguma. *In casu*, o problema foi o de que convicções pessoais sobrepujaram-se ao Direito e nisto equivocou-se pois o Direito não pode(ria) depender de poemas, consciências históricas ou valores pessoais.

Finalizando e anuindo com Gadamer, “se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto lhe diga algo” (STRECK, 2017, p. 436). Ao fim e ao cabo há de se convir: a Constituição Federal ainda tem muito a conformar e a dizer.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao Direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- ABBOUD, Georges; TASSINARI, Clarissa; LOPES, Ziel Ferreira. Em novo livro, Lenio Streck mostra que Direito não é somente estratégia. **Conjur**, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-31/resenha-livro-lenio-streck-mostra-direito-nao-estrategia>>. Acesso em: 1 jun. 2021.
- BARRETO, Ricardo Menna. Do Leito de Procusto à Discricionariedade Judicial: As Implicações do Solipsismo Filosófico para o Direito e sua Superação pela Hermenêutica Jurídica. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 39, n. 125, p. 149-150, dez. 2020. Disponível em: <<http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/799>>. Acesso em: 1 jun. 2021.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- COTTINGHAM, John. **Descartes**. 3. ed. Aparecida: Ideias & Letras, 2009.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Dicionário de Metodologia Jurídica: Guia Crítico de Fundamentos do Direito**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- GADAMER, Hans-georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GUYER, Paul. **Kant**. 3. ed. Aparecida: Ideias & Letras, 2009.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.
- MAGNUS, Bernd; HIGGINS, Kathleen Marie. **Nietzsche**. São Paulo: Ideias & Letras, 2017.
- MARCONDES, Danilo. **A verdade**. São Paulo: WMF, 2014.
- MECONI, David Vincent; STUMP, Eleonore. **Agostinho**. 2. ed. São Paulo: 2016, 2017.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.
- PEDROSA, Carolina de Oliveira. **O sentido da aceitabilidade no jogo da decisão: uma investigação sobre as implicações da pragmática da linguagem do segundo Wittgenstein na interpretação do direito**. 2006. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes ? Para uma crítica do Direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- STRECK, Lenio. **Diálogos com Lenio Streck: Hermenêutica, jurisdição e decisão**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed Kindle. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica**: Compreender Direito. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

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

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: o senso incomum?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

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

TORON, Alberto Zacharias. **Decisões Controversas do STF**: Direito Constitucional em Casos. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à Lei**: Entre o positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. 2015. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015.

VILLEY, Michel. **A Formação do pensamento jurídico moderno**. 2. ed. São Paulo: WMF, 2019.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1994.

LUZ, CÂMERA E CONTENÇÃO: O *HATE SPEECH* COMO PARÂMETRO AO CERCEAMENTO DE EXPRESSÃO E UMA ANÁLISE DO CASO “ESPECIAL DE NATAL PORTA DOS FUNDOS – A PRIMEIRA TENTAÇÃO DE CRISTO”¹

LIGHTS, CAMERA AND CONTENTION: HATE SPEECH AS A PARAMETER FOR EXPRESSION CURTAILMENT AND AN ANALYSIS AROUND THE CASE “ESPECIAL DE NATAL PORTA DOS FUNDOS – A PRIMEIRA TENTAÇÃO DE CRISTO”

Isadora Serpe Motta²

RESUMO

Em um país com uma democracia tenra e que goza de um legado significativo de instituições autoritárias como o Brasil, a questão da liberdade de expressão faz-se de pertinente certâmen quando se põe em discussão os impasses respeitantes ao seu cerceamento. Apesar de a *Lex Mater* coibir a censura prévia em diversos dispositivos legais, a censura *a posteriori* ainda estabelece um limite para a manifestação do pensamento, limite este que pode ser sobrepujado quando a liberdade de expressão entra em colapso com outro direito fundamental também previsto na Constituição de 1988. Isto posto, o presente artigo tem como escopo analisar a decisão do STF atinente ao caso “*Especial de Natal Porta dos Fundos - A Primeira Tentação de Cristo*”, que deu provimento à Reclamação constitucional da *Netflix*, indeferindo a liminar de retirada do longa-metragem da plataforma de *streaming*. Ademais, tem-se por objetivo específico efetuar uma análise de até onde a liberdade de expressão lesa a liberdade de crenças por viés da abstração do *hate speech*, e constatar qual o critério para vetar obras cinematográficas a partir da noção de arte no texto legal. Para além disso, o artigo expõe as mazelas da imprecisão doutrinária que resulta no subjetivismo do intérprete como uma espécie de subterfúgio nos casos de censura. Aplicar-se-á a metodologia

¹ O presente artigo foi resultado das pesquisas realizadas nas disciplinas de Jurisdição Constitucional e Oficina de Pesquisa Acadêmica ministradas, respectivamente, pela Profa. Dra. Luciana Ferreira de Mello e Profa. Msc. Miriam Olivia Knopik Ferraz no curso de Direito Integral – LAW Experience da FAE Centro Universitário.

² Aluna do 3º período do programa de Direito Integral – LAW Experience da FAE Centro Universitário. Membro do grupo de estudos NECcrim (Núcleo de Estudos em Ciências Criminais).
E-mail: isadora.motta@mail.fae.edu

dedutiva e a pesquisa se dará pelo meio bibliográfico, exploratório e qualitativo. Conclui-se a congruência da decisão da Suprema Corte no caso supra narrado e a instabilidade dos julgamentos resultante da ampla carga valorativa do julgador proveniente do neoconstitucionalismo, testemunhando um abuso por parte do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão. Censura. Neoconstitucionalismo. Direitos Fundamentais. *Hate Speech*.

ABSTRACT

In a country owner of a tender democracy that enjoys a significant legacy of authoritarian institutions like Brazil, the issue around the freedom of expression becomes a relevant contest when it is put in discussion the deadlocks as far as its curtailment. Despite the Lex Mater's restraint on previous censorship in several legal devices, the posteriorly censorship still establishes a limit to the thought manifestation, a limit that can be overwhelmed if the freedom of expression collapses on another fundamental right, also foreseen on the 1988's Constitution. That said, this article aims to analyze the Brazilian Supreme Court's decision regarding the case "*Especial de Natal Porta dos Fundos - A Primeira Tentação de Cristo*", which granted *Netflix's* constitutional complaint, rejecting the injunction to withdraw the feature film of the streaming platform. Besides, the specific objective is to analyze the extent to which freedom of expression harms the freedom of beliefs due to the abstraction of hate speech, and to verify the criteria for vetoing cinematographic works based on the notion of art in the legal text. Furthermore, the article exposes the ills of doctrinal imprecision that results in the interpreter's subjectivism as a kind of subterfuge in cases of censorship. The deductive methodology will be applied and the research will be done through bibliographical, exploratory and qualitative means. It is concluded in regard to the congruence of the Supreme Court's decision on the case above narrated, and the instability of the judgments resulting from the wide value load of the judge stemming originated on neoconstitucionalism, witnessing abuse by the Judiciary.

Keywords: Freedom of Expression. Censorship. Neoconstitucionalism. Fundamental Rights. *Hate Speech*.

INTRODUÇÃO

*“Posso não concordar
com o que dizes,
mas defenderei até a morte
o direito de dizê-lo.”*

Atribuída a Voltaire

Completaram-se mais de trinta anos da outorga da Constituição de 1988 e, por conseguinte, do arremato da censura prévia no Brasil. Desde então, a interferência estatal nas diversas formas de expressão sempre se fez imponente, mas a liberdade de expressão nunca esteve tão suscetível no país.

Em manifestações defrontes o governo Bolsonaro durante a pandemia de COVID-19, o professor Arquidones Bites repercutiu nas mídias sociais em virtude de ter sido preso pela Polícia Militar por colocar um adesivo com a frase *“Fora Bolsonaro Genocida!”* em seu veículo. O ato ocorreu sob a acusação de infringir a Lei nº 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional), correspondendo à uma intimação e perseguição àqueles que se posicionam contra o presidente, remontando-se a tempos sombrios.

Condutas assim são estopins para o *chilling effect*, que se trata da inibição ou desencorajamento do exercício legítimo de direitos intrínsecos pela ameaça de sanção legal, o qual suprime comumente a liberdade de expressão. Para mais, o *chilling effect* cerceia a difusão de ideias e é mais árduo de ser combatido que a censura prévia, dada a exiguidade de motivadores diretos.

Isto posto, quando se fala em cerceamento da liberdade de expressão, ser-se-ão analisados três fatores: (i) o emissor; (ii) objeto da mensagem; e (iii) destinatário(s). Ademais, sabe-se que nenhum direito é absoluto, todavia, concordantemente com Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2014, p. 368), a liberdade de expressão deve ter predileção sob as demais garantias constitucionais. Por se tratar de garantia da primeira dimensão, ela terá preferência sob os demais direitos de mesma hierarquia. Infere-se, dessarte, que a censura será sempre a última *ratio*.

1 O SUBJETIVISMO DO INTÉRPRETE E O HATE SPEECH COMO VISLUMBRE CIRCUNSCRITIVO PARCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Ulteriormente a austeras décadas de contenções durante a vigência do regime militar, nada impremeditado que no processo de redemocratização o Constituinte tivesse

uma diligência exclusiva para com a liberdade de expressão. Assim, em 1988 quando o país foi aclamado com a Constituição Cidadã – o artifício mais promitente em termos de direitos fundamentais –, o Estado brasileiro assistiu ao retorno das liberdades e dos valores democráticos perdidos. É diante dessa conjuntura, “de um reflexo do passado sofrido e de um compromisso com o futuro” (LEAHY, 2013, p. 357), que a Constituição da República Federativa do Brasil proscreveu expressamente a censura prévia em diversos dispositivos, como prevêem seus artigos 5º, incisos IV, IX, XIV e 220, *caput* §§ 1º e 2º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; (BRASIL, 1988).

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição:

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL, 1988).

Contudo, é evidente que nenhum direito, ainda que fundamental, é absoluto e, desse modo, está sujeito a limitações, mormente quando esbarra em outros direitos da mesma natureza (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2020, p. 382). Ante o aduzido, o cerne do problema ao limite da liberdade de expressão não se encontra na proteção conferida a tal garantia, mas sim, na vasta indefinição a este respeito tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto nas suas produções doutrinárias. É neste aspecto que o professor e doutor em direito Fábio Carvalho Leite (LEITE, 2019, p. 227) critica a doutrina por deixar em segundo plano o compromisso com a previsibilidade e isonomia do direito ao produzir trabalhos que são voltados ao julgador, e não ao autor e réu.

Partindo dessa premissa, fato é que a doutrina somente estabelece parâmetros aos magistrados, orientando-os a como lidar com a colisão de princípios fundamentais através do critério de ponderação e proporcionalidade de Robert Alexy: “Se dois princípios colidem [...], um dos princípios terá que ceder” (ALEXY, 2008, p. 94). Como inexistente uma condição hierárquica de direitos na Magna-carta, por conseguinte, aplicar-

se-á este método com alicerce no caso concreto, sendo inexequível estabelecer, *a priori*, qual das garantias prevalecerá. Sendo assim, “[...] nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e os princípios com mais peso têm precedência” (ALEXY, 2008, p. 94-95). Daí exteriorizam-se as mazelas do subjetivismo do intérprete nestes casos.

Basta averiguar a Apelação Cível n.º 0002154-66.2009.8.19.0035 da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ), que indeferiu o pedido de indenização de um prefeito que foi chamado de “desonesto e ladrão”. A fundamentação teve fulcro em que “aborrecimentos ou dissabores oriundos das reportagens não configuram ipso facto potencial ofensivo à honra ou ao bom nome do autor, motivo pelo qual não se verifica ofensa à norma do artigo 5º, X da CRFB/77, no suporte fáticos destes autos”.

Noutro giro, a 7ª Câmara Cível do mesmo Tribunal de Justiça, deu provimento ao pedido indenizatório de um ex-prefeito que havia sido alvo de escárnios similares, vide Apelação Cível n.º 0022228-38.2012.8.19.0003. Sinteticamente, o fundamento utilizado respaldou-se em que, uma vez que a liberdade de expressão não é absoluta, encontram-se limitações ao seu exercício compatíveis com o regime democrático, *exempli gratia* a preservação dos direitos de personalidade e a vedação de veiculação de crítica com o fito único de difamar, injuriar ou caluniar (*animus injuriandi vel diffamandi*).

Ambas as deliberações dispõem de bons argumentos e, sobretudo, respeitam os ditames legais ao passo que seguem os parâmetros doutrinários. Ocorre que é incabível concordar com as duas concomitantemente. Trata-se da “arte de decidir o caso sem resolver o problema”, nas palavras de Carvalho Leite (LEITE, 2019, p.229). É dessa maneira que a doutrina se limita a criticar casos específicos quando discorda da sentença, não avaliando o itinerário metodológico.

Outro pormenor doutrinário falho é que como o intérprete deve fazer uma prática *a posteriori* dos direitos fundamentais do caso em tela, ele está mais suscetível a inserir elementos extrajurídicos ao julgamento, seja conscientemente ou inconscientemente. É conferido ao direito, portanto, um caráter subjetivo, o que coloca a segurança jurídica em cheque.

Os discursos de ódio (*hate speech*)³ não se isentam desse problema. O Judiciário brasileiro costuma celebrar a decisão do HC 82.424, que condenou o indivíduo que publicou livros de cunho antissemita no tipo penal do artigo 20 da Lei 7.716/89 (crime de racismo). Inobstante, há de se observar que a religião do julgador e do réu influenciam o veredicto (LEITE, 2019, p. 236). Insta o RHC 134.682, no qual o STF reconheceu

³ O *hate speech* pode ser definido como “a expressão do pensamento que desqualifica, humilha e inferioriza indivíduos e grupos sociais” (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 344).

atipicidade da conduta e determinou o trancamento da ação penal do sacerdote da Igreja Católica Apostólica Romana, autor da obra “*Sim, Sim, Não, Não Reflexões de cura e libertação*” cujo conteúdo manifestava repúdio explícito ao espiritismo, candomblé e umbanda. Eis um excerto do livro:

Os próprios pais e mães-de-santo e todos os que trabalham em centros e terreiros são as primeiras vítimas: **são instrumentalizados por Satanás. [...]**
A doutrina espírita é maligna, vem do maligno.

[...]

O espiritismo é como uma epidemia e como tal deve ser combatido: é um foco de morte. O espiritismo precisa ser desterrado da nossa vida. Não é preciso ser cristão e ser espírita, [...] **Limpe-se totalmente!** (p. 16-18).

Concordantemente com o ministro Luís Roberto Barroso, os discursos inseridos no livro “são manifestações de absoluta inaceitação do outro” e ultrapassam “todos os limites do erro escusável” (BARROSO, 2016, p. 33-34). Em contrapartida, Barroso alegou que os espíritas não são um “grupo historicamente vulnerável para invocar o tipo de proteção que a exceção do *hate speech* admitiria” (BARROSO, 2016, p. 34).

De acordo com Daniel Sarmento, “A liberdade de expressão não existe só para proteger as opiniões que estão de acordo com os valores nutridos pela maioria, mas também aquelas que chocam e agridem” (SARMENTO, 2006, p. 4). Tendo em vista, todavia, que o pilar de um Estado Democrático de Direito é o fator Dignidade da Pessoa Humana e que o *hate speech* está muito mais adjacente a um ataque que mero debate de opiniões, é plausível afirmar que quaisquer enunciados preconceituosos devem ser vetados. Ademais, “[...] o *hate speech* só prejudica o funcionamento do processo democrático. Prejudica porque tende a produzir dentre as suas vítimas ou o revide violento ou o silêncio humilhado” (SARMENTO, 2006, p. 33).

Ainda que à *prima facie* na teoria seja mais satisfatório censurar todo tipo de conteúdo discriminatório, não é o adequado. Neste diapasão, não é porque os ideais concernentes ao *hate speech* são moralmente condenáveis que o Estado deve coibir esta forma de discurso. Sarmento conclui que, ao proibir a propagação de ideias ainda que execráveis “[...] o Estado atinge negativamente a autonomia individual tanto daqueles que têm estas idéias e são impedidos de comunica-las publicamente, como dos integrantes do público em geral, que ficam privados do acesso elas” (SARMENTO, 2006, p. 38).

Este silogismo legitima o pretexto da arguição do ministro Barroso. No Brasil, afinal, os discursos de ódio somente são contidos pelo poder estatal quando manifestam intolerância a comunidades historicamente debilitadas, como ocorreu com o povo

hebreu no Caso Ellwanger (HC 82.424). É por isso que chamar um homem branco de “palmito” não configura crime de raça⁴, por exemplo – é a mesma lógica.

Sem embargo, o RHC 134.682 ainda deixa a questão da liberdade de expressão e religião em aberto no território brasileiro: as crenças de matriz africana (umbanda e candomblé)⁵, declaradamente repudiadas pelo sacerdote, não fazem parte de um, nos termos do ministro, “grupo historicamente vulnerável”? Nesse sentido, é inegável que os negros pertencem a um grupo tão suscetível quanto os judeus. A escravidão e o holocausto estão lado a lado no quesito de calamidades históricas. Depreende-se que a discricionariedade do ordenamento jurídico brasileiro precisa, imprescindivelmente, ser reestabelecida nos casos de cerceamento de expressão, mitigando esta margem interpretativa exacerbada.

Em um cenário póstumo à II Guerra Mundial, onde se usufruía do direito para legitimar barbáries⁶, viu-se que a ciência jurídica estava presa à uma lógica-dedutiva. Surge, então, o neoconstitucionalismo, quando o *ius positivo* começa a se aproximar dos elementos valorativos, alterando toda a epistemologia do direito por meio da argumentação jurídica dialética. A partir daí o juiz deixa de ser “mera boca da lei” pois valora os princípios. A discricionariedade é resultante dessa amplitude argumentativa fornecida ao direito, mas há um equívoco de pensar que a superação do positivismo exegético está na correção moral do direito.

Sinteticamente, o problema está nesse excesso da carga valorativa do intérprete que acaba por fazer do julgamento uma espécie de subterfúgio para inserir preceitos singulares na sentença por ter o condão de decidir qual é o limite da liberdade de expressão.

Após atinar o âmago do problema, a fórmula para a sua resolução aparece mais que evidente: cabe ao Legislativo ratificar normas que circunscrevam o poder decisório interpretativo do magistrado nos pleitos de colisão de direitos fundamentais. Sabe-se que, de acordo com o princípio da Inafastabilidade disposto no art. 3º do CPC e com

⁴ Há ausência de carga histórico-social de experiência de segregação racial, vivência esta única e exclusiva da população negra (entendimento do RMS Nº 58.882).

⁵ O Candomblé é oriundo da África e foi difundido no Brasil pelos negros iorubás, vindos do tráfico de africanos escravizados. Já a Umbanda é uma religião brasileira que mescla elementos do catolicismo, espiritismo e crenças afro-brasileiras. Ambas representam um movimento de resistência da identidade cultural negra e germinam de uma luta por libertação e alforria (PLACERES; BATISTA; GUIMARÃES, 2017, p. 8).

⁶ De acordo com Hans Kelsen (KELSEN, 2009), qualquer norma deve passar pelo ditame determinado pela Constituição para encontrar suporte de validade. No entanto, houve uma interpretação equivocada e, também, nefasta da teoria kelseniana por parte dos nazistas. Como por exemplo o Decreto de *Nacht und Nebel*, o qual objetivava aniquilar todos aqueles que os arianos julgavam inconvenientes. É por meio do critério de validade da norma superior que as leis nazistas e fascistas operaram de forma válida, usufruindo do Positivismo Jurídico com má-fé.

previsão constitucional no inciso XXXV do art. 5º, o órgão legalmente investido no poder de jurisdição tem o dever de propiciar o amparo jurisdicional, de modo que não escusar-se-á a ela, quando legitimamente provocado. “[...] nos casos em que a Constituição depende de lei ou tutela infraconstitucional, a inação do Legislativo, deve ser suprida pelo Judiciário mediante a elaboração da norma que deixou de ser editada” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2020, p. 1415).

Ou seja, mesmo diante de um *hard case*, quando não houver norma geral e abstrata sobre o direito material em questão, o Estado-juíz não pode se eximir da função jurisdicional (DIDIER, 2021, p.236). O magistrado tem a obrigação de suprir a inércia do Legislativo, “[...] evitando que o seu desprezo à Constituição gere um estado consolidado e permanente de inconstitucionalidade, com o qual o Estado de Direito não pode conviver” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2020, p. 1416). Para isso, o juiz deve recorrer a outras fontes do direito, que não a lei, para dirimir as lides – é o caso da liberdade de expressão “*versus*” o *hate speech*. Porquanto, o desfecho fica à mercê do legislador.

Concluído este preâmbulo atinente à discricionariedade, inicia-se a análise da Reclamação Constitucional 38.782 do Supremo Tribunal Federal que corresponde ao *Especial de Natal Porta dos Fundos – A Primeira Tentação de Cristo*. A Corte, por unanimidade dos votos, julgou procedente a reclamação para cassar a decisão do TJ-RJ que estabelecia restrições à exibição do longa-metragem. Segue o porquê da (in)coerência do STF.

2 ANÁLISE DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL 38.782 E A (IN) COERÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Associação Centro Dom Bosco de Fé e Cultura ajuizou a ação inicial sustentando que a sátira veiculada na obra configurava “um ataque frontal, bárbaro e malicioso ao conjunto de crenças e valores que cercam a figura do Cristo, do Deus uno e trino, da Santíssima Virgem e seu esposo, São José” e, por isso, extrapolava “os limites da liberdade artística protegida pelo texto constitucional”.

O Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro deferiu o pedido de retirada do filme (Ação Civil Pública nº 0332259-06.2019.8.19.0001) em desfavor da *Netflix* para “acalmar os ânimos não só da comunidade cristã, mas para a sociedade brasileira como um todo, majoritariamente cristã”, consoante o desembargador da 6ª Câmara Civil.

Apesar de expressamente prevista no texto constitucional, o âmbito de proteção da liberdade de expressão artística gera controvérsias, haja vista que é impossível chegar-se a uma definição de arte universalmente aceita, sendo isso até mesmo alvo

de polêmica. Exemplo disso é a execução do programa *Cidade Linda* em 2017 na cidade de São Paulo, no qual João Dória e Bruno Covas visavam cobrir grande parte dos piches e grafites espalhados pela capital. Os efeitos da chamada “maré cinza” segmentaram a população brasileira: o que para uns era arte, para outros era vandalismo.

Este limbo dificulta a análise da circunscrição da liberdade artística e a consequente verificação de eventuais transgressões de outros direitos igualmente assegurados pela *Lex Mater*. Assevera o ministro Gilmar Mendes:

As formas de expressão artística são inúmeras e de impossível previsão, inclusive pelo fato de que a arte possui, em sua essência, muitas vezes um caráter inovador. Pode também ser polêmica, subversiva, agressiva a padrões usualmente aceitos pela sociedade, características que não raramente fazem com que obras artísticas sejam submetidas ao escrutínio do Poder Judiciário para verificação de possíveis abusos (BRASIL, Relator: Min. Gilmar Mendes, 2020).

Mas, afinal, quando uma produção artística, como o conteúdo audiovisual em voga, é passível de censura? Segundo Victor Leahy, “Não é dever do Estado determinar o que são, ou não, mensagens corretas, adequadas ou até mesmo aprazíveis. Essa tarefa incumbe exclusivamente ao destinatário das mesmas” (LEAHY, 2013, p. 370). Nesse sentido, para além de uma defesa do politicamente correto, é necessário garantir espaço para quaisquer visões, por mais que desagradáveis, em prol da democracia e do pluralismo. Daniel Sarmiento assenta que:

Em relação à autonomia individual dos receptores, a ideia essencial é a de que deve ser reconhecida a cada ser humano a capacidade de decidir o que vai ouvir, ler, ver ou aprender. Assim, não é lícito nem ao Estado nem a nenhuma outra força social, impedir que cidadãos entrem em contato com ideais, obras e pontos de vistas, por considera-los errados ou perigosos.

Trata-se de assumir uma visão não-paternalista, que parte da premissa de que o ser humano adulto é dotado de razão e discernimento, sendo capaz de avaliar autonomamente o valor das manifestações com que se depara, e de discernir o certo do errado para formar as suas próprias convicções. Como ressaltou Ronald Dworkin, o “Estado insulta seus cidadãos nega a eles sua responsabilidade moral, quando decreta que não se pode confiar neles para ouvir opiniões que possam persuadi-los a adotar convicções perigosas ou ofensivas” (SARMENTO, 2007, p. 27).

Por isso o ato de censura do longa-metragem não aconteceu por política de Estado, tal como no regime militar, pois inexistente um senso que determina o que pode ou não ser exibido – ou pelo menos não deveria existir⁷. Assim, por iniciativa privada, a

⁷ Mesmo com a censura prévia incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, a obra *Mein Kampf* de autoria de Adolf Hitler, escrita em 1925, foi proibida no Brasil por uma decisão proferida pelo juiz de Direito Alberto Salomão da 33ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. A multa de descumprimento é de R\$ 5 mil por exemplar vendido.

Associação Centro Dom Bosco alegou que a sátira se tratava de intolerância religiosa em virtude de que Jesus Cristo foi retratado como um “homossexual pueril”, Maria como uma “adúltera desbocada” e, finalmente, José como um “idiota traído”. Salientar-se-á que, de acordo com o art. 208 do Código Penal brasileiro, este crime somente é passível de ser praticado contra um indivíduo, isto é, sempre voltado a uma pessoa só.

Art. 208 - Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso:
Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

De tal modo que, tendo em vista que o conteúdo audiovisual em pauta é direcionado ao público em geral, com o *télos* exclusivo de criticar satiricamente o credo católico como um todo, não se configura crime de intolerância religiosa. Aqui observa-se a existência de uma dissemelhança entre os âmbitos público e privado. Para além disso, patenteia-se que tampouco se configura caso de *hate speech*, dado que o longa-metragem “[...] limita-se a fazer humor, a partir de elementos claramente ficcionais para apresentar uma determinada visão sobre contextos de dogmas e de narrativas religiosas” (TOFFOLI, 2020, p. 83), como frisa o ministro Dias Toffoli. Em termos jurídicos, trata-se de *animus jocandi*⁸, e não *animus laedendi*⁹.

Outrossim, uma sátira humorística não tem o *savoir-faire* de causar lesão em uma fé milenar que se trata da religião com o maior número de adeptos no mundo. Considera-se também o fato de que a plataforma *Netflix* é uma transmissora remunerada de conteúdo, cujo acesso é voluntário e controlado pelo usuário, não estando naturalmente disponível à população brasileira em rede de televisão aberta (TOFFOLI, 2020, p. 82).

Na petição inicial, a Reclamante, então, alegou que o desembargador teria ofendido a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.404 ao estabelecer restrições à exibição da obra *Especial de Natal Porta dos Fundos: A Primeira Tentação de Cristo* e a sua respectiva divulgação.

A ADPF 130 entendeu que a Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa) não foi recepcionada pela CRFB/88, tendo em vista que tal norma foi assinada por Castelo Branco logo após a outorga da Constituição de 1967, quando o regime militar se consolidava. Esta Lei objetivava controlar as informações, de tal maneira que os veículos de comunicação fossem punidos caso publicassem algo que maculasse a “moral” e os “bons costumes”. Já a ADI 2.404 declarou a inconstitucionalidade de um dispositivo legal do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que estabelecia multa e suspensão de programação

⁸ Intenção de caçoar; ironizar;

⁹ Intenção de ferir; injuriar; difamar.

às emissoras de rádio ou televisão que transmitissem conteúdos em horários diversos daqueles autorizados pela classificação indicativa correspondente.

O Supremo Tribunal Federal julgou o pedido da Reclamante como procedente com supedâneo nestas disposições, dado que, conforme todo o exposto até aqui, a censura não é uma idiosincrasia de um Estado Democrático de Direito. Segue a ementa processual:

Reclamação. 2. Liberdade de expressão. 3. Decisões reclamadas que restringem difusão de conteúdo audiovisual em que formuladas sátiras a elementos religiosos inerentes ao Cristianismo. 4. **Ofensa à autoridade de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADPF 130 e da ADI 2.404.** 5. Limites da liberdade artística. 6. **Importância da livre circulação de ideias em um Estado democrático. Proibição de divulgação de determinado conteúdo deve-se dar apenas em casos excepcionalíssimos, como na hipótese de configurar ocorrência de prática ilícita, de incitação à violência ou à discriminação, bem como de propagação de discurso de ódio.** 7. **Distinção entre intolerância religiosa e crítica religiosa. Obra que não incita violência contra grupos religiosos, mas constitui mera crítica, realizada por meio de sátira, a elementos caros ao Cristianismo.** 8. Reclamação julgada procedente (BRASIL, Relator: Min. Gilmar Mendes, 2020).

Caso julgada improcedente a Reclamação, estar-se-ia cometendo o crime de homofobia, considerando que Jesus Cristo foi retratado como uma figura homossexual. Substancialmente, a Suprema Corte não fez nada além do seu encargo como órgão julgador ao dar provimento à Reclamação, uma vez que a liberdade de expressão está inserta na primeira dimensão (objetiva) dos direitos fundamentais, tendo, conseqüentemente, favoritismo sob os demais direitos de mesma hierarquia (SARLET, 2014, p. 368).

Grosso modo, como a doutrina cinge-se ao critério de ponderação, viu-se que o Supremo pode se portar em consonância com suas conveniências, o que nem sempre faz jus do direito como sendo a “arte do bom e do justo”. Comprovação dessa tese é a censura da matéria “*Amigo do amigo de meu pai*” das revistas “*Crusoe*” e “*O Antagonista*”, que revelava o codinome que Marcelo Odebrecht usufruía para se referir ao ministro Dias Toffoli. A mensagem fazia referência à usina de Santo Antônio que contava com mais de R\$ 100 milhões em suborno, sendo uma operação “campeã” de propina na Operação Lava Jato. Logo quando foi publicada, a matéria foi vetada pelo ministro Alexandre de Moraes, sob seguinte justificativa:

[...] considerando a existência de notícias fradulentas (fake news), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revertidas de *animus caluniandi*, *diffamandi* ou injuriandi, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares, extrapolando a liberdade de expressão (MORAES, 2019).

Isto levanta a presunção da existência de uma ditadura do Judiciário – mas este é um tema para outro artigo. Apesar disso, é axiomático e cristalino o abuso de poder forense nos casos de liberdade e cerceamento de expressão. Em última análise, tem-se como completamente inaceitável que princípios e leituras morais afastem uma regra constitucional, haja vista que os intérpretes promovem uma quebra das garantias do Estado de Direito quando atuam externamente à Constituição Federal. Já que os “togados” não podem se eximir do dever de julgar, faz-se crucial uma reforma legislativa que mitigue este poderio descomunal e infindável do órgão julgador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em **primeiro lugar**, a censura prévia viola o artigo 5º, incisos IV, IX, XIV e o artigo 220, *caput* §§ 1º e 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, a Lei Maior, que serve de suporte de validade para todas as demais espécies normativas.

Em **segundo lugar**, a liberdade de expressão é um princípio fundamental. E desrespeitar princípio fundamental é desprezar a própria democracia, pois trata-se de invalidar o “direito a ter direitos” expresso explicitamente no artigo 5º da CRFB/88. É dessa maneira que o cerceamento rompe com a ideia de um Estado Democrático de Direito que existe para servir o povo, desacatando o princípio basilar da Dignidade da Pessoa Humana.

Em **terceiro lugar**, o Legislativo deve ratificar normas objetivas no que tange o conceito de *hate speech* e seus derivados, explicitando quais são os grupos historicamente vulneráveis dignos de proteção estatal. Somente assim o intérprete não irá julgar por solipsismos fazendo do julgamento um subterfúgio para inserir valores pessoais.

Em **quarto lugar**, o controle dos filmes ofensivos ou polêmicos – e de produções artísticas em geral –, em casos excepcionalíssimos de *hate speech*, deve se dar de modo *a posteriori* por iniciativa privada a fim de que o Estado não incida sob os veículos de comunicação por si só.

Em **quinto lugar**, o STF apenas acatou os ditames legais ao indeferir a liminar de retirada do longa-metragem *Especial de Natal Porta dos Fundos - A Primeira Tentação de Cristo* da plataforma de streaming Netflix, a julgar pelo ato recalcitrar a ADPF 130 e a ADI 2.404. Se a Suprema Corte mantivesse a censura da obra, ter-se-ia cometido o delito de homofobia, previsto nos dispositivos da Lei 7.716/89.

Concludentemente, tem-se por principal inferência que há de se angariar mais celeridade, constância e idoneidade às deliberações provenientes do Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada ao Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, n. 1, p. 1-36, jan. 2004.

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

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 38.782. Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 03/11/2020.

CASTRO, Alexander de; NASCIMENTO, Gabriel. Liberdade de expressão frente à liberdade religiosa: direitos fundamentais em conflito e proteção de direitos de personalidade frente a discursos de ódio. **Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, Bebedouro, v. 7 n. 3, p. 1-32, set. 2019. Disponível em: <<https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/667>>. Acesso em: 08 abr. 2021.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 23. ed. Salvador: Jus Podivm, 2021. v. 1.

FOLHAPRESS. Como Toffoli ganhou o apelido ‘amigo do amigo de meu pai’. **Gazeta do Povo**, Curitiba, abr. 2019. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/como-toffoli-ganhou-apelido-amigo-do-amigo-de-meu-pai>>. Acesso em: 09 de jun. 2021.

FREITAS, Riva; CASTRO, Matheus. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Sequência**, Florianópolis, v. 34, n. 66, p. 327-355, jul. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552013000100014&script=sci_arttext>. Acesso em: 08 abr. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: M. Fontes, 2009.

LEAHY, Victor Campos Clement. Liberdade de expressão e o controle dos filmes ofensivos. **Revista da AGU**, Brasília, v. 12, n. 35, p. 351-382, jan. 2013. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/65>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de expressão religiosa e discurso de ódio contrarreligioso: a decisão do STF no RHC 134.682. **Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7 n. 3, p. 1-16, out. 2019. Disponível em: <<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/6103>>. Acesso em: 20 de abr. 2021.

LEITE, Fábio Carvalho. Nem todo case é um hard case: reflexões sobre a resolução dos conflitos entre liberdade de expressão e direitos da personalidade no Brasil. In: LEITE, Fábio Carvalho; ABREU, Célia Barbosa; PEIXINHO, Manoel Messias (Org.). **Debates sobre Direitos Humanos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017. v. 1. p. 209-232.

LEITE, Fábio Carvalho; HANNIKAINEN, Ivar; NHUCH, Flavia Kamenetz. Adivinhe quem vem para jantar. A liberdade de expressão do ofensor e o subjetivismo do julgador na análise dos crimes de injúria. **Revista da Faculdade de Direito (UFPR)**, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 259-276, set./dez. 2016.

OLIVEIRA, Ilzver; ALVES, Robson. Liberdade religiosa versus liberdade de expressão: violações aos direitos humanos dos religiosos de matriz africana nos meios de comunicação de massa no Brasil. **Interfaces Científicas: Direito**, Célia Barbosa v. 1, n. 2, p. 85-94, fev. 2013. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/520>>. Acesso em: 08 abr. 2021.

PLACERES, Giulliano; BATISTA, Breno Minelli; GUIMARÃES; Fernando Augusto de Souza. O candomblé e a umbanda como formas de resistência da identidade cultural negra no Brasil. In: CONGRESSO ALAS URUGUAY, 31., 2017, Montevideo. **Anais...** Montevideo, 2017. Disponível em: <https://www.easypanners.net/alas2017/opc/tl/1679_giulliano_placeres.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 1-58. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2021.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. **Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 16, p. 1-39, maio 2007.

EFEITO *BACKLASH*: A VAQUEJADA E O DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE OS PODERES

BACKLASH EFFECT: THE “VAQUEJADA” AND THE INSTITUTIONAL DIALOGUE BETWEEN THE POWERS

Giovanna Baggio Flores¹

Maria Eduarda Penha de Almeida²

RESUMO

A vaquejada é uma atividade cultural do Nordeste brasileiro, consiste em dois indivíduos montados em cavalos que objetivam derrubar um boi, puxando-o pelo rabo. É um evento esportivo e recreativo que influencia a economia nordestina, porém debatido pelo seu aspecto cruel ao animal. Assim, será examinado, sob a ótica da Constituição, o embate entre o STF e o Congresso Nacional quanto à (in)constitucionalidade da prática da vaquejada. Sendo analisadas as decisões do STF em relação a essa prática, como a ADI 4983/CE (2016), e as ADI's 5728 e 5772, ambas ainda pendentes em julgamento. Ademais, será abordada a Emenda Constitucional nº 96 de 2017, promulgada pelo Congresso Nacional para invalidar a decisão do STF contra a vaquejada, fenômeno conhecido como “Efeito Backlash”. Nesse cenário, o artigo terá como objetivos específicos: a) descrever a vaquejada e seu impacto cultural; b) fazer a análise constitucional sobre a colisão de direitos fundamentais relacionados a essa prática; c) entender a contraposição entre as decisões do STF e a Emenda da Vaquejada; d) compreender o efeito “Backlash” e sua relevância jurídica. A metodologia utilizada é indutiva, usando pesquisa qualitativa, com análise documental e descritiva. Com isso, será possível identificar se existe um choque de princípios acerca dessa temática, abordando os direitos dos animais (Art.

¹ Aluna do 3º período do curso de Direito Integral – Law Experience da FAE Centro Universitário. *E-mail*: gibaggioflores@hotmail.com

² Aluna do 3º período de Direito Integral – Law Experience do curso da FAE Centro Universitário. *E-mail*: mariaeduarda0912@yahoo.com

225, CF/88) e à cultura (Art. 215, CF/88). Almeja-se, também, analisar o posicionamento do STF em relação à vaquejada, diante de decisões anteriores sobre temas similares, e as controvérsias existentes dentro do Congresso a respeito dessa prática.

Palavras-chave: Vaquejada. (In)Constitucionalidade. Direito dos Animais. Congresso Nacional. Supremo Tribunal Federal. Efeito *Backlash*.

ABSTRACT

Vaquejada is a cultural activity in northeastern Brazil, consisting of two individuals mounted on horses that aim to bring down an ox, pulling it by the tail. It is a sporting and recreational event that influences the northeastern economy, but debated for its cruel aspect to animals. Thus, from the perspective of the Constitution, the dispute between the STF and the National Congress regarding the (un)constitutionality of the practice of vaquejada will be examined. The STF decisions in relation to this practice were analyzed, such as ADI 4983/CE (2016), and ADI's 5728 and 5772, both still pending judgment. In addition, Constitutional Amendment No. 96 of 2017, enacted by the National Congress to invalidate the STF's decision against vaquejada, a phenomenon known as the "Backlash Effect" will be addressed. In this scenario, the article will have as specific objectives: a) describe the vaquejada and its cultural impact; b) make the constitutional analysis on the collision of fundamental rights related to this practice; c) understand the opposition between the decisions of the Supreme Court and the Vaquejada Amendment; d) understand the "Backlash" effect and its legal relevance. The methodology used is inductive, using qualitative research, with documentary and descriptive analysis. With this, it will be possible to identify if there is a clash of principles about this theme, addressing the rights of animals (Art. 225, CF/88) and culture (Art. 215, CF/88). The aim is also to analyze the STF's position in relation to vaquejada, in view of previous decisions on similar issues, and the existing controversies within Congress regarding this practice.

Keywords: Vaquejada. (In)Constitutionality. Animal Law. National Congress. Federal Supreme Court. *Backlash* Effect.

INTRODUÇÃO

A vaquejada é uma prática cultural nordestina, aparentemente esportiva e recreativa, na qual uma plateia assiste dois indivíduos montados em cavalos tentarem derrubar um boi em uma faixa de areia, puxando-o pelo rabo. Essa prática, muitas das vezes, pode levar o animal ao desenlramento, ou seja, o arrancamento do rabo, a retirada violenta de pele e tecidos da cauda. Assim, muitos indivíduos consideram a vaquejada uma prática cruel, que submete o animal a uma situação degradante, e por isso defendem a proibição dessa atividade cultural. Entretanto, existem aqueles que defendem a vaquejada, pois afirmam que ela representa um patrimônio cultural para o povo nordestino, exercendo uma enorme influência na economia do nordeste brasileiro, e caso seja proibida, poderia causar expressivos prejuízos financeiros para a região.

Portanto, a defesa do livre exercício ou a proibição da prática da vaquejada depende do ponto de vista de quem está conceituando. Sempre terão argumentos a favor e contra essa atividade, cabendo ao intérprete decidir, com base em suas convicções e seguindo o texto constitucional, qual lado apoiará. Nisso, é evidente que há um conflito entre dois direitos fundamentais: o direito à cultura e o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Sob esse viés, há duas maneiras distintas de observar essa colisão de princípios. De acordo com Eliseu Belo (2019), não há uma real colisão entre o princípio constitucional de proteção às manifestações culturais populares e o princípio que preza pela proteção a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Agora, partindo de uma perspectiva que considera a existência de uma colisão de princípios, para analisar essa situação será aplicada a regra da proporcionalidade³.

Tendo em vista a divergência de opiniões em relação à prática da vaquejada, o Supremo Tribunal Federal declarou a vaquejada uma prática dotada de crueldade, conforme os autos da ADI 4983/CE. Sobre essa mesma temática, após a ADI 4983, o Congresso Nacional promulgou a EC 96/2017, determinando que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, contanto que sejam manifestações culturais.

Nesse contexto, é evidente que existe um embate entre as decisões do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal, e a emenda promulgada representou uma

³ A regra da proporcionalidade, defendida por Robert Alexy, ao tratar de um conflito entre princípios, afirma que haverá a prevalência de um sobre outro, ou seja, um deles deverá ceder. Os princípios têm pesos diferentes, portanto a partir da regra da proporcionalidade é possível definir qual dos interesses em conflito terá maior peso no caso concreto. Alexy subdivide a proporcionalidade em três sub-elementos, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

reação adversa do legislativo à uma deliberação do judiciário. Essa reação do legislativo às decisões do judiciário configura um fenômeno chamado de efeito *backlash*.

Ademais, algo questionado ao STF, por ter se posicionado quanto a crueldade presente na prática da vaquejada, é a coerência em suas decisões, tendo em vista decisões anteriores deste mesmo tribunal sobre temas similares. O Supremo decidiu pela autorização do sacrifício de animais em rituais de religiões de matriz africana, no RE 494601/2019. Em contrapartida, na ADI 4983/2016 referente à vaquejada, o tribunal se posicionou a favor da defesa do bem-estar animal, sobrepondo o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado ao direito à cultura.

O trabalho foi dividido em três principais pontos: 1) Análise Constitucional sobre a existência de uma colisão, ou não, de Direitos Fundamentais; 2) A Contraposição entre as decisões do STF e a Emenda da Vaquejada; 3) A Divisão de opiniões dentro dos poderes e a razoabilidade de suas decisões. No primeiro ponto, será abordado o direito à cultura e o direito dos animais, finalizando com uma reflexão a respeito da ponderação progressista desses princípios, apontando os meios de solucionar esse embate. Já o segundo ponto irá tratar do efeito *backlash* e o possível *looping* eterno de conflitos entre o poder legislativo e o poder judiciário, tendo em vista que o STF e o Congresso Nacional estão divergindo opiniões na questão referente prática da vaquejada, adotando medidas contrárias e contrariando as decisões que cada poder aferiu. Por fim, o ponto três traz a (in)coerência do posicionamento do STF no caso da vaquejada e a controvérsia de ideias dentro do próprio Congresso Nacional, finalizando o trabalho concluindo que a prática da vaquejada é um tema polêmico que difere opiniões, e ressaltando a importância do efeito *backlash* para a democracia brasileira, para a segurança jurídica e para a harmonia entre os poderes.

1 ANÁLISE CONSTITUCIONAL SOBRE A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição é um conjunto de normas jurídicas, cuja vinculatividade alcança todas as disposições do ordenamento jurídico. A CF/88 é chamada de Constituição Cidadã, pois esta preza pela preservação primordial dos direitos fundamentais. O rol extensivo desses direitos representa um compromisso do Estado em garantir a eficácia do que está presente no texto constitucional, implementando os direitos fundamentais presentes na Constituição. A Dignidade da pessoa humana⁴, que está no art. 1º, III, é

⁴ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;”

o centro dos direitos fundamentais. Ao abordar os direitos fundamentais no âmbito internacional é necessário falar do processo de internacionalização dos direitos, que garante uma responsabilização do Estado, o ordenamento brasileiro se compromete a proteger direitos fundamentais de forma ampla, de acordo com o que propõe o Art. 5º, parágrafos 2º, 3º e 4º da Constituição.⁵ Assim, no sistema brasileiro, a CF/88 fortaleceu os laços de internacionalização, estabelecendo uma maior responsabilização do Estado, o submetendo a uma jurisdição internacional, sendo esta uma possibilidade de responsabilizar o Estado de forma externa.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 29) a expressão direitos humanos guarda relação com os direitos do ser humano que foram reconhecidos, somente em documentos internacionais. Ele afirma que ao passo que, direitos fundamentais são os direitos do homem que, num primeiro momento, faziam parte dos instrumentos de direito internacional e, depois, foram reconhecidos na esfera de soberania do Estado e constitucionalizados, tornando-se normas constitucionais.

Diante disso, algumas normas constitucionais se revelam como princípios. Os princípios têm conteúdo normativo, e mesmo que se revelem com maior abertura, demandam uma maior interpretação. Portanto, o princípio tem força normativa, impõe juridicidade, e pode atuar como vetor interpretativo, devendo ser assegurado pelo Estado, ao qual compete definir medidas a fim de que o indivíduo não sofra restrições ilegítimas quando no exercício de tais direitos. Essa definição vaga dos princípios possibilita a interpretação jurídica da norma constitucional pelo aplicador da mesma, extraindo o sentido dessa palavra, que tem como objetivo compreender determinado texto através do método interpretativo.

Além disso, é inegável que toda interpretação é dotada de subjetividade, ou seja, o sujeito interpreta algo com o qual se relaciona com o mundo social. Todavia, no universo jurídico as análises normativas devem se afastar ao máximo dessa subjetividade do intérprete, agindo com discricionariedade, possuindo uma certa liberdade de decisão diante do caso concreto, dentro dos limites permitidos em lei e válidos perante o direito.

Tendo em vista o exposto, é evidente que há uma colisão de princípios em casos polêmicos que divergem opiniões, como a questão da vaquejada. O direito à cultura e o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado colidem no caso da vaquejada,

⁵ 'Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

defendendo pontos distintos. Nisso, cabe ao intérprete do direito analisar o contexto da situação concreta e o conteúdo da norma jurídica, para assim aplicar a regra da proporcionalidade, defendida por Robert Alexy, decidindo no conflito entre princípios, qual terá prevalência sobre outro. Pelo fato dos princípios terem pesos diferentes, é possível definir qual dos interesses em conflito terá maior peso no caso concreto, aplicando a regra da proporcionalidade.

No entanto, Eliseu Belo (2019) defende a ideia de uma não colisão de direitos entre o princípio constitucional de proteção das manifestações culturais populares (art. 215, *caput*, e §1º, da Constituição) e a regra que veda qualquer prática que submeta os animais a tratamento cruel (art. 225, §1º, VII, da Constituição). Segundo o autor, as determinações firmadas no nível das regras são priorizadas em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios, assim é proibida a realização de qualquer prática ou manifestação cultural que envolva um tratamento cruel aos animais em regra, algo que se aplica ao caso da vaquejada. Além disso, segundo o entendimento do STF é terminantemente proibida a realização de qualquer prática ou manifestação cultural que submeta animais a tratamento cruel, como se dá com a vaquejada, a “farra do boi” e as “brigas de galo”, por exemplo.

1.1 DIREITO À CULTURA

O antropólogo inglês Edward Burnett Tylor, na segunda metade do século XIX, afirma que a cultura representa um conjunto de práticas, as quais compreendem “os conhecimentos, as crenças, a arte, a moral, as leis, os costumes e outras capacidades e usos adquiridos pelo homem, enquanto membro de uma sociedade” (FERNANDES, 1988, p. 125). Com base nisso, é possível inferir que a vaquejada representa um patrimônio cultural, uma prática característica do nordeste, que simula algumas técnicas desenvolvidas pelos vaqueiros para a lida com o gado na várzea, com o principal foco de para recuperar aqueles animais que, por diferentes razões, se desprendiam das fazendas onde haviam nascido e se perdiam na caatinga. Ao longo dos anos, a atividade se tornou um meio de rememorar as raízes dos povos da região, assumindo um cunho folclórico (Revista Direitos Culturais, 2020).

Nesse contexto, a prática da vaquejada é considerada por muitos um patrimônio cultural do nordeste brasileiro. Sendo assim, é assegurado o direito à cultura pela Constituição Federal, em seu Art. 215, *caput*, e §1º⁶.

⁶ “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”.

Direitos Culturais são aqueles afetos às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes, que asseguram a seus titulares o conhecimento e uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referentes ao futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana (CUNHA, 2000, p. 34).

Ademais, a aprovação da EC 96/2017 pelo Congresso, alterou o artigo 225 da CF, inserindo um novo parágrafo nesse artigo, com o seguinte teor:

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos (Incluído pela Emenda Constitucional nº 96, de 2017) (BRASIL, 1988).

Nisso, a partir da segunda metade do século XX houve uma maior proteção à cultura, considerando os direitos culturais como direitos fundamentais do homem. De acordo com o texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948:

Artigo XXVI:

1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.
2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor.

Outrossim, a defesa da vaquejada se dá por conta do seu impacto econômico na região do nordeste, tendo em vista que os trabalhadores lutam diariamente para sobrevivência, com um baixo nível de escolaridade e condições precárias, conquistar um emprego se torna um desafio para muitos nordestinos. Diante da análise do contexto histórico cultural brasileiro, é possível inferir que o povo do nordeste sempre foi marginalizado, a região é marcada pela pobreza, seca e miséria.

De acordo com a Revista de Geografia (2014), o surgimento da vaquejada nas cidades nordestinas foi motivado pelo ciclo do gado, o clima e a vegetação do sertão nordestino representam testemunhas desta atividade. Ela surgiu com uma simples pega de boi, o vaqueiro correndo atrás do animal até derrubá-lo pela calda, prendê-lo e entregá-lo ao seu proprietário. Entretanto, nessa corrida pelo gado que os vaqueiros realizavam, eles se divertiam, cantavam e dançavam, tornando essa atividade uma festa de vaqueiros e alvo de lazer, que com o tempo passou a contar com um público e prêmios, assim a

vaquejada resultou em uma atividade com influencia na economia nordestina, com fins lucrativos e recreativo. Na década de 1960 a vaquejada passou a ser “uma competição de agilidade esportiva, exaltação de euforismo lúdico, independente dos processos normais da pecuária contemporânea [...] hoje é festa pública nas cidades, com publicidade e altofalantes, fotografias e aplausos citadinos” (CASCUDO, 1969, p. 18).

1.2 DIREITO DOS ANIMAIS

O direito dos animais está presente, por uma leitura do texto constitucional, dentro de uma discussão de um meio ambiente equilibrado, no Art. 225 §1º, VII, da Constituição⁷. O Supremo Tribunal Federal, decidiu contra práticas que promovem a crueldade aos animais, dialogando com tratados internacionais de direitos humanos. O STF consolidou importantes jurisprudências que visam a proteção aos animais, como os julgados: RE 153.531/SC (farra do boi), ADI 1856/RJ e ADI 3776/RN (rinha de galo), ADI 4.983/CE (vaquejada), ADI 350/SP (proibição da caça), MC na ADPF 640/DF (abate de animais apreendidos) e ADI 5996/AM (vedação de uso de animais em testes de cosméticos).

Como mencionado, o art. 225, § 1º, VII, da CF veda de forma expressa práticas cruéis contra animais, sendo isto uma regra com poder de decidibilidade, exigindo aplicação imediata, mesmo sendo necessário considerar previamente o caráter normativo do termo “crueldade”, pois este possibilita um tratamento diferenciado, conforme a matéria objeto de regulação (Revista Brasileira de Direito Animal, 2015). Todavia, o termo crueldade possui imprecisão conceitual, assim surge um problema ao avaliar quais os casos típicos que ensejam a incidência da norma jurídica. Essa imprecisão acaba prejudicando a atuação do Poder Público, o qual pode deixar de vedar comportamentos cruéis.

Conforme o exposto, o Ministro Marco Aurélio Mello, Relator da ADI n. 4.983/CE, referente à questão da vaquejada, ao analisar inconstitucionalidade da Lei n. 15.299/13 do Estado do Ceará, destaca como essa prática atenta contra o bem-estar dos animais:

[...] a derrubada do boi pelos vaqueiros, o que fazem em arrancada, puxando-o pelo rabo. Inicialmente, o animal é enclausurado, açoitado e instigado a sair em disparada quando da abertura do portão do brete. Conduzido pela dupla de vaqueiros competidores vem a ser agarrado pela

⁷ “**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. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público: [...] VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

cauda, a qual é torcida até que caia com as quatro patas para cima e, assim, fique finalmente dominado (BRASIL, 2016, p. 3).

De forma diametralmente oposta ao espírito protetivo que caracteriza o conjunto de normas que conformam o núcleo essencial do artigo 225 e o que foi defendido pelo STF, a EC 96/2017 afirmou a constitucionalidade da prática da vaquejada, conseqüentemente representando uma banalização da crueldade dos animais e a proteção a um meio ambiente sustentável. A emenda fragiliza jurídico-constitucional ecológico, retrocedendo no campo da proteção dos animais não humanos e do meio ambiente, após os avanços conquistados no âmbito da Constituição Federal. Esta vai de encontro com o princípio do não retrocesso social, o qual será abordado posteriormente.

Ademais, vale ressaltar, a respeito do tema, a passagem extraída da Opinião Consultiva 23/2017 sobre “Meio Ambiente e Direitos Humanos” da Corte IDH:

Este Tribunal considera importante destacar que o direito ao meio ambiente saudável como direito autônomo, ao contrário de outros direitos, protege os componentes do meio ambiente, como florestas, rios, mares e outros, como interesses jurídicos em si, mesmo na sua ausência de certeza ou evidência sobre o risco para pessoas individuais. Trata-se de proteger a natureza e o meio ambiente não só por sua vinculação a uma utilidade para o ser humano ou pelos efeitos que sua degradação poderia causar nos direitos de outras pessoas, como saúde, vida ou integridade pessoal, mas também por sua importância para os demais organismos vivos com os quais o planeta é compartilhado, também merecedores de proteção em si mesmos. Nesse sentido, a Corte nota uma tendência a reconhecer a personalidade jurídica e, portanto, os direitos à Natureza não só nas decisões judiciais, mas também nas ordens constitucionais (2017, p. 28 e 29, tradução nossa).

1.3 A PONDERAÇÃO PROGRESSISTA

A colisão de princípios constitucionais pode ser solucionada com base na regra da proporcionalidade, assim destaca Virgílio Afonso da Silva:

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais (SILVA, 2002, p. 25).

Assim, a regra da proporcionalidade, apontada por Robert Alexy, determina que quando o conflito existente se dá entre princípios, um deles deverá prevalecer ao outro. É evidente que os princípios têm pesos diferentes, assim em cada caso concreto haverá um que se destaca, exercendo um papel de maior importância para o assunto julgado. Através da ponderação de princípios é possível definir qual dos interesses em conflito terá maior peso no caso concreto. O balanceamento é a forma específica de aplicação dos princípios. Alexy subdivide a proporcionalidade em três sub-elementos, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. Não é possível pular a ordem das etapas. O Ministro Gilmar Mendes ressalta na ADI 1.724, RN: “os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado” (BRASIL, 1997).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4983/2016, realizou uma ponderação progressista dos princípios em colisão na prática da vaquejada, visando a proteção do direito dos animais, em detrimento ao direito à cultura. Portanto, a partir da regra da proporcionalidade, o STF realizou uma ponderação de princípios, concluindo que no caso concreto analisado, a proteção a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é o que se apresenta mais relevante e progressista no contexto brasileiro.

Na ADI mencionada, o Supremo proibiu a prática da vaquejada, tendo em vista a crueldade a que os animais eram submetidos. Dessa forma, ao tomar essa decisão, o STF sopesou os princípios constitucionais e as razões em sentido diverso que poderiam ser extraídas deles. Pela análise do art. 215, *caput* e §1º, e do art. 225 §1º, VII, da Constituição, o tribunal decidiu pela prevalência da impossibilidade de submissão dos animais a tratamento cruel.

2 A CONTRAPOSIÇÃO ENTRE AS DECISÕES DO STF E A EMENDA DA VAQUEJADA

O Supremo Tribunal Federal é um órgão do Poder Judiciário, que tem como dever a guarda da Constituição Federal, conforme o exposto no Art. 102 desta. Ele é composto por 11 ministros, os quais cabe julgar toda matéria relacionada às garantias e direitos fundamentais da Carta Magna. Afere-se a esse órgão muitas vezes o papel de protetor das minorias e provedor de progresso social, o que será tratado mais adiante.

Partindo disto, o debate constitucional em relação à prática da vaquejada teve início com a ADI 4983/CE, de outubro de 2016, em que o Supremo Tribunal Federal declarou como inconstitucional a Lei cearense nº 15.299/2013 que regulamentava

a atividade cultural e desportiva chamada de “vaquejada”. Esta foi considerada em desacordo com preceitos constitucionais, pois fere o Art. 225, §1º, VII, Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, segundo o entendimento do STF, a vaquejada se apresenta como uma atividade que tem forte caráter degradante aos animais, pois se caracteriza como um esporte que tem por objetivo a derrubada do boi, puxando-o pelo rabo, ato que pode ocasionar em graves ferimentos deste.

Essas lesões ficam claras nos laudos técnicos utilizados pelo Ministro Marco Aurélio, relator do caso, para fundamentar sua decisão quanto à inconstitucionalidade dessa prática, em seu voto na ADI 4983,

O autor juntou laudos técnicos que demonstram as consequências nocivas à saúde dos bovinos decorrentes da tração forçada no rabo, seguida da derrubada, tais como fraturas nas patas, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, traumatismos e deslocamento da articulação do rabo ou até o arrancamento deste, resultando no comprometimento da medula espinhal e dos nervos espinhais, dores físicas e sofrimento mental. Apresentou estudos no sentido de também sofrerem lesões e danos irreparáveis os cavalos utilizados na atividade: tendinite, tenossinovite, exostose, miopatias focal e por esforço, fraturas e osteoartrite társica (BRASIL, 2016).

Diante do apresentado pelo ministro, pode-se notar que essa prática comprova-se danosa à saúde dos animais e os submete a um tratamento nitidamente cruel. Sendo assim, o STF objetivando salvaguardar a integridade tanto física quanto psíquica destes e obedecer seu papel como guardião da Constituição, defendendo um de seus preceitos, decidiu em prol da inconstitucionalidade da vaquejada. O que não foi bem aceito pelos defensores desta como uma prática cultural, ocasionando em uma reação contrária a essa decisão oriunda do Congresso Nacional.

Inicialmente, no mês seguinte a referida ADI, foi editada a Lei Federal nº 13.364, no dia 29 de novembro de 2016, que posteriormente teve sua redação alterada pela Lei nº 13.873, de 17 de Setembro de 2019, que incluiu em seu texto também a prática do laço. Atualmente, a Lei Federal nº 13.364 dispõe em seus artigos iniciais que:

Art. 1º Esta Lei reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais, eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal.

Art. 2º O rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, são reconhecidos como manifestações culturais nacionais e elevados à condição de bens de natureza imaterial integrantes do

patrimônio cultural brasileiro, enquanto atividades intrinsecamente ligadas à vida, à identidade, à ação e à memória de grupos formadores da sociedade brasileira (BRASIL, 2019).

Dessa forma, no que se refere a questão da vaquejada, o Congresso Nacional, sancionou tal lei objetivando considerar essa atividade como uma manifestação cultural, com relevância de bem imaterial de extrema importância ao patrimônio cultural brasileiro.

Essa legislação demonstra a reação incipiente do Poder Legislativo diante da decisão apresentada pela Suprema Corte, entretanto não marca uma violação a tal decisão. Visto que, segundo Cavalcante (s.p, 2017), a decisão do STF teve como objetivo a restrição de uma lei cearense, que autorizava e regulamentava a prática da vaquejada naquele Estado. Sendo assim, o efeito vinculante da resolução quanto à inconstitucionalidade apenas se aplica à lei analisada, permitindo assim, que outros Estados ou o próprio Congresso Nacional emitam leis que deem essa permissão à referida atividade.

Seguidamente a esta lei, foi implementada a Emenda Constitucional nº 96, de 6 de Junho de 2017, que inseriu na Constituição Federal de 1988, em seu Art. 225, um §7º, que definia que não seriam consideradas cruéis, práticas consideradas como patrimônio cultural do país, de acordo com regulamentação específica em lei que busque o bem-estar dos animais envolvidos. Essa Emenda é proveniente da Proposta de Emenda Constitucional nº50 de 2016, originária do Senado Federal, que por sua vez concebeu a PEC 304/2017⁸.

A inserção desse novo parágrafo ao Art. 225, visava defender a prática da vaquejada, que tem extrema importância, tanto cultural quanto econômica, na região Nordeste do Brasil. Além disso, essa emenda veio como uma forma de atender os anseios da comunidade ligada a essa tradição nordestina, que se mostrava indignada com a ADI 4983/CE de 2016.

A atitude de revolta dessa parte da população fica clara quando se analisa a notícia “Vaqueiros ocupam Esplanada em ato contra proibição de vaquejadas”, publicada no site G1 no ano de 2016, que trata da manifestação que ocorreu no dia 25 de outubro do

⁸ Essa PEC foi alvo do Mandado de Segurança nº. 34.802, em que o impetrante afirmou que teve seu direito a participar do processo legislativo violado, pois desconhecia a questão de ordem formulada pelo impetrado (Presidente da Câmara dos Deputados: Rodrigo Maia). O impetrante ainda declara, segundo o relator Ministro Ricardo Lewandowski: “A mencionada PEC, conforme narra, pretende derrogar o art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal que veda a imposição de práticas cruéis contra animais, por meio de acréscimo de novo parágrafo, o qual passará a permitir os maus tratos desde que travestidas de manifestações culturais”. Apontando em certo ponto o posicionamento do requerente. O relator negou seguimento ao *writ*.

mesmo ano da decisão da Suprema Corte. Os protestantes afirmavam que a proibição do STF afetava, seja direta ou indiretamente, 700 mil pessoas que têm suas vidas relacionadas a essa prática. Um vaqueiro chamado Zito Buarque, que participava da manifestação, declarou que existem partes do nordeste que dependem da vaquejada para sua economia e de trabalhos relacionados a ela, como a produção de arreios e ferraduras, além da criação de animais (G1, 2016).

Dessa maneira, o Congresso Nacional agiu como defensor da vontade do povo, reagindo de maneira contrária à decisão tomada pelo STF em sua ADI 4983. Essa reação do povo e do Poder Legislativo a uma tomada de decisão originária do Judiciário é chamada de efeito *backlash*.

2.1 EFEITO *BACKLASH*

O *backlash* é um conceito norte-americano e seu significado se modificou diversas vezes até que se chegasse a ideia atual. De acordo com Fonteles (2021), essa palavra já significou uma “pane mecânica nas rodas de um veículo” ou até um “indesejável problema no molinete de uma vara de pesca”, o que se faz perceber que esse conceito sempre teve uma conotação de certo modo negativa, pois sinalizava um efeito não desejado ou contraproducente.

Ao aproximar essa ideia das questões constitucionais, foi desenvolvido um novo significado para o enfadonho termo, sendo assim, ao tratar de questões de direito, o efeito *backlash* é interpretado como “uma reação majoritária contra uma decisão contramajoritária. Isso porque muitas vezes o Judiciário, para a tutela dos direitos das minorias, acaba contrariando o interesse da maioria” (BELO, 2019, p. 53).

Dessa forma, pode-se notar que na questão da Vaquejada, diante do posicionamento do STF, uma parcela do povo e o Congresso Nacional reagiram de forma contrária à decisão tomada, dando origem à Emenda nº 96/2017, que pode ser compreendida como uma prova dessa reação conhecida como o efeito *backlash*. Sobre isso, pode-se notar que

[...] quando os tribunais inovam por meio do reconhecimento de direitos constitucionais importantes, eles não são apenas ineficazes, mas contraproducentes, porque desviam a energia dos movimentos sociais de canais mais produtivos e produzem *backlash* em energéticos contramovimentos (ESKRIDGE JR., 2013, p. 277, tradução nossa).⁹

⁹ Original: “His more distinctive point is that when courts innovate through recognition of important constitutional rights, they are not only ineffectual but counterproductive, because they deflect social movement energy from more productive channels and produce “backlash” from energized countermovements”.

Com base nesta ideia, o efeito *backlash* aparenta ser problemático dentro do Estado Democrático de Direito, pois geraria um conflito entre os poderes Judiciário e Legislativo, afetando a harmonia exigida entre eles pelo Art. 2º da Constituição Federal de 1988. Entretanto, será que essa face problemática é realmente a essência do fenômeno do *backlash*? Ou será esta uma interpretação errônea e presa a conceitos passados?

[...] muitos ainda insistem em empregar o termo *backlash* como se estivessem aprisionadas no século XX, ou seja, somente compreendem a expressão de maneira pejorativa e designadora de algo intrinsecamente hostil a direitos fundamentais. Com esse tipo de pré-compreensão, ofusca-se a análise científica de um fenômeno tão multifacetado (FONTELES, 2021, p. 28).

Há autores que afirmam a existência do *backlash* como um diálogo entre os poderes, onde um regula e fiscaliza, dentro de sua própria competência, os atos do outro, mantendo assim, funcional a estrutura esquematizada pelas ideias de Montesquieu¹⁰, quanto a separação dos poderes, e do texto “O Federalista”¹¹, quanto ao sistema de freios e contrapesos.

Sendo assim, o ato do Legislativo que contrapõe a decisão do Judiciário no caso da Vaquejada, prova a existência desse diálogo entre os poderes, que é essencial para manter o Estado Democrático de Direito funcionando corretamente no Brasil. Essa divergência de posicionamentos é necessária, para que se possa analisar de forma mais ampla uma questão de grande importância, como a que está sendo discutida.

A busca por soluções de casos complexos, os quais demandam respostas institucionais elaboradas, precisa ser estabelecida de modo dialógico, como uma conversa contínua entre as partes envolvidas na sua confecção e na sua fiscalização posterior (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 184).

Diante disso, fica claro que a ideia de que o efeito *backlash* é prejudicial à harmonização entre os poderes está equivocada, visto que esse fenômeno é algo

¹⁰ A concepção adotada pelos mais diversos países, incluindo o Brasil de separação dos poderes, teve origem nas ideias de Montesquieu. Segundo Francisco Weffort, em seu livro Os Clássicos da Política, “De acordo com essa versão, Montesquieu estabeleceria, como condição para o Estado de direito, a separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário e a independência entre eles. A idéia de equivalência consiste em que essas três funções deveriam ser dotadas de igual poder” (WEFFORT, p. 93-94, 2011).

¹¹ “O Federalista” realça a questão da ambição dos homens que sempre que possuem um certo grau de poder concedido a eles, tendem a abusar dele. Para que isso não ocorra, “O Federalista” se utiliza da ideia de Montesquieu, da separação dos poderes adicionando a necessidade de um poder fiscalizar o outro, de modo a evitar abusos. “A adoção do princípio da separação dos poderes justifica-se como uma forma de se evitar a tirania, onde todos os poderes se concentram nas mesmas mãos. Os diferentes ramos de poder precisam ser dotados de força suficiente para resistir às ameaças uns dos outros, garantindo que cada um se mantenha dentro dos limites fixados constitucionalmente” (WEFFORT, p. 191, 2011).

natural e recorrente em sistemas democráticos, por conta de sua grande relevância jurídica. Afinal, “Tem-se, assim, a produção – ou ao menos a tentativa – de decisões mais corretas e com um caráter mais democrático, sendo considerados diferentes argumentos e posicionamentos quanto às questões em xeque” (LEAL; MORAES, p.78, 2018).

Outra questão que se pode aferir ao analisar o *backlash* como algo natural e essencial da democracia, é que a própria existência deste movimento prova que é incorreto afirmar a ocorrência de uma ditadura do Judiciário. Isso pode ser comprovado faticamente pela Emenda nº 96/2017, que teve forte caráter opositivo à decisão judicial anterior. Dessa maneira, exclui-se a ideia de que há um poder que detém a última palavra, em vez disso, evidencia-se a presença de um diálogo em busca do consenso.

Portanto, o que existe na realidade é uma constante tensão entre os poderes, que garante o não abuso de poder por uma determinada instituição, visto que esta está sob a vigilância das outras. Desenvolve-se, assim, um debate entre os poderes, algo característico da democracia, em que se deve evitar um pensamento homogêneo, pois isto não representaria corretamente os desejos do povo.

Após o *backlash*, exposto claramente pela Emenda nº96/2017, foram ajuizadas duas ADI's, de nº 5728 e 5772, ainda pendentes, que visam levar novamente a discussão ao STF, agora pedindo para ele decidir sobre a inconstitucionalidade da Emenda nº96. A questão agora é se o STF vai se posicionar contrariamente ao defendido pelo Congresso Nacional ou não.

Se e em que medida o Poder Judiciário seguirá privilegiando a aplicação da regra constitucional proibitiva da crueldade com os animais, mesmo para além do caso da vaquejada (visto mais abrangente o alcance do novo parágrafo 7º), ou se, pelo fato de se tratar de emenda constitucional, adotará postura mais deferente à opção legislativa, encontra-se (ainda) em aberto (SARLET, 2017).

O STF, se decidir ir de encontro com a percepção do Congresso Nacional, pode usar por argumento o princípio do não retrocesso social, visto que as políticas sociais devem avançar e não retroceder, ainda mais diante do caráter protetivo ao meio ambiente presente na essência da Constituição Federal. Essa ideia foi exposta pela Ministra Rosa Weber, em seu voto na ADI nº4983/2016: “O atual estágio evolutivo humanidade impõe o reconhecimento de que há dignidade para além da pessoa humana, de modo que se faz presente a tarefa de acolhimento e introjeção da dimensão ecológica ao Estado de Direito” (BRASIL, 2016).

Dessa forma, a “Emenda da Vaquejada”, ao autorizar essas práticas essencialmente degradantes aos animais, traz uma banalização da crueldade, visto que a prática já havia

sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como intrinsecamente cruel, ou seja, ao retirar a crueldade da prática, esta seria descaracterizada.¹²

Além disso, ressalta-se também o papel iluminista do STF, defendido pelo Ministro Roberto Barroso na ADO nº26/2019, “*Iluminista*: é o papel que a Corte exerce para promover avanços civilizatórios que não podem depender da vontade da maioria. Este é um papel delicado, que só deve ser exercido com grande parcimônia” (BRASIL, 2019).

Portanto, com sua decisão na ADI nº4983/2016, o STF pretendia exercer seu papel como protetor das minorias e garantidor do progresso social, algo que o Congresso desfez ao aprovar tal Emenda. A questão agora está novamente nas mãos do STF, será esse um *looping* eterno? Ou será que dessa vez o STF decidirá de acordo com o Congresso Nacional, não objetivando contrariá-lo? A decisão dessas mais duas novas ADI ‘s vai trazer as respostas a estes questionamentos.

3 A DIVISÃO DE OPINIÕES DENTRO DOS PODERES E A RAZOABILIDADE DE SUAS DECISÕES

O ordenamento jurídico brasileiro possui uma construção que preza pela razoabilidade de suas decisões, assim os poderes devem seguir uma linha de raciocínio. A partir disso, é possível inserir a teoria chamada de Romance em Cadeia, contemplada por Ronald Dworkin. O estudioso (s.p, 2005) faz uma comparação entre os juízes do sistema jurídico como escritores de um romance, assim o processo interpretativo do magistrado consiste em um romance escrito por vários autores, e cada um deles fica responsável pela criação de um capítulo que compõe o todo. Os autores devem seguir a mesma linha de raciocínio, prosseguindo a evolução do romance, continuando de onde seu antecessor parou. O dever dos magistrados é dar continuidade ao sistema de interpretação do Direito, atuando em conjunto, interpretando os casos semelhantes de maneira similar. Portanto, para julgar os processos atuais os juízes deveriam ater-

¹² Um exemplo de prática com intrínseca crueldade, que foi considerada inadmissível pelo STF foram as “rinhas de galo” na ADI 3776, de 14 de junho de 2007, que teve como relator o Min. Cezar Peluso. Segundo sua ementa: “INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 7.380/98, do Estado do Rio Grande do Norte. Atividades esportivas com aves das raças combatentes. “Rinhas” ou “Brigas de galo”. Regulamentação. Inadmissibilidade. Meio Ambiente. Animais. Submissão a tratamento cruel. Ofensa ao art. 225, § 1º, VII, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei estadual que autorize e regulamente, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas “rinhas” ou “brigas de galo”. (ADI 3776, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00022 EMENT VOL-02282-04 PP-00716 RTJ VOL-00202-02 PP-00620 LEXSTF v. 29, n. 343, 2007, p. 104-109 RT v. 96, n. 865, 2007, p. 118-121)”.

se a decisões passadas, possibilitando uma interpretação sequencial, não podendo haver decisões que divirjam das anteriores, visto que a história deve fazer sentido analogicamente.

Outrossim, é válido ressaltar, nesse contexto, o papel fundamental da história e da memória na interpretação do direito, influenciando os magistrados em suas decisões através do resgate de decisões pretéritas. O juiz resgata a história e a memória da sociedade, analisando a realidade da sociedade e como os antigos julgadores interpretaram casos parecidos, para assim ser possível uma análise das lides atuais, ou seja, os fatos julgados no passado influenciam a compreensão do fato a ser julgado no futuro. Dworkin consegue comprovar através da teoria do Romance em Cadeia que o Direito não se limita a uma interpretação literal das normas, ressaltando a importância das outras ciências dentro do campo do direito, objetivando um julgamento mais justo e coerente.

Os magistrados, ao optarem por adotar a teoria do Romance em Cadeia, conferem harmonia ao sistema jurídico, garantindo segurança jurídica ao ordenamento a partir da adoção de outras ciências na aplicação do direito, como a história, a literatura e a memória. Dessa forma, cabe aos juízes decidirem além do simples emprego da norma, pois através do resgate histórico de decisões passadas, o julgador fica apto a fundamentar suas decisões com um maior embasamento jurídico e científico. Segundo este filósofo, na decisão de casos difíceis, chamados de “hard case”, o magistrado deveria buscar uma interpretação em decisões passadas de casos semelhantes. Portanto, Dworkin afirma:

Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio de que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então (DWORKIN, 2005, p. 238).

Nessa teoria do filósofo americano, não é proposta a criação de um novo direito, mas sim que seja seguida uma lógica de decisões, assim como se estivesse escrevendo um livro, o acontecimento futuro estará sempre relacionado ao fato passado, seguindo um raciocínio contínuo condicionado aos capítulos anteriores. Porém, essa teoria poderia ser aplicada ao ordenamento jurídico brasileiro?

A estrutura jurídica brasileira, com uma infinidade de normas e a constante alteração da Constituição Federal por emendas, dificulta a aplicação do Romance em

Cadeia pelo juiz. Ademais, as súmulas vinculantes¹³ representam outro impedimento para os magistrados aplicarem essa teoria no sistema brasileiro, pois estas vinculam todos os magistrados a emitir suas decisões de acordo com o disposto nesta súmula, limitando a atuação do julgador, o qual apenas pode atuar dentro do que está disposto na súmula. Com isso, o juiz deixa de exercer seu papel crítico e reflexivo, cabendo a ele somente o cumprimento da norma.

3.1 A (IN)COERÊNCIA DO POSICIONAMENTO DO STF NO CASO DA VAQUEJADA

Diante do forte posicionamento do STF, na ADI nº4983/2016, em prol dos direitos dos animais, evitando que práticas cruéis sejam aplicadas a eles, fixa-se a Suprema Corte, como protetora do bem-estar animal em detrimento da cultura. Entretanto, esse posicionamento, de certo modo, se contrapõe à decisão do mesmo tribunal no RE 494601/2019, que permitiu o sacrifício de animais em rituais de religiões de matriz africana, visto que foi defendido que “É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana” (BRASIL, 2019).

Sendo assim, pode-se afirmar que estar-se-á diante de uma incoerência por parte do STF? E que perante a questão religiosa a crueldade, fortemente rechaçada pela Corte no caso da Vaquejada, não se aplica?

Essa possível incoerência se daria de acordo com a questão do romance em cadeia de Dworkin, que afirma a necessidade de que as decisões judiciais sigam a mesma linha,

É exatamente isso que Dworkin persegue: o encadeamento coerente e a interpretação adequada da relação jurídica *sub judice*, para dar prosseguimento, da melhor maneira possível, à sua prática ou mesmo à sua reformulação, observando o texto jurídico em elaboração e reelaboração permanente, “como se fosse obra de um único autor” (2003: p. 276), isso, em vista da adequação interpretativa (em vez do “uso” apenas do texto, para assim continuar a narrativa do direito como integridade (NETO, 2009, p. 82).

¹³ A Emenda Constitucional n. 45 introduziu no direito brasileiro a súmula com efeito vinculante, que posteriormente foi regulamentada pela Lei n. 11.417/2006. O enunciado da súmula vinculante deve ser atendido pelos órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública. A súmula vinculante é instrumento exclusivo do STF que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, produzirá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, para Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Sendo assim, os juízes devem ser coerentes em suas decisões, não devem decidir em casos muitos semelhantes de maneira diversa, ou seja, se em um caso anterior se decidiu de modo favorável, em um próximo que possua grande similitude com este, seria incoerente ter uma decisão desfavorável. Ao buscar seguir essa ideia de “romance em cadeia”, preserva-se a segurança jurídica de ordenamento.

Dessa forma, busca-se analisar se o caso da Vaquejada pode ser considerado como semelhante a situação de sacrifício de animais para a religião. Primeiramente, é importante notar que no primeiro caso tratava-se de uma contraposição entre os direitos dos animais e o direito à cultura, enquanto no segundo trata-se também do direito animal, só que desta vez em oposição à liberdade religiosa.

Assim, para se afirmar uma incoerência, teriam que ser posicionadas a cultura e a religião no mesmo grau de importância e contexto sócio-político. Para isso, observa-se se a fundamentação empregada pelo STF justifica a divergência de posicionamento quando se diz respeito ao bem-estar dos animais. Segundo a argumentação do relator do caso (RE 494601/2019), Ministro Marco Aurélio, em seu voto, há também de se tratar de uma questão histórica brasileira, que menosprezou por muito tempo religiões de matriz africana, algo que atualmente é inadmissível,

A laicidade do Estado não permite o menosprezo ou a supressão de rituais religiosos, especialmente no tocante a religiões minoritárias ou revestidas de profundo sentido histórico e social, como ocorre com as de matriz africana. Mas surge inviável conferir-lhes tratamento privilegiado quando ausente diferenciação fática a justificá-lo. É inadequado limitar a possibilidade do sacrifício de animais às religiões de origem africana, conforme previsto na norma questionada. A proteção ao exercício da liberdade religiosa deve ser linear, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia (BRASIL, 2019).

Além disso, no mesmo acórdão, é tratada a questão da crueldade, que segundo alguns ministros inexistem nos rituais, porém, outros afirmam que há alegações dessas práticas degradantes relacionadas a essa questão. É um debate de caráter fortemente complexo, com necessidade de posterior aprofundamento.

Sendo assim, a alegação de que tal decisão seria incoerente em comparação com a tomada na ADI nº 4983/2016 é, de certa forma, incorreta. Visto que isso só ocorreria, com base em Dworkin, caso as situações fáticas e de direito analisadas fossem muito similares. Porém, nesses casos, mesmo frente a semelhança quanto a discussão sobre o caráter cruel das atividades, deve-se considerar que a vaquejada engloba mais fortemente a área cultural e econômica, enquanto os sacrifícios animais têm como principal corrente a religião.

Dessa forma, afirmar que tais casos são demasiadamente parecidos, e portanto, suas decisões apresentam uma incoerência, é errôneo, pois há diversos outros aspectos ligados à questão religiosa que não podem ser ignorados ao tratar dessa situação.

3.2 A CONTROVÉRSIA DE IDEIAS NO CONGRESSO

O Congresso Nacional ao promulgar a EC 96/2017, que ficou conhecida durante a sua tramitação no Congresso Nacional como a “PEC da Vaquejada”, se posicionou a favor da prática da vaquejada, acrescentando o parágrafo 7º ao art. 225 da Constituição Federal¹⁴ para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica, declarando a vaquejada constitucional no território brasileiro.

Ademais, há inúmeras leis e atos normativos federais que tratam os animais como coisas, bens semoventes ou bens ambientais. Assim, objetivando garantir direitos aos animais, o Projeto de Lei 27/2018 foi aprovado, com emenda aditiva, no Senado, e ficou conhecido como “PL Animais Não São Coisas”. Ele acrescenta um dispositivo à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, estabelecendo que os animais não humanos possuem natureza jurídica *sui generis* e são sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa. Esse Projeto de Lei representa uma grande oportunidade para a consolidação do Direito Animal no plano legislativo federal.

Conforme o artigo 3º, *caput* do PL¹⁵, afirmar que os animais possuem natureza jurídica *sui generis* é reconhecer que os animais passam de coisas para o reconhecimento que possuem “*natureza biológica e emocional e são seres sencientes, passíveis de sofrimento*”, de acordo com o artigo 2º, III, do PL¹⁶. O projeto representará a

¹⁴ “Art. 225, CF/88 – § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos”.

¹⁵ “Artigo 3º — Os animais não humanos possuem natureza jurídica *sui generis* e são sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa. Parágrafo único. A tutela jurisdicional referida no *caput* não se aplica ao uso e à disposição dos animais empregados na produção agropecuária e na pesquisa científica nem aos animais que participam de manifestações culturais registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, resguardada a sua dignidade”.

¹⁶ “Artigo 2º — Constituem objetivos fundamentais desta Lei: III — Reconhecimento de que os animais não humanos possuem natureza biológica e emocional e são seres sencientes, passíveis de sofrimento”.

consolidação, de fato, do Direito Animal no sistema jurídico brasileiro, e ampliará a tutela jurídica dos animais não humanos no Brasil. A advogada criminalista, Adriana Filizzola D’Urso, mestre e doutoranda em Direito Penal pela Universidade de Salamanca e professora de Direito Penal, afirma que:

esta corajosa iniciativa de afirmação dos direitos dos animais deve ser aplaudida, pois ações como esta garantem aos animais que sejam, efetivamente, tratados com dignidade, respeito e proteção, o que leva à construção de uma sociedade mais consciente e solidária com os animais (MIGALHAS, 2019).

Nesse cenário, é possível inferir que os membros do Congresso Nacional divergem em suas opiniões. No próprio Congresso existem membros que defendem o direito dos animais, algo que pode ser confirmado pelo Projeto de Lei, aprovado pelo Senado, que quer instituir os animais como *sui generis*. Por outro lado, a vaquejada, considerada pelo STF uma prática altamente degradante para o animal, foi defendida pelo Congresso, como um patrimônio cultural do povo nordestino. Assim, a Emenda Constitucional promulgada pelo Congresso, a qual defende a constitucionalidade da vaquejada, causou discussões dentro do órgão legislativo, tendo aqueles que se posicionaram contra EC 96/2017, defendido a prevalência do direito dos animais, em detrimento ao direito à cultura.

Nesse cenário, a maioria dos deputados da Câmara votaram pela aprovação da PEC, a qual foi aprovada com 373 votos favoráveis e 50 contrários, além de 6 abstenções. Segundo o deputado Alessandro Molon (Rede-RJ), o qual propôs a retirada de pauta da proposta, se posicionando contra a PEC: “Apesar de o texto da PEC tentar tratar essa prática como uma questão cultural, a cultura do Nordeste, do Sul e do Brasil vai muito além de uma prática como essa, que é lamentavelmente uma prática cruel” (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2017). Por outro lado, o deputado Efraim Filho (DEM-PB) defendeu a PEC, apontando a relevância cultural da vaquejada e destacando que:

A vaquejada evoluiu, sim, ela hoje tem regras, tem estatuto. Ela fiscaliza e pune quem comete os maus-tratos, porque é perfeitamente possível conciliar de forma sustentável essa atividade que gera emprego, renda e oportunidade com a vida de quem está no semiárido do Nordeste e vive na seca, no sol e na poeira (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2017).

Desse modo, pode-se concluir que a discussão da (in)constitucionalidade da prática da vaquejada gerou opiniões distintas no Congresso, todavia, a defesa à constitucionalidade dessa prática conquistou maioria dos votos dos deputados na Câmara.

CONCLUSÃO

Pode-se perceber assim, que a questão da vaquejada é complexa e controversa, dividindo opiniões, assim como ocorre com o entendimento do STF e do Congresso Nacional. Isso decorre do fato que estar-se-á diante de um conflito entre questões de extrema importância no contexto brasileiro, em que busca-se alcançar um bem-estar para os animais sem prejudicar a cultura e a economia do nordeste brasileiro. Esse cenário implica em uma colisão de dois princípios constitucionais: o direito à cultura e o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Diante disso, há a contradição desses princípios no plano da prática da vaquejada, que gerou posicionamentos contrários por parte do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional.

Por sua vez, o Supremo defendeu, em sua decisão na ADI nº4983/2016, que a prática da vaquejada é uma atividade intrinsecamente cruel e portanto vai de encontro com o Art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal, que proíbe expressamente a crueldade contra os animais. Perante essa declaração do STF, gerou-se uma reação contrária de uma parcela da população e do poder legislativo, por meio da EC 96/2017, que acrescentou o § 7º ao art. 225 da Constituição Federal, determinando que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, contanto que sejam manifestações culturais e regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos, com isso, defendendo a prática da vaquejada no nordeste. Essa reação legislativa e do povo a uma decisão judicial é chamada de efeito *backlash*. Mesmo que muitas vezes esse conceito seja percebido como algo ruim, ele é a prova do diálogo entre poderes e evita uma ditadura do judiciário.

Portanto, o efeito *backlash* faz parte da democracia brasileira e do sistema de tripartição dos poderes. Essa resposta do Congresso Nacional às deliberações do STF pode ser vista como uma forma de aproximação entre os poderes, garantindo a harmonia e o diálogo institucional, pois o direito e a política são intimamente relacionados. Além disso, o efeito *backlash* também prova a inexistência de uma ditadura do judiciário, pois indica que não há um poder com a última palavra, e sim um constante diálogo entre os poderes em busca de resultados mais acertados.

Nesse cenário, o STF ao decidir pela proteção dos animais em detrimento da cultura, exerce seu papel como defensor das minorias e agente em prol do progresso social. Ademais, a alegação de possível incoerência da decisão quanto ao sacrifício de animais perante a proteção a estes apresentada na questão da vaquejada, não se prova válida, visto que cultura e religião são conceitos distintos. Com isso, ao afirmar uma incoerência do STF, estará se afirmando que esses princípios devem ser colocados no mesmo patamar, julgados da mesma maneira, assim, descartando a singularidade de cada um.

Por fim, pode-se notar que estar-se-á diante de um tema altamente complicado, aberto a diversas interpretações e pontos de vista. Agora, a discussão retornou às mãos do STF por meio das ADIs nº 5728 e 5772, que visam julgar a EC nº 96/2017, cabendo à Suprema Corte decidir se irá se posicionar de forma contrária ao Congresso ou a favor. Entretanto, a solução não necessariamente depende do STF, pois há um projeto de lei tramitando no legislativo, que cria o regime jurídico especial para os animais. O PLC 27/2018, determina que os animais não humanos possuem natureza jurídica *sui generis* e são sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa. Dessa forma, as alterações na legislação, defenderiam os animais no âmbito jurídico em caso de maus tratos, tendo em vista que com esse PL os animais irão passar do status de coisas, para seres passíveis de sentir dor, bem como sofrimento emocional. Sendo assim, a resolução do conflito pode se dar a partir do próprio Congresso Nacional.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. Aprovada em 2º turno PEC que torna a vaquejada constitucional. **Câmara dos Deputados**, 2017. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/515465-aprovada-em-2o-turno-pec-que-torna-a-vaquejada-constitucional>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. Choque entre direitos fundamentais. Consenso ou controvérsia?. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 189, p. 259-268, jan./mar. 2011. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242874/000910807.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula; LOURENÇO, Daniel Braga. Considerações sobre o Projeto de Lei animais não são coisas. **Consultor Jurídico**, set. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-01/ataide-junior-lourenco-pl-animais-nao-sao-coisas>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

BELO, Eliseu Antônio da Silva. A emenda da vaquejada e o efeito *backlash*. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 74, paginação, out./dez. 2019. Disponível em: <<https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1506380/Eliseu+Antônio+da+Silva+Belo.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 96, de 6 de junho de 2016. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jun. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm>. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.364, de 29 de novembro de 2016. Reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais; eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro; e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 nov. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm>. Acesso em: 25 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.724/RN**. Relator Min. Gilmar Mendes. 30 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/nao-necessidade-haver-lei-especifica.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.776/RN**. Relator Min. Cezar Peluso. 14 de junho de 2007. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469712>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983/2016**. Relator Min. Marco Aurélio. 06 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTO=TO&docID=12798874>>. Acesso em: 24 maio 2021.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/2019**. Relator Min. Celso de Mello. 13 de junho de 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 05 jun. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 34.802/2017**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. 16 de maio de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5185271>>. Acesso em: 25 maio 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 494.601/2019**. Relator Min. Marco Aurélio. 28 de março de 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751390246>>. Acesso em: 06 jun. 2021.
- CANI, Livia Salvador. A memória, a história e o Romance em Cadeia de Ronald Dworkin: A busca de uma nova interpretação jurídica. **Derecho y Cambio Social**, Lima, v. 39, n. 1, p. 1-15, jan. 2015. Disponível em: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista039/A_MEMORIA_A_HISTORIA_E_O_ROMANCE_EM_CADEIA_DE RONALD_%20DWORKIN.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2021.
- CASCUDO, Luis da Câmara. **A vaquejada nordestina e sua origem**. Recife: Instituto Joaquim Nabuco de Pesquisas Sociais/MEC, 1969.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Breves comentários à EC 96/2017 (Emenda da Vaquejada). **Dizer o Direito**, jun. 2017. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2017/06/breves-comentarios-ec-962017-emenda-da_7.html>. Acesso em: 24 maio 2021.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/44534/27218>> Acesso em: 25 maio 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva n. 23/2017 sobre “Meio Ambiente e Direitos Humanos”**. Costa Rica, p. 28-29, 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2021.
- CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2005.
- ESKRIDGE JR., William N. Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality in the United States. **Boston University Law Review**, Boston, v. 93, n. 275, p. 275-323, mar. 2013. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5813&context=fss_papers>. Acesso em: 05 jun. 2021.
- FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.
- KRELL, Andreas J. LIMA. Marcos Vinício Cavalcante. A vedação constitucional de práticas cruéis contra animais e a correta interpretação das normas legais sobre vivissecção pelas comissões de ética no uso de animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 10, n. 19, p. 113-153, jan. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/14383/9897>>. Acesso em: 26 jun. 2021.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina De. “Diálogo” entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 63-81, abr. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.56031>

MORTE, Luciana Tudisco Oliveira. Estrutura da ponderação e da proporcionalidade em Robert Alexy. **Jus**, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50583/estrutura-da-ponderacao-e-da-proporcionalidade-em-robert-alexey>>. Acesso em: 14 jun. 2021.

NETO, José Rodrigues da Silva. **Direito como literatura**: o romance em cadeia de Ronald Dworkin: a retórica lítero-interpretativa do direito. 2009. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3717>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948.

POLIS, Gustavo; PAFFARINI, Jacopo. Direito das Culturas e Identidade: A prática da vaquejada como direito cultural segundo voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI 4.983. **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 15, n. 37, p. 163-180, jan. 2020. Disponível em: <<http://san.uri.br/revistas/index.php/direitosculturais/article/view/224/79>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

REDAÇÃO DO MIGALHAS. Animal não é “coisa”, estabelece PL aprovado pelo Senado. **Migalhas**, 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/308293/animal-nao-e-coisa-estabelece-pl-aprovado-pelo-senado>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Novamente a proteção constitucional dos animais no Brasil — o caso da EC 96/2017. **Consultor Jurídico**, jul. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-07/direitos-fundamentais-protECAo-constitucional-animais-ec-962017>>. Acesso em: 24 maio 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. A Emenda Constitucional 96/2017 da “vaquejada” e a ADI 5.728/DF. **Consultor Jurídico**, out. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-18/direitos-fundamentais-ec-962017-vaquejada-adi-5728df>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

SILVA, Gilnara Karla Nicolau da; AZEVEDO, Francisco Fransualdo De. Consumo Versus Cultura: A vaquejada utilizada como instrumento para a reprodução do capital em Macaíba-RN. **Revista de Geografia (UFPE)**, Recife, v. 31, n. 3, p. 61-81, jan. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistageografia/article/viewFile/229030/23433>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 25, abr. 2002.

VAQUEIROS ocupam Esplanada em ato contra proibição de vaquejadas. **G1**, Brasília, 25 out. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/10/vaqueiros-ocupam-esplanada-em-ato-contraproibicao-de-vaquejadas.html>>. Acesso em: 25 maio 2021.

WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. 14. ed. São Paulo: Ática, 2011. v. 1. Disponível em: <https://aedmoodle.ufpa.br/pluginfile.php/164696/mod_resource/content/1/Francisco%20Weffort%20-%20Os%20Classicos%20da%20Politica%20Vol.%2001.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2021.

O SISTEMA FEDERALISTA BRASILEIRO E O ENFRENTAMENTO DA COVID-19¹

THE BRAZILIAN FEDERALISTIC SYSTEM AND THE FIGHT AGAINST COVID-19

Gabriela Heller Ramos²

Júlia Piazero³

RESUMO

Diante do agravamento da pandemia causada pela proliferação da covid-19, surgiram alguns questionamentos dentro do sistema federalista brasileiro, principalmente em relação à quem compete o enfrentamento da doença, se os entes federativos possuem ou não autonomia garantida pela Constituição Federal; se os Estados e Municípios estavam ou não conflitando com a União e com os Direitos Fundamentais quando houve a criação de políticas independentes com foco de combate ao vírus e, também, em relação a decisão do STF, onde foi questionado se a autonomia dos Estados foi a melhor opção. O estudo aprofundado dessas questões, da decisão do Supremo, e a relação da covid-19 com o federalismo é de extrema validade e importância devido ao cenário político, econômico, sanitário e social inédito que estamos vivendo. As mudanças consideráveis no último ano proporcionaram ao federalismo um protagonismo, antes não tão visto, e que merece ser foco de estudo. A metodologia predominante utilizada para a pesquisa foi a qualitativa, porém, foram incluídas algumas análises quantitativas (de estatísticas e percentuais numéricos). O artigo foi baseado em pesquisas bibliográficas,

¹ O presente artigo foi feito na disciplina de Jurisdição Constitucional, ministrada pela professora Luciana Ferreira de Mello, e na disciplina de Oficina de Pesquisa Acadêmica, ministrada pela professora Miriam Olivia Knopik Ferraz.

² Aluna do 3º período do curso de Direito Law Experiência – FAE Centro Universitário.
E-mail: gabriela.heller@mail.fae.edu

³ Aluna do 3º período do curso de Direito Law Experiência – FAE Centro Universitário.
E-mail: julia.piazero@mail.fae.edu

em especial livros e artigos científicos, e em análises de dados; esse método será utilizado na fundamentação e análise dos resultados decorrentes do desenvolvimento do artigo. A partir deste trabalho, espera-se que ocorra um melhor entendimento em relação ao sistema federalista no Brasil, a compreensão aprofundada da decisão feita pelo Supremo Tribunal Federal e o porquê dessa decisão não ter entrado em choque com as cláusulas pétreas presentes na Constituição Federal.

Palavras-chave: Covid-19. Federalismo. Direitos Fundamentais. Estado. Governo.

ABSTRACT

In view of the worsening of the pandemic caused by the proliferation of COVID-19, some questions arose within the Brazilian federalist system, mainly in relation to who is responsible for coping with the disease, whether or not federative entities have autonomy guaranteed by the Federal Constitution; whether the States and Municipalities were or were not in conflict with the Union and Fundamental Rights when there was the creation of independent policies with a focus on combating the virus and also in relation to the decision of the Supreme Court, where it was questioned whether the autonomy of the states was the best option. The in-depth study of these issues, the decision of the Supreme Court, and the relationship between COVID-19 and federalism is extremely valid and important due to the unprecedented political, economic, health and social scenario that we are experiencing. The considerable changes in the last year have given federalism a leading role, previously not so widely seen, and which deserves to be the focus of study. The predominant methodology used for the research was qualitative, however, some quantitative analyzes (of statistics and numerical percentages) were included. The article was based on bibliographic research, especially books and scientific articles, and data analysis; this method will be used to justify and analyze the results resulting from the development of the article. From this work, it is expected to provide a better understanding regarding the federalist system in Brazil, an in-depth understanding of the decision made by the Supreme Federal Court and an explanation of the reason that this decision did not come into conflict with the immutable clauses present in the Federal Constitution.

Keywords: Covid-19. Federalism. Fundamental Rights. State. Government.

INTRODUÇÃO

O Brasil é dividido em 27 unidades federativas, representadas por 26 Estados e pelo Distrito Federal, além de seus Municípios. O sistema federalista brasileiro foi adotado na primeira Constituição da República de 1889 como uma forma de partilhar o poder do Estado dentre vários entes num determinado território, caracterizado por um forte componente democrático. No sistema federativo brasileiro, os Municípios e os Estados têm autonomia política, financeira e administrativa, ou seja, o Presidente da República não possui autoridade administrativa para mandar nos prefeitos ou nos governadores, uma vez que, dentro dos limites de cada território, eles são detentores de autonomia decisória naquilo que diz respeito à sua competência.

A pandemia causada pelo vírus covid-19 se alastrou de uma maneira catastrófica pelo mundo inteiro e cada país precisou tomar medidas extremas para tentar lidar com essa situação. Dentro deste sistema federalista e diante da pandemia causada pelo covid-19, surge uma questão que tem gerado bastante polêmica na sociedade atual, qual seja, se os entes federativos possuem autonomia garantida pela Constituição Federal, por que os Estados e Municípios não podem criar políticas públicas independentes para o enfrentamento do covid-19, em especial, a aquisição de vacinas diretamente dos fabricantes.

Essa dúvida surge porque a Constituição estabelece várias responsabilidades comuns e compartilhadas entre os entes federativos, gerando a necessidade de ação em conjunto em relação a determinados temas e uma interdependência para a implementação das políticas públicas, o que causa, muitas vezes, uma grande concentração de poder em torno do governo central. O presente trabalho busca traçar uma análise sobre esse sistema federalista brasileiro e suas mudanças decorrentes do surto da pandemia do coronavírus.

1 SISTEMA FEDERALISTA NO BRASIL

Para ficar mais claro o entendimento sobre a relação entre o Sistema Federalista e a situação atual da pandemia, é necessário explicar sobre o surgimento do sistema no Brasil e sua importância em um momento tão delicado como a pandemia. O artigo 1º da Constituição Federal diz que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal [...]”, e, a partir disso, pode-se entender que federação seria a união de unidades públicas com autonomia política e constitucional. É válido enfatizar que um Município não é

inferior ao Estado em que está inserido, e este, por sua vez, não é inferior à União. Todos os três são complementares, o que não significa que o Presidente da República tenha algum poder hierárquico sobre os governadores e prefeitos.

Tendo isso em vista, a autonomia desses entes federativos é garantida de duas formas: estabelecendo fontes de custeio de suas atividades e distribuindo competências entre as unidades políticas. No primeiro caso, existem, assim, tributos federais, estaduais e municipais, sendo cada um responsável por um setor; o Imposto de Renda, por exemplo, é de competência da União, enquanto o Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação, é de competência do estado. No segundo caso, pode-se compreender como competência a autoridade ou poder para decidir sobre algum fato; o município, por exemplo, é incompetente para legislar sobre direitos trabalhistas pois não detém o poder de tratar dessa matéria.

Dessa forma, a ideia de distribuir as competências é de permitir que a unidade política mais adequada trate dos temas que lhe afetam mais diretamente: a União fica responsável por assuntos envolvendo interesse nacional, como segurança militar, direitos trabalhistas e normas de imigração; já o Município fica responsável por assuntos envolvendo interesse municipal, tal como a organização do plano diretor da cidade. Os Estados, com algumas poucas exceções, ficam com o que se conhece por competência remanescente, o que não for da competência nem da União, nem dos Municípios, é dos Estados.

1.1 CLÁUSULAS PETREAS

No que tange ao melhor entendimento em relação ao sistema federalista e à própria Constituição Federal, é de extrema relevância que haja o entendimento de como tal sistema é garantido e o que compõe uma das partes mais importantes da CF. A forma federativa de Estado é garantida e assegurada pelas cláusulas pétreas. Elas surgiram após o fim da ditadura militar, época que havia sentimento de instabilidade no país. Na tentativa de vencer esse sentimento, os parlamentares de 1988, ouvindo setores da sociedade e contando com o apoio de especialistas, criaram as cláusulas pétreas como impedimentos para evitar que a Constituição pudesse possibilitar outros golpes futuros.

Cláusulas pétreas são normas delimitadas pelo constituinte originário como sendo o cerne do texto constitucional, portanto, não podem ser abolidas ou modificadas, nem mesmo através de emenda constitucional. Em regra, as normas contidas na Constituição Federal podem ser alteradas por 3/5 dos senadores e 3/5 dos deputados, porém, isso não se aplica a algumas cláusulas, que não podem jamais serem modificadas ou revogadas enquanto a atual Constituição estiver imperando. Essas são as Cláusulas Pétreas, que em suma é aquilo que não pode ser alterado na Constituição. As cláusulas pétreas

inseridas na Constituição do Brasil de 1988 estão dispostas em seu artigo 60, § 4º:

- 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
 - I – a forma federativa de Estado;
 - II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
 - III – a separação dos Poderes;
 - IV – os direitos e garantias individuais.

O inciso IV aponta como cláusula pétrea os “direitos e garantias individuais”, estando colocados no texto constitucional no artigo 5º, incluindo-se portanto no rol de direitos fundamentais. O constituinte fala apenas em direitos individuais no inciso IV do parágrafo 4º, então há o questionamento no que tange aos direitos coletivos serem ou não passíveis de supressão. Ao fazer essa escolha de unir os dois grupos de direitos em um único artigo, o constituinte acabou por não inserir no artigo parágrafo 4º do 60, inciso IV os direitos coletivos, mas eles constituem o rol de cláusulas pétreas, não podendo ser alvo de projeto de emenda constitucional tendente a aboli-los.

O professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que reconhece como equivocada a interpretação literal que exclui os direitos sociais, coletivos explica a omissão e a necessária interpretação extensiva:

A melhor interpretação é a que inclui entre os direitos protegidos pela “cláusula pétrea” também esses direitos sociais. Sim, porque, sendo as liberdades (como a de ir e vir) e os direitos sociais (como o direito à educação) direitos fundamentais, absurdo seria que as primeiras gozassem de proteção de não poderem ser abolidas, enquanto os segundos poderiam sê-lo. Certamente, na redação do artigo 60, parágrafo 4º, IV, da Constituição, o constituinte disse menos do que queria (FERREIRA, 2010, p. 215).

Dessa forma, direitos sociais como à saúde, por exemplo, são tidos como cláusulas pétreas, nos termos do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal. O princípio da vedação do retrocesso social tem dupla função: atua como limite das restrições e possui um caráter propositivo, no sentido da progressividade dos direitos sociais.

1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos e garantias fundamentais são entendidos como um conjunto de preceitos conquistados com o avanço das sociedades jurídicas e hoje positivados. A Constituição Federal de 1988 refletiu o que fora estabelecido na Carta de Direitos Humanos de 1948, e trouxe um rol de direitos e garantias considerados fundamentais para a manutenção do ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais são direitos positivados na Constituição Federal e são imanentes à condição de ser humano e necessários à vida digna. Possuem algumas características próprias, tais como: inalienabilidade; imprescritibilidade; irrenunciabilidade; universalidade; limitabilidade; historicidade; inviolabilidade; concorrência e complementaridade. Os direitos fundamentais, dessa forma, são decorrentes de uma construção histórica, sendo irrenunciáveis, inerentes, inalienáveis e invioláveis. Não podem ser vendidos, trocados, disponibilizados ou violados, sob o risco de punição do Estado. Ademais, são imprescritíveis e podem ser exigidos a qualquer tempo. Também são universais, uma vez que aplicados indistintamente a todos os indivíduos. Podendo também ser concorrentes, pois podem incidir em concomitância a outros direitos fundamentais, e complementares, pois devem ser interpretados em consonância e em conjunto ao sistema jurídico. Por fim, são limitados, na medida em que se dividem em direitos relativos e direitos absolutos.

Eles estão elencados no título II do texto constitucional do artigo 5º ao 17º. Contudo, além desses artigos, há, ao longo do texto constitucional, diversos direitos considerados fundamentais, vide os artigos 205, 225, 226, dentre outros.

Já as garantias fundamentais, de acordo com o professor Paulo Bonavides, são: “Um meio de defesa, se coloca então diante do direito, mas com este não se deve confundir” (BONAVIDES, 2005, p. 526). As garantias são os instrumentos através dos quais o cidadão pode assegurar seus direitos fundamentais. Alguns exemplos de garantias fundamentais são os remédios constitucionais: incisos LXVIII – Habeas Corpus, LXIX – mandado de segurança, LXX – mandado de segurança coletivo, LXXI – mandado de injunção, LXXII – habeas data, LXXIII – ação popular (todos do artigo 5º) e a ACP prescrita no artigo 129, inc. III, que se trata de outro exemplo de direito fundamental que está disposto fora do Título II do texto constitucional.

Os direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição, assim, estão dispostos, de modo geral, nos seguintes artigos: direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º, CF); direitos sociais (art. 6º ao art. 11, CF); direitos da nacionalidade (art. 12 e art. 13, CF); direitos políticos (art. 14 ao art. 16, CF).

2 PANDEMIA DO COVID-19

Para que seja possível traçar uma análise sobre as consequências que o coronavírus trouxe para o federalismo brasileiro, é necessário compreender sua gravidade e seu surgimento. De acordo com a OMS (Organização Mundial de Saúde), os Coronavírus são uma família de vírus causadora de infecções respiratórias em

seres humanos e outros animais. Embora habitualmente sejam responsáveis por doenças respiratórias leves ou moderadas, em alguns casos podem resultar em infecções potencialmente mortais, visto que o vírus tem a capacidade de debilitar o sistema imunológico do indivíduo. (OMS, 2020)

Segundo o Ministério da Saúde, o primeiro caso oficial de Covid-19 foi de um paciente hospitalizado no dia 12 de dezembro de 2019 em Wuhan, na China. Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que a epidemia da COVID-19 constituía uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) e, em 11 de março de 2020, foi que declarado, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, que se tratava de uma pandemia. Atualmente, segundo dados da OMS, o vírus já foi responsável pela morte de mais de 500 mil pessoas no Brasil. (BRASIL, 2021)

O coronavírus se dissipou pelo mundo de uma maneira muito rápida e, no começo de sua disseminação, as pessoas ainda não entendiam do que se tratava e nem como lidar com um vírus tão letal. Os sintomas da doença, segundo o Dasa Analytics, aparecem entre 2 e 5 dias após a contaminação e incluem febre, tosse, falta de ar, dores pelo corpo, náuseas e diversos outros. Para evitar a contaminação é preciso que as pessoas mantenham distanciamento social, usem máscaras e passem álcool gel. (DASA, 2021)

Ao se deparar com uma situação atípica como a pandemia atual do coronavírus, é necessário agir rápido, mas sem espalhar medo e terror para a população. Por se tratar de um cenário novo, tanto para o Brasil quanto para o resto do mundo, ainda não há certeza sobre qual estratégia seria a certa e quais caminhos devem ser seguidos. Enquanto há pessoas que defendem as medidas propostas pelo Presidente da República, há outras que se mostraram revoltadas e desapontadas.

De acordo com Tedros Adhanom Ghebreyesus, diretor-geral da OMS, o Brasil teria forte experiência na gestão de riscos e usou como exemplo o combate ao zika vírus. No Índice Global de Segurança em Saúde, divulgado em outubro de 2020, o Brasil foi avaliado como o país mais preparado da América Latina para lidar com ameaças biológicas. Para ele, o Sistema Único de Saúde (SUS) se mostrou peça chave para o destaque internacional e afirma que “foi através da nossa assistência unificada que nos diferenciamos com respostas rápidas e mais importantes que países desenvolvidos” (ADHANOM, 2020).

No entanto, depois de um ano de pandemia, o Brasil tem enfrentado muitas dificuldades ao lidar com a situação. Enquanto o país vive um crescimento no número de casos de COVID-19, que já são mais de 16.553.447 acumulados no Brasil

16.553.447 até dia 31 de maio de 2021, segundo Dasa Analytics, outros países começam a reduzir o índice de infecções e óbitos. Médico e infectologista, Gonzalo Vecina, professor na Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (USP) e ex-diretor da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), alerta que a crise sanitária “não é um milagre, abracadabra”. De acordo com ele, a piora na situação do Brasil é fruto da forma como o Estado brasileiro está enfrentando a pandemia.

Ainda há divergências por parte da população e de muitos especialistas sobre como o Brasil tem lidado com o cenário da pandemia, há alguns que acreditam que o presidente está certo, enquanto outros criticam a estratégia adotada por ele.

2.1 DIVERGÊNCIAS NA TOMADA DE DECISÕES SOBRE O COVID-19

No dia 15 de abril de 2020, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, confirmou o entendimento de que as medidas adotadas pelo Governo Federal na Medida Provisória (MP) 926/2020 para o enfrentamento do novo coronavírus não afastam a competência concorrente nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios. A medida provisória, em suma, permitiu, de forma excepcional e temporária, que as autoridades pudessem adotar, no âmbito de suas competências, certas medidas, tais como restrição por rodovias, portos ou aeroportos, de entrada e saída do País e locomoção interestadual e intermunicipal; atribuiu ao Presidente da República a competência para dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos essenciais, entre outros. Partindo do entendimento de que a delimitação de atividades essenciais não deveria estar centralizada somente nas mãos do presidente, o Partido Democrático Brasileiro (PDT) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 6391) contra a MP 926/2020, que alterou o art. 3º, caput, incisos I, II e VI, e parágrafos 8º, 9º, 10 e 11, da Lei Federal n.º 13.979/2020.

A sessão foi realizada por videoconferência, no referendo da medida cautelar deferida em março pelo ministro Marco Aurélio na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341. O STF decidiu que Estados e Municípios teriam liberdade para tomar as medidas que achassem necessárias para combater o novo coronavírus, como isolamento social, fechamento do comércio e outras restrições. Com esta decisão, os governadores e prefeitos também teriam autorização para definir os serviços essenciais que poderiam funcionar durante o período da pandemia.

Estefânia Barboza, que é professora de direito constitucional na Universidade Federal do Paraná, diz que a Constituição brasileira trata a saúde como um assunto de

competência concorrente entre União, Estados e Municípios, isto é, um tema no qual as três esferas de poder possuem atribuições e devem atuar. De acordo com ela, na situação da pandemia, os Estados podem agir para complementar as determinações da lei federal, mas sem entrar em conflito com ela. (BARBOZA, 2020)

Segundo a advogada constitucionalista Vera Chemim, as competências da União, dos Estados e dos municípios estão discriminadas nos artigos 21, 22, 23 e 30 da Constituição e afirma que

Diante dessa situação excepcional (do coronavírus), os entes federados acabaram determinando medidas que aparentemente ferem essa divisão. E no entanto, nesse momento, essas decisões estão amparadas por uma lei sanitária (a lei de fevereiro), que trata da saúde pública (CHEMIM, 2020).

A maioria dos Ministros aderiu à proposta do ministro Edson Fachin sobre a necessidade de que o artigo 3º da Lei 13.979/2020 também seja interpretado de acordo com a Constituição, a fim de deixar claro que a União pode legislar sobre o tema, mas que o exercício desta competência deve sempre resguardar a autonomia dos demais entes.

De acordo com Fernanda Dias Menezes de Almeida, em seu livro *Competências na Constituição de 1988* (ALMEIDA, 2007), a análise das competências privativas de cada esfera de poder revela uma preponderância do poder federal, um fortalecimento do poder municipal e a permanência da situação desconfortável do poder estadual. Segundo ela, pode-se concluir, sob o ângulo da repartição de competências, que a Constituição de 1988 avançou no sentido de melhorar o equilíbrio nas relações federativas, mas o sistema estruturado comporta ainda aprimoramentos.

2.2 RESTRIÇÃO DE ATIVIDADES PRIVADAS

Nos termos da Constituição Federal, a União possui somente poderes que estejam expressamente previstos nela. Já os Municípios, receberam da Constituição Federal competência para legislar sobre assuntos de interesse local. Ou seja, compete ao Município dispor sobre assuntos de seu peculiar interesse, entendidos como assuntos que afetam especialmente as atividades locais, de acordo com as especificidades geográficas, econômicas e sociais de cada município. Já os Estados, possuem poderes residuais, isto é, aqueles que não são nem da União e nem dos municípios.

Esta distribuição de competências deveria atuar de forma harmônica, buscando atender o bem-estar de todos e os anseios da sociedade, não devendo se tornar uma disputa política por poderes. Porém, em tempos de pandemia, o que ficou claro foi uma desorganização por parte dos entes públicos em relação

à definição de suas competências, gerando uma ineficiência administrativa e uma insegurança social.

No setor da saúde pública, medidas para o enfrentamento da pandemia, causada pelo coronavírus, precisaram ser adotadas. A Lei nº 13979, de 6/2/20, traz, em seu artigo 3º, algumas dessas medidas, entre as quais cabe destacar o isolamento social e a quarentena, para o que seria supostamente necessário o fechamento e/ou a limitação de determinadas atividades urbanas. Está expresso, nesse artigo, que todas as medidas nele prescritas deveriam ser adotadas pelas autoridades públicas “no âmbito de suas competências”.

O problema surge quando não se sabe mais qual autoridade é competente para determinados atos, quais os instrumentos necessários e com qual abrangência. A Federação brasileira enfrenta um grave quadro de desigualdades regionais, gerando uma excessiva dependência por parte da maioria de Estados e Municípios dos recursos provenientes da União. Isso tudo prejudica a ideia central por trás da forma Federativa de Estado, que envolve a junção de entes autônomos e capazes de gerir as atividades a eles atribuídas.

Em relação à saúde, a Constituição Federal prevê, em seu art. 23, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem a competência material comum de assegurá-la a todos em caráter universal e com integralidade no atendimento. Os serviços de saúde podem ser prestados pela iniciativa privada, mas sempre de forma complementar e sob fiscalização do poder público, que não pode se esquecer de fornecer os serviços de saúde por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

Logo no início da pandemia, em abril de 2020, a escalada exponencial do novo coronavírus foi sentida de forma elevada pelas cidades litorâneas, por onde chegou o vírus no país, e tendo em vista a rápida transmissão e o crescente número de óbitos ocasionados pela saturação do sistema de saúde nessas cidades, Estados e Municípios buscaram, de forma isolada, agir rapidamente com relação às medidas emergenciais que se impunham ao atendimento dos problemas e à prevenção da escalada do vírus.

O cenário era, então, de preocupação diante das muitas incertezas devido à polêmica e não organizada condução e gerenciamento das ações federativas. Se o que ocasionou a desarticulação de ações interfederativas foi a urgência por medidas protetivas em relação ao avanço da doença e ao caos que se instalava em função do aumento exponencial de óbitos, em pouco tempo, os Estados e Municípios também passaram a ceder diante da pressão de vários segmentos econômicos pela reabertura.

Cada qual com suas medidas, primeiro de proteção e distanciamento e em seguida de flexibilização, o país se perdeu em meio a tantas divergências de estratégias protocolares. As estratégias de governo, principalmente nos Estados e Municípios, são elaboradas menos pela prevenção e atenção à saúde da população do que pela expectativa em atender a demandas sociais para solucionar o impacto na economia das cidades. No entanto, se a presença do Estado é mínima no esclarecimento das medidas e ações e na tomada conjunta de decisões com a sociedade, o que se conclui é que a estratégia tem servido mais para responsabilizá-la pelo aumento do contágio e da transmissão, tendo como base números monitorados pelo Estado quanto ao crescimento da transmissão e aos óbitos.

Diante deste cenário pandêmico, medidas para o enfrentamento do novo coronavírus, e conseqüentemente, o retardamento da disseminação e a retomada das atividades, são altamente necessárias, requerendo cada vez mais a compreensão dos fatos, o diálogo, a colaboração e a ação conjunta de todos os entes públicos envolvidos.

2.3 LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

Devido a atual situação da pandemia, determinadas restrições e limitações impostas pelo Poder Público geraram questionamentos acerca da colisão de alguns direitos fundamentais. A princípio, o direito de locomoção é garantido no art. 5º, XV, que prevê: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

Contudo, diante da pandemia da COVID-19, foram editadas algumas normas infraconstitucionais prevendo severas restrições ao direito de locomoção e penas para quem descumprisse determinadas restrições. O descumprimento de tais medidas pode levar à prisão do infrator pelo crime do art. 268 do Código Penal, que pune criminalmente a conduta de “infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”, pelo que se nota a gravidade na restrição do direito de ir e vir.

Acerca do tema, um vídeo acabou gerando grande repercussão em redes sociais. O vídeo foi postado pela advogada Maialu Vidigal, em sua conta, no Instagram, em que alega que os Decretos municipais que restringiram a liberdade de locomoção deveriam ser considerados inconstitucionais, pois violam a cláusula pétrea do direito de locomoção, que é, teoricamente, imutável. Contudo, a fala da advogada vai contra o que o Código Penal e o que a própria interpretação da Constituição Federal definem.

Os direitos fundamentais no Brasil não são absolutos, em virtude de duas razões principais. Em primeiro lugar, não se pode usar um direito fundamental para a prática de um ato ilícito e em segundo lugar, o direito fundamental de uma pessoa pode entrar em conflito com o direito fundamental de outra, havendo aí uma colisão de direitos fundamentais. No caso de colisão de direitos caberá ao magistrado a função de resolver o conflito. Neste caso, todos os direitos estão sujeitos a restrições e elas são necessárias para a harmonização dos direitos fundamentais, sendo seu controle feito através da proporcionalidade.

Dessa forma, nenhum direito presente na nossa legislação é absoluto, até mesmo o direito à vida pode ser limitado. Como exemplo, pode-se citar as duas hipóteses legais previstas no Código Penal em que o aborto é permitido: no caso de gravidez por estupro e nos casos em que a gravidez traz riscos para a vida da mulher. Além disso, a Constituição brasileira traz em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea a, que: “não haverá pena de morte salvo em caso de guerra declarada”.

Levando esses fatos em consideração, vale ressaltar que decretos municipais têm sim competência para limitar a liberdade de locomoção, porque, como antes mencionado, os Direitos Fundamentais podem ser limitados e porque o artigo 268 do Código Penal prevê isso expressamente:

Art. 268 – Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:

Pena – detenção, de um mês a um ano, e multa.

Parágrafo único – A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

O ideal regulativo de uma adequada conformação dos direitos fundamentais, portanto, em tema de saúde pública, é a busca por benefícios para a sociedade e o cidadão, apostando nos direitos fundamentais como um sistema pautado na integração desses direitos com outros bens constitucionais (HÄBERLE, 1997, pg 68).

3 PLANO DE VACINAÇÃO

Com um panorama de intensificação do vírus e de aumento de casos, o foco para a solução estaria no desenvolvimento de vacinas e de agentes terapêuticos, pois são considerados contramedidas essenciais e urgentemente necessárias diante da necessidade de controle da pandemia. Um ponto importante levantado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), é que o processo de desenvolvimento de uma

nova vacina demora em média 10 anos, mas dado o atual panorama pandêmico, instituições e pesquisadores em todo o mundo estão trabalhando para obter vacinas seguras e efetivas em um prazo mais curto. (BRASIL, 2021)

O Ministério da Saúde (MS), por meio da Coordenação Geral do Programa Nacional de Imunizações (CGPNI) e do Departamento de Imunização e Doenças Transmissíveis (DEIDT) da Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS), apresenta o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a covid-19 como medida adicional de resposta ao enfrentamento da doença, tida como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), mediante ações de vacinação nos três níveis de gestão. Para colaboração na elaboração deste plano, o Ministério da Saúde instituiu a Câmara Técnica Assessora em Imunização e Doenças Transmissíveis por meio da Portaria GAB/SVS nº 28 de 03 de setembro de 2020 com a Coordenação da SVS, composta por representantes do ministério e de outros órgãos governamentais e não governamentais. (CONASEMS, 2021)

O Programa Nacional de Imunizações (PNI) foi criado em 18 de setembro de 1973 e ficou responsável pela política nacional de imunizações, tendo como missão reduzir a morbimortalidade por doenças imunopreveníveis, com fortalecimento de ações integradas de vigilância em saúde para promoção, proteção e prevenção em saúde da população brasileira. Foi considerado um dos maiores programas de vacinação do mundo, sendo reconhecido nacional e internacionalmente. (BRASIL, 2021)

De acordo com o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS), as diretrizes definidas no plano de vacinação buscam apoiar as Unidades Federativas (UF) e Municípios no planejamento da vacinação contra a doença. O êxito dessa ação só será possível mediante o envolvimento das três esferas de gestão em esforços coordenados no Sistema Único de Saúde (SUS), mobilização e adesão da população à vacinação. O CONASEMS ainda destaca que as informações contidas no plano são atualizadas conforme o surgimento de novas evidências científicas, conhecimentos acerca das vacinas, cenário epidemiológico da covid-19, em conformidade com as fases previamente definidas e aquisição dos imunizantes após aprovação pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). (BRASIL, 2021)

Em 17 de janeiro de 2021, segundo a Secretaria de Vigilância em Saúde, o Departamento de Imunização e Doenças Transmissíveis e a Coordenação-Geral do Programa Nacional de Imunizações, a Anvisa autorizou para uso emergencial as vacinas COVID-19 do laboratório Sinovac Life Sciences Co. LTD – vacina adsorvida covid-19

(inativada) – e do laboratório Serum Institute of India Pvt. Ltd [Oxford] – vacina covid-19 (recombinante) (ChAdOx1 nCoV-19). Em 23 de fevereiro de 2021 a Anvisa concedeu registro definitivo no País da vacina BioNTech-Pfizer, e no dia 12 de março foi concedido o registro da vacina AstraZeneca/Fiocruz. A Campanha Nacional de Vacinação contra a Covid-19 teve início no dia 18 de janeiro de 2021. (BRASIL, 2021)

3.1 GRUPOS PRIORITÁRIOS

Considerando a rápida transmissibilidade da COVID-19, cerca de 60 a 70% da população precisaria estar imune para interromper a circulação do vírus. Desta forma, seria necessária a vacinação de 70% ou mais da população para eliminação da doença. Portanto, em um momento inicial, onde não existe ampla disponibilidade da vacina no mercado mundial, o objetivo principal da vacinação passa a ser focado na redução da morbimortalidade causada pela covid-19, bem como a proteção da força de trabalho para manutenção do funcionamento dos serviços de saúde e dos serviços essenciais (OMS, 2021).

Até o momento, segundo a Organização Mundial da Saúde, foi identificado que não há uniformidade na ocorrência do covid-19 na população e o agravamento e óbito estão relacionados diretamente com a preexistência comorbidades, como doença renal crônica, doenças cardiovasculares e cerebrovasculares, diabetes mellitus, hipertensão arterial grave, pneumopatias crônicas graves, anemia falciforme, câncer, obesidade mórbida (IMC \geq 40); síndrome de down; além de idade superior a 60 anos e indivíduos imunossuprimidos. Além dos indivíduos com maior risco para agravamento e óbito devido às condições clínicas e demográficas, existem ainda grupos com elevado grau de vulnerabilidade social e, portanto, suscetíveis a um maior impacto ocasionado pela covid-19 (BRASIL, 2021).

Cabe ressaltar que é de interesse do PNI e do Ministério da Saúde ofertar a vacina covid-19 a toda a população brasileira, a depender da produção e disponibilização das vacinas, mas neste momento é extremamente necessário o seguimento das prioridades (BRASIL, 2021b).

3.2 LOGÍSTICA PARA A DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS

Um dos grandes desafios quando se trata do plano de vacinação está na distribuição das vacinas pelo Brasil. Isso porque, muitas destas vacinas precisam ser armazenadas em temperaturas extremamente baixas, não podendo ser interrompida

a cadeia de refrigeração, seja no transporte nas aeronaves, seja no armazenamento temporário em aeroportos, seja durante a entrega em caixas.

Com o objetivo de promover a adequada logística da distribuição da vacina do COVID-19, com segurança, efetividade e equidade, realizou-se um planejamento participativo com os programas estaduais de imunizações e com a CGLOG, responsável pelo recebimento das vacinas, pela amostragem e envio das amostras no prazo de 24 horas para análise.

Segundo o Plano Nacional de Vacinação (2021), com o cumprimento das etapas mencionadas acima, são definidas semanas sequenciais alternadas para distribuição dos imunobiológicos aos estados, além de 96 horas totais para a geração e impressão digital de laudos e liberação no Sistema. O período para completar o esquema de vacinação dependerá do intervalo entre as doses recomendado por cada laboratório, que também será fator condicionante para a logística de distribuição: simultânea das doses ou envio escalonado. (BRASIL, 2021)

3.3 COMPRA DAS VACINAS

Inicialmente, no dia 23 de fevereiro de 2021, foi decidido, pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal, que Estados e Municípios teriam permissão para comprar e fornecer à população vacinas contra o vírus COVID-19. Tal medida foi autorizada somente em casos de descumprimento do Plano Nacional de Vacinação pelo governo federal ou de insuficiência de doses previstas para imunizar a população. Segundo o Ministro Relator Ricardo Lewandowski, todos os entes devem combater a pandemia e afirmou que:

A Constituição outorgou a todos os entes federados a competência comum de cuidar da saúde, compreendida nela a adoção de quaisquer medidas que se mostrem necessárias para salvar vidas e garantir a higidez física das pessoas ameaçadas ou acometidas pela nova moléstia, incluindo-se nisso a disponibilização, por parte dos governos estaduais, distrital e municipais, de imunizantes diversos daqueles ofertados pela União, desde que aprovados pela Anvisa, caso aqueles se mostrem insuficientes ou sejam ofertados a destempo [fora de hora]. (LEWANDOWSKI, 2021).

Um mês depois, um novo passo foi tomado em relação à compra de vacinas, desta vez em relação à compra privada por empresas. Em 10 de março de 2021, o Presidente da República sancionou a Lei nº 14.124/2021 e a Lei nº 14.125/2021, que, no âmbito da estratégia de imunização contra a Covid-19 no Brasil, entre outras coisas, abordam a possibilidade de compra de vacinas pelo setor privado. As

referidas leis estabelecem medidas excepcionais relativas à aquisição de vacinas e de insumos, bem como condições para aquisição e comercialização de vacinas por pessoas jurídicas de direito privado.

Com relação à compra de vacinas por empresas privadas, a Lei nº 14.125/2021 autorizou expressamente tal medida. Todavia, num primeiro momento, conforme previsto em seu artigo 2º, essas empresas só poderão adquirir diretamente vacinas contra a Covid-19 aprovadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) para que sejam integralmente doadas ao Sistema Único de Saúde (SUS), a fim de serem utilizadas no âmbito do Programa Nacional de Imunizações (PNI). (BRASIL, 2021)

De acordo com a Lei, somente após o término da imunização dos grupos de risco prioritários, o setor privado, desde que atendendo os requisitos legais e sanitários, poderá adquirir, distribuir e administrar vacinas, desde que pelo menos 50% das doses sejam, obrigatoriamente, doadas ao SUS e as demais sejam utilizadas de forma gratuita.

Sobre as ofertas de vacinas ao Brasil, o diretor do Instituto Butantan, Dimas Covas, afirmou que a primeira foi feita em julho de 2020 e apontou que solicitou, em agosto, apoio financeiro ao Ministério da Saúde para iniciar um estudo clínico, mas, segundo o diretor, as iniciativas não tiveram respostas positivas. (COVAS, 2021)

Outro depoimento sobre este mesmo assunto foi feito pelo gerente-geral da Pfizer para a América Latina, Carlos Murillo, que afirmou que a farmacêutica fez sua primeira oferta de venda de vacinas, para o Ministério da Saúde, em 14 de agosto de 2020. Eram dois tipos de ofertas, de 30 milhões ou 70 milhões de doses do imunizante, que estava em desenvolvimento, com as mesmas condições de compra. Segundo ele, em 18 de agosto, a Pfizer voltou a fazer as ofertas de 30 milhões e 70 milhões de vacinas e, em 26 de agosto, houve uma terceira oferta, com os mesmos números de doses. (MURILLO, 2021)

As justificativas que foram apresentadas pelo Ministério da Saúde com relação à recusa das ofertas iniciais da vacina foram as de que:

As doses iniciais oferecidas ao Brasil seriam mais uma conquista de marketing para os produtores da vacina e causaria frustração em todos os brasileiros, pois teríamos, com poucas doses, que escolher, num país continental com mais de 212 milhões de habitantes, quem seriam os eleitos a receberem a vacina (BRASIL, 2021).

Essa manifestação do Ministério da Saúde gerou algumas críticas e causou revolta em parte da população. O biólogo e pesquisador Átila Iamarino, pós doutor em microbiologia pela Universidade de São Paulo e pela Yale University, fez duras críticas à estratégia governamental brasileira nas negociações com a Pfizer e afirmou que:

“Recebemos sim essa oferta de 70 milhões de doses de vacinas que poderiam cobrir quase todos grupos prioritários em grandes cidades, mas escolhemos em nome dos brasileiros que eles preferem morrer de asfixia”; 70 milhões de doses de vacinas da Pfizer não acabariam com a COVID no Brasil, além de serem difíceis de transportar e aplicar fora de grandes metrópoles. Mas poderiam salvar dezenas ou centenas de milhares de pessoas se aplicadas em grupos prioritários nos grandes centros (IAMARINO, 2021).

O site Our World in Data, desenvolvido por pesquisadores da Universidade de Oxford, acompanha o progresso das campanhas de vacinação ao redor do mundo. De acordo com a organização, quando a polêmica da recusa das vacinas se iniciou, em janeiro de 2021, o Brasil ocupava uma das últimas posições na fila das 54 nações que já haviam iniciado a vacinação, considerando a quantidade de doses aplicadas.

3. 4 CPI DO COVID

A questão da compra das vacinas se tornou um assunto polêmico e a recusa da oferta oferecida ao governo gerou um enorme descontentamento na população. Por essa razão, no dia 8 de abril de 2021, o ministro do STF Luís Roberto Barroso determinou a instalação da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Covid-19 no Senado Federal, que tem como principal objetivo apurar se houve falhas por parte do Governo Federal no enfrentamento da pandemia.

O Brasil é uma República, onde o poder soberano se subdivide em três: o Executivo, que tem como chefe o Presidente da República e que é auxiliado pelos Ministros de Estado; o poder Legislativo, que é dividido em Câmara dos Deputados (representante do povo) e Senado (representante dos Estados); e, por fim, o Judiciário, que tem a função de julgar questões que são levadas até ele, tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) como Órgão máximo desse Poder e sendo o guardião direto da Constituição Federal.

Além da sua função primária, que é legislar, o Legislativo também tem algumas tarefas secundárias importantes, como fiscalizar e investigar a administração pública, inclusive do Poder Executivo. Dessa forma, um dos principais instrumentos à disposição do Legislativo para realizar esse tipo de investigação é a Comissão Parlamentar de Inquérito, mais conhecida como CPI.

Segundo o artigo 35 do regimento da Câmara Federal, uma CPI é criada para investigar um fato que seja muito importante para a vida pública e para a ordem constitucional, legal, econômica ou social do País. Ou seja, seus principais objetivos são obter esclarecimentos ou, em último caso, buscar a responsabilização de agentes públicos por eventuais ilicitudes praticadas no exercício do cargo.

Em março de 2021, os Senadores Alessandro Vieira e Jorge Kajuru impetraram um Mandado de Segurança, que seria uma ação judicial onde o impetrante busca tutelar um direito seu, perante o Supremo Tribunal Federal para que o Presidente do Senado (Rodrigo Pacheco) adotasse as medidas para instalação da CPI da Covid.

O Mandado de Segurança tinha como objetivo apurar eventuais falhas pelo Governo Federal no enfrentamento à pandemia. Assim, o procedimento serve para comprovar se há falhas no enfrentamento à pandemia e se, caso a resposta for positiva, apontar quem são os responsáveis por tais falhas.

A CPI está em andamento nesse momento e aponta vários problemas relacionados ao enfrentamento da pandemia como a questão da compra das vacinas, o incentivo do Governo Federal ao uso da cloroquina no tratamento do Coronavírus, e, também, em relação à omissão do governo federal nos momentos de crise mais intensos em Manaus, principalmente sobre a situação de falta de oxigênio pelo qual passou o estado do Amazonas.

Portanto, se a CPI concluir que existem indícios de ilegalidade e má gestão por parte do Governo Federal no que diz respeito às medidas emergenciais para o enfrentamento da pandemia, tal conclusão será enviada ao Ministério Público, a quem caberá buscar a responsabilização dos envolvidos. Para investigar mais a fundo todo o caso, a CPI da COVID já entrevistou figuras importantes, como Teich e Pazuello, ex-ministros da saúde, além de outros nomes relevantes.

CONCLUSÃO

Conforme abordado no presente trabalho, a pandemia trouxe à tona diversos debates envolvendo o Federalismo que, na atual situação, tiveram que ser discutidos com maior intensidade e com a participação da população. O tema de maior discussão permanece na desarticulação das decisões e aplicação de medidas entre as esferas de governo, necessitando de uma coordenação-geral que seja exercida pelo governo federal e respeitada pelos entes federados.

Essa discussão, em relação às tomadas de decisões que envolvem a pandemia, demonstrou uma fragilidade no Sistema Federalista Brasileiro. As estratégias adotadas neste último ano acabaram sendo centralizadas no Governo Federal e foram elaboradas com menor ênfase na prevenção e atenção à saúde da população, o que acabou entrando em conflito com a expectativa dos Estados e Municípios em atender as demandas sociais para aliviar o impacto na economia das cidades.

É importante mencionar que, devido a grande extensão territorial do Brasil, muitas vezes estratégias a serem aplicadas em nível nacional acabam não tendo as melhores respostas, posto que, na grande maioria das vezes, prefeitos e governadores têm um conhecimento mais exato e preciso acerca das necessidades da sua região e, por esta razão, acabam entrando em conflito com as estratégias adotadas pela União.

Após a decisão do STF de dar autonomia para que Estados e Municípios, no âmbito de suas competências e em seu território, pudessem adotar medidas próprias de enfrentamento à COVID-19, o ministro Ricardo Lewandowski classificou tal decisão como “extremamente sábia e acertada”. Citou também que prefeitos e governadores se encontram mais próximos do povo e podem melhor avaliar a situação da epidemia, dizendo que “o STF, de maneira acertada, revalorizou o federalismo”.

Após a decisão, prefeitos, vereadores e governadores tiveram que ficar ainda mais engajados com os Estados e Municípios, criando certa aproximação com a população. Além disso, houve certa descentralização em relação à União e à saúde, bem como a cooperação entre os entes federativos, incentivando ainda mais a revalorização federativa.

Dessa forma, ficou claro que, em termos de medidas de combate à disseminação da pandemia, a ausência de um elenco orientado e de maior harmonização entre a União, os Estados e os Municípios na adoção de práticas sanitárias e auxílio social, de campanhas de orientação para prevenção, do controle efetivo da realização das medidas e da adequação da rede pública de saúde para atendimento universalizado em iguais condições, causou um aumento de desigualdades nas condições de enfrentamento e sobrevivência à gravidade da doença.

Quase um ano e meio após o primeiro caso de COVID-19 no Brasil, a pandemia segue devastando famílias, fechando estabelecimentos, tirando vidas e intensificando o caos no Governo Brasileiro. A população se mostra cansada e descontente, tanto com o cenário pandêmico que parece não ter fim, quanto com as estratégias adotadas pelo governo. Em um momento tão sério de crise nenhuma medida é perfeita e os resultados nem sempre serão adequados, mas o que ficou claro foi essa incapacidade do Sistema Federativo se unir e saber lidar com uma situação tão intensa. Na presença da crise, tanto quanto das tensões políticas, sociais e econômicas que lhe são inerentes, a palavra constitucional tem espaço marcante e assim necessária também a marcante e coerente presença dos órgãos vinculados à proteção de sua essência federativa.

A esperança de que a vida volte ao normal e de que a população seja vacinada logo é o que motiva a todos a seguir em frente. O sentimento de que um dia isso vai passar ainda está presente. O plano de vacinação aumentou a expectativa das pessoas que, aos poucos, estão tomando as doses para imunização. A pandemia está sendo algo novo para todos e, definitivamente, um desafio para a população e para o governo. O sistema de saúde precisa aguentar firme e deve-se aprender com os erros, para que não ocorram reincidências.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernanda. **Competências na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- ARAUJO, Thales. Limites aos direitos fundamentais. **Mega Jurídico**, out. 2014. Disponível em: <<https://www.megajuridico.com/limites-aos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 15 jun. 2021.
- BRASIL vive pior momento da pandemia um ano após primeiro caso de covid confirmado. **Brasil de Fato**, fev. 2021. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2021/02/25/brasil-vive-pior-momento-da-pandemia-um-ano-apos-primeiro-caso-de-covid-confirmado>>. Acesso em: 26 maio 2021.
- BRASIL. **Congresso Nacional**. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141144>>. Acesso em: 27 jun. 2021a.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 maio 2021.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública COE-covid-19. **Plano de contingência nacional para infecção humana pelo novo coronavírus COVID-19**. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2020/fevereiro/13/plano-contingencia-coronavirus-COVID19.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2021.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Plano Nacional de operacionalização da vacinação contra a covid-19**. Brasília, 2021b. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2021/marco/23/plano-nacional-de-vacinacao-covid-19-de-2021>>. Acesso em: 12 jun. 2021.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447&ori=1>>. Acesso em: 17 jun. 2021c.
- BUTANTAN fez primeira oferta de vacinas para o governo em julho, diz Dimas Covas à CPI. **UOL**, 2021. Disponível em: <https://cultura.uol.com.br/noticias/23727_butantan-fez-primeira-oferta-de-vacinas-para-o-governo-em-julho-diz-dimas-covas-a-cpi.html>. Acesso em: 15 jun. 2021.
- CARDIM, Maria Eduarda. Chegada do coronavírus desafia o sistema brasileiro de saúde. **Correio Braziliense**, mar. 2020. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/03/01/interna-brasil,831274/chegada-do-coronavirus-desafia-o-sistema-brasileiro-de-saude.shtml>>. Acesso em: 26 maio 2021.
- CORONAVÍRUS: tudo sobre a Covid-19. **Dasa**, 2021. Disponível em: <<https://dasa.com.br/coronavirus>>. Acesso em: 26 maio 2021.
- DALLARI, Adilson. Autonomia municipal em tempos de crise da Covid-19. **Conjur**, fev. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-25/interesse-publico-autonomia-municipal-tempos-crise-covid-19>>. Acesso em: 12 jun. 2021.
- ENTENDA o que é uma Cláusula Pétrea e qual a sua importância! **Politize**, abr. 2021. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/clausulas-petreas>>. Acesso em: 16 jun. 2021.
- ESTEVES, Sofia. Novo Coronavírus: que vírus é esse?. **Atlas da Saúde**, 2020. Disponível em: <<https://www.atlasdaude.pt/artigos/novo-coronavirus-que-virus-e-este>>. Acesso em: 26 maio 2021.

MUSSALAM, Juliana. A compra de vacinas pelo setor privado: cenário atual e perspectivas legais. **Conjur**, maio 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-07/ikedamussalam-compra-vacinas-setor-privado>>. Acesso em: 13 jun. 2021.

NONATO, Alessandro. Direitos fundamentais frente à pandemia do coronavírus. **Direitonet**, 2021. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11734/Direitos-fundamentais-frente-a-pandemia-do-coronavirus>>. Acesso em: 13 jun. 2021.

PÊGO, Bořivar et al. Oito Meses de Pandemia no Brasil: Medidas Para o Enfrentamento Federativo e Perspectivas com as Vacinas. **Nota Técnica IPEA**, n. 21, jan. 2021. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10455/2/NT_21_Dirur_OitoMesesPandemianoBrasil.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2021.

POLITIZE. **O que faz uma CPI?** 2021. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/cpi-o-que-faz>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

PRIMEIRA oferta de vacina foi feita em agosto, diz gerente da Pfizer na CPI. **Isto é**, 2021. Disponível em: <<https://istoe.com.br/cpi-em-14-8-fizemos-1a-oferta-de-vacina-a-pasta-da-saude-diz-gerente-da-pfizer>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

RICHTER, André. Estados e municípios podem comprar vacinas contra Covid-19, decide STF. **Agência Brasil**, fev. 2021. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2021-02/estados-e-municipios-podem-comprar-vacinas-contracovid-19-decide-stf>>. Acesso em: 13 jun. 2021.

RICHTER, André. STF: estados e municípios podem fazer ações contra covid-19 sem União. **Agência Brasil**, abr. 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-04/stf-estados-e-municipios-podem-fazer-acoes-contracovid-19-sem-uniao>>. Acesso em: 12 jun. 2021.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. Restrição e garantia dos direitos fundamentais em tempos de Covid-19. **Conjur**, maio 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-30/observatorio-constitucional-restricao-garantia-direitos-fundamentais-tempos-covid-19>>. Acesso em: 26 maio 2021.

SANTOS, Adriana. A diferença entre direitos fundamentais e humanos e cláusulas pétreas. **Conjur**, jul. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-02/adriana-cecilio-diferenca-entre-direitos-fundamentais-humanos>>. Acesso em: 13 jun. 2021.

SHALDERS, André. Coronavírus: quem pode decidir sobre a quarentena dos brasileiros: Bolsonaro ou governadores?. **BBC**, mar. 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52044708>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 1, n. 24, p. 105-121, jan. 2005. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rsocp/a/w75TqBF3yvjv4JHqyV65vcjb/?lang=pt>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: UMA ANÁLISE JURÍDICA A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹

PRISON IN SECOND INSTANCE: A LEGAL ANALYSIS FROM THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME FEDERAL COURT

Ana Laura Almeida de Moura²
Rafaela Cardoso de Brito³

RESUMO

Com o Estado Democrático de Direito no Brasil, observou-se um aumento dos debates acerca da efetivação de direitos fundamentais. Destacam-se questões relacionadas à execução antecipada da pena, pois o art. 5º, LVII da CF/88, consolida o princípio da presunção de inocência como um direito fundamental. Contudo, com o início do século XXI, cada vez mais os Tribunais Superiores brasileiros discutem as consequências que esse princípio acarreta para as sentenças penais, já que, de acordo com a interpretação realizada, poderá ou não ser declarada a viabilidade de execução antecipada da pena. Além disso, observou-se que o STF em menos de dez anos modificou seu entendimento a respeito do assunto, motivo pelo qual o problema deste trabalho consiste em examinar a integridade do STF na determinação da constitucionalidade de prisões executadas antes do trânsito em julgado de uma sentença. Logo, o debate tratado apresenta como objetivo geral verificar a coesão no comportamento do STF nos julgamentos sobre a possibilidade da prisão em segunda instância. Ademais, são objetivos específicos: (i) realizar discussão a respeito do que é e como se manifesta a prisão em segunda

¹ O presente estudo foi resultado de pesquisas elaboradas na disciplina de Jurisdição Constitucional, ministrada pela Professora Luciana Mello e na Oficina de Pesquisa Acadêmica, ministrada pela Professora Miriam Olivia no Law Experience, Curso de Direito da FAE Centro Universitário.

² Aluna do 3º período do curso de Direito Law Experience – FAE Centro Universitário.
E-mail: ana.laura.moura@mail.fae.edu

³ Aluna do 3º período do curso de Direito Law Experience – FAE Centro Universitário.
E-mail: rafela.brito@mail.fae.edu

instância no Brasil e (ii) analisar a jurisprudência do STF a partir de 2009. A pesquisa foi realizada com base no método indutivo, concretizado por pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, com foco nas ADCs 43, 44 e 54, de 2019. Percebe-se, como resultado, que o contexto político brasileiro influenciou decisões sobre a execução antecipada da pena, a qual já foi considerada tanto constitucional quanto inconstitucional pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Incoerência. Jurisprudência. Prisão em Segunda Instância. STF. Trânsito em julgado.

ABSTRACT

With the Democratic Rule of Law in Brazil, there was an increase in debates about the realization of fundamental rights. Issues related to the early execution of the penalty stand out, since art. 5, LVII of CF/88, consolidates the principle of the presumption of innocence as a fundamental right. However, with the beginning of the 21st century, Brazilian Superior Courts increasingly discuss the consequences this principle entails for criminal sentences, since, according to the interpretation made, the feasibility of early execution of the sentence may or not be declared. In addition, it was observed that in less than ten years STF changed its understanding of the matter, which is why the problem of this work is examine the integrity of STF in determining the constitutionality of prisons executed before the unappealable decision. Therefore, the debate discussed has as its general objective verify the cohesion in the behavior of STF in judgments about the possibility of imprisonment in second instance. Are specific objectives: (i) to accomplish a discussion about what is and how prison in second instance is manifested in Brazil and (ii) to analyze the jurisprudence of the Supreme Court from 2009. The research was carried out based on the inductive method, concretized by bibliographic and jurisprudential research, focusing on ADCs 43, 44 and 54, of 2019. It can be seen, as a result, that the Brazilian political context influenced decisions about early execution of the sentence, which has already been considered both constitutional and unconstitutional by the Judiciary.

Keywords: Incoherence. Jurisprudence. Second Instance Prison. STF. Transit in res judicata.

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira, ao já ter visto seu país ter sido palco de inúmeras experiências políticas diferentes e com características únicas, já consegue perceber que isso não impacta somente as decisões do Poder Executivo para o povo, mas também do Judiciário nacional. Nesse contexto, é possível observar que por diversas vezes, resoluções editadas pelas Supremas Cortes do país obtiveram além de caráter jurídico, uma grande influência política, o que pode prejudicar grande parte da justiça e da garantia das disposições constitucionais.

Grande exemplo de discussão que é capaz de refletir as instabilidades do Judiciário brasileiro é relacionada à execução antecipada da pena, ou seja, a possibilidade de prisões por meio de sentenças proferidas ainda na segunda instância da justiça. Dessa forma, percebe-se que são sentenças em que ainda não se verifica o trânsito em julgado, isto é, momento em que a decisão se torna definitiva e não pode mais ser alterada.

Assim, para que se possa ter uma compreensão do assunto, é preciso entender que a segunda instância do Judiciário brasileiro é formada pelos tribunais de justiça dos estados e também por tribunais regionais federais. Isso significa, que uma sentença, ao ser proferida por qualquer um desses tribunais ainda pode ser objeto de recurso e ser julgada pelas Cortes Superiores nacionais, como o Supremo Tribunal Federal (STF), as quais apenas julgarão erros considerados de direito. É esse um dos momentos em que o chamado trânsito em julgado ocorre, ou seja, quando a sentença se torna definitiva e não pode mais ser revisada por outro órgão judicial, visto que já foi requerida até a última instância. Ressalta-se ainda, que o trânsito em julgado também pode ocorrer caso o prazo para a interposição de recursos seja perdido pela parte interessada.

A partir das exposições acima, verifica-se que é tema de forte impacto na vida de todos os cidadãos, já que diz respeito à sua liberdade. Por esse motivo, no Brasil, o tema é discutido e revisado constantemente em diversos períodos históricos, e desde 2009 tem sido tema foco da Corte Suprema, a qual em apenas 10 anos teve modificações em seu entendimento sobre o assunto.

Dessa forma, o presente trabalho apresenta como principal objetivo verificar a existência de coesão e harmonia no comportamento do STF acerca dos julgamentos sobre a constitucionalidade ou não da prisão em segunda instância no país. Assim, o tema será discutido por meio de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, partindo do método indutivo de pesquisa sob a hipótese de que as decisões supremas são inevitavelmente influenciadas pela política e contexto histórico social.

Ademais, elenca-se que a pesquisa será exposta em duas etapas, a primeira terá como objetivo realizar uma análise de como a prisão em segunda instância se manifesta no Brasil, por meio de exposições a respeito do princípio da não culpabilidade e dos principais posicionamentos sobre o assunto. Em um segundo momento será realizada então, uma reflexão detalhada a respeito da jurisprudência do STF desde o ano de 2009, com foco nas ADCs 43, 44 e 54, julgadas em 2019.

1 ANÁLISE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA NO BRASIL

É possível observar que, no Brasil, a prisão em segunda instância é capaz de originar inúmeras discussões, principalmente por envolver importante princípio constitucional, o princípio da presunção de inocência. Nesse contexto, fica claro que princípios, ainda mais por estarem presentes no texto da Constituição Federal de 1988, acarretam debates delicados por terem como característica, certa maleabilidade e adaptabilidade, além de abrirem maiores espaços para interpretação por parte de seus aplicadores. Por esse motivo, serão apresentadas as principais características de tal princípio, o qual se posiciona como tema central da possibilidade de execução antecipada da pena, bem como os variados debates e posicionamentos que dele derivam.

1.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O novo modelo teórico desenvolvido a partir da década de 1950 conhecido por Neoconstitucionalismo é uma das bases do Estado Democrático de Direito brasileiro, que foi efetivado pela Constituição Federal de 1988 e trouxe uma nova forma e perspectiva de se avaliar o direito nacional. Dentre as diversas mudanças e avanços sofridos pelas legislações, uma das mais importantes foi a inclusão e a grande valoração dada aos princípios e garantias constitucionais, como o princípio da presunção de inocência, tema basilar para a presente discussão.

Além de poder ser deduzido implicitamente por uma leitura sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio em questão está localizado no artigo 5º, inciso LVII da CF/88, o qual declara que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ademais, pode-se constatar a infinita relevância dessa garantia constitucional ao notar que ela também é efetivada em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o qual traz expressamente em seu art. 11, 1 que

todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa;

e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

O princípio da presunção de inocência, caracteriza-se por ser uma conquista do povo contra opressões estatais ainda no período pós Revolução Francesa, no século XVIII, por tutelar a liberdade dos cidadãos frente ao governo. Também conhecido como presunção de não culpabilidade, o princípio “busca assegurar a eficácia do provimento jurisdicional a ser decretado, ou seja, garantir o andamento da persecução penal e/ou efetividade da condenação penal” (LEMOS JUNIOR; PAULA, 2019, p. 6).

Além disso, existem ainda dois possíveis desdobramentos decorrentes da presunção de inocência, uma regra de tratamento e uma regra probatória. A primeira afirma que o acusado deve ser tratado como inocente em todas as etapas do processo judicial, ou seja, seu valor social e moral deve ser preservado, enquanto a segunda determina que ninguém possui a obrigação de provar sua inocência, uma vez que ela é presumida, então “recai sobre o Ministério Público o papel de provar a existência de um fato que seja tido como criminoso e a autoria delitiva do ato, cabendo à defesa somente rebater as acusações” (SOUZA; LEITÃO, 2020, p. 9). Dessa forma, fica garantido ao réu o direito de responder ao processo em liberdade, além de todas as ferramentas, meios e recursos para a sua defesa serem assegurados, por isso se torna claro que “o referido princípio é ferramenta na busca por decisões justas na defesa dos direitos fundamentais do cidadão que não deve ser idealizado culpado, mas sim diagnosticado se assim o for de fato” (FERNANDES, 2019, p. 21). Outro ponto importante de ser salientado, é que conforme Lemos Junior e Paula (2019, p. 3) nenhum princípio é capaz de efetivar sozinho garantias fundamentais, o que faz com que a presunção de não culpabilidade atue conjuntamente com os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Ademais, ainda é relevante comentar que o princípio da presunção de inocência está no rol dos direitos elencados nas cláusulas pétreas, as quais “são limitadoras de decisões que retirem, transformem ou mesmo suprimam direitos” (FERNANDES, 2019, p. 25). A Constituição Federal brasileira, as elenca em seu artigo 60, parágrafo 4º, II ao expressar que não serão discutidas propostas de emendas tendentes a abolir “os direitos e garantias individuais”, dentre eles as garantias determinadas no art. 5º da CF/88, o que significa também, que há, implicitamente, na presunção de não culpabilidade, uma proteção à dignidade humana.

Portanto, percebe-se que essa garantia constitucional tem extrema relevância na proteção do indivíduo frente às arbitrariedades do estado. Além disso, entende-se que é uma proteção detentora de diversos desdobramentos que afetam consideravelmente o andamento do processo judicial e as garantias relacionadas aos acusados, o que faz com seja um assunto delicado que envolve não apenas questões jurídicas, mas também fatores políticos nacionais.

1.2 PRINCIPAIS POSICIONAMENTOS

O debate a respeito da possibilidade da execução antecipada da pena envolve, fundamentalmente, o princípio da presunção de inocência, visto que a depender da forma como é interpretado, a prisão em segunda instância será declarada constitucional ou não. Por esse motivo, serão apresentados os principais argumentos utilizados para a defesa ou a rejeição da prisão antecipada no Brasil.

Dessa forma, é de fundamental importância esclarecer que prisões cautelares, como as preventivas, temporárias ou em flagrante não são objeto de debate, uma vez que elas asseguram o seguimento do processo e a segurança de toda a comunidade. No entanto,

devem estar presentes os pressupostos cautelares: *fumus boni iuris*, que consiste na previsão da lei penal quanto a sua aplicação que determina que a prisão não se mantém nem se decreta se não houver perigo à aplicação da lei penal, perigo a ordem pública ou necessidade para instrução criminal (SOUZA; SILVA, 2019, p. 4).

A partir disso, é possível realizar reflexões acerca dos diversos pressupostos criados para justificar ou não a execução antecipada da pena. Nesse contexto, é permitido dizer que, no Brasil, existem posicionamentos extremamente divergentes e conflitantes, por isso foram elencados cinco argumentos utilizados por defensores e quatro fundamentações feitas por críticos contrários à prisão em segunda instância.

Grande partes dos juristas que se posicionam a favor da prisão ainda com sentença não transitada em julgado, (i) afirma que isso reduziria de forma drástica a impunidade no país, visto que, como o Poder Judiciário é superlotado, as demandas ocorrem em prazos extremamente longos, o que apenas posterga a punição de criminosos, assim

considerando o tempo necessário para que o processo chegue aos Tribunais Superiores e seja julgado, a ausência de efeito suspensivo aos recursos acarreta no risco real da ocorrência da prescrição, ou seja, na perda do direito de punir pelo Estado em razão do decurso do tempo (SALDANHA, 2018, p. 16).

Deste modo, deixaria de existir também, um agigantamento de afazeres do STF e até mesmo, uma infundável interposição de recursos.

(ii) Também é possível dizer que a última instância da justiça apenas avalia questões de direito, ou seja, processuais, então toda a discussão fática e probatória já teria se encerrado na segunda instância. Isso significa atestar que o crime já estaria comprovado e não seria mais possível modificar essa questão, portanto, indivíduos favoráveis a legitimidade da execução antecipada da sentença afirma que a presunção de não culpabilidade diz respeito ao mero aspecto processual, então,

não comprometeria o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência, tendo em vista que o acusado foi tratado como inocente durante o transcurso do processo criminal ordinário, tendo sido respeitados os direitos e garantias a ele inerentes, assim como observadas as regras probatórias e o modelo acusatório atua (REIS, 2020, p. 26).

(iii) Ademais, alegam que a impossibilidade dessa prisão poderia descredibilizar o Judiciário nacional, já que seria uma forma de duvidar na capacidade intelectual de inúmeros juízes. Fato de extremo interesse, pois para que um caso chegue à última instância da justiça, ele necessariamente será julgado por um juiz de direito e por no mínimo três desembargadores, então afirmar que a decisão deles ainda não poderia ser cumprida, seria capaz de retirar a convicção do povo na justiça nacional.

Outro ponto a ser analisado, (iv) é que os juristas defensores acreditam que “considerando a rapidez com que a sociedade evolui, a velocidade da informação, os avanços da ciência, o Direito não possui a capacidade de prever e regular todas as situações cotidianas” (SALDANHA, 2018, p. 2), o que tornaria ineficaz realizar apenas uma leitura literal dos dispositivos normativos. Por esse motivo, seria necessário efetuar a mutação constitucional – do art. 5, LVII da CF/88 –, a qual “caracteriza o poder decisório do STF em estabelecer novos entendimentos a determinadas regras, tornando sua aplicabilidade mais eficiente seguindo as evoluções que considere convenientes” (SILVA, 2019, p. 25-26). Então, há a defesa de que as interpretações ocorram em conjunto com outros princípios constitucionais, sem ser analisada apenas a gramaticalidade do texto.

(v) Além disso, outro argumento manifestado a favor da prisão em segunda instância é de que o princípio da presunção de inocência tem caráter menos denso e de pouca taxatividade ao ser comparado com uma regra. Dessa maneira, assim como outros princípios, ele poderia ser ponderado e relativizado, o que é altamente criticado por aqueles que se posicionam contrariamente, já que afirmam que caso um princípio constitucional seja simplificado, haverá uma forte justificativa para a relativização dos demais, além de ser uma superação dos limites da hermenêutica.

Assim, é necessário afirmar que como o art. 5, LVII da CF/88 menciona o trânsito em julgado é interessante ressaltar que é a partir desse momento que se torna impossível que uma sentença condenatória seja objeto de recurso, pois a torna imutável, por meio do reconhecimento do início da coisa julgada. Por estar expressamente escrito na Lei Maior brasileira, juristas e estudiosos contrários à prisão após sentença em segunda instância alegam que (i) não existe nenhuma margem possível para interpretações diferentes, o que evita o esvaziamento do princípio e proporciona segurança jurídica.

(ii) Ainda há um outro ponto manifestado por quem entende inconstitucional a execução antecipada da pena, a sobrecarga das unidades prisionais, já que “o sistema carcerário brasileiro está superlotado e muitos dos detentos não possuem sequer qualquer julgamento do seu caso, fica claro o entendimento em que a restrição da liberdade atinge em sua maioria a classe mais desfavorecida economicamente” (COELHO, 2019, p. 8). Além de que, (iii) a prisão em segunda instância apenas reforçaria a seletividade do sistema penal, uma vez que apenas os mais ricos teriam condições de ainda recorrer aos Tribunais Superiores.

(iv) Também é questionável como o sistema de justiça solucionaria as injustiças cometidas. Assim, é importante refletir sobre como se restituíam os anos de um inocente na cadeia sem o procedimento justo garantido a ele pela Constituição Federal.

Portanto, nota-se que no Brasil, existem inúmeras perspectivas diferentes sobre o assunto. Em sua maioria há a influência de aspectos políticos e históricos da sociedade, no entanto essas interferências não podem acontecer sobre as Cortes Contramajoritárias nacionais, o que é uma grande anomalia presente no seio da comunidade brasileira como será abordado nos próximos tópicos da presente pesquisa.

2 ANÁLISE DAS DECISÕES ACERCA DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA NO BRASIL

Por muito tempo o Judiciário brasileiro vem tendo diversas discussões acerca do tema “Prisão em Segunda Instância” por nunca conseguirem chegar a uma decisão certa e que seja a mais correta, já que, o tema tem inúmeras ramificações e inúmeros pensamentos diferentes, os quais sempre se divergem entre si e sofrem muita influência do meio externo, como da política e dos cidadãos que em alguns dos debates estão mais interessados do que outros. Por todos esses motivos citados, é possível notar a grande variação de opinião que vem ocorrendo nesses últimos 12 anos do sistema judiciário.

2.1 DECISÕES ACERCA DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA NO BRASIL, A PARTIR DE 2009

Desde o ano de 2009 existe uma grande dificuldade do STF em encontrar a melhor alternativa de decisão para a questão acerca da execução antecipada da pena no Brasil. Por esse motivo, existiram quatro diferentes decisões acerca do assunto dentro de 10 anos. (i) Até fevereiro de 2009, decorrente de uma decisão do HC 68726 realizada em 1991, os ministros do Supremo entendiam ser válida a prisão antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória, ou seja, se já houvesse condenação do réu porém estivesse em análise um recurso especial ou extraordinário, o mesmo deveria iniciar o cumprimento da pena enquanto aguardava a finalização do julgamento.

(ii) Em 2009, foi revisada a decisão de 18 anos antes, no HC 84078 em julgamento, sendo então concluído que a prisão em segunda instância seria proibida. Contudo, o réu poderia ser preso preventivamente se necessário, mas não cumprindo pena provisória como antes era aceita.

(iii) A decisão de 2009 prevaleceu até 2016, quando novamente foi revista por meio de julgamento de HC, o qual teve como justificativa a não ofensa ao princípio de presunção de inocência. Isso ocorre, pois a partir do momento em que a decisão em segundo grau é tomada já não se vale mais a presunção de não culpabilidade explicitada anteriormente, visto que ao chegar às Cortes Superiores o processo não recebe análises de provas e fatos, apenas são julgadas questões vinculadas a matéria, isto é, ao direito.

A partir da posição do STF em 2016, desprovendo os HCs e autorizando o início do cumprimento da pena após sentença condenatória em segunda instância, surgiram vários julgados com base nessa mesma decisão. Um deles que vem sendo debatido nos tribunais é o do caso da “lava jato”, um dos mais repercutidos por conta do julgamento do ex-presidente Lula, o qual foi condenado a 12 anos e 1 mês por lavagem de dinheiro e corrupção passiva, no caso do “tríplex” no Guarujá, no litoral de São Paulo, sendo também acusado em mais seis processos. Tendo recorrido à segunda instância, podendo ser este atingido com a decisão do STF, sendo possível a iniciação da pena em segunda instância (PORFIRIO, 2018).

(iv) A última deliberação do assunto foi em 2019, quando por meio das ADCs 43, 44 e 54, o STF retornou a sua antiga posição de que o cumprimento de pena deve realmente começar somente após o esgotamento de todos os recursos possíveis. No entanto, a prisão preventiva prevista no art. 312 do CPP continua sendo possível, desde que cumpra com os requisitos da lei, o que significa que o réu pode sim ficar preso antes do julgamento, mas por medida cautelar e não como execução provisória da pena (CAVALCANTE, 2019). Desde então, os presos que receberam suas sentenças em segunda instância foram soltos até que seus processos fossem completamente

finalizados, incluindo o ex-presidente, o qual atualmente por conta de outras complicações em seu julgamento, foi considerado inocente e no momento, pode concorrer à presidência novamente.

A primeira justificativa da regressão da decisão dos ministros do Supremo se dá pelo art. 283 do Código de Processo Penal – completamente compatível com a Constituição Federal, o qual prevê que

Art. 283 – ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL, 1941).

Dentre as razões para a atual decisão, há uma conclusão dada pelos Ministros da Corte Maior ao afirmarem que a interpretação de que a defesa do princípio da presunção de inocência pode obstruir as atividades investigatórias e persecutórias do Estado é infundada. Dessa forma, existe o entendimento de que ela seria infundada, já que a repressão a crimes não pode desrespeitar e transgredir a ordem jurídica e os direitos fundamentais do investigado.

O julgamento encerrou, ao menos por enquanto, um ciclo de idas e vindas do entendimento jurisprudencial do próprio STF, agora marcado por uma decisão de âmbito abstrato e efeito *erga omnes*, diversamente dos posicionamentos anteriores, manifestados em decisões pontuais e pessoais. Por ser uma decisão de efeito *erga omnes*, valerá de direcionamento para todas as instâncias do Judiciário e será de cumprimento obrigatório. Entretanto, não implica em liberação automática dos presos em segunda instância – ou seja, caberá a cada juiz analisar, caso a caso, a situação dos processos (MELLO, 2020).

Por fim, o Supremo Tribunal Federal deixa claro que a Constituição não pode ser submetida às vontades dos poderes constituídos e que o Poder Judiciário não deve se basear no clamor do público e em seus pedidos (CAVALCANTE, 2019). Então, conclui-se que os Ministros têm o dever de fundamentar toda e qualquer decisão na ordem jurídica estabelecida, a qual nem sempre será a vontade da maioria.

2.2 ANÁLISE JURÍDICA DAS JUSTIFICATIVAS DAS DECISÕES NAS ADCS 43, 44 E 54 JULGADAS PELO STF

No ano de 2019, o plenário do STF julgou em conjunto as Ações Declaratórias de Constitucionalidade de números 43, 44 e 54, nas quais, por maioria, julgou procedente

a ação para assentar a constitucionalidade do artigo 283, do CPP, na redação dada pela lei 12.403/11. A lei propôs a edição do art. 283 em questão, na qual foi concretizada a garantia explícita na Constituição.

Por tal redação, regra geral, a segregação do acusado somente poderá se materializar antes de transitar em julgado o decreto condenatório em situações de fundamentada necessidade, oportunidade que o magistrado o fará através do instrumento da prisão temporária ou preventiva. As ADC's tinham por objeto a discussão acerca da possibilidade da prisão após confirmação em segunda instância, jurisprudência esta adotada desde 2016 onde o STF, ao julgar o HC 126.292, também por maioria, entendeu acerca da possibilidade de início da execução provisória da pena logo após a confirmação da condenação em segunda instância, alterando o entendimento contido na lei ordinária, com repercussão na ideologia normativa da presunção de inocência lapidada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, sem declarar a inconstitucionalidade do artigo em referência (MOREIRA; SCHMITT, 2019).

A decisão final dos Ministros foi então, de que “ninguém poderá ser preso para começar a cumprir pena até o julgamento de todos os recursos possíveis em processos criminais, incluindo, quando cabível, tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal)” (CUNHA, 2020). Antes disso, até que todas as alternativas de julgamento do réu sejam esgotadas, o mesmo não poderá iniciar sua pena, a menos que haja condenação preventiva.

A decisão tem efeito “erga omnes”, ou seja, vale para todas as instâncias do Judiciário e será vinculante – de cumprimento obrigatório. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cerca de 5 mil presos podem ser beneficiados pela mudança de entendimento, se não estiverem presos preventivamente por outro motivo. Levantamento do Ministério Público Federal mostra que a decisão do STF pode beneficiar 38 condenados na Operação Lava Jato. O ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva é um deles (CUNHA, 2020).

O benefício que viria aos presos por condenação provisória seria a soltura até que a decisão judicial fosse finalizada, contudo aqueles que estariam cumprindo pena preventiva já não teriam o mesmo benefício, já que, o motivo de sua prisão é para precaver a sociedade de ter o réu livre.

Nos casos, por exemplo, do ex-presidente da Câmara Eduardo Cunha, e do ex-governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral, que estão presos após condenação em segunda instância, uma mudança de entendimento do STF não os tiraria da cadeia porque eles são alvos de prisões preventivas (CUNHA, 2020).

As ADCs 43 e 44, causaram grande turbulência no cenário jurídico brasileiro, por confirmarem a possibilidade de execução provisória da pena após duplo grau. Em 2016, o Supremo, em julgamento liminar, reafirmou seu último entendimento estabelecendo a execução provisória da pena (FERNANDES, 2019).

Contudo em 2019 juntando a Ação 54, o STF decidiu com uma melhor fundamentação constitucional, retroceder a última decisão e por fim então, proibir a prisão provisória e seguir como principal foco o princípio da presunção de inocência.

O entendimento utilizado em 2016 pelo Supremo Tribunal Federal transcendeu aos limites previstos pelo próprio Texto Maior, ao relativizar e flexibilizar o princípio da presunção de inocência, por meio da possibilidade de executar a pena do condenado em segunda instância. Ao passo em que, ao permitir que a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado definitivo da sentença penal condenatória, conclui-se antecipadamente que o réu é considerado culpado antes do término de todas as vias recursais, contrariando o teor do princípio em questão e demonstrando totalmente inconstitucional a prisão oriunda da confirmação da condenação em segunda instância (LEMOS JUNIOR; PAULA, 2019).

CONCLUSÃO

A partir das exposições realizadas no presente trabalho, é possível perceber que o assunto a respeito das prisões executadas antes do trânsito em julgado de uma sentença não é algo que abarca discussões apenas jurídicas. Como apresentado anteriormente, o Poder Judiciário, principalmente as Cortes Supremas atuam e modificam seus posicionamentos conforme o contexto histórico, político e econômico do país.

Desse modo, é notável que em diversas ocasiões, incoerências são geradas e uma grande insegurança por parte do povo é sentida. Isso ocorre pois, já não se percebe mais o motivo de determinadas decisões e entendimentos, há muita dúvida se realmente é analisada e respeitada a Constituição Federal de 1988, ou se apenas são discutidos jogos políticos e o que será melhor para determinados indivíduos.

Como observou-se, em apenas 10 anos o Supremo Tribunal Federal modificou sua compreensão sobre a possibilidade de prisões em segunda instância, a qual já foi declarada tanto constitucional, quanto inconstitucional pela Corte. Então, nota-se que apenas a interpretação do ordenamento jurídico não acarretaria as variadas transformações em um curto intervalo de tempo, o que deixa claro a existência de certa influência política na justiça brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 maio 2021.

CAVALCANTE, Márcio. STF decide que o cumprimento da pena somente pode ter início com o esgotamento de todos os recursos (é proibida a execução provisória da pena). **Dizer o Direito**, nov. 2019. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2019/11/stf-decide-que-o-cumprimento-da-pena.html>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

COELHO, Pablo. A prisão após segunda instância e o princípio da presunção de inocência e não culpabilidade. **Revista Jurídica Faculdade de Direito Franca**, Franca, v. 14, n.1, p. 305-321, jun. 2019. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/825/pdf>>. Acesso em: 22 maio 2021.

CUNHA, David Alves da. ADC 43, 44 e 54 – prisão após condenação em segunda instância e a presunção de inocência no Supremo Tribunal Federal. **Conteúdo Jurídico**, jun. 2020. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54671/adc-43-44-e-54-priso-aps-condenao-em-segunda-instancia-e-a-presuno-de-inocncia-no-supremo-tribunal-federal#:~:text=Supremo%20Tribunal%20Federal-,ADC%2043%2C%2044%20e%2054%20%2D%20pris%C3%A3o%20ap%C3%B3s%20condena%C3%A7%C3%A3o%20em%20segunda,inoc%C3%Aancia%20no%20Supremo%20Tribunal%20Federal&text=O%20tema%20central%20da%20discuss%C3%A3o,LVII%2C%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitos-humanos/?gclid=Cj0KCQjw--GFBhDeARIsACH_kdaVA3H4kU0z1ak65cbCoG-wze-zo7wqDg2p6BwxR-INovCkmLuKFcoaAtxNEALw_wcB>. Acesso em: 29 maio 2021.

FERNANDES, Kelly. Prisão em segunda instância: análise jurídica das decisões do Supremo Tribunal Federal. **SISTEMOTECA – Sistema de Bibliotecas da UFCG**, 2019. Disponível em: <<http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/handle/riufcg/11408>>. Acesso em: 22 maio 2021.

LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; PAULA, Ana Clara Porto de. Prisão em segunda instância e o princípio da presunção de inocência. **Direito e Desenvolvimento da Ucatólica**, Quixadá, v. 1, n. 1, p. 61-73, jul. 2019. Disponível em: <<http://publicacoesacademicas.unicatolicaquixada.edu.br/index.php/red/article/view/3149/pdf0007>>. Acesso em: 22 maio 2021.

MELLO, Felipe Vechiato de; Aspectos Constitucionais da Prisão a Partir da Condenação em Segunda Instância. **Etic: Revolução da Ciência, Cidade**, v. 1, n. 1, p. 61-73, jul./dez. 2020. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/8815>>. Acesso em: 14 jun. 2021.

MOREIRA, Leopoldo Gomes; SCHMITT, Oilson Nunes dos Santos Hoffmann. O julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF e a PEC 5/19 acerca da possibilidade da prisão em 2ª instância. **Migalhas**, nov. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/315161/o-julgamento-das-adcs-43--44-e-54-pelo-stf-e-a-pec-5-19-acerca-da-possibilidade-da-prisao-em-2--instancia>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

PORFIRIO, Miriane do Nascimento. **Prisão em Segunda Instância e o Princípio da Presunção de Inocência**. 2018. 61 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade Evangélica de Rubiataba, Rubiataba, 2018. Disponível em: <<http://repositorio.aee.edu.br/jspui/handle/aee/17649>>. Acesso em: 14 jun. 2021.

RAMOS, Ubiratan Pires. Da inconstitucionalidade e conseqüente nulidade da decisão proferida nas ADCs 43, 44 e 54. Jus.com.br, nov. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/77766/da-inconstitucionalidade-e-consequente-nulidade-da-decisao-proferida-nas-adcs-43-44-e-54>>. Acesso em: 04 de junho de 2021.

REIS, Wanderlei. Princípio constitucional da presunção de inocência e a prisão em segunda instância: o STF e a estabilidade jurídica no país. **Connection Line**: Revista Eletrônica da UNIVAG, Várzea Grande, v. 1, n. 22, p. 17-37, jan. 2020. Disponível em: <<http://periodicos.univag.com.br/index.php/CONNECTIONLINE/article/viewFile/1520/1647>>. Acesso em: 22 maio 2020.

SALDANHA, Renata. A possibilidade de prisão após o julgamento em segunda instância: uma questão principiológica. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista – Unioeste**, Marechal Cândido Rondon, v. 18, n. 34, p. 196-241, jan. 2018. Disponível em: <<http://saber.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/view/19488>>. Acesso em: 29 maio 2021.

SANTOS, Bismarque Pereira dos. A Instabilidade No Entendimento Do STF Acerca Da Prisão Imediata Após Decisão Condenatória Em Segunda Instância. **Âmbito Jurídico**, jul. 2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-instabilidade-no-entendimento-do-stf-acerca-da-prisao-imediate-apos-decisao-condenatoria-em-segunda-instancia>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

SILVA, Ana Raquel. **A execução da prisão em segunda instância**: um debate atual sobre a sua (in)constitucionalidade no direito brasileiro. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Unifametro, Fortaleza, 2019. Disponível em: <http://repositorio.unifametro.edu.br/bitstream/123456789/552/1/ANA%20RAQUEL%20PEREIRA%20DA%20SILVA_TCC.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

SOUSA, Andréia; LEITÃO, Macell. Da mutação constitucional ao ativismo judicial: uma análise do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre prisão em segunda instância. **Direito em Debate**, Ijuí, v. 29, n. 54, p. 232-245, jul. 2020. Disponível em: <<https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/10101>>. Acesso em: 22 maio 2021.

SOUZA, Fábio; SILVA, Rubens. Prisão após a segunda instância e presunção de inocência. **Artigos.com**, v. 10, e2160, nov. 2019. Disponível em: <<https://acervomais.com.br/index.php/artigos/article/view/2163>>. Acesso em: 22 maio 2021.

COVID-19 (CORONAVÍRUS) E A AMEAÇA DO CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

COVID-19 (CORONAVIRUS) AND THE THREAT OF ABUSIVE CONSTITUTIONALISM

Ariê Scherreier Ferneda¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo estudar o fenômeno do constitucionalismo abusivo, especialmente em tempos de pandemia da covid-19. Com efeito, o legalismo autocrático parte do uso de mecanismos de mudança constitucional para enfraquecer e minar as instituições democráticas e garantir o fortalecimento e a permanência de líderes no poder. Com efeito, no contexto da pandemia, alguns governos democráticos passaram a combater o coronavírus através da adoção de medidas de acúmulo de poderes de emergência que, por vezes, restringem os direitos humanos e reforçam a vigilância estatal sem levar em conta as limitações legais, bem como a supervisão parlamentar. Nesse sentido, para avaliar tal situação, o presente artigo se desenvolve por meio do método hipotético-dedutivo, lastreado na revisão bibliográfica. Com isso, foram analisadas algumas medidas adotadas ao redor do mundo, bem como no Brasil, invocadas a pretexto de combate à pandemia, mas que vão progressivamente corroendo a tutela de direitos fundamentais e o regime democrático. Verificou-se, ainda, a imposição de medidas que são desproporcionais à gravidade da crise; e a manutenção dessas disposições de emergência em vigor, mesmo após a melhora da situação. Por sua vez, de acordo com pesquisa realizada pelo *Institute for Democracy and Electoral Assistance*, quase metade das democracias em todo o mundo regrediu nos padrões básicos de direitos humanos e democráticos, em razão de medidas tomadas em resposta

¹ Mestranda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Graduada em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Fundadora da NÔMA – Norma e Arte. *E-mail*: ariefernedaxx@gmail.com

à pandemia covid-19. Segundo o *Global Monitor of covid-19's Impact on Democracy and Human Rights*, mais da metade dos países do mundo tinham, até ao final de novembro de 2020, implementado medidas consideradas preocupantes do ponto de vista da democracia e dos direitos humanos, a pretexto de conter a covid-19. Isso porque, tais medidas violavam os padrões democráticos em razão de serem desproporcionais, ilegais, indefinidas ou desnecessárias em relação à ameaça à saúde. As principais medidas adotadas consistiram, por exemplo, na restrição da informação e repressão da liberdade de expressão e dos meios de comunicação independentes. Nesse sentido, percebe-se que, em tempos de pandemia, líderes em todo o mundo passaram a invocar maiores poderes executivos, com características ditatoriais e com pouca resistência. No Brasil, por sua vez, houve a edição das Medidas Provisórias n. 928/2020, 966/2020 e 979/2020. Desse modo, a partir da pesquisa realizada, percebe-se que a pandemia representa um terreno propício para o crescimento e/ou fortalecimento do constitucionalismo abusivo. Assim, necessário se pensar em mecanismos para conter o enfraquecimento da democracia e a consequente ascensão do autoritarismo.

Palavras-chave: Constitucionalismo Abusivo. Covid-19. Meios de Comunicação. Democracia. Pessoa Humana.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constitucionalismo Abusivo: Fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil contemporâneo. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 12, n. 39, p. 79-97, jul./dez. 2018. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/641/907>. Acesso em: 31 mar. 2021

BERNAL. José Miguel Rojas. Poder constituyente y constitucionalismo abusivo: El problema de las cláusulas constitucionales de reemplazo. **Vox Juris**, Lima, v. 31, n. 1, p. 121-131, jan. 2016. Disponível em: <<https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/509/404>>. Acesso em: 31 mar. 2021

BUCHARD, Alan Barbosa. Estado de Exceção e emergência sanitária: Giorgio Agamben sobre a pandemia por coronavírus. **Investigação Filosófica**, Macapá, v. 11, n. 2, p. 37-53, mar. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/investigacaofilosofica/article/view/5906/pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

CÂMARA, Heloísa Fernandes; MOREIRA, Egon Bockmann. Entre exceções, estado de exceção e normalidade. O perigo da permanência do provisório. **Jota**, abr. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-excecoes-estado-de-excecao-e-normalidade-26042020>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

CENTER FOR SYSTEMIC PEACE. **Global Conflict Trends**. 2020. Disponível em: <<http://www.systemicpeace.org/conflictrends.html>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment. **International Journal of Constitutional Law**, New York, v. 13, n. 3, p. 606-638, jul. 2015. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/13/3/606/2450805?login=true>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE. **Taking Stock of Global Democratic Trends Before and During the covid-19 Pandemic**. Dec. 2020. Disponível em: <<https://www.idea.int/publications/catalogue/global-democratic-trends-before-and-during-covid19>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE. **The Global State of Democracy in Focus**. Nov. 2020. Disponível em: <<https://www.idea.int/news-media/news/nearly-half-democracies-have-regressed-basic-rights-2020-measures-combat-covid-19>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA A DEMOCRACIA E ASSISTÊNCIA ELEITORAL. **Carta Aberta**: um chamado para defender a democracia. Set. 2020. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/idea-carta-pela-democracia-15-09-2020/rybena_pdf?file=https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/idea-carta-pela-democracia-15-09-2020/at_download/file>. Acesso em: 31 mar. 2021.

LANDAU, David. Constitucionalismo Abusivo. Trad. Ulisses Levy Silvério dos Reis; Rafael Lamera Giesta Cabral. **Revista Jurídica da Ufersa**, Mossoró, v. 4, n. 7, p. 17-71, jan./jun. 2020. Disponível em: <<https://periodicos.ufersa.edu.br/index.php/rejur/article/view/9608/10261>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

UMA ANÁLISE DA ADI 4893 E SEUS REFLEXOS: QUANDO O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ENCONTRA O DIREITO ANIMAL

AN ANALYSIS OF ADI 4893 AND ITS REFLECTIONS: WHEN CONSTITUTIONALITY CONTROL MEETS ANIMAL LAW

Ariê Scherreier Fereda¹

Katherine Theodoros Marcopoulos²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo destacar a relevância de repensar a dignidade e atribuí-la, também, às formas de vida animal. Para isso, busca-se demonstrar que a dignidade e a tutela jurídica devem pautar-se na senciência dos seres vivos, e não em sua autodeterminação, sob pena de se adotar condutas discriminatórias. Ademais, como caso paradigma escolhido para análise no presente estudo, adota-se a Ação Direta de Constitucionalidade n. 4983, também conhecida como a ADI da vaquejada, a qual julgou inconstitucional a Lei n. 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada enquanto prática desportiva e cultural, pondo em conflito o artigo 215 da Constituição da República, que trata sobre as manifestações culturais e o artigo 225, §1º, inciso VII, da carta constitucional, versando sobre a proteção da fauna e da flora. Em contrapartida, o Poder Legislativo aprovou a EC n. 96/2017 junto a Lei n. 13.364/2016 (e sua emenda pela Lei n. 13.873/2019), que ratificam a importância da manifestação cultural e contrariam a decisão do Supremo Tribunal Federal, configurando-se em efeito *backlash*, ou seja, uma forte reação em relação a mudança ou evento recente, neste caso em relação a uma decisão judicial. Como consequência, ocasionou o ajuizamento das ADI's 5728 e 5772 sobre a inconstitucionalidade da referida emenda. Por outro

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4559-4186>. E-mail: ariefernedaxx@gmail.com

² Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7837-8308>. E-mail: kathemar@bol.com.br

lado, destaca-se que a dignidade da pessoa humana é atribuída ao homem, pois este deve ser considerado como um fim em si mesmo, enquanto as demais coisas servem de instrumento através do qual o homem pode atingir seus interesses individuais. Ocorre que a vida orgânica como um todo possui um valor intrínseco. Portanto, considerando que toda a vida possui um valor, não há justificativa de ordem racional e consciente para não atribuir dignidade às formas de vida animal. Assim, por meio do método hipotético-dedutivo, lastreado na revisão bibliográfica e documental, pode-se constatar que, mesmo sendo detentor de racionalidade e consciência, o homem, ainda assim, é o ser que pratica com obstinação as maiores violências no âmago de sua própria espécie. A maior violência, por outro lado, é praticada com aqueles que são considerados, injustificadamente, como propriedade do ser humano.

Palavras-chave: Animal. Senciência. Dignidade. ADI 4983. Vaquejada.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. O princípio fundamental da Dignidade Humana e sua concretização judicial. **Fórum Administrativo: Direito Público – FA**, Belo Horizonte, v. 4, n. 43, p. 4394-4404, set. 2004.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano Ambiental: uma abordagem conceitual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Introdução ao Direito Animal Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 13, n. 3, p. 48-76, set./dez. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/28768/17032>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no Direito contemporâneo e no discurso transnacional. Trad. Humberto Laport de Mello. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 101, n. 919, p. 127-196, maio 2012.

BARTLETT, Steven J. Raízes da resistência humana aos direitos dos animais: bloqueios psicológicos e conceituais. Trad. Daniel Braga Lourenço. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 2, n. 3, p. 17-66, jul./dez. 2007.

BELO, Eliseu Antônio da Silva. A Emenda da Vaquejada E O Efeito Backlash. **Consultor Jurídico**, jun. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-eliseu-belo.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

BELLO FILHO, Ney de Barros. Dignidade da pessoa humana e o direito fundamental ao ambiente. **Revista do Tribunal Regional Federal Primeira Região**, Brasília, v. 18, n. 11, p. 31-36, dez. 2006.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4983/CE. Rel. Min. Marco Aurélio; Plenário; j. em 06/10/2016.

CASARIL, Agenor. A pessoa humana como centro e fim do direito: a posituação da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 27, n. 1, p. 7-27, dez. 2007.

DECLARAÇÃO de Cambridge Sobre Consciência. 2012. Disponível em: <<http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos dos Animais. Unesco; ONU, 1978. Disponível em: <<http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

FRANCIONE, Gary L. Animal Welfare and the Moral Value of Nonhuman Animals. **Law, Culture and Humanities**, Boston, v. 6, n. 1, p. 1-13, jan. 2009. Disponível em: <https://www.academia.edu/13581152/Gary_L._Francione_-_Animal_Welfare_and_the_Moral_Value_of_Nonhuman_Animals>. Acesso em: 04 abr. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 2, n. 3, p. 69-94, jul./dez. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Thiago. A Emenda Constitucional 96/2017 da vaquejada e a ADI 5.728/DF. **Consultor Jurídico**, out. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-18/direitos-fundamentais-ec-962017-vaquejada-adi-5728df>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

SIMÃO, José Fernando. Direito dos Animais: natureza jurídica. A visão do Direito Civil. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, v. 3, n. 4, p. 897-911, abr. 2017.

SINGER, Peter. Entrevista com filósofo australiano Peter Singer sobre as prioridades do movimento de direito animal no Brasil. Entrevista concedida a Gilmar Miranda Freire. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 2, n. 3, p. 9-11, jul./dez. 2007.

SINGER, Peter. **Libertação Animal**. Tradução de Marly Winckler e Marcelo Brandão Cipolla. Revisão Técnica de Rita Paixão. São Paulo: M. Fontes, 2010.

VIEIRA, Isabelle Almeida; PICCINI, Pedro Ricardo Lucietto. A inconstitucionalidade da “vaquejada” segundo o STF e o posterior efeito backlash no Congresso Nacional. **Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, v. 1, n. 1, ago. 2020. Disponível em: <<https://rejuri.stj.jus.br/index.php/revistacientifica/article/view/16>>. Acesso em: 5 abr. 2021.

DA PASSARELA DE RATOS AO DESFILE DE JACARÉS: O BRASIL 2021 À MODA 1904 E O ANTAGONISMO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

FROM THE RAT'S RUNAWAY TO THE ALLIGATORS PARADE: 2021 BRAZIL 1904-STYLE AND THE ANTAGONISM OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Isadora Serpe Motta¹
Matheus de Abreu Landuche²

RESUMO

Em tempos pandêmicos onde a ciência se apresenta como único remédio – literalmente – para a mitigação da proliferação do coronavírus, o movimento antivacinação persiste em uma tese negacionista, patenteando uma dicotomia entre a saúde pública e a liberdade particular. Dessa maneira, remontando-se ao surto endêmico de varíola no governo Rodrigues Alves em 1904, estabelecer-se-á uma analogia do Brasil hodierno com o panorama brasileiro do século XX no que tange a incredulidade da sociedade para com o conhecimento científico concernente à eficácia da vacinação. Ao passo que no Rio de Janeiro de Oswaldo Cruz era a maior parte da população contra-corrente, noutro giro percebe-se uma conjuntura popular que anseia por imunização, mas que, no entanto, é regida por uma administração desqualificada para tais reivindicações. Este paradigma de pensamento é passível de ser observado em pronunciamentos da Presidência da República, quando rechaça a ciência através de escarnecimentos atinentes à indivíduos que “viram jacarés” ao serem imunizados, como efeito colateral da vacina. Enquanto que na República Velha a população elaborava criadouros de ratos clandestinos em troca de 300 réis por animal, na contemporaneidade a imunização torna-se a única esperança da maior parte dos indivíduos. Não obstante, sempre hão

¹ Graduanda do 3º período do programa de Direito Integral - LAW Experience da FAE Centro Universitário. Membro do grupo de estudos NECrim (Núcleo de Estudos em Ciências Criminais).
E-mail: isadora.motta@mail.fae.edu

² Bacharelado do 3º período do curso de Direito da FAE Centro Universitário.
E-mail: matheus.landuche@mail.fae.edu

de existir aqueles cujas ideias e convicções “terraplanistas” repugnarão os fundamentos científicos. Ocorre que daí emergem-se as subseqüentes dubiedades: pode o Estado coagir os indivíduos à imunização? Em que medida tal ato se enquadra como quebra de direito fundamental ou liberdade individual? O escopo deste estudo se encontra na empreitada de responder os questionamentos supracitados. Ademais, têm-se por objetivo específico, assimilar ambos os âmbitos constitucionais de tais períodos históricos, correlacionando a existência de uma imunização compulsória nestas épocas com os conceitos de liberdade e direito fundamental. Isto se dará através de analogias socioculturais históricas entre o cenário atual com a Revolta da Vacina, e a metodologia utilizada para sanar tais questões será a dedutiva, partindo do meio bibliográfico, qualitativo e exploratório. Concludentemente, realçar-se-á que inexiste uma condição hierárquica de princípios na Carta Magna de 1988, todavia, por meio de ponderação de princípios e utilização de elementos interpretativos e hermenêuticos, constata-se que é cabível a coercitividade para a imunização de rebanho no ordenamento jurídico brasileiro. Para além disso, por via de análise da dimensão objetiva dos direitos fundamentais constitucionalmente pré-delimitados, infere-se que o Estado tem o compromisso de efetivação dos direitos de coletividade.

Palavras-chave: Vacina Obrigatória. Direitos Fundamentais. Liberdade Individual. Coerção Estatal.

REFERÊNCIAS

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

DALLARI, Sueli. O eterno conflito entre liberdade e controle: o caso da vacinação obrigatória. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 18, n. 3, p. 7-16, mar. 2018. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/144645>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

GARDONI, Rennan. **Vacinação obrigatória**: liberdade individual e utilidade pública na modernização do direito brasileiro na república velha. 2017. 61 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br/handle/1884/58176>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

GIUBILINI, Alberto; DOUGLAS, Thomas; SAVULESCU, Julian. The moral obligation to be vaccinated: utilitarianism, contractualism, and collective easy rescue. *Med Health Care and Philos*, Pittsburgh, v. 21, n. 1, p. 547-560, fev. 2018. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11019-018-9829-y>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

SARLET, Info Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND THE ROLE OF THE SUPREME FEDERAL COURT IN PANDEMIC TIMES

Udo Guilherme Lutz¹

RESUMO

A pandemia do Coronavírus, sem dúvidas foi um evento extremamente trágico para toda a população no ano de 2020 – junto com sua extensão para 2021 que continua assolar a sociedade como um todo. Além de todas as questões sensíveis referentes à saúde e à proteção humana, muitas dúvidas foram geradas no plano macroestrutural – como nas áreas econômica, biológica e administrativa sobre como combater o vírus e suas consequências na sociedade. O Direito e suas ciências, por conseguinte, também são extremamente afetados por toda a pandemia e seus efeitos, posto que atuam principalmente em uma análise posterior sobre as medidas realizadas pelas outras funções do Poder (Legislativo e Executivo). Pode-se afirmar, ainda, que o Judiciário é a função do poder que mais possui dificuldades com a pandemia – visto que, além de julgar os casos concretos que chegam para análise, devem também fazer o controle das medidas tomadas pelo Legislativo e Executivo. Tudo isso, com o cuidado para não exceder seu âmbito de atuação. A Corte Suprema brasileira, além de enfrentar os pontos já ressaltados, ainda enfrenta uma enorme dificuldade – a falta de precedentes. Por ser uma medida atípica nunca enfrentada pelo Supremo, não há casos anteriores para serem utilizados como base argumentativa para os casos que chegam ao Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Fica então a problematização: como deve o STF atuar no período de pandemia? Entretanto, mesmo com todas as dificuldades, (ainda) há um elemento basilar, e que nunca deve ser desutilizado, para o auxílio da questão: a Constituição Federal de 1988.

¹ Acadêmico do curso de Direito Integral da FAE Law Experience. Frequenta grupos de pesquisa nas áreas de Direito Penal e Direito Internacional Penal. Concluiu o projeto de iniciação científica (2019-2020) e atualmente é bolsista de iniciação científica (2021-2022). Atualmente, estuda a grande área do Direito Público, verticalizando suas pesquisas às áreas Penal e Constitucional. *E-mail*: udolutz1@gmail.com

Isto é, mesmo com todas as dificuldades a serem enfrentadas, a Constituição Federal não pode ser contrariada ou “rasgada” em prol de algum item: o papel fundamental do STF, portanto, que sempre foi a proteção da Constituição, é reafirmado durante os tempos mais sensíveis. Desta feita, realizar-se-á no presente trabalho um ensaio sobre o papel da Suprema Corte Brasileira no período de pandemia e suas consequências ao olhar da Carta Magna promulgada em 1988 no Brasil. A hipótese para pesquisa, assim, está em ressaltar que a Constituição não pode ser segundo plano ao argumentar a pandemia como um momento de “novas necessidades”, bem como sobre sua (in)eficiência. Define-se, como objetivo geral – coadunando com a hipótese da pesquisa – demonstrar como o STF deve respeitar a Constituição em seus julgamentos, principalmente nos direitos e garantias fundamentais. Como ramificações específicas, auxiliando a compreensão e variáveis presentes no trabalho, define-se: (i) analisar a dificuldade da delimitação da função do STF: problemas como o ativismo judicial; (ii) demonstrar a dificuldade em efetivar os itens demonstrados no plano prático. Registra-se que o presente trabalho utiliza como metodologia a ser apresentada a referência bibliográfica e jurisprudencial, bem como o estudo de caso sobre o período delimitado, utilizando de diversas doutrinas e artigos publicados em revistas e livros jurídicos para uma compreensão e referências homenageadas no campo doutrinário. Além da interdisciplinaridade com outras áreas do conhecimento, como a literatura e matérias propedêuticas do Direito.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Pandemia. Dignidade. Pessoa Humana. Direitos Fundamentais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição** (Die normative Kraft der Verfassung). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. **Revista do CEJUR/TJSC**: Prestação Jurisdicional, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 29-44, dez. 2013

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016a.

A CONTRAPOSIÇÃO DE DECISÕES ENTRE PODERES: O EFEITO *BACKLASH* NA QUESTÃO DA VAQUEJADA¹

THE CONTRAPOSITION OF DECISIONS BETWEEN POWERS: THE BACKLASH EFFECT ON THE ISSUE OF VAQUEJADA

Giovanna Baggio Flores²

Maria Eduarda Penha de Almeida³

RESUMO

A vaquejada é uma prática cultural nordestina, aparentemente esportiva, na qual uma plateia assiste dois indivíduos montados em cavalos tentarem derrubar um boi em uma faixa de areia, puxando-o pelo rabo. Essa atividade, com o tempo, se tornou um evento recreativo com relevância direta na cultura e na economia do nordeste do Brasil, representando um patrimônio cultural para o povo nordestino. Esse costume foi amplamente debatido pelo seu aspecto degradante ao animal, que é alvo de extrema crueldade. Diante disso, será examinado, sob a ótica da Constituição Federal de 1988, o embate entre o STF e o Congresso Nacional quanto à (in) constitucionalidade da prática da vaquejada. Nisso, também será objeto de análise as decisões do Supremo Tribunal Federal em relação a essa prática, de acordo com os princípios constitucionais presentes no Brasil, como a ADI 4983/CE, de outubro de 2016, e as ADI's 5728 e 5772, ambas ainda pendentes em julgamento. Ademais, haverá a abordagem da harmonia entre os poderes e da Emenda Constitucional n° 96 de 2017, a qual foi promulgada pelo Congresso Nacional como um meio de invalidar a decisão do STF contra a prática da vaquejada. Essa resposta do Congresso

¹ O presente estudo foi resultado das pesquisas elaboradas na disciplina de Oficina de Pesquisa científica ministrada pela Professora Miriam Olivia Knopik Ferraz no Law Experience – FAE Centro Universitário.

² Aluna do 3° período do curso de Direito da FAE Centro Universitário – Law Experience.
E-mail: giovanna.baggio@mail.fae.edu

³ Aluna do 3° período do curso de Direito da FAE Centro Universitário – Law Experience.
E-mail: maria.penha@mail.fae.edu

Nacional ao STF representa uma reação adversa não-desejada à atuação judicial do Supremo, fenômeno conhecido como “Efeito Backlash”. Sendo assim, o artigo terá como objetivos específicos: a) descrever o que é a vaquejada, apontando seu impacto cultural; b) fazer a análise constitucional sobre a colisão de direitos fundamentais relacionados a essa prática; c) entender a contraposição entre as decisões do STF e a Emenda da Vaquejada; d) compreender o efeito Backlash e sua relevância jurídica e) a divisão de opiniões dentro dos poderes e a razoabilidade de suas decisões. Assim, a metodologia utilizada no presente trabalho é indutiva, fazendo uso de pesquisa qualitativa, com análise documental e descritiva. Nesse cenário, a partir da análise dos julgados do STF e o posicionamento do Congresso Nacional a respeito da vaquejada, será possível identificar se efetivamente existe um choque de princípios acerca dessa temática, sendo plausível a abordagem dos direitos dos animais, defendido pelo Art. 225 da CF/88, o qual garante um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e o direito à cultura, contido no Art. 215 da CF/88. Assim, esses princípios se contradizem no caso da vaquejada, e serão objetos de contemplação do artigo. Outrossim, o presente trabalho almeja analisar o papel do STF como um órgão do judiciário de suma importância no ordenamento brasileiro e protetor das minorias. Além disso, visa-se analisar a (in)coerência do posicionamento do STF no caso da vaquejada, tendo em vista decisões anteriores deste mesmo tribunal a respeito de temas similares. Nisso, também será abordada a controvérsia de ideias dentro do próprio Congresso Nacional, já que houveram movimentos contrários à Emenda Constitucional firmada pelo Congresso Nacional em 2017, a qual defende a prática da vaquejada como algo constitucional.

Palavras-chave: Vaquejada. (In) Constitucionalidade. Direito dos Animais. Congresso Nacional. Supremo Tribunal Federal. Efeito Backlash.

REFERÊNCIAS

- BELO, Eliseu Antônio da Silva. A emenda da vaquejada e o efeito backlash. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 74, out./dez. 2019. Disponível em: <<https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1506380/Eliseu+Antônio+da+Silva+Belo.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2021.
- CARVALHO, Márcia Haydée Porto de; MURAD, Raket Dourado. Caso da vaquejada entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo: a quem cabe a última palavra?. **Revista de Biodireito e Direitos dos Animais**, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 18-37, jul./dez. 2017. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/210565227.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

KRELL, Andreas J.; LIMA, Marcos Vinício Cavalcante. A vedação constitucional de práticas cruéis contra animais e a correta interpretação das normas legais sobre vivissecção pelas comissões de ética no uso de animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 10, n. 19, p. 113-153, jan. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/14383/9897>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina De. “Diálogo” entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 63-81, abr. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000100063&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 01 abr. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. A Emenda Constitucional 96/2017 da “vaquejada” e a ADI 5.728/DF. **Consultor Jurídico**, out. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-18/direitos-fundamentais-ec-962017-vaquejada-adi-5728df>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

SILVA, Gilnara Karla Nicolau da; AZEVEDO, Francisco Fransualdo de. Consumo versus cultura: a vaquejada utilizada como instrumento para a reprodução do capital em Macaíba-RN. **Revista de Geografia (UFPE)**, Recife, v. 31, n. 3, p. 61-81, jan. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistageografia/article/viewFile/229030/23433>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

SIQUEIRA FILHO, Valdemar; LEITE, Rodrigo de Almeida; LIMA, Victor Breno De. A prática da vaquejada em xeque: considerações sobre a ação direta de inconstitucionalidade nº 4.9831. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 10, n. 20, p. 59-80, ago. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/15297/10657>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

MAPEAMENTO DAS PRINCIPAIS DEMANDAS DE SAÚDE QUE CHEGARAM AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ANO DE 2020¹

MAPPING OF THE MAIN HEALTH DEMANDS THAT ARRIVED AT THE FEDERAL SUPREME COURT IN 2020

Ana Laura Almeida de Moura²

Ana Laura Fonseca Franke³

RESUMO

A partir do início da instauração do Estado Democrático de Direito na sociedade brasileira, foi possível observar a manutenção de inúmeras políticas públicas e implementação de novas, as quais objetivavam concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. No entanto, observa-se uma grande pluralidade ideológica no Congresso Nacional, a qual faz com que a vontade popular se torne demasiadamente fragmentada. Isso significa que diversos eleitos não encontram apoio para solucionar as necessidades e promessas que se comprometeram a cumprir, afinal dentro das casas do Congresso a dificuldade para aprovação de projetos de leis em geral, incluindo os que buscam efetivar direitos fundamentais em forma de políticas públicas, é grande por raramente se conseguir reunir uma maioria partidária nas votações parlamentares. Dessa maneira, os representantes dos Poderes Executivo e Legislativo – legítimos responsáveis pela criação e efetivação dessas políticas encontraram dificuldades para a concretização da sua implementação, o que fez com que muitos brasileiros precisassem recorrer ao Poder Judiciário para que tivessem suas demandas solucionadas. Logo, o

1 O presente estudo foi resultado das pesquisas elaboradas na disciplina de Oficina de Pesquisa científica, ministrada pela Professora Miriam Olivia Knopik Ferraz, no Law Experience – FAE Centro Universitário.

2 Aluna do 3º período de Direito Law Experience – FAE Centro Universitário.
E-mail: ana.laura.moura@mail.fae.edu

3 Aluna do 3º período de Direito Law Experience – FAE Centro Universitário.
E-mail: ana.franke@mail.fae.edu

problema deste trabalho se resume em demonstrar quais são as principais demandas de políticas públicas de saúde que chegaram até o Supremo Tribunal Federal no ano de 2020. Assim, a presente discussão tem como principal objetivo trazer a público quais assuntos relacionados à saúde chegaram para julgamento dos ministros do STF no ano de 2020. Os objetivos específicos são (i) mapear quais políticas públicas de saúde foram judicializadas em 2020, (ii) discorrer sobre a atuação do Poder Judiciário na efetivação das políticas públicas de saúde, (iii) estudar sobre uma possível interferência do STF na independência dos três poderes. Ademais, acrescenta-se que a pesquisa realizada utiliza o método de pesquisa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por meio da busca pelas palavras chaves: “saúde” e “políticas públicas”, com restrição temporal para julgamentos realizados no ano de 2020, e o método hipotético-dedutivo para sua concretização, o qual é efetuado também por meio de referências bibliográficas que debatem amplamente o assunto. A partir disso, é possível elencar como principais resultados e reflexões, que as demandas primordiais se concentram em pedidos de fornecimento/descontos de medicamento/suplementos, aprovação de químicos de agricultura, utilização de produtos fumígenos em circunstâncias diversas, reestruturação de hospitais, medidas de emergência sanitária e questões tributárias do estado relacionadas à saúde, conforme o anexo 1. Assim, percebe-se que o cenário atual da configuração política e governamental brasileira proporciona e até mesmo favorece a judicialização de políticas públicas, em destaque para aquelas relacionadas à saúde dos indivíduos, uma vez que o déficit democrático nacional (ocasionado por uma fragmentação da vontade popular) faz com que a Suprema Corte assuma um papel cada vez mais ativo na solução de conflitos ignorados pelos outros dois poderes.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Judicialização. Políticas Públicas. Principais Demandas. STF.

REFERÊNCIAS

GROSS, Alexandre. Atuação do STF na efetivação do direito à saúde no Brasil – Perspectivas da judicialização entre escassez e políticas públicas. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 24, n. 3, p. 53-69, mar. 2012.

LIMA, Cristina; BEZERRA JÚNIOR, José. Judicialização das Políticas de Saúde: uma Abordagem Histórica, Sociocultural e Jurisprudencial. **Juris Rationis**, Natal, v. 6, n. 1, p. 55-66, out. 2013. Disponível em: <<https://repositorio.unp.br/index.php/juris/article/view/301>>. Disponível em: 31 mar. 2021.

MARQUES, S. B. Judicialização do direito à saúde. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 65-72, mar. 2008. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v9i2p65-72. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13117>>. Acesso em: 1 abr. 2021.

RIBAS, Giovanna; SOUZA FILHO, Carlos F. A Judicialização das Políticas Públicas e o Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 44, p. 36-50, jan./jun. 2014. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/378>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Jurisprudências**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&julgamento_data=01012020-31122020&page=1&pageSize=10&queryString=%22sa%C3%BAde%22%20e%20%22pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas%22&sort=_score&sortBy=desc> Acesso em: 09 abr. 2021

VENTURA, Miriam et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, ago. 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 1 abr. 2021.

O TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS E A SUA INFLUÊNCIA NO CONTEXTO MUNDIAL¹

INTERNATIONAL HUMAN TRAFFICKING AND ITS INFLUENCE IN TODAY'S CONTEXT

Gabriela Heller Ramos²

Júlia Piazero³

RESUMO

O tráfico de pessoas, apesar de ser um tema bastante atual, ocorre há séculos e está presente em diversas fases do desenvolvimento da humanidade. O surgimento desta prática ocorre desde a colonização e das lutas por terras, onde os vencedores costumavam dominar os perdedores, tornando-os escravos. O tráfico de pessoas é uma prática ilegal que se camufla em nosso meio social, o próprio indivíduo por muitas vezes assume que «nunca acontecerá comigo» e acaba caindo neste golpe, tanto por falta de informação sobre o tráfico, quanto por talvez desconhecer pessoas que já passaram por tal situação, ao contrário de assaltos por exemplo, fazendo com que o indivíduo se torne ainda mais vulnerável. Os questionamentos que o trabalho busca responder são os seguintes: Quais são os impactos do tráfico internacional de pessoas no mundo? Qual o envolvimento político nesse contexto? Quais são os países que mais traficam no mundo? Qual o perfil das vítimas que são traficadas? O objetivo geral deste trabalho é descrever como é a realidade do tráfico de pessoas ao redor do mundo e a sua influência

¹ O presente estudo foi resultado das pesquisas elaboradas na disciplina de Oficina de Pesquisa Científica, ministrada pela professora Miriam Olivia Knopik Ferraz no Law Experience do curso de Direito da FAE Centro Universitário.

² Aluna do 3º período do curso de Direito Law Experience da FAE Centro Universitário.
E-mail: gabriela.heller@mail.fae.edu

³ Aluna do 3º período do curso de Direito Law Experience da FAE Centro Universitário.
E-mail: julia.piazero@mail.fae.edu

no contexto mundial, tanto sócio quanto economicamente, evidenciando seu impacto também no contexto jurídico brasileiro. Seus objetivos específicos são: (i) definir o que é o tráfico de pessoas e seu impacto no mundo; (ii) explicar qual o envolvimento político dentro do contexto do tráfico; (iii) descrever os perfis das vítimas nesse meio; (iv) analisar quais os países que mais traficam pessoas no mundo. A metodologia foi abordada com análise documental e pesquisas bibliográficas. O assunto tratado no presente trabalho é extremamente delicado e deveria ser mais discutido em âmbito nacional e internacional, com os países cooperando entre si para que essa prática seja extinta. A partir deste trabalho é esperado que a definição do tráfico de pessoas fique mais clara ao leitor e que seus impactos mundiais e individuais sejam melhor definidos. Além disso, é de suma importância trazer à tona uma análise detalhada dos perfis vitimológicos deste tipo de crime. Assim, o assunto “tráfico de seres humanos” poderia ser mais discutido e pautado em âmbito internacional, principalmente entre agências federais como a INTERPOL, por exemplo, e é esperado que os países passem a cooperar mais ainda entre si para que este tipo de crime seja completamente extinto.

Palavras-chave: Tráfico de pessoas. Internacional. Contexto mundial. Direitos Humanos. Envolvimento político. Exploração. Dignidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Daniela Alves Pereira. **O tráfico de pessoas para remoção de órgãos**: do Protocolo de Palermo à Declaração de Istambul. 2011. 14 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário Brazcubas, Mogi das Cruzes, 2011. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/premios-e-concursos/daniela.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2020.

ARY, Thalita Carneiro. **O tráfico de pessoas em três dimensões: Evolução, globalização e a rota Brasil-Europa**. 2009. 158 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração e Programa de Ação de Viena**: Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. Viena, 1993. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

SOBRE A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

ON THE RATIONALE OF THE JUDGMENT DECISIONS AS A FUNDAMENTAL LAW FROM THE HERMENEUTIC CRITICISM OF THE LAW

Vinícius Quarelli¹
Miriam Olivia Knopik Ferraz²

RESUMO

Como objetivo do presente trabalho, tem-se a descrição do papel da fundamentação das decisões judiciais na Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). Enquanto problema de pesquisa, foca-se no esclarecimento de um alicerce da teoria supramencionada no tocante à imperatividade da fundamentação das decisões. Ademais, justifica-se a presente pesquisa em face da relevância da teoria para a reformulação da visão da fundamentação das decisões judiciais. Procura-se centralizar uma questão abordada em décadas de trabalho. A hipótese de pesquisa: a fundamentação das decisões, de acordo com as premissas teóricas do referencial em estudo, é condição de possibilidade para a concretização dos Direitos Fundamentais. O método utilizado é lógico-dedutivo, lastreado na pesquisa bibliográfica. Inicialmente, ressalta-se que a CHD é uma matriz teórica fundada por Lenio Streck e que se prova relevante por dois fatores: insuficiências e necessidade. Quanto ao primeiro, por efetivamente enfrentar a insuficiência dos modelos de jurisdição anteriores (exegéticos que petrificam os Direitos Fundamentais

¹ Formado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pós-graduando em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Advogado e monitor no projeto NÔMA – Norma e Arte. *E-mail*: viniciusquarelli@gmail.com

² Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Mestre e Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pós-graduada em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Editora Adjunta da Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Coordenadora Adjunta do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná- Brasil. Professora da FAE Business School. Advogada. Fundadora do NÔMA – Norma e Arte. *E-mail*: m.okf@hotmail.com

e que muitas vezes o preterem ao aplicar uma Lei dissonante da Constituição, bem como os positivistas normativistas que dependem da sapiência do “bom juiz” e flertam com o ativismo judicial). Já em relação ao segundo, por adequar-se a um novo paradigma (Estado Democrático de Direito) que passou a fazer valer a força normativa da Constituição. Nestes termos e antes que se passe a um maior desenvolvimento da relação fundamentação vs jurisdição, cumpre apontar uma breve conceituação: a CHD “é uma nova teoria que exsurge da fusão dos horizontes da filosofia hermenêutica, da hermenêutica filosófica e da teoria integrativa dworkiniana. Dela exsurge a tese de que há um direito fundamental a uma resposta correta, entendida como adequada à Constituição”. Dando seguimento, a CHD possui um atendimento singular em relação à fundamentação pois parte de uma noção diferente de interpretação. Ao passo que as teorias positivistas primitivas (exegetismo etc.) compreendem a interpretação em termos aristotélicos (correspondência entre enunciado e realidade) e o positivismo normativista em termos metodológicos (os sentidos não estariam mais nas coisas, mas sim na mente do sujeito), a matriz teórica em estudo postula por uma interpretação enquanto explicação de uma compreensão. Convergindo a citação do autor e o trecho final do parágrafo anterior, aquilo que Streck propõe a partir de Wittgenstein e Heidegger é que sempre existe uma compreensão linguística que é anterior. Indo além, sustenta que essa linguagem é inerentemente intersubjetiva uma vez que o sujeito sempre está inserido em uma comunidade cuja linguagem o condiciona (isto é, ninguém é ou pode ser dono dos sentidos). Em matéria de jurisdição, isto quer dizer que toda compressão deve ser adequada ao acordo intersubjetivo chamado Constituição e que qualquer enunciado jurisdicional deve filtrar-se em suas balizas. Tem-se como objeto não somente a Lei, mas o próprio entendimento jurídico. Em termos ainda mais práticos, a fundamentação das decisões judiciais reveste-se de fundamentalidade pois é justamente em sua concretização que qualquer Direito autêntico pode assentar-se.

Palavras-chave: Decisões Judiciais. Crítica Hermenêutica. Direito. Direitos Fundamentais. Constituição.

REFERÊNCIAS

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 282-302.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 137-143.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 201.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 34-44.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Nova Cultural. 1999. p. 114.

DIREITO DA PERSONALIDADE E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: REFLEXÕES SOBRE O MORRER DURANTE A PANDEMIA COVID-19

PERSONALITY RIGHTS AND PRINCIPLE OF DIGNITY OF THE HUMAN PERSON: REFLECTIONS ABOUT DYING DURING THE COVID-19 PANDEMIC

Karina Silveira de Almeida Hammerschmidt¹
Thábata Beatrice Nicolau²

RESUMO

Introdução/Justificativa: A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental, estabelecido na Constituição Federal Brasileira, não basta o direito à vida, é preciso dignidade durante o viver e morrer (mínimo existencial digno). Em 2020, a pandemia covid-19 aflorou elevada mortalidade, evidenciando cenas com seres humanos sendo descartados, refutando o princípio da supremacia Constitucional, consagrada pelo direito à vida digna, com vedação de práticas humilhantes ao ser transindividual dotado de personalidade. Objetivo: Analisar situações que envolvem o morrer durante a pandemia covid-19 entrelaçadas com o direito da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Metodologia: Para embasar as reflexões, utilizou-se: Constituição Federal Brasileira (1998), Sarlet (2021), Reale (2002), Dimitri (2021), Diniz (2004), Hachem (2013), bem como foi realizada revisão integrativa da literatura na *Scientific Electronic Library Online* (SciELO), com estratégia de busca bibliográfica (descritores: dignidade “and” morte). Da busca, emergiram quatro publicações, que também fizeram parte do *corpus de análise* da reflexão. Resultados e considerações: A

¹ Aluna do curso de Direito da FAE Centro Universitário. Enfermeira. Doutora em Enfermagem pela FURG. Mestra em Enfermagem pela UFPR. Mestra em Organizações e Desenvolvimento pela FAE Centro Universitário. Especialista em Saúde Coletiva pela PUCPR. Especialista em Administração pela FAE Centro Universitário. Docente do Departamento de Enfermagem da UFPR. *E-mail*: ksalmidah@ufpr.br

² Pós-graduanda em Gestão de Projetos pela FAE Business School. Graduada em Administração pela UFPR. Acadêmica de Direito da FAE Centro Universitário. Integrante do Grupo de Pesquisa Observatório dos Direitos de Gênero da FAE Centro Universitário. *E-mail*: thabata.nicolau@mail.fae.edu

emergência sanitária imposta pela pandemia covid-19, o colapso dos sistemas de saúde, e os esforços profissionais para manutenção e conservação da vida do ser humano, reforçam a complexidade do contexto patológico pouco explorado cientificamente, resultando em situações que não lograram êxito para vida. Como resultado, verificou-se mortalidade descontrolada, em cenário cotidiano com situações permeadas pela ausência de escolhas do ser humano e seus familiares. A finitude, durante o momento pandêmico, tornou o fim da vida algo estritamente biológico, desvinculando-se do direito de personalidade e da dignidade humana, valor-fonte do ordenamento constitucional brasileiro. O direito da personalidade vincula-se à esfera nuclear de personalidade, dignidade e liberdade humana, colocando o direito à vida em destaque, respeitando a trajetória do ser humano e seus familiares. A inesperada alteração na forma de morrer e viver com a pandemia covid-19, não pode se contrapor ao direito fundamental à vida digna, pois a morte é parte da existência, e para ser digna necessita de conforto, informação, esclarecimento, poder decisório e intimidade. Cultos e cerimônias de finitude fazem parte do ciclo da vida do ser, porém as necessidades de contenção sanitárias inviabilizaram sepultamentos, desfavorecendo o direito do cadáver, da família e do próprio ser humano, que tem trajetória de vida planetária. Compreender a dignidade do morrer, nesta quadra, é respeitar a vida, mesmo diante das adversidades deste momento acelerado, significa compreender que as pessoas humanas positivadas com covid-19 tem direito de proteção constitucional, conformando-se nos princípios fundamentais, valores supremos da ordem jurídica. Destarte, é oportuno refletir sobre os limites deste direito na pandemia, bem como os deveres de proteção da dignidade da pessoa humana, considerando a ancestralidade do ser, respeitando o coletivo e a solidariedade. O ser humano é memória e sentimento de coletividade, portanto, a ética social não permite que seja tratado como objeto corporal. É fundamental respeitá-lo como ser transindividual dotado de dignidade, assim é urgente estratégias para boa morte, evitando a violação dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito. Personalidade. Dignidade. Pessoa Humana. Morte. Pandemia. Covid-19.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição Federal 1988**: Constituição comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- DIMITRI, D. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DINIZ, D.; COSTA, S. **Morrer com dignidade**: um direito fundamental. In: CAMARANO, Ana Amélia (Org.). Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60? Rio de Janeiro: IPEA, 2004.

HACHEM, D. W. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 618-688, jul./dez. 2013.

REALE, M. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FEMTECHS: UM MUNDO VIRTUAL NADA COR-DE-ROSA

FEMTECHS: NOT A PINK VIRTUAL WORLD

Gabrielle Canalli¹

RESUMO

Considerando o advento da economia globalizada que tem como matéria-prima a utilização de informações, sendo movida pelo compartilhamento de dados entre grandes *players* de mercado, o objetivo desse trabalho é demonstrar como os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres em aplicativos de controle menstrual são tratados pelo controlador. Para tanto, por intermédio da pesquisa empírica qualitativa, partindo de dados secundários, sendo o principal o estudo utilizado de autoria da Privacy International (2019), foram selecionadas 5 *Femtechs* internacionais, empresas emergentes que desenvolvem produtos para mulheres, que tem aplicativos de controle menstrual, com usuárias do mundo todo, com o objetivo de: (a) demonstrar a natureza de dados compartilhados, de acordo com a Lei 13.709; (b) indicar a ausência de transparência das *Femtechs* quanto ao compartilhamento de dados; e (c) demonstrar a insegurança do sistema pela ausência do conhecimento da titular de dados. Como resultado, observa-se, infrações à direitos constitucionais (privacidade, direitos sexuais e reprodutivos), de um lado, que as usuárias não têm conhecimento do compartilhamento de dados e utilizam desse produto como um facilitador de rotina e promovedor de cuidados pessoais, em específico ginecológicos, e, de outro, que os dados compartilhados pelas *Femtechs* têm a função de promover conteúdo específicos para a usuária, tal como melhorar o

1 Aluna do 10º período do curso de Direito Integral/Law Experience da FAE Centro Universitário. Pesquisadora do Grupo de Estudos Tecnolawgia da FAE Centro Universitário e do Observatório de Gênero da FAE Centro Universitário. *E-mail*: gabrielle.canalli@gmail.com

próprio produto. Tal cenário, apresenta-se como perverso ao constatar que as titulares dificilmente compartilhariam dados sexuais e reprodutivos com indivíduos que não fossem seus médicos, e, por sua vez, que os controladores têm compartilhado dados menstruais, para lucrar, em razão do fenômeno emergente da indústria de absorventes e sintetização de hormônios que evitam a gravidez.

Palavras-chave: Compartilhamento. Proteção de dados. *Femtechs*. Direitos Sexuais. Direitos Reprodutivos.

REFERÊNCIAS

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BOFF, Salete Oro et al. **Proteção de dados e privacidade**: do direito às novas tecnologias nas sociedades da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CORBIN, Bethany. Digital Micro-Aggressions and Discrimination: FemTech and the ‘Othering’ of Women. **Nova Law Review**, Fort Lauderdale, v. 44, n. 1, p. 1-28, out. 2020. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3630435>>. Acesso em: 15 maio 2021.

LOPES, Alan Moreira et. al. **Manual jurídico da inovação e das startups**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

PRIVACY INTERNATIONAL. **No body’s business but mine**: how menstruation apps are sharing your data. Oct. 2019. Disponível em <<https://www.privacyinternational.org/long-read/3196/no-bodys-business-mine-how-menstruations-apps-are-sharing-your-data>>. Acesso em: 01 fev. 2021.

DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO BÁSICA OBRIGATÓRIA E DIGITAL: A CONTRIBUIÇÃO DAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO PARA A PROMOÇÃO DE IGUALDADE MATERIAL

FUNDAMENTAL RIGHT TO COMPULSORY AND DIGITAL BASIC EDUCATION: THE CONTRIBUTION OF INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES TO THE PROMOTION OF MATERIAL EQUALITY

Anna Victória Masnei de Lima¹

Daniel Castanha de Freitas²

Jeferson Ferreira dos Santos³

RESUMO

Na sociedade líquida atual (BAUMAN, 2001), uma das missões constitucionais do direito à educação, o “preparo para o exercício da cidadania” previsto pelo artigo 205 da Constituição, torna-se cada vez mais complexa. Afinal, os grandes fluxos informacionais oriundos das novas tecnologias são os responsáveis pela interferência em diversas frentes do cotidiano da vida social (CAREY, 2015). E, no âmbito do direito fundamental à educação básica obrigatória e gratuita, não poderia ser diferente. Em meio a tantas novas tecnologias, indagações de toda ordem tornam-se comuns: de que forma o sistema educacional se adaptará às novas tecnologias e reduzirá as desigualdades? Quais as ferramentas tecnológicas adequadas para promover inclusão digital no sistema de educação, concretizando justiça social e igualdade? O recorte temático de investigação escolhido aborda as tecnologias de informação e comunicação (TICs) enquanto possíveis vetores da promoção da igualdade material no âmbito da educação básica obrigatória

¹ Aluna da graduação do curso de Direito da FAE Centro Universitário e bolsista do Programa de Apoio à Iniciação Científica (PAIC 2020-2021). *E-mail*: anna.masnei@mail.fae.edu

² Doutorando e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisador membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da PUCPR – NUPED. Professor de Direito Administrativo da FAE Centro Universitário. Advogado. *E-mail*: daniel.freitas@fae.edu

³ Graduando do curso de Direito da FAE Centro Universitário, pesquisador e membro do Grupo de Estudos Tributário da Universidade Federal do Paraná (GET) e membro do Observatorio Iberoamericano de Tributación Internacional (OITI). *E-mail*: jeferson.santos@mail.fae.edu

e gratuita, entendida como aquela entre os 4 e os 17 anos de idade (art. 208, I da Constituição), a partir do modelo de justiça social defendido por François Dubet (2015). As TICs se revelam instrumentos que possibilitam a compreensão do próprio mundo pós-moderno, redefinindo valores e comportamentos sociais segundo as prioridades de cada sociedade (GERALDI; BIZELLIM, 2015). Através delas, o processo educativo até então conhecido deverá, obrigatoriamente, ser reconstruído segundo as novas reivindicações do século XXI. É preciso, nesse sentido, empoderar os indivíduos para que, de maneira independente, possam exercer os benefícios advindos da rede mundial de computadores e, assim, alcançar uma atuação emancipatória (SILVA; DINARTE, 2017). Dessa forma, tem-se que a efemeridade da sociedade líquida precisa encontrar norte seguro para sedimentar processos educacionais inclusivos durante a educação básica obrigatória. A esse respeito, a atuação estatal revela-se imprescindível para, de forma direta (ao prestar o serviço educacional) ou indireta (regulando a sua prestação por agentes econômicos), empregar meios éticos e organizados que esclareçam e informem seus cidadãos durante a busca por desenvolvimento (LOBO NETO, 1982). Ao se conferir às políticas tecnológico-educacionais o caráter de políticas públicas materializadoras do direito à educação, prestigia-se a tutela efetiva da igualdade, vez que possibilita o controle de eficiência das ações estatais, ao tempo em que fortifica o direito fundamental em questão com as prescrições do princípio da proibição de proteção insuficiente, considerado como a possibilidade de se proteger um bem jurídico considerando-o inconstitucional, quando o Estado afronta “um milímetro do que lhe autoriza o ordenamento jurídico” (HACHEM, 2014). Por certo, uma das maiores dificuldades enfrentadas para aplicação integral de tais processos tecnológico-educacionais é o analfabetismo digital. Dados do PNAD-IBGE de 2020 apontam que 11,9% das crianças e adolescentes (4,3 milhões de pessoas) não possuem acesso à internet, celulares ou computadores – a maior parte integrante da rede pública de ensino. A falta de tais ferramentas certamente representa desafio à implementação das TICs, o que induz à necessidade de mapeamento e setorização de políticas instrumentais à consecução da educação básica obrigatória e digital. A partir de método hipotético-dedutivo e revisão bibliográfica, a pesquisa investigará se as TICs são capazes de configurar uma nova perspectiva do direito fundamental à educação, capaz de impor ao Estado obrigações diversas tendentes a promover igualdade a partir das inovações tecnológicas durante a educação básica obrigatória.

Palavras-chave: Novas Tecnologias. Educação Básica. Inclusão Digital. Direito Fundamental.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

DUBET, François. **Status e oportunidades**: como repensar a justiça social. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2015.

GERALDI, Luciana Maura Aquaroni; BIZELLI, José Luís. Tecnologias da informação e comunicação na educação: conceitos e definições. **Revista Online de Política e Gestão Educacional**, Araraquara, n. 18, p. 115-136, jan./jun. 2015.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

SILVA, Rosane Leal da; DINARTE, Priscila Valduga. As potencialidades das TIC para a efetivação do direito à educação: o programa E-PROINFO como promotor de inteligência coletiva. In: SILVA, Rosane Leal da; OLIVEIRA, Rafael Santos de (Org.). **Direito e novas tecnologias**: desafios à proteção de direitos na sociedade em rede. Curitiba: Íthala, 2017. p. 195-218.

A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO AO ENSINO SUPERIOR A PARTIR DAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO: A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO SUPERIOR

A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO AO ENSINO SUPERIOR A PARTIR DAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO: A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO SUPERIOR

Danielle Uessler¹

Daniel Castanha de Freitas²

RESUMO

A pesquisa tem por objetivo investigar a possibilidade das tecnologias de informação e comunicação (TICs) proporcionarem isonomia aos que desejam ingressar no ensino superior. Para tanto, propõe-se a analisar tais instrumentos tecnológicos para entender se possuem o condão de promover a democratização do direito fundamental ao ensino superior. Em 1970, as TICs surgiram para absorver e compartilhar informações através das telecomunicações (LÉVY, 2010). Nesse sentido, possuem inúmeras áreas de aplicação no tecido social (ROZA, 2018). No Brasil, a sociedade da informação moldou-se em 1990 com a chegada da internet, consolidando-se nos anos 2010. Apesar da evolução digital proporcionar benefícios e comodidades à sociedade, existe uma classe de indivíduos com incapacidade de acesso aos meios eletrônicos. A Invisibilidade Digital (REYNA; GABARDO; SANTOS, 2020) é característica dos sujeitos cujo alcance aos instrumentos digitais é realidade remota. Conforme a pesquisa TIC Domicílios do Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação, em 2019, 47 milhões de pessoas não utilizavam a web, ou seja, 1 a cada 4 brasileiros

¹ Aluna do curso de Direito pela PUCPR. Aluna do curso de Filosofia pelo Centro Universitário do Paraná – UNIFAESP. Membro do Grupo de Estudos sobre a Lei Geral de Proteção de Dados – GELGPD/PUCPR. Membro do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial GEDAI/UFPR. Pesquisadora de Iniciação Científica 2020-2021. *E-mail:* uesslerd@gmail.com

² Professor de Direito Administrativo e Fundamentos de Direito Público na FAE Centro Universitário (PR). Doutorando e Mestre em Direito pela PUCPR. Membro pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano – NUPED/PUCPR. Advogado. *E-mail:* advcastanha@gmail.com

não fazia parte da sociedade digital. Consequentemente, a Administração Pública encontra desafios para utilizar as ferramentas eletrônicas ao mesmo tempo em que identifica as dificuldades de inserção dessa parcela social no contato com o virtual. Entretanto, considerando que as evoluções sociais suscitadas pelas tecnologias criam “novos direitos”, é esperado do Estado o devido resguardo ao redimensionamento do Direito Administrativo, implementando mecanismos digitais e proporcionando isonomia a todos os cidadãos. No tocante ao ensino superior, pretensão jurídica que, uma vez encerrada no bojo de norma jusfundamental, reclama os deveres de respeito, proteção e promoção (HACHEM, 2013), as novas tecnologias propiciaram a difusão do conhecimento por plataformas digitais. Logo, considerando que o ensino superior possui a dimensão objetiva inerente aos direitos fundamentais, compreende-se que paralelamente ao fato de ser sujeição do Estado, permite a ele agir discricionariamente a partir das políticas públicas necessárias para promovê-lo. Nesse contexto, torna-se fundamental conjecturar uma possível democratização do acesso ao ensino superior através das TICs (KENSKI, 2019), com ênfase na inserção de parte da sociedade que, sem os aludidos recursos eletrônicos, não teria possibilidade de cursar o ensino superior na modalidade presencial. Ademais, o polo descentralizado **é imprescindível** no alcance do propósito, pois, suporta o aparato tecnológico que o discente precisará para frequentar o ensino superior a distância. O ensino a distância (EaD) equaciona a diferença entre a baixa oferta de vagas no ensino superior e a demanda por inclusão social. Destarte, são necessários novos posicionamentos ligados à política e a gestão do ensino na associação entre tecnologias e educação (KENSKI, 2019). Portanto, o EaD é uma modalidade de ensino com intuito de ampliar o acesso ao conhecimento a partir da combinação entre avanço tecnológico e comunicação. Dessa forma, a partir de metodologia hipotético-dedutiva, pesquisa bibliográfica e dados oficiais, o presente comunicado prenuncia a realização de artigo que intente esclarecer em que medida os recursos tecnológicos devem ser garantidos ou fomentados pelo Estado, a fim de induzir a democratização do acesso ao ensino superior por meio das TICs.

Palavras-chave: TICs. Educação. Ensino Superior. Evolução Digital. Direito Fundamental.

REFERÊNCIAS

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 618-688, jul./dez. 2013.

KENSKI, Vani Moreira. **Tecnologias e ensino presencial e a distância**. 7. ed. Capinas: Papyrus, 2019.

LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência**: o futuro do pensamento na era da informática. 2. ed. Rio de Janeiro: 34, 2010.

REYNA, Justo; GABARDO, Emerson; SANTOS, Fábio de Sousa. Electronic Government, Digital Invisibility and Fundamental Social Right. **Sequência**, Florianópolis, v. 41, n. 85, p. 30-50, ago. 2020. DOI: <http://doi.org/10.5007/2177-7055.2020v41n85p3>

ROZA, Rodrigo Hipólito. TICS na aprendizagem sob a perspectiva sociointeracionista. **Revista On-line de Política e Gestão Educacional – RPGE**, Araraquara, v. 22, n. 2, p. 503, maio/ago. 2018. DOI: [10.22633/rpge.v22.n2.maio/ago.2018.11173](https://doi.org/10.22633/rpge.v22.n2.maio/ago.2018.11173)

A CENSURA COMO RECURSO RESTRITIVO À CRIAÇÃO DE CONTEÚDO DIGITAL: DIAGNÓSTICO DO CASO “ESPECIAL DE NATAL PORTA DOS FUNDOS – A PRIMEIRA TENTAÇÃO DE CRISTO”

THE CENSORSHIP AS A RESTRICTIVE RESOURCE TO CREATION OF DIGITAL CONTENT: DIAGNOSIS OF THE “ESPECIAL DE NATAL PORTA DOS FUNDOS – A PRIMEIRA TENTAÇÃO DE CRISTO” CASE

Isadora Serpe Motta¹

RESUMO

Em um país dito laico, cuja Magna-carta foi promulgada “sob a proteção de Deus”, insta uma indubitável antítese no que concernem seus respectivos princípios. Assim, embora se trate de um vetor histórico, não imiscuindo, por conseguinte, na laicidade estatal, o preâmbulo da *Lex Mater* brasileira acaba que por acatar um preceito hierático. Nota-se que o Brasil dispõe de uma população majoritariamente cristã, fato que intervém diretamente nas suas políticas públicas, a julgar pela bancada evangélica, que conta com 105 deputados e 15 senadores, equivalendo-se a 20% do Congresso Nacional. Ainda que no século XXI, a preponderância do cristianismo no país é tamanha que, inclusive, há crucifixos nas salas de audiência dos tribunais de justiça. Esta influência ecoa diretamente nos quadros sociopolíticos e jurídicos do país quando se tratam de questões que lesam as devoções cristãs, *exempli gratia* nos casos em que satirizam sua fé, como quando o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro censurou o especial de Natal do Porta dos fundos, o qual retrata Jesus como uma figura homossexual. Daí se exterioriza o antagonismo entre dois direitos fundamentais: por um lado a liberdade de crenças e tolerância religiosa e, noutro giro, a liberdade de expressão e objeção à censura. Ante o aduzido, o presente estudo tem como escopo analisar a decisão do STF atinente ao caso do “Especial de Natal Porta dos Fundos – A

¹ Bacharelanda do curso de graduação em Direito da FAE Centro Universitário e do programa de Direito Integral – LAW Experience da FAE Business School. Membro do grupo de estudos NECcrim (Núcleo de estudos em Ciências Criminais). *E-mail*: isadora.motta@mail.fae.edu

Primeira Tentação de Cristo”, que cassou a deliberação do TJ-RJ, indeferindo a liminar de retirada do longa-metragem da plataforma de *streaming* Netflix. Ademais, tem-se por objetivo específico efetuar um diagnóstico de até onde a liberdade de expressão fere a liberdade de crenças e constatar de que maneira a censura limita a criação de conteúdo digital. Aplicar-se-á a metodologia dedutiva e a pesquisa se dará pelo meio bibliográfico, exploratório, qualitativo e quantitativo – através de um compêndio de julgados do STF –, tencionando angariar os resultados almejados. Por fim, salienta-se-á que a CRFB/88 prevê a liberdade de expressão como uma garantia fundamental, proscrevendo expressamente a censura prévia em diversos dispositivos (art. 5º, IV, IX, XIV e art. 220, §§ 1º e 2º, CF/88). Contudo, é evidente que nenhum direito, ainda que fundamental, é absoluto e, desse modo, está sujeito a limitações, especialmente quando esbarra em outros direitos da mesma natureza, como o direito à liberdade de crenças (art. 5º, VI, CF/88). Em suma, o cerne do problema ao limite da liberdade de expressão não se encontra na proteção conferida a tal direito, mas sim, na vasta indefinição a este respeito tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto nas produções doutrinárias.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão. Censura. Liberdade de Crenças. Direitos Fundamentais. Antagonismo.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rlc 38.782. **Relator**: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 03/11/2020.

FREITAS, Riva; CASTRO, Matheus. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Sequência Florianópolis**, v. 34, n. 66, p. 327-355, jul. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552013000100014&script=sci_arttext>. Acesso em: 08 abr. 2021.

LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de expressão religiosa e discurso de ódio contrarreligioso: a decisão do STF no RHC 134.682. **Redes**: Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, v. 7 n. 3, out. 2019. Disponível em: <<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/6103>>. Acesso em: 20 de abr. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO AO VOTO AO LONGO DOS TEMPOS: DE 1824 A 1988

THE CONSTITUTIONAL TREATMENT OF THE RIGHT TO VOTE OVER TIME: FROM 1824 TO 1988

Cleyton da Costa¹

Eduardo Schamne Barbosa²

Camila Salgueiro da Purificação Marques³

RESUMO

O presente trabalho, propõe-se a compreender, por meio de uma pesquisa dedutiva e da técnica de pesquisa bibliográfica, a evolução do tratamento constitucional do direito ao voto ao longo dos tempos. A pesquisa possui como objetivo geral identificar as mudanças nos textos constitucionais no que diz respeito ao voto, enquanto que os objetivos específicos se caracterizam pela análise dos pleitos eleitorais para a presidência da república bem como o direito efetivo ao voto em cada uma delas. Ressalta-se que ao decorrer da história do Brasil, pode-se notar que o ato de votar nem sempre foi democrático como se conhece atualmente. Salienta-se que durante o império (1822-1889) vigorou a Constituição 1824, onde o voto era aberto, censitário, indireto e restrito para homens acima dos vinte e cinco anos. Os cargos que recebiam as votações eram de deputado e senador. Após a Proclamação da República e a chegada do presidencialismo, foi necessária a elaboração de uma Constituição para os moldes republicanos. Nessa Constituição (1891) o voto passa a ser de forma direta, não censitário e aberto aos cargos de deputado, senador e presidente. O direito ao voto ficou estabelecido para homens alfabetizados acima de 21 anos. Com a Revolução de 30 e a busca pelo fim da

¹ Acadêmico de Direito do Centro Universitário UNIFACEAR. *E-mail*: cleyton2001costa@gmail.com

² Mestrando PUCPR, Professor de Direito no Centro Universitário UNIFACEAR, Advogado, Pesquisador em Direito Constitucional e Direitos Humanos. *E-mail*: eduschamne@gmail.com

³ Doutora em Direito pela PUCPR, Mestre em Direito pela PUCSP, Coordenadora e Professora de Direito no Centro Universitário UNIFACEAR. *E-mail*: camilaspmarques@gmail.com

hegemonia “café com leite”, criou-se um código eleitoral, em 1932, e posteriormente, a elaboração de um novo texto constitucional, outorgado em 1934. Nesses dispositivos, o voto permaneceu direto e se tornou secreto e obrigatório para maiores de 18. Dessa forma, o famigerado voto de cabresto exercido pelos poderosos, em tese, não teria mais força. Foi durante esse período que o voto feminino foi instituído. Após a intensa confusão com a eleição de 1930 e com Vargas na presidência sem a intenção de largar o cargo, deu-se início à ditadura do Estado Novo. Em síntese, Getúlio fechou o Congresso Nacional e revogou e/ou suspendeu os dispositivos constitucionais vigentes, pegando para si as atribuições do legislativo, o governo funcionava através da edição de decretos-lei, além disso, determinou que os cargos de governadores seriam escolhidos pelo presidente da república, e os governadores escolheriam os prefeitos. O sufrágio universal, voto secreto e obrigatoriedade de votar permaneceram no texto constitucional, porém, na prática foi pouca utilizada, já que para a maioria dos cargos da ditadura eram escolhidos de forma indireta por membros escolhidos pelo presidente. Com o fim da ditadura getulista, surge a constituição de 1946, trazendo quase que a mesma base constitucional de 1934 no que diz respeito ao direito ao voto. Em 1964 os militares aplicam um golpe de Estado, dando início a ditadura militar (1964-1985). Com a outorga da constituição de 1967, o Presidente, Governadores e Prefeitos eram escolhidos de forma indireta. O alto comando das forças armadas escolhia o presidente, este por sua vez escolheria os governadores e assim sucessivamente. O voto permaneceu universal, secreto e obrigatório para deputados e senadores. Com o retorno da democracia em 1985 e a promulgação da carta de 1988, os analfabetos tiveram direito de votar pela primeira vez na história. Não pretendendo esgotar o tema neste comunicado, ressalta-se que indica apenas a gênese da pesquisa que será desenvolvida, no sentido de entender o processo e a importância da constitucionalização do voto no Brasil.

Palavras-chave: Direito. Voto. Textos Constitucionais. História do Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2021.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12. ed. São Paulo: universidade de São Paulo, 2006

GEREMIAS, Allan Albuquerque. A História do voto no Brasil. **Politize**, 2017. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/historia-do-voto-no-brasil>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

NICOLAU, Jairo Marconi. **História do voto no Brasil**. Imprensa: Rio de Janeiro, J. Zahar, 2002.

SCHMIDT, Paulo. **Guia politicamente incorreto dos presidentes da República**. São Paulo: Leya, 2016.

TRAÇOS COMPARATIVOS ENTRE A PACHAMAMA NA CULTURA ANDINA E O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: EM BUSCA DE UMA VISÃO DESCOLONIAL E BIOCÊNTRICA

COMPARATIVE FEATURES BETWEEN PACHAMAMA IN ANDEAN CULTURE AND BRAZILIAN CONSTITUTIONALISM: IN SEARCH OF A DECOLONIAL AND BIOCENTRIC VISION

Karoline Cezar Carmo dos Santos¹

Eduardo Schamne Barbosa²

Camila Salgueiro da Purificação Marques³

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo geral verificar a existência de traços comparativos entre a Pachamama na cultura andina com o ordenamento constitucional brasileiro. Já em relação aos objetivos específicos consistem em analisar o constitucionalismo brasileiro e o tratamento dado a natureza e verificar possíveis caminhos para o aprimoramento do texto constitucional no que diz respeito ao tema. Para tanto, utiliza-se das técnicas de pesquisa documental e bibliográfica. A pesquisa tem como enfoque também a busca por uma visão biocêntrica e descolonial para os possíveis empasses constitucionais relacionados ao meio ambiente. Pontua-se que o constitucionalismo no Brasil se forma ou soluciona-se quase que sempre em uma visão europeia/norte global. As movimentações político/jurídicas no País possuem profundas raízes elitistas e por vezes até absolutistas no campo normativo, haja vista a enorme confusão para a outorga da carta constitucional de 1824. Com o golpe da república e a sua conseqüente proclamação, emerge a tripartição dos poderes, impulsionada principalmente pelos latifundiários, sem que haja interação. Em síntese, mesmo com o avanço do texto constitucional ao longo do tempo, pode-se dizer que a cultura normativa ainda se submete a criar leis e demais dispositivos que

¹ Acadêmica de Direito do Centro Universitário UNIFACEAR. *E-mail*: karoline.cezar869@gmail.com

² Mestrando PUCPR, Professor de Direito no Centro Universitário UNIFACEAR, Advogado, Pesquisador em Direito Constitucional e Direitos Humanos. *E-mail*: eduschamne@gmail.com

³ Doutora em Direito pela PUCPR, Mestre em Direito pela PUCSP, Coordenadora e Professora de Direito no Centro Universitário UNIFACEAR. *E-mail*: camilaspmarques@gmail.com

avançam economicamente em detrimento da preservação ou do uso sustentável dos recursos naturais. Nessa perspectiva, pode-se lembrar da infeliz fala de Ricardo Salles no que diz respeito às leis ambientais “*passar ‘a boiada’ e ‘mudar’ regras enquanto atenção da mídia está voltada para a Covid-19*”. Além disso, devido ao histórico de uso de terras para a benfeitoria tanto dos colonizadores, quanto do agronegócio, corre-se o risco de fadar os povos naturais do Brasil a mais um ciclo que exploração, isso se considerar a partir de uma perspectiva de que houve algum momento que a exploração de indígenas foi cessada. É notável que na carta constitucional de 1988 existe a preocupação com o meio ambiente, conforme disciplina o artigo Art.225 “*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado [...]*”. Diferentemente, na constituição do Equador, encontra-se um aprofundamento da questão: Art. 71 “*Natureza ou Pachamama, onde se reproduz e realiza a vida, tem direito que se respeite integralmente a sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos*”. Ou seja, em outras culturas latino-americanas a natureza é considerada sujeito de direito, é a Pachamama, como o que consta nos preâmbulos das constituições da Bolívia e do Equador. Desse modo, urge aproximar-se dos países vizinhos, trazendo à tona uma importante visão para com todos seus habitantes e diversidades culturais, incluindo de fato uma visão que considera a natureza de sujeito de direitos. Assim, verifica-se que ainda persistem os traços coloniais na cultura jurídica e no tratamento ao meio ambiente, por isso, importa buscar uma maior efetividade e afetividade para com respeito a natureza, inclusive a elevando como um sujeito de direito, que deve ser respeitado e usado para a evolução, tendo em mente que se não há natureza, não há como existir evolução econômica.

Palavras-chave: Pachamama. Cultura Andina. Constitucionalismo Brasileiro. Cultura Jurídica. Natureza.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2021.

EIDELWEIN, T. Pachamama como sujeito de direitos. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PÚBLICO DOS DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS DE IGUALDADE, 1., 2018, Alagoas. **Anais...** Alagoas: UFAL, 2018. Disponível em: <<https://www.seer.ufal.br/index.php/dphpi/article/view/5741/4011>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

FERREIRA, M. A. Pacha mama: os direitos da natureza e o novo constitucionalismo na América Latina. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 4, n. 3, p. 400-423, jan./abr. 2013. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2644>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

A UNIÃO CIVIL DE PESSOAS DO MESMO SEXO E O PRINCÍPIO DA BUSCA PELA FELICIDADE: A POPULAÇÃO LGBTQ+ EM FOCO

CIVIL UNION OF SAME SEX PEOPLE AND THE PRINCIPLE OF THE SEARCH FOR HAPPINESS: THE LGBTQ+ POPULATION IN FOCUS

Paola Carolina Gelasco¹

Eduardo Schamne Barbosa²

Camila Salgueiro da Purificação Marques³

RESUMO

O presente trabalho, propõe a compreender, por meio de uma pesquisa bibliográfica, o Direito à felicidade e seus efeitos jurídicos na vida de pessoas LGBTQ+ após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277. Para tanto, usa-se do método dedutivo, e as técnicas de pesquisa documentais e bibliográfica. A primeira vez que se tem notícia do conceito do direito a felicidade, remonta à época da declaração de Independência dos Estados Unidos, *“Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade”*. O filósofo e economista britânico John Stuart Mill, em seu livro *“Utilitarismo”*, trata da conexão entre a justiça e utilidade, sendo a felicidade algo desejável como um fim. Mais do que isso, a felicidade é um bem jurídico, estando implícito à dignidade da pessoa humana. No Brasil, como já mencionado, o Direito a felicidade foi entendido como princípio da busca pela felicidade, sendo invocado no histórico julgamento da ADPF 132, proposta pelo Governador do

¹ Acadêmica de Direito do Centro Universitário UNIFACEAR. *E-mail*: paola.periciacriminal@gmail.com

² Mestrando PUCPR, Professor de Direito no Centro Universitário UNIFACEAR, Advogado, Pesquisador em Direito Constitucional e Direitos Humanos. *E-mail*: eduschamne@gmail.com

³ Doutora em Direito pela PUCPR, Mestre em Direito pela PUCSP, Coordenadora e Professora de Direito no Centro Universitário UNIFACEAR *E-mail*: camilaspmarques@gmail.com

Estado do Rio de Janeiro. Em síntese, alguns dispositivos do Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro, estariam reduzindo (negando) os direitos de pessoas homoafetivas, tais como licenças ou acompanhamento para o/a cônjuge, além de questões previdenciárias e relacionadas a assistência social. Além disso, a negativa de direitos resultava de decisões judiciais proferidas pelo TJRJ, as quais negavam aos casais homoafetivos os mesmos direitos que possuíam os casais heterossexuais. Na ocasião, a suprema corte entendeu pela constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, nas palavras do Min. Marco Aurélio, em sede de julgamento *“ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie”*. O direito a felicidade tem surtido efeitos positivos em nosso ordenamento jurídico, como exemplo, o Decreto nº 8.727 de 28 de abril de 2016, que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. O princípio da busca pela felicidade proporcionou a população LGBTQ+ o reconhecimento estatal do direito amar e ser amado, regularizou questões patrimoniais e deu segurança jurídica aos casais. A felicidade, neste sentido, está diretamente relacionada ao livre exercício dos direitos civis, onde, ao exercê-los livremente podem ser interpretados como um sentimento e /ou demonstração de felicidade coletiva e individual. Ressalta-se que o tema abordado ainda será aprofundado, inclusive com dados estatísticos relacionados à união de pessoas LGBTQI+ e a necessidade de positivação do já referido princípio no texto constitucional. Não tendo intenção de se esgotar o tema nesta ocasião, salienta-se que é de interesse coletivo, ou seja, deve ser debatido e mais do que isso, defendido por toda a sociedade, ainda que em tempos sombrios, tentem apagá-lo e reduzi-lo a mera expectativa.

Palavras-chave: Direito à Felicidade. LGBTQ+. ADPF 132. ADI 4.277. Bem Jurídico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277**, Distrito Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Relator: Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**, Rio de Janeiro. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Relator: Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade**: história, teoria, positivação e jurisdição. 2013. 365 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – PUCSP, São Paulo, 2013. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6202>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

LEAL, Saul Tourinho. Direito à felicidade resgata as raízes do constitucionalismo brasileiro. **Migalhas**, mar. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/conversa-constitucional/275613/direito-a-felicidade-resgata-as-raizes-do-constitucionalismo-brasileiro>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

SANTOS, Jordan Espínola dos; SOUZA, Carlos Eduardo Silva. Direito à felicidade: do reconhecimento como direito fundamental às possíveis implicações. **Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 13 n. 2, jul./dez. 2019. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/RPensam-Jur_v.13_n.2.06.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021.

A INTEGRAÇÃO ENTRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A COLOMBIANA: O CASO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

INTEGRATION BETWEEN BRAZILIAN AND COLOMBIAN CONSTITUTIONAL JURISDICTION: THE CASE OF THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF THINGS

Daniel Castanha de Freitas¹

João Paulo Atilio Godri²

RESUMO

No Brasil, o extenso catálogo de direitos fundamentais foi um dos fatores que contribuiu para a judicialização de questões políticas e o crescimento do ativismo judicial. Por esse cenário, entenda-se o protagonismo do Supremo Tribunal Federal (STF) nas duas últimas décadas, em que se viu provocado a decidir questões infrequentes, a exemplo do fornecimento de medicamentos pelo Estado, políticas afirmativas de cotas em concursos e universidades públicas, aborto, impeachment etc. Na Colômbia, por sua vez, o horizonte institucional **não destoa da proatividade brasileira. Detentor de uma Corte Constitucional notoriamente progressista, o país 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). Inspirada por alguns ideais democráticos latino-americanos do final da década de 80, introduzidos na Constituição Política de 1991, a Corte Constitucional de Colômbia (CCC) provou-se exemplo de proatividade na defesa de direitos constitucionais (MENDONÇA, 2015), principalmente quando instada a se pronunciar em casos iniciados pelo modelo jurídico especificamente voltado à defesa

¹ Professor de Direito Administrativo e Fundamentos de Direito Público da FAE Centro Universitário. Doutorando e Mestre em Direito pela PUCPR. Advogado. *E-mail*: advcastanha@gmail.com

² Professor da Pós-Graduação de Direito Societário e Novos Negócios da FAE Centro Universitário. Professor de Direito Empresarial e de Direito Civil da Faculdade Inspirar (PR). Doutorando e Mestre em Direito pela PUCPR. Advogado. *E-mail*: joaopaulo@nga.adv.br

de prerrogativas fundamentais, a “*acción de tutela*”, manejada contra autoridades públicas que violem direitos fundamentais constitucionais (CEPEDA-ESPINOSA, 2006). Foi nesse contexto ativista que a CCC, ao proferir julgamento na Sentencia de Unificación SU 559/1997, lançou as primeiras linhas da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional. Na ocasião, ao proferir julgamento sobre a possibilidade de inclusão de professores à entidade de seguridade social responsável pelo pagamento de prestações previdenciárias, o Tribunal reconheceu o caráter coletivo do direito postulado e estendeu os efeitos da decisão proferida a todos os docentes, entendendo existir um estado de coisas conflitante com a Constituição, de sorte que as autoridades públicas responsáveis em vários níveis da Administração deveriam ser notificadas a executar corretamente a política pública em questão. Posteriormente, no âmbito do STF, a aplicação da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, especialmente na ADPF nº 347, é uma amostra de como é possível a “migração de ideias constitucionais” (CHOUDHRY, 2006). Vale dizer, 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. A partir do contexto apresentado, o objetivo geral da pesquisa que se pretende realizar é retratar traços da migração de ideias constitucionais como mecanismo de interação entre sistemas jurídicos de diferentes países, considerando-a medida salutar e importante para preencher espaços normativos lacunosos do ordenamento. A partir de metodologia hipotético-dedutiva, pesquisa bibliográfica e dados jurisprudenciais, os objetivos específicos da pesquisa vindoura será realizar um retrospecto histórico para, depois, investigar a migração de ideias constitucionais realizada no caso da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, concluindo, ao final, se tal migração importa em avanço no aperfeiçoamento do ativismo judicial dialógico e se contribui para fazer cessar ofensas a direitos fundamentais.

Palavras-chave: Judicialização Brasileira. Corte Constitucional de Colombia. Ativismo Judicial. Direitos Fundamentais. Sistemas Jurídicos.

REFERÊNCIAS

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.

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

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.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. **Estadísticas de la Corte Constitucional:** derechos demandados en las tutelas radicadas em la Corte Constitucional. Enero/Nov. 2019. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

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 abr. 2021.

ANÁLISE DA ENGLOBAÇÃO DO RACISMO E DA LGBTI+FOBIA NA ADO 26/DF

ANALYSIS OF THE OVERVIEW OF RACISM AND LGBTI+PHOBIA IN ADO 26/DF

Enrico Cattoni Poffo¹

RESUMO

O conceito de LGBTfobia, assim como de racismo, é definido, na visão de Paulo Iotti, como sendo a compreensão desde a sua dimensão social, projeta-se para além dos aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois como manifestação de poder, parte da construção histórica e cultural, tem como objetivo defender a desigualdade, e está destinada a exercer o controle ideológico e o domínio político. A sociedade se submete e nega a diferença, dignidade e humanidade daqueles que fazem parte de um grupo desfavorecido. Essa prática vai contra os direitos fundamentais e liberdade individual de um indivíduo de uma coletividade. Diante disso, o objetivo principal é examinar a decisão do Supremo Tribunal Federal em relação à criminalização da homofobia sob a ótica da possibilidade de relacionar, ou não, a discriminação sexual e a racial. O trabalho tem como objetivos específicos: a) analisar historicamente e psicologicamente a discriminação racial e a sexual; b) analisar a ADO 26 do STF; c) explicar a aproximação entre racismo e da LGBTI+fobia. Assim, a metodologia utilizada no presente trabalho é lógico-dedutiva, fazendo uso de pesquisa qualitativa, com análise documental processual e bibliográfica. Diante do exposto, o resultado deste trabalho é a explicação da possibilidade de enquadrar ambas as discriminações, como também o que levou o STF a julgar procedente a ADO 26/DF e assim enquadrar homofobia na mesma lei do racismo. Portanto, conclui-se que a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal ao enquadrar a homotransfobia no crime de racismo foi motivada por fatores preocupantes

¹ Aluno do 4º período do programa de Direito Integral – Law Experience da FAE Centro Universitário.
E-mail: enrico.poffo@mail.fae.edu

para a democracia brasileira, como por exemplo a inércia do poder legislativo, e que acabam por trazer imensos prejuízos sociais. Entretanto, é necessário a reflexão de que racismo e homotransfobia são discriminações de origens distintas, pois elas são lutas diferentes das quais são passadas por comunidades diferentes, sendo necessário entender o contexto histórico de ambas.

Palavras-chave: LGBTI+fobia. ADO 26. Direitos Fundamentais. Racismo. Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

FOUCAULT, Michael. **História da sexualidade I: A vontade de saber**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

PORTILHO, Grazielle Jordão; GONÇALVES, Jonas Rodrigo; CALDAS, Paulo Gustavo Barbosa. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na criminalização da homofobia e transfobia (ADO 26/DF). **Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros**, Brasília, v. 11, n. 40, p. 4-15, jan./jun. 2020. Disponível em: <<http://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/183>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. A Constituição de 1988 e a evolução dos direitos da população LGBTI+. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, v. 6, n. 1, p. e247-e247, jan. 2019.

