



Centro Universitário da Grande Dourados

Revista Jurídica

UNIGRAN

ISSN 2178-4396 (on-line)

ISSN 1516-7674 (impresso)

Revista Jurídica UNIGRAN	Dourados	v.23	n.45	234 p.	Jan./Jul.	2021
---------------------------------	----------	------	------	--------	-----------	------

Ficha Catalográfica

Revista jurídica UNIGRAN / Centro Universitário da Grande Dourados. v. 23,
n. 45, Jan/Jun. (1999-). Dourados: UNIGRAN, 2021.

Publicação Semestral
ISSN 1516-7674 – impresso
ISSN 2178-4396 – on line

1. Direito - Periódicos. I. Título.

CDU - 34

Solicita-se permuta.

On demande l'échange.

Wir bitten um Austausch.

Si richiede lo scambio.

Pídese canje.

We ask for Exchange.

Editora UNIGRAN

Rua Balbina de Matos, 2121 - Campus UNIGRAN

79.824-900 - Dourados - MS

Fone: 67 3411-4141 - Fax: 67 3422-2267

E-mail: revistajuridica@unigran.br

www.unigran.br/revistas

2021

REVISTA JURÍDICA UNIGRAN

Dourados - Mato Grosso do Sul

Rosa Maria D'Amato De Déa
Reitora

Maria Alice M. Fernandes
Pró-Reitora de Ensino e extensão

Tânia Rejane de Souza
Pró-Reitora de Administração

Renato de Aguiar Lima Pereira
Direção da Faculdade de Direito

Joe Graeff Filho
Coordenador do Curso de Direito

Helder Baruffi / Ana Cristina Baruffi
Editores responsáveis

Conselho Editorial

Institucional

Adilson Josemar Puhl
Gassen Zaki Gebara
Givaldo Matos
Joe Graeff Filho
José Gomes da Silva
Renato de Aguiar Lima Pereira
Ricardo Saab Palieraqui
Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo

Externo

Alexandre Sturion de Paula – Fac. Londrina, PR
Aristides Cimadon – UNOESC – Joaçaba, SC
Celso Hiroshi Iocohama – UNIPAR – Umuarama - PR
Cristina Grobério Pazó – UFSB-BA
Egon Bockmann Moreira – UFPR – Curitiba- PR
Fábio Leite - PUC-RJ
José Geraldo de Sousa Júnior – UnB – Brasília- DF
Margareth Vêtis Zaganelli – UFES – Vitória, ES
Maurinice Evaristo Wenceslau – UFMS - MS
Valério de Oliveira Mazzuoli – UFMT – Cuiabá- MT
Wanise Cabral Silva – UFF – Niterói – RJ.

D.D.I

Departamento de Diagramação/Impressão Unigran

Banco de avaliadores externos

Alexandre Sturion de Paula – Fac. Londrinhas, PR
Amilcar Araújo Carneiro Júnior – UC
André Serotini - UEMG
Antonio Valdeci Nobles – FACES-RR
André Folloni – UFPR – Curitiba, PR
Arlindo Severino Teixeira De Oliveira – UFPE
Carlos Eduardo Silva e Souza - UFMT
Cecilio Argolo Junior – Mauricio de Nassau - AL
Celso Hiroshi Iocohama – UNIPAR
Cristina Grobério Pazó – UFSB-BA
Fernando Machado – UEMS
Fernando Navarro Vince – IDCC/FL-PR
Henriene Cristine Brandão – Fac. Londrina, PR
Jacson Bacin Vicente – UPF-RS
João Adolfo Ribeiro Bandeira – UFCA, CE
Juliana Costa Barboza - TER-CE
Leonardo Beduschi – FURB

Loreci Gottschalk Nolasco - UEMS
Lourdes Karoline Almeida Silva - UEPI
Luiz Eugênio Scarpino Jr – UNAERP, SP
Marcela A. Semeghini Pereira – UNIMAR, SP
Margareth Pereira Arbués -UFG
Milena Barbosa Melo –UFPB
Noeli Fernandes -FATO, RS
Pillar Carolina Villar - UFSP
Rodrigo Fernando Novelli – FURB, SC
Sebastião Caldeira - UNIOESTE
Sergio Ricardo Fernandes de Aquino – IES, SC
Shary Kalinka Ramalho Sanches - UFMS
Suzana Maria da Glória Ferreira - UNIRP, SP.
Thaís Maira Rodrigues Held – UFMT
Tiago Resende Botelho – UFGD, MS
Valéria Zanette - FASC/IES, SC.
Vivian de Medeiros Lago – UNISINOS, RS

Projeto Gráfico
DMU

Coordenação e Diagramação
Thomas Henrique Machado
Katiely da Silva Melgarejo

Desenvolvimento Web
Reginaldo Moura

Endereço para correspondência

Rua Balbina de Matos, 2121 - Campus UNIGRAN - CEP 79.824-900 - Dourados (MS)
revistajuridica@unigran.br

Políticas Editoriais

Editorial Policies

Foco e escopo: A *Revista Jurídica UNIGRAN* tem por foco ser um repositório de artigos acadêmicos de referência, e por escopo divulgar artigos que versem sobre temas de Direito, em suas múltiplas interfaces, cumprindo a missão institucional de promover o debate, fomentar a pesquisa e contribuir para um ensino jurídico de qualidade. O conteúdo da Revista é de artigos científicos, resenhas críticas, jurisprudências comentadas e informações referentes à Ciência do Direito.

Mission and scope: *The Revista Jurídica UNIGRAN is focused on being a repository of academic articles of reference, and has the purpose of disseminating articles that deal with themes of law, in its multiple interfaces, fulfilling the institutional mission of promoting debate, fostering research and contributing for quality legal education. The contents of the Journal are scientific articles, critical reviews, commented jurisprudence and information regarding the Science of Law.*

Público-alvo: A *Revista Jurídica UNIGRAN* é voltada para estudantes, professores, pesquisadores e profissionais da área do direito e áreas afins. Trata-se de um público abrangente, mas que compartilha a busca constante por aprofundamento e atualização e a defesa intransigente de um ensino de qualidade.

Target audience: *The Revista Jurídica UNIGRAN is intended for students, teachers, researchers and professionals in the area of Law and similar areas. It is a wide audience, but one that shares the constant seeking of depth and being up to date and the uncompromising defense of quality learning.*

Meio e periodicidade: A *Revista Jurídica UNIGRAN* é publicada com periodicidade semestral, na forma impressa e em meio eletrônico. Os exemplares físicos são enviados, por permuta, às bibliotecas das principais faculdades de direito; a versão eletrônica, publicada no site http://www.unigran.br/revista_juridica, pode ser acessada de forma livre e gratuita.

Means and release period: *The Revista Jurídica UNIGRAN is published on a bi-annual basis, through physical press and electronic form. The physical issues are sent, through exchange, to the libraries of the major Law schools; the electronic version, published in the site http://unigran.br/revista_juridica, may be accessed free of charge.*

Linha editorial: Direito, Estado e Sociedade.

Editorial line: *Law, State and Society*

Responsabilidade Editorial: Dr. Helder Baruffi – editor; Me. Ana Cristina Baruffi – co-editora

Editorial responsibility: *Dr. Helder Baruffi – editor; Me. Ana Cristina Baruffi – co-editor*

Processo de Avaliação: A **Revista Jurídica UNIGRAN** adota a política de avaliação cega (blind review) por pares. Conta com um Conselho Editorial e Científico.

Evaluation process: *The Revista Jurídica UNIGRAN adopts the policy of blind peer review. It has a Scientific and Editorial Council.*

Fluxo de editoração: A chamada de artigos da **Revista Jurídica UNIGRAN** encontra-se permanentemente aberta; trabalhos podem ser enviados para análise e possível publicação a qualquer tempo.

Editorial Flow: *The call for papers for Revista Jurídica UNIGRAN is permanently open; works may be submitted for analysis and possible publication at any time.*

Responsabilidade Acadêmica e Científica: O conteúdo dos artigos publicados na **Revista Jurídica UNIGRAN** - inclusive quanto à sua veracidade, exatidão, originalidade e atualização das informações e métodos de pesquisa - é de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es). As opiniões e conclusões expressas não representam posições da Faculdade de Direito ou da UNIGRAN.

Academic and Scientific Responsibility: *The contents of the articles published in Revista Jurídica UNIGRAN - including its veracity, accuracy, originality and updating of information and research methods - is the sole responsibility of the author (s). The opinions and conclusions expressed do not represent positions of the Faculty of Law or UNIGRAN.*

Política de publicação: A publicação de artigo pela revista implica, por parte do autor, a cessão gratuita de seus direitos patrimoniais sobre o trabalho. Os trabalhos enviados para avaliação devem ser inéditos, originais, não estar pendentes de avaliação ou publicação em outro periódico e contribuir para a efetividade do direito.

Publishing policy: *The publication of the article by this journal implies that the author has gratuitously transferred all patrimonial rights on the work. The papers submitted for evaluation must be unpublished, original, not pending evaluation or publication in another periodical and contribute to the effectiveness of law.*

Política de ética e boas práticas de publicação:

A *Revista Jurídica UNIGRAN* está comprometida com a conduta ética em pesquisa e boas práticas de publicação. Segue os padrões estabelecidos pelo Comitê de Ética em Pesquisa da UNIGRAN – CEP e por instituições nacionais e internacionais reguladoras dos padrões de ética e integridade em produção e publicação científica.

Ethics and good publishing practices policy:

*The **Revista Jurídica UNIGRAN** takes a stand for ethical conduct in research and good publishing practices. It follows the standards established by the UNIGRAN Ethical Research Committee – CEP and by national and international institutions that regulate the ethical and integrity standards in scientific production and publishing.*

Política de acesso livre: O acesso ao conteúdo integral da *Revista Jurídica UNIGRAN* é livre a todos os usuários pelo site: www.unigran.br/revista_juridica.

Free Access Policy: *Access to the full contents of the **Revista Jurídica UNIGRAN** is free for all users through the site: www.unigran.br/revista_juridica.*

Sumário

APRESENTAÇÃO.....	13
DIREITO, CINEMA E SOCIEDADE: UMA ANÁLISE ACERCA DA JUSTIÇA POPULAR E SUAS REPERCUSSÕES SOCIAIS À LUZ DE “M, O VAMPIRO DE DUSSELDORF”, DE FRITZ LANG	15
<i>Law, film and society: an analysis of popular justice and its social implications in “M, Eine Stadt sucht einen Mörder”, by Fritz Lang</i>	
Margareth Vetus Zaganelli, Mateus Miguel Oliveira	
A TUTELA COLETIVA AMBIENTAL E CONSUMERISTA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA: UMA PESQUISA EMPÍRICA SOBRE LEGITIMIDADE ATIVA	29
<i>Collective environmental and consumer protection in the Santa Catarina Court of Justice: an empirical research on active legitimacy</i>	
Priscila Zeni de Sá, Luiz Sens Weise, Layra Linda Rego Pena	
O STF E A PANDEMIA: OS REFLEXOS DA ALTA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO PAÍS	51
<i>The Supreme Federal Court and the Pandemic: Reflexes of the Heavy Judicialization of Health in the Nation</i>	
Wanderlei José dos Reis	
ENSINO DE RELIGIÃO EM ESCOLA PÚBLICA: A SUPREMA CORTE DO CANADÁ EM S. L. V. COMMISSION SCOLAIRE DES CHÊNES	69
<i>Teaching religion in public schools: The Supreme Court of Canada in S. L. V. Commission scolaire des Chênes</i>	
Hidemberg Alves da Frota	
A COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS PREVISTOS EM TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.....	87
<i>The common competence of the Union, States, Federal District and Municipalities in implementing public policies for the protection of human rights provided for in international human rights treaties.</i>	
Roberta Tuna Vaz dos Santos.	

EDUCAÇÃO CARCERÁRIA PARA OS OPRIMIDOS: POLÍTICA PÚBLICA AFIRMATIVA DE (RES)SOCIALIZAÇÃO PARA OS APENADOS?..... 101

Prison education for the oppressed: a positive public politics for the (re)socialization of inmates?

Eliel dos Santos de Carvalho, Cecilio Argolo Junior, Francisco Josivan Ferro Ferreira, Liliane Amaral Janguê Bezerra Diniz

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DO PRESO NO BRASIL E O “SUPERCASO” NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS..... 113

The violation of prisoners’ rights in Brazil and the “supercase” in the Inter-American Court of Human Rights

Maiara Reinert, Valéria Rodinea Zanette

DO SUPLÍCIO AO CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: O RETRATO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO 127

From punishment to compliance with the custodial sentence: the portrait of the Brazilian prison system

Thaina Marques de Oliveira, Reinaldo Alves Pereira

DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO PANDÊMICO: A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO BRASIL 143

Human rights in the context of the pandemic: the relativization of fundamental rights and guarantees in Brazil

Adriane Medianeira Toaldo, Carine Volz Zaiosc

O DIREITO FUNDAMENTAL À IMAGEM E À LIBERDADE DE IMPRENSA: UM ESTUDO A PARTIR DO PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO NOS CASOS DE CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PROCESSOS DE DANO MORAL POR DIVULGAÇÃO DE NOMES E INVESTIGAÇÕES NA IMPRENSA..... 159

The fundamental right to image and freedom of speech: a study about the Balancing Principle in the cases of fundamental right conflicts in moral damages suits due to press disclosure of names and investigations

Diego Saviatto Teixeira, Valéria Rodinéia Zanette

PAGAMENTOS MÓVEIS: UMA PERSPECTIVA COMPARATIVA DOS SISTEMAS DE PAGAMENTO M-PESA (QUENIANO) E PIX (BRASILEIRO) SOB A ÉGIDE DE SUAS CARACTERÍSTICAS COMPETITIVAS, CULTURAIS E REGULATÓRIAS	177
<i>Mobile payments: a comparative perspective of the M-Pesa (Kenyan) and PIX (Brazilian) payment systems under the aegis of their competitive, cultural and regulatory traits</i>	
Émerson Santiago Pereira, Allan Thiago Barbosa Arakaki	
A TUTELA JURÍDICA DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS EM MOÇAMBIQUE ..	191
<i>The Legal Protection of Public-Private Partnerships in Mozambique</i>	
Edson da Graça Francisco Macuacua, Olinda Bernardo Elias	
NAMING RIGHTS: uma solução frente a crise econômica no setor público.....	213
<i>NAMING RIGHTS: a solution to the economic crisis in the public sector</i>	
Felipe Amaral dos Santos, Vinicius de Almeida Gonçalves	
REFLEXÕES CONTEXTUAIS SOBRE O CRIME CIBERNÉTICO: DAS MUDANÇAS OPERADAS AOS DESAFIOS IMPOSTOS.....	231
<i>Contextual reflections on cybercrime: from the changes committed to the challenges imposed</i>	
Eduarda Quinteiro Ramos Portela, Lillian Sampaio Ramos, Maria Clara Viana Rosiak, Mayke Stofel Sampaio	
DIREITO À MORADIA PARA MORADORES DE RUA EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19	247
<i>The right to housing for homeless people in times of pandemic covid-19</i>	
Karine Souza Martins	
Normas de Submissão.....	259

APRESENTAÇÃO

A reflexão sobre o direito apresenta grandes desafios, tendo em vista sua complexidade como fenômeno social, e o caminho para a sua compreensão passa, naturalmente, pela interdisciplinaridade. A pluralidade de olhares sobre o direito permite uma reflexão mais crítica e estimula a realização da justiça em seu sentido pleno.

A Revista Jurídica Unigran tem o escopo de contribuir com múltiplas perspectivas sobre o direito e, enquanto repositório, divulgar pesquisas e estudos que contribuam tanto para a formação acadêmica, quanto para a prática profissional e efetividade da justiça.

Neste sentido, foram selecionados para este número artigos que contribuem para o debate, não apenas acadêmico, mas prático-profissional.

Como artigo de autor convidado, temos a contribuição de Margareth Vetis Zaganelli, que em conjunto com Mateus Miguel Oliveira, apresentam uma análise crítica e interdisciplinar do direito no artigo “Direito, cinema e sociedade: uma análise acerca da justiça popular e suas repercussões sociais à luz de “M, o Vampiro de Dusseldorf”, de Fritz Lang”.

Como artigos submetidos à avaliação, foram selecionados artigos que abordam questões sobre o meio ambiente, saúde pública, educação, economia, direitos de personalidade, direitos humanos e políticas públicas, em um olhar transdisciplinar e crítico.

A provocação do judiciário a dar respostas sociais é vista no artigo de Priscila Zeni de Sá, Luiz Sens Weise e Layra Linda Rego Pena, que abordam a tutela coletiva ambiental e consumerista no Tribunal de Justiça de Santa Catarina e no artigo de Wanderlei José dos Reis, que analisa as principais decisões do STF sobre questões de saúde pública na pandemia.

A partir de um julgamento paradigma da Suprema Corte do Canadá, Hidemberg Alves da Frota traz luz sobre o princípio constitucional do Estado laico e da liberdade de consciência e crença, asseverando que o debate sobre a obrigatoriedade do ensino multiculturalista de temáticas religiosas é uma questão premente seja pelo caráter multicultural das sociedades contemporâneas, seja pelo crescimento da intolerância religiosa em escala global.

Questões de direitos humanos e de direitos fundamentais são trazidos por Roberta Tuna Vaz dos Santos em “A competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios na implementação de políticas públicas de proteção aos direitos humanos previstos em tratados internacionais de direitos humanos”, por Eliel dos Santos de Carvalho, Cecilio Argolo Junior, Francisco Josivan Ferro Ferreira e Liliane Amaral Janguie Bezerra Diniz em “Educação carcerária para os oprimidos: política pública afirmativa de

(res)socialização para os apenados?”, por Maiara Reinert e Valeria Rodinea Zanette em “A violação dos direitos do preso no Brasil e o “supercaso” na corte interamericana de direitos humanos”, por Thaina Marques de Oliveira e Reinaldo Alves Pereira em “Do suplício ao cumprimento de pena privativa de liberdade: o retrato do sistema prisional brasileiro”, por Adriane Medianeira Toaldo e Carine Volz Zaiosc em “Direitos humanos no contexto pandêmico: a relativização dos direitos e garantias fundamentais no Brasil”, por Diego Saviatto Teixeira e Valéria Rodineia Zanette em “O direito fundamental à imagem e à liberdade de imprensa: um estudo a partir do princípio da ponderação nos casos de conflitos de direitos fundamentais em processos de dano moral por divulgação em nomes e investigações na imprensa”, constituindo-se, estes artigos, em consistente dossiê sobre direitos humanos e fundamentais,

Os impactos do avanço digital nas relações econômicas, em particular sobre os sistemas de pagamentos móveis instantâneos e a importância da atuação regulatória estatal são o tema abordado por Émerson Santiago Pereira e Allan Thiago Barbosa Arakaki no artigo “Pagamentos móveis: uma perspectiva comparativa dos sistemas de pagamento m-pesa (queniano) e pix (brasileiro) sob a égide de suas características competitivas, culturais e regulatórias” e a relação entre o público e o privado na economia é tema do artigo de Edson da Graça Francisco Macuacua e Olinda Bernardo Elias “A tutela jurídica das parcerias público privadas em Moçambique”.

As iniciativas para fazer frente aos problemas econômicos no setor público são o objeto do estudo de Felipe Amaral dos Santos e Vinicius de Almeida Gonçalves no artigo “Naming Rights: uma solução frente a crise econômica no setor público”, e o crime cibernético é tema Eduarda Quinteiro Ramos Portela, Lillian Sampaio Ramos, Maria Clara Viana Rosiak e Mayke Stofel Sampaio. Para Portela et al. as medidas tomadas pelo Estado brasileiro no combate aos crimes virtuais, tanto no que permeia a eficácia quanto a densidade, promove uma incômoda situação de deficiência legal para punição exemplar daqueles que se utilizam do meio informático para efetuar atividades nocivas ao conjunto da sociedade.

Karine Souza Martins aborda o direito à moradia para moradores de rua em tempos de pandemia da covid19, destacando a necessidade de políticas públicas eficazes no combate à pobreza e no atendimento a este direito fundamental.

Espera-se, com este conjunto de artigos de autores das diferentes regiões do país, incentivar o debate acadêmico sobre temas relevantes, bem como contribuir para o avanço do conhecimento jurídico, missão e escopo da Revista Jurídica Unigran.

Por fim, mas não menos importante, o nosso agradecimento aos avaliadores ad hoc que disponibilizaram seu tempo para avaliar, indicar apontamentos, sugerir revisões.

Uma boa leitura.
Helder Baruffi - Editor

DIREITO, CINEMA E SOCIEDADE: UMA ANÁLISE ACERCA DA JUSTIÇA POPULAR E SUAS REPERCUSSÕES SOCIAIS À LUZ DE “M, O VAMPIRO DE DUSSELDORF”, DE FRITZ LANG

Law, film and society: an analysis of popular justice and its social implications in “M, Eine Stadt sucht einen Mörder”, by Fritz Lang

Margareth Vetis Zaganelli¹
Mateus Miguel Oliveira²

RESUMO

O presente artigo promove uma análise jurídica e cinematográfica por intermédio da obra “M, O Vampiro de Dusseldorf” (Fritz Lang, 1931), recorrendo ao caráter crítico e interdisciplinar propiciado pela interseção entre Direito e Cinema. Adotou-se o método de natureza qualitativa, baseado na pesquisa bibliográfica e documental, proporcionando reflexões teóricas acerca da justiça popular, bem como suas provocações e consequências sociais. O trabalho objetiva ressaltar os elementos narrativos da obra em análise, como a criação de um tribunal do júri paralelo ao estatal, que visa a execução da justiça (ou vingança) privada, para compreender as

ABSTRACT

This article promotes a legal and cinematographic analysis through the work “M, Eine Stadt sucht einen Mörder” (Fritz Lang, 1931), resorting to the critical and interdisciplinary character provided by the intersection between Law and Film. The qualitative method was adopted, based on bibliographical and documentary research, providing theoretical reflections on popular justice, as well as its provocations and social consequences. The article aims to highlight the narrative elements of the work under analysis, such as the creation of a jury court parallel to the state court, which seeks the execution of private justice (or revenge),

1 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Educação pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Estágios de Pós-doutorado na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB) e na Alma Mater Studiorum Università de Bologna (UNIBO). Professora titular da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do “Direito & Ficção”, grupo de estudos e pesquisas interdisciplinares, em direito e arte (UFES). Professora colaboradora do Projeto Jean Monnet Module “Emerging ‘moral’ technologies and the ethical-legal challenges of new subjectivities” do Erasmus+ European Commission - cofinanciado pela União europeia (School of Law). Professora Visitante Mobilidade Docente Erasmus+ na Università Degli Studi Di Milano-Bicocca - UNIMIB. Membro da Società Italiana di Diritto e Letteratura - SIDL. Membro da KINETÈS - Arte. Cultura. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-8405-1838>. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3009983939185029>. E-mail: mvetis@terra.com.br.

2 Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Bacharel em Direito pelo Instituto de Ensino Superior e Formação Avançada de Vitória (IESFAVI). Graduando no curso de Lic. em Língua Port. e Literat. de Língua Port. pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro do “Direito & Ficção”, grupo de estudos e pesquisas interdisciplinares, em direito e arte (UFES). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6176-2402>. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2502036335068023>. E-mail: mateus.miguel624@gmail.com.

relações entre a falta de confiança no sistema estatal de segurança pública e justiça e o estímulo popular de “fazer justiça com as próprias mãos”.

Palavras-chave

Direito e Cinema, segurança pública, justiça popular, tribunal paralelo.

to understand the relationships between the lack of trust in the state security system public and justice and the popular stimulus to “take justice into their own hands”.

Keywords

Law and Film, public security, popular justice, parallel court.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Direito e Cinema: uma relação interdisciplinar; 3 Entre visibilidade e visualidade: *M, o vampiro de Dusseldorf* e as representações do real; 3.1 “A cidade está procurando um assassino”: relações entre ineficácia estatal e justiça popular; 3.2 “Vocês não têm o direito de me julgar”: a criação de um tribunal do júri paralelo ao estatal; 4 Considerações Finais; 5 Referências.

SUMMARY: 1. *Introduction*; 2 *Law and Cinema: an interdisciplinary relationship*; 3 *Between visibility and visibility: M, Eine Stadt sucht einen Mörder and representations of the real*; 3.1 *“The city is looking for a killer”*: social repercussions of state inefficiency; 3.2 *“You do not have the right to judge me”*: the creation of a court of the jury parallel to the state; 4 *Final Considerations*; 5 *References*.

1. INTRODUÇÃO

O conceito de justiça pode ser variável de acordo com os povos, culturas e tradições onde se estabelece uma determinada sociedade, bem como em diversos contextos nos quais tendem a divergir opiniões e percepções em proveito próprio. Nesta medida, o processo histórico de outorga dos poderes de promover o bem comum ao Estado “é a forma mais elevada da comunidade e engloba tudo o mais, objetiva o bem nas maiores proporções e excelências possíveis” (ARISTÓTELES, 1999, p. 143).

A partir dessa primeira premissa, a obra cinematográfica utilizada como objeto da presente investigação nos proporciona um cenário no qual a presença descontrolada de um *serial killer* desconhecido e a ineficácia do sistema estatal de segurança pública em identificá-lo e prendê-lo, causam a insegurança e revolta da população, incentivando os ideais da justiça popular em uma sociedade onde terror e interesses se misturam e se confundem. Gerando, portanto, um pano de fundo para discussões jurídicas acerca da credibilidade estatal de segurança pública e justiça.

Com efeito, o presente artigo visa tecer considerações acerca da justiça popular, suas provocações e consequências, por intermédio da metodologia de natureza qualitativa, pela qual promove a análise dos elementos narrativos do filme, baseando-se na revisão documental e bibliográfica, com aporte teórico contextual, e fundamentado na interseção estrutural entre Direito e Cinema, pelas inquietações narradas na obra cine-

matográfica *M, o vampiro de Dusseldorf* (Fritz Lang, 1931). Objetivando observar as consequências sociais da ausência do poder estatal em tempos de crise e compreender a forma como o direito necessita da interdisciplinaridade para incentivar sentidos para além do jurídico, estimulando o pensamento crítico, reflexivo e plural.

2. DIREITO E CINEMA: UMA RELAÇÃO INTERDISCIPLINAR

O direito e o seus instrumentos, como a lei e o modo de produção da justiça, passou ao longo dos anos por diversas transformações no que tange à sua percepção, interpretação e aplicabilidade, algo que evolui em constância com a sociedade. Por essa razão, o modo de produção e ensino do direito não se basta apenas com os modelos e métodos puramente técnicos e dogmáticos.

Nesse sentido, originam-se as Teorias Jurídicas Contemporâneas, nas quais “seria possível observar a instrumentalização de ideias, conceitos e valores com fins a algum propósito específico – como, por exemplo, a produção da justiça” (DE MATOS, 2012, p. 232) e, atrelada às novas perspectivas interdisciplinares, a necessidade de enfatizar os estudos socioculturais no direito.

Contexto em que as artes, por intermédio da interdisciplinaridade, assumem notoriedade, pois “demonstram uma equivalência entre pensamentos estruturados de forma não sequencial através dos tempos; em suas próprias divisões, as artes têm papel característico de fundamental relevância na cultura de cada país” (OLIVEIRA; HERMANO, 2021, p. 376).

Por seu turno, para interdisciplinaridade a relação de troca entre disciplinas favorece o desenvolvimento crítico e científico, como forma de compreender variados fenômenos e, assim, apresentar respostas lógicas aos novos paradigmas globais da realidade atual (LÜCK, 2003, p. 64). Desse modo, exsurge a necessidade de se lançar novas perspectivas sobre temáticas com enfoques culturais, pluralistas e globais, para além da dogmática jurídica, buscando proporcionar a troca de experiências, o desenvolvimento crítico e científico e o alcance da maior percepção social do direito, tarefa cuja narrativa cinematográfica é uma auxiliadora (GARCÍA, 2008, p. 103).

Juliana Neuenschwander Magalhães considera que a interseção entre Direito e Cinema é uma das possibilidades de se reavaliar “uma concepção tradicional, normativista de direito”, buscando-se novas formas de expressão do fenômeno jurídico (MAGALHÃES, 2009, p. 87).

Nesse sentido, os estudos desenvolvidos em Direito e Literatura se fazem de suma importância para a difusão dos estudos em Direito e Cinema, tendo em vista que “assemelham-se pela ousada proposta de aproximar o mundo do Direito a universos ficcionais, na busca por novos espaços de reflexão e compreensão do fenômeno jurídico

e de sua complexa e dinâmica relação com outras manifestações culturais” (DE OLIVO; MARTINEZ, 2014, p. 145).

A origem da relação entre Direito e Cinema teve maior evidência a partir de análises de filmes que tratavam acerca das situações referentes ao âmbito jurídico, o que se tem pela representação do Direito e seus personagens. Categorias como *trial films* ou *courtroom dramas* (denominados “filmes de tribunal”) foram obras precursoras em que se observou a relação entre direito e cinema e suas interrelações representativas (DE OLIVO; MARTINEZ, 2014, pp. 150-151).

Já na da década de 30, é possível denotar alguns clássicos cinematográficos e suas questões temáticas que tratam além da representação do tribunal e o julgamento judicial, como em *A mocidade de Lincoln* (*Young Mr. Lincoln*, John Ford, 1939), que “tornou-se referência por ter antecipado elementos que passaram a ser assimilados em outros filmes de tribunal, como a figura do advogado heroico e sua luta solitária na busca pela justiça” (DE OLIVO; MARTINEZ, 2014, p. 151).

Ademais, destaca-se a forma como a indústria cinematográfica hollywoodiana, entre as décadas de 50 e 60, utilizou os julgamentos de tribunais e desenvolveu clássicos como: *Doze homens e uma sentença* (*12 angry men*, Sidney Lumet, 1957), *Julgamento em Nuremberg* (*Judgement at Nuremberg*, Stanley Kramer, 1961) e *O sol é para todos* (*To kill a mockingbird*, Robert Mulligan, 1963).

Avançando com a conhecida “era de ouro”, que compreende o período de 1970 até a contemporaneidade, na qual a temática do tribunal ganha novas roupagens, como em: *Justiça para todos* (...*And justice for all*, Norman Jewison, 1979), *O veredito* (*The Verdict*, Sidney Lumet, 1983), *Erin Brockovich - Uma mulher de talento* (*Erin Brockovich*, Steven Soderbergh, 2000), *O juiz* (*The Judge*, David Dobkin, 2014), *Ponte dos Espiões* (*Bridge of Spies*, Steven Spielberg, 2015) e o clássico do cinema nacional: *O Auto da Compadecida* (Ariano Suassuna, 2000).

A partir desse contexto estrutural, análises cinematográficas com narrativas jurídicas ganham espaço e vez nas academias norte-americanas e britânicas, onde, no primeiro momento, o interesse das pesquisas voltava-se para a forma como as normas, instituições e personagens tipicamente jurídicos eram representados, ou seja, um modo de estudar a própria representação judiciária e do direito por intermédio de narrativas cinematográficas. Posteriormente, surgiram novas preocupações acerca da ambivalência entre realidade e representação, sobretudo referente as implicações populares para as instituições judiciárias (GREENFIELD; OSBORN; ROBSON, 2010, p. 4).

Postas essas considerações, depreende-se que em todas as supracitadas obras cinematográficas há algo inerente ao direito, enquanto um fato humano e social: a representação da justiça. Esse fato é justificado, pois a arte cinematográfica é um “indicador

dos movimentos da cultura popular. Sua análise não é feita apenas pela perspectiva da estética, para a qual existe uma capacidade do cinema de se tornar arte por meio da reprodução e arranjo dos sons e imagens, mas também pela prática social” (DE SOUSA; NASCIMENTO, 2011, p. 108).

Nessa perspectiva, metodologicamente, os estudos em Direito e Cinema podem ser divididos em duas categorias, quais sejam: regime de visualidade, pelo qual aborda-se o contexto histórico, político, jurídico e social daquela narrativa, gerando a produção de sentido; e regime de visibilidade, no qual trabalha-se as técnicas adotadas, o enredo e as condições materiais da obra em análise.

[...] convém reconhecer a visualidade como uma produção que passa pela política - condições sócio-históricas de existência de determinada imagem -, pela técnica - a forma como produzimos conteúdo audiovisual -, e pela estética - como a representação visual é mostrada. Já a visibilidade remete à percepção e capacidade de ver, a uma operação visual, a um artifício de construir imagem, seja fotográfica, virtual ou de outro tipo (SANTANA, 2019, p. 648).

Por derradeiro, a interseção entre Direito e Cinema se torna um terreno fértil para promover reflexões críticas e discussões acerca das representações sociais da justiça e suas diferentes implicações, posto que entre imagem e som, estética e essência, forma e conteúdo, há a formação de conceitos baseados na percepção individual ou coletiva, que viabiliza a produção de sentido para análises contextuais.

3. ENTRE VISIBILIDADE E VISUALIDADE: M, O VAMPIRO DE DÜSSELDORF E AS REPRESENTAÇÕES DO REAL

A obra *M, o vampiro de Düsseldorf* (originalmente intitulada *M, eine Stadt sucht einen Mörder*)³, foi dirigida por Fritz Lang e lançada em Berlim, na Alemanha, em 11 de maio de 1931, período em que o país “enfrenta grande crise econômica, desmantelada após a 1ª Guerra Mundial, o que culminará num conturbado período político, nomeadamente, a ascensão da ideologia nazista, da xenofobia e de ondas anti-semitas” (DE OLIVEIRA, 2015, p. 433). Sendo o primeiro filme da história do cinema a tratar sobre estupro e assassinato de crianças e considerado um clássico do cinema expressionista alemão (CICCOTTI, 2021).

A saber, o Expressionismo Alemão é considerado um movimento artístico que se origina no final do séc. XIX, ganhando força durante e após a Primeira Guerra Mundial

3 O filme é de livre acesso na plataforma digital Youtube e todos os recortes traduzidos e aqui citados, foram extraídos da legenda realizada pelo canal responsável por sua publicação. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=r9RLbwkVPoA&t=1s>

(1914 – 1918), com as suas primeiras manifestações centradas na literatura e nas artes plásticas (TELES, 1978, p. 99). Chegando ao cinema somente em 1919 e se findando em 1933, com a ascensão do nazismo na Alemanha. O fim do movimento expressionista alemão se deu pelo fato de ser considerado como algo perigoso para o estabelecimento do nazismo no país, uma vez que sua característica:

[...] reflete as cintilações equívocas da natureza, sua diversidade inquietante, suas nuances efêmeras; luta, ao mesmo tempo, contra a decalcomania burguesa do naturalismo e contra o objetivo mesquinho que este persegue: fotografar a natureza ou a vida cotidiana. O mundo aí está, seria absurdo reproduzi-lo tal qual, pura e simplesmente (EISNER, 1985, p. 18).

É com base neste pano de fundo de crítica à “inquestionável realidade” que Fritz Lang dirige *M, eine Stadt sucht einen Mörder*, baseado na história de Peter Kurten (um *serial killer* da cidade de Düsseldorf), ambientada na Alemanha da década de 1920, “o filme traz para a tela as tensões entre indivíduo e o mundo da cidade” (MODESTO, 2014, p. 7). O enredo narra a caçada generalizada de um pedófilo e assassino de crianças, personagem de Hans Beckert (interpretado por Peter Lorre) que, até a primeira vítima retratada no filme, já havia assassinado cerca de 7 crianças, sem, contudo, haver indícios de sua identidade.

A trama, que em virtude da época foi gravada em preto e branco (sendo, inclusive, a primeira filmagem com efeitos sonoros de Lang), inicia-se com crianças brincando em um pátio, no qual cantam a seguinte cantiga em roda: “vem aí o homem de negro com a machadinha... Para te fazer em carne picadinho!”, momento em que aparece a mãe de uma das crianças, pedindo para que não cantem mais essa cantiga “idiota”, enquanto outra mãe afirma que é melhor deixar que elas cantem, pois, enquanto cantam, sabem onde estão (LANG, 1931, 00h03min), retratando, assim, o medo e a tensão que já assombrava a população da cidade.

Dando continuidade à cena, as mães retomam os seus afazeres e há o afastamento de uma das meninas que brincava, demonstrando sua cotidiana ida à escola, enquanto sua mãe preparava o jantar a sua espera. A menina, personagem Elsie Beckmann, voltava distraída para casa, momento em que joga sua bola contra um poste, no qual havia um cartaz oferecendo uma recompensa de 10.000 marcos a quem identificasse o possível assassino das crianças que estavam, até então, desaparecidas (LANG, 1931, 00h05min).

Nesse momento o assassino (Hans Beckert) tem a sua sombra revelada pela primeira vez aos espectadores, aproximando-se da pequena Elsie com intuito de conquistar a confiança da garota, fazendo-o com um presente: um balão que foi vendido por um do mendigo cego, enquanto Beckert assobiava naturalmente (ato que precedia os seus assassinatos). Por conseguinte, resta evidenciado na narrativa audiovisual, remetendo a ausên-

cia da criança, que mais um assassinato havia sido consumado pelo criminoso (LANG, 1931, 00h09min).

Concernente as sequências dessas imagens, tem-se que este clássico do cinema expressionista alemão trouxe inovações e técnicas cinematográficas ainda não reveladas ao cinema nacional e internacional, haja vista que o diretor materializou a dor, o sofrimento e a expressão, por intermédio das imagens do cotidiano alteradas em sua habitualidade, para representar a ausência, o vazio e o desespero em busca de alguém que não volta mais.

A mãe de Elsie, depois de esperar durante várias horas, sai de seu apartamento e desesperadamente grita o nome da filha. Enquanto seu “Elsie!” ressoa, as seguintes fotografias passam pela tela: o vazio vão da escadaria (...); o pátio vazio, o prato não usado de Elsie na mesa da cozinha; uma remota faixa de grama com sua bola; um balão preso nos fios telegráficos – o mesmo balão que o assassino comprou do mendigo para obter a confiança da menina. Como um ponto de partida, o grito “Elsie!” está subjacente nessas diferentes tomadas desconectadas, fundindo-as numa sinistra narrativa (KRACAUER, 1988, p. 256).

Com efeito, após a constatação policial de mais um suposto assassinato de criança na cidade, os jornais locais começaram a divulgar a notícia, reproduzindo o conseqüente pânico geral, pois há a percepção popular de que todos os crimes anteriores foram cometidos da mesma forma e, por conseguinte, tratava-se do mesmo assassino, até então não identificado pela polícia local, remetendo à ideia da ineficácia policial na investigação criminal (LANG, 1931, 00h10min).

3.1 “A CIDADE ESTÁ PROCURANDO UM ASSASSINO”: RELAÇÕES ENTRE INEFICÁCIA ESTATAL E JUSTIÇA POPULAR

Tendo como base a narrativa construída na obra cinematográfica, pode-se asseverar que o caos instaurado na população vai ser o principal motivo para o pânico e a crise serem generalizadas. Oportunidade em que é possível fazer conexão com a teoria da psicologia de massas para representar a unidade do *pânico em que se encontrava a cidade, em virtude da série de assassinatos cometidos, sem as devidas penalizações.*

Wilhelm Reich pondera que em períodos conturbados a população tende a se desindividualizar, unindo-se em um só propósito. Porém, o perigo é manifesto em situações como o fascismo, no qual valendo-se da unidade popular, influencia-se toda uma sociedade por intermédio de uma ideologia, levando-a até mesmo corroborar, de forma

comissiva ou omissiva, com atrocidades desumanas (REICH, 2015).

Lang utiliza cenas que demonstram a hipótese de terror instaurado e a própria desindividualização popular que cria uma espécie de rede de defesa. Por exemplo, quando um senhor é abordado por uma menina, perguntando-o as horas, as pessoas em volta o acusam de ser o possível assassino, já que estava conversando com uma criança desconhecida e desacompanhada, razão que leva a agressão coletiva do senhor inocente (LANG, 1931, 00h14min).

Contudo, o que ao espectador pode até mesmo ter um efeito cômico (justamente por saber que o verdadeiro assassino não era o senhor agredido), representa na ficção e na realidade uma forma de resposta social imediata que, teleologicamente, ocasiona diversos injustos pela ausência de certeza na condenação popular precipitada e a percepção social do justo, oportunidade em que o justiça privada e linchamento são manifestos através da justiça popular (MARTINS, 2015, p. 32).

Na justiça popular não há três elementos, há apenas as massas e seus inimigos. As decisões não se referem a uma idéia universal e abstrata de justiça, mas à própria experiência popular, aos danos que sofreram os que agora se revoltam e ao modo como foram oprimidos. Baseados não em um princípio moral de justo e injusto, de certo e errado, mas orientados pela agressão que sofreram, ou pela maneira como foram lesados, ou pela perseguição de que foram objeto. Nessa forma de justiça, as massas não precisam se apoiar em um aparelho do Estado, ou numa instituição. Apenas executam suas formas de punição orientadas pela sua idéia de justiça ou vingança (SINHORETTO, 2002, p. 78).

Com o fechamento da cena anterior, inicia-se o segundo ato da obra, neste momento o assassino, considerando-se invencível, envia cartas para o jornal da cidade, sem se identificar, confessando a autoria dos crimes, conseqüentemente, expandindo o desespero geral. Razão pela qual há o aumento significativo da pressão popular contra o Estado, devido às inúmeras falhas da polícia na solução do caso (LANG, 1931, 00h15min).

Assim, intensifica-se a atuação policial, que agora tem por rotina o policiamento ostensivo, dissuasivo e irrestrito, entrando em bares e revistando todos que ali estavam, fazendo juízo de valor de indivíduos que entendiam ser suspeitos, entre outras práticas extraordinárias em busca de algum indício que os levassem ao assassino (LANG, 1931, 00h28min).

Com efeito, a ação da polícia passa a atrapalhar as organizações criminosas local, levando-as a traçar estratégias para identificação e apreensão do acusado por conta própria. Paradoxalmente, poder oficial (polícia) e poder desviante (crime organizado) passam a ter a mesma finalidade e diferentes estratégias para encontrar o assassino, demonstrando o paralelismo, configurado por semelhanças e discrepâncias entre poder e desordem

(LANG, 1931, 00h34min).

Há momentos em que o uso da montagem paralela das reuniões dos membros do Estado e das facções do crime organizado é utilizada para demonstrar as semelhanças entre as preocupações que a existência de um assassino solto nas ruas causa as duas instâncias divergentes do poder. Se há um efeito cômico causado pela demonstração das semelhanças entre Estado, poder legítimo, e o crime organizado, poder desviante, por outro lado o filme coloca em situação da rua como um espaço público onde o poder e a desordem se manifestam e se debatem, e onde a linha entre a normalidade e o perigo é tênue (MODESTO, 2014, p. 7).

Desse modo, pode-se afirmar que as técnicas cinematográficas utilizadas por Lang tiveram grande importância para a construção da crítica aqui delineada, isto é, o paradoxo se dá quando as duas opostas instâncias do poder têm uma só finalidade: encontrar um indivíduo que assola toda a população. Neste momento não se sabe qual o poder mais contundente ou dominante, tampouco o limite entre o legal e o anseio popular que acaba sendo legitimado pelo poder desviante, apesar de suas diferentes razões e objetivos.

Nessa relação de poder o anseio popular prevalece, buscando formas de materializá-lo, pois “numa cultura jurídica pluralista, democrática e participativa a legitimidade não se funda na legalidade positiva, mas resulta da consensualidade das práticas sociais instituintes e das necessidades reconhecidas como ‘reais’, ‘justas’ e ‘éticas’” (WOLKMER, 1998, p. 31).

Contudo, faz-se necessário compreender as ambivalências existentes entre a aplicação da lei emanada do Estado e a justiça popular legitimada por um desejo vingativo, como ocorre na prática do linchamento, o que representa a “desconfiança em relação aos resultados da justiça estatal e a legitimação das ações coletivas violentas” (SINHORETTO, 2009, p. 76).

Na mesma perspectiva, Siegfried Kracauer caracteriza o risco, representado na relação entre Cinema e Sociedade, especificamente no que tange ao cidadão da cidade e a violência urbana, considerando que esse cidadão “é metáfora da condição massificante do indivíduo que perde o seu caráter de cidadão e de individualidade, tornando-se homogêneo e alienado” (FERREIRA, 2011, p. 2).

3.2 “VOCÊS NÃO TÊM O DIREITO DE ME JULGAR”: A CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL DO JÚRI PARALELO AO ESTATAL

Destacados esses pontos, a obra segue para seu desfecho, os mafiosos do crime organizado investem em uma estratégia inédita: com o auxílio dos mendigos da cidade, pro-

curam indícios do criminoso. Nesse ato, o assassino está andando pela rua sem intenções, quando tem a oportunidade perfeita de se aproximar de uma menina que estava sozinha, pronto para dar a sua investida e fazer sua próxima vítima. Sendo, portanto, o início da caracterização de um personagem inimputável, pois, ao expectador, resta evidente que ele não tem controle de seus impulsos (LANG, 1931, 00h53min).

Porém, todos os populares já estavam à procura dos indícios de autoria do criminoso, sendo o exato momento em que o personagem reproduz o seu *modus operandi*: assobiando a mesma canção, quando o mendigo cego, que vendeu o balão para o assassino na companhia de Elsie, reconhece o som e associa ao assassino da menina. Logo, o vendedor pede ajuda a outro cidadão para identificar o dono do assobio, que assim o faz, perseguindo Beckert e presenciando o momento em que estava prestes a cometer mais um assassinato (LANG, 1931, 01h00min).

Imediatamente, o popular marca a letra “M”, de Mörder (assassino), no casaco de Beckert, para que não pudesse perdê-lo de vista, sendo iniciada uma perseguição dos membros do crime organizado ao acusado, que em um ato desesperado se esconde em uma fábrica. Após uma longa busca, Beckert é encontrado e levado a uma espécie de tribunal do júri popular, constituído por populares e membros do crime organizado, em uma velha destilaria (LANG, 1931, 01h35min).

O acusado é colocado como réu no julgamento de todas as crianças assassinadas da cidade, sendo identificado ao ser confrontado com um retratado de Elsie e das demais vítimas, ficando visivelmente transtornado e tentando fugir por diversas vezes. Sem saída, num ato de desespero Beckert declara: “vocês não tem o direito de me julgar! Vocês não podem me prender aqui!”. Entre os gritos enfurecidos dos populares, uma cidadã se levanta e afirma: “Certo? Alguém como você não tem direitos. Matem-no!” (LANG, 1931, 01h38min).

A fúria e desespero pela execução da justiça popular revelam o controle do poder de julgar e o fim do linchamento em atribuir um caráter “monstruoso” ao inimigo, pois “quando tais instituições perdem esse crédito a população acaba tirando indiretamente o poder punitivo do Estado e toma para si, então os linchadores se sentem legitimados a linchar o ‘inimigo’, sujeito este que perde, imediatamente, o *status* de pessoa humana” (PIRES; BRANCO, 2019, p. 95).

Na sequência, um dos quatro chefes do crime organizado (sentados em frente ao acusado), declara: “Somos experts em leis aqui... de seis semanas na prisão de Tegel... até 15 anos em Brandenburg. [...] eles lhe aplicarão o direito que merece.”. Informando-lhe, ainda, que teria um advogado de defesa e que todos ali queriam “torna-lo inofensivo”. Ao perceber que a intenção era matá-lo, Beckert afirma: “mas se me matarem, será um assassinato a sangue frio!”, levando todos a rirem de sua fala; desesperado, exige que o

entreguem a polícia, requerendo “ser julgando por um tribunal comum, da lei” (LANG, 1931, 01h40min), em resposta, o mesmo chefe do crime organizado profere:

Então invocará o parágrafo 51. Para que o Estado tome conta de você... e então poderá fugir, ou conseguir o perdão, então... lá estará você, livre, com a lei te protegendo... porque é um doente mental, livre de novo, matando garotinhas. Nem pense nisso. Vamos usar nossos poderes. Você irá desaparecer (LANG, 1931, 01h40min).

Na tentativa de justificar os seus atos, o acusado demonstra o estado da perturbação mental que o assola, ajoelha-se e, sendo escutado por todos, profere um relato desarticulado e assustador: “Não consigo escapar. Tenho que obedecer. E saio pelas ruas perdido. Quero fugir, mas como? Sou possuído por fantasmas. Fantasmas de mães. E de crianças... Sempre, exceto quando faço isso. Não consigo lembrar de nada [...]” (LANG, 1931, 01h43min).

Contudo, o chefe do crime organizado retoma a palavra e decide a sentença do acusado, fundamentando: “o acusado está dizendo que não pode ajudar a si mesmo. Ele diz que tem que matar. Neste caso... ele pronunciou a sua própria sentença de morte. Alguém que admite sua compulsão para assassinar... deve ser extinto como um incêndio” (LANG, 1931, 01h45min), sentença corroborada por todos os presentes que desejavam a aplicação da pena mais severa ao acusado.

O advogado pede a palavra, defendendo o Beckert, assegurando que “o impulso que o leva a matar prova a sua inocência [...] O Estado é quem deve tomar as medidas que o tornem inofensivo, para ele deixar de ser perigoso a sociedade”, pois demonstra ser um inimputável penal, requerendo que o acusado fosse entregue a um médico e não a um carrasco. Todavia, sua fala é interrompida por uma das populares, afirmando que pelo fato de o advogado não ter filhos, caberia aos pais das crianças assassinadas decidirem a pena do acusado, momento em que esses são tomados pela *fúria* e gritam: “nada de piedade! Entregue-nos o assassino! Matem este monstro!” (LANG, 1931, 01h45min).

Quando, então, todos partem para atacar o acusado, uma voz ecoa no espaço: “mãos ao alto!”, todos olham para a porta e, num sinal de rendição, colocam as mãos ao alto, em seguida, uma mão é posta no ombro de Beckert, que estava acuado no chão, e profere: “Em nome da lei”, representando a força impositiva do Estado (LANG, 1931, 01h49min).

Nesta medida, observa-se que a criação de um tribunal do júri paralelo ao estatal não pode assumir qualquer caráter de uma justiça imparcial e que, teologicamente, preza pelo interesse de um bem comum, por mais que os interesses populares sejam legitimados e objetivem a diminuição da violência urbana, sempre prevalecerá os intentos da justiça privada advindos de um poder irrestrito e perpetuado da vingança, razão pela qual:

O tribunal não pode ser expressão da justiça popular, pois a característica desta é justamente ser antijudiciária. Isto porque, segundo os dados históricos que apresenta, o tribunal é figura por excelência do aparelho de Estado da justiça moderna, é portanto a figura do poder de uma classe. Uma justiça que se propõe popular e libertadora não pode, assim, fazer recurso da instituição criada justamente para controlar a plebe. (FOUCAULT, 1992, p. 43).

A trama se finda com a cena de um tribunal estatal, no qual cerca de seis juízes togados se sentam na tribuna e um deles pronuncia: “Em nome do povo”, procedido por um recorte da câmera, onde aparecem três mães enlutadas chorando e uma delas diz: “isto não trará de volta nossas crianças. Nós, também, então vamos tomar conta de nossas crianças” (LANG, 1931, 01h49min).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação entre Direito e Cinema proporciona diversas possibilidades de transitar entre o novo e o antigo, estética e mística, forma e conteúdo, visibilidade e visualidade, entre outros elementos que permitem analisar as percepções e sentidos socioculturais de outras realidades, sobretudo concernente às instituições judiciárias e as questões subjacentes a própria justiça e seus mecanismos de efetivação.

Nesse contexto, dentre os mais diversos desdobramentos e possibilidades, utilizou-se a obra cinematográfica *M, o vampiro de Dusseldorf* (1931), de Fritz Lang, na qual enfatiza-se o desenvolvimento e as conseqüências da justiça popular, que desdobra na criação de um tribunal do júri paralelo ao estatal, constituído por populares e agentes do crime organizado.

A ambição de concretizar a justiça popular, almejada pelos habitantes da cidade, fez com que esses se unissem às instâncias do poder desviante, fazendo com que o desejo de linchar o *serial killer*, Hans Beckert, fosse legitimado e, portanto, executado do modo que fosse necessário. Entende-se que o linchamento, manifesto como uma vingança coletiva, “tem raiz na situação estrutural do sistema de justiça criminal: ineficiência na investigação criminal; morosidade processual; recrudescimento penal [...]; decisões injustamente proferidas; descrédito e desconfiança na atuação dos poderes constituídos” (PIRES; BRANCO, 2019, p. 95).

Com efeito, essa análise suscita as premissas e perigos da relação de poder entre o legal e o legítimo, a ordem e desordem, e, para além das motivações e objetivos, a forma como em uma sociedade onde o mal prevalece, sem ações que preservem a segurança pública e a imposição da força do Estado, as instituições recebem um verdadeiro descrédito e, desse modo, o Estado e sociedade incorrem em riscos de crises.

Por derradeiro, entre a dimensão criativa da ficção e a realidade, Direito e Cinema, apresenta-se como uma ferramenta de potencial estímulo ao pensamento crítico, reflexivo e transformador social, uma vez que retratar e representar a realidade, por intermédio da narrativa audiovisual, é trazer à tona todas as formas de alcançar as melhores soluções para indigências humanas e sociais, a partir de novas perspectivas que visam atender a sociedade de uma forma coletiva e plural.

5. REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. (Coleção Os Pensadores). Tradução Therezinha Monteiro Deutsch Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

CICCOTTI, Eusebio. Compie 90 anni “Il mostro di Düsseldorf”, capolavoro senza tempo. **Formiche Rivista**, 9 maggio 2021. Disponível em: <https://formiche.net/2021/05/mostro-dusseldorf-fritz-lang/>. Acesso em: 03 jun. 2021.

DE MATOS, Marcus Vinícius A. B. **Direito e Cinema**: os limites da técnica e da estética nas teorias jurídicas contemporâneas. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, N. 60, pp. 231-268, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/184>. Acesso em: 14 fev. 2021.

DE OLIVEIRA, Marília Corrêa Parecis. O direito através do cinema: reflexões sobre o julgamento de Beckert no filme M – o vampiro de Dusseldorf (1931), de Fritz Lang. **Anais do Sciencult**, v. 6, n. 1, pp. 431-443, 2015. Disponível em: <https://anaisonline.uems.br/index.php/sciencult/article/view/3119>. Acesso em: 16 fev. 2021.

DE OLIVO, Luís Carlos Cancellier; MARTINEZ, Renato de Oliveira. Direito, literatura e cinema: o movimento direito e literatura como modelo teórico para os estudos direito e cinema. **Anais do II CIDIL**, V. 2, N. 1, pp. 144-165, JUL/2014. Disponível em: <http://rdl.org.br/seer/index.php/anacidil/article/view/177>. Acesso em 14 fev. 2021.

DE SOUSA, Ana Maria Viola; NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira. Direito e Cinema - uma visão interdisciplinar. **Revista Ética e Filosofia Política**, v. 2, n. 14, pp. 103-124, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.34019/2448-2137.2011.17750>. Acesso em: 14 fev. 2021.

EISNER, Lotte. **A tela demoníaca**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

FERREIRA, Raphael Bessa. O prognóstico de um mal: Nazismo e opressão no cinema e na literatura alemã. **Anais do Simpósio Internacional Literatura, Crítica, Cultura V**: Literatura e Política, 2011. Disponível em: <https://www.ufjf.br/darandina/files/2011/08/O-progn%C3%B3stico-de-um-mal-Nazismo-e-opress%C3%A3o-no-cinema-e-na-literatura-alem%C3%A3.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2021.

FOUCAULT, Michel. Sobre a justiça popular. In: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1992

GARCÍA, Juan Antonio Gómez. Derecho y cine: El rito, o El derecho y El juez según El realismo jurídico escandinavo, **Revista de Derecho UNED**, núm. 3, pp. 101-123, 2008.

GREENFIELD, Steve; OSBORN, Guy; ROBSON, Peter. **Film and the Law**. Oxford and

Portland: Hart Publishing, 2010.

KRACAUER, Siegfried. **De Caligari a Hitler**: uma história psicológica do cinema alemão. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1988.

LÜCK, Heloisa. **Pedagogia Interdisciplinar**: fundamentos histórico-metodológicos. 11. ed., Petrópolis: Vozes, 2003.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Debate (transcrição). In: MAGALHÃES, J. N.; PIRES, N.; MENDES, G. et al (org.). **Construindo memória**: seminários direito e cinema. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2009.

MARTINS, José de Souza. **Linchamentos**: a justiça popular no Brasil. São Paulo: Contexto, 2015.

MODESTO, Ana Lúcia. A cidade e o crime: um estudo etnográfico do filme M, O Vampiro de Dusseldorf. Grupo de Trabalhos (Antropologia do Cinema: entre narrativas, políticas e poéticas). **29ª Reunião Brasileira de Antropologia (RBA)**, 2014. Disponível em: http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1401995909_ARQUIVO_ABA29.pdf Acesso em: 16 fev. 2021.

OLIVEIRA, Mateus Miguel; HERMANO, Renê. Pelo Direito De Dançar: a dança como elemento sociocultural e objeto dos Direitos Humanos. In: MELO, Ezilda; SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio (Org.). **Pluralidades do Sentir**: Artes Plásticas, Dança e Teatro no Direito Brasileiro. Salvador: Studio Sala de Aula, pp. 376-392, 2021.

PIRES, Anna Kelly Diniz; BRANCO, Thayara Castelo. Violência Urbana, Vingança Privada e Justiça Popular: análise sobre os linchamentos na região metropolitana de São Luís/MA. **Revista Ceuma Perspectivas**, Vol. 34, N. 03, pp. 84-98, 2019.

REICH, Wilhelm. **Psicologia de massas do fascismo**. São Paulo: Martins Fontes, **3ª Ed**, 408 p., 2015.

SANTANA, Samene Batista Pereira. Regimes de visualidade da violência: biopoder e tanatopolítica em Ônibus 174. **Anais do VII CIDIL – Narrativas E Desafios De Uma Constituição Balzaquiana**, pp. 644-654, 2019. Disponível em: <http://rdl.org.br/seer/index.php/anacidil/article/view/541>. Acesso em: 25 maio 2021.

SINHORETTO, Jacqueline. Linchamentos: insegurança e revolta popular. **Revista Brasileira de Segurança Pública**. Ano 3, Edição 4, pp. 72-92, Fev/Mar, 2009.

SINHORETTO, Jacqueline. **Os justiçadores e sua justiça**: linchamentos, costume e conflito. 1 Ed. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

TELES, Gilberto Mendonça. **Vanguarda europeia e modernismo brasileiro**. Petrópolis: Vozes, 1978.

WOLKMER, Antônio Carlos. Uma nova conceituação crítica de legitimidade. In: GARCIA, M. (coord.) **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, a. 2, n. 5, p. 25-31, out./dez, 1998.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 29.06.2021

Aceito em: 14.07.2021

A TUTELA COLETIVA AMBIENTAL E CONSUMERISTA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA: UMA PESQUISA EMPÍRICA SOBRE LEGITIMIDADE ATIVA

Collective environmental and consumer protection in the Santa Catarina Court of Justice: an empirical research on active legitimacy

Priscila Zeni de Sá¹

Luiz Sens Weise²

Layra Linda Rego Pena³

RESUMO

O presente estudo origina-se de projeto de pesquisa que apresentou como objetivo geral a verificação da efetividade das tutelas coletivas, e como objetivos específicos a comprovação empírica da atuação do Ministério Público e associações no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em matéria ambiental e consumerista. Para tanto, utilizou-se a metodologia da análise de conteúdo, realizada em três fases (pré-análise, exploração do material e tratamento dos resultados). Para obtenção do corpus de pesquisa foi estabelecido como

ABSTRACT

The following study originated as a research project developed at the university. The general objective of the project was to verify the effectiveness of collective tutelage. The specific objectives: to find empirical evidence of the performance of the Public Ministry and associations in collective actions in the Santa Catarina Court of Justice, in environmental and consumer disciplines. To do so, the methodology of content analysis was used, performed in three stages (pre-analysis, material exploration and result treatment). To obtain the corpus of the research, the

1 Doutora em Direito pela Unisinos. Mestre em Direito Econômico e Social pela PUCPR. Professora do PPGD da Universidade Regional de Blumenau - FURB. Professora do Centro Universitário Católica de Santa Catarina. Professora da especialização lato sensu da PUC-PR, ESMESC e EMAP. Advogada. Membro do Grupo de Pesquisas “Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER” registrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ e certificado pela FURB. Endereço Profissional: Rua Antônio da Veiga, 31 - Sala B101, Victor Konder, CEP 89012900, Blumenau, SC, Brasil. E-mail: priscilasa@furb.br Telefone (47) 32410239 Link para o currículo lattes:<http://lattes.cnpq.br/0232080339688923>.

2 Mestranda em Direito pela FURB. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes, Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Membro do Grupo de Pesquisas “Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER” registrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ e certificado pela FURB. Blumenau, Santa Catarina, Brasil. Endereço Profissional: Rua Antônio da Veiga, 31 - Sala B101, Victor Konder, CEP 89012900, Blumenau, SC, Brasil. E-mail: weiseluiza@gmail.com. Link para o currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2422754427570234>.

3 Bacharel em Direito da Universidade Regional de Blumenau (FURB). Membro do Grupo de Pesquisas “Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER” registrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ e certificado pela FURB. Endereço: Rua Antônio da Veiga, 31 - Sala B101, Victor Konder, CEP 89012900, Blumenau, SC, Brasil. E-mail: layrapena2@gmail.com. Link para o currículo lattes:<http://lattes.cnpq.br/0947080697027599>

critério temporal (anos de 2017 e 2020, comparativamente) e territorial o TJSC. A hipótese foi parcialmente confirmada, demonstrando que o Ministério Público é o legitimado mais atuante na defesa dos interesses coletivos analisados.

Palavras-chave: Tutela coletiva, legitimada, meio ambiente, consumidor, Ministério Público.

Saint Catarina Court of Justice was chosen as a time (years 2017 and 2020) and place criterion. The hypothesis was partially confirmed, showing that the Public Ministry is the most active in defending the analyzed collective interests.

Keywords: *Collective rights, legitimacy, environment, Public Ministry.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os direitos transindividuais ou metaindividuais no Brasil. 3. A legitimidade ativa para a propositura das ações coletivas e sua efetividade no estado de Santa Catarina. 4. Conclusões. 5. Referências.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Transindividual or meta-individual rights in Brazil. 3. The active legitimacy for the purpose of collective actions and their effectiveness in the state of Santa Catarina. 4. Conclusions. 5. References.

1. INTRODUÇÃO

A tradição do direito brasileiro é a tutela de interesses antropocêntricos e patrimoniais, porém, a partir da década de 1970, percebeu-se a necessidade de se instituir uma tutela mais voltada para os interesses da coletividade. A lei nº 7.347/1985, que instituiu a Ação Civil Pública, foi um marco nesse sentido. A definição legal dos interesses coletivos só veio com o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990, que em seu artigo 81 define direitos difusos como aqueles de grupo indeterminável, objeto indivisível, ligados por uma situação de fato; direitos coletivos como de grupos determináveis, objeto indivisível e com origem em uma relação jurídica; e individuais homogêneos como de grupo determinável, objeto divisível e de origem comum (MAZZILLI, 2004).

Nesse contexto, são destacados no presente estudo dois dos principais direitos materiais veiculados em sede de ações coletivas: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito do consumidor.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é trazido na Constituição Federal como direito fundamental, estabelecendo deveres para o Poder Público e a coletividade de preservá-lo para as presentes e futuras gerações, inclusive responsabilizando o causador de danos. Vale destacar ainda que a ordem constitucional brasileira parte de uma cosmovisão antropocêntrica (FIORILLO, 2011, p. 72), pois o ser humano é o principal favorecido com a proteção da natureza e de seus recursos. O dano ambiental, por sua vez, muitas vezes é indeterminável ou imensurável, atinge pessoas em diversas escalas, sendo um típico exemplo de direito difuso.

O direito do consumidor, por sua vez, também é considerado direito fundamental

pela Constituição Federal de 1988 e seu aspecto coletivo se dá quando a tutela jurisdicional visa proteger ou reparar um fato que potencialmente pode atingir a coletividade.

Diante disso, definiu-se como problemática da presente pesquisa verificar, em sede de defesa de interesses difusos e coletivos, quem tem sido o mais atuante dentre os legitimados selecionados: Ministério Público e as Associações Cíveis. Para responder a essa problemática, e com base nos resultados quantitativos da pesquisa empírica, foram estabelecidas as seguintes hipóteses preliminares: em matéria ambiental, o Ministério Público tem atuado mais significativa, enquanto em matéria consumerista, prevalece a atuação das Associações Cíveis, que ao final foram parcialmente confirmadas.

O objetivo geral da pesquisa é a análise da concretização dos direitos e garantias constitucionais em estruturas destinadas à sua efetivação dentro e fora do Poder Judiciário. O objetivo específico é compreender a constitucionalização do Direito, na perspectiva dos direitos individuais e coletivos e analisar, na perspectiva dos direitos coletivos, em matéria ambiental e de consumo, quais as estruturas litigantes na defesa desses direitos.

Como metodologia utilizou-se a análise de conteúdo (BARDIN, 2011), que permite elaborar resultados quanti e qualitativos de discursos ou textos. A metodologia da análise de conteúdo supera a simples opinião pessoal do leitor de um determinado texto e permite que as conclusões sejam extraídas do conteúdo do próprio texto, fornecendo critérios para a extração de elementos. Na primeira fase, denominada pré-análise, procedeu-se a escolha dos documentos que foram estudados, foram formuladas as hipóteses e os objetivos, bem como se elaboraram os indicadores que fundamentam a interpretação final. Na segunda fase explorou-se propriamente o material selecionado na primeira etapa. Na terceira e derradeira fase, foram elaboradas as tabelas estatísticas com as consequentes interpretações.

Estruturalmente, o artigo está organizado em duas partes: primeiramente trata-se sobre os direitos coletivos, focando nos dois tipos de direitos escolhidos para a pesquisa, e, após, estuda-se a legitimidade ativa das demandas coletivas apresentando-se os resultados da pesquisa empírica.

2. OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS OU METAINDIVIDUAIS NO BRASIL

2.1 Definição dos direitos ou interesses transindividuais

O direito brasileiro historicamente possuía uma tutela protetiva voltada muito mais aos direitos individuais do que àqueles que visam proteger a coletividade, um grupo de pessoas ou uma categoria delas. É possível que essa seja uma consequência de

ordenamento jurídico voltado à proteção patrimonial e ao sujeito de direitos limitado ao possuidor de patrimônio, de “pátrio poder”, excluindo as minorias, ou até maiorias com parcela menor do poderio econômico e tradicional. É possível também, que essa seja uma das consequências de uma constitucionalização tardia e de sucessivos regimes não democráticos (LOBO, 2009).

O fato é que a apesar de a temática dos interesses ou direitos transindividuais ser discutida com mais veemência só hodiernamente, esses direitos sempre existiram (MAZZILLI, 2004, p. 17). Foi a partir da década de 70 do século passado que se percebeu a necessidade de instituir a tutela coletiva, que foi devidamente inserida nos ordenamentos por meio de leis ou até mesmo nas constituições, a fim de defender esses direitos no plano judicial (MAZZILLI, 2004, p. 18), mormente com as ações coletivas.

Essa necessidade deve-se ao fato de as ações coletivas solucionarem algumas limitações das ações individuais, uma vez que no plano coletivo a “imutabilidade do decisum” (coisa julgada material) não pode limitar-se às partes formais do processo, mas deve ultrapassá-las, atingindo até mesmo quem não foi parte do processo” (MAZZILLI, 2004, p. 18).

Cabe aqui um adendo de que lei n.º 7.347/1985, que disciplina a Ação Civil Pública, faz uso da expressão “interesse” ao se referir à tutela de interesses difusos e coletivos no inciso IV do artigo 1º. A Constituição Federal, igualmente, se reporta à expressão “interesses” ao disciplinar as funções institucionais do Ministério Público no inciso II do artigo 129, mas no inciso V deste mesmo artigo cita “direitos e interesses” acerca das populações indígenas. Já nos incisos do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, a defesa se dá a “interesses ou direitos”. Sobre essa diferenciação terminológica Hugo Nigro Mazzilli diz que “[...] em tese, ambas as expressões estão corretas, mas significam coisas diversas. Para os fins que ora nos dizem respeito, *interesse* é pretensão; direito é na pretensão amparada pela ordem jurídica.” (MAZZILLI, 2012, p. 54). Assim, o autor exemplifica da seguinte forma:

[...] uma ação civil pública que busque a tutela de valores transindividuais que, ao final, se vejam definitivamente reconhecidos como inexistentes, essa ação objetivou a defesa de interesses difusos; já outra ação que busque a tutela de valores transindividuais definitivamente reconhecidos como existentes, objetivou a defesa de direitos difusos (MAZZILLI, 2012, p. 54-55).

Já Kazuo Watanabe (1997), ao comentar o artigo 81 do CDC, afirma que os termos são utilizados como sinônimos e que a partir do momento que um interesse passa a ser amparado pelo direito, ele passa a ser direito também. Por esse motivo é que ele não enxerga uma razão prática ou teórica para que se diferenciem os termos ontologicamente

(GRINOVER *et al*, 2007, p. 819). Dessa forma, adota-se no presente estudo ambas as expressões, devendo ser lidas como sinônimos de acordo com o entendimento de Watanabe.

Dito isso, quanto à definição de interesses ou direitos transindividuais, tem-se que “[...] reúnem grupos, classes ou categorias de pessoas, como os moradores de uma região, no que diga respeito a uma questão ambiental; os consumidores do mesmo produto; os trabalhadores da mesma fábrica; os alunos do mesmo estabelecimento de ensino” (MAZZILLI, 2004, p. 17).

Ocorre que “direito transindividual” é gênero do qual fazem parte algumas espécies, quais sejam: os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. A fim de aprofundar a temática, serão conceituadas cada uma das espécies, apontando as principais diferenças e apresentando algumas observações.

2.2 Espécies: difusos, coletivos em sentido estrito, individuais homogêneos

É possível classificar os interesses transindividuais levando em consideração os seguintes critérios: se “os grupos são determinados ou não” e se “os interesses em jogo são divisíveis ou não” (MAZZILLI, 2004, p. 18). Essa classificação foi adotada pelo CDC. Sobre a natureza dos direitos difusos, pode-se afirmar que

[...] são materialmente coletivos. Não é a lei que lhes impõe artificialmente esta característica plural, e sim o fato de serem necessariamente usufruídos por um número indeterminado de pessoas. Não se trata, também, de união de diversas pretensões individuais num único processo. Em face da ausência de um titular específico do direito [...] faz-se necessário que a lei indique pessoas que tenham legitimidade de requerer sua proteção jurisdicional (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 436).

Já os direitos coletivos pertencem a indivíduos determinados ligados por uma situação jurídica, mas que “não são necessariamente vinculados ou organizados em torno de entidade associativa (sindicato, associação de consumidores etc.), pois a relação jurídica base pode ocorrer em relação ao fornecedor” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 437). Dessa forma, utiliza-se como exemplo “os indivíduos que assinam um contrato de adesão o qual contenha cláusula abusiva” (MAZZILLI, 2004, p. 19), como um “contrato padrão de plano de saúde” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 437).

Portanto, a fundamental diferença entre os direitos coletivos e os direitos difusos “diz respeito à determinabilidade das pessoas titulares, seja por meio da relação jurídica que as une [...], seja por meio de vínculo jurídico estabelecido com a parte contrária” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 437). Dessa forma, em uma ação sobre direitos coletivos, “os efeitos da sentença irão atingir todos que estiverem na situação ju-

rídica indicada - categoria de pessoas determinadas” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 438).

Os interesses individuais homogêneos, por sua vez, têm natureza divisível e indivíduos determinados, mas podem ser reunidos por uma “lesão de origem comum” (MAZZILLI, 2004, p. 19), como “os consumidores que adquiriram um produto fabricado em série e colocado no mercado com o mesmo defeito” (MAZZILLI, 2004, p. 19).

O processo que tem como fundamento a defesa de direitos individuais homogêneos tem por característica a divisão em duas fases, sendo a “inicial, promovida pelo legitimado coletivo, em que se busca o reconhecimento e a declaração do dever de indenizar” e a após segue-se “a habilitação dos beneficiários na ação, com o fim de promover a execução da dívida reconhecida no âmbito coletivo” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 439).

Assim, conforme dispõe o art. 95 do Código de Defesa do Consumidor, “em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados” (BRASIL, 1990), ou seja, essa sentença genérica possibilitará a execução, ou, conforme o Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), o cumprimento de sentença, do direito reconhecido na sentença por parte de qualquer dos beneficiários da ação (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 439).

No mesmo sentido: “Toda a pretensão tendente à tutela de direitos individuais homogêneos [...] há de expressar-se sob a via de uma ação condenatória. Essa condenação, ademais, há de ser genérica, resultando apenas na fixação do dever de indenizar, sem, contudo, especificar o montante devido a cada vítima do prejuízo”. (ARENHART, 2003, P. 162)

Dessa forma, para que os beneficiários possam promover a execução da sentença coletiva no plano individual, é necessário provarem que “forma vítimas do fato gerador do dano” e qual “o valor do seu dano (material e moral)” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 440). Importante observar, ainda, que os direitos individuais homogêneos, em razão desse aspecto individual, possibilitam que a disposição do direito da forma que aprouver a seu titular, pois “[...] entre os provimentos de caráter genérico, somente aquele que tenha índole estritamente condenatória permite que a parte (titular do interesse) venha ou não, conforme sua vontade, a socorrer-se da prestação obtida - o que será feito por meio de futura execução individual, calcada no provimento condenatório genérico” (ARENHART, 2003, p. 164).

Quanto aos direitos difusos e coletivos, é importante ressaltar que “é possível requerer adicionalmente a condenação do fornecedor a indenizar os prejuízos (materiais e morais) sofridos individualmente pelos consumidores” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 430), os quais foram atingidos pelas condutas danosas de que tratam as ações

coletivas. Portanto, a importância da ação coletiva se deve ao fato de que na sentença ocorre “o reconhecimento da responsabilidade do fornecedor, afastando nova discussão da responsabilidade civil” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 440), e possibilitando que os beneficiários executem posteriormente o direito que lhes foi reconhecido.

Para melhor distinguir, no âmbito processual, o tipo de direito transindividual a que se refere a ação coletiva, é preciso verificar o pedido e a causa de pedir, identificando “os beneficiários atuais e potenciais da tutela requerida” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 440), e definindo assim, a espécie de direito transindividual pretendida na ação coletiva. Porém, ressalta-se que “uma única ação coletiva pode tutelar as três diferentes espécies de direitos metaindividuais. É possível, muitas vezes recomendável, que haja cumulação de pedidos [...]” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 440).

Destarte, com base nas definições e observações apresentadas, para cumprir o escopo de aprofundar a temática, serão abordados os principais direitos materiais veiculados em sede de ações coletivas, quais sejam, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito do consumidor.

2.3 O meio ambiente como objeto de proteção jurídica

No Brasil a primeira legislação que atribuiu ao Ministério Público a legitimidade para propor ação de temática ambiental e coletiva foi o Decreto nº 83.540, de 4 de junho de 1979 (MAZZILLI, 2004, p. 138), que previa a responsabilidade civil por danos decorrentes da poluição por óleo. Poucos anos depois foi instituída a Política Nacional do Meio Ambiente, por meio da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que atribuiu ao Ministério Público federal e estadual a competência da ação para constranger o poluidor a indenizar ou a reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, independente de culpa, conforme dispõe seu artigo 14 e § 1º. A partir daí, “algumas poucas ações públicas de caráter ambiental chegaram a ser propostas pelo Ministério Público” (MAZZILLI, 2004, p. 138). A efetividade de ações públicas ambientais intensificou-se com o surgimento da lei que instituiu a Ação Civil Pública, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Isso se deve pelo fato de que a Lei da Ação Civil Pública “[...] não apenas previu mais uma dentre tantas ações já a cargo do Ministério Público, mas também e principalmente colocou nas suas mãos um poderoso instrumento investigatório de caráter pré-processual, ou seja, o inquérito civil” (MAZZILLI, 2004, p. 138).

Assim, a partir da Lei da Ação Civil Pública, o Ministério Público passou a possuir um instrumento de investigação civil que possibilita colher evidências, indícios e provas que serão utilizadas na posterior ação coletiva.

Seguindo a linha temporal, a Constituição de 1988, trouxe diversas previsões acer-

ca da tutela ambiental ao longo de seu texto, das quais algumas, eleitas por critério de afinidade, serão aqui destacadas. A primeira delas é a ampliação do objeto da ação popular, que antes da Constituição se limitava a anulação de ato lesivos ao patrimônio público ou a entidade de que o Estado participe. O art. 5º, inciso LXXIII, porém, ampliou o cabimento para anulação de atos lesivos à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Outro comando fundamental sobre o meio ambiente de destaque na Constituição Federal está no art. 225 (BRASIL, 1988), que dispõe que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (BRASIL, 1988). Determina, ainda, que é dever do Poder Público e da coletividade “defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988). A fim de garantir efetividade às disposições garantidoras de direitos ambientais a todos, “a Constituição impôs sanções aos infratores, pessoas físicas e jurídicas, com a consequente obrigação de reparar os danos causados” (MAZZILLI, 2004, p. 139), fato que se observa no o art. 225, §3º. No §1º do mesmo artigo também são enumerados alguns deveres do Poder Público.

Dessa forma, os dispositivos constitucionais supramencionados, ao mesmo tempo em que ampliam direitos da coletividade, também estabelecem deveres para todo e qualquer cidadão, pois ao salvaguardar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, afirmando que este é essencial à sadia qualidade de vida, o insere no rol de direitos fundamentais. Assim, “cada ser humano só fruirá plenamente de um estado de bem-estar e de equidade se lhe for assegurado o direito fundamental de viver num meio ambiente ecologicamente equilibrado” (MACHADO, 2009, p. 59). O direito à sadia qualidade de vida significa dizer que “não basta viver ou conservar a vida. É justo buscar e conseguir a qualidade de vida”.

A Constituição ainda estende a responsabilidade da manutenção do equilíbrio ecológico para além do Poder Público, atingido todas as pessoas. Em consequência disso, qualquer um deverá responder por eventuais danos ambientais causados. A partir da disposição constitucional é possível perceber que o meio ambiente constitui um direito de todos e a sua preservação é também imputada à coletividade. Assim, estão visíveis as características dos direitos difusos do art. 81, I do CDC (BRASIL, 1990), pois o meio ambiente é direito de natureza indivisível, já que pertence a todos, e seus titulares são pessoas indeterminadas, toda a coletividade. Titulares estes que são ligados por circunstâncias de fato, ou seja, um típico direito difuso.

Ainda, o mesmo dispositivo constitucional consagra o Princípio do Desenvolvimento Sustentável, vez que não é o bastante ter recursos ambientais e o equilíbrio ecológico no presente tão somente, é imprescindível preservá-los para as gerações futuras.

Dessa forma, o princípio do desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o meio ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição (FIORILLO, 2011, p. 83).

É salutar que a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico coexistam para que a preservação a todo custo não acarrete a anulação do desenvolvimento econômico e vice-versa (FIORILLO, 2011, p. 90). Esse equilíbrio se constitui, porém, um dos grandes desafios da modernidade. A interdependência da preservação ambiental e do desenvolvimento econômico é tamanha que a Constituição da República elencou como princípio da ordem econômica brasileira a defesa do meio ambiente, em seu art. 170, inciso VI.

Não obstante legislação pátria considerar que o desenvolvimento econômico e a preservação ambiental devem caminhar juntos, Mancuso afirma que há “marcante conflituosidade” dos interesses difusos, pelo fato de que muitas vezes o que está em jogo são decisões políticas. Dessa forma:

[...] temos interesses difusos disseminados em áreas e temas de largo espectro social tais como ecologia, qualidade de vida, tutela dos consumidores, gestão da coisa pública, direitos humanos, defesa de etnias, defesa de minorias sociais etc. Em assuntos tão abrangentes, é natural que os conflitos de interesses figurem exacerbados: [...] aos interesses à proteção dos recursos em geral, se opõe interesses financeiros, imediatistas, de grupos tão gananciosos quanto predadores; aos interesses que pugnam por meios de transporte não-poluentes, se opõe interesses à continuidade da extração de petróleo; aos interesses ecológicos a que se contenha a plantação de cana-de-açúcar, ante os inconvenientes da monocultura, se opõem interesses ao fomento dessa plantação por razões de ordem financeira e outros [...] (MANCUSO, 2004, p. 112)..

Desse modo, as questões relativas aos interesses difusos são complexas, pois “podem revelar-se de maneira diferente, em razão do tempo e lugar” (MANCUSO, 2004, p. 112). Apesar disso, “não se pode entender claramente o direito ambiental como um tipo de relação jurídica que privilegie a atividade produtiva em detrimento dos valores propriamente humanos” (ANTUNES, 2012, p. 17), ou seja, os interesses humanos não podem ser prejudicados pelos interesses econômicos.

Quanto à responsabilidade dos causadores de danos ambientais, importa destacar que, conforme dispõe o art. 14, §1º da Política Nacional do Meio Ambiente, a responsabilidade civil por dano ambiental é objetiva, independente de verificação de culpa, deven-

do apenas haver nexo causal entre o dano ambiental e quem causou a ação ou omissão. Porém, quando a lei impor obrigação *propter rem*, ou seja, uma obrigação que a pessoa está sujeita apenas por ser a titular de direito sobre a coisa, o proprietário da coisa sujeita-se, “independente de dano ou nexo causal, ao dever de conservar vegetação de preservação permanente ou ao dever de reservar uma percentagem da área do imóvel para cobertura vegetal (a chamada reserva legal)” (MAZZILLI, 2004, p. 140).

Para que sejam delimitados de maneira adequada os danos ambientais é necessário que se defina o que é meio ambiente. A definição legal de meio ambiente está prevista no art. 3º da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/81, e considera o meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981).

Ainda, o conceito da Política Nacional do Meio Ambiente é amplo, possibilitando que se considere praticamente “ilimitada a possibilidade de defesa da flora, da fauna, das águas, do solo, do subsolo, do ar, ou seja, de todas as formas de vida e de todos os recursos naturais” (MAZZILLI, 2004, p. 140). A proteção jurídica alcança “todas as formas de vida, não só aquelas da biota (conjunto de todos os seres vivos de uma região) como da biodiversidade (conjunto de todas as espécies de seres vivos existente na biosfera, ou seja, todas as formas de vida em geral do planeta)” (MAZZILLI, 2004, p. 141). Porém, essa proteção jurídica a todas as formas de vida “existe, antes de tudo, para favorecer o próprio homem e, senão por via reflexa e quase simbiótica, proteger as demais espécies” (FIORILLO, 2011, p. 72). Assim, a ordem constitucional brasileira parte de uma cosmovisão antropocêntrica (FIORILLO, 2011, p. 72), pois é necessário preservar o meio ambiente para que a humanidade possa prosperar agora e nas gerações futuras de forma que “a conservação e sustentabilidade dos recursos ambientais (recursos econômicos) é um instrumento para garantir um bom padrão de qualidade de vida para os indivíduos” (ANTUNES, 2012, p. 17).

No tópico a seguir o direito do consumidor no seu aspecto coletivo será objeto de análise.

2.4 A tutela das relações consumeristas

‘Da mesma forma que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é protegido constitucionalmente e tem, inclusive, o título de direito fundamental, a Constituição Federal de 1988 trouxe o direito do consumidor no rol de direitos fundamentais do art. 5º, dispondo que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (BRASIL, 1988). A Constituição de 1988 traz ainda, como um dos princípios da ordem

econômica, elencados no art. 170, a defesa do consumidor.

Assim, o direito do consumidor é

[...] o conjunto de normas e princípios especiais que visam cumprir com este triplo mandamento constitucional: 1) de promover a defesa dos consumidores (art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988 [...]); 2) de observar e assegurar como princípio geral da atividade econômica, como princípio imperativo da ordem econômica constitucional, a necessária “defesa” do sujeito de direitos “consumidor” [...]; e 3) de sistematizar e ordenar esta tutela especial infraconstitucionalmente através de um Código [...], que reúna e organize as normas tutelares, de direito privado e público, com base na ideia de proteção do sujeito de direitos (e não da relação de consumo ou do mercado de consumo), um código de proteção e defesa do “consumidor” (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 31).

Portanto, o direito do consumidor é direito fundamental, direito público subjetivo geral, ou seja, “não só de proteção contra as atuações do Estado, mas de atuação positiva (protetiva, tutelar, afirmativa, de promoção) do Estado em favor dos consumidores [...]” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 31).

Ressalta-se que a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como “marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade, um direito privado solidário” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 33), pois

Em outras palavras, o direito privado sofre hoje uma influência direta da Constituição, da nova ordem pública por ela imposta, e muitas relações particulares, antes deixadas ao arbítrio da vontade das partes, obtêm uma relevância jurídica nova e um consequente controle estatal, que já foi chamado de “publicização do direito privado” (expressão de Raizer) (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 36).

Acerca do Código de Defesa do Consumidor, que primeiro delineou em dispositivo legal quais seriam os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, vale destacar que quando o legislador separou todo um título para tratar a forma que esses direitos seriam protegidos, não obstante fale de “Defesa do consumidor em juízo”, vai para além da defesa processual apenas. Referindo-se assim, a todas as situações em que o consumidor é parte do processo (EFING, 2004, p. 267).

Nesse aspecto, a ação individual de um consumidor na busca pela tutela jurisdicional pode até ser satisfatória, mas se o objeto da ação é um dano que potencialmente pode

atingir a coletividade, a indenização àquele consumidor se mostra insatisfatória diante do escopo de defender toda a coletividade. Assim, tem-se que a Lei da Ação Civil Pública “[...] introduziu no ordenamento pátrio [...] mecanismos processuais necessários à tão almejada defesa dos interesses e direitos metaindividuais” (BENJAMIN; MARQUES; MIRAGEM, 2013, p. 1548).

Ocorre que os direitos individuais coletivos “Não podem protegidos pela ação civil pública porque esta presta-se a defender somente os interesses difusos ou coletivos [...]” (EFING, 2004, p. 267). Dessa forma, para a defesa dos interesses coletivos são legitimados aqueles apontados no artigo 82 do CDC.

Diante disso, na pesquisa empírica que será demonstrada no decurso deste trabalho, buscou-se apresentar, em sede de defesa de interesses coletivos, quem tem sido o mais atuante dentre os legitimados. Destarte, uma vez delineados os principais aspectos do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e do direito do consumidor, trata-se a seguir da legitimidade processual para propor as ações coletivas e como elas têm sido efetivadas no Estado de Santa Catarina.

3. A LEGITIMIDADE ATIVA PARA A PROPOSITURA DAS AÇÕES COLETIVAS E SUA EFETIVIDADE NO ESTADO DE SANTA CATARINA

Os legitimados para ingressar com a Ação Civil Pública estão dispostos no art 5º da Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, quais sejam o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista e as associações que cumpram os requisitos ali constantes. Tal rol de legitimados se repete no art. 82 do CDC.

Da leitura dos dispositivos legais, percebe-se que tanto a lei da ação civil pública quanto o CDC pretenderam ampliar o rol de legitimados ativos para buscar uma adequada e eficaz tutela dos direitos metaindividuais, conferindo aos entes ali constantes a legitimidade ativa para o pleito de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ora, “na medida em que a lei legitima determinados entes para a defesa dos interesses transindividuais permite que, através do judiciário, uma gama maior de normas seja implementada” (ALMEIDA, 2004, p. 77).

Segundo Kazuo Watanabe a legitimação *ad causam* ativa constante do CDC é a mais ampla possível, por meio desse novo sistema de legitimidade separou os direitos coletivos *lato sensu* dos direitos individuais. Segundo ele, o legislador limitou a legitimação individual à busca dos interesses e direitos individuais e legitimou os entes constantes do artigo 82 à tutela coletiva. Pelo seu entendimento, no que tange aos direitos difusos

e coletivos em sentido estrito, os titulares individuais não estão aptos a pleiteá-los em juízo, pois há a necessidade do fortalecimento do autor da demanda coletiva, já que deve estar preparado a fenômenos, tais como: o conteúdo político das demandas em questão, à possibilidade de pressões quanto à propositura e prosseguimento das ações, à produção de provas adequadas, etc (WATANABE, 1997, p. 637).

No mesmo sentido, Antonio Gidi afirma que a solução mais adequada para a busca da efetiva tutela dos direitos coletivos consiste na conciliação de várias técnicas de legitimação ativa (concorrente e disjuntiva de qualquer membro da comunidade ou coletividade lesada, de pessoas jurídicas de direito privados voltadas à defesa de tais interesses, e a legitimação de órgãos do Poder Público) sendo “[...] a única forma de conciliar os aspectos positivos e diluir os problemas e os riscos emergentes é a técnica da combinação de algumas dessas propostas, atribuindo legitimidade tanto a entes públicos como a entes privados ou a particulares” (GIDI, 1995, p. 53).

Os sindicatos, como são análogos às associações civis, podem propor ações civis públicas para defesa de seus associados; assim como os partidos políticos, pois também têm cunho associativo, e as agências governamentais, já que são autarquias especiais (MAZZILLI, 2004, p. 73). Porém, que as sociedades cooperativas não têm legitimidade para ingressar com esse tipo de ação, uma vez que seu caráter associativo tem finalidade econômica, diferentemente das associações civis (MAZZILLI, 2004, p. 73).

Importante ressaltar que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios necessitam ter interesse concreto para ingressar em juízo em defesa de interesses transindividuais (MAZZILLI, 2004, p. 74), pois, apesar de esses entes possuírem, em tese, “o dever e o interesse de defender o meio ambiente, o consumidor e outros interesses transindividuais, nem sempre terão interesse concreto em fazê-lo” (MAZZILLI, 2004, p. 85). Dessa forma, “um Município do Rio Grande do Sul pode não ter, em concreto, interesse em ajuizar uma ação para defender um valor cultural do Rio Grande do Norte” (MAZZILLI, 2004, p. 86).

A legitimidade ativa das associações civis é importante na medida em que a sociedade passa a se organizar por meio delas para buscar a tutela efetiva dos direitos dos consumidores. Passa por requisitos importantes, que vêm traçados em ambas as leis, tanto na LACP quanto no CDC. Trata-se da “representatividade adequada” (MAZZILLI, 2012, p. 267) que se desdobra nos requisitos:

- a) pertinência temática, que exige que a finalidade da instituição seja compatível com o pleito que se busca pela demanda;
- b) pré-constituição há mais de um ano, requisito esse que poderá ser mitigado pelo juiz da demanda (à exceção do mandado de segurança coletivo), nos casos de manifesto interesse social, dimensão ou característica do dano, ou ainda pela

relevância do bem jurídico a ser protegido, nos termos do § 1º do dispositivo comentado.

Já o Ministério Público “é tido por alguns como o mais bem preparado dos legitimados à defesa dos interesses coletivos” (SPALDING, 1996, p. 653) e sua legitimidade para a propositura de demandas coletivas merece especial atenção. É sabido que o Ministério Público após o advento da Constituição Federal de 1988, adquiriu função de relevância na sociedade brasileira tendo em vista a ampliação de seus poderes e sua “função essencial à função jurisdicional do Estado” (BRASIL, 1988) preceituadas pelos artigos 127 e seguintes do texto constitucional.

Nessa esteira, as funções do Ministério Público restaram ampliadas e diversificadas na esfera cível (GONÇALVES, 1993, p. 61) e, novamente, como resultado da sociedade de massa em que vivemos, surgiram novas necessidades que foram supridas por tal ente. Desta forma aconteceu com a legitimidade das demandas coletivas, pois como já dito, houve a necessidade de eleger um órgão para buscar em juízo a defesa dos interesses coletivos.

Considerando todos os legitimados definidos pela Lei de Ação Civil Pública, foram escolhidos para a pesquisa apresentada neste artigo o Ministério Público e as Associações Cívicas, utilizando a metodologia descrita a seguir.

3.1 A pesquisa empírica pela metodologia da análise de conteúdo acerca da legitimidade ativa em demandas coletivas no TJSC

Tendo em vista a necessidade de verificar como a jurisprudência pátria se posiciona sobre os temas ventilados no presente artigo, buscou-se um método de pesquisa empírica para possibilitar a comprovação das alegações aqui vislumbradas. Optou-se pela análise de conteúdo.

Sobre a metodologia utilizada na pesquisa, a análise de conteúdo resume-se em um método surgido e aprimorado ao longo do Século XX, como uma forma de pesquisa quanti e qualitativa de discursos e textos advindos das ciências humanas, especialmente da psicologia, da sociologia e de investigações políticas (BARDIN, 2011, p. 19-31).

Demonstram-se como objetivos da metodologia da análise de conteúdo a superação das incertezas e o enriquecimento da leitura (BARDIN, 2011, p. 35), sendo que ambos afastam a simples opinião pessoal do leitor de um determinado texto e permitem que as conclusões sejam extraídas do conteúdo do próprio texto, na medida em que fornece critérios para a extração de elementos.

Esclarece-se que a análise de conteúdo pode ser aplicada a qualquer forma de

comunicação, seja escrita ou verbal, e apresenta duas funções primordiais: “uma função heurística e uma função de administração da prova” (BARDIN, 2011, p. 35), pois ao mesmo tempo em que enriquece a exploração do texto, permite a sua descoberta (primeira função) e também propicia a comprovação de hipóteses preliminares por meio da análise categorial (segunda função).

Portanto, conceitua-se análise de conteúdo como:

[...] um conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) dessas mensagens (BARDIN, 2011, p. 48).

Assim, é possível no binômio, análise do texto + inferência do conteúdo, demonstrar se o texto analisado corresponde ou não às variáveis escolhidas. Não se trata, portanto, da leitura do texto com conclusões subjetivas e individuais, mas sim da comprovação quantitativa e, se possível, qualitativa do conteúdo que o próprio texto demonstra.

Deixar o texto falar por ele próprio, como prevê a análise de conteúdo, combina mormente com a perspectiva gadameriana utilizada no presente artigo, bem como com a linha de pesquisa na qual ele se desenvolve.

Quem quer compreender um texto, em princípio, disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias. (GADAMER, 2002, p. 405).

Nessa medida, a intenção com a escolha dessa metodologia, alinhada às teorias utilizadas na pesquisa, reside em demonstrar a atuação dos principais legitimados em matéria de tutela coletiva, quais sejam, as Associações e o Ministério Público, a fim de identificar qual tem litigado mais em defesa dos direitos ambiental e consumerista.

Cronologicamente, a análise de conteúdo se dá em três polos: a pré-análise, a exploração do material e, por último, o tratamento dos resultados, a inferência e a interpretação (BARDIN, 2011, p. 125).

Na primeira fase, pré-análise, procedeu-se a escolha dos documentos a serem estudados, a formulação das hipóteses e dos objetivos, bem como se elaborou os indicadores

que fundamentam a interpretação final. Na segunda fase, explorou-se propriamente o material selecionado na primeira fase e, por fim, elaboraram-se as tabelas estatísticas com as consequentes interpretações que se passa a expor.

Após a “leitura flutuante” (BARDIN, 2011, p. 126) tomou-se contato com o conteúdo de julgados que versam sobre o tema do presente artigo, “deixando-se invadir por impressões e orientações”, determinou-se o “corpus” (BARDIN, 2011, p. 126) a ser analisado: na escolha dos documentos optou-se por limitar a pesquisa aos acórdãos publicados no Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), no marco temporal do ano 2017 e 2020, em que utilizava-se como termo de pesquisa as expressões “Ministério” ou “Associações”, “Ação Civil Pública”, “Meio Ambiente”, e em matéria de consumidor trocava-se a expressão “Meio Ambiente” por “Consumidor”, em suas ementas.

A escolha do TJSC deve-se em razão de ser o órgão colegiado responsável por julgar, em segunda instância, as ações coletivas intentadas em matéria ambiental e consumerista, portanto capaz de trazer um cenário quanto à legitimidade ativa das ações coletivas julgadas.

Como marco temporal, a primeira fase da pesquisa abrangeu o ano de 2017, e a segunda fase o ano de 2020. Assim, o *corpus se resume a 198 acórdãos conforme abaixo distribuídos*:

Tabela 1 - *Corpus* da pesquisa empírica da análise de conteúdo 2017

Direito Ambiental		Direito do Consumidor	
Ministério Público	Associações	Ministério Público	Associações
16 acórdãos	0 acórdãos	28 acórdãos	56 acórdãos
Total: 16 acórdãos em matéria ambiental.		Total: 84 acórdãos em matéria consumerista.	
Total: 100 acórdãos analisados.			

Fonte: As autoras.

Tabela 2 - *Corpus* da pesquisa empírica da análise de conteúdo 2020

Direito Ambiental		Direito do Consumidor	
Ministério Público	Associações	Ministério Público	Associações
50 acórdãos	0 acórdãos	15 acórdãos	3 acórdãos
Total: 62 acórdãos em matéria ambiental.		Total: 36 acórdãos em matéria consumerista.	
Total: 98 acórdãos analisados.			

Fonte: As autoras.

Chegou-se assim a formulação da hipótese e do objetivo da análise de conteúdo:

Hipótese: Tratando-se de tutela coletiva, na matéria de direito ambiental o Ministério Público atua mais do que as Associações e em matéria consumerista as Associações litigam mais do que o Ministério Público.

Objetivo: O objetivo geral é a análise da concretização dos direitos e garantias constitucionais em estruturas destinadas à sua efetivação dentro e fora do Poder Judiciário. O objetivo específico é compreender a constitucionalização do Direito, na perspectiva dos direitos individuais e coletivos e analisar, na perspectiva dos direitos coletivos, em matéria ambiental e de consumo, quais as estruturas litigantes na defesa desses direitos.

Partindo dos acórdãos selecionados em matéria de Direito Ambiental, passou-se a analisar se no teor deles o Ministério Público de fato configurava como legitimado ativo das ações coletivas. Dessa forma, verificou-se que no ano de 2017 dos 16 acórdãos, 7 foram excluídos pois apenas mencionam os termos pesquisados, mas tinham outros legitimados ativos. Assim, dos 9 acórdãos restantes, 2 eram repetidos na página eletrônica, portanto contam como um só na pesquisa. Do universo inicial de 16 acórdãos, tem-se 8 acórdãos em matéria ambiental.

Já no ano de 2020, em matéria ambiental, dos 62 acórdãos analisados, 50 se tratavam de ações interpostas pelo Ministério Público, 2 interpostas por um Instituto ambiental e 10 não se aplicavam, seja por não ser ação civil pública ou por não se tratar de matéria ambiental.

Em matéria de Direito do Consumidor, por sua vez, no ano de 2017, dos 28 acórdãos selecionados como sendo o Ministério Público legitimado ativo, 8 acórdãos foram excluídos pois traziam outras partes litigantes, e dos 20 restantes, 10 eram recursos que se referiam a mesma ação coletiva, portanto foram contados como 1. Assim, do universo de 28 acórdãos em que o Ministério Público figurava como legitimado ativo, tem-se 11.

Quanto à atuação das associações em matéria consumerista, dos 56 acórdãos selecionados inicialmente, 54 acórdãos foram excluídos, pois eram cumprimentos de sentença individuais de uma ação coletiva, e apenas 2 acórdãos eram de fato ações coletivas em que as associações eram legitimadas ativas.

Por fim, com relação ao ano de 2020, dos 36 acórdãos analisados, 15 tratavam de processos em que o Ministério Público propôs a ação. 1 dos acórdãos referia-se a um processo em que a ação foi proposta por Associação, e 2 acórdãos tratavam de julgamentos de recursos propostos por associações, mas que o legitimado ativo na ação originária foi o Ministério Público. Além disso, 5 acórdãos não foram computados serem recursos diferentes de uma mesma ação coletiva e 12 foram excluídos por não se aplicarem à pesquisa, seja por não ser ação civil pública, seja por não se enquadrar em matéria consumerista. Por fim, em 1 dos 36 acórdãos analisados, o legitimado ativo que propôs a ação foi um sindicato.

Pela análise quantitativa chegou-se aos seguintes números:

Tabela 3 – Resultado quantitativo da pesquisa em matéria ambiental 2017

Ministério Público		Associações
MP como legitimado ativo	Acórdãos Excluídos	
8 acórdãos. 2 acórdãos eram repetidos então contam como 1.	7 acórdãos	0 acórdãos
Total referente a tutela coletiva: 8 acórdãos em matéria ambiental.		

Fonte: As autoras

Tabela 4 – Resultado quantitativo da pesquisa em matéria ambiental 2020

Ministério Público		Associações
MP como legitimado ativo	Acórdãos Excluídos	
50 acórdãos.	12 acórdãos	0 acórdãos
Total referente a tutela coletiva: 50 acórdãos em matéria ambiental.		

Fonte: As autoras

Tabela 5 – Resultado quantitativo da pesquisa em matéria consumerista 2017

Ministério Público		Associações	
MP como legitimado ativo	Acórdãos Excluídos	Associações como legitimadas ativas	Acórdãos Excluídos
11 acórdãos. 10 se referem a mesma ACP então contam como 1.	8 acórdãos.	2 acórdãos	54 acórdãos. Todos cumprimentos de sentença individuais.
Total referente a tutela coletiva: 13 acórdãos em matéria consumerista.			

Fonte: As autoras.

Tabela 6 – Resultado quantitativo da pesquisa em matéria consumerista 2020

Ministério Público		Associações	
MP como legitimado ativo	Acórdãos Excluídos	Associações como legitimadas ativas	
15 acórdãos. 5 se referem a mesma ACP então contam como 1.	12 acórdãos.	3 acórdãos	
Total referente a tutela coletiva: 18 acórdãos em matéria consumerista.			

Fonte: As autoras.

Importa repetir que a análise de conteúdo não pretendeu verificar como o TJSC julga, mas se deteve apenas a análise da legitimidade ativa nos processos analisados.

No que tange ao caso concreto, a partir da aplicação da citada metodologia, a hipótese da pesquisa foi confirmada em relação à maior atuação do Ministério Público como legitimado das ações coletivas em matéria ambiental.

Já em sede de Direito do Consumidor, a hipótese preliminar não se confirmou, uma vez que inicialmente pensava-se que as associações atuavam mais do que o Ministério Público. Porém, analisando qualitativamente os acórdãos, verificou-se que na realidade muitos que mencionaram as associações não eram de fato ações coletivas, mas sim cumprimentos de sentença individuais fundados em uma ação coletiva, portanto desprezados na pesquisa. Dessa forma, o Ministério Público também tem mais expressividade na atuação em Direito do Consumidor do que as Associações.

Comparativa e quantitativamente, percebe-se que as demandas coletivas foram mais numerosas em 2020 em relação à 2017, mas manteve-se a expressividade da atuação do Ministério Público nas duas matérias.

Portanto, atingiu-se o objetivo esperado de análise, na perspectiva dos direitos coletivos, em matéria ambiental e de consumo, das estruturas litigantes na defesa desses direitos e apresenta-se como conclusão que, tanto em matéria ambiental como em matéria consumerista, Ministério Público tem atuado mais em defesa da coletividade.

4. CONCLUSÃO

Considerando os direitos de natureza coletiva, com destaque para o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito do consumidor, bem como os legitimados para propor a Ação Civil Pública, especialmente o Ministério Público e as Associações Cívis, o presente artigo elegeu como problemática verificar quem tem sido o legitimado mais atuante na defesa dos interesses coletivos, utilizando como metodologia a análise de conteúdo.

A pesquisa foi realizada em jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) utilizando como termo de pesquisa as expressões “Ministério” ou “Associações”, “Ação Civil Pública”, “Meio Ambiente”, e em matéria de consumidor trocava-se a expressão “Meio Ambiente” por “Consumidor”, em suas ementas. O *corpus* da pesquisa foi delimitado a partir dos acórdãos com esses referentes no ano de 2017 e, depois, comparativamente em 2020.

Dentre as hipóteses definidas para a pesquisa, com base nos resultados obtidos, verifica-se que a primeira hipótese foi confirmada, pois o Ministério Público tem atuado mais em defesa do meio ambiente do que as Associações Cívis. Quanto à atuação do

Ministério Público e das Associações em matéria de Direito do Consumidor, a hipótese preliminar era de que as associações atuavam mais do que o Ministério Público nessa matéria. Essa hipótese não foi confirmada, porque várias das demandas que mencionaram as associações eram advindas de litígios individuais. Dessa forma, o Ministério Público tem mais expressividade na atuação em Direito do Consumidor do que as Associações.

Portanto, com a confirmação da primeira hipótese e não confirmação da segunda atingiu-se o objetivo esperado de análise, na perspectiva dos direitos coletivos, em matéria ambiental e de consumo, das estruturas litigantes na defesa desses direitos e apresenta-se como conclusão que, tanto em matéria ambiental como em matéria consumerista, o Ministério Público tem atuado mais em defesa da coletividade.

5. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. A legitimidade do ministério público para a defesa dos direitos individuais homogêneos do consumidor: um caminho para a eficácia social da norma dentro de um modelo garantista. In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 52, p. 66-92, out/dez. 2004.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Trad. Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 2 jul. 2018.

BRASIL, **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/17347orig.htm>. Acesso em 16 jun. 2018.

BRASIL, **Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18078.htm>. Acesso em 16 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 2 jul. 2018.

- EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GIDI, Antônio. Legitimidade para agir nas ações coletivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 14, 1995.
- GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. O ministério público e a defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 7, 1993.
- GRINOVER *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado Pelos Autores do Anteprojeto**. Vol. 02. Processo Coletivo (arts. 81 a 104 e 109 a 119). 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 17. ed. São Paulo (SP): Malheiros, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e Outros Interesses**. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. 4. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SPALDING, Alessandra Mendes. **A legitimidade ativa do Ministério Público na ação civil pública**. In *Gênesis: Revista de direito processual civil*, Curitiba, p 652-665, jan./abr. 1996.
- WATANABE, Kazuo, et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 28.01.2021
Aceito em: 25.03.2021

O STF E A PANDEMIA: OS REFLEXOS DA ALTA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO PAÍS

The Supreme Federal Court and the Pandemic: Reflexes of the Heavy Judicialization of Health in the Nation

Wanderlei José dos Reis¹

RESUMO

De acordo com os dados do Painel de Ações STF-COVID-19 (transparência), até a data de 23.02.2021, a Corte Suprema brasileira recebeu 7.322 processos relacionados à pandemia, sendo proferidas, no total, 8.798 decisões sobre o tema. Assim, dada a alta judicialização da saúde na pandemia de COVID-19, refletida em todos os segmentos da Justiça, desde o STF à primeira instância, faz-se necessária uma análise das principais decisões do Tribunal Excelso, à luz do art. 102, caput, do Estatuto Fundamental, que estabelece que compete a ele precipuamente, a guarda da Constituição, bem como dos arts. 6º e 196 a 200, da mesma Carta, que tratam do direito social e universal à saúde.

Palavras-chave: Pandemia, STF, Constituição Federal, direitos fundamentais, saúde, judicialização.

ABSTRACT

According to data from the STF-COVID-19 Action Panel (transparency), until the date of February 23, 2021, the Brazilian Supreme Court received 7,322 pandemic-related cases, with a total of 8,798 decisions on the subject. Thus, given the high judicialization of health in the COVID-19 pandemic, reflected in all segments of Justice, from the Supreme Court to the lower court, it is necessary to analyze the main decisions of the Exalted Court, in the light of art. 102, caput, of the Fundamental Statute, which establishes that it is primarily his responsibility to keep the Constitution, as well as of arts. 6º and 196 to 200, of the same Charter, which deal with the social and universal right to health.

Keywords: Pandemic, Supreme Court, Federal Constitution, fundamental rights, health, judicialization.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais; 2. Análise do tema; 3. Considerações finais; Referências bibliográficas.

SUMMARY: 1. Initial considerations; 2. Analysis of the subject; 3. Final considerations; 4 References.

1 Wanderlei José dos Reis: Pós-doutor e doutor em Direito. Mestre em Direito Constitucional. Doutorando em Ciências Jurídico-políticas pela Universidade de Lisboa. Graduado em Direito e em Ciências e Matemática (ênfase em informática). MBA em Poder Judiciário pela FGV Rio. Especialista em Filosofia e Direitos Humanos, Educação, Direito Constitucional (dois cursos), Direito Ambiental, Direito Internacional, Direito Eleitoral, Direito Penal e Processual Penal, Direito Administrativo e Contratos, Direito Público Avançado, Direito Processual Civil Avançado, Direito de Família e Direito Tributário e Processual Tributário. Escritor. Professor. Palestrante. Conferencista. Doutrinador. Autor de inúmeras obras e artigos jurídicos publicados em revistas especializadas no Brasil e Europa. Membro Titular-vitalicio da Academia Mato-grossense de Letras (AML) e da Academia Mato-grossense de Magistrados (AMA). É juiz de direito e juiz eleitoral em Mato Grosso e ex-delegado de polícia.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Sabido que os direitos fundamentais devem ser considerados verdadeira meta da limitação jurídica do Estado e o conteúdo essencial do Estado de Direito deve residir no reconhecimento desta esfera de autonomia onde os indivíduos são titulares de direitos subjetivos, oponíveis a terceiros e ao Estado.²

A consagração constitucional dos direitos fundamentais teria sido a limitação de todos os poderes do Estado acompanhada do reconhecimento da supremacia da Constituição em relação ao Poder Legislativo ordinário.³ Os direitos fundamentais assumiram, então, o caráter de direitos contra o Estado, de garantias da autonomia individual contrária às invasões do soberano.⁴

Igualmente, no prisma constitucional, releva notar que o Estado Democrático de Direito gravita em torno do princípio da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais, estando incluídos nos direitos fundamentais a liberdade, a igualdade e o mínimo existencial que devem ser realizados pelo Legislativo, Executivo e Judiciário na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.

Nessa quadra de ideias, há que se assentar que a Carta Constitucional de 1988, intitulada de “Constituição Cidadã”, abriga em seu art. 5º, nos incisos I a LXXVIII, um vasto rol de direitos fundamentais, 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, além de outros direitos fundamentais esparsos no seu texto ao longo dos 250 artigos, os quais possuem aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF), protegendo-os, inclusive, de investidas do poder reformador (art. 60, § 4º, inciso IV, CF), elevando-os ao status de cláusulas pétreas, mantendo híginas a identidade e a continuidade da Lei Maior. Além do que, segundo a advertência explícita do § 2º do art. 5º, os direitos e garantias previstos no texto constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais.

Assim, sob uma perspectiva dogmático-jurídica e devido ao seu conteúdo, podem ser entendidos também como direitos fundamentais outros postulados com rótulo diferente na Carta Magna, a exemplo dos direitos sociais estampados no art. 6º, *caput*, como educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, bem como o direito ao meio

2 NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 76.

3 *Ibidem*, pp. 77-78.

4 Em outra obra, onde Novais também trata dos direitos fundamentais, explora suas dimensões objetiva e subjetiva e os denomina de direitos de liberdade, distinguindo-os dos direitos sociais (NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 49).

ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput*, CF), haja vista que são inerentes à própria existência do ser humano.

A propósito, a Constituição da República de 1988 dispõe quanto à saúde de modo específico (arts. 6º, *caput*, e 196 a 200), tratando-a como direito social e universal, expressamente, nos arts. 6º, *caput*, e 196, *verbis*: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Outrossim, a Lei Magna dispõe sobre as ações e serviços de saúde como de relevância pública (art. 197), apresentando as diretrizes de um sistema único de atendimento no art. 198, dispositivo que, interpretado sistematicamente com as demais normas constitucionais, leva à conclusão de que o acesso integral à saúde pública é condicionado ao necessário ingresso do paciente no SUS e que, por meio deste, deve o cidadão receber do Estado todos os meios terapêuticos de que carece. Tais preceitos foram regulamentados pela Lei Orgânica da Saúde (Lei n.º 8.080/90) e pela Lei n.º 8.142/90, que promovem o conceito de integralidade no campo da saúde.

Deveras, a saúde é, **sem dúvida, direito fundamental consagrado ao indivíduo, diretamente afeto ao direito à vida, e, por conseguinte, indisponível, irrevogável, irrenunciável, inalienável e intransmissível**, sendo assim considerado pela jurisprudência do STF.

Regida pelos princípios da universalidade, da integralidade e da participação da comunidade, a saúde é um direito fundamental do indivíduo, da espécie que o jurista alemão Georg Jellinek convencionou chamar de “direitos de prestação”⁵, impondo ao Estado o dever de agir para implementar sua utilidade concreta porquanto se realizam com a intervenção do Estado.

Com efeito, o direito público subjetivo à saúde denota prerrogativa jurídica indisponível assegurada pela própria Carta Política da República a todos os brasileiros, tendo sido outorgado ao Poder Judiciário o papel de garantidor desses direitos, sendo que se evidencia cada vez mais um desejo social de concretização dos direitos sociais (prestações positivas), em especial no campo das políticas públicas relacionadas à saúde. Prova disso é que se tem verificado um crescente movimento de judicialização do direito à saúde no país, que nada mais é do que a obtenção de atendimento médico, medicamentoso e de procedimentos diagnósticos pela via judicial.

5 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, *passim*.

Assim, todos os temas afetos à ordem jurídica e ao sistema judiciário, inclusive o direito fundamental à saúde, dizem respeito obviamente ao Supremo Tribunal Federal, já que a atual Constituição Federal de 1988 lhe conferiu a tarefa de guardião do Texto Magno, estabelecendo, basicamente, três grupos de competências no art. 102, que podem ser assim divididas: competências originárias (inciso I do art. 102), competências recursais ordinárias (inciso II do art. 102) e competências recursais extraordinárias (inciso III do art. 102). Deste modo, passemos à análise das principais decisões do Pretório Excelso no que tange à pandemia.

2. ANÁLISE DO TEMA

No início de 2020, desencadeada pela pandemia de COVID-19, assistiu-se ao começo de uma grave crise sanitária em nível mundial, que não se limitou ao âmbito sanitário, impactando também na seara da economia, educação, liberdades e garantias individuais, entre outras, o que passou a demandar uma mudança comportamental de todas as pessoas e desencadeou o acionamento excessivo do Poder Judiciário no Brasil, especialmente do STF, num fenômeno já bastante conhecido no país da chamada judicialização da saúde, diante da grande produção de atos normativos sobre essa temática.

Para se ter uma noção da inflação normativa vivenciada no Brasil no período da pandemia, recente estudo da Faculdade de Saúde Pública da USP revelou que 3.049⁶ normas relacionadas à COVID-19 foram editadas só no âmbito da União em 2020. Ora, considerando, entre tantos outros pontos, a vacina como direito humano e dever do Estado, as flagrantes discrepâncias entre normas federais e estaduais na definição das atividades consideradas essenciais durante a pandemia e, sobretudo, o fato de que o direito fundamental à saúde possui previsão normativa nos arts. 6º, *caput*, e 196 a 200, da Carta Constitucional, inevitável, a nosso ver, que parte dessa gama de normas e atos normativos expedidos viesse a ter sua compatibilidade com a ordem constitucional questionada perante o STF – como, aliás, pode ocorrer com qualquer ato emanado do Poder Público –, e que mais de 8 mil decisões fossem exaradas pela Corte nesse período a respeito da pandemia.

Com isso, há que se trazer à colação algumas das principais decisões do STF nessa temática, a luz dos seus limites de atuação constitucional, buscando-se fixar se, afinal, a Corte teria se excedido em relação às suas competências fixadas na Lei Fundamental ou simplesmente exercido o seu papel constitucional.

6 DIREITOS NA PANDEMIA. Boletim n.º 10. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2021/01/boletim-direitos-na-pandemia.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

Inicialmente, na ADI n.º 6.341/DF⁷, de relatoria do ministro Marco Aurélio, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) questionou no STF a Medida Provisória n.º 926/2020, que altera a Lei n.º 13.979/20, dispondo sobre medidas destinadas ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Segundo o autor da ação, a redistribuição de poderes de polícia sanitária introduzida pela MP n.º 926/2020 na Lei n.º 13.979/20 estaria interferindo no regime de cooperação entre os entes federativos, pois confiou à União as prerrogativas de isolamento, quarentena, interdição de locomoção, de serviços públicos e atividades essenciais e de circulação.

Não obstante, o STF, por maioria, ao referendar a medida cautelar na ADI n.º 6.341/DF, firmou entendimento no sentido de que a MP n.º 926/2020 não afasta a competência concorrente da União, Estados e Municípios para executar medidas sanitárias, epidemiológicas e administrativas relacionadas ao combate ao novo coronavírus, haja vista a competência concorrente para legislar sobre saúde pública (art. 23, inciso II, CF), regulamentada, no plano infraconstitucional, pela Lei n.º 8.080/90 (Lei do SUS). Logo, Estados e Municípios podem determinar quarentenas, isolamento, restrição de atividades, sem que a União possa interferir no assunto.

Neste contexto, Morais, ao fazer uma leitura crítica da decisão proferida pelo STF na apreciação da ADI n.º 6.341/DF, asseverou que a Corte “atuou, no caso, como um Poder Moderador, ao assentar que durante a pandemia os Poderes Executivos Estaduais podem tomar medidas restritivas, isto é, definir quais atividades deverão ser suspensas. Impasse resolvido, decisão cumprida pelos Poderes”⁸.

Por um viés mais incisivo, Corrêa e Oliveira pontuam que a decisão emitida no julgamento da ADI n.º 6.341/DF revela uma clara postura ativista do STF durante a pandemia, em que o Poder Judiciário foi provocado a agir diante da atuação deficiente ou omissa do Poder Executivo Federal no enfrentamento da crise sanitária, assim, “foi necessária a postura ativista do Poder Judiciário para tentar minimizar os efeitos devastadores do novo coronavírus”⁹.

Sob outra perspectiva, Sarlet, por sua vez, ressalta que a decisão plasmada na

7 BRASIL. STF. ADI n.º 6.341/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 15.04.2020, publicado em 07.05.2020.

8 MORAIS, Frank Silva de. A legitimidade democrática das decisões ativistas atípicas do Supremo Tribunal Federal: fundamento para a restauração do equilíbrio entre os poderes e a proteção da democracia. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGD), da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional. Junho de 2020. In: **Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações**. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFOR_ed1396f136d72c573aed66989915304d>. Acesso em: 15 abr. 2021.

9 CORRÊA, Ana Graziela Vaz de Campos Alves; OLIVEIRA, Hanae Yamamura de. Decisões judiciais e lockdown: Judiciário em tempos de pandemia. In: PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso; KNEIP, Maria Erotides (coords.). **Ativismo Judicial em tempos de pandemia**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020, pp. 166-167.

ADI n.º 6.341/DF se afigura assaz importante, haja vista que, “num contexto altamente tensionado politicamente, reafirmou e explicitou a possibilidade de os Estados e os municípios adotarem, no plano legislativo e administrativo, medidas para o combate da pandemia, com reflexos evidentes tanto para a promoção como ao nível da restrição de direitos fundamentais”¹⁰.

Já Streck, numa posição acadêmica com a qual comungamos, ao analisar o entendimento cristalizado pelo STF no julgamento da ADI n.º 6.341/DF, afirmou que “o Supremo apenas fez o óbvio: garantiu a estrutura cooperativa do federalismo, declarando o exercício compartilhado das referidas competências”¹¹.

No bojo da ADI n.º 6.351/DF¹², à qual foram apensadas duas ações que versavam sobre a mesma matéria (ADIs n.º 6.347/DF e 6.535/DF), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) requereu a declaração de inconstitucionalidade do art. 6º da Lei n.º 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória n.º 928/2020. Segundo o proponente, o dispositivo impugnado mitigaria o direito constitucional do cidadão à **informação**, à transparência e à publicidade dos atos dos órgãos e agentes públicos envolvidos no enfrentamento à pandemia de COVID-19.

Neste sentido, o Pretório Excelso, por unanimidade, ao referendar a medida cautelar anteriormente deferida pelo ministro Alexandre de Moraes na ADI n.º 6.351/DF, que suspendeu a eficácia do art. 6º-B da Lei n.º 13.979/2020 (Lei de Acesso à Informação), incluído pelo art. 1º da Medida Provisória n.º 928/2020, assentou que o dispositivo questionado transformaria “a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda sociedade”, além do que, “o acesso às informações consubstancia-se em verdadeira garantia instrumental ao pleno exercício do princípio democrático, que abrange debater assuntos públicos de forma irrestrita, robusta e aberta”.

Aliás, sabendo-se que o direito de acesso às informações públicas é uma das garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal, ao se fazer uma análise específica da decisão proferida pela Corte na ADI n.º 6.351/DF, percebe-se que a atuação do STF, em certa medida, ao intervir em políticas públicas relativas ao combate à pandemia do coronavírus, apenas conferiu, mais uma vez, efetividade aos direitos fundamentais, máxime o direito à informação, consagrado no art. 5º, inciso XIV, CF: “é assegurado

10 SARLET, Ingo Wolfgang. O STF e os direitos fundamentais na crise da Covid-19 — uma retrospectiva. 15 de janeiro de 2021. In: **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jan-15/direitos-fundamentais-stf-direitos-fundamentais-covid-19>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

11 STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Desinformação e a hostilidade para com o Direito: o caso da CPI da Covid. 9 de abril de 2021. In: **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-09/streck-oliveira-desinformacao-hostilidade-direito>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

12 BRASIL. STF. ADI n.º 6.351/DF. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 09.04.2020, publicado em 14.08.2020.

a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”; e no art. 5º, inciso XXXIII, CF: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”.

Entretantes, nas ADPFs n.º 668/DF¹³ e 669/DF¹⁴, ajuizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (CNTM) e pelo partido Rede Sustentabilidade, o STF foi instado a analisar a constitucionalidade da campanha publicitária do Governo Federal denominada “O Brasil não pode parar”, veiculada na mídia e nas redes sociais. Conforme os autores das ações, o vídeo divulgado na campanha publicitária estaria propagando informações falsas, consubstanciadas na ideia de que a COVID-19 não ofereceria risco real e grave à população, podendo gerar desinformação e incentivar os brasileiros a um comportamento que, posteriormente, ocasionaria grave contágio e comprometimento da saúde pública e da vida.

Com efeito, o ministro Roberto Barroso, relator, ao deferir a medida cautelar vindicada nas ADPFs n.º 668/DF e 669/DF, proibiu a produção e circulação, por qualquer meio, de qualquer campanha que sugerisse o retorno da população às suas atividades plenas, ou ainda, que atenuasse os riscos da pandemia para a saúde e a vida da população. Na visão do ministro, a contratação de campanhas publicitárias pelo Governo Federal com o intuito de disseminar informações distorcidas acerca da real gravidade dos efeitos da contaminação pelo coronavírus “traduz uma aplicação de recursos públicos que não observa os princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência, além de deixar de alocar valores escassos para a medida que é a mais emergencial: salvar vidas (art. 37, caput e §1º, CF)”.

De acordo com o magistrado Steinmetz, a decisão proferida pelo STF no exame das ADPFs n.º 668/DF e 669/DF “indica o propósito deliberado de posicionar o STF como um protagonista não apenas jurídico, mas também como um protagonista político no enfrentamento da Covid-19”¹⁵. No mesmo diapasão, vaticinou que, num ambiente de crise sanitária, em que há uma clara divergência entre posições adotadas pelo Governo Federal e pelos Estados e Municípios acerca das medidas de enfrentamento à pandemia da COVID-19, “o STF sentiu-se compelido a tomar uma decisão que extrapolou os

13 BRASIL. STF. ADPF n.º 668/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 07.05.2020, publicado em 11.05.2020.

14 BRASIL. STF. ADPF n.º 669/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 07.05.2020, publicado em 11.05.2020.

15 STEINMETZ, Wilson. Protagonismo político-institucional do Supremo Tribunal Federal e covid-19: uma conjectura a partir da ADPF 669. 29 de outubro de 2020. In: **Portal Periódicos da Universidade do Oeste de Santa Catarina** – UNOESC. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacouridico/article/view/26595/15814>>. Acesso em: 22 abr. 2021.

limites do direito processual e material posto”¹⁶.

A nosso ver, a postura do Tribunal Maior nas ADPFs n.º 668/DF e 669/DF, da mesma forma que a decisão proferida na ADI n.º 6.351/DF, mesmo que, em certa medida, tenha incidido sobre políticas públicas relativas ao combate à pandemia do coronavírus, apenas conferiu concretude a direitos fundamentais, nomeadamente o direito à informação de qualidade (art. 5º, inciso XXXIII, CF, regulamentado pela Lei n.º 12.527/2011), reafirmando o papel constitucional da Corte, não havendo se falar aí em ativismo judicial.

Já na ADI n.º 6.357/DF¹⁷, o presidente da República acionou o STF para que fosse conferida interpretação conforme a Constituição aos arts. 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), e ao art. 114, *caput*, *in fine*, e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2020 (LDO/2020), sob a justificativa de que a incidência pura e simples de tais restrições orçamentárias, sem levar em conta o atual cenário de crise deflagrado pela pandemia de COVID-19, feriria de morte a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF), a garantia do direito à saúde (arts. 6º, *caput*, e 196, CF), os valores sociais do trabalho e a garantia da ordem econômica (arts. 1º, inciso I, 6º, *caput*, 170, *caput*, e 193), motivo pelo qual requereu o afastamento da aplicação de tais condicionantes fiscais tão somente às despesas necessárias ao enfrentamento do contexto de calamidade inerente ao coronavírus.

Ao deferir a medida cautelar na ADI n.º 6.357/DF, o ministro Alexandre de Moraes, relator, concedeu interpretação conforme a Constituição Federal aos dispositivos impugnados, de modo que, durante a emergência em saúde pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente da COVID-19, restou afastada a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação ou expansão de programas públicos voltados ao enfrentamento da conjuntura de calamidade gerado pela disseminação do coronavírus, estendendo os efeitos da medida cautelar a todos os entes federativos que, nos termos constitucionais e legais, tenham decretado estado de calamidade pública decorrente da pandemia.

Na esteira de Mendes, a decisão proferida pela Corte no julgamento da ADI n.º 6.357/DF se revela deveras importante, na medida em que “a construção de uma jurisprudência atuante e aberta ao grave contexto atual possibilitou um ambiente institucional equilibrado para a implementação das medidas necessárias à contenção da pandemia”¹⁸.

16 Idem.

17 BRASIL. STF. ADI n.º 6.357/DF. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 13.05.2020, publicado em 15.05.2020.

18 MENDES, Gilmar Ferreira. O Supremo Tribunal Federal e a pandemia da Covid-19. 26 de setembro de 2020. In: **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-26/observatorio->

Outrossim, aportaram no STF as ADPFs n.º 661/DF¹⁹ e 663/DF²⁰, propostas, respectivamente, pelo Partido Progressista (PP) e pelo presidente da República, em face de atos editados pelas Mesas Diretoras do Senado Federal e da Câmara dos Deputados que, tratando de medidas relacionadas ao funcionamento parlamentar durante a crise de saúde pública decorrente da pandemia de COVID-19 (coronavírus), dispensaram o comparecimento de parlamentares em situações de vulnerabilidade, bem como restringiu o acesso às dependências físicas do Parlamento. Segundo o partido político arguente, o sistema de funcionamento virtual priorizaria a deliberação apenas das matérias relacionadas ao enfrentamento da COVID-19, em detrimento da regular tramitação das propostas de Medidas Provisórias apresentadas pelo Poder Executivo. O chefe do Executivo Federal, por sua vez, afirmou que o atual panorama caracterizaria situação de excepcionalidade no funcionamento do Congresso Nacional, o que poderia comprometer o regular andamento do processo legislativo, sobretudo das medidas provisórias, assim, requereu a ampliação do prazo para a apreciação das medidas provisórias e a suspensão da contagem do prazo de conversão de tais proposições legislativas.

O Tribunal Excelso, por maioria, ao referendar medidas cautelares anteriormente concedidas pelo ministro Alexandre de Moraes nas ADPFs n.º 661/DF e 663/DF, permitiu que, durante a emergência em saúde pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente da COVID-19, as medidas provisórias fossem instruídas diretamente no plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ficando, excepcionalmente, autorizada a emissão de parecer em substituição à Comissão Mista por parlamentar de cada uma das Casas designado na forma regimental, bem como que, em deliberação nos plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, operando por sessão remota, as emendas e requerimentos de destaque pudessem ser apresentados à Mesa, na forma e prazo definidos para funcionamento do Sistema de Deliberação Remota (SDR) em cada Casa, sem prejuízo da possibilidade das Casas Legislativas regulamentarem a complementação desse procedimento legislativo regimental.

Igualmente, nas ADIs n.º 6.421/DF²¹, 6.422/DF²², 6.424/DF²³, 6.425/DF²⁴,

constitucional-supremo-tribunal-federal-pandemia-covid>. Acesso em: 20 abr. 2021.

19 BRASIL. STF. ADPF n.º 661/DF. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 21.12.2020, publicado em 08.01.2021.

20 BRASIL. STF. ADPF n.º 663/DF. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 21.12.2020, publicado em 08.01.2021.

21 BRASIL. STF. ADI n.º 6.421/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 21.05.2020, publicado em 03.06.2020.

22 BRASIL. STF. ADI n.º 6.422/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 21.05.2020, publicado em 12.11.2020.

23 BRASIL. STF. ADI n.º 6.424/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 21.05.2020, publicado em 12.11.2020.

24 BRASIL. STF. ADI n.º 6.425/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 21.05.2020, publicado

6.427/DF²⁵, 6.428/DF²⁶ e 6.431/DF²⁷, propostas pelo Partido Rede Sustentabilidade (REDE), Partido Popular Socialista (PPS), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido Comunista do Brasil (PC do B), Associação Brasileira de Imprensa (ABI), Partido Democrático Trabalhista (PDT) e Partido Verde (PV), respectivamente, o STF foi provocado a se manifestar acerca da constitucionalidade da Medida Provisória n.º 966/2020, que dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da COVID-19. Conforme os autores das ações, a medida provisória em tela estaria restringindo a responsabilização dos agentes públicos, ao dispor que eles somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública e combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da COVID-19.

O STF, por maioria e nos termos do voto do relator, ministro Roberto Barroso, deferiu, em parte, a medida cautelar pleiteada nas ADIs n.º 6.421/DF, 6.422/DF, 6.424/DF, 6.425/DF, 6.427/DF, 6.428/DF e 6.431/DF para, ao conferir interpretação conforme a Constituição aos dispositivos da MP 966/2020 que versam sobre a responsabilização dos agentes públicos por atos relacionados com a pandemia de COVID-19, fixar as seguintes teses: “1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (I) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (II) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (I) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (II) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos”.

Neste ponto, segundo a ótica de Corrêa e Oliveira, a decisão emanada pelo Tribunal Máximo no julgamento ADIs n.º 6.421/DF, 6.422/DF, 6.424/DF, 6.425/DF, 6.427/DF, 6.428/DF e 6.431/DF é um exemplo de performance ativista durante a pandemia da COVID-19, em que o Judiciário assumiu o protagonismo em face da ineficiência ou

em 13.11.2020.

25 BRASIL. STF. ADI n.º 6.427/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 21.05.2020, publicado em 13.11.2020.

26 BRASIL. STF. ADI n.º 6.428/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 21.05.2020, publicado em 13.11.2020.

27 BRASIL. STF. ADI n.º 6.431/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 21.05.2020, publicado em 13.11.2020.

omissão do Governo Federal no enfrentamento da grave crise sanitária provocada pelo coronavírus, daí dizerem que “foi necessária a postura ativista do Poder Judiciário para tentar minimizar os efeitos devastadores do novo coronavírus”²⁸.

Medina e Toledo, por seu turno, advogam a tese de que o Poder Executivo Federal, ao editar a MP n.º 966/2020, teria provocado um “ativismo às avessas” ao tentar afastar a culpa e o nexo de causalidade como pressupostos da responsabilidade civil por meio de medida provisória, ao passo que o STF teria incorrido em flagrante confusão conceitual, porquanto, ao invés de analisar a constitucionalidade ou não da medida provisória, passou “a discutir as políticas que devem ser adotadas pelo Poder Executivo no enfrentamento à pandemia de COVID-19 com fundamento em ‘valores’ pessoais do intérprete que usa a Constituição Federal para legitimar suas decisões”²⁹.

No mesmo tom crítico, Oliveira e Furlan discorrem que a tese encampada pelo STF no julgamento das ADIs n.º 6.421/DF, 6.422/DF, 6.424/DF, 6.425/DF, 6.427/DF, 6.428/DF e 6.431/DF, consistente em evitar o abuso do Poder Executivo pela não imputação de responsabilidade aos agentes públicos, carrega em si um risco compensatório, na medida em que permite que o Judiciário delibere sobre as decisões racionalmente arbitrárias do Poder Executivo e pratique, ele mesmo, tais decisões. “Em outros termos, quando buscou ‘tapar’ um buraco, criou outro, só que para o próprio Judiciário”³⁰.

Outro caso polêmico julgado pelo STF na pandemia se deu na ADPF n.º 635/RJ³¹, de relatoria do ministro Edson Fachin, em que o Partido Socialista Brasileiro (PSB) questionou os Decretos Estaduais n.º 27.795/01 e 46.775/2019, que regulamentam as políticas de segurança pública do governo do Estado do Rio de Janeiro. Segundo o partido político proponente, desde abril de 2020, houve um aumento no número de operações policiais no Estado do Rio de Janeiro e, ao mesmo tempo, uma excessiva e crescente letalidade da atuação das forças de segurança que, em tese, estaria violando preceitos fundamentais como a vida, a dignidade da pessoa humana, o direito à segurança e à inviolabilidade do domicílio, o direito à igualdade e a prioridade na garantia de direitos fundamentais a crianças e adolescentes como dever do Estado.

28 CORRÊA, Ana Graziela Vaz de Campos Alves; OLIVEIRA, Hanae Yamamura de. Decisões judiciais e lockdown: Judiciário em tempos de pandemia. In: PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso; KNEIP, Maria Erotides (coords.). **Ativismo Judicial em tempos de pandemia**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020, pp. 166-167.

29 MEDINA, Janaína de Castro Marchi; TOLEDO, Renata Maria Silveira. In: **Research, Society and Development**, v. 10, n.º 3, e9010313009, 2021, p. 15. Disponível em: <<https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/13009>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

30 OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; FURLAN, Lorenzo. Uma breve crítica da tese do STF na ADI 6421 à luz da visão schmittiana de Adrian Vermeule e Eric Posner. In: **Colloquium Socialis**. Presidente Prudente/SP, v. 04, n.º 4, out/dez 2020, p. 35. Disponível em: <<http://journal.unoeste.br/index.php/cs/index>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

31 BRASIL. STF. ADPF n.º 635/DF. Rel. Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 05.08.2020, publicado em 19.08.2020.

A Corte Excelsa, por maioria, ao referendar a medida cautelar deferida na ADPF n.º 635/RJ, determinou que, sob pena de responsabilização civil e criminal, não fossem realizadas operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia da COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, fossem adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior a população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.

Ademais, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, em conjunto com seis partidos políticos (PSB, PSOL, PC do B, Rede, PT e PDT), ajuizaram a ADPF n.º 709/DF³², de relatoria do ministro Roberto Barroso, em que argumentaram que haveria falhas e omissões do Governo Federal no combate ao novo coronavírus nas aldeias indígenas. Assim, com base nesses argumentos, requereram a adoção, por parte do Executivo Federal, de medidas de proteção e promoção da saúde dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato (PIIRC), bem como de adoção de medidas mais amplas voltadas à saúde dos povos indígenas em geral.

Neste passo, o STF, por maioria, ao chancelar a medida cautelar parcialmente deferida pelo relator na ADPF n.º 709/DF, determinou à União que formulasse, no prazo de até 30 dias, um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros, com a participação do Conselho Nacional dos Direitos Humanos e de representantes das comunidades indígenas. Quanto aos povos indígenas em isolamento, foi determinada: (I) a criação de barreiras sanitárias que impedissem o ingresso de terceiros em seus territórios e; (II) a criação de Sala de Situação, para gestão de ações de combate à pandemia. No que tange aos povos indígenas em geral, ordenou: (I) a inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (INFRA), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas; (II) imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas e; (III) extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados.

A respeito disso, Kaufmann averba que as ADPFs, em razão de sua abertura de objeto e por ter como paradigma o conceito amplo de “preceito fundamental”, têm sido utilizadas como “ações coringas” para se discutir toda e qualquer matéria. Ressalta também que, juntamente aos pedidos amplos, “estão também alegações genéricas e

32 BRASIL. STF. ADPF n.º 709/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 05.08.2020, publicado em 12.08.2020.

panfletárias que apenas se prestam para emoldurar ímpetos de ativismo judicial até agora irrefreáveis”³³. Esse arranjo observado nas ADPFs daria aos ministros plenos poderes de gestão administrativa e de produção normativa, como ocorreu no caso da ADPF n.º 709/DF, em que os ministros teriam se transformado em verdadeiros implementadores de políticas públicas.³⁴

Nessa mesma toada, o Partido Comunista do Brasil (PC do B) e o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) propuseram a ADPF n.º 756/DF³⁵, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, em que narraram o caos na saúde pública no Estado do Amazonas, sobretudo na capital Manaus, diante da situação de contaminação e agravamento de casos de COVID-19, quadro esse piorado em razão da falta de insumos básicos, como oxigênio hospitalar e mão de obra qualificada. Em acréscimo, asseverou que o Governo Federal não estaria cumprindo com o seu dever de efetivar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos amazonenses e manauaras, falhando na garantia ao direito básico à vida, bem como à saúde e, ao fim, à própria dignidade da pessoa humana.

Por unanimidade, o STF, ao referendar a medida cautelar concedida pelo ministro Ricardo Lewandowski no âmbito da ADPF n.º 756/DF, em 15.01.2021, determinou à União que promovesse, imediatamente, todas as ações ao seu alcance para debelar a seríssima crise sanitária instalada em Manaus, capital do Amazonas, em especial suprindo os estabelecimentos de saúde locais de oxigênio e de outros insumos médico-hospitalares para que possam prestar pronto e adequado atendimento aos seus pacientes, sem prejuízo da atuação das autoridades estaduais e municipais no âmbito das respectivas competências, devendo também apresentar à Corte, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, um plano compreensivo e detalhado acerca das estratégias que está colocando em prática ou pretende desenvolver para o enfrentamento da situação de emergência, discriminando ações, programas, projetos e parcerias correspondentes, com a identificação dos respectivos cronogramas e recursos financeiros, devendo atualizar o plano em questão a cada 48 (quarenta e oito) horas, enquanto perdurar a conjuntura excepcional.

Entrementes, nas ADIs n.º 6.586/DF³⁶ e 6.857/DF³⁷, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) e o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) acionaram o STF para que fosse conferida interpretação conforme os

33 KAUFMANN, Rodrigo. Desfiguração e aprimoramento da jurisdição constitucional. 6 de março de 2021. In: **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-06/observatorio-constitucionaldesfiguracao-aprimoramento-jurisdicao-constitucional>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

34 Idem.

35 BRASIL. STF. ADPF n.º 756/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Liminar deferida em parte em 15.01.2021.

36 BRASIL. STF. ADI n.º 6.586/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2020, publicado em 05.02.2021.

37 BRASIL. STF. ADI n.º 6.587/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2020, publicado em 05.02.2021.

arts. 6º, 22, 23, 24, 26, 30, 196 e 198, da Constituição Federal, ao art. 3º, inciso III, alínea *d*, da Lei n.º 13.979/2020. Em suas razões, alegam os autores que o presidente da República havia declarado publicamente que a vacina contra a COVID-19 não será obrigatória no país, contrariando a opinião de médicos infectologistas, que consideram que o seu emprego é fundamental para preservar vidas e atingir a denominada “imunidade de rebanho”. Sustentam, igualmente, que o art. 3º, inciso III, alínea *d*, da Lei n.º 13.979/2020, prevê a possibilidade de vacinação compulsória, desde que seja determinada com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde.

Após analisar os argumentos alinhavados nas ADIs n.º 6.586/DF e 6.857/DF, o STF, por maioria, julgou parcialmente procedentes os pedidos, nos termos do voto do relator, autorizando a vacinação compulsória durante a pandemia, fixando, porém, as seguintes balizas: (a) vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (I) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (II) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (III) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (IV) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (V) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (b) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.

Ainda, o STF se deparou com mais uma ação relacionada à pandemia da COVID-19, o MS n.º 37.760/DF, de relatoria do ministro Roberto Barroso, impetrado pelos senadores Alessandro Vieira (CIDADANIA) e Jorge Kajuru (PODEMOS), ajuizado em 11.03.2021, visando à obtenção de provimento jurisdicional, para que o presidente do Senado Federal adote as providências necessárias no sentido de instaurar a comissão parlamentar de inquérito (CPI) para a apuração de eventuais atos omissivos e comissivos do Governo Federal no cenário de crise de saúde pública deflagrado pela pandemia de COVID-19, em especial no agravamento da crise no Amazonas com a falta de oxigênio e insumos hospitalares para os pacientes internados. Argumentam também que a instauração de inquérito parlamentar, uma vez satisfeitos os seus requisitos constitucionais, é direito fundamental da minoria parlamentar e que a recusa do presidente da Casa Legislativa em proceder à leitura do requerimento de instalação da CPI viola direito líquido e certo dos seus subscritores.

A par disso, em julgamento realizado em 14.04.2021, o STF, por decisão majoritária, referendou a medida cautelar anteriormente deferida pelo relator no MS n.º 37.760/DF,

para determinar ao Senado Federal a adoção das providências necessárias à criação e instalação da comissão parlamentar de inquérito para a apuração da conduta do Executivo Federal no enfrentamento da pandemia de COVID-19. Conforme assentou o relator, a instalação de uma CPI não está vinculada a um juízo discricionário do presidente ou do plenário da Casa Legislativa, assim, “não pode o órgão diretivo ou a maioria parlamentar se opor a tal requerimento por questões de conveniência e oportunidade políticas. Atendidas as exigências constitucionais, impõe-se a criação da Comissão Parlamentar de Inquérito”.

Mais recentemente, o Partido Social Democrático (PSD), por meio da ADPF n.º 811/SP³⁸, ajuizada em 19.03.2021, questionou a constitucionalidade do Decreto n.º 65.563, do Estado de São Paulo, que vedou a realização de cultos, missas e outras atividades religiosas no Estado. Discorre o requerente, em síntese, que, a pretexto de instituir medidas de contenção à transmissão do novo coronavírus, o decreto impugnado estabeleceu restrições totais ao direito fundamental à liberdade religiosa e de culto das religiões que adotam atividades de caráter coletivo, criando tanto proibição inconstitucional, quanto discriminação inconstitucional, haja vista a existência de práticas religiosas que não possuem ritos que envolvem atividades coletivas.

Em 08.04.2021, o STF, por maioria, ao converter o julgamento do referendo à liminar em julgamento de mérito, julgou improcedentes os pedidos formulados na ADPF n.º 811/SP, nos termos do voto do relator, ministro Gilmar Mendes, mantendo a proibição temporária da realização de cultos, missas e outras atividades religiosas coletivas presenciais no Estado de São Paulo, como medida de enfrentamento à pandemia de COVID-19. Neste sentido, o Tribunal firmou entendimento no sentido de que, em um contexto de pandemia, a imposição de restrições pelo Estado ao exercício das atividades religiosas coletivas não fere o núcleo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa. Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes ponderou que a lei deve proteger os templos e não deve interferir nas liturgias, “a não ser que assim o imponha algum valor constitucional concorrente de maior peso na hipótese considerada”.

Por fim, aportaram ao STF outros três processos emblemáticos relacionados à pandemia da COVID-19, onde todos questionavam a realização da Copa América de Futebol no Brasil, que se iniciaria no domingo seguinte, dia 13 de junho de 2021, com jogos no Rio de Janeiro/RJ, em Cuiabá/MT, em Goiânia/GO e em Brasília/DF, alegando riscos à saúde pública e de disseminação da pandemia.

Em sessão virtual extraordinária realizada imediatamente na quinta-feira (10.06.2021) anterior ao início do torneio, o plenário do Supremo Tribunal Federal

38 BRASIL. STF. ADPF n.º 811/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 08.04.2021, publicado em 22.04.2021.

rejeitou as três ações.

Inicialmente, a ADPF n.º 849/DF³⁹, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (CNTM), questionava a decisão do governo federal de sediar a Copa América de Futebol e pedia a suspensão do acordo com a Confederação Sul-Americana de Futebol (Conmebol) que teria autorizado sua realização, sendo que o Tribunal, por unanimidade, acompanhou o entendimento da relatora de que a CNTM não tem legitimidade para ajuizar a ADPF, em razão da ausência de pertinência temática entre seus objetivos estatutários, que visam à defesa de metalúrgicos, mecânicos e trabalhadores de material elétrico, eletrônico e de informática, e a eventual realização de jogos do torneio.

Ainda, na ADPF n.º 756/DF⁴⁰, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, o Partido dos Trabalhadores (PT) apresentou pedido de tutela incidental para a interrupção de qualquer ato do governo federal que viabilize a realização da competição no país. *In casu*, por 6 votos a 5, prevaleceu a rejeição integral do pedido. De acordo com o ministro Marco Aurélio, o STF não pode substituir o Poder Executivo e exercer crivo sobre a decisão de caráter estritamente administrativo, sinalizando como se deve proceder para definir a realização ou não de evento no país. Além disso, as fronteiras continuam abertas e estão sendo realizados torneios de futebol, como o Campeonato Brasileiro, a Copa Brasil e a Libertadores da América, com a participação de times nacionais e estrangeiros, sem a presença de torcedores nos estádios.

Finalmente, no MS n.º 37933/DF⁴¹, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, o Partido Socialista Brasileiro (PSB) e o deputado federal Júlio Delgado (PSB-MG) buscavam em sede de mandado de segurança a suspensão de atos legais e administrativos do governo federal que permitam, promovam ou facilitem a realização do torneio no Brasil. Também neste caso, o Tribunal, por maioria, negou seguimento ao mandado de segurança, nos termos do voto da relatora, vencidos os ministros Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A situação da alta judicialização do direito à saúde no Brasil reflete normalmente a tensão entre o mínimo existencial e a reserva do possível, na constante busca pela preservação da dignidade da pessoa humana, o que denota a urgência em se repensar a prestação do serviço de saúde pública no país e a implementação de medidas que proporcionem uma mudança definitiva do panorama atual.

39 BRASIL. STF. ADPF n.º 849/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno, julgado em 10.04.2021.

40 BRASIL. STF. ADPF n.º 756/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgado em 10.04.2021.

41 BRASIL. STF. MS n.º 37933/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno, julgado em 10.04.2021.

Sabido que a jurisdição constitucional funciona como um mecanismo tutelador da supremacia constitucional e que foi atribuído ao Supremo Tribunal Federal, de forma expressa no art. 102, *caput*, da Lei Fundamental, o papel de seu guardião, o principal garantidor de sua supremacia no ordenamento jurídico e o órgão a quem incumbe a última palavra formal quanto à sua interpretação. Com efeito, das dezenas de competências constitucionalmente atribuídas ao STF as que, sem dúvida, mais se destacam, são aquelas afetas diretamente à jurisdição constitucional.

Da mesma forma, há que se assentar que os direitos de prestação devem ser oferecidos à população balizados pelo princípio da eficiência, estampado no *caput* do art. 37 da Carta Constitucional de 1988. Disso decorre que a saúde deve ser prestada de acordo com os parâmetros de alcance de resultados otimizados, presteza e eficiência.

Pois bem, assentadas essas premissas, em conclusão, em função de uma certa percepção de ativismo judicial de alguns doutrinadores ou segmentos sociais no que tange à atuação do STF na pandemia e da manifesta equivocidade que gravita em torno desse termo, não se verificou até agora, a nosso ver, nenhum excesso judicial da Corte Suprema nessa temática porquanto ela tem atuado nos estritos limites de sua competência constitucional dirimindo todas as querelas atinentes à saúde que chegam ao seu conhecimento.

4. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, *passim*.

CORRÊA, Ana Graziela Vaz de Campos Alves; OLIVEIRA, Hanae Yamamura de. Decisões judiciais e lockdown: Judiciário em tempos de pandemia. *In: PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso; KNEIP, Maria Erotides (coords.). Ativismo Judicial em tempos de pandemia*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.

DIREITOS NA PANDEMIA. Boletim n.º 10. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2021/01/boletim-direitos-na-pandemia.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

KAUFMANN, Rodrigo. Desfiguração e aprimoramento da jurisdição constitucional. 6 de março de 2021. *In: Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-06/observatorio-constitucionaldesfiguracao-aprimoramento-jurisdica-constitucional>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

MEDINA, Janaína de Castro Marchi; TOLEDO, Renata Maria Silveira. *In: Research, Society and Development*, v. 10, n.º 3, e9010313009, 2021, p. 15. Disponível em: <<https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/13009>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Supremo Tribunal Federal e a pandemia da Covid-19. 26 de setembro de 2020. *In: Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-26/observatorio-constitucionaldo-stf-e-a-pandemia-da-covid-19>>. Acesso em: 26 set. 2020.

com.br/2020-set-26/observatorio-constitucional-supremo-tribunal-federal-pandemia-covid>. Acesso em: 20 abr. 2021.

MORAIS, Frank Silva de. A legitimidade democrática das decisões ativistas atípicas do Supremo Tribunal Federal: fundamento para a restauração do equilíbrio entre os poderes e a proteção da democracia. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGD), da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional. Junho de 2020. *In: Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações*. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFOR_ed1396f136d72c573aed66989915304d>. Acesso em: 15 abr. 2021.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; FURLAN, Lorenzo. Uma breve crítica da tese do STF na ADI 6421 à luz da visão schmittiana de Adrian Vermeule e Eric Posner. *In: Colloquium Socialis*. Presidente Prudente/SP, v. 04, n.º 4, out/dez 2020, p. 35. Disponível em: <<http://journal.unoeste.br/index.php/cs/index>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. O STF e os direitos fundamentais na crise da Covid-19 — uma retrospectiva. 15 de janeiro de 2021. *In: Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jan-15/direitos-fundamentais-stf-direitos-fundamentais-covid-19>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

STEINMETZ, Wilson. Protagonismo político-institucional do Supremo Tribunal Federal e covid-19: uma conjectura a partir da ADPF 669. 29 de outubro de 2020. *In: Portal Periódicos da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC*. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/26595/15814>>. Acesso em: 22 abr. 2021.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Desinformação e a hostilidade para com o Direito: o caso da CPI da Covid. 9 de abril de 2021. *In: Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-09/streck-oliveira-desinformacao-hostilidade-direito>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 23.06.2021
Aceito em: 12.07.2021

ENSINO DE RELIGIÃO EM ESCOLA PÚBLICA: A SUPREMA CORTE DO CANADÁ EM S. L. V. COMMISSION SCOLAIRE DES CHÊNES

Teaching religion in public schools: The Supreme Court of Canada in S. L. V. Commission scolaire des Chênes

Hidemberg Alves da Frota¹

RESUMO

O presente artigo jurídico debruçou-se sobre o julgamento levado a cabo pela Suprema Corte do Canadá em L. v. Commission scolaire des Chênes, apelação julgada (conhecida e não provida) em 17 de fevereiro de 2012. O objetivo principal foi o de conhecer e analisar o posicionamento adotada pela Suprema Corte canadense, em tal julgado, quanto à liberdade de religião em possível colisão com o projeto pedagógico secularista e multiculturalista do ensino público da Província do Quebec, relativamente à educação em temas relacionados à diversidade cultural e religiosa. Os objetivos secundários residiram em conhecer e sistematizar as razões de decidir dos votos majoritários e minoritários. Adotou-se a análise de conteúdo, com ênfase em metodologia que permite à comunidade jurídica de língua portuguesa compreender as peculiaridades da legislação canadense e quebequiana, bem como a contextualização social subjacente. Como crítica ao referido acórdão, entendeu-se que o acesso à Justiça e a igualdade material seriam robustecidos se houvesse a inversão do ônus da prova, ou seja, se o ente estatal demandado, em vez do particular demandante, fosse instado não só a comprovar que a mitigação da liberdade de religião dos pais criarem seus filhos conforme crenças e práticas religiosas fora uma medida apropriada para

ABSTRACT

This legal article examined the order by the Supreme Court of Canada in S.L. v. Commission scolaire des Chênes, an appeal that was dismissed on February 17, 2012. The main objective was to learn and analyze the position of the Supreme Court of Canada in upholding its decision, with respect to freedom of religion potentially conflicting with the secularist and multicultural educational project adopted by public schools in Quebec Province as far as the teaching of topics related to cultural and religious diversity is concerned. Secondary objectives consisted of learning and systematizing the arguments of the majority and minority votes. Content analysis was carried out emphasizing the methodology to allow the Portuguese-speaking legal community to understand the peculiarities found in the Canadian and Quebecois legislation as well as the underlying social context. As criticism levelled at such decision, it was understood that access to justice and material equality would have been reinforced had the burden of proof been inverted—that is, if the board of education, rather than the appellants, were the party being required (a) to not only show evidence that mitigating a parent's freedom to raise their children according to their religious beliefs and customs is an appropriate measure to educate

1 Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direitos Humanos e Questão Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Especialista em Psicologia Positiva: Ciência do Bem-Estar e Autorrealização (PUCRS). Especialista em Direito e Processo do Trabalho (PUCRS). Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Especialista em Direito Público: Constitucional e Administrativo, pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Agente Técnico-Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas (MP/AM). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2009-6225>. E-mail: alvesdafrota@gmail.com.

educar os alunos, com vistas à formulação de escolhas éticas judiciosas e razoáveis, bem como compatíveis com os direitos humanos, a dignidade da pessoa humana e a coexistência em uma sociedade cada vez mais plural sob os prismas cultural e religioso, mas também a comprovar a indispensabilidade do projeto pedagógico adotado e do caráter compulsório, e não facultativo, do Programa de Ética e Cultura Religiosa do Ministério da Educação, do Lazer e do Desporto do Quebec. Caberia, ainda, à Província do Quebec comprovar a impossibilidade de fomentar e alcançar esse fim constitucional e legal por meio de medidas menos intrusivas, como o ensino facultativo ou a educação em direitos humanos. Percebeu-se que o debate sobre a obrigatoriedade do ensino multiculturalista de temáticas religiosas é uma questão premente seja pelo caráter multicultural das sociedades contemporâneas, seja pelo crescimento da intolerância religiosa em escala global.

Palavras-chave

Liberdade de religião. Escolas públicas. Ensino de religião. Suprema Corte do Canadá.

students, with a view to presenting such students with choices that are judicious and reasonable as well as consistent with human rights, human dignity and coexistence, in a society that grows progressively more plural from the prisms of culture and religion; and (b) to prove that the Ethics and Religious Culture (ERC) Program implemented by the Quebec Ministry of Education, Leisure, and Sports is indispensable and should be mandatory, as opposed to discretionary. Quebec Province should be, moreover, accountable for providing evidence that fostering and achieving such constitutional and legal purpose would not be possible by less intrusive means, such as optional education or human rights education. It was noted that the debate regarding the mandatory character of multicultural education of religious topics is a pressing matter, whether one considers the multicultural nature of contemporary societies or the escalation of religious intolerance on a global scale.

Keywords

Freedom of religion. Public schools. Religious education. Supreme Court of Canada.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2 A essência do pedido e da causa de pedir; 3 O teste da necessidade; 4 As razões de decidir do voto majoritário; 5 As razões de decidir do voto minoritário; 6 Considerações finais; 7 Referências.

SUMMARY: 1. Introduction; 2 The essence of the request and the cause of action; 3 The test of necessity; 4 The argument of the majority; 5 The argument of the minority; 6 Final considerations; 7 Bibliography.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo jurídico debruça-se sobre o julgamento levado a cabo pela Suprema Corte do Canadá em *L. v. Commission scolaire des Chênes*, apelação julgada (conhecida, porém não provida) em 17 de fevereiro de 2012. O objetivo principal é conhecer e analisar o posicionamento adotado pela Suprema Corte canadense, em tal julgamento, quanto à liberdade de religião, em possível colisão com o projeto pedagógico secularista e multiculturalista do ensino público da Província do Quebec, relativamente à educação em temas éticos e relacionados à diversidade cultural e religiosa. Os objetivos secundários residem em conhecer e sistematizar as razões de decidir dos votos majoritários e minoritários. Será adotada a análise de conteúdo, com ênfase em metodologia que permita à comunidade jurídica de língua portuguesa compreender as peculiaridades da

legislação canadense e quebequiana, assim como a contextura social subjacente.

2. A ESSÊNCIA DO PEDIDO E DA CAUSA DE PEDIR

No referido caso concreto, a Suprema Corte canadense defrontou-se com circunstância em que casal, adepto da religião católica apostólica romana, identificado nos autos como S. L. e D. J., havia impugnado em juízo a decisão da Administração Pública da Província do Quebec de indeferir o pleito de que os filhos de ambos fossem dispensados de cursar, no ensino secundário, o Programa de Ética e Cultura Religiosa², criado pelo Ministério da Educação, do Lazer e do Desporto³ daquela Província e previsto no artigo 22, n.º 1, c/c artigo 23, n.º 1, do Regulamento do Regime Pedagógico da Educação Pré-Escolar, do Ensino Elementar e do Ensino Secundário do Quebec⁴. Tal Programa, desde 2008, substituíra, de forma compulsória, nas escolas públicas do Quebec⁵, o ensino moral e religioso tanto católico apostólico romano quanto protestante (CANADÁ, 2021f, p. 236; QUEBEC, 2021c; QUEBEC, 2021j)⁶.

O casal católico entendeu que a determinação, pela Administração da Província do Quebec, de que seus filhos cursassem o Programa de Ética e Cultura Religiosa impunha à sua prole grave prejuízo, motivo por que invocou o disposto no parágrafo segundo do artigo 222⁷ da Lei da Educação Pública do Quebec⁸, que permite, por razões de ordem humanitária ou com vistas a prevenir grave prejuízo ao estudante do ensino básico, que

2 Em língua inglesa, “Ethics and Religious Culture (“ERC”) Program”. Em língua francesa, “programme d’éthique et de culture religieuse (<< ÉCR >>)” (CANADÁ, 2021f, p. 236).

3 Em língua inglesa, Ministry of Education, Leisure, and Sports. Em língua francesa, ministère de l’Éducation, du Loisir et du Sport (CANADÁ, 2021f, p. 236).

4 Em língua inglesa, Basic school regulation for preschool, elementary and secondary education. Em língua francesa, Régime pédagogique de l’éducation préscolaire, de l’enseignement primaire et de l’enseignement secondaire (QUEBEC, 2021c; QUEBEC, 2021j).

5 Além disso, o Programa abarca, de forma compulsória, as escolas confessionais, conforme se observa em julgado posterior da Suprema Corte do Canadá, em *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 SCR 613 (CANADÁ, 2021e). Em verdade, alcança todas as escolas do Quebec, públicas e privadas (OGILVIE, 2012, p. 424).

6 *L. v. Commission scolaire des Chênes*, ementa (CANADÁ, 2021f, p. 235-236).

7 Parágrafo segundo do artigo 222 da Lei da Educação Pública da Província do Quebec, no que interessa, in verbis: “[...] Por razões humanitárias ou para evitar danos graves a um aluno, o centro de serviços escolares [conselho escolar] pode, mediante requerimento fundamentado dos pais de um aluno, de um aluno maior de idade ou do diretor da escola, isentá-lo da aplicação de uma disposição do Regime Pedagógico Escolar. [...]” Eis o trecho citado em sua redação oficial de língua inglesa: “[...] For humanitarian reasons or to avoid serious harm to a student, the school service centre may, following a request, with reasons, made by the parents of the student, by the student, if of full age, or by the school principal, exempt the student from the application of a provision of the basic school regulation. [...]” Eis o trecho citado em sua redação oficial de língua francesa: “Pour des raisons humanitaires ou pour éviter un préjudice grave à un élève, le centre de services scolaire peut, sur demande motivée des parents d’un élève, d’un élève majeur ou d’un directeur d’école, l’exempter de l’application d’une disposition du régime pédagogique.” (QUEBEC, 2021f; QUEBEC, 2021i, tradução livre do autor)

8 Em língua inglesa, Education Act. Em língua francesa, Loi sur l’instruction publique (QUEBEC, 2021f; QUEBEC, 2021i).

o educando seja dispensado de cumprir alguma das normas insculpidas no Regulamento do Regime Pedagógico da Educação Pré-Escolar, do Ensino Elementar e do Ensino Secundário daquela Província⁹ (no caso, recorde-se, almejava-se a não aplicação da norma regulamentar agasalhada no artigo 22, n.º 1, do Regulamento), mediante requerimento fundamentado, subscrito (a) pelos pais do aluno, (b) pelo próprio estudante, se maior de idade, ou, ainda, (c) pelo diretor da respectiva unidade escolar (CANADÁ, 2021f, p. 236; QUEBEC, 2021c; QUEBEC, 2021f; QUEBEC, 2021i; QUEBEC, 2021j)¹⁰.

3. O TESTE DA NECESSIDADE

Conforme assinala Margaret Ogilvie, para fins de reconhecimento, pelo Poder Judiciário, da violação à liberdade de religião, o voto majoritário proferido pela *Justice Deschamps* no julgamento, pela Suprema Corte do Canadá, em *L. v. Commission scolaire des Chênes*, aplicou o chamado “teste da necessidade”, tripartido nestes requisitos (OGILVIE, 2012, p. 419-420):

1. De pronto, ao autor da ação judicial impende demonstrar que a crença ou prática de cunho religioso por ele abraçada guarda nexos com determinada religião, o que restará contemplado caso comprove em juízo que procede de forma sincera quando invoca a respectiva crença ou prática de índole religiosa.
2. Demais disso, o jurisdicionado deve comprovar que o direito violado assume a estatura de uma afronta à liberdade religiosa.
3. Por fim, compete ao demandante clarificar que a limitação à liberdade religiosa pelo Estado possui relevância jurídica, ao trazer a lume elementos probatórios que denotem ir além de uma restrição trivial ou destituída de caráter substancial¹¹.

Já o voto minoritário, pronunciado pelo *Justice LeBel*, compactou o “teste da sinceridade”, (a) no ônus probatório, pelo autor da ação, de atestar a sinceridade da crença religiosa por ele esposada, seguido (b) da comprovação, em termos objetivos, de que a ação desenvolvida pelo Estado resultou em um significativo menoscabo da liberdade de religião (OGILVIE, 2012, p. 420).

9 Em língua inglesa, Basic school regulation for preschool, elementary and secondary education. Em língua francesa, Régime pédagogique de l'éducation préscolaire, de l'enseignement primaire et de l'enseignement secondaire (QUEBEC, 2021c; QUEBEC, 2021j).

10 *L. v. Commission scolaire des Chênes*, ementa (CANADÁ, 2021f, p. 236).

11 Ante tais elevadas exigências de comprovação em juízo, pelo jurisdicionado, de que restou, de fato, vulnerada a sua liberdade de religião, questiona-se se ônus da prova de tamanha envergadura não estaria a comprometer a própria neutralidade do Estado-Juiz e de impor gravame à liberdade religiosa superior ao eventualmente acarretado pelo Programa de Ética e Cultura Religiosa do Quebec (OGILVIE, 2012, p. 424).

4. AS RAZÕES DE DECIDIR DO VOTO MAJORITÁRIO

O voto majoritário restou alinhavado em conjunto pela então *Chief Justice* Beverley Marian McLachlin e pelos *Puisne Justices*¹² William Ian Corneil Binnie, Marie Deschamps, Rosalie Silberman Abella, Louise Charron, Marshall Rothstein e Thomas Albert Cromwell. Coube à *Justice* Deschamps proferi-lo em nome da maioria (CANADÁ, 2021f, p. 236 e 241)¹³.

O posicionamento majoritário foi o de que não fora comprovado, de modo objetivo, que o Programa de Ética e Cultura Religiosa interferira, de maneira negativa, na transmissão, por L. e J., da fé católica apostólica romana aos seus filhos (CANADÁ, 2021f, p. 236-237)¹⁴.

Dessa forma e em sentido contrário ao arguido pelo casal, McLachlin, Binnie, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein e Cromwell, examinando o conjunto probatório do álbum processual, esposaram linha de raciocínio de que se destacam as seguintes inferências alinhavadas por tais magistrados em seu pronunciamento conjunto verbalizado por Deschamps (CANADÁ, 2021f, p. 236-237 e 250-256):

1. A finalidade oficial do Ministério da Educação, do Lazer e do Desporto da Província do Quebec, ao conceber o Programa de Ética e Cultura Religiosa, ao menos aparentemente, à luz dos elementos de prova constantes dos autos, não implicaria o risco de influenciar as crenças específicas da juventude, nem de difundir conhecimentos filosóficos ou doutrinários que viessem a disseminar relativismo moral¹⁵.
2. Não caracterizaria uma doutrinação dos estudantes pelo Estado nem seria detrimenoso à liberdade de religião do casal L. e J. apresentar-se aos seus filhos (e aos demais discentes secundaristas do Quebec), de forma abrangente, conjunto variado de religiões, sem obrigá-los a aderir a alguma delas. Significa dizer, a mera exposição dos filhos do casal (e de outros alunos do ensino secundário quebequense) a noções basilares sobre outras expressões religiosas não resultaria em tentativa de convertê-los (ou quaisquer outros alunos) a uma doutrina ou filosofia baseada em relativismo moral, nem a credo religioso distinto da fé católica

12 A Suprema Corte do Canadá segue a tradição jurídica de matriz britânica de denominar os seus integrantes, excetuado o titular da Presidência da SCC (*Chief Justice*), de *Puisne Justice* (título abreviado, no cotidiano forense, para *Justice*). De acordo com essa convenção de raiz anglo-saxônica, trata-se, em outras palavras, do título dado a todos os chamados “juízes ordinários” (*ordinary judge*) de uma Corte Superior (*High Court*) ou Suprema Corte (*Supreme Court*), isto é, aqueles situados, sob o prisma hierárquico-administrativo, abaixo do *Chief Justice* (BLACK; NOLAN; NOLAN-HALEY; CONNOLLY; HICKS; ALIBRANDI, 1990, p. 1.234; HOGG, 1993, p. 248-260; GARNER, 1995, p. 713; MARTIN, 2003, p. 397).

13 L. v. *Commission scolaire des Chênes*, ementa e § 1.º (CANADÁ, 2021f, p. 237 e 241).

14 L. v. *Commission scolaire des Chênes*, ementa, bem como §§ 35 e 37 (CANADÁ, 2021f, p. 237 e 254).

15 L. v. *Commission scolaire des Chênes*, ementa, bem como §§ 35 e 37 (CANADÁ, 2021f, p. 237 e 254).

apostólica romana abraçada por aquela família (e por outras famílias católicas daquela Província), tampouco houvera a tentativa de o Ministério da Educação, do Lazer e do Desporto do Quebec exercer alguma influência sobre crenças peculiares a cada um dos estudantes a cursarem tal Programa¹⁶.

3. Constitui fato inerente à vida em sociedade a exposição precoce de crianças a realidades distintas daquela em que se insere o seu núcleo familiar imediato¹⁷.
4. Entender que seria deletério à liberdade de religião das crianças ou dos seus pais levar ao conhecimento daquelas a existência de uma plêiade de religiões diversas da professada pela sua família imediata significa cultivar ponto de vista que rejeita a realidade multicultural imanente à sociedade canadense e ignora os deveres do Governo da Província do Quebec para com a educação pública¹⁸.

O debate jurídico em questão gravitou em torno da alegada afronta ao artigo 2.º, alínea *a*, da Carta Canadense dos Direitos e Liberdades (Lei Constitucional de 1982), que assegura a todos a liberdade de consciência e religião, bem assim ao artigo 3.º da Carta de Direitos Humanos e Liberdades da Pessoa, da Província do Quebec, que reconhece que todas as pessoas são titulares de liberdades fundamentais, entre as quais inclui, de forma exemplificativa (elenco *numerus clausus*), a liberdade de religião, ladeada das liberdades de consciência, de opinião, de expressão, de reunião pacífica e de associação (CANADÁ, 2021b; CANADÁ, 2021d; CANADÁ, 2021f, p. 235-236 e 241; QUEBEC, 2021d; QUEBEC, 2021e)¹⁹.

Conforme se depreende do voto majoritário, o substrato dessa controvérsia jurídica radica (*a*) no processo histórico e social de gradual separação, na sociedade canadense, entre as esferas do Estado e da Igreja, ressonância da secularização das instituições públicas ocidentais, (*b*) na compreensão, nos Estados ocidentais, de que a neutralidade religiosa fomenta, de maneira legítima, espaços em que os cidadãos e as cidadãs dos mais diversos credos e crenças podem exercitar, de forma livre, os seus direitos de âmbito individual, (*c*) nas mudanças por que têm passado o Quebec e as demais Províncias do Canadá, desde a segunda metade do século XX, transformações robustecidas, nas décadas mais recentes, pelos efeitos da globalização econômica e do incremento da mobilidade humana (por exemplo, maior facilidade para se transitar entre países e regiões), (*d*) no conseqüente florescimento, no Canadá e no Quebec, de uma paisagem social mais diversa e de uma nova proposta de filosofia social, propensa a reconhecer os direitos da minoria, (*e*) fenômenos desdobrados no atual momento da educação pública quebequense, acolhedora da crescente diversidade religiosa naquela

16 L. v. Commission scolaire des Chênes, ementa, bem como §§ 35 e 37 (CANADÁ, 2021f, p. 237 e 254).

17 L. v. Commission scolaire des Chênes, ementa, bem como § 40 (CANADÁ, 2021f, p. 237 e 255).

18 L. v. Commission scolaire des Chênes, ementa, bem como § 40 (CANADÁ, 2021f, p. 237 e 255).

19 L. v. Commission scolaire des Chênes, ementa, bem como § 2.º (CANADÁ, 2021f, p. 235-236 e 241).

Província, para além da antiga polarização entre católicos e protestantes (CANADÁ, 2021f, p. 241 e 244)²⁰.

Consoante rememora o retrospecto delineado no voto majoritário da *Justice Deschamps*, o percurso histórico trilhado pelo Ministério da Educação, do Lazer e do Desporto da Província do Quebec atesta esse movimento paulatino em direção à secularização da educação pública quebequense (CANADÁ, 2021a; CANADÁ, 2021b; CANADÁ, 2021c; CANADÁ, 2021d; CANADÁ, 2021f, p. 245)²¹.

Embora o ano de 1964, quando da alvorada da Pasta da Educação daquela Província, tenha sido um marco histórico no plano formal, ao assinalar o momento em que o Governo do Quebec oficialmente se assenhorou, pela primeira vez, do múnus de nortear os rumos da educação provincial, em uma seara sob a hegemonia das comunidades religiosas cristãs tradicionais (católicas e protestantes), a efetiva transição do sistema escolar religioso, denominacional ou confessional para o sistema escolar secular, na educação pública quebequiana, apenas começou, de fato, quando da inserção, no ano de 1997, do artigo 93A²² na Lei Constitucional do Canadá de 1867, dispositivo constitucional que, desde então, exclui, de modo explícito, a Província do Quebec do campo de incidência dos parágrafos 1.º a 4.º do artigo 93 daquela Lei Constitucional, os quais, por sua vez, consistem no regime de prerrogativas e garantias concedidas pelo legislador constitucional federal às escolas confessionais, de que sobressai a cartilha do seu parágrafo 1.º²³, a proibir leis provinciais em matéria educacional (excetuadas as do Quebec, em face do teor do retrocitado artigo 93A da mesma Lei Constitucional) de afetarem direitos ou privilégios de escolas confessionais (CANADÁ, 2021a; CANADÁ, 2021b; CANADÁ, 2021c; CANADÁ, 2021d; CANADÁ, 2021f, p. 245)²⁴.

Durante esse regime de transição, vigoram, de 1.º de julho de 2005 a 30 de junho de 2008, as disposições transitórias e finais entalhadas nos artigos 12, 13 e 16 da Lei que Modifica Diversas Disposições Legislativas de Natureza Confessional no Campo da Educação²⁵, de 17 de junho de 2005, as quais explicitamente autorizaram, nos termos nela

20 L. v. *Commission scolaire des Chênes*, ementa, bem como §§ 1.º, 2.º, 10 e 11 (CANADÁ, 2021f, p. 237, 241 e 244).

21 L. v. *Commission scolaire des Chênes*, § 12 (CANADÁ, 2021f, p. 245).

22 Eis o teor, na redação oficial de língua inglesa, do artigo 93A da Lei Constitucional do Canadá de 1867: “93A. Paragraphs (1) to (4) of section 93 do not apply to Quebec.” Eis o teor, na redação oficial de língua francesa, do mesmo dispositivo constitucional: “93A. Les paragraphes (1) à (4) de l’article 93 ne s’appliquent pas au Québec.” (CANADÁ, 2021a; CANADÁ, 2021c)

23 Eis o teor do parágrafo primeiro do artigo 93 da Lei Constitucional de 1867 do Canadá, na redação oficial de língua inglesa: “[...] (1) Nothing in any such Law shall prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union; [...]” Eis o teor do mesmo dispositivo constitucional, em sua redação oficial de língua francesa: “[...] Rien dans ces lois ne devra préjudicier à aucun droit ou privilège conféré, lors de l’union, par la loi à aucune classe particulière de personnes dans la province, relativement aux écoles séparées (denominational); [...]” (CANADÁ, 2021a; CANADÁ, 2021c)

24 L. v. *Commission scolaire des Chênes*, § 12 (CANADÁ, 2021f, p. 245).

25 Em inglês, *An Act to amend various legislative provisions of a confessional nature in the education field*. Em francês,

previstos, que, durante aquele interregno, programas de ensino de moral e religião católicas e protestantes autorizados pelo titular da Pasta da Educação da Província fossem, em caráter facultativo, substituídos por programas locais de estudos ecumênicos ou éticos e de cultura religiosa. Após 30 de junho de 2008, tornou-se compulsório o precitado Programa Oficial de Ética e Cultura Religiosa, tal como estabelecido pelo Ministério da Educação, do Lazer e do Desporto daquela Província e, lembre-se, insculpido no artigo 22, n.º 1, c/c artigo 23, n.º 1, ambos do Regulamento do Regime Pedagógico da Educação Pré-Escolar, do Ensino Elementar e do Ensino Secundário do Quebec²⁶ (CANADÁ, 2021f, p. 246-247; QUEBEC, 2021b; QUEBEC, 2021c; QUEBEC, 2021h; QUEBEC, 2021j).

Tomando como ponto de partida uma abordagem que Deschamps considerou realista, isto é, partindo da premissa de que, sob o ângulo filosófico, não há neutralidade absoluta e que ela é rara na seara jurídica, inferiu que é possível, apesar disso, assegurar a neutralidade estatal, caso o Estado se abstenha de agir de forma favorável ou detrimetosa a uma determinada crença religiosa, dever estatal que importa (a) o respeito a todos os posicionamentos acerca da questão religiosa (inclusive o de não professar uma religião) e (b) levar em conta “os direitos constitucionais concorrentes das pessoas afetadas”²⁷ (CANADÁ, 2021f, p. 252-253)²⁸.

No julgamento em apreço, afigurou-se incontestoso para o colegiado da Suprema Corte do Canadá a sinceridade dos jurisdicionados ao arguírem o menoscabo da sua liberdade religiosa, uma vez que tanto o voto majoritário, proferido pela *Justice* Deschamps, quanto o voto minoritário, pronunciado pelo *Justice* LeBel, esposaram o entendimento de que era genuína a crença do casal de que o suposto relativismo moral do Programa de Ética e Cultura Religiosa do Ministério da Educação, do Lazer e do Desporto da Província do Quebec comprometia o cumprimento, por ambos, do dever religioso que acreditavam possuir, como profíctes da religião católica apostólica romana, de educarem seus filhos conforme os preceitos do catolicismo (CANADÁ, 2021f, p. 237, 250 e 259)²⁹.

A referência expressa de ambos os votos à comprovada sinceridade de S. L. e D. J., ao alegarem a necessidade de que, como pais de religião católica apostólica romana, contemplassem o dever religioso que reputavam estar a eles incumbidos de transmitirem à sua prole a fé católica, revestiu-se de uma razão de ser de índole técnico-jurídica, uma

Loi modifiant diverses dispositions législatives de nature confessionnelle dans le domaine de l'éducation (QUEBEC, 2021a; QUEBEC, 2021g).

26 L. v. Commission scolaire des Chênes, § 16 (CANADÁ, 2021f, p. 245-246).

27 Eis o trecho citado em sua redação oficial de língua inglesa: “[...] while taking into account the competing constitutional rights of the individuals affected. [...]” Eis o trecho citado em sua redação oficial de língua francesa: “[...] tout en prenant en considération les droits constitutionnels des personnes affectées. [...]” (CANADÁ, 2021f, p. 253)

28 L. v. Commission scolaire des Chênes, ementa, bem como §§ 31 e 32 (CANADÁ, 2021f, p. 237 e 252-253).

29 L. v. Commission scolaire des Chênes, ementa, bem como §§ 26 e 52 (CANADÁ, 2021f, p. 237, 250 e 259).

vez que essa aferição, pelo Poder Judiciário, da sinceridade dos autores da ação judicial é congruente com a orientação jurisprudencial da Suprema Corte do Canadá³⁰ de que, para fins de comprovação em juízo de desrespeito aos apontados artigos 2.º, alínea *a*, da Carta Canadense dos Direitos e Liberdades, e 3.º da Carta de Direitos Humanos e Liberdades da Pessoa, da Província do Quebec, no que se refere à infringência às liberdades de consciência e religião albergadas em tais dispositivos de estatura constitucional, o órgão judicante deve perscrutar se é sincera a suposta crença do jurisdicionado na doutrina, obrigação ou prática de cunho religioso por ele invocada e, portanto, de acordo com essa corrente jurisprudencial encabeçada pela SCC, cabe ao órgão judicial aquilatar se é sincera a suposta crença do jurisdicionado de que houve indevido óbice que lhe impediu de agir em harmonia com determinado ensinamento doutrinário, norma ou praxe de cariz religioso, independentemente de estarem os jurisdicionados esposando interpretação correta ou não da religião a que se vinculam (CANADÁ, 2021f, p. 237, 241-242, 249, 250-251 e 258-259)³¹.

Contudo, o aspecto central do eixo argumentativo do voto majoritário repousou na inferência de que (em que pese S. L. e D. J. sinceramente acreditarem que o Programa de Ética e Cultura Religiosa do Ministério da Educação, do Lazer e do Desporto da Província do Quebec obstava aquilo que ambos os jurisdicionados vislumbravam como o seu dever religioso de criarem os seus filhos conforme os preceitos e as práticas do catolicismo) não houvera a comprovação objetiva, em juízo, de que o Programa incorrera em déficit de neutralidade a difundir conteúdo curricular que, lastreado em relativismo moral, interferisse, de maneira negativa, na habilidade dos apelantes de transmitirem à sua prole a fé católica apostólica romana (CANADÁ, 2021f, p. 237, 241 e 250-252)³².

Dessarte, o voto da maioria, alinhavado pela *Justice Deschamps*, reportou-se à orientação jurisprudencial da Suprema Corte do Canadá³³ de que o desrespeito ao artigo 2.º, alínea *a*, da Carta Canadense dos Direitos e Liberdades, assim como ao artigo 3.º da Carta de Direitos Humanos e Liberdades da Pessoa, da Província do Quebec, no que se refere à liberdade religiosa, conjugada com a liberdade de consciência, para além da convicção íntima do jurisdicionado de que restou violada determinada crença ou prática

30 A *Justice Deschamps*, no § 22 do aresto em estudo, mencionou, *verbi gratia*, os §§ 39, 43, 46 e 54 do acórdão proferido pela Suprema Corte do Canadá em *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551 (CANADÁ, 2021f, p. 249).

31 *L. v. Commission scolaire des Chênes*, §§ 2.º, 22, 26, 49 e 50 (CANADÁ, 2021f, p. 237, 241-242, 249, 250-251 e 258-259).

32 *L. v. Commission scolaire des Chênes*, ementa, bem como §§ 2.º, 26, 27, 29 e 50 (CANADÁ, 2021f, p. 237 e 250-252).

33 A *Justice Deschamps* cita, a título exemplificativo, nos §§ 18, 22, 23, 25 e 31 do acórdão acima comentado, os casos *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, e *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551 (CANADÁ, 2021e, p. 247, 249-250 e 253).

religiosa por ele adotada, exige a comprovação nos autos judiciais, mediante a análise de atos, fatos ou normas, pelo Poder Judiciário, calçado em bases objetivas, com esteio em elementos de prova admissíveis pelo ordenamento jurídico, da existência do alegado cenário fático em que teria havido a indevida interveniência no exercício de tais liberdades públicas (CANADÁ, 2021f, p. 237 e 249-254)³⁴.

No voto condutor de Deschamps prevaleceu, portanto, a presunção relativa (*juris tantum*) da constitucionalidade do Programa de Ética e Cultura Religiosa do Ministério da Educação, do Lazer e do Desporto da Província do Quebec, porque considerou as finalidades oficiais do Programa compatíveis com a liberdade religiosa, comungada com a liberdade de consciência, tendo em vista o propósito dúplice, exteriorizado pelo Ministério em prova documental, de o Programa promover tanto uma formação *ética* (compreensão, pelos alunos, de questões éticas, de maneira que possam realizar “escolhas judiciosas”³⁵, a partir do conhecimento da gama de referenciais e valores éticos presentes na sociedade canadense contemporânea, destituída da pretensão seja de propor, seja de impor normas de índole moral, nem de estudar, de modo exaustivo, sistemas e doutrinas filosóficas), quanto uma formação em *cultura religiosa* (compreensão, pelos educandos, do mosaico de tradições religiosas que influenciaram e influenciam a sociedade canadense, tendo-se em mira a herança cultural do Quebec na seara religiosa, com ênfase ao estudo da relevância histórico-cultural quer do catolicismo, quer do protestantismo, sem o desiderato de subsidiar eventuais buscas espirituais dos estudantes, nem de apresentar a história de religiões e doutrinas religiosas, tampouco de fomentar a substituição de crenças religiosas de índole específica ou particular, referentes, por exemplo, a uma pessoa ou a um núcleo familiar, por novas doutrinas religiosas de âmbito comum ou geral, isto é, acolhidas por uma coletividade) (CANADÁ, 2021f, p. 237 e 253-254)³⁶.

5. AS RAZÕES DE DECIDIR DO VOTO MINORITÁRIO

Já o voto minoritário, pronunciado pelo *Puisne Justice* Louis LeBel e assinado em conjunto com o *Puisne Justice* Morris Jacob Fish, evitou tecer juízo de valor sobre a constitucionalidade ou não do Programa de Ética e Cultura Religiosa do Ministério da Educação, do Lazer e do Desporto da Província do Quebec, haja vista que, à época do

34 L. v. Commission scolaire des Chênes, ementa, bem como §§ 23, 24, 26, 27, 29 e 37 (CANADÁ, 2021f, p. 237 e 250-252).

35 Na redação oficial em inglês: “[...] For the purpose of this program, instruction in ethics is aimed at developing an understanding of ethical questions that allows students to make judicious choices based on knowledge of the values and references present in society [...]”. Na redação oficial em francês: “[...] Dans ce programme, la formation en éthique vise l’approfondissement de questions éthiques permettant à l’élève de faire des choix basés sur la connaissance des valeurs et des repères présents dans la société.” (CANADÁ, 2021f, p. 253).

36 L. v. Commission scolaire des Chênes, ementa, bem como §§ 34, 35 e 37 (CANADÁ, 2021f, p. 253-254).

juízo, em fevereiro de 2012, consoante os elementos probatórios carreados ao caderno processual, (a) o Programa, adstrito, naquele momento, a “declarações genéricas, diagramas, descrições de objetivos e competências a serem desenvolvidos, bem como diversas recomendações para a sua implementação”³⁷, não havia ainda sido efetivamente concretizado, a ponto de haver, à época, escassas evidências sobre o real conteúdo das aulas e da metodologia a ser empregada, e, por outro lado, (b) as provas documentais trazidas a lume não lograram êxito em comprovar a violação de disposições irradiadas pelas Cartas de Direitos e Liberdades do Canadá e do Quebec (CANADÁ, 2021f, p. 237-238 e 256-263)³⁸.

Ainda de acordo com o voto da minoria, proferido pelo *Justice LeBel*, a então “recente secularização da educação pública”³⁹ no Quebec, por meio da implementação do Programa de Ética e Cultura Religiosa do Ministério da Educação, do Lazer e do Desporto daquela Província, defrontava-se com o desafio da contínua dificuldade de se firmar uma “relação apropriada entre a neutralidade do Estado Democrático moderno e as profundas convicções religiosas de membros da sociedade quebequense que, com frequência, encontram-se em situação minoritária”⁴⁰ (CANADÁ, 2021f, p. 256)⁴¹.

Nessa ordem de ideias, a neutralidade estatal, essencial em sociedades assinaladas pela diversidade cultural e religiosa, a exemplo do Canadá (pode-se acrescentar, a título também exemplificativo, o Brasil, a Austrália, a Índia, a África do Sul e os Estados Unidos), a agasalhar a liberdade constitucional de cultivar ou não uma fé religiosa e de expressar ou não a sua crença religiosa, pressupõe o Estado, inclusive na seara da educação pública, abster-se quer de promover, quer de desencorajar uma fé de índole religiosa. *LeBel* reportou-se à orientação jurisprudencial da Suprema Corte do

37 Eis o trecho citado em sua redação oficial de língua inglesa: “[...] The program is made up of general statements, diagrams, descriptions of objectives and competences to be developed as well as various recommendations for the program’s implementation. [...]” Eis o trecho citado em sua redação oficial de língua francesa: “[...] Le programme est composé d’énoncés généraux, de diagrammes, de descriptions d’objectifs et de compétences à développer, ainsi que de recommandations diverses sur son application. [...]” (CANADÁ, 2021f, p. 238 e 262, tradução livre do autor)

38 L. v. *Commission scolaire des Chênes*, ementa, bem como §§ 44, 52, 53, 56 e 57 (CANADÁ, 2021f, p. 237-238, 256 e 259-262).

39 Eis o trecho citado em sua redação oficial de língua inglesa: “[...] The issues now before this Court arise out of the recent secularization of the public education system in Quebec [...]”. Eis o trecho citado em sua redação oficial de língua francesa: “[...] Les problèmes dont la Cour est saisie résultent de la déconfessionnalisation récente des réseaux d’enseignement public au Québec [...]”. (CANADÁ, 2021f, p. 256).

40 Eis o trecho citado em sua redação oficial de língua inglesa: “[...] the continuing problem of establishing an appropriate relationship between the religious neutrality of a modern democratic state and the deeply held religious beliefs of members of Quebec society who are often in a minority situation [...]”. Eis o trecho citado em sua redação oficial de língua francesa: “[...] la persistance du problème de l’établissement d’un rapport approprié entre la neutralité religieuse d’un état démocratique moderne et les convictions religieuses profondes de membres souvent minoritaires de la société québécoise. [...]” (CANADÁ, 2021f, p. 256).

41 L. v. *Commission scolaire des Chênes*, ementa, bem como § 44 (CANADÁ, 2021f, p. 237-238 e 256).

Canadá⁴² de que é imanente à natureza do sistema de educação pública propiciar aos educandos egressos de tessituras plurais, inclusive de contextos religiosos variados, iguais oportunidades de conhecer a diversidade de culturas e opiniões inerente à sociedade canadense contemporânea (CANADÁ, 2021f, p. 260-261)⁴³.

Conforme atrás antecipado, o voto minoritário pronunciado por LeBel diferenciou-se do voto majoritário exposto por Deschamps, em função de o pronunciamento minoritário haver se absterido, de forma categórica, de tecer juízo de valor conclusivo quer sobre a constitucionalidade do Programa de Ética e Cultura Religiosa do Ministério da Educação, do Lazer e do Desporto da Província do Quebec, quer sobre a sua aplicação concreta, no cotidiano do sistema educacional quebequense, porquanto, na perspectiva minoritária, o casal S. L. e D. J., ao provocar a jurisdição do Poder Judiciário de pronto, ou seja, logo nos primórdios da implementação do Programa, procedera de forma açodada, já que o estágio inicial de execução daquele Programa não permitia, na óptica minoritária em tal julgado, divisar os seus efeitos concretos para além do contexto educacional no qual se encontrava inserto (CANADÁ, 2021f, p. 237-238 e 256-257)⁴⁴.

Por outro lado, o voto minoritário proferido pelo *Justice* LeBel se aproxima do voto majoritário pronunciado pela *Justice* Deschamps, na medida em que aquele corrobora este, ao comungar do entendimento de que, a despeito de os jurisdicionados (a) serem sinceros, ao afaçarem, que, como católicos praticantes, possuíam o dever de criar seus filhos em conformidade com a fé católica apostólica romana (acrescentou que a liberdade de religião abarca o dever religioso de pais criarem seus filhos à luz de determinada prática religiosa e de lhes transmitirem essa formação e fé religiosa), tais apelantes não conseguiram ir além de atestar a sua percepção de índole estritamente pessoal e subjetiva de que a sua liberdade de religião fora vulnerada, pois (b) não se desincumbiram do segundo ônus probatório, qual seja, de comprovar nos autos que infringia a liberdade religiosa a obrigatoriedade do Programa de Ética e Cultura Religiosa do Ministério da Educação, do Lazer e do Desporto da Província do Quebec, vale dizer, S. L. e D. J. não trouxeram a lume provas consistentes da veracidade das críticas por eles atribuídas ao Programa, conforme as quais ele disseminaria ponto de vista relativista acerca das religiões e questões morais e, além disso, preconizaria a exclusão dos valores religiosos das bases do processo de tomada de decisão ética, o que relegaria os estudantes secundaristas a uma espécie de vácuo ou vazio moral (CANADÁ, 2021f, p. 237-238 e 258-260)⁴⁵.

42 Nesse sentido, o *Justice* LeBel, no § 54 do acórdão em exame, reportou-se aos §§ 65-66 e 211-212 do aresto proferido pela Suprema Corte do Canadá em *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R. 710, 2002 SCC 86 (CANADÁ, 2021f, p. 260-261).

43 L. v. *Commission scolaire des Chênes*, §§ 53 e 54 (CANADÁ, 2021f, p. 260-261).

44 L. v. *Commission scolaire des Chênes*, ementa, bem como § 45 (CANADÁ, 2021f, p. 237-238 e 256-257).

45 L. v. *Commission scolaire des Chênes*, ementa, bem como §§ 47, 50, 51, 52 e 53 (CANADÁ, 2021f, p. 237-238 e

Ademais, LeBel frisou a impossibilidade, consoante o acervo probatório dos autos, de aferir se o Programa de Ética e Cultura Religiosa do Ministério da Educação, do Lazer e do Desporto quebequiano e sua implementação estariam a violar ou poderiam violar no futuro os direitos conferidos pela ordem jurídica àqueles jurisdicionados e às demais pessoas porventura vinculadas à mesma conjuntura, tendo em mente que os documentos oficiais carreados ao álbum processual (entre os quais se fez presente apenas um livro didático), oriundos daquele Ministério, não permitiam uma avaliação conclusiva, pelo Poder Judiciário, relativamente à congruência ou não do Programa com as Cartas de Direitos e Liberdades do Canadá e do Quebec, não só pelos motivos acima expendidos, mas também em virtude das peculiaridades da arquitetura administrativa e do conteúdo didático do Programa, de sorte que não havia nitidez, naquela fase inicial da sua execução, sobre o conteúdo real dos ensinamentos que seriam ministrados, da abordagem metodológica que seria observada, do material didático que seria empregado e do verdadeiro enfoque que seria dado a respeito de questões fáticas concernentes ao universo das religiões e se os valores religiosos seriam ou não invocados como subsídios para balizarem as escolhas éticas pelos estudantes secundaristas quebequianos (CANADÁ, 2021f, p. 237-238 e 260-262)⁴⁶.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que o Estado *lato sensu*, a exemplo dos Estados-membros da Federação brasileira e das Províncias canadenses, possui amplo acesso às suas próprias provas documentais, ampara-se na força de trabalho de ampla gama de agentes públicos, muitos com atribuições especializadas e acentuada proficiência técnica, e se encontra municiado de conjunto de recursos materiais, logísticos e financeiros de proporções significativas, fatores que otimizam a sua atuação em juízo, tornando-a mais fácil em contraste com as dificuldades experimentadas pela maioria das pessoas naturais, inclusive de custear a assistência jurídica, colher elementos probatórios, por vezes de posse da Administração Pública, e de contratar profissional da Advocacia com vivência prática e formação teórica adequada ao enfrentamento da Fazenda Pública na arena judicial, sobretudo em matérias dotadas de maior especificidade, como a análise de matrizes curriculares do ensino médio em possível tensão dialética com a liberdade de religião de país que almejam transmitir aos seus filhos a sua fé, a sua prática religiosa e a sua visão de temáticas espirituais, constata-se que o acesso à Justiça e a igualdade material seriam

258-260).

46 L. v. Commission scolaire des Chênes, ementa, bem como §§ 53, 56, 57, 58, 50, 51, 52 e 53 (CANADÁ, 2021f, p. 237-238 e 260-262).

robustecidos invertendo-se o ônus da prova, de maneira que, sem adentrar o mérito da comprovada ou não sinceridade do jurisdicionado, quanto à crença ou prática de ordem religiosa a que se reporta em sua causa de pedir (aferição judicial dotada de elevada carga de subjetividade), coubesse ao ente estatal requerido desincumbir-se do múnus probatório:

(a) de comprovar em juízo que a sua mitigação da liberdade de religião mostrou-se idônea à finalidade constitucional e legal a ela relacionada, isto é, apropriada para familiarizar os alunos da educação básica, máxime do ensino secundário local, com a diversidade religiosa e cultural do Canadá, em especial da Província do Quebec, e propiciar-lhes embasamento filosófico mínimo para realizarem escolhas éticas judiciosas, dotadas de razoabilidade e compatíveis com os direitos humanos, a dignidade da pessoa humana e a coexistência em uma sociedade cada vez mais plural sob os prismas cultural e religioso;

(b) e, por outro lado, de comprovar perante o Poder Judiciário que essa restrição à liberdade de religião dos pais dos estudantes secundaristas consistiu em medida estatal indispensável ao fomento e alcance desse fim constitucional e legal, o que significa demonstrar não só a imprescindibilidade do projeto pedagógico, inclusive das diretrizes curriculares, da metodologia e dos recursos didáticos adotados, como também a condição *sine qua non* do cariz compulsório, e não facultativo, do Programa de Ética e Cultura Religiosa do Ministério da Educação, do Lazer e do Desporto do Quebec, ou seja, nessa ordem de ideias, incumbiria à Fazenda Pública comprovar em juízo a ausência, no caso concreto, de medidas estatais igualmente adequadas e menos intrusivas à liberdade religiosa, o que implica trazer à baila elementos probatórios consistentes, segundo os quais não seria possível, diante das necessidades educacionais impostas pela diversidade religiosa e cultural canadense e quebequiana, quer adotar um programa pedagógico de conteúdo menos intrusivo da liberdade religiosa dos pais, quer extingui-lo, quer substituí-lo pelo ensino facultativo de questões éticas, culturais e religiosas, quer adotar um programa alternativo, com foco em direitos humanos.

Ao mesmo tempo, em uma perspectiva mais ampla e global, o caso *L. v. Commission scolaire des Chênes* serve de semente de reflexão se as sociedades contemporâneas, como se percebe na Austrália, na África do Sul, na Índia, no Brasil, no Canadá, nos Estados Unidos e na Europa Ocidental, caracterizadas pela diversidade de vivências e doutrinas espirituais, deveriam adotar, como padrão, o ensino obrigatório, nas escolas públicas, de temas religiosos com enfoque laico e multiculturalista, tendo-se em mira não só o mister de apresentar ao alunato a realidade de uma paisagem humana e social mais pluralista que aquela encontrada em sua comunidade religiosa e círculo familiar, como também o imperativo de que os alunos da educação básica adquiram formação humanística para que

assimilem informações, construam conhecimentos e desenvolvam habilidades que lhes permitam ter discernimento, para não reproduzirem discursos, crenças e mentalidades modeladas pelas múltiplas expressões de radicalização e intolerância que se observa, na atualidade, em diversos segmentos religiosos, fenômeno ilustrado pelo crescimento do islamismo fundamentalista puritano e do antissemitismo em países europeus e da perseguição no Brasil, por adeptos de religiões evangélicas neopentecostais, a templos e sacerdotes de religiões de matriz africana, principalmente a umbanda e o candomblé.

7 REFERÊNCIAS

BLACK, Henry Campbell; NOLAN, Joseph R.; NOLAN-HARLEY, Jacqueline M.; CONNOLY, M. J.; HICKS, Stephen C.; ALIBRANDI, Martina N. **Black's Law Dictionary**. St. Paul: West, 1990. 1.657 p.

CANADÁ. **Constitution Act, 1867**. Disponível em: <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/fulltext.html>>. Acesso em: 25 jan. 2021a.

CANADÁ. Constitution Act, 1982. **Canadian Charter of Rights and Freedoms**. Disponível em: <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-15.html>>. Acesso em: 25 jan. 2021b.

CANADÁ. **Loi Constitutionnelle de 1867**. Disponível em: <<https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/Const//page-4.html#docCont>>. Acesso em: 25 jan. 2021c.

CANADÁ. Loi Constitutionnelle de 1982. **Charte canadienne des droits et libertés**. Disponível em: <<https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/const/page-15.html>>. Acesso em: 25 jan. 2021d.

CANADÁ. Supreme Court of Canada. **Loyola High School v. Quebec (Attorney General)** – 2015 SCC 12 – [2015] 1 SCR 613 – 2015-03-19. Report: [2015] 1 SCR 613. Case number: 35201. Judges: McLachlin, Beverley; LeBel, Louis; Abella, Rosalie Silberman; Rothstein, Marshall; Cromwell, Thomas Albert; Moldaver, Michael J.; Karakatsanis, Andromache. On appeal from: Quebec. Subjects: Administrative law; Constitutional law. Between: Loyola High School and John Zucchi Appellants and Attorney General of Quebec Respondent – and – Canadian Council of Christian Charities, Evangelical Fellowship of Canada, Christian Legal Fellowship, World Sikh Organization of Canada, Association of Christian Educators and Schools Canada, Canadian Civil Liberties Association, Catholic Civil Rights League, Association des parents catholiques du Québec, Faith and Freedom Alliance, Association de la communauté copte orthodoxe du grand Montréal, Faith, Fealty and Creed Society, Home School Legal Defence Association of Canada, Seventh-day Adventist Church in Canada, Seventh-day Adventist Church — Quebec Conference, Corporation archiépiscopale catholique romaine de Montréal and Archevêque catholique romain de Montréal Intervenors. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/nav_date.do>. Acesso em: 23 jan. 2021e.

CANADÁ. Supreme Court of Canada. **S.L. v. Commission scolaire des Chênes** – 2012 SCC 7 – [2012] 1 SCR 235 – 2012-02-17. Case number: 33678. Judges: McLachlin, Beverley; Binnie, William Ian Corneil; LeBel, Louis; Deschamps, Marie; Fish, Morris J.; Abella, Rosalie

Silberman; Charron, Louise; Rothstein, Marshall; Cromwell, Thomas Albert. On appeal from: Quebec. Subjects: Administrative law; Constitutional law. Between: S.L. and D.J. Appellants and Commission scolaire des Chênes and Attorney General of Quebec Respondents – and – Christian Legal Fellowship, Canadian Civil Liberties Association, Coalition pour la liberté en éducation, Evangelical Fellowship of Canada, Regroupement Chrétien pour le droit parental en éducation, Canadian Council of Christian Charities, Fédération des commissions scolaires du Québec and Canadian Catholic School Trustees' Association Intervenors. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/nav_date.do>. Acesso em: 23 jan. 2021f.

GARNER, Bryan A. **A Dictionary of Modern Legal Usage**. 2nd. ed. New York: Oxford, 1995. 953 p.

HOGG, Peter W. The Role of a Chief Justice in Canada. **Queen's Law Journal**, Kingston, v. 19, n. 1, p. 248-260, jan. 1993-dec. 1994.

MARTIN, Elizabeth A. **A Dictionary of Law**. 5th. ed. New York: Oxford, 2003. 552 p.

OGILVIE, Margaret. What's Sincerity Got to Do with It? Freedom of Religion in Canada. **Ecclesiastical Law Journal**, London, v. 14, n. 3, p. 417-425, Sep. 2012. DOI: 10.1017/S0956618X12000403.

QUEBEC. **An Act to amend various legislative provisions of a confessional nature in the education field**. Sanction: June 16, 2000. Disponível em: <<http://m.assnat.qc.ca/en/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-118-36-1.html>>. Acesso em: 23 jan. 2021a.

QUEBEC. **An Act to amend various legislative provisions respecting education as regards confessional matters**. Sanction: June 17, 2005. Disponível em: <<http://m.assnat.qc.ca/en/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-95-37-1.html>>. Acesso em: 23 jan. 2021b.

QUEBEC. **Basic school regulation for preschool, elementary and secondary education (2000)**. Updated to 1 August 2020. Disponível em: <<http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cr/i-13.3,%20r.%208>>. Acesso em: 23 jan. 2021c.

QUEBEC. **Charte des droits et libertés de la personne (1975)**. À jour au 1er septembre 2020. Disponível em: <<http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cr/i-13.3,%20r.%208>>. Acesso em: 23 jan. 2021d.

QUEBEC. **Charter of human rights and freedoms (1975)**. Updated to 1 September 2020. Disponível em: <<http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cr/i-13.3,%20r.%208>>. Acesso em: 23 jan. 2021e.

QUEBEC. **Education Act**. Disponível em: <<http://www.legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/i-13.3>>. Acesso em: 5 fev. 2021f.

QUEBEC. **Loi modifiant diverses dispositions législatives dans le secteur de l'éducation concernant la confessionnalité**. Sanction: 16 juin 2000. Disponível em: <<http://m.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-118-36-1.html>>. Acesso em: 23 jan. 2021g.

QUEBEC. **Loi modifiant diverses dispositions législatives de nature confessionnelle dans le domaine de l'éducation**. Sanction: 17 juin 2005. Disponível em: <<http://m.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-95-37-1.html>>.

qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-95-37-1.html>. Acesso em: 23 jan. 2021h.

QUEBEC. **Loi sur l'instruction publique**. Disponível em: <<http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/pdf/cs/I-13.3.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2021i.

QUEBEC. **Régime pédagogique de l'éducation préscolaire, de l'enseignement primaire et de l'enseignement secondaire (2000)**. À jour au 1^{er} août 2020. Disponível em: <<http://www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cr/I-13.3,%20r.%208#:~:text=L'enseignement%20primaire%20s'organise,%C3%A9tend%20sur%203%20ann%C3%A9es%20scolaires>>. Acesso em: 23 jan. 2021j.

Revista Jurídica Unigran

Recebido em: 08.02.2021

Aceito em: 14.05.2021

A COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS PREVISTOS EM TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

*The common competence of the Union, States,
Federal District and Municipalities in implementing
public policies for the protection of human rights
provided for in international human rights treaties*

Roberta Tuna Vaz dos Santos¹

RESUMO

Os tratados e convenções internacionais, como fontes do Direito Internacional positivo, ganharam maior notoriedade no Brasil a partir da ratificação da Convenção de Viena, porém já se observava uma maior interação do Direito Internacional e do Direito Interno desde a Constituição Federal do Brasil de 1988. Por sua vez, os tratados de direitos humanos encontraram tratamento constitucional específico, alguns alçados à categoria de Emenda Constitucional e, outros, por decisão do Supremo Tribunal Federal, a norma de estatuto supralegal, tornando mais evidente a luta para conquista e preservação dos direitos humanos decorrentes das necessidades sociais e individuais inerentes à dignidade humana. Nesse contexto, as políticas públicas de direitos humanos devem levar em conta a realidade brasileira e os compromissos de cooperação internacional assumidos pelo Brasil. Como corolário do presente estudo, analisaremos a competência das unidades federativas responsáveis pela elaboração de políticas públicas para a implementação e executoriedade dos compromissos assumidos internacionalmente pelo

ABSTRACT

International treaties and conventions, as sources of positive international law, have gained greater notoriety in Brazil since the ratification of the Vienna Convention, but greater interaction between international law and domestic law has already been taking place since the enactment of Brazil's 1988 Federal Constitution. However, human rights treaties found specific constitutional treatment, some raised to the category of Constitutional Amendment and others, by decision of the Supreme Federal Court, to that of norms with supralegal status, making the struggle for the conquest and preservation of human rights resulting from the social and individual needs inherent to human dignity more evident. In this context, human rights public policies must take into account the Brazilian reality and the international cooperation commitments assumed by Brazil. As a corollary of the present study, we will analyze the competence of the federative units responsible for the definition of public policies for the implementation and enforceability of the international commitments made by Brazil in the protection of human

1 Mestranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento Social pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (SP) – PUC-Campinas. Pós- graduada em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade Metropolitana de Ribeirão Preto (SP). Graduada em Direito pela Universidade Católica de Santos (SP) – UNISANTOS. E-mail: roberta@bvlaw.com.br

Brasil na proteção dos direitos humanos considerando a posição normativa desses documentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

rights considering the normative position of these international documents in the Brazilian legal system.

Palavras-chave

Tratados internacionais; direitos humanos; políticas públicas; competência federativa.

Keywords

International treaties; human rights; public policies; federative competence.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os tratados internacionais; 1.1 A hierarquia dos tratados internacionais no Brasil; 2 A competência material da União, estados, Distrito Federal e municípios; 3 Conclusão; 4 Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 International Treaties; 1.1 The hierarchy of international treaties in Brazil; 2 The material competence of the Union, States, Federal District and Municipalities; 3 Conclusion; 4 References.*

1. INTRODUÇÃO

O Direito Internacional desempenha papel fundamental no ordenamento jurídico interno dos países, alçando-os a patamares mais elevados na ordem judicante mundial, especialmente os Estados alicerçados em um universo jurídico positivado. As normas de Direito Internacional, sejam elas positivadas ou não, são cunhadas pelo mais alto nível hierárquico dentro do sistema jurídico internacional.

São alvo de grandes discussões doutrinárias as relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno, principalmente com o escopo de estudar e estabelecer a hierarquia do Direito Internacional frente ao Direito Interno estatal, cabendo solucionar as situações de conflitos existentes entre as normas decorrentes desta relação. Vetustas são essas discussões que se alastram até os dias atuais face sua extrema relevância, vez que objetivam solucionar a questão da eficácia e aplicabilidade do Direito Internacional na ordem jurídica interna dos Estados.

Cabem aos Estados, portanto, utilizarem suas Constituições como instrumento de acoplamento da ordem interna à externa, o que vai além da eterna contenda entre monistas e dualistas sendo relevante o desenvolvimento de discussões acerca da previsão constitucional da proteção dos direitos humanos e da relação entre a Constituição e o Direito Internacional. Nesse cenário, também é importante a atuação dos magistrados no que toca a defesa do controle de convencionalidade como instrumento protetivo dos direitos humanos.

O Brasil, ao acolher a prevalência dos direitos humanos em suas relações

internacionais, reconhece também a existência de limites à soberania do Estado, eis que submetida às regras jurídicas, tendo como foco a luta para a promoção e preservação dos direitos humanos. Assim, rompe-se com a concepção clássica de soberania estatal absoluta, relativizando-a em benefício da dignidade da pessoa humana condizente com o Estado Democrático de Direito protegido pela Constituição Federal.

Sob esse enfoque, o objetivo do presente artigo é identificar a competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios quanto à implementação de políticas públicas de proteção aos direitos humanos previstos nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Abriremos dois itens, cada um deles trazendo um dos protagonistas deste estudo: o primeiro versando sobre tratados internacionais e o segundo acerca da competência material da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que se refere aos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Analisaremos a doutrina e jurisprudência pátrias, além das próprias fontes normativas nacionais e estrangeiras atinentes ao tema, buscando trazer ao estudo as posições mais sedimentadas, com o escopo de contribuir com a compreensão acerca da competência dos entes federativos na implementação das políticas públicas destinadas a salvaguardar os direitos humanos prescritos pelos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil.

No item 2, apresentaremos o conceito de tratados internacionais trazido da Convenção de Viena, que rege os acordos de Direito Internacional, observando os princípios universais do livre consentimento, da boa fé e do *pacta sunt servanda*.

Não adentraremos na especificação entre os termos utilizados para diferenciar os instrumentos internacionais tais como convenção, protocolo, pacto, carta e declaração, pois o direcionamento deste artigo está relacionado aos documentos que possuem força normativa e que, no Brasil, passam pelo processo legal de incorporação.

Abordaremos, no item **2.1**, a hierarquia normativa dos tratados internacionais no Brasil sob à luz da teoria tripla sustentada pelo Supremo Tribunal Federal, lembrando que esse tribunal é que detém a última palavra a respeito da interpretação constitucional, tomando como exemplo o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP, em 03 de dezembro de 2008, em que o Ministro Relator Cezar Peluso atribuiu estatuto supralegal aos tratados e convenções de direitos humanos não incorporados como emenda constitucional.

Por derradeiro, no item **3** trataremos do objetivo precípuo do presente artigo, que é identificar a competência material da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, quando o assunto é o implemento dos tratados firmados internacionalmente pelo país na proteção dos direitos humanos.

2. OS TRATADOS INTERNACIONAIS

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) é um tratado de Direito Internacional adotado pela Comissão de Direito Internacional (CDI) em 1969, com entrada em vigor somente 11 anos depois (1980)², que estabelece as regras comuns para a assinatura de tratados entre os Estados. Por esse motivo, é conhecida como o “tratado dos tratados”. No Brasil, essa convenção foi promulgada pelo Decreto 7.030/2009.

Para a CVDT, “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica” (*art. 1º*)³.

Do conceito acima, retiram-se os três elementos básicos relacionados aos tratados internacionais, quais sejam, a formalização em documento escrito, a celebração entre sujeitos de direito internacional público (Estados ou organizações internacionais) e a capacidade de produzir efeitos jurídicos.

Nos ensinamentos de Celso de Mello, os tratados são considerados atualmente a fonte mais importante do Direito Internacional, não só devido à sua multiplicidade, mas também porque geralmente as matérias de maior relevo são regulamentadas por eles. Por outro lado, o tratado é hoje considerado a fonte de Direito Internacional mais democrática, porque há participação direta dos Estados na sua elaboração ⁴

Nessa ordem de raciocínio e em seara mais específica, os tratados internacionais de direitos humanos são a maior fonte do “Direito Internacional dos Direitos Humanos”⁵, sendo este um campo do Direito recente, que emergiu do cenário pós-guerra e veio socorrer os cidadãos das barbáries cometidas pelo nazismo, stalinismo e as duas bombas atômicas lançadas pelos EUA em Hiroshima e Nagasaki.

2 A Convenção de Viena sobre Tratados demandou muitos esforços para encontrar um consenso entre os Estados participantes, sem contar que durante seu desenrolar, diversos países foram surgindo. Somente entrou em vigor quando atingiu o número mínimo de 35 ratificações, exigida em seu artigo 84.

3 A Convenção estabelece como “tratado” apenas os acordos escritos. Logo, negociações firmadas de qualquer outro modo são inválidas. Outro ponto relevante é o que consta no artigo 1, letra “a”, a CVDT abrange apenas tratados entre países, não valendo para acordos entre organizações internacionais ou entre estas e um país.

4 MELLO, Celso D. Albuquerque. Curso de direito internacional público. p.200.

5 “O ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos’ surge, assim, em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial e seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas, se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.” Flávia Piovesan. **Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos**. Jurisprudência do STF. Disponível em <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/piovesan-tratados.pdf>.

2.1 A hierarquia dos tratados internacionais no Brasil

Diz a Constituição Federal atual, em seu artigo 84, inciso VIII, que é de competência do privativa do Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. Por seu turno, o artigo 49, inciso I, ao tratar da competência do Congresso Nacional, quando exercida sem a sanção do Presidente da República, estatui que tais instrumentos internacionais se submetem à prévia aprovação do Poder Legislativo. Por conseguinte, a Constituição de 1988 exigiu, para a celebração desses instrumentos internacionais, o esforço conjunto de atos dos Poderes Executivo e Legislativo.

No Brasil, todo tratado internacional, para ser fonte de direito interno, deve ser previamente aprovado pelo Congresso Nacional por meio de Decreto Legislativo e segue para a ratificação, ou não, pelo Presidente da República, em observância à soberania⁶ nacional. Após a promulgação e publicação dos tratados internacionais⁷, estes passam a incorporar o direito interno no mesmo nível das leis ordinárias, excetuando-se os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que, se aprovados na forma do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal⁸, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, serão equivalentes às emendas constitucionais e, se incorporados como leis ordinárias, assumirão o estatuto supralegal, nos termos do que o STF decidiu no RE 466.343-1/SP, de 03 de dezembro de 2008.

É inegável, portanto, a relevância da proteção aos direitos humanos na ordem jurídica nacional e internacional. Por isso, como faz parte da maioria das agendas globais de direitos humanos, o legislador houve por bem alçar esses tratados à categoria constitucional e o STF assegurou, no mínimo, estatuto supralegal a eles. Isso porque o Direito Internacional dos Direitos Humanos não é voltado apenas para satisfazer aos interesses estatais, mas também dos indivíduos, quer de forma coletiva, quer de forma isolada.

A questão sobre a hierarquia normativa dos tratados internacionais foi e ainda é objeto de opiniões diversas. Porém, de acordo com a posição sedimentada pelo STF, os

6 Nos entendimentos de René Dellagèze, soberania é o Poder ou autoridade suprema. É a propriedade que tem um Estado de ser uma Ordem Suprema que não deve sua validade a nenhuma ordem superior. **(Soberania – O Quarto Poder do Estado.** Taubaté: Cabral, 2011.p.36).

7 Em decisão proferida pelo STF no Agravo Regimental em Carta Rogatória 8.279-4 (República Argentina), de 17 de junho de 1998, ficou assentado que a incorporação de tratado ou convenção internacional exige, primeiro, a assinatura pelo Chefe do Executivo nacional. Após esse ato, exige a ratificação pelo Congresso Nacional mediante Decreto-legislativo, o depósito do documento de ratificação na respectiva organização internacional (o que inicia a vigência e consequente responsabilidade internacional do Estado) e, por fim, a promulgação e publicação do texto no Diário Oficial, quando o texto passa a ter vigência interna e vincular internamente o Estado e os particulares.

8 Art. 5º, § 3º, da Constituição Federal: “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”.

tratados internacionais passaram a ter três hierarquias distintas: (i) - são equivalentes às emendas constitucionais, os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (art. 5º, §3º, da CF). Atualmente temos apenas três, sendo eles a CDPC, seu Protocolo Facultativo e o Tratado de Marraqueche⁹; (ii) - os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, aprovados pelo procedimento ordinário, têm estatuto supralegal. Nesse caso, situam-se abaixo da Constituição Federal e acima da legislação ordinária (art. 47, da CF); (iii) – com o estatuto de lei ordinária, ficam os tratados e convenções internacionais que não versem sobre direitos humanos.

A promulgação pelo Brasil da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e seu protocolo facultativo (por meio do Decreto 6.949/09), inaugura a forma constitucional insculpida pelo parágrafo 3º (art. 5º, CF), sendo o primeiro instrumento internacional que recebeu o *status* de Emenda Constitucional¹⁰.

Adentrando aos compromissos assumidos pelo Brasil quando de incorporação de um tratado ou outro compromisso internacional, a obrigatoriedade de cumprimento funda-se, precipuamente, no princípio do “*pacta sunt servanda*”. Na mesma ordem de ideias, o descumprimento de tais compromissos, a prática de atos ilícitos, ou ainda a prática de atos (ou omissão) em desconformidade com as normas internacionais incorporadas, gera responsabilização do ente violador.

De se notar que a responsabilidade internacional constitui um princípio fundamental do Direito Internacional Público, cujo objetivo **é estabelecer um critério** mínimo de justiça, mantendo a estabilidade da relação pacífica entre os Estados Partes, indicando sanções com o escopo de reforçar o cumprimento da obrigação assumida pelo Estado. Além disso, essa responsabilidade internacional não está direcionada apenas aos Estados soberanos, ocorrendo também a fiscalização e conseqüente responsabilização das transgressões aos direitos humanos também nas relações havidas com as pessoas (jurídicas e físicas) sujeitas à jurisdição dos seus respectivos Estados soberanos. Em outros termos, a responsabilização internacional pelo descumprimento de um tratado, seja esse descumprimento empreendido por um ente público ou privado, estará destinada sempre à responsabilidade internacional do Estado, pois apenas o Tribunal Penal Internacional analisa responsabilidade de particulares e, ainda assim, somente dos Estados que se submetem ao crivo deste Tribunal. Por outro lado, considerando que, no Brasil, os tratados internacionais são incorporados ao ordenamento jurídico e valem como direito

9 O Tratado de Marraqueche foi firmado com o objetivo de facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para ter acesso ao texto impresso. Assinado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013. Aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 261/2015. Promulgado pelo Presidente da República por meio do Decreto nº 9.522/2018.

10 Decreto nº 6949 (planalto.gov.br).

interno também, os particulares podem ser responsabilizados, pelas instituições internas de justiça, pelo descumprimento desses deveres.

Em que pese o Brasil ser um participante ativo e ator relevante na sociedade internacional, firmando diversos tratados internacionais (e convenções importantes), a eficácia dessas normas é fragilizada principalmente pela atuação ineficiente do Poder **Público** em reconhecer sua relevância normativa e real necessidade de ações serem concretizadas, relegando a adesão a estes tratados, muitas vezes, à mera promessa e intenção.

À guisa de exemplificação, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) publicou em 12 de fevereiro de 2021 o seu relatório sobre a “Situação dos Direitos Humanos no Brasil”, fazendo uma análise abrangente do país até dezembro de 2019, apontando o lapso temporal de 23 anos desde a primeira visita ao Brasil. Assim foi relatado:

Em especial, a CIDH vê com preocupação a retração das instituições de democracia participativa, em especial os Conselhos, Comitês e Comissões em áreas importantes para os direitos humanos, que vêm sendo desativados, enfraquecidos e estigmatizados pelo Estado. Tais órgãos, ainda que em geral de natureza consultiva, tiveram importância capital na formulação de políticas públicas sensíveis às necessidades de grupos historicamente excluídos e no amadurecimento democrático do país.¹¹

3. A COMPETÊNCIA MATERIAL DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS

Ultrapassada a premissa de que as regras previstas nos documentos internacionais e nas orientações das organizações, quando ratificadas pelo Brasil, obrigam as instâncias administrativas e legislativas da Federação, cabe estabelecer o caminho para a efetividade de seu cumprimento, que deve acontecer em qualquer instância jurisdicional e na formulação de políticas públicas.

A questão se desloca para a identificação da esfera de poder Estatal responsável pela elaboração de políticas públicas para fazer frente à implementação e executoriedade dos compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil na proteção dos direitos humanos.

Os direitos humanos encontram-se dispostos em algumas passagens no texto

11 Inter-American Commission on Human Rights. **Situação dos direitos humanos no Brasil**: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. P. 190. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>.

Constitucional¹², a maioria delas incorporadas após a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, porém já era alçado como princípio norteador das relações internacionais da República Federativa do Brasil (art. 4º, II e art. 5º, § 2º, ambos da Constituição Federal) quando da entrada em vigor da Carta Constitucional de 1988¹³.

Na medida em que o tratado internacional, para ter executoriedade interna, precisa ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do que dispõe a Constituição e a jurisprudência do STF, uma vez havida tal incorporação, o tratado passa a vincular também os particulares e todos os entes federativos. Isso se deve ao fato de que, no Brasil, o documento internacional que, nessa condição, gera responsabilidade internacional ao Estado perante a comunidade internacional, nos termos do artigo 1º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, é também documento de direito interno na medida em que tiver sido incorporado ao ordenamento jurídico, e só assim poderá ter executoriedade. Essa exigência gera responsabilidade interna perante os órgãos e poderes do Estado e dos entes federados, bem como perante os particulares, já que o Direito Internacional e o Direito Interno devem interagir para o cumprimento dos objetivos firmados.

Soma-se a isso o fato de que, para algumas matérias, o artigo 23 da Carta Magna ter fixado competência comum entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

(...)

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;”

(...)

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

Assim sendo, se por um lado é verdade que todos os tratados de direitos humanos devem ser observados e respeitados por todos os entes federados, alguns deles, por terem

12 Art. 4º, inciso II; art. 5º, § 3º; 109, inciso V e § 5º; art. 134; art. 7, do ADCT.

13 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é conhecida como “Constituição Cidadã”. Ela contempla artigos que reconhecem a dignidade da pessoa humana, o estabelecimento de uma sociedade livre e justa e a proteção aos Direitos Humanos. Dalmo Dallari ressalta que e. “Houve condições para dar ao Brasil uma Constituição democrática e comprometida com a supremacia do direito e a promoção da justiça e isso foi feito pelos constituintes”. O Brasil rumo à sociedade justa in SILVEIRA, R. M. G. et al. **Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos**, p. 29.

relação direta com as competências comuns previstas na Constituição, desencadeiam deveres imediatos e muito mais concretos, a exemplo dos deveres de acessibilidade previstos na Convenção sobre o Direito da Pessoa com Deficiência à luz do inciso II do referido artigo 23.

Do exposto, podemos observar que a partir do momento que um tratado internacional de direitos humanos é incorporado pelo país, todos os entes federativos, nos termos do artigo 23 da Constituição e como consequência da própria lógica da incorporação, estão, não só legitimados, mas também comprometidos a zelar pela conquista e preservação dos direitos humanos, por meio da atuação dos três poderes governamentais, identificando os problemas, criando agendas, normas, implementando políticas **públicas** e avaliando os resultados.

Conclui-se, por ausência de terminologia específica, que a competência retratada nos artigos 21 (exclusiva da União) e 23, é a material (também cumulativa e paralela), já que para os artigos 22, 24 e 30 ficou explicitado que a competência é legislativa. A competência comum, por conseguinte, é aquela na qual se atribui a todos os entes federativos a execução de uma relação de atividades ou serviços.

Acena da competência comum, José Afonso da Silva sedimenta atuação conjunta de mais de uma entidade federativa, “sem que o exercício de uma venha a excluir a competência de outra”¹⁴, enquanto na competência concorrente haveria primazia da União em relação às normas gerais (art. 24 e seus parágrafos). Todavia, esse posicionamento é questionado frente à possibilidade de conflito no exercício da competência comum, se, por acaso, houver legislação dissonante embasada pelo artigo 24 (legislação concorrente).

Na competência comum também se denota a possibilidade de conflitos derivados da concorrência administrativa, já que cada unidade federativa deve observar seus próprios limites territoriais. Não cabe, pois, um Município ter competência para executar atividades no território de outro. Bem por isso é que o legislador constituinte previu, no parágrafo único do artigo 23, a edição de leis complementares¹⁵ destinadas à fixação de “normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”.

Essa delegação político administrativa aos entes da Federação (descentralização de poderes) é imprescindível para a efetivação da soberania e preservação do Estado de Direito, o que pode ser mais detalhado nas palavras de Fernanda Almeida¹⁶:

14 SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**, p. 479.

15 Inicialmente a previsão era da edição de uma lei complementar, mas a Emenda Constitucional nº 53/2006 alterou o critério e passou a prever leis complementares.

16 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**, p. 14.

A divisão em pequenas unidades estatais oferece a possibilidade de uma compreensão consciente e participação, no problema, que, por sua vez, é uma condição para a participação adequada nos problemas do conjunto. Entre os Municípios e a União, os Estados constituem uma construção estatal que abarca o pequeno em uma unidade maior e por meio dela participa da configuração geral. Desse modo, a construção do Estado Federal dá forma a uma importante condição da democracia.

Todavia, a harmonia entre as unidades federativas existente na Carta Constitucional no que concerne à competência material, reforçada pela possibilidade de criação de leis complementares (art. 23, parágrafo único, CF), é enfraquecida não só pela dificuldade na fiscalização e distribuição de receitas entre os entes federados, como também a própria falta de interesse na realização de políticas públicas, ainda que o tema dos direitos humanos acabe ficando relegado às discussões doutrinárias e legislativas.

De outro turno, o ponto mais benéfico desta competência comum é reunião de esforços entre o governo federal e as instâncias subnacionais, inclusive da sociedade civil, na efetiva participação em processos de planejamento e desenvolvimento de políticas públicas de combate à pobreza, discriminações de gênero, raça e classe social, violência contra mulheres, idosos, crianças e pessoas com deficiência, entre outras questões sociais não menos importantes do que estas listadas.

Em decorrência da organização política trazida pela Constituição de 1988¹⁷ pautada no princípio da descentralização política, o município alcançou o mesmo status político dos demais entes da federação, que implica em reconhecer que não há hierarquia, nem subordinação entre eles. É dessa igualdade esculpida pelo artigo 23 que se depreende a idêntica responsabilidade dos entes da federação¹⁸ em envidar esforços para cumprir os compromissos firmados nos tratados internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil.

De rigor se destacar que parte importante do arcabouço jurídico do país que trata dos direitos humanos foi impulsionada pela ratificação de tratados internacionais nessa área. Tome-se como exemplo a Lei Brasileira de Inclusão¹⁹ que teve como ponto basilar

17 O artigo 18 da Constituição Federal estabelece que “a organização político-administrativa da República federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

18 Há que se destacar duas vertentes resultantes desta igualdade de responsabilidades, que se afluíram com a Constituição Cidadã. A primeira é o fortalecimento do poder local (municipal) no enfrentamento dos problemas de sua população, em especial o mapeamento e identificação das vulnerabilidades, com maior propriedade e conhecimento histórico. Noutro turno, a segunda é que os municípios foram, ano após ano, compelidos a prestar cada vez mais serviços que eram executados pelos outros entes federativos, sem que, para isso, tenham a mesma igualdade (ainda que de forma proporcional) na repartição de recursos.

19 Lei 13.146 de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência²⁰.

Como observado, os tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário integram nosso ordenamento jurídico interno ao serem aprovados pelo Congresso Nacional e promulgados pelo Presidente da República, cabendo ao Estado estabelecer mecanismos de criação e proteção destes direitos através do implemento de políticas públicas decorrentes da cooperação internacional.

Nesta ordem de ideias, os tratados internacionais de Direitos Humanos direcionam os Estados Partes, mediante a criação de conceitos, estipulação de direitos e deveres, os quais devem inspirar a implementação de políticas públicas de criação e proteção de direitos humanos.

Podemos citar como exemplo o conceito de desenho universal trazido pelo artigo 2º (definições) da Convenção de Nova Iorque²¹, que significa a concepção de produtos, ambiente, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico. Seguindo essa linha, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (também chamada e Lei Brasileira de Inclusão - LBI) exige observância de desenhos universais na construção de hotéis e pousadas, em seu artigo 45, que dita que “os hotéis, pousadas e similares devem ser construídos observando-se os princípios do desenho universal, além de adotar todos os meios de acessibilidade, conforme legislação em vigor.”

Segue-se, então, à atuação do Estado, promovendo os direitos individuais e sociais através de políticas públicas de inclusão dos mais vulneráveis. Essa atuação e responsabilidade Estatal, como já visto, é de todos os entes da federação, que devem atuar em conjunto para atender as políticas públicas.

4. CONCLUSÃO

Os tratados internacionais de Direitos Humanos podem versar sobre uma vasta gama de temas, dentre os quais destacamos (não por relevância, mas por casualidade), refugiados e migrantes, identificação de gênero, liberdade, pessoa com deficiência (PcD), idosos, crianças, racismo, sendo imprescindível aos Estados membros manter a constância na discussão das agendas internacionais. E, dessas discussões, devem fazer parte também todos os entes internos da federação e a sociedade civil **já que, na maioria das vezes**, os tratados internacionais de Direitos Humanos resultam em diretrizes a serem

20 Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.

21 Como também é denominada a Convenção Sobre Direitos da Pessoa com Deficiência.

adotadas, por exemplo, pelos municípios, bem como por organizações do setor privado que trabalham com desenvolvimento humano sustentável.

A descentralização, autonomia e igualdade entre os entes federativos impulsionadas pela Constituição Federal de 1988, têm como direcionamento a consolidação de um sistema de promoção e proteção dos direitos humanos, quer decorrente da ordem jurídica nacional, quer decorrente dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Essa descentralização impacta diretamente na gestão pública ligada às questões de direitos humanos, em que União, Estados, Distrito Federal e Municípios tangenciam suas responsabilidades, o que é demonstrado principalmente pela falta de instrumentalização de políticas públicas.

Não é difícil reconhecer que responsabilização pela carência de políticas públicas voltadas aos direitos humanos recai majoritariamente sobre os Municípios, por serem a unidade administrativa mais próxima da população. Poucas são as prefeituras que possuem um órgão gestor específico de proteção aos direitos humanos, que a possibilitem acompanhar a população mais de perto os grupos vulneráveis e carentes de proteção especializada.

A “situação dos direitos humanos no Brasil” retratada pelo relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) de 2021, é a de que o Brasil se dedicou à construção de instituições voltadas à proteção de direitos humanos, porém as autoridades e instituições responsáveis permaneceram inertes quanto à implementação de políticas públicas dentro do aparato Estatal. Forçoso concluir que, em que pese ser um dos objetos da descentralização administrativa a obtenção de maior alcance na esfera protetiva, observamos que o Brasil está longe de alcançar seu objetivo, não só pela escassez orçamentaria, como também pela omissão de todos os entes da federação na instrumentalização dos compromissos internacionais assumidos no âmbito dos direitos humanos.

4. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15/04/2021.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto Nº 6.949**, de 25 de agosto de 2009 – Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo facultativo, assinado em Nova York, em 30 de março de 2007. Organização das Nações Unidas – ONU

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 7.030**, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em 15/04/2021.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 9.522**, de 08 de outubro de 2018. Promulga o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9522.htm. Acesso em 15/04/2021.

BRASIL. **Lei n. 13.146**, de 6 de jul. de 2015. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em 24/05/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 109/STF**. De 4 a 8 de maio de 1998. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo109.htm>. Acesso em 04/05/2021.

DALLARI, Dalmo. O Brasil rumo à sociedade justa. *in* SILVEIRA, R. M. G. *et al.* **Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos**. João Pessoa: Editora Universitária, 2007.

DELLAGNEZZE, René. **Soberania**. O Quarto Poder do Estado. Taubaté: Cabral, 2011.

INTER-AMERICAM Commission of Human Rights. **Situação dos direitos humanos no Brasil**: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. OEA/Ser.L/V/II. Doc.9/21

MELLO, Celso D. Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: EDUFRN, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. Jurisprudência do STF**. Disponível em <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/piovesan-tratados.pdf>. Acesso em 22/04/2021.

PORTELA, Paulo. **Direito Internacional Público e Privado**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 09.06.2021

Aceito em: 16.07.2021

EDUCAÇÃO CARCERÁRIA PARA OS OPRIMIDOS: POLÍTICA PÚBLICA AFIRMATIVA DE (RES)SOCIALIZAÇÃO PARA OS APENADOS?

Prison education for the oppressed: a positive public politics for the (re)socialization of inmates?

Eliel dos Santos de Carvalho¹

Cecilio Argolo Junior²

Francisco Josivan Ferro Ferreira³

Liliane Amaral Janguê Bezerra Diniz⁴

RESUMO

Este estudo tem por objetivo destacar a importância da educação como importante pilar de sustentação para a (res)socialização dos apenados. Como disciplinado na Constituição da República (1988), é assegurado à essa população o respeito a sua integridade física e moral. A educação é um importante instrumento libertador que oferece aos indivíduos a possibilidade de crescimento pessoal e profissional. Entretanto, o sistema educacional dos presídios brasileiros é deficiente e implementar medidas educativas configura-se como um dos maiores desafios do Estado, por configurar-se, a prisão, uma forma de punição. O estudo foi construído a partir de revisão de literatura seguindo o teor metodológico qualitativo, descritivo e explicativo.

Palavras-chave

Educação. Prisão. Políticas sociais afirmativas. Ressocialização. Apenados.

ABSTRACT

This study aims to highlight the importance of education as an important pillar of support for the (re)socialization of inmates. As qualified in the Constitution of the Republic (1988), this population is assured of respect for their physical and moral integrity. Education is an important liberating instrument that offers individuals the possibility of personal and professional growth. However, the educational system of Brazilian prisons is deficient and implementing educational measures is one of the biggest challenges of the State, because prison is configured as a form of punishment. The study was constructed from a literature review following the qualitative, descriptive and explanatory methodological content.

Keywords

Education. Prison. Positive social politics. Resocialization. Inmates.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Educação: a pedagogia dos oprimidos. 3 O trabalho, a educação e a lei penal. 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 Mestre em Administração pela Universidade Federal de Alagoas. Graduado em História e em Letras. Concluinte do curso de Direito do Centro Universitário Maurício de Nassau (UNINASSAU), unidade Macció, Alagoas. E-mail: elielconsulte@hotmail.com.

2 Doutorando em Psicologia Clínica pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Mestre em Pesquisa em Saúde. Professor universitário.

3 Doutor em Direito Canônico. Professor universitário e diretor da Faculdade UNIRIO.

4 Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA).

SUMMARY: 1 Introduction. 2 Education: the pedagogy of the oppressed. 3 Labor, education and penal law. 4 Final considerations. 5 Bibliography.

1. INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro é precário e suas deficiências são severas e vêm refletindo diretamente no convívio social. As histórias de vida no cárcere recheadas de exclusões e maus-tratos podem servir de base para entendermos o aumento do número de pessoas encarceradas no Brasil. Nesse ambiente hostil está o delinquente “[...] condenado e preso por imposição da sociedade, ao passo que recuperá-lo é um imperativo de ordem moral, do qual ninguém deve se escusar” (OTTOBONI, 2001, p. 89).

A falência desse sistema perverso e agressivo aos olhos dos direitos humanos é uma das piores mazelas que podemos encontrar nesse tipo de modelo repressivo utilizado para “reabilitar” o preso ao convívio social. Nesse ambiente, a invisibilidade social, a falta de cidadania, a superlotação das celas, a insalubridade do *locus*, a precariedade da alimentação, a falta de higiene e estrutura do espaço, a insuficiência de programas assistenciais, médicos e educacionais vêm transformando os presídios em verdadeiros bolsões de miséria, como bem definido por Michel Foucault (2011).

Muito embora o Estado tenha o poder de proteger a sociedade, a realidade dos estabelecimentos prisionais, entretanto, vem mostrando a necessidade de criação de políticas públicas sociais que garantam à população carcerária a verdadeira função da pena, ou seja, a ressocialização do apenado. Por essas razões, a desestruturação institucional aumenta o descrédito da prevenção e interfere diretamente na reabilitação dessa população.

Por consequência de sua realidade, os apenados acabam sendo vítimas de um sistema degradante e desumano acarretando o surgimento de inúmeros problemas sociais, dentre esses, as rebeliões. Em que pese, estabelecer uma relação entre exclusão e prisão é condição necessária para possivelmente compreender os crônicos problemas que acontecem aos encarcerados. Nesse declínio, o Estado assume a responsabilidade pelas atrocidades que vêm acontecendo nos presídios brasileiros.

Em contrapartida, a educação como (res)socialização vai além de um mero retorno à convivência em sociedade; é, sobretudo, um processo em que os apenados possam (res) significar sua maneira de ver, de ser e de estar no mundo, para poder atuar de um jeito diferente, pautado em outros valores de convivência e relações humanas. Nesse processo, o professor assume um importante papel social ao priorizar a formação do apenado no cárcere como condição que possa garantir melhores oportunidades ao cumprir a pena.

Por fim, este estudo tem por objetivo destacar a importância da educação como

condição estratégica para (res)socialização dos apenados. Pois, como disciplinado na própria Constituição da República (1988), é assegurado a essa população o respeito à integridade física e moral.

2. EDUCAÇÃO: A PEDAGOGIA DOS OPRIMIDOS

Partimos do princípio de se compreender a pedagogia como um campo mais prático, ou seja, como área do saber que se preocupa com a educação, pois entende-se essa função não apenas com teorias. Nesse universo subjetivo, não adiantam muitos pensamentos ou conceitos se estes não podem ser colocados, a rigor, no dia a dia, uma vez que a educação é construída diariamente na relação professor-aluno-sala de aula.

Muitos pedagogos, dentre esses, Libâneo (2006), ao longo da história, deram distintas definições para essa área para que ficasse mais claro esse ramo da Ciência e nortearse uma discussão concreta no tempo e no espaço. Dos cognitivistas vieram a prática pedagógica e o interesse dessa como atividade para o desenvolvimento do raciocínio e resolução de problemas. Enquanto que dos humanistas vieram a contribuição da validação da diáde, ensino-aprendizagem, priorizando as relações humanas e as suas múltiplas formas de combinação dentro e fora da sala de aula.

Nessa interrelação, alunos e professores participam ativamente do processo de ensinar e aprender. Igualmente, são incentivados a pensarem criticamente e formarem suas opiniões. Dessa maneira, um professor para exercer bem o seu ofício deve recorrer à teoria e à prática, pois a todo instante o exercício do cotidiano escolar precisa estar embasado nos conceitos estabelecidos pela pedagogia e aplicados nas dinâmicas das aulas ministradas. Sendo assim, a pedagogia estuda a educação de forma ampla; analisando-a na prática. Pois, segundo Martins *et al.* (2015, p. 4), “[...] dentro de cada pessoa oprimida existe um opressor e para que seja construída a pedagogia da libertação se faz necessário que o oprimido tenha consciência que existe um opressor dentro dele para quando deixar de ser um oprimido não se tornar um opressor”.

Cabendo destacar que até os anos de 1980, a pedagogia assumia um caráter puramente didático-metodológico ao valorizar a escola como um importante espaço de aprendizagem, atuação e desenvolvimento do aluno dentro da práxis educacional. Atualmente, destacamos esse campo do saber como base de formação do profissional, cujos efeitos são refletidos no desenvolvimento psicossocial.

2.1 A educação como libertação

A libertação pode possuir diferentes conceitos e diversas interpretações de acordo com o contexto na qual é utilizada e com a estrutura na qual se encontra. Em tese, a

liberdade é um direito pleno de todo o ser humanos. É, segundo Aurélio Buarque de Holanda, “Tornar(-se) liberto; livrar(-se)” (HOLANDA, 2002, p. 425).

Com essa definição, podemos entender que o verbo **libertar** significa uma pessoa que estava presa a algo ou a alguém e num dado momento torna-se livre dessa influência. É o ato a que se dá o nome de libertação. Dessa forma, fazemos uma relação com a educação ao caracterizar o processo de desenvolvimento das habilidades e capacidades.

Partindo dessa relação dual, educação-libertação, afirmamos que a educação pode levar o apenado à libertação, pois aprender não é somente absorver conhecimentos, mas criar as possibilidades para a sua construção e implantação. Os sujeitos envolvidos nessa relação produzem e organizam estratégias importantes para suas formações pessoais, sociais e profissionais.

Freire (1987), em sua teoria, traz o conceito de educação como instrumento de opressão, cujos ensinamentos aprendidos podem proporcionar ao homem à tão almejada liberdade, pois “[...] é uma realidade que os opressores não querem que os oprimidos alcancem, por isso frustram os homens não permitindo que eles atuem como seres sujeitos de suas ações, sujeitos que possuem opção de agir diferente” (MARTINS *et al.*, 2015, p. 6).

Nesse sentido, entendemos que, quando a educação nos presídios é feita de maneira que se produza a autonomia do apenado de modo a incentivá-lo a pensar e a refletir sobre seu contexto e comportamentos, surge a libertação. Quando o apenado toma consciência de sua realidade e produz autonomia sobre suas ações e destino começa a se livrar de um sistema perverso, libertando-se de uma grande massa que deseja domesticá-lo.

Nas palavras de Freire (1987, p. 68) “[...] a educação libertadora, problematizadora, já não pode ser o ato de depositar, ou de narrar, ou de transferir, ou de transmitir “conhecimentos” e valores aos educandos, meros pacientes, à maneira da educação “bancária”, mas um ato cognoscente. [...]”.

Partindo-se desse princípio, relacionamos a libertação à humanização, pois a educação constitui-se em um ato humanizado, levando o apenado a compreender sua realidade, a não ser dominado por um sistema, mas possuir autonomia em seus pensamentos e reflexões mesmo no cárcere. A educação não é somente transferir conteúdo é, sobretudo, desenvolver a capacidade intelectual do ser humano, de maneira que ele se torne um indivíduo pensante e crítico de sua realidade.

Nesse sentido, a concepção desses fatores leva à libertação, pois o ato de se conscientizar acontece quando o indivíduo começa a enxergar os problemas sociais e a perceber as problemáticas que vivencia em seu cotidiano. Assim, a libertação começa a ser exercida em forma de educação. Construir um ser crítico é formar um indivíduo que consiga pensar e criar conceitos a partir de sua realidade e seu entorno. Deste modo, a

libertação ocorre a partir da consciência e da reflexão crítica.

No aspecto contemporâneo, fora das grades, as escolas disputam *rankings*. Almejam produzir alunos que consigam passar de ano, alcançar uma média alta numa prova e alavancar o conceito da escola, pois, por esse ponto de vista, uma boa instituição escolar será aquela que tem a maior parte de seus alunos aprovados em concursos, formando, assim, alunos bancários (conteudistas) e não alunos críticos.

Em relação à criticidade, baseia-se em sua concepção de conscientização e libertação. Reiteramos, a conscientização leva à libertação. Vemos que o indivíduo é oprimido por um sistema, por um modelo de educação que não está interessado em torná-lo consciente de sua realidade, mas somente moldá-lo segundo um padrão previamente estabelecido pela sociedade. Assim, através de racionalizações, escondem o fundamental, enfatizam o acidental e negam a realidade concreta.

A conscientização começa pela investigação e análise da situação vivida pelo apenado, dando possibilidades de transpassar as barreiras impostas pela vida. As funções do professor consistem em levar o problema para a sala de aula e, junto com os alunos, ora apenados, analisar e buscar mecanismos que possam resolvê-lo.

Mesmo em presídios, os alunos chegam ao ambiente escolar codificados, ou seja, com seus problemas interiorizados. A escola deve ser o lugar que proporcione a essa população exteriorizar suas problemáticas e incentivar uma visão aberta em relação ao mundo. A educação não deve ser um sistema de ensino caracterizado pela solidificação de conteúdo, mas sim pela expressão de pensamentos, pela liberdade de expor ideias e formulá-las para um melhor convívio e bem-estar de todos os envolvidos na relação do aprender.

Podemos dizer que os temas geradores são as realidades que cada comunidade vive, e isso varia de época e lugar. A comunidade vive uma realidade diferente da outra, por isso educadores devem identificar as adversidades que os alunos da instituição enfrentam e as levar para a sala de aula, contextualizando-as, de forma que o aluno possa tomar consciência dos problemas que enfrenta.

A sondagem dos problemas deve ser feita através da comunicação e não algo mecânico, ou seja, através do diálogo, o professor consegue que os alunos exponham suas realidades e que as enxerguem como um problema. Professor e aluno participam ativamente desse processo, os dois como agentes investigativos em busca de soluções.

O ensino pautado na libertação do aluno, apenado, fará com que ocorram transformações em seu universo interior, no sentido de que a formação de indivíduos críticos torna a sociedade melhor, a partir da investigação e da mudança de realidades. Para isso, é preciso entender que a sala de aula é um lugar diversificado de pensamentos e origens.

Entendemos que o ambiente escolar, mais precisamente a sala de aula, é um lugar de múltiplas culturas. Alunos com diferentes contextos e concepções culturais se sentam para aprender e adquirir conhecimento. Assim, o professor é aquele que leva o aluno à assimilação dos conteúdos e proporciona uma melhor aprendizagem. Sendo assim, deve buscar melhores formas de conduzir o procedimento.

Os profissionais não devem encarar a sua praticidade como simplesmente uma transmissão de conteúdos e conhecimentos, mas como um processo que deve ser sistematizado e organizado, de forma que leve o aluno a uma melhor concepção e visão crítica em relação aos conceitos. O ensino está atrelado à criticidade, de maneira que os alunos devem ser capazes de refletir não somente em sala de aula, mas também em sua vida cotidiana.

Para essa concepção, o professor deve possuir estratégias, que dependerão da meta que se quer alcançar e dos alunos. Cada turma tem um *modus* de aprendizagem diferente, e uma estratégia não pode ser utilizada em todas, pois cada grupo tem um processo diferente, e o professor deve sempre estar atento a esse fato.

O aprendizado, portanto, é um processo que deve ser encarado pelo professor de maneira sistemática. Deve conter estratégias e organização, que dependerão do contexto de cada sala de aula e de cada turma. Assim, poderá levar o aluno a uma melhor compreensão de seu meio e da realidade de consciência.

Por fim, portanto, não se faz educação sem criticidade.

3. O TRABALHO, A EDUCAÇÃO E A LEI PENAL

O instituto da Lei de Execuções Penais (LEP), tombado pela Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, estabelece que a assistência educacional compreende instrução escolar e formação profissional. Na prática, verifica-se distorção do significado dessas ações. Na educação prisional, qualquer que seja sua tradução em atividades, é considerado educativo; o ensino, por sua vez, não é considerado trabalho intelectual.

As contradições entre educação e trabalho são reforçadas pela existência de mecanismos de incentivo ao trabalho, como a remição da pena, enquanto frequentar a escola constitui-se um desafio contra o cansaço, a falta de recursos pedagógicos e outros obstáculos que impedem o processo ensino-aprendizagem.

O índice inferior no tocante à frequência da população do sistema prisional encarcerada às escolas na prisão deve-se à falta de estímulo e condições, e não à falta de interesse dos apenados. Nesse sentido, a remição da pena pelo estudo, reivindicada por organizações da sociedade civil, pode ser um importante fator de motivação.

O Ministério Público (MP) propõe garantir a remição de um dia de pena por

dezoito horas de estudo; e a concessão de mais 50% sobre o tempo acumulado a remir, no caso da conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo setor competente do sistema de educação.

A questão da valorização da educação no sistema prisional também está vinculada ao caráter e à forma que assumirá. Este debate foi iniciado com os seminários promovidos por diversos órgãos no último ano (2020), mas ainda não foi estendido à sociedade. A discussão pública sobre o sistema penitenciário é restrita aos aspectos da segurança e violência.

Os processos educação nos sistemas prisionais são sempre relacionados à perspectiva da ressocialização, reinserção e outros termos que remetem para a reorganização da vida quando e se conquistada a liberdade. Sem dúvida, essa é uma perspectiva fundamental, mas não se pode deixar de considerar que os processos educativos, em qualquer situação, exercem influência sobre a vida presente dos envolvidos.

No cenário nacional, as unidades escolares no interior dos presídios, até o término de 1970, ajustava-se com base na formatação do sistema de ensino dos estados. Naquela época, o currículo das escolas, o material instrucional, a avaliação e as passagens de séries eram equivalentes à educação ministrada aos menores de 12 anos.

Durante meados dos anos de 1970, censuraram as atribuições das Secretarias Estaduais, quanto à manutenção da educação no sistema prisional. Essa intervenção provocou uma brecha na ação realizada pela escola, aglutinando instituições alheias à escola notadamente, havendo a viabilização de algumas metas.

As instituições mais importantes foram as que muito incrementaram a socialização dos presos através do ensino nos sistemas. Não podemos esquecer fatos históricos ocorridos nos meados dos anos 70 com o surgimento do Movimento Brasileiro de Alfabetização (MOBRAL) que veio àquela época com a meta de erradicar o analfabetismo no Brasil.

No ano de 2001, a princípio essa política educativa no sistema prisional partiu das diretrizes programáticas do MOBRAL, e em seguida da Fundação Educar, direcionada ao ensino por atividades do quinto ao oitavo ano, currículo por disciplina. Sobre isso, houve a abordagem de vários autores acerca do tema educação e prisão.

O que se extrai dos estudos referenciados é que quase todos ainda continuam sendo fundamentais para construir a história, mas não demonstrando seu estímulo ao ramo acadêmico. A entrada em cena desse discurso, por volta de 2006, foi marcada pela circunscrição que se inflige ao problema.

Com o advento da Lei nº 16.840 foi alterada a denominação da Secretaria de Justiça (SEJU) passando a se chamar de Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos (SJCDDH) com suas atribuições voltadas a: definir diretrizes para a política

governamental focada no respeito à dignidade humana, bem como a coordenação de sua execução; proteger às vítimas, testemunhas, crianças e adolescentes ameaçados de morte; implementar a Defensoria Pública do Estado do PR, com as ações da Cidadania da Pessoa com Deficiência; da Mulher, da Pessoa Idosa e das Minorias, educação e qualificação profissional daqueles que se encontram sob custódia do Estado; reinserção social dos egressos das prisões.

Com a publicação do Decreto nº 4.021, foi instituído o Programa para o Desenvolvimento Integrado (PDI-Cidadania), assumindo a responsabilidade pela Educação Formal, o enfrentamento ao analfabetismo absoluto e funcional, a qualificação e profissionalização dos apenados, visando à sua inserção social. E pelas Portarias nº 291 e 359, de 2012, do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) foi criada a Superintendência de Educação, Qualificação e Profissionalização do Apenado, bem como designada a equipe que compõe, com a missão de desenvolver todas as ações inerentes à oferta educacional discriminadas no PDI-Cidadania e no Plano Diretor da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos.

Os que se encontram de alguma forma privados de sua liberdade, cumprindo pena em unidade prisional têm acesso ao ensino. Esse direito é assegurado pela Constituição da República (1988) assim como pela LEP, LDB, PNE que garantem o acesso dos detentos brasileiros aos estudos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

Contudo, com todos esses mecanismos utilizados para o propósito de levar educação aos detentos e apesar de vários aparatos e investidas da lei, ainda não se tem o êxito esperado com essas leis que proporcionam o livre acesso à prática educativa nas prisões, uma vez que não há um sistema que garanta o cumprimento das leis que reconhecem o direito do presidiário ao estudo dentro das unidade prisionais.

Acontece que os direitos humanos são universais e tem efeitos *erga omens*, interdependentes (nenhum tem mais importância que o outro), indivisíveis (não podem ser fracionados) e exigíveis frente ao Estado em termos jurídicos e políticos. Por essas razões, defendemos a educação como um direito fundamental inerente ao processo de humanização de homens e mulheres, que deve ser percebida na concepção da universalidade e de não discriminação, pois o acesso ao ensino é um direito social garantido e um meio indispensável a realização de outros direitos fundamentais insculpidos pela Constituição da República (1988).

No ano 1789, na França, foi aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, composta de 17 artigos os quais promulgavam os direitos fundamentais do homem, englobando toda a humanidade.

Esse importante documento, em seu *caput*, inicia com a igualdade de direitos para o

homem ao estabelecer em seu art. 1º, “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos” (ONU, 1978). A Declaração serviu de base para que a ONU adotasse e estabelecesse a Resolução 217 (III), em Assembleia Geral no dia 10/12/1948, ao proclamar no § 10, do seu Preâmbulo:

[...] como ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, objetivando que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforcem, através do ensino, por promover o respeito e esses direitos e liberdades e pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios estados-membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, sendo adotado pela Assembleia Geral da ONU, em 19 de dezembro de 1966, através da Resolução nº 2.200-A (XXI). Entretanto começou a vigorar uma década depois, em 1976, por motivo de não ter número mínimo de adesões que deveria ser de trinta e cinco Estados. Em nosso país, o Congresso Brasileiro através do decreto Legislativo nº 226, aprovou em 12 de dezembro de 1991 e depositou na Secretaria Geral da ONU a Carta de Adesão, em 1992, começando a vigorar em 24 de abril de 1992. Na atual Constituição Federal encontra-se ratificada em seu título II da epígrafe: “Dos direitos e Garantia Fundamentais. (ONU, 1948).

Em 2015, foram criadas as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, documento conhecido por “Regras de Nelson Mandela”, que fartamente descrevem os elementos essenciais dos sistemas contemporâneos como possíveis princípios e práticas a serem aplicados no tratamento dos reclusos e na gestão dos estabelecimentos prisionais.

A nação brasileira teve um aumento na população carcerária de 267,32% nos últimos quatorze anos, segundo dados divulgados em 26/4 pelo Ministério da Justiça e o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), no relatório do levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN). O Brasil excede a média mundial no que diz respeito ao número de presos por habitantes.

Entendemos que apenas a detenção não ajudará na ressocialização dos apenados. A ideia é que estes (res)signifiquem suas vidas reconstruindo-se psicoemocionalmente para depois serem reintegrados à sociedade. Entretanto, percebemos o fracasso dessa instituição e da justiça penal, a partir dos altos índices de criminalidade e reincidência.

No sistema prisional a educação escolar está prevista no art. 17, da Lei de Execuções Penais, ao estabelecer que as assistências educacionais compreendem a instituição escolar e a formação profissional do preso, enquanto no art. 18 determina que o ensino fundamental é obrigatório devendo ser integrado ao sistema escolar da unidade prisional.

Receber a educação é um direito social assegurado pela constituição federal e consagrado na legislação internacional. No entanto, quando se trata da população encarcerada, tal direito parece não ter o mesmo grau de reconhecimento. É fato que as camadas pobres da população são privadas de vários direitos, entre eles, o de uma educação de qualidade. Essa realidade torna-se ainda mais contundente e pior – mais invisível ou naturalizada. No Brasil, a oferta de serviços educacionais nos estabelecimentos penais é precária o que se soma a regimes disciplinares e legais que não incentivam ou mesmo inviabilizam o engajamento de pessoas presas em processos educacionais.

Nas últimas décadas, observa-se em escala mundial a perda do ideal reabilitador das prisões, concomitante a um recrudescimento das políticas de segurança pública, o que resulta em ampliação da população presa e no abandono das medidas ditas ressocializadoras no interior dos sistemas penitenciários.

Por fim, todas as leis proporcionam aos detentos o ensino, muito embora, mesmo tendo essa garantia assegurada por lei, na realidade não se consegue o cumprimento total e, por vezes, nem mesmo parcial.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A educação é um direito de todos e dever do Estado. As políticas e ações precisam ser implementadas e fazerem parte da rotina dos ambientes prisionais, não somente como algo isolado e pontual, mas como uma política de Estado.

Entendemos que esse debate ainda está no seu início, mas tem que ser ampliado, para mostrar que a educação não pode ser retirada do preso junto com sua liberdade.

A concepção e implementação de políticas públicas, visando ao atendimento especial de segmentos da população estrutural e historicamente fragilizados, constituem um dos modos mais significativos através dos quais o Estado e a Sociedade podem renovar o compromisso para com a realização desse direito e a democratização de toda a sociedade.

Entendemos que a educação para ser levada aos apenados deve ser por pessoas qualificadas na forma da lei, ou estaremos caminhando contra os ditames do escopo legal. Necessário se faz lembrar que estamos nos referindo a uma dicotomia na aplicabilidade da legislação: de um lado as normas de regulação do MEC e de outro estabelecido pelo Ministério da Justiça.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.

htm. Acesso em: 17 dez. 2020. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Congresso Nacional, 1984. Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. Brasília: Ministério da Educação, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRISOLA, E. **Estado Penal, Criminalização da Pobreza e Serviço Social**. SER Social, Brasília, v. 14, n. 30, p. 127-154, jan./jun, 2012. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/12824. Acesso em: 20 dez. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: Nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

FREIRE, P. **Educação de Jovens e Adultos**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.

FREIRE, P. **Pedagogia do oprimido**. 17 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

FUDOLI, R. A. **Da remição da Pena Privativa de Liberdade**. BH: Del Rey, 2004.

HOLANDA, A. B. **Novo Dicionário Aurélio da língua Portuguesa – Conforme Nova Ortografia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Positivo, 2002.

IMBERNÓN, F. **Formação permanente do professorado: novas tendências**. São Paulo: Cortez, 2009.

LIBANÊO, J. C. Diretrizes curriculares da pedagogia: imprecisões teóricas e concepção estreita da formação profissional de educadores. **Revista Educação e Sociedade**, Campinas, v. 27, n. 96, p. 843-876, out. 2006. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302006000300011&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 20 dez. 2020.

MARTINS, F.C.G.; FLORÊNCIO, V.R.C.; CHAVES, F.M.; BRITO, F.C. A pedagogia do oprimido e a práxis pedagógica de Paulo Freire. **XXII Semana de Educação da Universidade Estadual do Ceará** 31 de agosto a 4 de setembro de 2015. Disponível em: http://www.uece.br/eventos/semanadeeducacaouece/anais/trabalhos_completos/210-13490-21092015-190501.pdf. Acesso em: 20 dez. 2020.

MEDRADO, V. A. Ensaio Filosóficos. **Revista Filosófica**, Rio de Janeiro, v. 5, abr., 2012. Disponível: http://www.ensaiosfilosoficos.com.br/Artigos/Artigo5/00_Revista_Ensaio_Filosoficos_Volume_V.pdf. Acesso em: 20 dez. 2020.

OLIVEIRA, C.B.F. A educação escolar nas prisões: uma análise a partir das representações dos presos da penitenciária de Uberlândia (MG). **Educ. Pesqui.**, São Paulo, v. 39, n. 4, p. 955-967, out./dez., 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ep/v39n4/aop894.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos** (Regras de Nelson Mandela, 2015). Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em: 20 dez. 2020.

OTTOBONI, Mário. **Ninguém é irrecuperável**. 2. ed. São Paulo: Cidade Nova, 2001.

PAULA, E.M.A.T.; MACHADO, E.R. Pedagogia: concepções e práticas em transformação. **Educar**, Curitiba, UFPR, n. 35, p. 223-236, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/er/n35/n35a17.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

SABADELL, Ana Lúcia. Algumas reflexões sobre as funções da prisão na atualidade e o imperativo da segurança. In: OLIVEIRA, Rodrigo Torres; MATTOS, Virgílio (Orgs.). Estudos de execução criminal: direito e psicologia. Belo Horizonte: TJMG/CRP, 2009.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 17.02.2021

Aceito em: 17.03.2021

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DO PRESO NO BRASIL E O “SUPERCASO” NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

The violation of prisoners’ rights in Brazil and the “supercase” in the Inter-American Court of Human Rights

Maiara Reinert¹Valéria Rodinea Zanette²

RESUMO

O presente artigo visa à análise dos direitos dos encarcerados na ordem jurídica internacional e nacional no contexto das suas violações constantes pelo Brasil, o que faz com que o País seja objeto de constantes denúncias junto a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A partir de uma metodologia de pesquisa documental das decisões proferidas pela CIDH, em especial do supercaso, notou-se que apesar dos presos terem inúmeras garantias asseguradas pelos mais diversos instrumentos normativos, elas são, em muitos casos, apenas formais, pois descumpridas sistematicamente pelo País. A CIDH, como se verá, apesar de proferir diversas medidas provisórias, cujas observâncias são obrigatórias pelos Estados que se submetem a sua jurisdição, também se encontra de “mãos amarradas”, pois não existem sanções econômica efetivas capazes de compelir o Estado ao seu cumprimento.

Palavras-chave

Direitos do preso, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Supercaso.

ABSTRACT

This article aims to analyze the prisoners’ rights in the international and national legal order in the context of their constant violations in Brazil, which makes the nation object of repeated reports by the Inter-American Court of Human Rights. Based on a documentary research methodology of the judgments given by the I/A Court H.R., particularly the supercase, it was noted that despite the prisoners having several guarantees provided by the most diverse normative instruments, they are, in many cases, only formal, because they are systematically violated by the nation. The I/A Court H.R., as will be shown, despite rendering multiple provisional measures, with mandatory compliance by the States that submit to their jurisdiction, also has its “hands tied”, as there are no effective economic sanctions capable of compelling the State enforcement.

Keywords

Prisoner’s rights; Inter-American Court of Human Rights; Supercase

Sumário: 1 Introdução; 2 O preso e os instrumentos internacionais e ordenamento jurídico interno; 3 A violação dos direitos do preso no Brasil e o “supercaso” na Corte Interamericana de Direitos Humanos; 4 Conclusão; 5 Referências.

1 Maiara Reinert, Possui graduação em Direito - Pela Faculdades Esucri de Criciúma (2020). Pesquisadora de temas relacionados ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Constitucional e Penal, com ênfase nos temas relacionados aos direitos do preso no Brasil.

2 Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra, Doutoranda em Desenvolvimento Socioeconômico pela UNESCO e Mestre em Direito Internacional Público pela Universidade de Lisboa (2010), pós-graduada em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (2008). Professora na Faculdade ESUCRI.

SUMMARY: 1. Introduction; 2 The prisoner and the international instruments and internal law orders; 3 The violation of prisoners' rights in Brazil and the "supercase" in the Inter-American Court of Human Rights; 4 Conclusions; 5 References.

1. INTRODUÇÃO

O Direito brasileiro e o Direito Internacional possuem diversos atos normativos criados para a proteção das pessoas que cometem alguma infração penal e são submetidas ao cárcere. Com base nisso, sendo a vingança punitiva, monopólio do Estado, este deve assegurar para que o seu exercício se dê de forma proporcional, razoável, respeitando todos os direitos individuais, sociais e políticos dos indivíduos. Ver-se-á, no entanto, a partir de uma pesquisa documental e análise de algumas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação a quatro estabelecimentos penais do Brasil, que isso não ocorre aqui. As violações aos direitos dos custodiados são constantes e generalizadas, desde a ausência de profissionais médicos suficientes para atendimento de todos até a falta de coisas simples e devidas a qualquer ser humano enquanto mínimo existencial, a água limpa.

Para se chegar a essa constatação, o artigo se desenvolverá da seguinte maneira. serão investigados os direitos pertencentes aos encarcerados em uma abrangência internacional e nacional, sendo eles os principais, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Constituição Federal, o Código Penal e a Lei de Execuções Penais.

E far-se-á uma análise jurisprudencial das diversas decisões já realizadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito da violação desses direitos nos Complexos Penitenciários de Curado, em Pernambuco e Pedrinha, no Maranhão; do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro e da Unidade de Internação Socioeducativa (UNIS), no Espírito Santo.

Com isso, o objetivo principal deste artigo é, em suma, demonstrar, os descumprimentos reiterados do Estado ao princípio matriz de todo o ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana, e com isso levar o leitor a refletir sobre a importância do respeito a essa espécie, simplesmente pela sua condição de sujeito e não objeto, não se esquecendo nunca que “ um país não deve ser julgado jamais pelo modo que trata seus cidadãos privilegiados, mas os mais desfavorecidos” (MANDELA, 1994).

2. OPRESO E OS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS E ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO

Os direitos dos presos, que tem suas penas inicialmente enquanto “vingança divina” e que passa por punições corporais, vai pensar verdadeiramente nos direitos dos

presos, num sistema evolutivo, na medida em que a sociedade fora se transformando, humanizando. Processo esse em constante desenvolvimento, uma vez que se continua buscar compreender os fatos anteriores aos crimes/criminosos, os meios eficazes de “punição”, indo até a reintegração a sociedade. Em suma, busca-se formas a proporcionar um sistema cada vez mais efetivo e justo.

O Direito Internacional, que outrora era uma disciplina secundária nos cursos jurídicos, hoje se torna muito importante dada as mudanças ocorridas no mundo, como a crescente preocupação com o meio ambiente, o surgimento da internet, o terrorismo e a globalização (GUERRA, 2016).

Os tratados, costumes e princípios gerais de Direito são as fontes primárias do Direito Internacional. Assim, todo o Direito precisa derivar delas (MAZZUOLI, 2015).

Adentrando especificamente sobre os instrumentos existentes na regulamentação da pessoa dos presos, citem-se os principais: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Declaração Americana de Direitos e Deveres dos Homens (1948), a Resolução da ONU que prevê as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Mandela de 1955), a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Decreto nº 40/1991), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto 592, de 06/07/1992) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José de Costa Rica- Decreto 678, de 06/11/1992).

Num plano universal, a Declaração Universal é o ponto de partida na construção do atual sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Nela estão previstos direitos como a não submissão à tortura, tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, acesso à instrumentos efetivos contra a violação de direitos, proibição de prisão arbitrária, presunção de inocência até que sua culpabilidade seja provada de acordo com a lei e irretroatividade da lei penal mais gravosa.

Diversamente da controvérsia que ronda a DUDH, O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos tem caráter vinculativo e traz importantes regras, como a determinação de que a pena de morte seja estabelecida apenas para crimes mais graves, direito a indulto, anistia ou comutação da pena em caso de condenação à morte. Interessante ressaltar o direito à chamada audiência de custódia e à prisão preventiva.

O Brasil, mesmo tendo ratificado o PIDCP ainda em 1992, somente em 2015, começou a implementar as referidas audiências de custódia que prevê, em suma, que toda pessoa presa em flagrante delito deve ser obrigatoriamente apresentada, em até 24h, à autoridade judicial competente.

Num plano regional, o sistema interamericano de direitos humanos foi constituído pela Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em São José da

Costa Rica, em 22 de novembro do ano de 1969. Ele é constituído pelos órgãos: Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (GUERRA, 2016).

A Convenção Americana estabeleceu nas Américas um padrão de “ordem pública” relativa a Direitos Humanos, até então inexistente (MAZZUOLI, 2015).

A Comissão Interamericana, no entanto, foi criada em 1959, tendo, em 1961, realizado a sua primeira visita *in loco* para observar os direitos humanos em um país.³

Em síntese, a Comissão, que possui 7 (sete) membros, possui por missão precípua a de promover a observância e a proteção dos direitos da pessoa humana no âmbito do continente americano.⁴

Para além disso, ainda integra o sistema jurisdicional conjuntamente com a Corte Interamericana pois, dentre outras funções, recebe, analisa e investiga petições individuais que alegam violações dos direitos humanos, realiza visitas *in loco* aos países para aprofundar as suas observações, realiza e publica estudos com o objetivo de conscientizar sobre os direitos humanos, remete os casos à jurisdição da Corte Interamericana e atua frente à Corte em determinados litígios⁵.

Por sua vez, a Corte é uma instituição judicial independente e autônoma, cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos mediante suas funções contenciosa e consultiva (GUERRA, 2016).

O Brasil aderiu ao sistema por meio do Decreto n. 678, de 1992, Decreto n. 4.463, de 2002 e 89, de 1998, os quais promulgaram a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana, respectivamente (GUERRA, 2016, p.565).

Nos termos do art. 68, §§1º e 2º da Convenção Americana, os Estados-membros comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todos os casos que forem partes. Ainda, segundo o autor, os Estados não podem criar impeditivos e/ou dificuldades na execução das sentenças no seu plano interno (MAZZUOLI, 2015).

Enquanto principal instrumento regional de direitos humanos, o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana De Direitos Humanos) traz a proibição de submissão à torturas, penas cruéis, desumanas ou degradantes (art. 5º, §2º), revelando a importância da dignidade da pessoa humana.

O Pacto também normatiza como regra o princípio da pessoalidade da pena (art. 5º, §3º), o direito à indenização por erro judiciário (artigo 10), bem como a garantia de que

3 Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>. Acesso em: 13 mai, 2020.

4 Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/mundo/oea/cartilhas/oea1/index.html#4>. Acesso em: 13 mai, 2020.

5 Disponível em <https://cidh.oas.org/que.port.htm>. Acesso em: 13 mai, 2020.

o criminoso pode estar presente no seu julgamento e se defender pessoalmente (o que não é admitido no ordenamento internacional) ou por defensor nomeado ou escolhido.

Como se vê, a preocupação com a violação dos direitos do preso é uma constante no âmbito internacional. Nesse sentido, diversas normas elaboradas fora do país, mas que possuem aplicabilidade internamente, asseguram um tratamento mínimo a ser respeitado pelas autoridades públicas e privadas nas relações estabelecidas com esse segmento da população.

Já num plano interno, a Constituição Federal assegura diversos direitos ao ser humano, dentre eles o encarcerado, o qual não se vê impedido de seu gozo apenas por estar privado da sua liberdade temporariamente, não importando, também a gravidade do crime cometido, sendo-lhes assegurado o direito ao mínimo existencial (SARMENTO, 2016).

Como princípio basilar e norteador da interpretação de todos os direitos, estabelece-se o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), o que significa, em síntese, que o homem não pode ser tratado como um meio, mas sim como um fim em si mesmo. (MENDES, 2016).

Como ramificação do princípio supracitado, os detidos são alcançados pelos direitos à vida, à saúde, à liberdade de consciência, entre outros, como qualquer outro indivíduo, porque se mantém a sua condição humana, mas também possuem alguns específicos da sua condição.

O princípio da individualização da pena deve ser observado em três fases distintas, definição do crime e sua pena pelo legislador, imposição da pena pelo juiz e na fase da sua execução (SANCHES, 2016).

Há, ainda, a proibição de que haja penas desumanas, perpétuas, de morte (salvo em caso de guerra declarada), de trabalhos forçados e de banimento. É garantido, ademais, o direito à indenização, caso haja erro do judiciário no processamento do seu crime (artigo 5º da Constituição Federal).

O supracitado artigo ainda traz a que ninguém será submetido à privação de liberdade, sem a ocorrência do devido processo legal, no qual deve-se assegurar o contraditório e a ampla defesa. E até o trânsito em julgado da condenação, a todos é assegurado a presunção de inocência. (LOPES, 2016).

Aos apenados de baixa-renda e segurados do INSS assegura-se o chamado auxílio-reclusão aos seus dependentes, conforme preconiza o art. 201, IV, da CF/88.

Ressalta-se, ainda, que o preso possui direitos sociais, como a educação, alimentação suficiente, vestuário, assistência jurídica e ao trabalho, devendo, inclusive, ser remunerado por isso (art. 39, Código Penal e 41 da LEP).

O artigo 41 é extenso no rol de direitos do preso, assegurando-lhes, ainda, a

garantia à proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação, exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas. proteção contra qualquer forma de sensacionalismo, entrevista pessoal e reservada com o advogado, igualdade de tratamento, audiência especial com o diretor do estabelecimento, representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito, atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente (Lei de Execução Penal).

Em relação aos direitos políticos, os presos apenas os têm suspensos após o trânsito em julgado de uma eventual sentença condenatória. Nesse contexto, enquanto estão presos cautelarmente, não estão privados de votar ou serem votados (art. 15, III, CF/88).

Já numa perspectiva infraconstitucional, verifica-se que toda a legislação converge para o que já é assegurado pela Constituição Federal, como a Resolução 113/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal), a Resolução nº 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e a Lei Complementar nº 79/94, a qual cria o Fundo Penitenciário Nacional.

Ou seja, nota-se que o direito interno também protege os cidadãos apenados contra o arbítrio estatal, por meio de diversos instrumentos normativos, os quais, em síntese, apenas regulamentam as formas de exercício dos direitos já assegurados pela Constituição Federal.

3. A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DO PRESO NO BRASIL E O “SUPERCASO” NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma instituição judicial, independente e autônoma, cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (GUERRA, Sidney, 2016).

O Brasil reconheceu a jurisdição da CIDH pelo Decreto Legislativo 89/1998, tornando-se Estado parte da mesma e, conseqüentemente, sujeito aos procedimentos, intervenções e decisões que lhe envolvam.

Desde sua sujeição à CIDH o Brasil já sofreu inúmeras denúncias, recomendações e mesmo condenações. No concernente as condenações, totalizam 10 até a presente data, referente a temáticas de diversas ordens como, anistia, direito a vida, direito à verdade, direito à liberdade de expressão, integridade pessoal entre outros⁶.

No entanto, para além dos casos já transitado em julgado ou mesmo ainda em tramitação, resta chamar a atenção para a excepcionalidade do então denominado

6 Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/demandas.asp>. Acesso em 12 jun, 2020.

“supercaso”.

O fato é que a CIDH, na pessoa de seu presidente Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, decidiu por unir quatro casos num único caso, então denominado “supercaso”, situação essa inédita junto a Corte, justamente porque, nas palavras do presidente: “a distância geográfica entre os estabelecimentos penitenciários cujas condições são objetos de medidas provisórias e seu pertencimento a diferentes regiões do país indicaria que se trata de um fenômeno de maior extensão do que os quatro casos trazidos a esta Corte”. Acrescentando ainda que no Brasil há “indício de eventual generalização de um problema estrutural de âmbito nacional do sistema penitenciário”. (Resolução de 13 de fevereiro de 2017).

O supercaso, objeto da presente pesquisa, é composto por quatro demandas submetidas à Corte envolvendo os Complexos Penitenciários de Curado, em Pernambuco e Pedrinha, no Maranhão; do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro e da Unidade de Internação Socioeducativa (UNIS), no Espírito Santo.

A situação iniciou porque por meio de quatro medidas provisórias em decorrência da violência carcerária e superpopulação notória em instituições penitenciárias do Brasil, que se encontravam pendentes de observação pelos Estados. Fato esse que levou a Corte realizar mais uma visita “in loco”, no Brasil. Bem como uma audiência conjunta sobre os quatro casos, o que se denominou de “supercaso” (Resolução de 13 de fevereiro de 2017).

Em 23 de janeiro de 2017, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, após ter sido provocada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em 30 de março de 2016, submeteu à Corte um pedido de medidas provisórias, conforme artigo 63.2 da Convenção Americana e 27 do Regulamento da Corte, com o objetivo de que o Tribunal requeresse ao Brasil medidas necessárias à preservação da vida e integridade das pessoas privadas de liberdade no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC), já que o Estado se quedou inerte após ter sido notificado previamente pela Comissão.

As medidas provisórias possuem caráter cautelar pois preservam determinadas situações jurídicas e tutelar, porque protegem direitos humanos, ao buscarem evitar danos irreparáveis às pessoas. Os requisitos cumulativos para a sua aplicação são: a) extrema gravidade, b) urgência, c) que se trate de evitar danos irreparáveis às pessoas, os quais foram preenchidos no caso *in comento*, dada a situação que será exposta a seguir (Resolução de 13 de fevereiro de 2017 da Corte).

As determinações imediatas em fevereiro, relacionadas ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, foram a apresentação de um “Plano de Redução da Superpopulação do Sistema Carcerário”, bem como a apresentação de informações sobre todas as mortes ocorridas desde janeiro de 2016 e as medidas adotadas para determinar suas causas e

eventuais responsabilidades; as medidas adotadas para exercer o controle efetivo do centro penitenciário, sobretudo a presença de pessoal de custódia capacitado em número suficiente; o asseguramento de acesso de serviços de saúde a pessoas que padeciam de enfermidades graves; o evitamento da propagação de doenças contagiosas entre os internos, e o asseguramento de condições de detenção compatíveis com o respeito à dignidade humana e em conformidade com os padrões internacionais na matéria (Resolução de 13 de fevereiro de 2017).

Após representantes da Corte terem visitado o Instituto Penal, constatou-se que, em 14 de março de 2017, ele contava com a presença de 3.570 internos, mas tinha uma capacidade para 1.699 pessoas, o que implicava uma taxa de superlotação de 210%. Além disso, as condições eram desumanas, com “instalações elétricas em “péssimo estado”, “presença de insetos”, “número de banheiros insuficientes”, entre outros problemas (Resolução de 31 de agosto de 2017).

Em virtude da superlotação, desde 2012, os detentos passavam mais de 14 horas por dia em suas celas e mais da metade dormia no chão. Para irem ao banheiro a noite, precisavam caminhar por cima dos demais ou fazer em sacolas plásticas. A condição se agravava pela falta de tratamento médico adequado no local, dado o número insuficiente de recursos humanos (1 médico, 2 enfermeiros, 3 auxiliares, 1 assistente social e nenhum psiquiatra permanente) e medicamentos (Resolução de 31 de agosto de 2017).

Não havia vasos sanitários, e sim buracos no chão. O piso era infestado de insetos e animais, decorrentes do armazenamento de restos de comida no mesmo local. A quantidade de água era reduzida e, portanto, armazenada por muitos detentos em locais inapropriados. A propagação de doenças era frequente, sendo que a maioria dos encarcerados possuíam tuberculose e outras patologias de pele (Resolução de 31 de agosto de 2017).

Entre 1º de janeiro e 26 de junho de 2016, 13 pessoas faleceram no Instituto. O IPPSC respondia por 7.37% da população carcerária do estado do Rio de Janeiro, mas concentrava 12.66% das mortes (Resolução de 31 de agosto de 2017).

Nos complexos penitenciários de Curado, localizado em Pernambuco e Pedrinhas, no Maranhão, as situações também eram alarmantes, com a presença dos mesmos problemas sanitários, de superpopulação, etc., tendo a Corte notificado o Brasil, em ambos os casos, a proteger os indivíduos ali localizados por meio das resoluções de 22 de maio de 2014, 14 de novembro de 2014, 7 de outubro de 2015, 18 de novembro de 2015, 23 de novembro de 2016, 13 de fevereiro de 2017, 15 de novembro de 2017, 14 de março de 2018 e 28 de novembro de 2018 e 14 de outubro de 2019.

Em agosto, novembro de 2017, março de 2018 e outubro de 2019, novamente a Corte determinou diversas sanções, dadas as graves violações a direitos humanos

ocorridas no Instituto e nos Complexos. As sanções foram no sentido de que o Estado deveria adotar imediatamente todas as medidas necessárias para proteger de forma eficaz a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade nos referidos estabelecimentos, manter a Defensoria Pública do Rio de Janeiro informada sobre todas as medidas adotadas para o cumprimento das medidas provisórias ordenadas, garantindo à Instituição acesso amplo e irrestrito ao estabelecimento penal, elaborar um Diagnóstico Técnico e, com base nos resultados desse diagnóstico, elaborar um Plano de Contingência para a reforma estrutural e de redução da superpopulação, com a remodelação de todos os pavilhões, celas e espaços comuns. (Resoluções de agosto, novembro de 2017, março de 2018 e outubro de 2019).

Especificamente em relação ao complexo de Pedrinhas, notou-se que o número de defensores públicos prejudicava o direito dos apenados e que tal situação deveria ser resolvida (Resolução de 14 de outubro de 2019).

Interessante ressaltar que a Corte decidiu que o Estado não pode alegar dificuldades financeiras para justificar o descumprimento de suas obrigações internacionais, pois se sabe que esse argumento é comum nas suas defesas (Resolução de 31 de agosto de 2017).

Após o Brasil se insurgir, alegando novamente o crescimento do número de audiências de custódia, possibilidade de prisão domiciliar, etc., a Corte reconheceu os esforços do país para a resolução dos problemas diagnosticados, mas destacou que a situação continuava sendo muito preocupante, pois se percebeu que o Estado não adotou medidas concretas e efetivas para solucioná-los (Resolução de 22 de novembro de 2018).

No ano seguinte, a Corte salientou novamente a sua preocupação com o elevado número de mortes no IPPSC, bem como a falta de informação sobre as suas causas (Resolução de 22 de novembro de 2018).

Assim, solicitou a conclusão com urgência pelo Estado da confecção de planilha que busque compilar os dados referentes aos óbitos ocorridos no Instituto, da realização de estudo sobre as causas de mortes no sistema carcerário, além da ação de realização de investigações mais céleres, classificação coerente do número de mortes no interior do Instituto e prestação de informações aos familiares sobre as razões dos falecimentos. Também deveria ser informado de maneira detalhada e precisa sobre ações concretas executadas para prevenir mais óbitos (Resolução de 22 de novembro de 2018).

A população LGBTI do complexo de Curado também tinha seus direitos flagrantemente violados, pois permaneciam em celas destinadas a homens, o que levava presas transexuais e travestis vulneráveis à violência, especialmente de natureza sexual. (Resolução de 28 de novembro de 2018).

Outra minoria descuidada era composta pelas pessoas com algum transtorno mental. No complexo de Pedrinhas, segundo informações dos representantes, elas

eram mantidas em locais insalubres, o que agravavam as suas eventuais doenças. As que tinham algum surto, eram isoladas e recebiam água por meio de buracos na cela, o que ensejou o pedido imediato de informação detalhada sobre as condições desses indivíduos (Resolução de 19 de outubro de 2019).

A infraestrutura do Instituto ainda carecia de ausência de colchões para todos os detentos, uniformes, calçados, roupas de cama, toalhas e iluminação e ventilação adequadas (Resolução de 22 de novembro de 2018).

A Corte asseverou que essa situação, além daquela vivida de forma similar no Complexo de Pedrinhas, era incompatível com as resoluções nº 14/1994 e 09/2011 do CNPCP21, regras de Mandela, regras das Nações Unidas e Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Resolução de 22 de novembro de 2018 e outubro de 2019).

Em conclusão, a Corte reconheceu que o problema não pode ser resolvido simplesmente com a construção de mais estabelecimentos, pois estes sequer foram projetados e, sob alegação do Estado, não há recursos financeiros para tanto. A transferência dos encarcerados para outros locais também não era opção, dado que estes não têm capacidade do mesmo modo (Resolução de 22 de novembro de 2018).

Dessa forma, determinou-se que o Estado procedesse à redução das penas dos indivíduos lotados no Instituto e nos Complexos, na proporção do “excedente antijurídico de sofrimento não disposto ou autorizado pelos juízes do Estado”. (Resolução de 22 de novembro e 28 de novembro de 2018).

Além disso, recomendou-se ao País a elaborar, em no máximo três meses, um Plano de Contingência para a reforma estrutural e de redução da superpopulação e da superlotação no IPPSC e nos Complexos. (Resoluções de 15 de novembro de 2017, 14 de março de 2018 e 22 de novembro de 2018).

A Corte constatou também um grande número de mortes em um curto período de tempo (50 em 18 meses e 70 nos últimos três anos no Instituto além de 12 em 2017 no Complexo de Curado), sem que houvesse informações substantivas sobre os seus motivos, circunstâncias, entre outros dados importantes, o que indicaria negligência estatal. Desse modo, solicitou-se imediatamente a tomada de medidas para se evitar mais mortes nos estabelecimentos (Resolução de 22 e 28 de novembro de 2018).

A despeito dessas condenações, o que se vê no Brasil é a perpetuidade dos problemas identificados pela Corte, em maior ou menor escala, a depender do estado da federação brasileira. A população carcerária do IPPSC vem diminuindo, passando de 4,3 mil para 2,6 mil, o que indica um suposto indício de melhoria, pois se sabe que esse número pode ser decorrido de apenas transferências entre presídios, o que não soluciona o problema, apenas o desloca para outro local (Resolução de 22 de novembro de 2018).

A Unidade de Internação Socioeducativa (UNIS) também já vem sendo objeto de demandas na Corte desde 2011, pois enfrentava as mesmas realidades já expostas anteriormente, como a falta de funcionários em número adequado, uma superpopulação de internos, ausência de tratamento de saúde, etc., o que gerou, em 13 de fevereiro de 2017, a condenação do Estado, coerente com as dos outros casos expostos, consistentes na prestação de informação contínua pelo Estado sobre a adoção de todas as medidas necessárias para proteger a vida e integridade dos indivíduos lá internados, com o cumprimento das medidas provisórias relacionadas à reunião de esforços para a redução do número de adolescentes em regime de internação, ampliação de atendimento a saúde destes, padronização de procedimentos de segurança, entre outros (Resolução de 13 de fevereiro de 2017). Destaca-se, contudo, que os direitos dos menores infratores não são objeto de análise aprofundada nesse artigo e, portanto, menciona-se esse último caso julgado na Corte Interamericana apenas porque fora considerado em conjunto com os demais no denominado “supercaso”.

Em relação à falta de vagas para os presos no país, um argumento comum de muitos governantes é a falta de dinheiro, o que, acredita-se que não é verdade. Especificamente para o Instituto Penal Plácido Sá Carvalho, vê-se que desde 2017, há recursos federais na importância de 8 (oito) milhões, para os quais sequer foi apresentado projeto ainda.

No entanto, revela-se que os Estados não dispõem de capacidade técnica para executar esses projetos. Em 2019, divulgou-se que o DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) tinha apenas três engenheiros, o que impedia a realização das construções, apesar de haver dinheiro para tanto.

Com base nisso, em 2019, foi editada a Medida Provisória nº 885, convertida na Lei 13.886/2018, a qual permite a contratação direta de profissionais temporários de obras e serviços de engenharias destinados à construção, reforma, à ampliação e ao aprimoramento de estabelecimentos penais. Com o incentivo dessa lei, no ano de 2019, foram criadas 19.784 novas vagas nos estabelecimentos penitenciários do país.

Verifica-se, desse modo, que as razões para existirem graves violações à direitos humanos em alguns estabelecimentos penais do País não é apenas de ordem financeira, como muitos governantes alegam, mas a falta de estratégias de administração e também como se sabe a ausência de vontade política, reconhecida pelo Ministro do STF em 2015, em decisão reconhecendo a competência do Poder Judiciário para determinar à Administração Pública a reforma de presídios.

4. CONCLUSÃO

Ao chegar-se no fim deste artigo, viu-se, então, que os encarcerados, sujeitos à

disciplina e correção estatal devido à violação de regras impostas a todos, apesar de sua condição, possuem direitos e garantias inerentes a sua condição de ser humano. No entanto, quem mais deveria assegurá-los, é também o seu maior violador, o Estado. Após a exposição e análise das condenações do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, chega-se à conclusão de que, a despeito da existência de instrumentos normativos para a proteção de grupos vulneráveis diante do poder estatal, a sua efetividade ainda é pequena. Os presos, por não terem opção, senão sujeitar-se às condições existentes nos presídios, veem a sua dignidade humana sendo desrespeitada continuamente, o que afasta, por completo, o caráter ressocializador que a pena possui. Em síntese, então, a sanção penal é inócua, fazendo com que os presídios se tornem “escolas da criminalidade” e não estabelecimentos voltados para a reflexão dos atos cometidos, educação, restauração de caráter, etc. como originalmente concebido.

O mais preocupante é que a sociedade como um todo não parece se preocupar com seres humanos sendo submetidos a situações humilhantes. Parece haver um pensamento geral de uma espécie de merecimento desses indivíduos, já que descumpriram a ordem moral e legal vigente. Esquecem, no entanto, que esses indivíduos, retornarão à sociedade em um determinado dia. Como quereremos que eles sejam? Plenamente ressocializados, transformados em pessoas melhores ou piores do que entraram? É uma questão a ser respondida internamente por cada um, mas que se foi tentado influenciar aqui.

A sociedade criou o Direito para que ele, ao estabelecer normas e sanções pelo seu descumprimento eventual, fornecesse subsídios ao amadurecimento das nações. Até aqui houve uma evolução significativa, já que guerras civis, miséria, atrocidades, outrora comuns, já não são tão presentes em boa parte do mundo. No entanto, no que concerne ao Direito Penal, muitos ainda creem e defendem sanções cruéis e desumanas, como no berço da humanidade. É um contrassenso que se deve evitar para a evolução da espécie humana.

5. REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. De 10 de dezembro de 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 05 jun. 2020.

Brasil. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210/84. De 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 28 mai 2020.

_____. **Constituição Federal de 1988**. De 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848. De 07 de setembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, desumanos ou degradantes. **Decreto nº 40**. De 15 de fevereiro de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CcIVIL_03/decreto/1990-1994/D0040.htm. Acesso em: 20 mai. 2020.

_____. Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. **Decreto No 98.386**. De 9 De Dezembro De 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D98386.htm. Acesso em: 25 mai. 2020.

_____. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Decreto No 678**, de 6 De Novembro DE 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 27 mai. 2020.

_____. **Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. **Lei Complementar nº 79**, de 07 de janeiro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp79.htm. Acesso em: 10 mai. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cartilha da Mulher Presa**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/comecardenovo/publicacoes/cartilha_da_mulher_presa_1_portugues_4.pdf. Acesso em: 10 mai. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. **Resolução nº 113**, de 20 de abril de 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n113-20-04-2010-presidencia.pdf. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. **Resolução nº 213**, de 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>. Acesso em: 13 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. **Resolução nº 14**, de 11 de novembro de 1994. Disponível em: <http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>. Acesso em: 09.out. 2020.

_____. **Resolução nº 04**, de 15 de julho de 2009. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=112041>. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. **Resolução nº 07**, de 14 de abril de 2003. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civil/acoes_afirmativas/cadeias/pe_legislacao/2003resolu07.pdf. Acesso em: 10 mai. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS LÉSBICAS, GAYS, BISEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS; CONSELHO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. Resolução Conjunta nº 01. Disponível em: http://portal.imprensanacional.gov.br/materia/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/41965371/do1-2018-09-24-resolucao-conjunta-n-1-de-21-de

setembro-de-2018-41965115. Acesso em: 10 mai. 2020.

GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: RT, 2015.

MENDES, F. Gilmar; BRANCO, G.G., Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Restringir visita íntima em presídio fere direito individual dos presos à reinserção social. 27 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/restringir-visita-intima-em-presidio-fere-direito-individual-dos-presos-a-reinsercao-social>. Acesso em: 10 mai. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2017.

Resoluções. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/busqueda_medidas_provisionales.cfm?lang=es. Acesso em: 13 jun. 2020 (NÃO SEI COMO FAZER ESSA REFERÊNCIA).

SANCHES, Rogério. **Manual de Direito Penal**. 7ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

SARMENTO, Daniel; NETO, Pereira de Souza, Cláudio. **Curso de Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em 28.06.2021 Aceito em: 19.07.2021

DO SUPLÍCIO AO CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: O RETRATO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

From punishment to compliance with the custodial sentence: the portrait of the Brazilian prison system

Thaina Marques de Oliveira¹

Reinaldo Alves Pereira²

RESUMO

Partindo do suplício, o objeto de estudo deste artigo reside na análise da construção da pena privativa de liberdade e seus principais reflexos no sistema prisional brasileiro face à vulnerabilidade experienciada extramuros, maximizada no cumprimento de penas ante a desconsonância da legislação nacional e internacional frente às facetas do cárcere. Ao observar a conjuntura prisional, compreendeu-se como objetivo geral investigar os aspectos que enlaçam o cumprimento de pena privativa de liberdade, vez que, o descumprimento de normas que garantem uma passagem prisional digna alarmam vivências desumanas, na qual o Estado faz-se protagonista. Para tanto, a metodologia adotada fora do tipo exploratória com método bibliográfico-descritivo, adoção importante para entender o caráter teatral da sanção penal, que lesa, sempre que possível e com ar de satisfação, as finalidades penais. Os resultados obtidos residiram na captação do retrato prisional, que passa a ter cor, escolaridade e idade definida, sendo essas apenas algumas intersecções que diferenciam os indivíduos, embora estes, quase sempre, sejam tratados como iguais, não se aderindo a um sistema de diferenciação que leva em consideração as vulnerabilidades personalíssimas de cada indivíduo custodiado. Assim sendo, embora se garanta aos cidadãos em privação de liberdade apenas a perda dos direitos políticos – com o trânsito em julgado – e a privação da liberdade, estes tendem

ABSTRACT

Starting from punishment, the object of study of this article resides in the analysis of the construction of the custodial sentence and its main reflexes in the Brazilian prison system faced with the vulnerability experienced outside the walls, maximized in the serving of sentences before the dissonance of the national and international legislation regarding the facets of prison. When observing the prison situation, it was understood as a general objective to investigate the aspects that link the fulfillment of the requested custodial sentence, since the non-compliance with norms that guarantee a dignified prison sentence warn of inhuman experiences, in which the State makes itself a protagonist. Therefore, the methodology adopted was the exploratory type with a bibliographic-descriptive method, an important choice to understand the theatrical character of the criminal sanction, which harms, whenever possible and with an air of satisfaction, the punitive purposes. The results obtained focused on capturing the prison portrait, which starts to have color, education and defined age, these being only a few intersections that differentiate individuals, although these are almost always treated as equals, not adhering to a differentiation system which takes into account the very personal vulnerabilities of each individual in custody. Therefore, although citizens in custodial sentences are guaranteed only the loss of political rights – with res judicata – and the deprivation of liberty, they tend to lose other rights that tarnish their image for a lifetime.

1 Bacharela em Direito, advogada licenciada, assessora de magistrado, pós-graduanda em Direito do Consumidor e Direito Constitucional Aplicado pela LEGALE.

2 Bacharel em Direito, professor no curso de Direito da AESGA, mestre em Direitos Humanos pelo PPGDH – UFPE.

a perder direitos outros que maculam a imagem durante toda uma vida.

Palavras-chave

Suplício, superlotação prisional, políticas públicas.

Keywords

Punishment, prison overcrowding, public policies.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Breve histórico. 3 As atuais mazelas do sistema carcerário brasileiro. 4 Políticas públicas voltadas para a ressocialização. 5 Considerações finais. 6 Referências.

SUMMARY: 1 Introduction. 2 Brief history. 3 The current problems of the Brazilian prison system. 4 Public policies aimed at resocialization. 5 Final considerations. 6 Bibliography.

1. INTRODUÇÃO

Aduz a Constituição Federal em seu artigo XXXIX que “[...] não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”³, extraindo-se que sem norma pretérita, inexistente pena. Trata-se de uma garantia penal, vez que limita o poder e dever punidor do Estado. Para Cesare Beccaria⁴, com a ascensão da espécie humana e a necessidade gritante de satisfação das demandas de sobrevivência, os indivíduos se viram obrigados a aderir ao agrupamento, dando ensejo a uma pluralidade de sociedades, e logo, competitividades.

A conveniência de impor limites para todos sobreveio ao status de liberdade, perfazendo primordial a relativização da liberdade plena para que todos pudessem gozar do mínimo de segurança, tornando-se a pena a materialização do poder de sanção do Estado através do devido processo legal⁵ face o cometimento do ilícito penal que dá causa à punição estatal com finalidade preventiva e retributiva⁶ Essa privação de liberdade só poderia ser concretizar, em regra, com sentença transitada em julgado, o que não é, de fato, observado, dando causa à penalização antecipada em desfavor de grupos específicos, escancarando vulnerabilidades sociais extramuros maximizadas no cumprimento da pena privativa de liberdade.

Partindo dessas premissas gerais, o objeto da pesquisa residiu na análise da construção da pena privativa de liberdade e seus principais reflexos no sistema prisional

3 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

4 BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**: São Paulo: Martin Claret, 2001.

5 MEDEIROS, Alves Andrezza. **Sistema Prisional Brasileiro, crises e implicações na pessoa do condenado**. 1 Ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017.

6 BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 1940.

brasileiro face à vulnerabilidade experienciada extramuros, maximizada no cumprimento de penas ante a desconsonância da legislação nacional e internacional frente às facetas do cárcere. Para tanto, compreendeu-se como objetivo geral investigar os aspectos envolvidos do cumprimento da privação de liberdade ante o descumprimento de normas, vez que, com a ruptura de normas que garantem uma passagem prisional digna, escancara-se vivências desumanas, destacando-se o Estado como propagador dessa abordagem hostil.

A importância da temática se justifica a partir da conjuntura violenta maximizada no cumprimento de pena privativa de liberdade, vez que, com a vedação do suplício, inaceitável que as penas recaiam, ainda que de forma indireta, sobre o corpo tido como criminoso, o que acaba por se reverberar na alta taxa de reincidência, incompatível com os aspectos ressocializadores que devem nortear a sanção penal.

Neste giro, percebeu-se como pertinente iniciar a pesquisa com a exposição do histórico da pena, partindo-se para o enfrentamento das mazelas vivenciadas por àqueles em regime privativo de liberdade. O referencial teórico funda-se com a exposição de políticas públicas garantidas, trazendo os deveres basilares do preso com viés humanizado que poderiam ensejar o contorno do cenário exposto no curso da pesquisa. Ao fim, expôs-se às considerações finais, concluindo-se com as referências utilizadas no curso da pesquisa.

2. BREVE HISTÓRICO

No Brasil, a pena mais severa que o indivíduo pode suportar é a pena privativa de liberdade. Para Michael Foucault, as prisões surgiram como forma de efetivar o suplício, vez que sem a penalização pública e indigna do corpo, inexistia pena. Assim, entendia-se por suplício o sacrifício com caráter corretivo do corpo para garantia da punição frente ao fato delituoso. Não bastava, por si só, a penalização física: fazia-se necessário dar publicidade ao castigo realizado com destreza e crueldade com a exposição dos crimes praticados pelo corpo suplicado.

O suplício penal não corresponde a qualquer punição corporal: é uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune: não é absolutamente a exasperação de uma justiça que, esquecendo seus princípios, perdesse todo o controle. Nos “excessos” dos suplícios, se investe toda a economia do poder.⁷

Essa forma de punição, que perdurou até o século XIX, acabou refletindo de forma

7 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 27 ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes. 1987.

negativa frente à sociedade, momento este em que tal prática punitiva começou a perder o seu caráter teatral. Neste sentido, a coletividade passa a equiparar a imagem do efetivador do suplício ao do corpo suplicado, fazendo surgir questionamentos quanto à pena posta. Assim, a justiça quebra o paradigma com a violência, de sorte que a hostilidade sobre o corpo deixa de ser motivo para glorificar, iniciando-se um período onde a punição do acusado é a própria sentença, que por si só, já é motivo de vergonha materializada no cumprimento de uma pena não teatral.

Com a chegada dos portugueses em território nacional, as punições baseavam-se no “olho por olho, dente por dente”, de modo que logo fora fortalecida a vingança privada como única forma punitiva.⁸ Nessa sequência, a partir do século XVI, o Brasil fora submetido às Ordenações Filipinas, momento de criação de leis estabelecidas através das situações vivenciadas pela sociedade, ora moldadas pela intimidação, aceitando-se, inclusive, a pena de morte. Com o advento do primeiro Código Criminal Brasileiro, em 1830, a prisão passa a ter outra finalidade: a de punição propriamente dita.

Por conseguinte, durante o Império Português, o Brasil teve a sua atenção voltada para a construção de um lugar que comportasse “criminosos”, incluindo, de igual forma, os escravos.⁹ Frisa-se a duplicação das penas aos escravos, já que, com as crises econômicas, os direitos destes eram os primeiros a serem questionados, protagonizando a última pena de morte, condenando, em 1876, um servo à forca por ter ceifado a vida de seu senhor, baseando tal brutalidade na legislação de 1835.¹⁰

Nesse seguimento, com a promulgação do Código Penal de 1984, a punição deixa de ter viés meramente retributiva e adota a teoria dúplice da pena: preventiva e retributiva. Garantias básicas, reafirmadas com a entrada em vigor da Lei de Execução Penal – LEP¹¹ sob a influência da promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos,¹² diploma com destacada importância que deu margem para a construção de novas normativas assegurativas nas quais buscavam proteger direitos inerentes a todos os indivíduos a fim de vedar distinções que impedissem tal premissa e ensejassem a mesma barbárie ocorrida durante a Segunda Guerra Mundial.

A par de influências internacionais que tratam os direitos humanos com ressaltada

8 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

9 ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira de. Entre dois cativeros: escravidão urbana e sistema prisional no Rio de Janeiro, 1790-1821. In: MAIA, C. N. et al (Org). **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. v. 1, p. 217-248.

10 BRASIL. Senado Federal. **Há 140 anos, a última pena de morte do Brasil, Brasília**: Senado Notícias, 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/04/04/ha-140-anos-a-ultima-pena-de-morte-do-brasil>>. Acesso em: 18 out. 2020.

11 BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Brasília: Senado Federal, 1984.

12 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. Paris: 1948.

prioridade, nasce a LEP, ora asseguradora de direitos basilares a fim de “proporcionar condições para a harmônica integral social do condenado e do internado” (art. 1º), garantindo, pelo menos no plano formal, assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, embora não logre êxito na efetivação dessas proteções.

Não obstante, ainda que a sanção penal possua como premissa a ressocialização, ratificada através da LEP, visualiza-se que os estigmas sociais repercutem de forma direta nos poderes estatais, condicionando direitos triviais de sobrevivência. Logo, o sistema carcerário brasileiro passa por crises que vão além da ressocialização dos custodiados, dado que os indivíduos que estão com o direito de liberdade suspensos tendem a ter outros direitos inviabilizados de forma completamente ilegítima, dando vazão para que o cárcere se evidencie como o colegial do crime.

3. AS ATUAIS MAZELAS DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Possuindo a terceira maior população carcerária do mundo, o Brasil enfrenta problemas que relacionam-se principalmente com o avantajado número de encarcerados, reflexos que ferem direitos individuais e fazem com que garantias se direcionem no sentido de sofrer com perigosas relativizações. A própria saúde, o lazer, a educação, o trabalho e principalmente a comida são ofertados de modo insuficiente frente à quantidade de indivíduos em regime privativo de liberdade.

Ao recordar os direitos dos encarcerados, que devem ser garantidos antes mesmo do encarceramento, a marcante frase “bandido bom é bandido morto” é recordada como forma de hostilizar não apenas àquele que cumpre pena, mas de forma tendenciosa, aos que defendem os direitos desses indivíduos, que em regra, só podem perder o direito a liberdade, e com a condenação com trânsito em julgado, os direitos políticos.

Conquanto a crescente população aprisionada não seja o único problema dentro do encarceramento, é perceptível que esta desencadeia uma série de problemáticas. Segundo o INFOPEN, totalizava-se, em dezembro de 2019, uma população prisional de 773.151 nacional, enquanto que em dezembro 2018, o número de presos orbitava em 725.332.¹³ O que se observa é um aumento significativo da população prisional, sem a consequente ampliação dos espaços de cumprimento da pena, significando uma superpopulação carcerária, em perspectiva contrária ao que dispõe o artigo 88 da LEP, que estabelece que o condenado deve ser recepcionado em cela individual com área mínima de seis metros

13 “Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados. Considerando presos em estabelecimentos penais e presos detidos em outras carceragens, o Infopen 2019 aponta que o Brasil possui uma população prisional de 773.151 pessoas privadas de liberdade em todos os regimes. Caso sejam analisados presos custodiados apenas em unidades prisionais, sem contar delegacias, o país detém 758.676 presos”. Disponível em: Depen atualiza dados sobre a população carcerária do Brasil — Português (Brasil) (www.gov.br).

quadrados, contendo dormitório, lavatório e aparelho sanitário¹⁴, o que se distancia da realidade em razão do aprisionamento em massa. À vista disso, um sistema que só pode comportar com o mínimo de dignidade 442.349 indivíduos, recepcionando quase que o dobro do número de vagas, só poderia entrar em colapso, rompendo com as finalidades da prisão e fadando-se fracasso.

Neste seguimento, grande parte do número de presidiários tratam-se de presos provisórios¹⁵, ocupando-se de pessoas que não possuem condenação transitada em julgado, e para tanto, ainda podem ser absolvidas. Embora existente a possibilidade de absolvição, a jurisprudência não se faz unânime no que tange a aferir se é cabível ou não indenização ao encarcerado preso indevidamente, demonstrando a fragilidade dos direitos dos presos, que ainda que absolvidos no curso do procedimento, não assistem segurança jurídica no que versa ao direito indenizatório.

Anterior a LEP, a Organização das Nações Unidas criou as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos. Conhecida como Regras de Nelson Hungria, o conjunto de premissas busca indicar “bons princípios e práticas no tratamento dos reclusos e na gestão de estabelecimentos prisionais”¹⁶ na qual o Brasil faz-se signatário. Criada em 1955, as Regras de Nelson Hungria buscam estabelecer princípios a serem respeitados pelos sistemas penitenciários dos países signatários, buscando efetivar tratamento digno aos custodiados.

Destaca-se, na Regra 01, a garantia do Estado em assegurar a segurança dos custodiados, o que na prática não logra êxito. Conquanto alguns crimes sejam tratados com maior repugnância diante da sociedade, as legislações nacionais e internacionais não fazem distinções acerca do tratamento a ser oferecido a estes em razão da penalidade imposta, embora notícias de agressões em face dos reclusos sejam noticiadas com frequência e tratadas com normalidade.

Com a mesma veemência, as Regras de Nelson Hungria garantem o dever estatal na aplicação de normas de forma imparcial, sendo defesa a discriminação. Nesse ínterim, institui-se que para garantia da eficácia da não discriminação, as administrações dos presídios devem levar em consideração as particularidades e as necessidades singulares dos detentos, em especial a de presos que apresentem maior vulnerabilidade por as suas condições personalíssimas.

14 BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Brasília: Senado Federal, 1984.

15 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de dezembro de 2019. Brasília: 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizWI2MmJmMzYtODAzMC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmIyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNlNy05MwYyLTJmZjZGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 29 out. 2020.

16 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. UNODC – Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes. Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, 1955.

Nessa conjuntura, dados do CNJ retratam que a população carcerária tem idade, cor e escolaridade definida: trata-se de uma coletividade com idades predominantes entre 18 e 29 anos, pertencentes ao espectro da negritude, onde apenas 13,72% possui ensino médio completo,¹⁷ tratando-se de pessoas que mal iniciaram a vida adulta e já foram captadas para o mundo do crime. Assim sendo, embora esse espectro do Direito tenha endurecido no decorrer dos anos, o índice de criminalidade não diminui, evidenciando que o caráter de espetáculo que a sanção penal abarca ao atender os anseios justiceiros da sociedade não enseja o contorno da criminalidade.

Entende Medeiros¹⁸ que a superlotação carcerária dá causa a diversas problemáticas, podendo-se mencionar as rebeliões que validam a incapacidade da instituição prisional em custodiar de forma devida os presos. Não obstante, os agentes penitenciários, totalizados em 110.00,00,¹⁹ são insuficientes para suportar a demanda prisional, recebendo salários ínfimos que orbitam entre R\$ 1.769,19 (mil setecentos e sessenta e nove reais e denove centavos) e R\$ 1.879,11 (mil oitocentos e setenta e nove reais e onze centavos),²⁰ que se reverberam na corrupção que faz adentrar armas, celulares e outros objetos proibidos. Partindo da premissa lógica que os objetos penetrados no sistema prisional adentram por algum lugar, faz-se a reflexão de quais são as portas de entradas instituídas e quem são as pessoas que a intermediam.

Tampouco seja vedada a terceirização da administração dos presídios aos encarcerados, nota-se como protagonista a figura do “chaveiro”, preso que detém as chaves das entradas da unidade prisional, exercendo figura de poder quando comparado aos demais encarcerados. Afirma Cosme²¹ que os “chaveiros” são detentos condenados por crimes que envolvem extrema violência, passando a imagem de medo para os demais encarcerados, garantindo, deste modo, “regalias” que envolvem a entrada de drogas e outros objetos ilegais, se manifestando na falência do sistema dada à inaptidão de conter condutas ilícitas dos detentos.

Sendo inegável que o endossamento de algumas atividades enseja a diminuição da atividade laboral do agente que coloca a sua vida em risco para lidar com o que é

17 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Cadastro Nacional de Presos. Brasília: 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2020.

18 MEDEIROS, Alves Andrezza. **Sistema Prisional Brasileiro, crises e implicações na pessoa do condenado**. 1 Ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017.

19 AGÊNCIA BRASILEIRA DE NOTÍCIAS E INFORMAÇÕES. Agentes penitenciários revelam insegurança para enfrentar covid-19. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-06/agentes-penitenciarios-revelam-inseguranca-para-enfrentar-covid-19>>. Acesso em: 30 dez. 2020.

20 SALÁRIO. Agente Penitenciário – Salário 2020 e Mercado de Trabalho, 2020. Disponível em: <<https://www.salario.com.br/profissao/agente-penitenciario-cbo517315/>> Acesso em: 29 out. 2020.

21 COSME, Jorge. O poder dos chaveiros nos presídios de Pernambuco. LeiaJá, 2019. Disponível em: <<https://www.leiaja.com/noticias/2019/12/19/o-poder-dos-chaveiros-nos-presidios-de-pernambuco/>>. Acesso em: 19 out. 2020.

marginalizado pelo próprio Estado, visualiza Alencar²² que o papel do “chaveiro” vai além do abrir e fechar fechaduras: trata-se de uma figura que passa confiança para a direção e administração do presídio, tratando-se de presos que estão cumprindo pena a um lapso de pena considerado superior quando comparado aos demais encarcerados, impondo respeito através do medo.

Assim, o encarceramento é tratado como uma resposta estatal ante o crime organizado, fazendo com que autores de crimes de menor potencial ofensivo se misturem aos praticantes de crimes de maior reprovabilidade, doutrinando custodiados de forma vil. Por derradeiro, a falta de um olhar voltado para a ressocialização torna o encarcerado detentor de poder extramuros, reverberando a violência que não diminui, embora crescente o número de encarceramento, que por lógico, deveria ensejar a diminuição da criminalidade.

Exemplo claro do crime organizado são as facções criminosas. Ainda que seus membros estejam encarcerados, tal fato não diminui o poder do grupo. Ao contrário, enseja a conquista de novos espaços, repercutindo e abrangendo o domínio, como é o caso do Primeiro Comando da Capital, que embora tenha iniciado às atividades criminosas em São Paulo, expande força por todo o território nacional, acarretando medo e respeito por onde transita.²³

Em razão disso, Thompson²⁴ elucida que a pena de prisão beneficia um sistema social com normas próprias, justificando o poder maximizado das facções criminosas que ganham espaços em instituições carcerárias, por vezes legitimadas através dos agentes estatais, fortalecendo grupos criminosos. Com base no *deficit* de agentes carcerários no sistema prisional brasileiro, é possível visualizar que a imposição de uma ordem frente aos demais custodiados é capaz impor respeito, estabelecendo limites e regras que demonstram a falsa paz moldada pelo medo.

Nessa conjectura, trata-se o sistema prisional não como forma eficaz de reabilitação, mas como modo de afastamento do sujeito da sociedade para que esta não venha a penar com reflexos do “criminoso” que por vezes passa despercebido pelo Estado no decorrer de sua vida, suportando a invisibilidade por anos até que seja visto pelo Estado como sujeito do crime. Estabelece Foucault que a prisão é a “detestável solução de que não se pode abrir mão”,²⁵ não havendo sido encontrado outro método plausível que enseje a ressocialização.

Percebe-se a falência do sistema prisional através de problemas

22 ALENCAR, Eduardo Matos de. De quem é o comando? O desafio de governar uma prisão no Brasil. 1. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2019.

23 FELTRAN, Gabriel. Irmãos: Uma história do PCC. 1. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

24 THOMPSON, Augusto Frederico Gaffree. A questão penitenciária. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

25 FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 27 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1987, p. 196.

recorrentemente enfrentados, tais como déficit expressivo de vagas nos presídios, rebeliões, fugas e altos índices de reincidência criminal. A prisão perdeu (se é que algum dia o teve) seu papel de instituição ressocializadora e promotora da reeducação dos indivíduos para tornar-se apenas um local que favorece a socialização em uma cultura carcerária. Mesmo as iniciativas que visam à formatação educacional e profissional dentro das instituições carcerárias possuem, sobretudo, o objetivo de preenchimento do ócio dentro da unidade, não se constituindo efetivamente em instrumento de reeducação dos indivíduos²⁶.

Dessa forma, constata-se que o sistema prisional não está direcionado a buscar mecanismos voltados para a ressocialização, razão pela qual a reincidência ainda se faz predominante. Consoante o Conselho Nacional de Justiça, a taxa de reincidência entre 2015 e 2019 orbitou em 42,5%, tratando-se de pessoas que retornaram a delinquir, pós sentença transitada em julgado, em um lapso temporal considerado curto para o retorno à ilicitude.²⁷ À vista disso, a finalidade ressocializadora se mostra ineficaz para ensejar readequação devida do indivíduo em sociedade, evidenciando a falta de comprometimento do Estado em garantir uma das funções sociais da pena.

Atentar-se ao objetivo da pena verifica-se uma tarefa árdua de longo prazo, o que é incompatível com as finalidades políticas de quem se elege, assim como com os anseios justiceiros do coletivo que acredita que bandido bom é bandido morto, incitando ódio e violência. As mazelas do sistema prisional brasileiro indicam uma sociedade doente que é capaz de relativizar direito e garantias, assim como cometer o ilícito para punir o agente criminoso, se amoldando a este.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS PARA A RESSOCIALIZAÇÃO

Como uma das premissas do encarceramento, a ressocialização surge com o fundamento de devolver o egresso para a sociedade da forma devida, apagando-se a mácula da conduta delituosa, todavia, a falta de políticas públicas destinadas à reintegração dos custodiados faz-se dificultosa. Entende-se que a problemática que envolve o encarceramento parte da lotação das instituições prisionais, que acaba por reverberar em diferentes conjunturas dentro do coletivo prisional.

Um sistema que só pode comportar com o mínimo de decência um número de

26 CACEMIRO, Wellington. O sistema prisional brasileiro e a reinserção social de ex-presidiários. Jus, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49210/o-sistema-prisional-brasileiro-e-a-reinsercao-social-de-ex-presidiarios>>. Acesso em: 29 out. 2020.

27 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Reentradas e reiteraões infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros. Brasília: 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/panorama-reentradas-sistema.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

indivíduos e praticamente dobra a quantidade, só poderia vincular-se ao fracasso que se apresenta em diferentes esferas dentro do sistema: comida de baixa qualidade, saúde limitada, lazer inexistente, espaço insuficiente, agentes penais defasados e falta de políticas públicas direcionadas à reinserção do custodiado em sociedade.

Até outubro de 2019, o Governo Federal só havia utilizado 12% dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional. Os estados aduzem a dificuldade em utilizar a verba em razão do caráter burocrático de aprovação pelo Departamento Penitenciário Nacional.²⁸ Não obstante, visualize-se a dificuldade em colacionar dados relacionados ao sistema prisional brasileiro, não havendo informações, a exemplo, do montante destinado à alimentação dos custodiados a nível nacional. Igualmente, os dados oficiais penitenciários administrativos são insuficientes para averiguação dos valores voltados para a ressocialização, ratificando a falta de interesse do Estado em demonstrar os métodos utilizados a fim de atingir a ressocialização do preso para que este volte para o coletivo da forma devida.

Muito afastada do ato de ressocializar os indivíduos, a prisão acaba por demonstrar a falência de seus métodos através das constatações feitas pelo autor. A primeira delas diz respeito ao fato de as prisões não diminuírem as taxas de criminalidade; a segunda trata da observação de que a detenção provoca reincidência: depois de sair da prisão, se tem mais chance do que antes de voltar para ela, fato que é aumentado na medida em que a impossibilidade de encontrar trabalho fora dela é enfrentada pelo egresso. A terceira constatação está ligada ao fato de que prisões fabricam delinquentes, além de favorecer a solidariedade entre eles²⁹.

Atualmente, entende-se que o sistema prisional tem como única finalidade o afastamento do agente da sociedade. Não se visualiza uma realidade digna quanto aos espaços mínimos, havendo um rompimento do que deve ser oferecido e do que é dado, falindo qualquer garantia em razão da desconsonância do direito face às vivências experienciadas. Atividades como o trabalho, não são atingem a totalidade de êxito frente à coletividade de custodiados, não havendo vagas a serem oferecidas a integralidade dos presos, embora tal premissa possua previsão legal, com exceção dos presos políticos e dos presos provisórios³⁰.

28 FOLHA DE SÃO PAULO. Governo Federal gastou só 12% dos recursos do fundo penitenciário em 2019. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/10/governo-federal-gastou-so-12-dosrecursos-do-fundo-penitenciario-em-2019.shtml>> Acesso em: 20 out. 2020.

29 VASCONCELLOS, Fernanda B. Trabalho Prisional e Reinserção Social: Função ideal e realidade prática. *Revista Sociologia Jurídica*, 2007. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-5/240-trabalho-prisonale-reinsercao-social-funcao-ideal-e-realidade-pratica-fernanda-bestetti-devasconcellos>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

30 BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Brasília: Senado Federal, 1984.

O sistema carcerário é marcado por grupos de pessoas consideradas vulneráveis em razão de sua renda, da cor e da baixa escolaridade,³¹ o que não é revertido quando o indivíduo adentra na instituição penitenciária, embora algumas vulnerabilidades possam ser contrariadas com políticas públicas adequadas para quebrar paradigmas de fragilidade. O estigma de ex-presidiário é limitador e caracteriza o retorno do indivíduo para o crime, dando ensejo a uma nova vulnerabilidade capaz de macular a imagem do cidadão: o de ter transitado no sistema penitenciário como criminoso.

Vasconcellos³² indica ser contestável se a instituição carcerária é capaz de atingir o objetivo de reabilitação, poderando que esta molda o sujeito de forma indireta através de comportamentos típicos do próprio ambiente privativo de liberdade, ocorrendo um desencontro entre padrões carcerários e padrões da sociedade, que recebe o egresso considerado inferior por as suas condições econômicas, sociais e educacionais.

Considerando o trabalho como obrigação dentro do encarceramento para presos sentenciados, a LEP afirma que “o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá como finalidade educativa e produtiva”,³³ cabendo ao Estado oportunizar a preparação adequada dos custodiados para que estes evoluam através do exercício laboral para o retorno em sociedade. Todavia, constata-se que nem todos os estabelecimentos prisionais conseguem oferecer a atividade laboral para todos que possuem não só a obrigação trabalhar, mas o desejo.

Assim como o exercício laboral, a educação é fonte ressocializadora capaz de readequar o custodiado nos moldes adequados para habitação em comunidade. Dados do Conselho Nacional de Justiça ratificam aspectos alarmantes: 2,51% da população carcerária é analfabeta; 24,04% têm o ensino fundamental incompleto; 52,27% possuem o ensino fundamental completo; 6,11% não terminaram o ensino médio; 13,72% concluíram o ensino médio, conquanto apenas 0,83% concluíram o ensino.³⁴

Nessa perspectiva, nota-se o quão ínfima é a formação educacional da população carcerária, e, embora o estudo seja incentivado no sistema prisional através da diminuição de dias privativos de liberdade por meio do instituto da remição da pena, esse estímulo não se associa de forma clara com a formação estudantil do custodiado, relacionando-se predominantemente com o preenchimento do tempo ocioso.

31 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Cadastro Nacional de Presos. Brasília: 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2020.

32 VASCONCELLOS, Fernanda B. Trabalho Prisional e Reinserção Social: Função ideal e realidade prática. Revista Sociologia Jurídica, 2007. Disponível em: <<http://www.sociologijuridica.net.br/numero-5/240-trabalhoprisional-reinsercao-social-funcao-ideal-e-realidade-pratica-fernanda-bestetti-devasconcellos>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

33 BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Brasília: Senado Federal, 1984.

34 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Cadastro Nacional de Presos. Brasília: 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2020.

As políticas públicas voltadas para a reinserção do indivíduo em coletividade são insuficientes, não possuindo clareza quanto à intenção ressocializadora prevista em lei, atrelada mais à ocupação temporal, e não como método de mudança de vida, o que se certifica através da crescente taxa de criminalidade, ampliada independente do crescimento da população carcerária, que por razão, deveria ocasionar a diminuição do crime em sociedade, o que não é visualizado.

A ausência de políticas públicas voltadas para a ressocialização do preso fere a legislação na qual leciona a reintegração do custodiado como premissa imediata da pena, o que se distancia da realidade, fazendo urgir a criminalidade que se apresenta através de um sistema prisional insustentável, utilizado como escopo da marginalização de indivíduos que são tidos como a escória da sociedade, dando vasão para a repetição de um ciclo que afirma a criminalidade como única saída urgente para aqueles que não possuem possibilidades vastas para contornar à estigma que toca a miséria social.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a extinção da pena de morte, e em seguida, com a virada que traz a sanção penal com dupla finalidade, retributiva e preventiva, cria-se, pelo menos no plano formal, um novo paradigma de custódia com premissas que visam não só retribuir o mal causado, mas, concomitante, ressocializar o cidadão através do cumprimento de uma sanção, abarcando-se a pena privativa de liberdade.

Embora o rompimento com o suplício e com a vingança privada tenha sido de grande valia para humanizar a pena privativa de liberdade, percebe-se certa discrepância no que toca as legislações nacionais e internacionais, da qual o Brasil faz-se signatário, e a realidade experienciada por mais de setecentos e quarenta mil detentos. Essas discrepâncias acabam por escancarar a seletividade das instituições, tratando com muito mais pesar grupos vulneráveis e beneficiando grupos privilegiados em razão da cor e da formação acadêmica, a exemplo.

Neste pesar, todos saem perdendo: a superlotação prisional, que pseudo duplica de forma forçada a capacidade de habitação, trata as pessoas como bichos; a comida de qualidade ínfima, ao ser entregue aos custodiados, precisa ser readaptada no intento de conseguir comê-la; a atividade laboral, como direito e dever de quem possui sentença com o trânsito em julgado, não pode ser oferecida a todos, sendo, por vezes, considerada privilégio de poucos custodiados, e por sua vez, a atividade educacional, não é tratada com a responsabilidade devida, o que se manifesta na crescente taxa de reincidência, que escancara o mundo paralelo do crime como único lugar habitável, longe dos preconceitos que maculam a imagem de quem perde anos da sua vida atrás de uma grade.

Não obstante, é de se visualizar que as instituições estatais, ainda que de forma indireta, mas conciente, encontraram novas maneiras de adaptar o velado suplício ao que se é experienciado hoje de forma aceitável e até aplaudida por as camadas mais privilegiadas da sociedade. O ciclo parece infinito, e o contorno desse cenário violento só pode ser revertido com eventuais políticas públicas que devem perpassar governos, o que de fato, não se assemelha com os anseios políticos de quem coloca-se no poder, tampouco com o âmago justiceiro da sociedade.

Nesta senda, compreendeu-se a educação como caminho essencial para o contorno desse cenário: educação para os que se encontram intramuros e educação para aqueles que têm o privilégio de serem livres. De fato, essa liberdade nunca custou tão caro, ao passo que condiciona os direitos de alguns para sobrepor os direitos de outros. É seletiva e eletiva, não abarcando os diferentes sociais, econômicos, educacionais, raciais e de gênero.

Essa construção, apesar de longa e dolorosa, se faz necessária para ser crível uma nova realidade, que não marginalize indivíduos que são ignorados, por vezes, desde o nascimento, só se tornando visíveis para o Estado e para a sociedade a partir do cometimento do ilícito. De maneira específica, a educação direcionada aos direitos humanos têm se mostrado maneira hábil de combater a aceitação de desigualdades, aderidas com certa facilidade atualmente. Como reflexo da ausência desse tipo de abordagem, nota-se que os agentes estatais tornam-se frutos do meio: dão vasão e escancaram vulnerabilidades sem remorso e com ar de prestígio.

Se a sociedade sofre com os revérberos desse tipo de paradigma, a ruptura com a abordagem excludente anterior aos muros, não deve apenas de responsabilidade estatal. Os filhos do cárcere, em território nacional, totalizam a terceira maior população prisional do mundo, de modo a tornar-se um problema de todos àqueles que vismm reverter à criminalidade além dos anseios prisionais de massa, ora demonstrado desafiados e sem retorno de melhoria.

6. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Agentes penitenciários revelam insegurança para enfrentar covid-19. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-06/agentes-penitenciarios-revelam-inseguranca-para-enfrentar-covid-19>>. Acesso em: 30 dez. 2020.

ALENCAR, Eduardo Matos de. **De quem é o comando?** O desafio de governar uma prisão no Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2019.

ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira de. Entre dois cativerios: escravidão urbana e sistema prisional no Rio de Janeiro, 1790-1821. In: MAIA, C. N. et al (Org.). **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 1940.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Presos**. Brasília: 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Reentradas e reiteraões infracionais**: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros. Brasília: 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/panorama-reentradas-sistema.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Brasília: Senado Federal, 1984.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de dezembro de 2019**. Brasília: 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWl2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmlyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de dezembro de 2018**. Brasília: 2018. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMThjOWU0YzUtMjFmNS00Y2U2LThiMzgtZDEzNWY4MGU5YmNhIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Há 140 anos, a última pena de morte do Brasil**. Brasília: Senado Notícias, 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/04/04/ha-140-anos-a-ultima-pena-demorte-do-brasil>>. Acesso em: 18 out. 2020.

CACEMIRO, Wellington. O sistema prisional brasileiro e a reinserção social de expresidentes. Jus, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49210/o-sistema-prisional-brasileiro-e-a-reinsercao-social-de-expresidentes>>. Acesso em: 29 out. 2020.

COSME, Jorge. O poder dos chavesiros nos presídios de Pernambuco. **LeiaJá**, 2019. Disponível em: <<https://www.leiaja.com/noticias/2019/12/19/o-poder-dos-chavesiros-nos-presidios-de-pernambuco/>>. Acesso em: 19 out. 2020.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. Paris: 1948.

FELTRAN, Gabriel. **Irmãos: Uma história do PCC**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

GOVERNO Federal gastou só 12% dos recursos do fundo penitenciário em 2019. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/10/governo-federal-gastou-so-12-dosrecursos-do-fundo-penitenciario-em-2019.shtml>> Acesso em: 20 out. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 27 ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes. 1987.

MEDEIROS, Alves Andrezza. **Sistema Prisional Brasileiro, crises e implicações na pessoa do condenado**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. UNODC – Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes. Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, 1955.

SALÁRIO. Agente Penitenciário – Salário 2020 e Mercado de Trabalho. 2020. Disponível em: <<https://www.salario.com.br/profissao/agente-penitenciario-cbo517315/>>. Acesso em: 29 out. 2020.

THOMPSON, Augusto Frederico Gaffree. **A questão penitenciária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

VASCONCELLOS, Fernanda B. **Trabalho Prisional e Reinserção Social: Função ideal e realidade prática**. Revista Sociologia Jurídica, 2007. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-5/240-trabalhoprisonale-reinsercao-social-funcao-ideal-e-realidade-pratica-fernanda-bestetti-devasconcellos>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em 25.12.2020 Aceito em 14.05.2021
--

DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO PANDÊMICO: A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Human rights in the context of the pandemic: the relativization of fundamental rights and guarantees in Brazil

Adriane Medianeira Toaldo¹

Carine Volz Zaiosc²

RESUMO

O presente trabalho pretende realizar uma análise crítica e construtiva acerca do tratamento conferido aos cidadãos, no tocante à salvaguarda de direitos e garantias fundamentais, durante o primeiro ano de pandemia de Covid-19 no Brasil. Para tanto, emerge como problema o seguinte questionamento: até que ponto é válido relativizar normas que versam sobre direitos básicos do indivíduo, mesmo em um contexto de calamidade pública? A fim de enfrentar o problema, o presente estudo lastreou-se na técnica de pesquisa bibliográfica, construída sob o método de abordagem hipotético-dedutivo, eis que parte de premissas gerais para específicas. Por conseguinte, restou evidente que o contexto pandêmico foi apenas um facilitador para o colapso dos direitos sociais em nosso país, ao passo que o Poder Público não deve negligenciar o aporte de recursos para fomentar a igualdade material, objetivando assegurar o postulado da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave

Dignidade da pessoa, direitos sociais, igualdade material, pandemia.

ABSTRACT

This essay intends to carry out a critical and constructive analysis of the treatment given to citizens, regarding the safeguarding of fundamental rights and guarantees, during the first months of the Covid-19 pandemic in Brazil. To this end, the following question emerges as a problem: to what extent is it valid to relativize norms that deal with basic rights of the individual, even in a context of public calamity? In order to face the problem, the present study was based on the bibliographic research technique, built by the deductive approach method, which starts from general to specific premises. Consequently, it remained evident that the pandemic context was only a facilitator for the collapse of social rights in our country, while the Public Power must not neglect the allocation of resources to foster material equality, aiming to ensure the postulate of the dignity of the human person.

Keywords

Dignity of the person, social rights, material identity, pandemic.

1 Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, RS - UNISC. Professora Adjunta da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, Campus, Santa Maria, RS. Advogada. E-mail: adrianeetoaldo@gmail.com

2 Bacharela em Direito pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, Campus Santa Maria, RS. Pós-Graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS. Pós-Graduanda em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS. Advogada. E-mail: carinezaiosc@gmail.com

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Premissas gerais sobre os direitos humanos. 3 Os direitos fundamentais sociais no contexto do constitucionalismo brasileiro. 4 A fragilização das garantias fundamentais e dos serviços públicos no cenário pandêmico brasileiro. 5 Considerações finais. 6 Referências.

SUMMARY: 1 Introduction. 2 General assumptions on human rights. 3 Fundamental social rights in the context of Brazilian constitutionalism. 4 The weakening of fundamental guarantees and public services in the Brazilian pandemic scenario. 5 Final considerations. 6 References.

1. INTRODUÇÃO

A situação pandêmica advinda do vírus Sars-Cov-2, popularmente conhecido como Covid-19, trouxe mais uma vez à tona a importância dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Com efeito, diante da ascensão do contexto pandêmico, restou evidente a fragilidade com que se encontram os serviços públicos, ensejando a necessidade de efetiva concretização dos direitos básicos do homem, corolário da dignidade da pessoa humana.

A pandemia instigou uma resposta rápida das autoridades públicas, mas nem todas as demandas foram vencidas, o que gerou e está gerando inúmeras mortes pelo mundo. No Brasil, um país em que a saúde já era considerada precária, a negligência de alguns agentes políticos, somados com eventuais casos de corrupção, deixaram latente a ausência de políticas de saúde pública efetivas.

Apesar da pandemia ser democrática, ou seja, pode afetar qualquer indivíduo de qualquer classe social, é evidente que alguns grupos sociais sempre estarão em desvantagem, ou melhor, em desigualdade de condições financeiras, físicas, de higiene, saúde e alimentação. Por conseguinte, mais suscetíveis à contaminação e ao óbito, fazendo com que muitas famílias fossem dilaceradas com a perda dos seus integrantes.

Ao lado dos direitos humanos criados no anseio de garantir condições mínimas de existência, destaca-se os direitos fundamentais. Assim, estes últimos possuem abrangência dentro de cada Estado soberano, sob o viés de elencar as necessidades e peculiaridades de cada Estado. Para tanto, em nosso país, o artigo 6º, da Constituição da República Federativa de 1988³, é o texto normativo responsável por elencar os direitos fundamentais de caráter social, que tratam por exemplo da saúde, moradia, segurança, alimentação, entre outros.

O legislador pátrio, ao editar o atual Código de Processo Civil, doravante Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015⁴, trouxe os direitos fundamentais para a legislação

3 Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

4 Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais

infraconstitucional, estando presentes nos artigos 1º a 12, em rol exemplificativo, o que amplia a aplicação dos mesmos e a intenção do legislador em atender as exigências da sociedade ao buscar a concretização deles.

À vista disso, é de salutar relevância que não se busque somente a criação de novas legislações acerca dos direitos e garantias fundamentais, bem como de direitos humanos, mas que eles sejam realmente efetivados. De nada adianta um direito estar escrito se não for cumprido, e a sociedade neste contexto pandêmico percebeu o quão latente é a fragilidade dos órgãos públicos em oferecer serviços básicos aos cidadãos.

Como metodologia foi utilizado o método hipotético-dedutivo, com base no embasamento teórico, devido ao enfrentamento das discussões sobre a aplicação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais sociais no cenário de pandemia em que se vive, e o quão precários são os serviços públicos no Brasil. A técnica de pesquisa empregada consiste na documentação indireta, cuja forma toma por base a pesquisa bibliográfica. Portanto, tendo como parâmetros a legislação e a doutrina, realiza-se um aprofundamento no estudo da legislação histórica acerca dos direitos humanos, o que e quais são os direitos fundamentais, em especial os sociais, a constitucionalização dos mesmos, e a precariedade em que se encontra o serviço público de atenção à saúde.

Para melhor entendimento do tema proposto, dividiu-se o estudo em três pontos específicos. O primeiro tópico analisa as premissas gerais sobre os direitos humanos. Já o segundo ponto trata especificamente dos direitos fundamentais sociais no contexto do constitucionalismo brasileiro. Por fim, a terceira parte deste trabalho traz a fragilização das garantias fundamentais e dos serviços públicos no cenário pandêmico nacional.

2. PREMISSAS GERAIS SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

Para Norberto Bobbio⁵, os direitos humanos não nascem necessariamente todos de uma vez e muito menos de uma vez por todas. Assim, subentende-se que os direitos humanos são uma criação, obviamente humana, que está em constante evolução, de acordo com a construção da sociedade e da necessidade dos indivíduos.

De acordo com o entendimento de Flávia Piovesan⁶, os direitos humanos compõem “[...] um construído axiológico, fruto da nossa história, de nosso passado, de nosso presente, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social”. Dessa forma, fica evidente que a construção dos direitos humanos é pautada em uma luta histórica de

estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

5 BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988.

6 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos**: desafios da ordem internacional contemporânea. Direitos humanos, v. 1, p. 15-37, 2006.

busca pela dignidade humana, uma ação social que garanta a inclusão e preconize direitos básicos que todos os cidadãos deveriam ter.

A história da criação dos direitos humanos é longa e permeia todo o planeta. Em 1789, por exemplo, os revolucionários franceses, universalizaram a ideia de que o ser humano teria direitos que superavam ao Estado, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Mas, fora em 1948, com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que se destacou a concepção contemporânea dos direitos, juntamente com a posterior Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993.

Este movimento surgiu pós-guerra e, devido às atrocidades cometidas no nazismo, “[...] a era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais, ciganos [...]”⁷. Assim, foi principalmente por essas desumanidades, que desencadearam esforços dos órgãos internacionais para que se buscasse a concretização dos direitos humanos. Na dicção de Eduardo Rabenhorst⁸, se convencionou dizer que “os primeiros direitos humanos, surgidos no século XVIII são os chamados direitos civis e políticos”. Para este autor, “os sujeitos desses direitos são os indivíduos, enquanto objetos sobre os quais eles versam são as liberdades individuais (liberdade de ir e vir, liberdade de expressão, liberdade de crença, etc.)”. Por conta disso, tais direitos são conhecidos como “direitos/liberdade”.

Ao longo do percurso histórico, antes de serem nomeados direitos humanos, havia outros termos, tais como “direitos da humanidade”, “direitos do gênero humano”, “direitos naturais”, “direitos do homem”, os quais, porém, não caracterizavam exatamente os direitos humanos atuais, mas com certeza fizeram parte de seu início. Não há uma concepção precisa do que se trata os direitos humanos, muito em função de sua variabilidade, histórica principalmente, e do próprio fundamento, o ser humano. No anseio de elucidar a temática, imperioso destacar o que assevera Fábio Konder Comparato⁹, “se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou”, significando “que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, diante da qual as especificações individuais e grupais são sempre secundárias”.

7 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea**. Direitos humanos, v. 1, p. 15-37, 2006.

8 RABENHORST, Eduardo R. **O que são os direitos humanos**. Direitos Humanos: capacitação de educadores. Fundamentos histórico-filosóficos e político-jurídicos da Educação em Direitos Humanos. João Pessoa: Editora Universitária, p. 13-21, 2008.

9 COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos direitos humanos**. Cultura dos direitos humanos. São Paulo: LTR, p. 52-74, 1998.

Nessa mesma linha de pensamento, Lynn Hunt¹⁰ afirma que “Os direitos humanos são difíceis de determinar porque sua definição, é na verdade a sua própria existência, depende tanto das emoções quanto da razão”. A Declaração Universal dos Direitos Humanos traz, em seu artigo 1º, que todos nascem livres e com igualdade em dignidade e direitos. As Constituições de vários países, tais como Itália e Alemanha, mais ou menos na mesma época da criação do referido Documento, também aventaram em seu texto legislativo a questão da dignidade humana.

As principais características da Declaração de 1948 são a universalidade e a indivisibilidade dos direitos nela existentes, assim os direitos humanos compõem “uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais”¹¹, o que foi um grande avanço trazido pelo período pós-guerra.

A Constituição de República Federativa do Brasil de 1988 também trouxe como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, isto já em seu artigo 1º, inciso III. Constituindo verdadeiro prisma norteador do Estado Democrático de Direito. Foram vários tratados internacionais escritos na busca da proteção universal de direitos básicos, mínimos a todos os seres humanos. Nesse sentido, Flávia Piovesan¹² destaca o número de países membros de alguns tratados até o ano de 2003, conforme segue:

[...] o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 149 Estados-partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 146 Estados-partes; a Convenção contra a Tortura contava com 132 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial contava com 167 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher contava com 170 Estados-partes e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 191 Estados-partes.

Surgiram também, outros sistemas de proteção de direitos, além da Declaração de 1948, como os regionais, que visam garantir a aplicação do disposto no sistema global nos planos locais, bem como no nacional, sendo um complementar ao outro. Dessa maneira, a soma desses sistemas tem o intuito de propiciar, ou ao menos tentar, uma maior efetividade na tutela e promoção dos direitos. Ainda, com o fim de enfatizar ainda mais os direitos humanos, a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993,

10 HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: Uma história. Tradução: Rosaura Eichenberg. Editora Companhia das Letras, 2009.

11 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos**: desafios da ordem internacional contemporânea. Direitos humanos, v. 1, p. 08-09, 2006.

12 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos**: desafios da ordem internacional contemporânea. Direitos humanos, v. 1, p. 08-09, 2006.

proclama a reciprocidade entre estes direitos, a democracia e o desenvolvimento.

Segundo Fábio Konder Comparato¹³ “[...] a dignidade de cada homem consiste em ser, essencialmente, uma pessoa, isto é, um ser cujo valor ético é superior a todos os demais no mundo”. Assim, emerge a importância e necessidade da democracia, pois somente em uma sociedade democrática e plural é que os valores éticos podem ser aplicados.

O artigo 2º da Declaração de 1948 trata da capacidade de gozo dos direitos e liberdades estabelecidos no referido documento, sem que haja distinção de qualquer espécie, conforme abaixo colacionado:

1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.
2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Desse modo, não poderá haver qualquer distinção política, jurídica ou internacional do país ou território, além de nenhuma diferenciação no que diz respeito à raça, cor, sexo, religião, dentro outros. Assim, pode se considerar que o século XX foi o grande desenvolvedor dos direitos humanos, pois foi neste século que surgiram os chamados direitos difusos, os quais dizem respeito à toda humanidade.

Importante frisar que, como já dito anteriormente, foi ao longo da história que os direitos humanos foram criados e expandidos, de acordo com a própria evolução da sociedade e dos indivíduos. Os direitos humanos passaram ao longo dos anos por um processo de especificação, isto porque, os clássicos, não mais reconheciam os elementos que diferenciam um ser humano de outro, sendo genéricos e abstratos.

Diferentemente do que ocorre na atualidade, onde cada direito humano aplica-se ao ser de maneira concreta e particular, uma vez que há necessidades distintas, assim há o direito das crianças, dos idosos, das mulheres, dentro outros. Complementa-se que, os direitos não são absolutos, suas aplicações devem ser ponderadas, uma vez que podem ser individuais ou coletivos, desta maneira, um direito de um ser humano não pode colidir com o de outro, e caso haja a colisão deverão ser ponderados, sendo isto um desafio, principalmente para os aplicadores do direito.

13 COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos direitos humanos**. Cultura dos direitos humanos. São Paulo: LTR, p. 28, 1998.

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Os direitos fundamentais são na verdade, os direitos humanos, mas que estão positivados na Constituição Federal Brasileira vigente. Segundo Gilmar Ferreira Mendes¹⁴, “O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição [...]”.

A importância dos direitos fundamentais é ímpar, especialmente no que diz respeito à relação do indivíduo perante o poder Estatal. Nesse sentido, a Revolução Francesa de 1789 foi a grande contribuinte para que se formasse um Estado Constitucional de Direito, limitando o poder do Estado, assim como a Revolução Americana de 1776.

A separação dos poderes adotada pelo Estado Liberal foi elaborada pelo iluminista francês Montesquieu, e foi este Estado quem reconheceu inicialmente os direitos fundamentais, também chamados de direitos de primeira geração. Não obstante, os direitos fundamentais também passaram por uma grande evolução na história, chamada de gerações/dimensões. A doutrina trata sobre os dois termos, mas, com o passar dos anos, houve uma maior tendência a expressão dimensões, porém, ainda assim, é mais comum muitos tratarem os dois termos como sinônimos.

Os direitos de primeira dimensão, criados pelo Estado Liberal, exigem uma abstenção do Estado. Dessa forma, exige um caráter negativo, também conhecido como um limite imposto ao poder estatal ao mesmo tempo em que figura como uma defesa dos particulares. Dentre as prerrogativas inseridas nesse contexto, destaca-se o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à liberdade de religião.

A segunda dimensão de direitos está relacionada com as liberdades positivas, no tocante ao princípio da igualdade material do ser humano. Tem como marco a Revolução Industrial, sendo o surgimento da tutela dos direitos sociais, como por exemplo o direito à saúde, à alimentação, à educação e ao trabalho.

Dessa maneira, os direitos de segunda dimensão não querem uma abstenção do Estado, mas sim uma prestação positiva, através de políticas públicas que promovam tais direitos, sendo uma obrigação de fazer. Para Paulo Bonavides¹⁵ os direitos de segunda geração são “os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social”, os quais surgiram “por obra da ideologia e da reflexão neoliberal deste século”. “Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-

14 MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, vol. 2, n. 13, junho, p. 1999.

15 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.

lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.”

Os direitos de terceira dimensão são os responsáveis por consagrar os princípios da solidariedade e fraternidade, protegem os interesses coletivos e difusos, com grande preocupação sobre as gerações humanas presentes e futuras. Possuem origem na terceira revolução industrial, também chamada de revolução tecnocientífica, dos meios de comunicação e transportes. A título de exemplo Diógenes Júnior e José Nogueira¹⁶ destacam, como direitos de terceira dimensão, “o direito ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, direito de comunicação, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito à paz, cuidando-se de direitos transindividuais”, como os coletivos e os difusos, os quais são concebidos para a proteção das coletividades e dos grupos.

Dessa forma, a terceira geração de direitos traz o direito ao desenvolvimento ou progresso, o direito ao meio ambiente. Todos fazem parte dos direitos transindividuais, podendo ser coletivos ou difusos, buscando a proteção da coletividade e possuem como valor-fonte a solidariedade e a fraternidade.

Tem-se também, os direitos de quarta dimensão, que incluiriam os direitos ligados à globalização, materializados pelo direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Não obstante, há quem fale nos direitos de quinta dimensão, onde a paz seria um desses direitos.

Ademais, os direitos fundamentais sociais não devem ser considerados como direitos que se opõem ao Estado, mas sim que exigem dele uma prestação positiva, diferentemente dos direitos de primeira geração. É através das leis, atos administrativos que o Estado deve fazer a definição, execução e implementação das políticas sociais, para que seja possível que todos os indivíduos possam desfrutar dessas prerrogativas básicas. No entender de Andreas J. Krell “o Estado, por meio de leis, atos administrativos e da criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas ‘políticas sociais’, que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos”.¹⁷

Permite-se concluir que, os direitos fundamentais sociais, como direitos prestacionais, tem o intuito de garantir uma igualdade real e que só poderá ser atingida mediante a mitigação das desigualdades, uma vez que como direitos constitucionais estão ligados à ideia de Estado social e democrático de Direito.

De acordo com o ponto de vista do professor Ingo Wolfgang Sarlet, há inúmeros

16 JÚNIOR, Diógenes; NOGUEIRA, José Eliaci. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, p. 571-572, 2012.

17 KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999, p. 239-260.

destes direitos sociais fundamentais que não podem ser considerados prestações positivas por parte de Estado e sim, direitos de defesa, pois tem natureza negativa, podendo ser chamados de liberdades sociais. Para este autor, “vários direitos fundamentais sociais não exercem a função precípua de direitos a prestações, podendo ser, na verdade, reconduzidos ao grupo dos direitos de defesa”, como acontece com o direito de greve (art.9º, da CF), a liberdade de associação sindical (art. 8º, da CF), e as proibições contra discriminações nas relações trabalhistas arroladas no art. 7º, incisos. XXXI e XXXII, de nossa Lei Maior.¹⁸

Após feitas algumas distinções, faz-se necessário atentar para a questão da aplicabilidade e efetivação dos direitos fundamentais sociais. Conforme preconiza o artigo 5º, §1º da Constituição Federal de 1988¹⁹, os direitos fundamentais têm eficácia plena e aplicabilidade imediata ou direta.

Assim, ao menos na teoria os direitos fundamentais sociais devem ter aplicação imediata, com a criação de meios para assegurar que esse texto constitucional seja cumprido, cabendo aos três poderes, executivo, legislativo e judiciário, juntos atuar de forma que os mesmos possam ser concretizados. De igual sorte, Ingo Sarlet²⁰ faz alusão à constante melhora na prestação dos direitos básicos, a fim de manter-se um Estado justo. Para ele, “a eficácia (jurídica e social) dos direitos fundamentais sociais deverá ser objeto de permanente otimização, na medida em que levar a sério os direitos (e princípios) fundamentais”, o que corresponde, em última visão, “a ter como objetivo permanente a otimização do princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, a mais sublime expressão da própria ideia de Justiça.

Diante do explanado, é possível perceber a importância dos direitos fundamentais sociais, ao passo que devem ser otimizados a fim de que sejam materializados, pois em seu intuito último buscam a efetivação da dignidade humana e da igualdade substancial entre os indivíduos. Premissas elevadas como diretrizes pela constituinte de 1988, ao promulgar a lei máxima de nosso país.

4. A FRAGILIZAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS E DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO CENÁRIO PANDÊMICO BRASILEIRO

Diante do cenário pandêmico e de calamidade pública instaurada em razão do vírus da Covid-19, fica latente a instabilidade na relação indivíduo e Estado. O que se

18 SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Ano I – Vol. I – N.º 1, p. 1-46, – Abril de 2001 – Salvador – Bahia – Brasil.

19 Art. 5º (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

20 SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Ano I – Vol. I – N.º 1, p. 1-46, – Abril de 2001 – Salvador – Bahia – Brasil.

pode notar também, é a fragilização extrema dos serviços públicos, principalmente no que diz respeito às garantias fundamentais sociais já elencadas acima, como o direito à saúde, à moradia, ao trabalho, dentre outros.

A desvalorização dos serviços públicos de saúde já era visível, à medida que a área da saúde já vinha enfrentando dificuldades por todo o território nacional. Todavia, o cenário caótico se avolumou na pandemia, ocasião em que o sistema entrou em colapso, sem que houvesse uma preparação prévia adequada à demanda.

No tocante ao direito fundamental social à saúde, além de estar previsto no rol do artigo 6º da CF/88, o mesmo está previsto no Capítulo II, Seção II, do referido diploma legal. Os artigos 196 e 197 vislumbram a importância que o constituinte originário conferiu ao direito em voga, sobretudo fomentando-o de forma gratuita e democrática, nos termos da Carta Política de 1988. O artigo 196 estabelece “a saúde como um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Já o artigo 197 disciplina que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público, dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”

Este dever do Estado em garantir a todos os cidadãos o acesso à saúde, deverá ser por meio de políticas sociais e econômicas, e deverá haver um acesso igualitário e universal. O tema é de relevância pública e o Poder Público deve dispor sobre a regulamentação, fiscalização e controle. O sistema será único, mas com participação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outros meios.

De fato, se a saúde não fosse expressamente um direito social seria no mínimo fundamental, pois está vinculada ao direito à vida e, logicamente, à dignidade da pessoa humana, porém não há conceito expresso que defina no que consiste o direito à saúde, pois é conferido a todos os indivíduos de forma genérica.

Importante frisar que, o direito à saúde, como direito social, também faz parte da dimensão negativa, consubstanciada em direito de primeira geração, assim descrita pelo professor e jurista Ingo Sarlet:²¹

Assim, qualquer ação do poder público (e mesmo de particulares) ofensiva ao direito à saúde é, pelo menos em princípio, inconstitucional, e poderá ser objeto de uma demanda judicial individual ou coletiva,

21 SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número 11 – setembro/outubro/novembro 2007, Salvador – Bahia – Brasil.

em sede de controle concreto ou abstrato de constitucionalidade. Uma lei, por exemplo, que tivesse como objetivo impedir a determinados cidadãos o acesso ao SUS, poderia, em princípio, vir a ser declarada inconstitucional e anulada, o que, por si só, já se revela como uma forma de tornar efetivo o direito à saúde, ao menos nesta dimensão importante.

Depreende-se, assim, que o direito social em voga deverá ser concretizado em comunhão de esforços, nas esferas de governo federal, estadual e municipal. Tal fato não obsta o Poder Judiciário, uma vez acionado, de aplicar e interpretar as legislações pertinentes. O que já gerava controvérsias era a questão de o Judiciário atender demandas particulares a fim de obrigar o Estado a fornecer medicamentos e leitos. Esta questão ganhou ainda mais evidência na pandemia da Covid-19, onde houve uma grande superlotação dos hospitais, bem como a insuficiência de leitos, respiradores, medicamentos e profissionais.

Assim como já ocorria com frequência, particulares ingressavam contra a União, Estados e/ou Municípios a fim de conseguir leitos, medicamentos, mas a questão é: até que ponto uma decisão do Judiciário de conceder um leito vai mudar a situação fática da não existência dos leitos? Esse fenômeno da judicialização da saúde já vinha sendo um tema com grande destaque, mas que agora está em todas as mídias, isto porque milhares de pessoas morreram mesmo com leitos garantidos via decisão judicial.

A ineficiência do Poder Público no quesito planejamento mostrou o quanto os serviços públicos são frágeis e suscetíveis ao colapso muito rapidamente, além da comprovação de que os três poderes que deveriam ser harmônicos entre si, na maioria, das vezes, não encontram consenso, resultando em flagrante descaso com as garantias individuais e coletivas.

Outro direito social que se mostrou muito relativizado neste contexto pandêmico foi o direito ao trabalho. As relações de trabalho normalmente são marcadas por desigualdades entre os particulares, pois de um lado se tem o empregador que possui o poder empregatício e de outro lado o empregado, que acaba sendo mais vulnerável e hipossuficiente. No exercício de sopesar elementos normativos, o professor Pedro Lenza²² destaca eventual conflito de normas enfrentada pelos magistrados:

[...] poderá o magistrado deparar-se com inevitável colisão de direitos fundamentais, quais sejam, o princípio da autonomia da vontade privada e da livre iniciativa de um lado (CF, arts. 1º, IV, e 170, caput) e o da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 1º, III) de outro. Diante dessa ‘colisão’, indispensável será a ‘ponderação de interesses’ à luz da razoabilidade e da concordância

22 LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 677.

prática ou harmonização. Não sendo possível a harmonização, o Judiciário terá que avaliar qual dos interesses deverá prevalecer.

Como se pode notar, já há uma colisão entre direitos fundamentais, devendo haver por parte do aplicador do direito uma ponderação. Mais uma vez a pandemia demonstrou como não há estabilidade em nenhum dos setores, uma vez que, foram impostas limitações/restrições ao funcionamento das empresas, muitas de fato acabaram fechando e, por consequência, vários trabalhadores perderam seus empregos.

O Governo tentou intervir e possibilitou algumas alternativas para o empregador, mas o tempo em que a pandemia persiste não contribui para que as relações laborais sejam salvas. Invariavelmente, quem acaba sofrendo sobremaneira é a parte mais vulnerável da relação, e mais uma vez um direito social, no caso ao trabalho, está relativizado.

Vários outros direitos sociais estão fragilizados, por exemplo o direito à moradia, como as pessoas que perderam seus empregos vão conseguir dinheiro para pagar seus alugueis? Mais uma vez o Estado tentou intervir e impediu que fossem concedidas liminares de despejo durante um período da pandemia, porém foi somente por ínfimo período, o que não impediu que vários indivíduos fossem despejados.

Muitos seres humanos sozinhos ou com famílias passaram a viver nas ruas, pois perderam seu local de moradia, e aí vários outros direitos vão para o mesmo caminho, pois o mínimo que é o da dignidade humana já não existe mais. Além disso, o que se falar da educação, escolas fechadas, crianças e adolescentes sem aulas, ou com aula remota. Se a evasão escolar já era grande, o que se falar com esta situação, já que muitos não têm acesso à internet e, por vezes, sequer celular para ingressar na plataforma como aluno.

Assim, estes são apenas alguns dos direitos sociais que foram fragilizados pela pandemia, que veio para deixar bem claro como no Brasil os serviços públicos estão fragilizados e em situação de precariedade. Depreende-se que uma busca por soluções deve ser iniciada de pronto, seja pelos governantes, pelos três poderes constituídos, bem como por toda sociedade civil. A luta pelos direitos, sua manutenção e evolução, devem ser travadas por todos os cidadãos, pois mais seres humanos não podem continuar morrendo por não terem acesso a seus direitos básicos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo sobre os temas relacionados aos direitos humanos são de extrema relevância para a sociedade, ao passo que a situação de pandemia internacional surgiu como mais um fator capaz de ensejar a discussão sobre a prestação dos serviços públicos básicos ao ser humano. Percorrendo o histórico da sociedade é possível observar que a

busca pela criação e concretização de direitos básicos sempre foi uma constante, assim como estão em constante evolução.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi um dos documentos mais importantes no tocante a concretização desses direitos, haja vista o seu caráter universal. No Brasil, no ano de 1988, com a edição da Constituição da República, tais direitos foram elencados no texto constitucional como direitos fundamentais, o que deveria trazer uma maior aplicação deles, mas ainda assim, muitos estão relativizados.

Os direitos fundamentais reconhecidos nos primórdios do Estado Liberal, por Montesquieu, foram diferenciados pela doutrina em direitos de primeira, segunda, terceira, quarta e até quinta geração/dimensão. Os direitos fundamentais sociais estão elencados no artigo 6º da referida Constituição de 1988, e dizem respeito ao direito a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, dentre outros.

Portanto, os direitos fundamentais sociais são caracterizados como direitos prestacionais e tem por objetivo garantir uma igualdade real e que só poderá ser atingida mediante a equiparação das desigualdades sociais, perfazendo o Estado Social e Democrático de Direito. Não obstante, há doutrinadores como o professor Ingo Sarlet que afirmam existir inúmeros direitos sociais fundamentais que não podem ser consideradas prestações positivas, mas sim podem ser compreendidos como direitos de defesa, devido à sua natureza negativa, chamados de liberdades sociais.

Enfim, com a pandemia da Covid-19, sejam as prestações positivas ou negativas por parte do Estado, de fato não ocorreram, pois o Estado foi muito insuficiente no tocante a efetividade dos direitos sociais. A fragilidade do serviço público ficou evidenciada quando vários dos direitos sociais não foram aplicados. Viu-se o colapso da saúde, da educação e por falta de planejamento, de estrutura e de subsídios, vários brasileiros morreram. A judicialização da saúde, por sua vez, ganhou ainda mais espaço e foi possível perceber que se os três poderes constituídos do Estado, quais sejam Executivo, Legislativo e Judiciário, não agirem em comunhão de esforços, de nada vai adiantar.

Mas, não foi somente o direito à saúde que ficou comprometido, o direito ao trabalho também restou relativizado, pois várias pessoas perderam seus empregos, isso porque durante a pandemia diversas empresas fecharam, o que acabou afetando, ainda que reflexamente, o direito à moradia. Sem dinheiro para pagar aluguéis muitos seres humanos tiveram que ir morar nas ruas, além do direito à educação, e de vários outros que ficaram prejudicados.

Assim, com a pandemia, ficou mais que evidenciado como o Poder Público está fragilizado no que diz respeito à aplicação dos direitos fundamentais sociais, mas por

outro lado é possível perceber como esses direitos e garantias são importantes, ao passo que devem ser aprimorados, a fim de que sejam efetivados, pois buscam a efetivação da dignidade humana e a consequente e inexorável evolução da sociedade.

6. REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil de 1988**. Uma obra coletiva da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos direitos humanos**. Cultura dos direitos humanos. São Paulo: LTR, p. 52-74, 1998.

CORREIA, Daniel Rosa. **A concretização judicial de direitos fundamentais sociais e a proteção do mínimo existencial**. 2009. Disponível em: <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/8-1267643746.PDF>>. Acesso em: 08 Maio 2021.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: Uma história**. Tradução: Rosaura Eichenberg. Editora Companhia das Letras, 2009.

JÚNIOR, Diógenes; NOGUEIRA, José Eliaci. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, p. 571-572, 2012.

KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999, p. 239-260.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 677.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, vol. 2, n. 13, junho, p. 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea**. Direitos humanos, v. 1, p. 15-37, 2006.

RABENHORST, Eduardo R. **O que são os direitos humanos**. Direitos Humanos: capacitação de educadores. Fundamentos histórico-filosóficos e político-jurídicos da Educação em Direitos Humanos. João Pessoa: Editora Universitária, p. 13-21, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Ano I – Vol. I – N.º. 1, p. 1-46, abril de 2001 – Salvador – Bahia – Brasil.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número 11 – setembro/outubro/novembro 2007, Salvador – Bahia – Brasil.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em:

<<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 06 Maio 2021.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 05.06.2021

Aceito em: 12.07.2021

O DIREITO FUNDAMENTAL À IMAGEM E À LIBERDADE DE IMPRENSA: UM ESTUDO A PARTIR DO PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO NOS CASOS DE CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PROCESSOS DE DANO MORAL POR DIVULGAÇÃO DE NOMES E INVESTIGAÇÕES NA IMPRENSA

The fundamental right to image and freedom of speech: a study about the Balancing Principle in the cases of fundamental right conflicts in moral damages suits due to press disclosure of names and investigations

Diego Saviatto Teixeira¹
Valéria Rodinéia Zanette²

RESUMO

O presente artigo versa acerca da utilização do Princípio da Ponderação na possível solução do conflito de direitos fundamentais entre o direito fundamental à imagem e à liberdade de expressão e de imprensa. Utiliza procedimento Monográfico, através da abordagem dedutiva e técnicas de pesquisa bibliográficas e documentais, permeando por uma breve construção desses institutos ao longo da história. Tal desenvolvimento culminará na aplicação de tal ponderação na legitimidade do sujeito alvo de investigação criminal em ingressar com ação de dano moral em face da imprensa.

Palavras-chave

Princípio da Ponderação, Conflito de Direitos, Direito à Imagem, Liberdade de Imprensa, Dano Moral.

ABSTRACT

This article deals with the use of the Balancing Principle in the possible solution of the conflict of fundamental rights between the fundamental right to image and freedom of expression and the press. Monographic procedure was used, through deductive approach and bibliographical and documentary research techniques, permeating a brief construction of these institutes throughout history. Such development will culminate in the application of such balancing to the legitimacy of the subject of criminal investigation in bringing an action for moral damages in the face of the press.

Keywords

Balancing Principle, Conflict of Rights, Right to Image, Freedom of the Press, Moral Damage.

1 Possui graduação em Direito pela Faculdades Esucrí de Criciúma (2019). Pesquisador de temas relacionados ao Direito Imobiliário e Direito Constitucional, com ênfase em Direitos Fundamentais.

2 Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra, Doutoranda em Desenvolvimento Socioeconômico pela UNESCO e Mestre em Direito Internacional Público pela Universidade de Lisboa (2010), pós-graduada em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (2008). Professora na Faculdade ESUCRI.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Do direito à liberdade de expressão e imprensa; 3 Do direito à imagem e a honra; 4 Do instituto do dano moral e a reparação ao dano à imagem; 5 Da colisão de direitos fundamentais; 6 O Princípio da Ponderação e sua utilização na solução de conflitos de direitos fundamentais; 7 Considerações acerca do uso da ponderação no dano moral e sua eficácia *in concreto*; 8 Considerações finais; 9. Referências.

SUMMARY: 1 Introduction; 2 Of the right to freedom of expression and press; 3 Of the right to image and honor; 4 Of the institution of moral damages and the repairs to injury to image; 5 Of the collision of fundamental rights; 6 The Balancing Principle and its use in the solution of fundamental rights conflicts; 7 Thoughts regarding the use of Balance in moral damages and its efficiency in concreto; 8 Final considerations; 9. References.

1. INTRODUÇÃO

A imprensa, desde seu surgimento, exerceu forte influência na sociedade. Nos tempos atuais não se faz diferente, atuando como um grande baluarte na defesa do Estado Democrático de Direito. Foi, em tempos de repressão, grande defensora dos direitos coletivos e individuais em face do Estado, sendo uma aliada forte da população. Ainda, não é difícil vislumbrar, principalmente em cidades menores, como a imprensa é um refúgio seguro para as reclamações dos cidadãos, grande parte quanto à inércia estatal nos serviços públicos.

Outrossim, os veículos de informação detêm consigo uma grande responsabilidade: a de bem informar. Levar a notícia de forma isenta, coerente e condizente com a verdade. Mas ao veicular uma reportagem acerca de um fato, não é incomum deparar-se com o dilema de como levar a informação sem ferir os direitos individuais dos envolvidos. Ao noticiar um fato, principalmente os relativos à crimes de toda espécie, a imprensa deve zelar para que se preserve os direitos fundamentais daquele a qual se relaciona à informação. Contudo, por essa falta de cuidado, comumente ocorrem as colisões de direito, principalmente os ligados à imagem e à honra, em face da liberdade de imprensa. E é justamente nessa seara que permeia o presente artigo. Como solucionar a colisão dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e imprensa e dos direitos à honra e a imagem, bem como dos danos que surgem a partir da veiculação na mídia de nomes e imagens em investigações?

Para deslindar esse dilema, primeiro faz-se necessário entender um pouco sobre os institutos em colisão. Num primeiro momento se tratará a liberdade de imprensa, um dos braços atuantes da liberdade de expressão, passando pela trajetória de sua regulamentação

em solo pátrio.

Na sequência, abordar-se-á acerca dos direitos fundamentais à imagem e à honra, suas teorias e diferenciações. Após, o artigo versará sobre o instituto do dano moral, seu surgimento na história e sua aplicação na reparação aos danos à imagem. Então tratará da colisão dos direitos fundamentais, os princípios e teorias a ela pertinentes. No capítulo seguinte, abordar-se-á acerca do Princípio da Ponderação, bem como sua aplicação nos casos de colisão dos direitos fundamentais, culminando na utilização deste na esfera do dano moral.

Nesse interim, se buscará chegar na solução do problema apresentado, a partir da ponderação dos direitos colidentes e da legitimidade do dano moral.

2. DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E IMPRENSA

A liberdade de imprensa nada mais é do que um reflexo da democracia de uma nação. Quanto maior for o controle sobre o que é veiculado, maior o reflexo sobre o livre pensar de seus respectivos povos. O ilustríssimo polímata Rui Barbosa (1990, p.37) versa com excelência a importância da imprensa:

A imprensa é a vista da Nação. Por ela é que a Nação acompanha o que lhe passa ao perto e ao longe, enxerga o que lhe malfazem, devassa o que lhe ocultam e tramam, colhe o que lhe sonégam, ou roubam, percebe onde lhe alvejam, ou nodoam, mede o que lhe cerceiam, ou destroem, vela pelo que lhe interessa, e se acautela do que a ameaça

A influência exercida pela imprensa é tanta, que a primeira regulamentação de sua atuação no Brasil se deu em 1822, meses antes do Grito do Ipiranga, através do então Ministro José Bonifácio de Andrade e Silva. Como primeira medida de controle, Bonifácio proibiu os impressos anônimos, atribuindo ao autor responsabilidade pelos abusos praticados, e na falta deste, ao editor ou impressor. Nesse mesmo período, instituiu-se a possibilidade de julgar os abusos cometidos pela imprensa. Esse juízo específico fora denominado “júri de imprensa” (LEYSER, 1999).

Com o passar das décadas e a dança das constituições, entre períodos de democracia e ditadura, registra-se o vai e vem da censura prévia. Esta significa “o controle, o exame, a necessidade de permissão a que se submete, previamente e com caráter vinculativo, qualquer texto ou programa que pretende ser exibido ao público em geral” (MORAES, 2006, p.46), estabelecendo esse caráter preventivo e vinculante como “o traço marcante da censura prévia, sendo a restrição à livre manifestação de pensamento sua finalidade antidemocrática” (MORAES, 2006, p.46).

Como visto, o término da Segunda Grande Guerra trouxe para o direito uma série de mudanças de grande importância.

Em governos de caráter ditatorial, o controle da imprensa é uma das armas mais poderosas para ceifar a liberdade das massas, citando como exemplo, o papel exercido pelo Ministro da Propaganda do Terceiro Reich, Joseph Goebbels, que controlava com mãos de aço tudo o que era veiculado pela mídia da Alemanha Nazista, sempre procurando enaltecer o líder supremo do nazismo, Adolf Hitler.

No que tange ao cenário nacional, cita-se como episódio de grande importância, mas que trouxe resultados antidemocráticos para a nação e para a imprensa. Se dando em fevereiro de 1967, com a promulgação de uma nova Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967), na vigência da Constituição Federal de mesmo ano, no início do Regime Militar, revogou a Lei de Imprensa de 1822, vigente até então.

Com a vigência da Constituição Federal de 1988, a liberdade de expressão encontrou escopo no inciso IX de seu art. 5º, onde “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Como complemento ao rol de direitos fundamentais de primeira dimensão, tem-se também o art. 220 da CRFB, onde “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição”.

Apesar de proibir a censura prévia por parte do Estado, conforme dispõe o artigo constitucional, há uma prévia censura por parte da própria imprensa, um filtro onde a verificação de fatos, anterior a sua divulgação, irá certificar de que a forma com que se irá expressar pensamento, ideia ou notícia é compatível com as normas legais vigentes. Igualmente, a vedação da censura não obsta um controle advindo do Judiciário. Não se fala de censura prévia, tampouco *a posteriori*, mas sim de uma proteção de outros direitos fundamentais igualmente merecedores de mesma tutela constitucional. (BARROSO, 2002).

Na seara doutrinária, entende-se o direito à liberdade de expressão, e por conseguinte, de imprensa, como um direito difuso, dada a sua transindividualidade e indivisibilidade do direito. Assim explicita Castanho de Carvalho (1994, p.64):

[...] porque a informação jornalística é destinada a todas as pessoas que se disponham a recebê-la, sem que se possa individualizar e dividir qual informação será difundida para este indivíduo e qual para aquele. Todos são igualmente titulares desse direito de receber informação e é inegável que todos os titulares estão ligados pela circunstância de fato de serem leitores do mesmo jornal, ouvintes do mesmo rádio ou espectadores da mesma emissora de televisão

Complementando essa visão de transindividualidade, versa, pois, José Afonso da

Silva (apud GODOY, 2015, p.50), que “o conhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular que implica, do ponto de vista jurídico, duas direções: a do direito de informar e a do direito de ser informado”, sendo assim, não somente um direito individual, mas primordialmente coletivo a informação.

Outrossim, o dispositivo constitucional traz a vedação ao anonimato (artigo 5º, IV, CF), que ao mesmo tempo em que obsta a divulgação de informações de forma anônima, ainda preserva, no inciso XIV o direito a resguardar a fonte da informação, quando necessário ao exercício profissional. (ARAÚJO; SERRANO NUNES JR, 2018, p.77).

Mas ainda, faz-se necessária a diferenciação entre liberdade de expressão e liberdade de imprensa, apesar de ser temática complexa de tangenciar. Contudo, é possível versar que a primeira trata da liberdade individual e do direito fundamental da palavra, de se expressar. A segunda, por sua vez, refere-se à liberdade da “sociedade” e de empresas comerciais – ou seja, da imprensa ou da mídia – de tornar público o conteúdo que consideram informação jornalística e entretenimento (LIMA, 2010, p.21).

É possível deduzir, conforme o exposto até o presente momento que o direito à liberdade de imprensa é um reflexo do direito da liberdade de expressão. Logo, consiste num direito fundamental, difuso e inerente à pessoa humana, em expressar-se de forma livre, desimpedida e sem censura prévia pela mão estatal.

Nesse sentido, compreende à imprensa, fonte segura de informação e veiculação, gozar de tais direitos, como reflexo de uma sociedade democrática e de direitos. Inclusive, é de senso comum a denotação da imprensa como o quarto poder de uma nação, pela sua capacidade de exercer controle às ações estatais. Em sendo um direito transindividual, ou seja, que vai além da figura do indivíduo, pacificar os conflitos com direitos personalíssimos como à imagem é um dos grandes desafios da atualidade. Nesse sentido, faz-se necessário conhecer a extensão do direito fundamental à imagem, para *a posteriori* lidar com a colisão.

3 DO DIREITO À IMAGEM E A HONRA

Ao se falar de imagem, *a priori*, temos em mente a reprodução visual estática da pessoa ou de determinada coisa. Ou seja, um direito que a pessoa tem sobre sua própria forma plástica e estética, dentre outros atributos, que a individualizam na sua vida em sociedade (BITTAR, 2015, p.87).

No entanto, a imagem vai muito além da representação da figura do homem ou

do indivíduo em si. Diniz (2002, p.80) versa que a imagem também é “o conjunto de atributos cultivados pela pessoa, reconhecidos socialmente. É a visão social a respeito do indivíduo. Hipótese em que se configura a imagem-atributo, imagem social, ou, ainda, imagem moral”.

A tutela do direito à imagem evoluiu conforme a própria utilização da imagem foi se modificando. Os registros ganharam maior frequência com a invenção da fotografia no século XIX e ainda mais no século seguinte, com a invenção do cinema.

Contudo, o direito a própria imagem só fora salvaguardado com o advento da Constituição Federal de 1988. Abarcados pelo inciso X do artigo 5º, onde é assegurado a todos o direito a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, lhes sendo assegurado o direito de ingressar com ações por dano moral ou material em decorrência da sua violação. Tais direitos ocupam lugar de destaque no rol dos direitos pessoais, mas, por dizerem respeito à integridade e identidade moral da pessoa, se destacam dentre os demais direitos fundamentais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p.434).

O Código Penal Brasileiro, em seu Capítulo V, traz elencado os crimes contra a honra, no que tange à calúnia, injúria e difamação. Em comentário acerca da honra no direito penal, Nelson Hungria (Apud RIBEIRO, 2013) disse haver dois tipos de honra, a objetiva e a subjetiva. A primeira como sendo a honra emitida pelas pessoas, que convivem com um determinado indivíduo, a respeito deste. A segunda seria aquilo que o próprio indivíduo absorveria e exaltaria em seu íntimo a partir das opiniões e juízos de valor externos.

Há escopo para tais direitos também no Código Civil de 2002, onde, nos artigos 11 ao 21, trata-se do direito ao próprio corpo, à honra, à imagem, à privacidade, ao nome e ao direito do autor.

Para o doutrinador Sarlet (2012, p.435) a honra “consiste num bem tipicamente imaterial, vinculado à noção de dignidade da pessoa humana, pois diz respeito ao bom nome e à reputação do indivíduo”. Logo, quando um sujeito tem sua imagem vinculada a fato inverídico ou que a macule, este tem sua honra diretamente atingida.

Para Regina da Silva (Apud SANTOS, 2012), a imagem é autônoma, não se confundindo com a honra. Ou seja, a imagem consistiria na proteção física e plástica do indivíduo, da exposição desta de forma indevida, gerando dano na forma como ela vê a si mesma. Já a honra, seria o conjunto dos atributos pessoais, profissionais e morais, assimilados e cultivados pelo indivíduo no decorrer de sua vida, sendo esses reconhecidos socialmente pelo meio onde habita.

Em contrapartida, Araújo (1996) vislumbra o direito à imagem, expresso na Constituição Federal, de forma dicotômica, sendo a primeira a “imagem-retrato”, como decorrência da expressão física, semelhante ao conceito de Bittar. Já a segunda seria a

“imagem-atributo”, do qual se dariam as características pessoais apresentadas socialmente, ou a figura daquela pessoa em meio a sociedade, demasiado semelhante ao conceito de honra. Logo, para Araújo, é a honra uma consequência da imagem-atributo, sendo o dano a ela um resultado do dano direto à imagem.

No tocante a esse conflito doutrinário, conforme se verá mais a frente, é tido como linha majoritária ao se tratar de dano à imagem, a conceituação de Araújo, uma vez que os critérios de imagem-retrato e imagem-atributo abarcam de forma mais ampla tal instituto. Para tanto, o presente artigo partirá dessa óptica para o deslinde da problemática posta.

Em ressunta, salienta-se que, quando o legislador instituiu o direito à imagem e à honra, em destaque no inciso X do art. 5º da CRFB, bem como no Código Civil e Penal brasileiros, este não delimitou de forma clara a extensão de tais direitos, sendo muitas vezes considerados como sinônimos ou de definição com tênues singularidades. Contudo, é possível identificar na doutrina dominante a definição de que honra, ou imagem-atributo, é tudo aquilo que o meio social atribui a um indivíduo e, por conseguinte, o que este assimila de si próprio, como conceitos morais, pessoais e de caráter, enquanto a imagem (aqui, imagem-retrato) nada mais é do que a definição estética e física da pessoa. Antes de ventilar acerca da colisão dos institutos fundamentais, bem como das possibilidades de seu deslinde, é necessário entender como funciona o próprio instituto do dano moral, objeto das ações em face da imprensa.

4. DO INSTITUTO DO DANO MORAL E A REPARAÇÃO AO DANO À IMAGEM

O dano, cuja etimologia remete a perda ou prejuízo, é conceituado como uma diminuição sofrida ao patrimônio econômico ou moral de alguém, podendo ser esta material (real), quando o bem atingido é de natureza palpável, ou moral (imaterial), quando tal dano infringe diretamente a ordem moral e a honra (BITTAR, 2015, p.10).

No que tange, especificamente, ao dano moral, Gonçalves (2012, p.164) define como aquilo “que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc.”

Em 1988 tivemos uma grande evolução para a questão do dano moral, a partir da promulgação da Constituição Federal. Tendo como pilar o artigo 5º, inciso X – o mesmo que trata do direito à imagem e à honra – o constituinte assegurou o direito de ingressar com ações por dano moral ou material quando estes forem negligenciados ou atingidos. Ou seja, o tão debatido instituto da Ação por Dano Moral veio para combater a ofensa ou violação a própria moral, tendo esta bens patrimoniais intrínsecos à pessoa

humana, como a sua honra, o que concerne à fama, reputação, conceito social e a estima dos outros (SOARES, 1996, p. 74).

Verifica ainda que, nos incisos V e X do artigo 5º da Constituição, é assegurado a indenização por dano material e moral, decorrentes de violação dos bens jurídicos tutelados naquele rol. Cabe destacar que a Constituição em nenhum momento se refere a dolo ou culpa, apenas trazendo que tais bens são invioláveis (LEYSER, apud GODOY, 2015, p.110).

Cabe destaque ainda acerca do inciso V, de que a garantida de indenização por dano à imagem incidirá quando houver dano à “imagem-atributo”, conforme versado no item anterior. Logo, o dano à “imagem-retrato” estaria abarcado no dano estético, enquanto o dano à primeira, estaria ligado ao dano à honra (ARAÚJO, 1996, p.119).

Eis que em 2002, o país fora agraciado com um novo Código Civil, trazendo em seu art. 20, *caput*, que, salvo em casos autorizados e necessários à manutenção da justiça ou da ordem, a utilização de imagem ou a sua exposição poderão ser proibidas, sem prejuízo de indenização quando couber e atingir a honra, a boa fama ou respeitabilidade.

Já o art. 186 versa, finalmente, acerca da responsabilização de quem causou o dano à reparabilidade, ao elencar que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Ainda, obriga, no art. 927, àquele que causar dano a outrem por ato ilícito, a repará-lo. Aí está a complementação da lacuna deixada pelo constituinte, no que tange a necessidade de dolo ou culpa.

Na seara doutrinária, por sua vez, há uma divisão dicotômica do dano moral, em direto e indireto. O primeiro consiste na lesão a um interesse relativo à satisfação de um bem jurídico extrapatrimonial, inerentes aos direitos de personalidade (à própria imagem e à honra, por exemplo), lesionando, ainda, à dignidade da pessoa humana. Já o segundo, compreende na lesão a um interesse de satisfação de um bem jurídico patrimonial, mas causando lesão direta a um bem extrapatrimonial, como por exemplo a perda ou o dano de coisa dotada de valor sentimental (DINIZ, 2015).

Vislumbra-se, assim, as ações de dano moral como reparação ao dano causado aos direitos de personalidade e individuais da pessoa humana. Tal reparação é cabível tanto quando a ação ou omissão resulta em dano à imagem física da pessoa (imagem-retrato, no que concerne à divulgação indevida da figura física da pessoa), como a imagem social (imagem-atributo, no tocante a lesão à personalidade, à moral, à honra desta). Observa-se assim a dificuldade e a tênue linha entre o dano e a divulgação legítima de imagem. Essa dificuldade resulta na constante colisão de direitos fundamentais, como as que pautam o presente artigo. Tal colisão será tratada com maior profundidade na sequência.

5. DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como visto anteriormente, os direitos fundamentais surgiram inicialmente como uma defesa do indivíduo em sua relação vertical com o Estado. Outrossim, o transcorrer da história e a evolução constante do direito mostraram que não é somente o Estado o algoz das garantias fundamentais, mas também os próprios cidadãos, em suas relações horizontais com seus semelhantes, possuem tal capacidade de violação dos limites individuais.

Estão as normas de direitos fundamentais estabelecidas dicotomicamente em regras e princípios. Nas regras, a norma estabelece a garantia de direitos definitivos a serem cumpridos, de maneira exata e integral. Já nos princípios, são garantidos direitos denominados de *prima facie*, ou seja, de caráter imediato, mas que, pela ausência de exatidão, poderá ser realizado na maior medida possível, dentro de suas possibilidades fáticas (VIRGÍLIO DA SILVA, 2006).

Logo, o fenômeno da colisão desses institutos ocorre quando valores e princípios, ambos presentes no texto constitucional de maneira simultânea, se confrontam, demonstrando assim, uma contradição direta. Ocorre que a Constituição protege simultaneamente, num determinado caso concreto, dois bens, ou valores de direito, em contradição (ANDRADE, 2012).

Para Canotilho (2003, p.1270), ocorre a colisão de direitos fundamentais, quando, de modo geral, “o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos diante de um cruzamento ou acumulação de direitos, mas perante um choque, um autêntico conflito de direitos”.

Apesar de serem direitos intrínsecos à pessoa humana, envolvendo diretamente sua personalidade e individualidade, é de consenso doutrinário de que não há direitos ilimitáveis e absolutos. Todos os direitos fundamentais, independentemente de sua forma, peso e força, são passíveis de mitigação, conforme as circunstâncias do caso concreto e dos bens tutelados a se oporem, possuindo, contudo, uma reserva legal, um mínimo existencial a se preservar (NOVAIS, 2006).

Esse denominado mínimo existencial ou essencial do direito pode ser definido como um complexo de interesses ligados diretamente ao direito à vida, à fruição e acesso plenos à liberdade e à dignidade da pessoa humana, uma vez que, sem direitos sociais mínimos estabelecidos, os direitos de liberdade constituem, na possibilidade de um confronto legal, apenas um esquema formal, engessados em sua positivação, sem qualquer aplicação prática (GOUVÊA, 2003).

No que tange a esse núcleo essencial mínimo dos direitos fundamentais, a doutrina

adota duas teorias: a absoluta e a relativa: A teoria absoluta explicita que cada direito fundamental possui um núcleo intangível, intocável no que concerne a restrições. (FREITAS, 2007). Dispõe a teoria relativa, por seu turno, que há a possibilidade de um núcleo essencial elástico, variável conforme o caso concreto, podendo, inclusive, ser proscrito ao colidir com um instituto de maior peso (LOPES, 2004).

Quanto à limitação dos direitos fundamentais, a doutrina aponta também duas teorias, sendo elas: Teorias Interna e Externa dos Limites aos Direitos Fundamentais: Na interna, cujo expoente tem-se o jurista alemão Peter Häberle, versa-se que os limites não seriam elementos externos do conteúdo dos direitos fundamentais, mas sim, concretizações, ou seja, o resultado da aplicação de tais direitos. (FREITAS, 2007). Logo, para essa teoria, não existe uma dicotomia entre direito e restrição, mas sim um direito como um todo, com um conteúdo determinado.

A teoria externa versa, em contraponto à interna, haver uma dicotomia entre o direito e a restrição, uma vez que há, em primeiro plano, a presença de um direito propriamente dito, sem restrições em sua matéria, e, num segundo momento, aquilo que restou do direito após a sua restrição, residindo aqui o mínimo existencial do instituto (ALEXY, 2012). Seria feito um juízo valorativo do caso concreto, a depender de uma interpretação conforme os critérios intrínsecos do julgador. Logo, a utilização de uma dessas teorias dependeria diretamente de como um Estado vislumbra os direitos fundamentais:

Aplicando tais teorias na colisão posta como tema do presente artigo, num entrave entre o direito à liberdade de imprensa em face do direito à imagem, tem-se de forma frequente o seguinte caso fático: em um polo, programas de televisão, radiodifusão, bem como jornais impressos ou online, divulgam acontecimentos de repercussão de âmbito variável, transfigurado na veiculação de informações acerca de crimes e fatos de ilícitos de toda espécie, fazendo valer o direito de informar e ser informado. Em polo contrário, tem-se a figura do indivíduo que se viu noticiado e exposto, vendo seu direito individual à imagem, bem como sua honra, sobrepujada em detrimento da informação.

O fato é: até onde vai o direito à liberdade de imprensa e até quanto poderá se restringir o direito à imagem, sem mitigar em demasia tal instituto? Diante do exposto no presente capítulo, é possível vislumbrar que o mínimo essencial ou existencial já não atende por completo os anseios jurídicos para satisfazer o deslinde de tal colisão. Conforme pontuou Costa Andrade em supradito, não há possibilidade de se tolerar um sacrifício total de um direito colidente em face de outro, apesar de assumir que tal deslinde sempre será feito às vias judiciais e legislativas. E é por reduzir o direito à imagem e à honra ao mínimo do mínimo, em face da liberdade de imprensa, que se vêm causando um resultado deveras pior, uma vez que o direito ao esquecimento, ponto fundamental para a

ressocialização de alguém que veio a cometer um ilícito, se faz impossibilitado, dada essa primazia dada ao direito de informar.

Todavia, é o próprio direito ao esquecimento um dos resultados mais significativos e pujantes do Princípio da Ponderação, brevemente exposto acima, como parte integrante da teoria relativa da preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Para tanto, faz-se necessário conhecê-lo e analisá-lo como resposta à problemática hora posta.

6. O PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO E SUA UTILIZAÇÃO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A interpretação jurídica abarca, por óbvio, casos de complexidade variada. Os casos menos complexos podem ser solucionados e decididos com base na lógica formal e dedutiva, através da aplicação da respectiva norma. Para tanto, valorações morais e políticas passam a integrar o itinerário da decisão lógica. É nesse ambiente em que reside a argumentação e a ponderação de valores jurídicos (BARROSO, 2018).

A partir da concepção de colisão entre princípios e regras – cabendo destaque para as possibilidades de colisão entre princípios e princípios, bem como regras e regras – conforme feito nos capítulos anteriores, a partir do peso que se atribui a estes institutos, bem como da existência e preservação no núcleo essencial, salvaguardados pelos ditames do Princípio da Ponderação, um dos braços da teoria relativa do núcleo essencial mínimo dos direitos fundamentais e uma verdadeira consequência da balança da deusa Themis, sopesando os direitos colidentes e preservando o máximo dos dois institutos, conforme se verá.

Para Canotilho (2003), o Princípio da Ponderação é um dos ramos do Princípio da Proporcionalidade, que, em sentido estrito, faz uso deste juízo para verificar nos casos de colisão de direitos fundamentais, se o meio utilizado e o direito que prevaleceu é realmente o mais adequado ou se é desproporcional para o fim almejado. Trata-se assim, de uma questão de “medida” e “desmedida” para pesar as vantagens e desvantagens do caso concreto.

Para tanto, a questão da ponderação parte da necessidade de dar à colisão de direitos fundamentais um caráter menos subjetivo e mais racional e controlável. Ou seja, quando o intérprete for ponderar os bens em conflito, ele estabelecerá uma precedência de um sobre o outro.

No que tange ao tema do presente artigo, cabe ressaltar que, nos idos de 2009, quando se julgou a ADPF nº 130 DF, que versava, conforme já citado no presente artigo, acerca do não recebimento da Lei de Imprensa de 1967, a grande preocupação era retirar os resquícios de censura prévia e controle dos veículos de informação deixados

pelo Regime Militar. Para tanto, é notório o maior peso dado à liberdade de imprensa em face de demais direitos que, porventura, viessem a colidir com esta. Cita-se assim, parte do inteiro teor dessa decisão monocrática:

Primeiramente, assegura-se o gozo dos sobre direitos de personalidade em que se traduz a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana.

Ora, quando se elenca direitos de forma ordinal, já se demonstra qual destes terá maior peso em caso de colisão. Apesar de garantir um direito de resposta *a posteriori*, como forma de contrapeso da informação, este de pouco resolve quando a matéria veiculada já está posta e a violação dos direitos individuais já se fez visível.

Como resultado, abriu-se um precedente que muito custou ao Supremo Tribunal Federal para corrigir nos julgados posteriores. O fato de mencionar de forma a entender que a liberdade de imprensa se faz quase absoluta em detrimento de outros direitos fundamentais, fez com que muitos profissionais da imprensa ingressassem com reclamatórias junto ao STF ao terem seu direito limitado. Ocorre que, tal prevalência não intencionalmente dada à liberdade de imprensa já não é mais aplicável com tanta força.

Por isso, no ambiente da colisão, nem sempre será possível ao juízo proferir uma decisão correta por completo para esses problemas jurídicos. A ponderação e o sopesamento de bens jurídicos – ao frisar os direitos fundamentais – são soluções racionais, argumentativas e plausíveis para esse entrave. (BARROSO, 2018).

Essa é a função da ponderação. Sopesar direitos colidentes e, em cada caso, verificar qual a melhor e mais justa aplicação da norma. Isso desengessa as decisões do judiciário, garante uma justiça uniforme e com maior equidade.

7. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO USO DA PONDERAÇÃO NO DANO MORAL E SUA EFICÁCIA *IN CONCRETO*

Como visto anteriormente, o Princípio da Ponderação possui caráter subjetivo, estritamente vinculado às interpretações do juízo acerca do caso concreto. Ponderar sobre direitos colidentes é, em síntese, um dos meios mais eficientes de se evitar ao máximo os danos aos direitos fundamentais. Para tal, é possível adiantar da existência de três juízos de ponderação, sendo o primeiro realizado pela imprensa, e os demais pelo judiciário, conforme se verá.

Iniciando pelo inverso, ao se tratar de dano, é tarefa do Judiciário, por meio da ponderação, minimizá-los, estendendo-se também ao dano moral. Quando dois direitos fundamentais se colidem, por óbvio que uma das partes se sentirá lesado, tendo sua honra sobrepujada em face de outrem e seus próprios direitos.

No que tange aos entendimentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, existe uma gama diversificada de entendimentos, demonstrando como não se tem como pacificar uma fórmula fechada para tal resolução. Para tal, o Ministro Gilmar Mendes (2006, p.104) versa:

No que se refere à tensão entre a liberdade de expressão e de crítica e o direito à honra e à intimidade, existe no Supremo Tribunal Federal, precedente que reconhece a possibilidade de diferenciações, tendo em vista as diferentes situações desempenhadas pelos eventuais envolvidos. Assim, admite-se, tal como na jurisprudência de outros países, que se estabeleçam critérios diversos para aferição de possível lesão à honra, tendo em vista a maior ou menor exposição pública das pessoas.

Nessa complexa seara e sua enormidade de decisões, a subjetividade do juízo de ponderação nem sempre se faz perfeito em adimplir com sua função. As ações de dano moral como meio de reparação à lesão causada ao sujeito e seus direitos de personalidade sobrepujados no resultado desses conflitos é garantido pela própria Constituição.

Por não se poder equacionar o *quantum* indenizatório, o próprio dano moral se faz subjetivo, sendo auferido pelo juiz no caso concreto. Aí incidirá o segundo juízo de ponderação feito pelo magistrado, que irá também ponderar acerca do quanto o indivíduo sofreu com a atitude danosa, levando em conta a dor, sofrimento psíquico e a lesão à imagem do mesmo, balanceando o grau de indenização com o caso concreto. (REIS, 2002).

Contudo, tudo se facilita quando, ainda no ambiente da redação dos meios de comunicação. Ao chegar uma informação ao qual se valoriza como de grande repercussão, é de ampla clareza que tal veículo de imprensa não se omitirá em relação ao seu dever de bem informar. Porém, ao se deparar com uma notícia ao qual carece de fontes, é dever do emissor evitar de realizar um juízo valorativo quanto à culpabilidade do agente ao qual se suspeita ter realizado fato ilícito. A imprensa como um todo deve ponderar previamente acerca dos fatos, se abstendo de divulgar o nome ou a imagem de pessoa apontada como suspeita, evitando negligenciar a honra do investigado, preservando não só a presunção de inocência, *a priori*, mas também o direito à ressocialização *a posteriori* (SOUZA, 2008).

Não se trata de censura prévia, como já versado anteriormente, mas sim um filtro onde há uma verificação de fatos, antes de se divulgar algo. Se tal ponderação fosse realizada, sem que o ímpeto em noticiar em primeira mão afetasse o bom senso do

profissional, as demandas por danos morais em face da imprensa seriam um tanto quanto diminutas.

A legitimidade do indivíduo que teve seu nome divulgado pela imprensa, em acionar a justiça pela reparação do dano à imagem, é válida e garantida pela Constituição, conforme versado no Capítulo 05. Porém, é com a ponderação, tanto prévia, quanto processual, que se pode evitar que haja um conflito maior dos direitos fundamentais.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando em consideração o exposto, vislumbrou-se que os direitos fundamentais, como base do ordenamento pátrio, consistem na defesa do indivíduo em face do Estado e em face do outro, estabelecendo as liberdades e garantias inerentes a vida do homem, sujeito de direitos, em sociedade.

Dentre tais direitos, encontra-se o da liberdade de imprensa, como reflexo do direito da liberdade de expressão, dispostos no rol do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Este é posto como um direito transindividual, difuso e inerente à pessoa humana, em expressar-se de forma livre, desimpedida, sem censura prévia pela mão estatal. No que tange a imprensa, como fonte segura de informação e veiculação, deverá gozar de tais direitos, como reflexo de uma sociedade democrática.

Todavia, também se encontram em tal rol os direitos à imagem e à honra, dispostos no inciso X do art. 5º da CRFB, bem como no Código Civil e Penal brasileiros.

No que concerne ao dano moral, garantido constitucionalmente também no inciso X do art. 5º da CRFB, viu-se que, como reparação ao dano causado aos direitos de personalidade e individuais da pessoa humana, se faz cabível tanto quando a ação ou omissão resulta em dano à imagem-retrato, relativo a divulgação indevida da figura física da pessoa, como à imagem social, concernente a lesão à personalidade, à moral e à honra desta. Tal responsabilidade objetiva, não está fundada em culpa ou dolo, cabendo àquele que violar, a indenização pela lesão à imagem e à honra.

Quanto a colisão de direitos fundamentais, versou-se acerca do mínimo essencial ou existencial, do qual explanou-se que não há possibilidade de se tolerar um sacrifício total de um direito colidente em face de outro. Contudo, a preservação de um mínimo não consegue mais suprir sua funcionalidade inicial. Não se deve falar em reduzir um direito ao seu menor potencial, apenas para poder valer-se de outro. No que tange direito à imagem e à honra, ao se ver em seu estado diminuto, em face da prevalência do direito à liberdade de imprensa, mostrou-se abrir um precedente perigoso, uma vez que o direito ao esquecimento, bem como a ressocialização de um encarcerado que viu seu direito desnudado na divulgação de sua imagem, se faz impossibilitado. A imprensa não permite

que se esqueça ou que se supere um acontecimento. Por mais que o direito à informação seja de extrema importância, este por ser de caráter coletivo, não pode sair-se sempre acima dos direitos individuais.

Por isso, a utilização do Princípio da Ponderação, como um sopesamento dos direitos fundamentais colidente, é a via mais racional para a solução do entrave posto. Ao se fazer isso, verificar-se-á em cada caso, qual a melhor e mais justa aplicação da norma, qual direito fundamental é mais viável de se aplicar.

Em resumo, no decorrer da produção do presente artigo, concluiu-se que a ponderação não deve iniciar-se apenas no judiciário. Deverá realizar-se ainda no ambiente da redação dos meios de comunicação, sendo dever do veículo de informação evitar de realizar um juízo valorativo quanto às subjetividades da notícia que lhe chega, deixando a análise da culpabilidade do agente, ao qual se suspeita ter realizado fato ilícito, para o próprio judiciário. Deve-se então, apenas ponderar acerca da veracidade dos fatos, abster-se de divulgar o nome ou a imagem do suposto acusado, evitando negligenciar a honra deste, apesar da pressão social dos expectadores em fazê-lo. Dessa forma, se preservará não só a presunção de inocência pré-processual, mas também da ressocialização do mesmo, posterior ao cumprimento da pena, ou até mesmo quando a investigação se mostrou infrutífera em demonstrar o envolvimento do então suspeito, sendo este considerado inocente.

Tem-se assim de que a ponderação se dispõe em três fases aqui apresentadas, com o grande potencial de mitigar as inúmeras demandas judiciais que pleiteiam a indenização pelos danos causados à moral, à imagem e à honra. Mesmo sendo esta, como versado, legítima e constitucionalmente garantida, o bom senso que habita o sopesamento prévio por parte da imprensa se mostra mais eficiente do que àquele realizado pelo judiciário.

No entanto, habita nas mãos do judiciário o grande poder de solucionar tal imbróglio. Justamente por não haver hierarquias entre os direitos fundamentais, parte da ponderação e proporcionalidade aplicadas pelo juiz, os meios mais adequados para o saneamento de conflitos. Porém, dada a sua subjetividade, a ponderação no âmbito dos direitos fundamentais obriga ao juízo que este detenha do conhecimento de todo um conjunto de informações acerca das nuances que abarcam os institutos colidentes. Isso se dá pela necessidade de que se justifique os critérios de seleção de qual princípio prevaleceu em face do outro, para poder indicar a normativa adequada ao caso concreto.

Numa potencial lide entre a liberdade de informação e de expressão e os direitos à honra e imagem, a ponderação será aplicada para decidir, não apenas qual bem constitucional deverá prevalecer *in concreto*, mas também em estabelecer qual o *quantum* a ser aplicado e preservado de cada instituto.

Logo, deverá o juízo estabelecer o máximo da proteção para ambos os direitos,

protegendo a liberdade de expressão, garantindo que não haja a censura prévia, constitucionalmente vedada, tampouco a proibição de sua divulgação. Mas também deverá proteger o direito à imagem dos excessos da imprensa, salvaguardando o direito de indenização relativos aos danos morais causados.

Claro que não se faz difícil entender a lógica de que, ao se aplicar uma ponderação de institutos de forma coerente e isonômica, a lesão de um direito será potencialmente mitigada, trazendo resultados também no sopesamento do *quantum* indenizatório, reduzindo não somente a quantidade de ações, mas também a quantidade a ser paga, como resultante de causa e efeito da prevalência do mínimo dano ao direito. No entanto, frisa-se que, em não sendo possível uma ponderação alargada, deverá, como forma de proteção plena aos direitos individuais, ser garantido o direito à indenização.

9. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 5. Ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____; SERRANO NUNES JR, Vidal. **Curso de direito constitucional**. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARBOSA, Rui. **A Imprensa e o dever da verdade**. São Paulo: Com-Arte, Editora da Universidade de São Paulo, 1990.

BARROSO, Luís Roberto, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na constituição de 1988**. In Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol.7: responsabilidade civil. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Direito à imagem e sua tutela**. In: BITTAR, Eduardo C.B.; ALMEIDA, Silmara

- J. A. Chinelato e (coords.). Estudos de direito de autor, direito de personalidade, direito do consumidor e danos morais. Forense Universitária, 2002.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das obrigações**, parte especial, tomo II: responsabilidade civil. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. **Direito à liberdade de imprensa**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- LIMA, Venício A. de. **Liberdade de expressão x liberdade de imprensa: Direito à Comunicação e Democracia**. São Paulo: Publisher Brasil, 2010
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. Revista de informação legislativa, Brasília. a. 41, n. 164, out./dez. 2004. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/1003>>. Acesso em: 27 set. 2019.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade: estudos de constitucional**. 3. Ed. São Paulo: Celso Bastos, 2006.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- RIBEIRO, Iara Pereira. **Direito à imagem: conceito jurídico pleno da própria imagem**. 2013. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2013. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6206/1/Iara%20Pereira%20Ribeiro.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais, uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- _____. MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Revista de Direito do Estado, São Paulo: Renovar, n. 4, 2006.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Sistema protetivo dos direitos da personalidade**. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios de comunicação. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27-75.

SOARES, Orlando. **Responsabilidade civil no direito brasileiro**. Teoria, prática forense e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Controle judicial dos limites constitucionais à liberdade de imprensa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 19.06.2021

Aceito em: 14.07.2021

PAGAMENTOS MÓVEIS: UMA PERSPECTIVA COMPARATIVA DOS SISTEMAS DE PAGAMENTO M-PESA (QUENIANO) E PIX (BRASILEIRO) SOB A ÉGIDE DE SUAS CARACTERÍSTICAS COMPETITIVAS, CULTURAIS E REGULATÓRIAS

Mobile payments: a comparative perspective of the M-Pesa (Kenyan) and PIX (Brazilian) payment systems under the aegis of their competitive, cultural and regulatory traits

Émerson Santiago Pereira¹

Allan Thiago Barbosa Arakaki²

RESUMO

O presente trabalho se pauta na comparação do desenvolvimento de meios de pagamentos móveis instantâneos entre Brasil (PIX) e Quênia (M-Pesa). Ante a permanente busca da atuação regulatória estatal mais eficiente e dadas as dificuldades encontradas, o presente trabalho discorre sobre os sistemas de pagamentos móveis instantâneos do Brasil e do Quênia, traçando um paralelo. Utiliza-se, para tanto, o referencial teórico da Análise Econômica do Direito. O corrente trabalho se mostra atual e relevante em razão da disseminação da tecnologia de pagamentos móveis pelo Brasil, endossando, além da comodidade da tecnologia, a importância da atuação regulatória estatal. A pesquisa é bibliográfica e documental, bem como o método utilizado é o comparativo, partindo o estudo dos pagamentos móveis, ingressando na experiência queniana e, por fim, confrontando com as peculiaridades brasileiras e as implicações advindas.

Palavras-chave

Pagamentos móveis, eficiência, inovação, regulamentação.

ABSTRACT

The present work is based on the comparison of the development of instant mobile payment methods between Brazil (PIX) and Kenya (M-Pesa). In view of the permanent search for more efficient state regulatory action and given the difficulties encountered, this paper discusses the instant mobile payment systems in Brazil and Kenya, drawing a parallel between them. Therefore, the theoretical framework of Economic Analysis of Law is used. This work proves to be current and relevant due to the spread of mobile payment technology throughout Brazil, endorsing, in addition to the convenience of technology, the importance of state regulatory action. The research is bibliographic and documentary, as well as the method used is the comparative one, starting from the study of mobile payments, entering the Kenyan experience and, finally, confronting the Brazilian peculiarities and the resulting implications.

Keywords

Mobile payments, efficiency, innovation, regulation.

1 Mestrando em Direito (UNIMAR). Advogado. E-mail: emerson_santpereira@hotmail.com

2 Mestrando em Direito (UNIMAR). Master em Fundamentos da Responsabilidade Civil (Universitat de Girona). Especialista em Direito Público (UNIDERP) e em Ciências Criminais e Segurança Pública (CERS). Promotor de Justiça (MP/MS). E-mail: allanarakaki@hotmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Pagamentos móveis – o nascimento de um novo sistema de pagamento e seus impactos. 3. *M-Pesa* – a transformação dos serviços bancários no Quênia. 4. PIX – um universo de possibilidades. O sistema brasileiro de pagamentos instantâneos. 5. Análise comparativa dos sistemas de pagamento queniano (*M-Pesa*) e brasileiro (PIX). 6. Conclusão. 7. Referências.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Mobile payments – the birth of a new payment system and its impacts. 3. *M-Pesa* – the transformation of Kenya’s banking systems. 4. PIX – an universe of possibilities. The Brazilian system of instant payments. 5. Comparative analysis of the Kenyan (*M-Pesa*) and Brazilian (PIX) payment systems. 6. Conclusion. 7. References.

1. INTRODUÇÃO

Frente a um vasto mercado tecnológico ainda não explorado com a interlocução de atividades de telecomunicações e serviços bancários nas suas multiformes estruturais, verifica-se o surgimento e o aperfeiçoamento de um importante nicho tecnológico de pagamentos móveis que se encontra em processo de expansão mundial pelas vantagens e, sobretudo, dinamismo que trazem ao usuário dele.

O nascimento e a implantação de uma técnica de realização de transações de cunho financeiro, com a utilização de mobilidade, segurança e conveniência, legitimou a mudança comportamental e cultural das sociedades na pós-modernidade. Diante essa demanda, o corrente artigo analisa os modelos de pagamentos móveis implantados no Brasil e no Quênia, traçando um paralelo entre eles, buscando identificar a importância do direito regulatório nesse universo novo e dinâmico.

Considerando que este artigo discorre ainda sobre a legislação e o direito regulatório para incutir segurança jurídica aos sistemas de pagamento móveis, foi utilizado, como referencial teórico, a Análise Econômica do Direito, sobretudo, quanto ao conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, justificável em razão da necessidade de se avaliar a eficiência da atuação estatal nesse setor e qual o critério a ser utilizado para tanto.

Ademais, mediante a realização de pesquisa bibliográfica e documental, discorre-se sobre o sistema queniano *M-Pesa*, cuja escolha ocorreu em razão de ser um dos serviços pioneiros para pagamentos móveis, enfocando-o com a inovação do mercado de pagamentos brasileiro lançada pelo Banco Central brasileiro (PIX). A partir de tal análise, busca-se verificar a importância da legislação nacional e da atuação estatal, por intermédio do direito regulatório, para a implantação e desenvolvimento da nova tecnologia.

Por fim, importante consignar que o método empregado foi o comparativo. Com efeito, o primeiro se justifica em razão do emprego do Direito Comparado aqui,

mais especificamente o modelo queniano, justificável pelo pioneirismo no emprego da tecnologia analisada. Parte-se aqui do desenvolvimento da tecnologia de pagamentos móveis genericamente, após, ingressa-se no caso queniano e posteriormente na situação brasileira para posteriormente realizar os apontamentos e confrontos dos dois casos. Assim, torna-se plenamente justificável o uso do método empregado neste artigo.

2. PAGAMENTOS MÓVEIS – O NASCIMENTO DE UM NOVO ECOSISTEMA DE PAGAMENTOS E SEUS IMPACTOS

Ao se retratar as potencialidades e possibilidades de pagamentos móveis, deve-se analisar, de forma ampla e intensa, a cultura que cada localidade está exposta. Nesse cenário, adequar os sistemas de pagamentos à cultura de pagamento é de particular interesse e relevância, em especial quando a mudança cultural está em transformação. Além disso, a cultura deve ter a funcionalidade de parâmetro de inovação, tendo em vista que muitas vezes ela se torna um “estimulante” e fomento para desenvolvimento econômico. (BÖHLE; KRUEGER, 2001, p. 8).

Com efeito, o mercado bancário nos países em desenvolvimento limita-se às pessoas denominadas “ricas”, ou seja, os incentivos para bancarização de pessoas “pobres” são baixos, tendo em vista, principalmente, os custos significativos em estabelecer esses serviços. (MALALA, 2013, p. 2). A cultura de pagamento ainda se pauta em outras experiências, como a inflação, moeda fraca ou até mesmo a alta taxa de criminalidade local, as quais, de forma abrangente, influenciam diretamente na adoção de pagamentos pela comunidade. (BÖHLE; KRUEGER, 2001, p. 9).

Importante pontuar, ainda, que, pelo fato de a renda ser volátil e diariamente flutuante, o dinheiro físico se torna a principal barreira da inclusão financeira, uma vez que as pessoas mais pobres tendem a coletar depósitos de baixo vulto. Por outro lado, a partir do momento que essa faixa de pessoas começa a ter acesso aos meios de pagamento eletrônicos, o acúmulo de capital tende a ser maior, de modo a atrair rentabilidade para as instituições. Ignacio Mas e Dan Radcliffe (2011, p. 367) sentenciam: “A falta de boas opções financeiras é, sem dúvida, uma das razões pelas quais as pessoas pobres estão presas na pobreza.”

No mesmo diapasão, em estudo para o governo canadense, Trites, Gibney e Lévesque (2013, p. 17) observaram que, em jurisdições distintas, as maiores taxas de adoção de usuários em pagamentos móveis foram originárias de utilizadores “menos favorecidos”, em especial, jovens que não tinham acesso ao mundo bancarizado.

Frente ao cenário inovador, os reguladores precisam enfrentar e propor medidas que não gerem incerteza (MALALA, 2013, p. 21), atentando-se para o fato de que

a regulação dos pagamentos móveis deve promover segurança jurídica tanto aos fornecedores como aos consumidores. De fato, a regulação dos pagamentos móveis nos países em desenvolvimento é lacunosa, pois, em regra, a legislação em vigor tem como fonte um quadrante de transações tradicionais, o que desencadeia uma situação de aparente desalinhamento entre a inovação e a regulamentação. (MALALA, 2013, p. 4).

Em alguns mercados denominados “modernos”, de outro vértice, arquitetam-se as possibilidades de regulação através de acordo ou outras formas de escolha de mercado, e não por uma regulação específica pública. (MALALA, 2013, p. 11). Na Suíça, por exemplo, os denominados intermediários financeiros não estão sujeitos a regulamentos inerentes a bancos, sendo assim, possuem uma regulação menos restritiva. (HUBER; SCHWABE, 2004 p. 29).

Diante desses polos da realidade regulatória no mundo, cada qual reproduzindo a sua demanda, é preciso ter em mente que é imprescindível o papel do direito regulatório dentro dos pagamentos móveis, devendo trazer segurança, confiança e efetiva privacidade, com viés na proteção do utilizador, fortalecendo a comunicação transfronteiriça entre indústrias financeiras e telecomunicações. (MALALA, 2013, p. 44).

Nessa linha de inteligência, o exemplo do Reino Unido citado por Joy Malala (2013, p. 20) bem ilustra o equilíbrio que deve ser alcançado por todos os Estados no tocante à regulação de serviços tecnológicos similares: “No Reino Unido, a televisão a cabo estava sob a jurisdição da Ofcom, enquanto a Comissão Independente de Televisão (ITC) regulava a televisão sem fio. Quando emergiram conflitos em um serviço como o British Interactive Broadcasting, esse tipo de problema acabou levando à criação do regulador convergente.”

As propostas que a literatura especializada apresenta para a solução desse problema é o do emprego dos conceitos de eficiência de Pareto e de Kaldor-Hicks. O primeiro é muito utilizado pelos economistas para denotar uma situação em que não é possível melhorar a condição de um agente sem piorar a situação de, pelo menos, outro agente.

Significa que, ao se introduzir determinada política pública ou norma legal, se todos os agentes que são afetados estão em situação melhor – ou ao menos igual –, considera-se que essa introdução foi eficiente no sentido de Pareto. (TABAK, 2015, p. 324). Sucede que, segundo Tabak (2015, p. 324), o problema do conceito de Pareto é que, em geral, a introdução de normas jurídicas leva necessariamente a potenciais ganhadores e perdedores.

Em razão disso, tem melhor aplicabilidade na orientação ao órgão regulador o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, em que se define a confrontação dos benefícios e custos sociais que uma norma jurídica é capaz de gerar para uns e outros. Acaso o benefício seja maior que o custo para todos, a norma é considerada eficiente. (TABAK,

2015, p. 324).

Sob a ótica da eficiência de Kaldor-Hicks, portanto, pressupõe-se que a proteção regulatória deve, ao tempo em que busque beneficiar os consumidores, resultar em um substancial aumento da utilização dos serviços a fim de que a receita gerada aos fornecedores seja interessante a ponto de suplantar os custos advindos dos benefícios conferidos aos usuários. Imprescindível, por conseguinte, dentro dessa dinâmica de pagamentos móveis o papel do Estado no seu mister regulatório.

3. *M-PESA* – A TRANSFORMAÇÃO DOS SERVIÇOS BANCÁRIOS NO QUÊNIA

Demonstrada a importância da regulação para a política de pagamentos móveis, mostra-se oportuno discorrer sobre o modelo de pagamentos móveis queniano. A começar, a grande massa populacional “sem banco” transformou a maneira de visualização dos serviços bancários no Quênia. A inovação aliou-se ao desenvolvimento queniano em relação à integração de telefonia móvel e serviços financeiros, (MALALA, 2013, p. 1) cenário que desencadeou a formação do serviço de pagamento instantâneo *M-Pesa*.

Sucesso do mercado queniano, o *M-Pesa* oferece às pessoas uma maneira segura e acessível de enviar e receber dinheiro, fazer pagamentos de contas, receber salários, obter um empréstimo de curto prazo, dentre outras funcionalidades, atingindo de forma positiva o mercado de sistema de pagamentos móveis. (MAS; RADCLIFFE, 2011, p. 353).

Durante a fase de desenvolvimento, frente ao desequilíbrio financeiro existente no Quênia, o Banco Central queniano também enfrentou os espinhosos caminhos na busca do equilíbrio regulatório. Com efeito, a lei bancária existente no Quênia possibilitou ao Banco Central daquele País a autoridade para regular as atividades financeiras, contudo, não definiu a proteção específica referente ao consumidor, o que foi solucionado apenas em 2012, com a promulgação da *Law Parliament passed the Consumer Protection*. (MALALA, 2013, p. 13).

A estreita parceria entre o Banco Central queniano e as operadoras *Vodafone* e *Safaricom*³ porém, pôde proporcionar a avaliação das oportunidades e riscos envolvidos, concluindo os atores econômicos que uma regulação prematura poderia sufocar a inovação. Nesse sentido, o Banco Central queniano optou pelo monitoramento e ensaios do *M-Pesa*, e apenas posteriormente formulou a regulação necessária. (MAS;

3 Operadora de rede móvel no Quênia, com sede em Nairóbi, oferecendo serviços de telefonia móvel, transferência de dinheiro móvel, eletrônicos de consumo, comércio eletrônico, computação em nuvem, dados, streaming de música e serviços de fibra óptica. (SAFARICOM, 2019, p. 2).

RADCLIFFE, 2011, p. 354).

No sistema *M-Pesa*, o cliente individual tem suas contas mantidas em um servidor que pertence e é gerenciado pela empresa *Vodafone*, garantindo agilidade na implantação, maior comodidade e redução de custos de acesso em comparação com outros serviços. (MAS; RADCLIFFE, 2011, p. 353-354). Além disso, no Quênia, tendo em vista o reduzido número de pessoas que possuem conta em instituição financeira, houve uma ampla difusão do serviço, tornando a taxa de adesão amplamente satisfatória para os fornecedores. (TRITES; GIBNEY; LÉVESQUE, 2013, p. 18).

Outra determinante do *M-Pesa* é no sentido de que o sistema não está limitado somente aos quenianos, mas pode ser operado por estrangeiros e turistas que não possuem vínculo permanente no Quênia. (KAWAMOTO, 2019, p. 103). De outro norte, contudo, Kawamoto (2019, p. 104) alerta que “o Quênia possui padrão desigual de desenvolvimento, com serviços modernos oferecidos nas grandes cidades, principalmente em Nairóbi e Mombaça, mas com vasto contingente de analfabetos e pobres em suas zonas rurais.”

Em razão disso, outro objetivo traçado pelo *M-Pesa* foi o de construir uma plataforma transacional de baixo custo. Nela os clientes teriam suas necessidades atendidas, garantindo a projeção de receita ao fornecedor baseada na utilização e não em flutuação de modelos de serviços, uma vez que um dos focos da plataforma era estender os seus serviços, por meio da tecnologia móvel, ao maior número de pessoas, principalmente às consideradas “pobres” e desbancarizadas.

Em relação à redução de custos, o *M-Pesa* adentrou na questão da utilização do SIM4 dos aparelhos móveis como grande validador para autenticar os usuários, atraindo a massa populacional pobre, sendo que este público era considerado pelas instituições financeiras como “clientes não rentáveis” com base em seus saldos bancários. (MAS; RADCLIFFE, 2011, p. 357). Significa dizer que a gênese da proposta dos pagamentos móveis queniana consistiu na inclusão dos mais pobres, os quais eram ignorados pelas instituições financeiras. No desenvolvimento dos pagamentos móveis no Quênia, verifica-se ainda a figura dos “agentes”. Estes são considerados as pontes de dinheiro ou canais da inclusão financeira, figuras que realizam a interface com o cliente, onde este é considerado princípio fundamental para a terceirização dos pagamentos móveis. (MALALA, 2013, p. 31). O crescimento do *M-Pesa* ocorreu de forma rápida, levando em consideração toda a cultura existente no território, saltando de 19.671 clientes em março

4 O cartão SIM (sigla em inglês para: subscriber identity module, em português: “módulo de identificação do assinante”) é um circuito impresso do tipo cartão inteligente utilizado para identificar, controlar e armazenar dados de telefones celulares de tecnologia GSM (Global System for Mobile Communications) sendo obrigatório neste, usando R-UIM (Removable User Identifiable Module), mas pouco comum em outras tecnologias de celular.

de 2007, para o total de 22.6 milhões em março de 2019. (SAFARICOM, 2019, p. 7).

Constata-se, por derradeiro, que o Quênia partiu de um lugar tido como violador de direitos de propriedade intelectual (KAWAMOTO, 2019, p. 105-106) para um País que, atualmente, vem moldando seu mercado de pagamentos móveis de acordo com a proteção de dados e privacidade, existindo, inclusive, projeto de lei do Senado que prevê que uma comissão nacional de direitos humanos supervisione a aplicação de proteção de dados. (SAFARICOM, 2019, p. 40).

Em que pese a gênese do sistema de pagamento móvel queniano ter sido em um processo inclusivo dos mais pobres, portanto, garantindo a eles uma existência dentro do mercado de pagamentos, bem como a regulação ter ocorrido posterior à instituição da plataforma, soou como imprescindível a atuação dos órgãos regulatórios para garantir segurança jurídica ao sistema implementado. Enfim, delineados os pontos do sistema queniano, mostra-se oportuno verificar como ocorreu a implantação do sistema de pagamentos móveis no Brasil.

4 PIX – UM UNIVERSO DE POSSIBILIDADES. O SISTEMA BRASILEIRO DE PAGAMENTOS INSTANTÂNEOS

Em um cenário transformador, sobretudo, em razão do emprego de novas tecnologias, os brasileiros tendem a resistir às mudanças, fazendo com que o Brasil seja considerado como um País seguidor e não inovador, tendo que se espelhar em *cases* de sucesso no mundo exterior. (KAWAMOTO, 2019, p. 100).

Diante das necessidades inerentes ao Brasil e do avanço tecnológico dos sistemas de pagamento, o Banco Central brasileiro lançou a nova plataforma de pagamentos instantâneos. Com o slogan “PIX5 – pagamentos instantâneos, um universo de possibilidades”, vislumbrou-se a competição de mercado, inclusão de pessoas, facilidade de transações e redução de custos para os utilizadores, com um conceito visual baseado em tecnologia, propondo o rompimento dos limites do sistema financeiro. (BANCO CENTRAL, 2020a, p. 2-5).

O marketing do “PIX” se lastreou na facilidade dos serviços ofertados: fácil como um bate-papo digital, para compras simples ou complexas, seja para pequenos ou grandes negócios. Além disso, o sistema de pagamento possui uma plataforma similar de arquitetura centralizada, fomentando um diálogo amplo com o mercado no processo de implantação do ecossistema de pagamento. (BANCO CENTRAL, 2020b, p. 13-21). Nesse diapasão, o documento “Requisitos Fundamentais para o Ecossistema de

5 Marca única criada pelo Banco Central do Brasil, lançada em coletiva à imprensa em fevereiro de 2020, sendo a representatividade de pagamentos instantâneos a ser realizada no Brasil.

Pagamentos Instantâneos Brasileiro” preceitua:

A existência de uma infraestrutura centralizada e única de liquidação é necessária por maximizar os ganhos de escala e os ganhos advindos da internalização das externalidades de rede típicas dessa indústria. Isso implica que a existência de uma infraestrutura única de liquidação maximiza a eficiência do ecossistema, diminuindo o custo da sociedade com a realização de pagamentos. Esse desenho, em que existe cooperação na camada de liquidação, com a existência de uma única infraestrutura, é observado em todos os países que possuem soluções de pagamento instantâneo. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2018a, p. 4).

Um dos objetivos da centralização dos pagamentos e sua liquidação foi a garantia de neutralidade necessária, facilitando o processo de liquidação das transações, bem como minimizando os riscos financeiros advindos, sendo este em tempo real. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2018a, p. 4). Além disso, o Banco Central do Brasil, em seu Comunicado n. 32.927, de 21 de dezembro de 2018, asseverou:

2. O Banco Central do Brasil atuará na liderança do desenvolvimento dos pagamentos instantâneos no Brasil, com o objetivo de criar, de uma perspectiva neutra em relação a modelos de negócio ou participantes de mercado específicos, as condições necessárias para o desenvolvimento de um ecossistema de pagamentos instantâneos que seja eficiente, competitivo, seguro, inclusivo e que acomode todos os casos de usos. (BANCO DO BRASIL, 2018b, p. 1).

Já o Comunicado n. 34.085, de 28 de agosto de 2019, atribuiu ao BC a responsabilidade do desenvolvimento e da gestão da base de dados de endereçamento e centralização:

4. Nesse sentido, o Banco Central do Brasil entende ser necessária a adoção de uma base única e centralizada de dados de endereçamento como componente da estrutura do ecossistema de pagamentos instantâneos brasileiro. Essa base de dados armazenará as informações das chaves ou apelidos que servirão para identificar as contas transacionais dos usuários recebedores de maneira intuitiva e simplificada, permitindo que o usuário pagador utilize informações que já possui sobre o usuário recebedor (número de telefone celular, CPF/CNPJ e endereço de e-mail, por exemplo) para iniciar o pagamento. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2019).

Significa dizer que as transferências oriundas dos pagamentos instantâneos ocorrem diretamente na conta do usuário pagador para o usuário recebedor, não tendo intermediários, proporcionando com isso uma redução de custos e velocidade

nas transações, alavancando a competitividade e a eficiência do mercado. (BANCO CENTRAL, 2020b).

É possível identificar, portanto, como as principais características do PIX, a disponibilidade, a velocidade, a conveniência, a segurança e o ambiente aberto com uma estrutura flexível, garantindo acesso e surgimento de medidas inovadoras. Sem prejuízo desses pontos, o fornecimento de uma multiplicidade de uso, a existência de um fluxo de dados com informações agregadas capazes de conciliar e facilitar a automatização e surgimento de novos modelos de negócio reverberam a tônica do novo modelo implantado. (BANCO CENTRAL, 2020b).

Oportuno não olvidar, que as instituições financeiras e de pagamento, que estão obrigadas a integrar e fornecer a seus clientes o serviço de pagamentos móveis, são aquelas que possuem em sua estrutura uma carteira de contas superior a 500 mil ativas, sendo que as demais, de forma facultativa poderão participar desde o início do PIX – Pagamentos Instantâneos. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2020b).

Assim, o sistema brasileiro de pagamento instantâneo, implementado por meio PIX, desenvolveu-se lastreado no ato regulatório do Banco Central, o que denota a importância da atuação estatal para implementar o PIX, precisamente no exercício do mister regulatório. De forma incoerente, contudo, não se focou na camada mais modesta, posto que o PIX foi focado obrigatoriamente apenas para instituições financeiras com carteira de contas superior a 500 mil ativas.

5 ANÁLISE COMPARATIVA DOS SISTEMAS DE PAGAMENTO QUENIANO (M-PESA) E BRASILEIRO (PIX)

Pois bem, o Quênia é um país da África oriental, banhado pelo oceano Índico, com estimativa de 55,5 milhões de habitantes, dividido em 47 municípios, sendo de 33,6% a taxa da população que está abaixo da linha da pobreza⁶. (CIA, [2020]). Sua constituição é recente, promulgada em 2010, e regula um sistema jurídico misto de direito comum inglês, direito islâmico e consuetudinário (CIA, [2020]). O Brasil, por sua vez, com mais de 212 milhões de habitantes, possui 6,5% da população na condição de extrema pobreza. (IBGE, 2019).

Como observado, as características culturais existentes refletem de forma significativa na adoção dos sistemas de pagamentos, tendo em vista que, ao realizar uma análise da população que vive com menos de US\$ 1,90 por dia, o Quênia possui alto percentual de seus habitantes nessas condições e, ainda, assim, conseguiu a integração⁷

⁶ A renda inferior a US\$ 1,90 por dia identifica a linha de extrema pobreza. (BANCO MUNDIAL, 2018).

⁷ Impulsionado pelo seu forte compromisso e avanço na inclusão financeira, o Quênia ficou no topo do Scorecard

delas ao *M-Pesa*, enquanto o Brasil inicia a sua experiência com foco inicial em um público já bancarizado, tendo em vista que o serviço inicialmente será obrigatório para as instituições que possuem acima de 500 mil contas ativas.

Apenas em uma perspectiva posterior, o Banco Central visa expandir o PIX para pagamento de salários, benefícios sociais como Bolsa Família e demais funcionalidades hoje consideradas habituais, oportunidade em que será possível avaliar se o modelo brasileiro alcançará o mesmo sucesso do queniano.

Embora inegável a regulação brasileira que precedeu o PIX, o fato é que a prática restritiva, porém, delimitando o alvo apenas a instituições com grande robustez, com a devida vênia, não se atenta ao art. 7º, VI, da Lei nº 12.865/2013, uma vez que não se garante a existência, dentro do mercado bancário, à massa ignorada pelo baixo poder aquisitivo e que vivencia a exclusão pela baixa expressão econômica de suas posses.

O PIX criado, na realidade, a princípio, traz comodidades àqueles cuja existência bancária está sedimentada e que possuem contas bancárias em instituições financeiras robustas, o que destoa da tônica da Carta Republicana de 1988 em que a inclusão é pedra fundamental (art. 3º, III, IV). De fato, diversamente do modelo queniano, o sistema brasileiro desconsiderou o público ignorado pelo sistema financeiro, deixando-os na penumbra, o que deve ser corrigido.

Sendo objetivo da República brasileira a redução das desigualdades sociais, a proibição da discriminação, não há espaço para que os benefícios da incorporação do sistema instantâneo de pagamento ignorem um olhar social, garantindo existência a um público classicamente esquecido pelo sistema financeiro tradicional. Assim, o modelo queniano tem muito a colaborar quanto a esse ponto de inclusão e de efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo, permitindo a existência dos excluídos do sistema financeiro tradicional.

Em relação ao ambiente regulatório encontrado, os pagamentos móveis desenvolveram-se no Quênia num cenário de um vazio normativo, onde a *Safaricom* conseguiu expandir o *M-Pesa* atendendo os anseios locais, respeitando e utilizando os traços culturais existentes. A precariedade regulatória dos pagamentos móveis propiciou a criação do sistema de pagamento adequado ao território queniano graças ao fundamental apoio do Banco Central do Quênia, tendo em vista que o objetivo do *M-Pesa* era alcançar a população de baixa renda.

do Financial and Digital Inclusion Project. (LEWIS, 2017 p. 7) Essa posição, se deve às taxas consideráveis de adoção do dinheiro móvel entre pessoas de baixa renda, com um aumento em 50% (cinquenta por cento) na inclusão financeira comparado com a década anterior, além de várias ações de inclusão financeira e expansão do ecossistema financeiro digital. (LEWIS, 2017 p. 27).

Diferentemente do Quênia, o Brasil já inicia a sua experiência em pagamentos móveis através do PIX, com um ecossistema previamente regulado, com estudos. Em relação à regulação de proteção de dados, observa-se que, no Quênia, a base de dados dos utilizadores permanece em um servidor da empresa *Vodafone*, enquanto, no Brasil, a base de dados será centralizada no Banco Central brasileiro, onde são inseridas como chave de endereçamento o número do CPF/CNPJ, e-mail ou telefone. Ademais, nesse cenário, a existência de uma regulamentação específica sobre proteção de dados pessoais ocorreu pela Lei n. 13.709/2018 (LGPD), diversamente do cenário queniano, onde está em tramitação um projeto de lei relacionado.

A centralização das informações em um ambiente privado pode trazer infrações a direitos de liberdade e privacidade dos envolvidos, tendo em vista que a empresa *Vodafone* pode utilizar-se dessas informações para mapear clientes e demais envolvidos no processo de pagamentos móveis, direcionando esses dados para outras finalidades. Por não haver uma proteção sobre esses dados vigente no território queniano, não se observa as condições e garantias mínimas de proteção, em especial no que se refere à segurança e sigilo dos dados ora ali inseridos.

Ainda assim, por não ser uma base centralizada governamental, considerando que no Quênia os pagamentos móveis desenvolveram-se posteriormente ao serviço, diversamente do Brasil, constata-se uma proteção deficitária do consumidor, quadro este que seria inconcebível no panorama jurídico brasileiro, em que a defesa do consumidor é um dos princípios da ordem econômica (art. 170, V, CF/88).

Verifica-se, de outro norte, que, considerando a experiência queniana em pagamentos móveis, o Brasil se mostra avançado em nível de proteção de dados, uma vez que, pautado pela LGPD, o Banco Central do Brasil (2018) exige das instituições financeiras, por exemplo, “a autenticação, a criptografia, a prevenção e a detecção de intrusão e vazamento de informações, a realização periódica de testes e varreduras, a proteção contra softwares maliciosos, mecanismos de rastreabilidade, controles de acesso e segmentação da rede de computadores, manutenção de cópias de segurança dos dados e informações⁸.”

Enfim, a atuação regulatória brasileira, bem como a legislação infraconstitucional, propiciou um cenário mais seguro para o desenvolvimento do sistema de pagamentos instantâneos, assumindo relevo singular a atuação estatal regulatória, sem a qual não haveria como garantir a segurança necessária ao ato, bem como a proteção ao consumidor.

8 Art. 3º, §2º, da Resolução n. 4.658, de 26 de abril de 2018.

6 CONCLUSÃO

O surgimento de uma nova tecnologia em transações financeiras instantâneas torna a tarefa dos entes regulatórios e fornecedores mais desafiadora e complexa. Devido aos aspectos culturais, sociais e econômicos existentes em Países considerados “seguidores”, o ambiente nacional não é tão receptivo para a adoção de inovações tecnológicas, em especial quando retratado na esfera financeira.

Dessa forma, é necessário examinar de forma abrangente a estratégia e eficácia utilizada nas intervenções “seguras” adotadas para difusão de novos sistemas financeiros. Construir um cenário regulamentado pautado na proteção do cliente, levando em consideração lavagem de dinheiro, transações transfronteiriças, fraude, más condutas de fornecedores e questões de crédito, resulta num emaranhado de conflitos de interesses.

Nesse sentido, a propositura de um ecossistema centralizado e com uma plataforma única de liquidação, criado e operacionalizado pelo Banco Central do Brasil, possibilita a diminuição de intermediários no processo e garante a neutralidade necessária, tendo em vista que as informações armazenadas por chaves ou apelidos servirão para identificação das contas transacionais, permitindo a redução de custos, a prevenção à lavagem de dinheiro e outras similaridades oriundas de transações financeiras.

Observa-se que, diferentemente do cenário regulatório oferecido no Quênia, o Brasil inicia a sua experiência em pagamentos instantâneos, com um ambiente previamente regulamentado, já pautados na proteção do utilizador, como sendo a parte “mais fraca” da relação. Assim, é imperiosa a importância da atuação regulatória estatal para se garantir a defesa do consumidor e resguardar a segurança necessária ao bom desenvolvimento do sistema instantâneo de pagamento.

Por outro lado, a experiência queniana demonstra que seria possível o PIX incluir e focar também no público de baixa renda, cuja existência não é sequer visualizada pelas instituições financeiras mais sólidas. O enfoque no público de baixa renda é imprescindível a fim de que se garanta a existência bancária daquele, permitindo que todos os benefícios da incorporação do sistema de pagamento instantâneo, como comodidade, agilidade, entre outros, sejam por ele usufruídas.

Em que pese ser inegável o papel da regulação para proteger o consumidor e incutir segurança no PIX, é necessário que se amplie para albergar o público de baixa renda e que muitas vezes não possui sequer conta nas instituições bancárias sólidas. Enfim, a efetividade dos direitos fundamentais, a igualdade e os objetivos declinados na Carta de 1988 demandam a inclusão social, inclusive, quanto ao sistema financeiro, daí porque a experiência queniana deve servir como parâmetro no caso brasileiro quanto a esse ponto.

7 REFERÊNCIAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Requisitos fundamentais para o ecossistema de pagamentos instantâneos brasileiro**. Brasília, DF: 2018a. Disponível em https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/gt_pagamentos_instantaneos/Requisitos%20fundamentais%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf/. Acesso em 27 abr. 2020.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Comunicado n. 32.927, de 21 de dezembro de 2018**. Brasília, DF, 2018b. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/especialnor/Comunicado32927.pdf/>. Acesso em: 19 abr. 2020.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Comunicado n. 34.085, de 28 de agosto de 2019**. Brasília, DF, 2019. disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenorativo?tipo=Comunicado&numero=34085/>. Acesso em: 19 abr. 2020.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Pagamentos instantâneos**. Um universo de possibilidades. Brasília, DF: 2020a. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/conteudo/home-ptbr/TextosApresentacoes/Apresentacao_PIX.pdf/. Acesso em: 20 abr. 2020.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Pagamentos instantâneos**. Brasília, DF: 2020b. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/pagamentosinstantaneos/>. Acesso em: 19 abr. 2020.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Resolução n. 4.658, de 26 de abril de 2018**. Dispõe sobre a política de segurança cibernética e sobre os requisitos para a contratação de serviços de processamento e armazenamento de dados e de computação em nuvem a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Brasília, DF, [2020]. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50581/Res_4658_v1_O.pdf/. Acesso em: 27 abr. 2020.

BANCO MUNDIAL. **Quase metade do mundo vive com menos de USD \$5.50 por dia**. Washington, DC: 2018. Disponível em: <https://www.worldbank.org/pt/news/press-release/2018/10/17/nearly-half-the-world-lives-on-less-than-550-a-day-brazilian-portuguese/>. Acesso em 27 abr. 2020.

BRASIL. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm/. Acesso em: 27 abr. 2020.

BÖHLE, Knud; KRUEGER, Malte. **Payment culture matters**. A comparative EU-US perspective on Internet payments. Karlsruhe, 2001, tradução nossa. Disponível em: <https://publikationen.bibliothek.kit.edu/1000101352/>. Acesso em: 02 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Central Intelligence Agency. **The world factbook**. Langley: [2020], tradução nossa. Disponível em: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/br.html/>. Acesso em: 26 abr. 2020.

HUBER, Andreas; SCHWABE, Gerhard. **Mobile payment – A comparison between Europe and the US**. 2004. 65 f. Tese (Doutorado em Ciência da Computação) – Departamento

de Ciência da Computação, Universidade de Zurique, Zurique, 2004, tradução nossa.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Extrema pobreza atinge 13,5 milhões de pessoas e chega ao maior nível em 7 anos.** Rio de Janeiro: 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25882-extrema-pobreza-atinge-13-5-milhoes-de-pessoas-e-chega-ao-maior-nivel-em-7-anos/>. Acesso em: 27 abr. 2020.

KAWAMOTO, Carlos Tadao. **Inovações na intermediação financeira: determinantes dos instrumentos de pagamentos móveis.** 2019. 189 f. Tese (Doutorado em Administração) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

LEWIS, Robin J.; VILLASENOR, John D.; WEST, Darrel M. **The 2017 Brookings financial and digital inclusion project report.** Washington, DC: Centre for Technology Innovation at Brookings, 2017, tradução nossa.

MALALA, Joy. **Proteção do consumidor para pagamentos móveis no Quênia: um exame da legislação fragmentada e das complexidades que ela apresenta para pagamentos móveis.** Nairobi: KBA Centro de Pesquisa sobre Mercados Financeiros e Política, 2013, tradução nossa. Disponível em: <https://www.kba.co.ke/downloads/Working%20Paper%20WPS-07-13.pdf/>. Acesso em: 20 abr. 2020.

MAS, Ignacio; RADCLIFFE, Dan. Mobile payments go viral M-PESA in Kenya. *In: CHUHAN-POLE, Pum; ANGWAFO, Manka (Ed.). Yes, Africa Can: success stories from a dynamic continent.* Washington, DC: The World Bank, 2011, p. 353-369, tradução nossa. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/2335/>. Acesso em: 02 abr. 2020.

SAFARICOM. **Annual report and financial statements.** Nairóbi: 2019, tradução nossa. Disponível em: https://www.safaricom.co.ke/annualreport_2019/assets/Safaricom_FY19_Annual%20Report.pdf#page=4/. Acesso em: 26 abr. 2020.

TABAK, Benjamin Miranda. A análise econômica do direito: proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de informação legislativa.** Brasília, DF, v. 52, n. 205, p. 321-349, jan./mar. 2015.

TRITES, Steve; GIBNEY, Charles; LÉVESQUE, Bruno. **Mobile payments and consumer protection in Canada.** Ottawa: Financial Consumer Agency of Canada, 2013, tradução nossa. Disponível em: https://www.canada.ca/content/dam/canada/financial-consumer-agency/migration/eng/resources/researchsurveys/documents/fcac_mobile_payments_consumer_protection_accessible_en.pdf/. Acesso em 20 abr. 2020.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 01.03.2021

Aceito em: 03.05.2021

A TUTELA JURÍDICA DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS EM MOÇAMBIQUE

The Legal Protection of Public-Private Partnerships in Mozambique

Edson da Graça Francisco Macuacua¹
Olinda Bernardo Elias²

RESUMO

O presente trabalho tem como tema a Tutela Jurídica das Parcerias Público-Privadas em Moçambique. As Parcerias Público-Privadas surgiram no Reino Unido na década de 70 do século XX, num contexto político-económico caracterizado por diversas crises financeiras, políticas e económicas. A partir dos anos 80, os modos de gestão privada ganharam especial relevância face aos modos de gestão pública, aliado ainda ao facto do desenvolvimento de novas técnicas de financiamento a projectos de longo prazo. A Base Legal da Tutela Jurídico das Parcerias Público-Privadas em Moçambique encontra-se estabelecida na Lei 15/2011 de 10 de Agosto, Decreto n.º 16/2012, de 4 de Junho e Decreto n.º 69/2013 de 20 de Dezembro. Em nenhuma dessas Leis consta a figura do Controlo Externo sobre a Tutela Jurídico das Parcerias Público-Privadas.

Palavras-Chave

Parcerias Público-Privadas, Tutela Jurídica, Controlo Externo.

ABSTRACT

This work focuses on the Legal Protection of Public-Private Partnerships in Mozambique. Public-Private Partnerships emerged in the United Kingdom in the 1970s, in a political and economic context characterized by various financial, political and economic crises. Starting in the 1980s private management modes have gained particular relevance in relation to the modes of public management, combined with the development of new techniques for financing long-term projects. The Legal Basis of the Legal Protection of Public-Private Partnerships in Mozambique is established in Law 15/2011 of August 10, Decree No. 16/2012 of June 4 and Decree No. 69/2013 of December 20. None of these laws includes the figure of the External Control on the Legal Protection of Public-Private Partnerships.

Keywords

Public-Private Partnerships, Legal Guardianship, External Control.

SUMÁRIO: 1. Origem das Parcerias Público-Privadas. 2. Conceitualização. 3. A tutela jurídica das Parcerias Público-Privadas em Moçambique. 4. Análise da Tutela Jurídica das Parcerias Público-Privadas nas contratações públicas em Moçambique. 5. O

1 Doutorando em Direito, pela Universidade Eduardo Mondlane; Doutorando em Direito pela Universidade Católica De Moçambique; Paz, Democracia, Desenvolvimento Humano e Movimentos Sociais na Universidade Técnica de Moçambique. Mestre em Direito; Mestre Administração Pública; Mestre em Direito Do Petróleo e do Gás.

Docente Universitário das cadeiras de: ciências políticas; Direito Constitucional e Direitos Fundamentais; Direito do Petróleo e do Gás em Moçambique e Parcerias Público-Privadas Contratuais e Institucionais na Universidade Eduardo Mondlane, Universidade Técnica de Moçambique, Universidade Nachinguea e Universidade Católica de Moçambique Chimoio.

2 Mestrando em Direito Administrativo, pela Universidade Católica de Moçambique – Chimoio 2021.

controlo externo sobre a Tutela Jurídica das Parcerias Público-Privadas em Moçambique. 6. Experiências internacionais do controlo sobre a Tutela Jurídica das Parcerias Público-Privadas. 7. Desafios da Tutela Jurídica das Parcerias Público-Privadas em Moçambique. 8. Conclusões. 9. Referências.

SUMMARY: 1 Origin of Public-Private Partnerships. 2. Conceptualization. 3. The Legal Protection of Public-Private Partnerships in Mozambique. 4. Analysis of the Legal Protection of Public-Private Partnerships in Mozambique. 5. The external control over the Legal Protection of Public-Private Partnerships in Mozambique. 6. International experiences regarding control over the Legal Protection of Public-Private Partnerships in Mozambique. 7. Challenges for the Legal Protection of Public-Private Partnerships in Mozambique. 8. Conclusions. 9. Bibliography.

1. ORIGEM DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A inexistente capacidade de gerar fundos para financiar investimentos sociais necessários, a comprovada maior eficiência dos modos de gestão privada, comparados aos tradicionais modos de gestão pública e a crescente sofisticação do sector jurídico e financeiro, que ao longo dos anos 80s desenvolveu técnicas de financiamentos de projectos a longo prazo, fazendo recurso exclusivamente a capacidade do próprio projecto em gerar fluxos financeiros suficientes a remunerar o investimento inicial e os seus custos de manutenção, criaram as condições para o surgimento das Parcerias Publico-Privadas³.

As Parcerias Público-Privadas, surgiram no Reino Unido, na década de 70 do século XX, num contexto político-económico caracterizado por diversas crises financeiras, políticas e económicas, ou seja, além de os estados europeus não conseguirem fazer face aos aumentos de investimento (motivado pela decrescente capacidade de aumentar a carga fiscal), a partir dos anos 80, os modos de gestão privada ganharam especial relevância face aos modos de gestão pública, aliado ainda ao facto do desenvolvimento de novas técnicas de financiamento a projectos de longo prazo⁴.

De acordo com Benjamin Zymler e Guilherme Henrique de La Rocque Almeida⁵, as Parcerias Público-Privadas têm as suas origens mais remotas nas concessões. No século XII, na Europa, ocorreram associações de capitais reais com os de particulares, tendo, como exemplo, a parceria realizada pelo Rei da Inglaterra com um Banco italiano, através da qual o Banco abriu uma mina de Prata e, após explorá-la, por um período pré-

3 BUNGA, Daniel Paulo, **A Contratação Pública no Direito Angolano**, Princípios e Procedimentos.

4 GUEDES, Joana, **Parcerias Público-Privadas e a Distribuição do Risco**, Porto, 2011.

5 BENJAMIN, Zymler e GUILHERME Henrique de La Rocque Almeida, **O controlo Externo das Concessões de Serviços Público e das Parcerias Público-Privadas**, Editora Fórum, Belo Horizonte, página 229, 2005.

determinado, entregou-a ao Governo Inglês⁶.

Nos séculos XVIII e XIX, passaram a prevalecer as ideias liberais que defendiam a diminuição do papel do Estado na vida económica. Segundo aquelas ideias, caberia à Administração Pública, apenas, a tarefa reguladora, o que permitiu um notável desenvolvimento dessas parcerias⁷.

Nas últimas décadas do século XX, as Parcerias Público-Privadas difundiram-se por vários países, devido à necessidade de controlar as despesas públicas, evitando a perpetuação dos défices orçamentais. Além disso, procurou-se redimensionar o equilíbrio entre as atribuições dos sectores público e privado⁸.

2. CONCEITUALIZAÇÃO

2.1. Tutela

Pode ser definida como um encargo ou autoridade que se confere a alguém, por lei ou por testamento, para administrar os bens, dirigir e proteger a pessoa de um menor que se acha fora do poder familiar, bem como para representa-lo ou assistir-lhe nos actos da vida civil; defesa, amparo, protecção, tutela, dependência ou sujeição vexatória⁹.

2.2 Tutela Jurídica

È a actividade jurisdicional de regulação das relações dos indivíduos de uma sociedade, exercida pelo Estado, a fim de defender os direitos que não podem ser defendidos individualmente por eles¹⁰.

2.3 Parcerias Público-Privadas

Segundo Marques (2017), as Parcerias Público - Privadas, largamente conhecidas pela sua sigla Parcerias Público-Privadas, podem ser entendidas como o ajuste firmado entre Administração Pública e a iniciativa privada, tendo por objecto a implantação e a oferta de empreendimento destinado à fruição directa ou indirecta da colectividade, incumbindo-se a iniciativa privada da sua estruturação, financiamento, execução, conservação e operação, durante todo o prazo estipulado para a parceria, e cumprindo ao Poder Público assegurar as condições de exploração e remuneração pelo parceiro

6 IV ASSEMBLEIA GERAL, **Organização das Instituições Supremas de Controlo da CPLP, O Controlo Externo das Parcerias Publico-Privadas**, Tribunal Administrativo, Maputo. Extraído, 2006.

7 Cfr: Benjamins Zymler e Guilherme Henrique de La Rocque Almeida, **O controlo Externo das Concessões de Serviços Público e das Parcerias Público-Privadas**, página 230.

8 Idem, página 230.

9 W pt.m

10 DICIONARIO Direito.com.br. **Tutela Jurídica**.

privado, nos termos do que for ajustado, e respeitada a parcela de risco assumida por uma das partes¹¹.

Para Nhabinde (2012), Parceria Público-Privada, é uma Infra-estrutura com grande volume de Investimento Inicial (“Sunk cost”), financiada, construída, operada e mantida por uma empresa privada, eventuais retornos para o governo, a fonte de recursos não é livre e sendo uma empresa privada não deve fazer retornos negativos, o risco de expropriação (Regulamentação) é um sério problema¹².

É um modelo de contratação que constituiu modo de gestão indirecta que permite que as necessidades que competem ao Estado e outros entes públicos sejam realizadas por parceiros privados com maior eficiência, eficácia e economia na satisfação de necessidades colectivas¹³.

O n.º 2, alínea a) do art. 2 da Lei n.º 15/2011, de 10 de Agosto (Lei das Parcerias Público-Privadas), constitui Parceria Público-Privada, abreviadamente designada por PPP, Empreendimento em área do domínio público, excluindo o de recursos minerais e petrolíferos, ou em área de prestação de serviço público; A natureza privada, no todo ou em parte do financiamento; A obrigação do parceiro privado de realizar o investimento necessário e explorar a respectiva actividade; O investimento e a exploração da actividade visarem uma provisão eficiente de serviços ou bens cuja disponibilidade aos utentes compete ao Estado garantir, ou sejam, visarem, pois, a satisfação de necessidades colectivas das populações¹⁴.

Assim, uma parceria é caracterizada pelos elementos seguintes: Relação contratual, com carácter duradouro; Entre uma entidade do sector público e uma entidade do sector privado; Tendo por objecto a prestação de um serviço público ou de um serviço instrumental à prestação de um serviço público; Cujo financiamento total ou parcial é da responsabilidade do sector privado¹⁵

Assim podemos concluir que existe um conceito bastante amplo de definição de Parcerias Público-Privadas, existindo a opinião unânime de que estas constituem diversas modalidades de envolvimento de entidades privadas em projectos de investimento de

11 MARQUES Neto, Floriano de Azevedo, Parcerias público-privadas: conceito. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/32/edicao-1/parcerias-publico-privadas-conceito>, visitado no dia 27.11.2020.

12 NHABINDE, Vasco, **Parcerias Público Privadas em Moçambique**, Dezembro, Maputo 2012.

13 DA MOTA, C. E. F., **Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Gestão de Empresas, especialidade em Planeamento e Estratégia Empresarial**, Lisboa 2012.

14 MATABEIA, Laisse João, **A Parceria Público-Privada de Pequena Dimensão – O Caso do Parque Infantil Municipal de Chimoio**, UCM Chimoio. 2015.

15 MATABEIA, Laisse João, **A Parceria Público-Privada de Pequena Dimensão – O Caso do Parque Infantil Municipal de Chimoio**, UCM Chimoio. 2015.

interesse público.

Em suma, uma Parceria Público-Privada, traduz-se num contrato celebrado a longo prazo, através da distribuição de receitas e despesas predefinidas; visa atingir valor acrescentado, ou seja, os interesses subjacentes a cada um dos parceiros é distinta, uma vez que confinam-se à obtenção de lucro para o parceiro privado e poupança para o parceiro público; com partilha de responsabilidades – riscos, custos, proveitos – entre as partes; contra remuneração ao parceiro.

3. A TUTELA JURÍDICA DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADA EM MOÇAMBIQUE

3.1 No plano institucional e de acompanhamento a Parcerias Público-Privadas, a Lei n.º 15/2011 estabelece uma tripla tutela:

3.1.1 Tutela Sectorial¹⁶

Entidade responsável pela área ou sector em que o projecto se enquadra¹⁷. As funções e competências desta tutela sobre os empreendimentos das Parcerias Público-Privadas, Projectos de Grande Dimensão e Concessão Empresarial, são complementadas pelas atribuições e competências da respectiva autoridade de especialização sectorial ou sub-sectorial¹⁸. Compete a Entidade Reguladora, especialmente, na respectiva área de especialização sectorial e sub-sectorial, assegurar o equilíbrio económico-financeiro entre as partes contratantes, a protecção dos interesses dos utentes e a manutenção e sustentabilidade do empreendimento¹⁹.

3.1.2 Tutela Financeira²⁰

A tutela financeira sobre os empreendimentos das Parcerias Público-Privadas,

16 LEI 15/2011, DE 10 DE AGOSTO, estabelece os procedimentos aplicáveis ao processo de contratação implementação, e monitoria dos empreendimentos de parcerias Público-Privadas, projecto de grande Dimensão e Concessões Empresariais, (art. 5).

17 LEI 15/2011, DE 10 DE AGOSTO, que estabelece os procedimentos aplicáveis ao processo de contratação implementação, e monitoria dos empreendimentos de parcerias Público-Privadas, projecto de grande Dimensão e Concessões Empresariais, (art 1).

18 LEI 15/2011, DE 10 DE AGOSTO, que estabelece os procedimentos aplicáveis ao processo de contratação implementação, e monitoria dos empreendimentos de parcerias Público-Privadas, projecto de grande Dimensão e Concessões Empresariais, (N.º 2 do art. 5).

19 LEI 15/2011, DE 10 DE AGOSTO, que estabelece os procedimentos aplicáveis ao processo de contratação implementação, e monitoria dos empreendimentos de parcerias Público-Privadas, projecto de grande Dimensão e Concessões Empresariais, (N.º 2 do art. 5).

20 LEI 15/2011, DE 10 DE AGOSTO, que estabelece os procedimentos aplicáveis ao processo de contratação implementação, e monitoria dos empreendimentos de parcerias Público-Privadas, projecto de grande Dimensão e Concessões Empresariais, (art. 6).

Projectos de Grande Dimensão e Concessões Empresariais e exercida pela entidade do Governo que superintende a área das Finanças, a qual deve, para o efeito, definir e estabelecer os mecanismos e procedimentos de articulação inter-institucional permanente com cada entidade responsável pela tutela sectorial (nº 1 do art. 6 da Lei 15/2011 de 10 de Agosto).

Compete ao Governo designar e capacitar a entidade responsável pela coordenação inter-sectorial e a centralização da análise e avaliação económico-financeira dos empreendimentos de Parcerias Público-Privadas, Projectos de Grande Dimensão e Concessão Empresarial, em como pela monitoria da partilha equitativa de benefícios e da prevenção de riscos nos referidos empreendimentos (nº 2 do art. 6 da Lei 15/2011 de 10 de Agosto).

3.1.3 Entidade Implementadora do Empreendimento²¹.

Esta entidade deve:

Revestir a forma de sociedade comercial, nos termos da legislação aplicável; ter como objecto claramente delimitado e monitorável a implementação do respectivo empreendimento; ter duração não inferior ao período de vigência do contrato relativo ao empreendimento (alíneas a, b e c do art. 17 da Lei 15/2011 de 10 de Agosto).

3.2 O Decreto Nº 16/2012 de 4 de Junho, no que tange ao Plano Institucional e de Acompanhamento a Parcerias Público-Privadas, Estabelece as Seguintes Tutelas:

3.2.1 A Tutela Sectorial²²

Compete a esta entidade garantir relativamente a cada tipo de empreendimento²³:

- O seu enquadramento na política económica nacional, na política e estratégia sectorial e nos programas do Governo de médio e longo prazos (cfr. artigo 5.º, n.º 1, alínea a) do Decreto n.º 16/2012);
- A prossecução dos seus fins, em conformidade com as opções económicas e financeiras decididas pela entidade responsável pela tutela financeira (alínea b) do nº1 do art 5 do Decreto nº 16/2012);
- A observância, em articulação com a entidade responsável pela tutela financeira, dos princípios orientadores previstos no artigo 4 da Lei n.º 15/2011, de 10 de

21 LEI 15/2011, DE 10 DE AGOSTO, que estabelece os procedimentos aplicáveis ao processo de contratação implementação, e monitoria dos empreendimentos de parcerias Público-Privadas, projecto de grande Dimensão e Concessões Empresariais, (Art 7).

22 DECRETO Nº 16/2012, Estabelece o Regulamento da Lei sobre Parcerias Publico-Privadas, Projectos de Grande Dimensões e Concessões Empresarias (Art. 5).

23 *Ibidem*.

Agosto, em particular no processo de análise, avaliação, acompanhamento e monitoria do empreendimento (alínea c) do nº1 do art 5 do Decreto nº 16/2012);

- A identificação e concepção de cada empreendimento e a elaboração do respectivo estudo de viabilidade técnica, ambiental e económico-financeira, incluindo a análise e monitoria da partilha dos benefícios e da assumpção de riscos, bem como da prevenção destes, nos termos previstos neste Regulamento (alínea d) do nº1 do art 5 do Decreto nº 16/2012);
- A realização dos actos previstos para cada fase do processo do empreendimento em conformidade com as disposições deste Regulamento (alínea e) do nº1 do art 5 do Decreto nº 16/2012);
- A entrega, pela entidade contratada, das garantias a prestar nos termos previstos no artigo 19 da Lei n.º 15/2011, de 10 de Agosto, e do artigo 33 deste Regulamento, bem como a sua guarda e actualização junto da entidade responsável pela tutela financeira (alínea f) do nº1 do art. 5 do Decreto nº 16/2012);
- O accionamento de garantias prestadas, assim que ocorram as circunstâncias determinantes de tal procedimento, nos termos contratualmente previstos (alínea g) do nº1 do art. 5 do Decreto nº 16/2012).

O nº 2 do art. 5 da Lei n.º 15/2011, estabelece que, as funções e competências da tutela sectorial sobre os empreendimentos de Parcerias Publico-Privadas, são complementadas pelas atribuições e competências da respectiva autoridade reguladora de especialização sectorial ou sub-sectorial. Cabem a entidade responsável pela tutela sectorial assegurar a tomada de providências para garantir²⁴:

- A transferência de conhecimentos e do domínio da tecnologia e do saber fazer para trabalhadores moçambicanos (alínea a) do nº 2 do art. 5 da lei 15/2011);
- A criação e manutenção de postos de trabalho para cidadãos nacionais (alínea b) do nº 2 do art. 5 da lei 15/2011);
- O estabelecimento de parcerias empresariais entre cada empreendimento e o micro, pequenas e médias empresas (alínea c) do nº 2do art. 5 da lei 15/2011);
- A implementação de acções e projectos de responsabilidade, de desenvolvimento e de sustentabilidade sociais junto das comunidades locais (alínea d) do nº 2 do art. 5 da lei 15/2011);

O nº3 do art. 5 da Lei n.º 15/2011 ainda estabelece que compete à autoridade

24 LEI N.º 15/2011 DE 10 DE AGOSTO, que estabelece os procedimentos aplicáveis ao processo de contratação implementação, e monitoria dos empreendimentos de parcerias Público-Privadas, projecto de grande Dimensão e Concessões Empresariais;

reguladora, especialmente na respectiva área de especialização sectorial ou sub-sectorial assegurar o equilíbrio económico-financeiro entre as partes contraentes, a protecção dos interesses dos utentes e a manutenção e sustentabilidade do empreendimento. Cabe ainda a Tutela Sectorial com base na informação recolhida junto dos empreendimentos de Parcerias Publico-Privadas, por via de Autoridade Reguladora, ainda garantir²⁵:

- A análise e monitoria, durante a vida do empreendimento, da partilha dos benefícios e da assunção de riscos, bem como da prevenção da ocorrência de riscos em particular para o Estado, para a economia nacional e para a sociedade moçambicana (alínea a) do n.º 3 do art. 5 da lei 15/2011);
- A monitoria e avaliação atempada dos resultados esperados de cada empreendimento (alínea b) do n.º 3 do art. 5 da lei 15/2011);
- O gozo de garantias ou incentivos nos termos em que tiverem sido concedidos à luz da Lei n.º 15/2011, de 10 de Agosto, e outra legislação aplicável, pela entidade competente (alínea c) do n.º 3 do art. 5 da lei 15/2011);
- A facilitação da recolha e análise regulares da informação económico-financeira de cada empreendimento (alínea c) do n.º 3 do art. 5 da lei 15/2011);
- A elaboração periódica de relatórios globalizados sobre o desempenho dos empreendimentos em áreas sob sua tutela (alínea d) do n.º 3 do art. 5 da lei 15/2011).

3.2.2 Tutela Financeira²⁶

O n.º 1 do art. 6 Lei n.º 15/2011, de 10 de Agosto estabelece que a tutela sobre os empreendimentos de Parcerias Publico-Privadas é exercida pela entidade do Governo que superintende a área das Finanças, a qual deve para o efeito, definir e estabelecer os mecanismos e procedimentos de articulação interinstitucional permanente com cada entidade responsável pela tutela sectorial.

Esta entidade, no exercício das suas funções e competências, deve, nos termos da Lei n.º 15/2011, de 10 de Agosto, e do presente Regulamento, bem como da demais legislação aplicável, garantir²⁷:

- a) O enquadramento de cada empreendimento na política económica e nas estratégias e planos globais de desenvolvimento e crescimento da economia nacional; b) A verificação da observância, no processo da análise económico-financeira e da avaliação

25 LEI Nº 15/2011 DE 10 DE AGOSTO, que estabelece os procedimentos aplicáveis ao processo de contratação implementação, e monitoria dos empreendimentos de parcerias Público-Privadas, projecto de grande Dimensão e Concessões Empresariais.

26 DECRETO Nº 16/2012, DE 4 DE JUNHO, Estabelece o Regulamento da Lei sobre Parcerias Publico-Privadas, Projectos de Grande Dimensões e Concessões Empresarias; (Art. 6).

27 DECRETO Nº 16/2012, DE 4 DE JUNHO, Estabelece o Regulamento da Lei sobre Parcerias Publico-Privadas, Projectos de Grande Dimensões e Concessões Empresarias; (Nº 1 do art. 6).

de benefícios e riscos em cada empreendimento, dos princípios orientadores previstos no artigo 4 da Lei n.º 15/2011, de 10 de Agosto;

c) A apreciação e tomada de decisão sobre as opções económicas e financeiras relativas a cada empreendimento, em particular as que tenham ou possam surtir efeitos na partilha de benefícios e na prevenção e assumpção de riscos; d) A análise, certificação e monitoria da partilha dos benefícios e da prevenção e assumpção de riscos, quer no modelo económico-financeiro quer nos instrumentos jurídicos de contratação de cada empreendimento;

e) A orientação e tomada de providências, em estreita articulação com a tutela sectorial, para a viabilização económico-financeira de empreendimentos que, pela sua natureza e relevância socioeconómica e interesse estratégico nacional, justifiquem tal intervenção por parte do Estado; f) A inscrição de recursos, no Orçamento do Estado, quando indispensáveis para a viabilização económico-financeira de algum empreendimento, nos termos previstos no artigo 20 da Lei n.º 15/2011, de 10 de Agosto;

g) A avaliação do contributo efectivo, para a economia nacional, o erário público e a sociedade moçambicana, esperado de cada empreendimento; h) O acompanhamento, monitoria e avaliação de cada empreendimento para garantir a obtenção dos resultados positivos esperados; i) A participação moçambicana de pessoas singulares moçambicanas em cada empreendimento, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 33 da Lei n.º 15/2011, de 10 de Agosto, e do artigo 64 deste Regulamento, em articulação com a entidade responsável pela tutela sectorial;

j) O desenvolvimento do mercado de capitais e a promoção de uma maior inclusão económica de moçambicanos em cada empreendimento, em aplicação e complemento do disposto na alínea anterior; k) A necessária articulação intersectorial, com vista a alcançar-se uma maior harmonização sobre cada proposta de empreendimento.

O n.º 2 do art. 6 da Lei n.º 15/2011, diz que compete ao Governo designar e capacitar a entidade responsável pela coordenação intersectorial e a centralização da análise e avaliação económico-financeira dos empreendimentos de Parcerias Público-Privadas, bem como pela monitoria da partilha de benefícios e da prevenção de riscos nos referidos empreendimentos.

A entidade responsável pela tutela financeira, com base na informação recolhida junto dos empreendimentos de Parcerias Público-Privadas, Projecto de Grande Dimensão e CE, via Autoridade Reguladora, deve ainda assegurar²⁸:

a) A avaliação regular do desempenho económico-financeiro de todos os

28 LEI N.º 15/2011, DE 10 DE AGOSTO, que estabelece os procedimentos aplicáveis ao processo de contratação implementação, e monitoria dos empreendimentos de parcerias Público-Privadas, projecto de grande Dimensão e Concessões Empresariais; (N.º 2 do art.6).

empreendimentos de Parcerias Públicos-Privadas, Projectos Grandes Dimensão e Concessões Empresarias, e o arrolamento destes, em anexo próprio, para a proposta do Orçamento do Estado e para o seu reporte na Conta Geral do Estado; b) O registo e gestão das garantias prestadas pelo Estado a empreendimentos de Parcerias Público-Privadas;

c) O registo, guarda e actualização, em termos reais, das garantias prestadas pelas contratadas; d) A análise regular da informação económico-financeira de cada empreendimento e sua globalização; e) A elaboração do modelo macro-fiscal de globalização da informação fiscal e do contributo económico-financeiro de cada empreendimento;

f) A globalização dos relatórios periódicos de desempenho dos empreendimentos de Parcerias Público-Privadas, em matérias de responsabilidade da tutela financeira;

As funções técnicas da tutela financeira referidas no presente artigo são exercidas por uma unidade orgânica integrada no Ministério das Finanças e subordinada ao respectivo Ministro, aquém compete estabelecer e definir os meios necessários para assegurar o exercício efectivo de tais funções²⁹.

3.2.3 Autoridade Reguladora³⁰

1. Compete à Autoridade Reguladora da área de actividade de cada empreendimento, sem prejuízo do exercício das funções e competências das entidades responsáveis pelas tutelas sectorial e financeira, realizar:

a) A fiscalização, acompanhamento e controlo do cumprimento das obrigações contratualmente assumidas e da conformidade legal, contratual e técnica das operações de implementação, gestão, exploração, produção, manutenção e devolução de cada empreendimento em área sob sua jurisdição;

b) A monitoria da prossecução e do alcance dos objectivos, resultados, indicadores e níveis de desempenho e dos padrões e especificações contratualmente acordados bem com da observância da lei; c) A elaboração de relatórios de desempenho de cada empreendimento, com base no modelo de referência aprovado pela entidade responsável pela tutela financeira, ouvida a entidade responsável pela tutela sectorial.

d) Garantir o controlo regular e sistemático do cumprimento, por todas as partes contratantes, das obrigações por elas contratualmente assumidas e da observância da

29 LEI N.º 15/2011, DE 10 DE AGOSTO, que estabelece os procedimentos aplicáveis ao processo de contratação implementação, e monitoria dos empreendimentos de parcerias Público-Privadas, projecto de grande Dimensão e Concessões Empresarias; (N.º 3 do art.6).

30 LEI N.º 15/2011, DE 10 DE AGOSTO, que estabelece os procedimentos aplicáveis ao processo de contratação implementação, e monitoria dos empreendimentos de parcerias Público-Privadas, projecto de grande Dimensão e Concessões Empresarias; (Art 7).

legislação, regras, padrões, níveis e especificações dos investimentos, da produção e/ou de prestação dos serviços e da sua comercialização, bem como dos níveis de desempenho e da observância das boas práticas nacionais, regionais e internacionais³¹.

Compete, em geral, à autoridade reguladora garantir o controlo regular e sistemático do cumprimento, por todas as partes contratantes, das obrigações por elas contratualmente assumidas e da observância da legislação, regras, padrões, níveis e especificações dos investimentos, da produção e/ou de prestação dos serviços e da sua comercialização, bem como dos níveis de desempenho e da observância das boas práticas nacionais, regionais e internacionais³²

O n.º 3 do art. 7 da Lei n.º 15/2011, de 10 de Agosto, diz que, na ausência da Autoridade Reguladora, cabe à entidade responsável pela tutela sectorial exercer as funções e competências previstas no presente artigo, a citar:

3.2.4 Entidade Implementadora³³.

1. A entidade implementadora é responsável pelo financiamento e realização integral dos investimentos requeridos nos empreendimentos de PPP, PGD e CE, nos termos contratualmente acordados e observando o disposto no artigo 7 da Lei n.º 15/2011, de 10 de Agosto.

2. Cabe ainda à entidade implementadora a responsabilidade de garantir e levar a cabo os processos de exploração e de gestão da actividade e manutenção do respectivo empreendimento e bem assim a sua devolução à entidade contratante em óptimas condições de operacionalidade, funcionamento e conservação no término do contrato.

3.3 O Decreto 69/2013 de 20 de Dezembro, estabelece duas tutelas a saber:

3.3.1 Tutela Sectorial³⁴

A entidade responsável pela tutela sectorial, deve, nos termos da Lei n.º 15/2011, de 10 de Agosto, e do presente Regulamento, bem como da demais legislação aplicável, garantir:

- a) A identificação e concepção de cada empreendimento;

31 LEI N.º 15/2011, DE 10 DE AGOSTO, que estabelece os procedimentos aplicáveis ao processo de contratação, implementação, e monitoria dos empreendimentos de parcerias Público-Privadas, projecto de grande Dimensão e Concessões Empresariais; (N.º 2 do art. 7).

32 DECRETO N.º 16/2012 DE 4 DE JUNHO, que estabelece Regulamento da Lei sobre Parcerias Público-Privadas, Projectos de Grande Dimensão e Concessões Empresariais; (N.º 2 do art.7).

33 DECRETO N.º 16/2012 DE 4 DE JUNHO, que estabelece Regulamento da Lei sobre Parcerias Público-Privadas, Projectos de Grande Dimensão e Concessões Empresariais; (art.8).

34 DECRETO N.º 16/2013 DE 20 DE DEZEMBRO, Estabelece o Regulamento de Parcerias Publico-Privadas e Concessões Empresariais de Pequena Dimensão (Art. 3).

b) A elaboração do respectivo estudo de viabilidade técnica, ambiental e económico-financeira; c) A submissão a tutela financeira das propostas dos empreendimentos.

2. Sempre que se mostre necessário, a entidade responsável pela tutela sectorial, no exercício das suas funções e competências, pode solicitar a colaboração da entidade responsável pela tutela financeira.

3.3.2 Tutela financeira³⁵

1. A entidade responsável pela tutela financeira, no exercício das suas funções e competências, deve, nos termos da Lei n.º 15/2011, de 10 de Agosto, e do presente Regulamento, bem como da demais legislação aplicável, garantir:

a) A análise económico-financeira e social de empreendimentos de PPP e CE, de pequena dimensão, em articulação com a tutela sectorial;

b) O acompanhamento, monitoria e avaliação de cada empreendimento para garantir a obtenção dos resultados positivos esperados;

c) A globalização dos relatórios periódicos de desempenho dos empreendimentos de PPP e CE, de pequena dimensão, em matérias de responsabilidade da tutela financeira.

2. As funções técnicas da tutela financeira referidas no presente artigo, a nível provincial e distrital, são exercidas pelas Direcções Provinciais do Plano e Finanças, a quem compete estabelecer e definir os meios necessários para assegurar o seu exercício, efectivo.

3. Tratando-se de empreendimentos levados a cabo pelas Autarquias Locais, as funções técnicas da tutela financeira referidas no presente artigo, são exercidas pela respectiva Autarquia.

4. ANÁLISE DA TUTELA JURÍDICA DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS EM MOÇAMBIQUE.

O n.º 1 do art.13 do Decreto n.º 16/2012 de 4 de Junho, estabelece que, a contratação pública do empreendimento decorre sob a orientação da entidade responsável pela tutela sectorial e compreende as fases de lançamento do concurso, análise e avaliação das propostas dos concorrentes, adjudicação, negociação, aprovação e celebração do contrato relativo a cada empreendimento.

Com relação ao artigo citado anteriormente e a título de exemplo, constam as informações retiradas da publicação do Centro de Integridade Pública (2013), onde da conta que, não existe transparência, no âmbito das contratações com as Parcerias

35 DECRETO N. 69/2013 DE 20 DE DEZEMBRO, estabelece Regulamento de Parcerias Público-Privadas e Concessões Empresariais, de Pequena Dimensão (Art. 4).

Publico-Privadas, o que significa as fases de tramitação do processo de contrato não tem sido clarificados devido a existência de conflitos de interesse.

O nº 2 do art. 13 do Decreto n.º 16/2012 de 4 de Junho estabelece que, atendendo ao interesse público e reunidos os requisitos legalmente previstos, a contratação do empreendimento pode ser efectuada por via de concurso público, de concurso com prévia qualificação ou do concurso em duas etapas. E o nº 3 do mesmo decreto, diz que a contratação pode, ainda, ser efectuada por via de ajuste directo.

Para elucidar o nº 2 do art. 13, a autora traz o exemplo, citado pela fonte anterior, que retrata a história de uma concessão do Porto de Nacala e Linha do Norte que foi feita através da transferência efectiva da gestão dos empreendimentos do CFM para o consórcio CDN, onde os contratos da concessão tinham sido assinados a cinco anos. Consta que a escolha da Concessionaria aconteceu sem concurso público.

O segundo exemplo, é sobre a Linha férrea de Sena e Machipanda, que liga o Porto da Beira ao Zimbabwe e Tete. As Parcerias Publico-Privadas foi concedida à uma empresa pública indiana, que não cumpriu com o contrato de melhorar a linha e a sua manutenção. Todavia, recebeu US\$105 milhões de empréstimos do Banco Mundial, mas as condições da linha pioraram; por isso a Parceria Público-Privadas foi retomada. O mesmo cenário de não existência de concurso público, teve lugar o porto da Beira³⁶.

Sobre o nº 3 da referente lei, a autora traz o exemplo citado pelo Paulo (2017)³⁷ que concerne ao acesso à actividade de produção de energia eléctrica que é regulado por dois regimes jurídicos distintos designadamente, a Lei da Electricidade³⁸ e a lei das parcerias Publico-Privadas³⁹.

Embora os dois regimes jurídicos anteriormente citados sejam complementares, os dois contêm uma aparente contradição concernente ao regime de atribuição de concessão para a geração de energia eléctrica, contribuindo para as dificuldades que os investidores têm enfrentado na tomada de decisão sobre a realização do respectivo investimento em Moçambique.

A aparente contradição verifica-se na medida em que, a lei da electricidade estabelece de forma expressa que a concessão esta sujeita a concurso público, e, a lei das parcerias privadas para além de estabelecer o concurso público, em situações ponderosas e devidamente fundamentadas e como medida de ultimo recurso, sujeita a previa

36 NHABINDE, Vasco, Parcerias Público Privadas em Moçambique, Universidade Eduardo Mondlane, Maputo, Mocambique.

37 PAULO, Marcio, Obrigatoriedade de Concurso Pulico na atribuição de Concessões, Julho de 2017.

38 LEI N.º 21/7 DE 1 DE OUTUBRO, lei da Electricidade.

39 LEI N.º 15/2011, DE 10 DE AGOSTO, que estabelece os procedimentos aplicáveis ao processo de contratação implementação, e monitoria dos empreendimentos de parcerias Público-Privadas, projecto de grande Dimensão e Concessões Empresariais.

autorização expressa do Governo, a atribuição da concessão, pode excepcionalmente assumir a forma de negocio e ajuste directo. Esta diferença tem dado alguma insegurança jurídica no seio de diversos investidores.⁴⁰

5. O CONTROLO EXTERNO SOBRE A TUTELA JURÍDICA DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS EM MOÇAMBIQUE.

A abordagem relativa ao controlo das parcerias público-privadas por órgãos de controlo externo terá como ponto de partida a concepção já conhecida de que “*quem tem a seu cargo a gestão de bens alheios está sujeito à prestação de contas*”⁴¹.

Neste prisma, e considerando as asserções que concebem as parcerias público-privadas como contratos estabelecidos entre o sector público e privado com vista à gestão de interesses de natureza pública, nos quais, não raras vezes, fundos públicos são destinados ao financiamento de determinados projectos com impacto social e económicos relevantes, ou em que há uma intervenção do poder público na busca de financiamentos que permitam ao gestor privado levar a cabo os projectos assumidos no âmbito das parcerias acordadas, decorrendo daí responsabilidades para o Estado, o certo é que a gestão dessas Parcerias Publico-Privadas e, particularmente, dos encargos financeiros a elas inerentes deverá ser fiscalizada⁴².

Em países onde as parcerias público-privadas encontram consagração legal, o legislador não tem descurado a necessidade de realização de fiscalização por órgãos de controlo externo⁴³. A titulo exemplificativo, é caso do Brasil onde o legislador ao prever o controlo das Parcerias Publico-Privadas pelos chamados órgãos de controlo interno⁴⁴, impôs que a actuação do Órgão Gestor das Parcerias Publico-Privadas deve ser submetida ao controlo externo, exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União⁴⁵ e a realidade portuguesa que nesta matéria, é aludida às competências ao Tribunal de Contas de Portugal.

E como suporte legal claro e inequívoco para o controlo externo, o artigo 55º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, atribui ao Tribunal de Contas de Portugal competência para,

40 PAULO, Marcio, **Obrigatoriedade de Concurso Público na atribuição de Concessões**, Julho de 2017.

41 DE SOUSA; José Alfredo, *As Parcerias Público-Privadas e o Desenvolvimento – O papel do controlo financeiro externo – Revista do Tribunal de Contas* n.º 36, Julho/Dezembro, página 17, 2001.

42 IV ASSEMBLEIA GERAL, Organização das Instituições Supremas de Controlo da CPLP, **O controlo Externo das Parcerias Público-Privadas**, Tribunal Administrativo, Maputo, 2006.

43 Ibidem.

44 LEI N.º 11.079/2004, DE 30 DE DEZEMBRO, estabelece que os Ministérios sectoriais e as agências reguladoras, nas suas respectivas áreas de competência, acompanhem e fiscalizem os contratos de parcerias público-privadas, devendo esses órgãos e entidades encaminhar, semestralmente, ao Órgão gestor das parcerias público-privadas, o relatório circunstanciado sobre as execuções contratuais fiscalizadas; (artigo 15)

45 LEI N.º 11.079/2004, DE 30 DE DEZEMBRO; Cfr. Texto do artigo 14, §5º.

a qualquer momento, efectuar auditorias de qualquer tipo ou natureza a determinados actos, procedimentos ou aspectos de gestão financeira⁴⁶.

Olhando para a realidade moçambicana, a lei das Parcerias Pulico-Privadas não trás de uma forma específica a figura do responsável pelo controlo externo.

A necessidade do controlo externo, deve assentar, para além de outros, no pressuposto de que “um controle eficaz contribui significativamente para reduzir o risco público, assegurar a sustentabilidade financeira e garantir a qualidade do serviço e o cumprimento das obrigações contratuais”⁴⁷.

Este propósito, importa destacar que competirá ao órgão de controlo, inteirar-se se o parceiro privado num contrato de parceria público-privada atinge ou não as metas de desempenho físico-financeiras previamente fixadas no anúncio do concurso e no próprio contrato, assim, como em relação ao nível de qualidade de serviço prestado, se está compatível e se compadece com o que foi determinado e pago⁴⁸.

Em Moçambique, o responsável sobre o controlo externo è Tribunal Administrativo. Algumas normas legais que orientam a actividade deste órgão de controlo externo devem merecer menção, designadamente a Lei n.º 13/97, de 10 de Julho – aprova o regime jurídico da fiscalização prévia das despesas públicas; a Lei n.º 14/97, de 10 de Julho – define o regime jurídico da fiscalização sucessiva das despesas públicas, no que concerne à Conta Geral do Estado e às contas de gerência dos serviços e organismos sujeitos à jurisdição e controlo financeiro do Tribunal Administrativo e, finalmente, a Lei n.º 16/97, de 10 de Julho – aprova o Regimento da Organização, Funcionamento e Processo da 3ª Secção do Tribunal Administrativo⁴⁹.

A alínea c) do n.º 1 do artigo 3 da Lei n.º 13/97 dispõe que são obrigatoriamente sujeitos à fiscalização prévia os contratos de qualquer natureza ou montante, designadamente, dentre outros, os relativos a obras públicas e concessão.

Por seu turno, o artigo 10 da Lei n.º 14/97 preconiza que “as auditorias sejam às contas ou aos projectos, revistam carácter geral ou sectorial, sejam financeiras propriamente ditas, quer sejam de mera legalidade e regularidade, constituem instrumentos privilegiados de controlo financeiro, tendo em vista habilitar o Tribunal a emitir juízos sobre a legalidade substantiva dos actos, com base em critérios de economia, eficácia e eficiência”, supondo-se, evidentemente, que esteja em causa dispêndio de dinheiros

46 IV ASSEMBLEIA GERAL, Organização das Instituições Supremas de Controlo da CPLP, **O controlo Externo das Parcerias Público-Privadas**, Tribunal Administrativo, Maputo, 2006.

47 BENJAMIN; Zymler, DE LA ROCQUE ALMEIDA; Guilherme Henrique, **O controle Externo das Concessões de Serviços Públicos e das parcerias Público-Privadas**, p. 319.

48 Ibidem.

49 IV ASSEMBLEIA GERAL, Organização das Instituições Supremas de Controlo da CPLP, **O controlo Externo das Parcerias Público-Privadas**, Tribunal Administrativo, Maputo, 2006.

públicos. Não ocorrendo esta situação, cabe ao próprio Estado-Administração Pública, na materialização dos seus poderes públicos, indicar entidades que procedam a respectiva fiscalização⁵⁰.

Assim sendo, o órgão de controlo externo apenas poderá exercer qualquer apreciação ou fiscalização através dos órgãos reguladores respectivos, como, aliás, recomenda a INTOSAI⁵¹.

6. EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS DO CONTROLO SOBRE A TUTELA JURÍDICA DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.

6.1 Reino Unido

No Reino Unido, desde o início dos anos noventa que a abordagem Parcerias Publico-Privadas tem constituído o quadro do desenvolvimento de projectos públicos de carácter infra-estrutural com participação de capitais privados e o país o centro incontornável de exploração e difusão deste esquema de financiamento privado⁵²

No reino unido, todas as fases do projecto devem ser acompanhadas por uma auditoria tendo como objectivo avaliar os seus custos e riscos, conforme afirma Moreno, (2004), “se não restam dúvidas que a lei base das Parcerias Publico-Privadas submete estas explicitamente a um apertado controlo público interno, desde a sua fase de concepção e preparação até à sua execução e desenvolvimento, não é menos certo que, do lado do controlo público externo.

6.2 Inglaterra

Um factor de extrema relevância no modelo inglês foi a necessidade de regulação (avaliação e auditoria) nos contratos, que passaram a ser regularmente avaliados e auditados pelo National Audit Office, instituição independente do governo ligada ao Parlamento (CNI, 2004). Medidas como essa vieram no sentido de tornar o contrato mais seguro e transparente, tanto para a administração pública quanto para a iniciativa privada,

50 Cfr: Decreto n.º 78/98, de 23 de Dezembro, cujas competências estão fixadas no artigo 7 n.º 1, relativo ao Conselho de Regulação do Abastecimento de Água (CRA); Decreto 22/92 de 10 de Setembro, que cria o Instituto Nacional das Comunicações de Moçambique (INCM);

51 GUIDELINES; **On Best Practice for The Audit of Risk in Public/Private Partnership, Part 2: Risks facing the SAI, annex F: Examining the process and de results.** http://www.nao.org.uk/intosai/wgap/ITOSAI_PPP_English%20.pdf (International Organization of Supreme Audi Institutions. Guidelines On Best Practice for The Audit of Risk in Public/Private.

52 SMITH ;Adrian , **Privatized Infrastructure.** The role of Government, a PFI britânica, que não constituiu um tipo de prática absolutamente original, visto acções de contornos semelhantes terem sido já ensaiadas, em particular, nos EUA, Austrália e Nova Zelândia, introduziu uma inovação a todos os títulos revolucionária quando, pela primeira vez na história moderna, o sector privado passou a contratar, gerir e financiar projectos-chave colocados no coração da filosofia política do investimento público e da estratégia política dos Governos. ob. cit., pp. 222 e ss.,

além de proporcionar mais segurança para a sociedade⁵³.

6.3 Brasil

Brasil é um dos países em que, o legislador não tem descurado a necessidade de realização de fiscalização por órgãos de controlo externo sobre as parcerias público-privadas. No Brasil, o legislador ao prever o controlo das Parcerias Publico-Privadas pelos chamados órgãos de controlo interno, impôs que a actuação do Órgão Gestor das Parcerias Publico-Privadas, deve-se ser submetida ao controlo externo, exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União. O Tribunal de Contas da União é acometida a competência de fiscalizar:

- “O planeamento: visando aferir o atendimento pelo Poder Público das condições prévias à licitação, dentre as quais destacam-se a verificação da observância dos limites orçamentários e financeiros, as justificativas para a celebração da parceria e o atendimento à legislação ambiental, quando for o caso;

- O processo licitatório: com o fim de avaliar a regularidade e a efectividade da licitação, principalmente no que concerne à observância dos princípios constitucionais legais, à transparência dos procedimentos adoptados e à selecção da melhor proposta tanto para o Poder Público quanto para os usuários do serviço público em questão;

- A elaboração do projecto de parceria: para aferir as vantagens oferecidas pelo projecto, sob as ópticas económicas, financeiras, técnica e social;

- A assumpção de obrigações e a aquisição de direito pelo Estado: com o intuito de avaliar a posição jurídica e económica do Poder Público na parceria, especialmente no que concerne aos riscos assumidos, às obrigações contraídas, à sustentabilidade financeira da PPP e aos mecanismos de acompanhamento da execução do objecto da parceria;

- O desempenho do contratado: verificando precisamente a adequação da performance do agente privado aos parâmetros previamente definidos. Assim, deverá ser analisado o cumprimento das obrigações contidas nas cláusulas administrativas e financeiras do contrato da PPP e apurado o nível de qualidade do serviço prestado pelo parceiro privado”⁵⁴

6.4 Portugal

Em Portugal, as Parcerias Publico-Privadas, começaram a ser desenvolvidas antes de estarem definidas em matéria legislativa e de enquadramento orçamental⁵⁵.

53 PÉRICO, Ana Elisa, **Desafios das parcerias público-privadas** (PPPs), Brazil, 2015.

54 BENJAMIN; Zmyler, DE LA ROCQUE ALMEIDA; Guilherme Henrique, O controle Externo das Concessões de Serviços Públicos e das Parcerias Público-Privadas, página 321 e ss

55 LINKLATERS; As Parcerias Publico-Privadas começaram-se a desenvolver em Portugal nos inícios dos anos 90 do século XX. Grandes projectos na rede rodoviária e a Ponte Vasco da Gama foram casos de grande visibilidade que na

Para além do Brasil, Portugal é um dos países onde as parcerias público-privadas encontram consagração legal, o legislador não tem descurado a necessidade de realização de fiscalização por órgãos de controlo externo.

O poder de fiscalização e acompanhamento das parcerias encontra-se definido no capítulo III, do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril. O artigo 12.º refere que “ os poderes de Fiscalização e controlo da Execução das Parcerias são exercidos por entidade ou serviço a indicar pelo Ministro das Finanças para as matérias económicas e financeiras e pelo ministro da tutela sectorial para as demais⁵⁶”.

O controlo financeiro externo no contexto das parcerias público-privadas “insere-se na competência do Tribunal de Contas, ao nível quer do controlo prévio da legalidade dos respectivos contratos, quer do controlo concomitante, quer ainda do controlo sucessivo da gestão financeira que a sua execução implica. Tratando-se de projectos (e contratos) de execução a longo prazo, o controlo financeiro terá de passar a assumir, também, pontos de vista em termos de análise prospectiva, condição indispensável à avaliação das possíveis implicações financeiras para o Estado das parcerias público-privadas. Tal não pode deixar de passar pela necessidade de um controlo concomitante desde o nascimento do respectivo projecto⁵⁷”.

Aponta-se, como suporte legal claro e inequívoco para o controlo externo, o artigo 55º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto que atribui ao Tribunal de Contas de Portugal competência para, a qualquer momento, efectuar auditorias de qualquer tipo ou natureza a determinados actos, procedimentos ou aspectos de gestão financeira⁵⁸.

Sujeitas a este controlo externo, estão as entidades concessionárias ou gestoras de serviços públicos que podem (e devem) ser auditadas pelo Tribunal de Contas, na medida em que beneficiem ou utilizem recursos provenientes de fundos públicos, por imposição do artigo 1º, n.º 1, alínea e) da Lei n.º 14/96, de 20 de Abril e do artigo 2º, n.º 2, alínea f) e n.º 3 da Lei n.º 98/97, supra-mencionada.

Nesta conformidade, pode-se entender que o Tribunal Administrativo em

altura nasceram. A partir daqui, foi crescendo o número de parcerias criadas, absorvendo sectores como o da saúde, na construção de hospitais, prisional, com a construção de prisões, educação, com a construção de escolas e até transportes e infra-estruturas, 2006.

56 DESPACHO NORMATIVO N.º 35/32003; do Ministério das Finanças, No que respeita ao acompanhamento global das parcerias, o art. 13.º “incumbe aos Ministros das Finanças e da Tutela Sectorial, proceder ao acompanhamento permanente das parcerias tendo por objectivo avaliar os seus custos e riscos e melhorar o processo de constituição de novas parcerias”, funções que foram atribuídas à PARPUBLICA participações Publicas (SGPS), S.A.

57 DE SOUSA; José Alfredo, As Parcerias Público-Privadas e o Desenvolvimento – O papel do controlo financeiro externo – **Revista do Tribunal de Contas n.º 36**. Este autor, faz notar que o Acordo Global celebrado entre o Estado Português e a Lusoponte, foi sujeito à fiscalização prévia da 1ª Secção do Tribunal de Contas e a uma auditoria em sede de controlo concomitante da 2ª Secção. Julho/Dezembro, página 42. 2001.

58 IV ASSEMBLEIA GERAL, Organização das Instituições Supremas de Controlo da CPLP, **O controlo Externo das Parcerias Público-Privadas**, Tribunal Administrativo, Maputo, 2006.

Moçambique, actuando como Tribunal de Contas⁵⁹, deve, em sede de controlo externo, fiscalizar quaisquer contratos, incluindo-se os celebrados no âmbito das Parcerias Público-Privadas.

7- DESAFIOS DA TUTELA JURÍDICA DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS EM MOÇAMBIQUE

Os desafios são imensos, em Moçambique, parece haver uma falta de transparência crónica relativamente a projectos de parcerias público-privadas. O problema também não passa despercebido ao Tribunal Administrativo moçambicano. O título exemplificativo, consta no parecer sobre a Conta Geral do Estado de 2017, onde o tribunal refere que “no âmbito das parcerias público-privadas, foi constatado que não há evidência de, os sectores de tutela [...] possuírem relatórios de desempenho dos empreendimentos realizados”⁶⁰.

Os projectos de parcerias público-privadas representam grandes prejuízos para o Estado. Em Moçambique existem mais de uma dúzia de projectos, que são geralmente grandes projectos de gestão de infra-estruturas públicas como portos, caminhos-de-ferro, estradas e pontes, com um problema comum de falta de transparência e integridade na forma como são concessionados. Podemos falar concretamente da gestão dos portos da Beira, de Maputo e de Nacala, ou de estradas como a N4, conhecida por Maputo-Witbank, e mais projectos, que em comum têm o facto de não prestarem contas. Neste momento, não se sabe quanto é que esses projectos têm de receitas e quanto pagam de impostos⁶¹.

Um outro facto, é sobre a estrada nº 6 que liga a Cidade da Beira, Província de Sofala e Machipanda, Província de Manica. Consta que, os valores para o pagamento da portagem em Manica, é extremamente elevado. Para viaturas ligeiras chega-se a pagar 180 mt correlação a portagem do Distrito de Nhamatanda, Província de Sofala, que o valor é de 120 mt e o Distrito de Dondo da mesma Província o valor é de 40 mt. Uma total disparidade que ate certo ponto levanta questionamentos. Em suma, estes aspectos mostram uma falta de transparência na gestão dessas infra-estruturas.

8. CONCLUSÕES

As Parcerias Público-Privadas, surgiram no Reino Unido, na década de 70 do século

59 Na sua Terceira Secção e de acordo com as competências atribuídas pelo artigo 230 da Constituição da República de Moçambique.

60 NHAMIRE; Borges: “Os projetos de parcerias público-privadas representam grandes prejuízos para o Estado” Maputo, 2019.

61 Idem.

XX, num contexto político-económico caracterizado por diversas crises financeiras, políticas e económicas, ou seja, além de os estados europeus não conseguirem fazer face aos aumentos de investimento.

A Base Legal da Tutela Jurídico das Parcerias Público-Privadas em Moçambique, encontra-se estabelecida na Lei 15/2011 de 10 de Agosto⁶², Decreto n° 16/2012, de 4 de Junho⁶³ e Decreto n° 69/2013 de 20 de Dezembro⁶⁴.

Segundo a análise feita por alguns autores sobre a tutela jurídica das parcerias público-privadas nas contratações públicas em Moçambique, constatou-se a falta de transparência nos processos de contratos.

As disposições legais sobre a Tutela Jurídico das Parcerias Público-Privadas, não fazem menção a figura do controlo externo tal como acontece em outros países tais como Portugal, Brasil, Inglaterra e Reino Unido, com uma experiência remota e com resultados brilhantes, sobre as Parcerias Público-Privadas.

Moçambique possui grandes desafios em torno da Tutela Jurídica das Parcerias Público-Privadas. E um dos aspectos referidos anteriormente, no que concerne a falta de transparência nos processos de contratações e a implementação da figura independente para a auditoria, neste caso o controlo externo, são pontos que necessitam de grande debate e soluções urgentes.

RECOMENDAÇÕES

- Melhorar a transparência nos processos de contratações públicas;
- Que as concessões sejam publicadas nos órgãos e sites com maior acesso;
- Necessidade do legislador, fazer constar com clareza, a figura do órgão de controlo externo sobre a Tutela Jurídico das Parcerias Público-Privadas em Moçambique.

9. REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Zymler; GUILHERME Henrique de La Rocque Almeida. **O controlo Externo das Concessões de Serviços Público e das Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

62 LEI 15/2011 DE 10 DE AGOSTO, que Estabelece os Procedimentos Aplicáveis ao Processo de Contratação, Implementação, e Monitoria dos Empreendimentos de Parcerias Público-Privadas, Projecto de Grande Dimensão e Concessões Empresariais.

63 DECRETO N° 16/2012, DE 4 DE JUNHO, aprova o Regulamento da Lei n° 15/2011 que estabelece os procedimentos aplicáveis ao processo de contratação implementação, e monitoria dos empreendimentos de parcerias Público-Privadas, projecto de grande Dimensão e Concessões Empresariais.

64 DECRETO N° 69/2013 DE 20 DE DEZEMBRO, Regulamento de Parcerias Público-Privadas e Concessões Empresariais, de Pequena Dimensão.

BUNGA, Daniel Paulo. **A Contratação Pública no Direito Angolano, Princípios e Procedimentos**. 2016. 149 f. Dissertação (Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas) - Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

CELSONO, Fernandes Campilongo; ALVARO de Azevedo Gonzaga; ANDRÉ Luiz Freire (coords.). **Direito Administrativo e Constitucional**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucs.br/verbeta/32/edicao-1/parcerias-publico-privadas:-conceito>, visitado no dia 27.11.2020.

DA MOTA, C. E. F. **Parcerias público privadas – Estudo de Caso no Sector do Transporte de Passageiros**. 2012. 97 f. Dissertação (Mestrado em Gestão Pública) – Departamento de Ciências Económicas e Sociais, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2012.

DE SOUSA Alfredo José. As Parcerias Público-Privadas e o Desenvolvimento – O papel do controlo financeiro externo. **Revista do Tribunal de Contas** n.º 36, Julho/Dezembro, página 17, 2001,

DICIONARIO Direito.com.br. *Tutela Jurídica*.

GUEDES, Jo. **Parcerias Público-Privadas e a Distribuição do Risco**. 2011. 33 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2011.

GUIDELINES On Best Practice for The Audit of Risk in Public/Private Partnership, Part 2: Risks facing the SAI, annex F: Examining the process and de results. [http://www.nao.org.uk/intosai/wgap/ITOSAI PPP English%20.pdf](http://www.nao.org.uk/intosai/wgap/ITOSAI%20PPP%20English.pdf) (International Organization of Supreme Audi Institutions. Guidelines On Best Practice for The Audit of Risk in Public/Private.

LINKLATERS. **Parcerias Público Privadas: Alteração do regime legal português das Parcerias Público Privadas, 1-8**. (2006). Disponível em: Parcerias Público Privadas. (library.org). Visitado em 27.11.2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parcerias Público-Privadas: conceito. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbeta/32/edicao-1/parcerias-publico-privadas:-conceito>, visitado dia 27.11.2020.

MATABEIA, Laisse João. **A Parceria Público-Privada de Pequena Dimensão – O Caso do Parque Infantil Municipal de Chimoio**. 2015. 69 f. Dissertação. (Mestrado em Direito Administrativo) – Universidade Católica de Moçambique, Chimoio, 2015.

NHABINDE, Vasco. **Parcerias Público Privadas em Moçambique**. Dezembro, 2012 Maputo, Moçambique. <https://www.theigc.org/wp-content/uploads/2014/08/Vasco-Nhabinde-Parcerias-Publico-Privadas-em-Moçambique.pdf>. Visitado no dia, 27.11.2020.

PAULO, Marcio. **Obrigatoriedade de Concurso Pulico na atribuição de Concessões**. Julho de 2017. Disponível em: CGA | Obrigatoriedade de concurso público na atribuição de concessões. Visitado dia 27.12.2020.

PÉRICO, Ana Elisa; REBELATTO, Dayse A. do Nascimento. Desafios das parcerias público-privadas (PPPs). **RAP**. Rio de Janeiro 39(5):1031-52, set-out, 2005.

SMITH, Adrian. Privatized Infrastructure. The role of Government. Inst of Civil Engineers Pub, 1999.

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O Controle Externo das Concessões de Serviços Públicos e das Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

IV ASSEMBLEIA GERAL, Organização das Instituições Supremas de Controlo da CPLP, **O Controle Externo das Parcerias Publico-Privadas**, Tribunal Administrativo, Maputo, 2006.

Legislações

CONSTITUIÇÃO da Replica de Moçambique, 2018.

DECRETO n.º 16/2012, de 4 de Junho, *Aprova o Regulamento da Lei n.º 15/2011 que estabelece os procedimentos aplicáveis ao processo de contratação implementação, e monitoria dos empreendimentos de parcerias Público-Privadas, projecto de grande Dimensão e Concessões Empresariais*.

DECRETO n. 69/2013 De 20 de Dezembro, *Estabelece Regulamento de Parcerias Público-Privadas e Concessões Empresariais, de Pequena Dimensão*.

DECRETO-LEI n.º 86/2003, de 26 de Abril, *Aprovou o regime geral das Parcerias Público-Privadas, em Portugal*.

LEI n.º 15/2011 de 10 de Agosto, *que estabelece os procedimentos aplicáveis ao processo de contratação implementação, e monitoria dos empreendimentos de parcerias Público-Privadas, projecto de grande Dimensão e Concessões Empresariais*.

LEI n.º 16/97, de 10 de Julho – aprova o Regimento da Organização, Funcionamento e Processo da 3ª Secção do Tribunal Administrativo.

LEI n.º 14/96, de 20 de Abril, *que alargou a fiscalização financeira do Tribunal de Contas as empresas publicas, as Sociedades públicos, às sociedades de economia mista controladas ou participadas, às empresas concessionarias e às fundações de direito privado*.

LEI n.º 21/7 de 1 de Outubro, *Lei da Electricidade*.

LEI n.º 98/97, de 26 de Agosto, *Que atribui ao Tribunal de Contas de Portugal competência para, a qualquer momento, efectuar auditorias de qualquer tipo ou natureza a determinados actos, procedimentos ou aspectos de gestão financeira*.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 04.03.2021
Aceito em: 18.03.2021

NAMING RIGHTS: uma solução frente a crise econômica no setor público

NAMING RIGHTS: a solution to the economic crisis in the public sector

Felipe Amaral dos Santos¹
Vinicius de Almeida Gonçalves²

RESUMO

Com déficits cada vez maiores nas receitas dos entes públicos, medidas alternativas de arrecadação são necessárias para manter os padrões exigidos pela sociedade nos serviços públicos. Desta forma, os naming rights ou direito de nomeação, forma como uma empresa particular oferece um valor pecuniário para ter exposta seu nome sobre determinado bem por um limite tempo, mostra-se como um dos caminhos possíveis capaz de gerar uma renda extra, sem contudo, desvirtuar a destinação a qual o bem público foi inicialmente pensado. A pesquisa concentra sua análise no título III da Constituição Federal, Lei 8.666/93, bem como em artigos realizados dentro e fora do país, demonstrando as diferenças e possibilidades de se explorar tal instituto em solo nacional sem ferir os princípios basilares da administração pública.

PALAVRAS-CHAVE

Naming Rights. Administração Pública. Princípio da Eficiência.

ABSTRACT

With increasing deficits in the revenue of public entities, alternative options for tax collection are necessary to maintain the standards required by society in public services. Thus, naming rights, a service where a private company offers a monetary value to have its name exposed on a certain public good for a limited time, rise as a possible path to achieve extra income without, however, detracting from the destination for which the public good was initially thought. This research focuses its analysis on Title III of the Federal Constitution, Law 8.666 / 93, as well as articles published both nationally and internationally, showing the differences and possibilities of exploring such an institution on national grounds without harming the basic principles of public administration.

KEYWORDS

Naming Rights. Public Administration. Principle of Efficiency.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Bens Públicos; 1.1 Do uso primário e secundário dos bens públicos; 2 A utilização dos topônimos como forma de poder; 3 Dos princípios da Administração Pública; 4 Naming Rights; 4.1 O metrô de Dubai; 4.2 Uso do Naming Rights nos Estados Unidos da América; 4.3 Projetos de uso de Naming Rights no Brasil; 5 Da competência; 6 Da exploração do uso do nome; 7 Compatibilidade com princípios da Administração Pública; 8 Do prazo; 9 Do procedimento; 9.1 Autorização; 9.2 Permissão; 9.3 Concessão de uso; Conclusão; Referências bibliográficas.

1 Discente no curso de graduação em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN).

2 Docente no curso de direito no Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN). Especialista em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (UEMS). Email: vinicius.goncalves@unigran.br.

SUMMARY: *Introduction; 1 Public goods; 1.1 The primary and secondary usage of public goods; 2 The use of toponyms as a form of power; 3 The principles of Public Administration; 4 Naming Rights; 4.1 The Dubai subway system; 4.2 Use of Naming Rights in the United States of America; 4.3 Naming Rights usage projects in Brazil; 5 Competency; 6 Exploration of the name usage; 7 Compatibility with Public Administration principles; 8 Schedule; 9 Procedure; 9.1 Authorization; 9.2 Permission; 9.3 Usage concession; Conclusion; Bibliography.*

INTRODUÇÃO

Não é de hoje que os serviços públicos oferecidos à população são conhecidos pela falta de recursos, má administração e burocracia. Com a atual crise econômica este cenário acabou se intensificando.

Áreas como a da saúde, educação e até mesmo culturais como bibliotecas, enfrentam hoje grandes dificuldades em atender as necessidades dos cidadãos, que muitas vezes optam pelo serviço privado mesmo sem condições para tal. A falta de profissionais qualificados, de equipamentos e problemas de infraestrutura, principalmente longe dos grandes centros, representa os obstáculos a serem superados.

Todavia, as verbas destinadas para esses serviços são limitadas, sem muitas possibilidades de arrecadação, dependendo, quase que exclusivamente, das verbas enviadas pelos governantes ou, em raros casos, de doações. É, portanto, neste cenário que os naming rights pretendem atuar, explorando o uso secundário dos bens públicos.

Os naming rights são utilizados como fonte secundária de renda através de um contrato no qual adquire-se o direito de denominar determinado estabelecimento, evento, etc., em troca de uma contraprestação em dinheiro.

No Brasil a prática ainda é tratada como novidade, tendo seu uso principalmente em estádios de futebol, porém já é amplamente utilizada no exterior, com contratos longos e investimentos milionários.

O trabalho tem por objetivo analisar as possibilidades legais de implemento do instituto nos bens públicos como forma de angariar fundos para uma melhor prestação dos serviços pela administração pública, através de método dedutivo e pesquisa bibliográfica.

1 BENS PÚBLICOS

Os bens públicos são todos aqueles que pertencem a pessoas jurídicas de direito público interno, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de outro modo, considera-se bens particulares todos os outros, independente da sua titularidade (art. 98,

CC). De acordo com Bandeira de Mello³:

A noção de bem público, tal como qualquer outra noção em Direito, só interessa se for correlata a um dado regime jurídico. Assim, todos os bens que estiverem sujeitos ao mesmo regime público deverão ser havidos como bens públicos. Ora, bens particulares quando afetados a uma atividade pública (enquanto o estiverem) ficam submissos ao mesmo regime jurídico dos bens de propriedade pública. Logo, têm que estar incluídos no conceito de bem público.

Com base no art. 99 do Código Civil os bens públicos foram divididos em: a) De uso comum do povo; b) De uso especial; c) Dominicais. Passa-se a uma breve análise das figuras definidas pela Lei Civil:

Bens públicos de uso comum do povo, são aqueles abertos à livre utilização de todos, como rios, mares, estradas, ruas e praças. Todavia seu uso indiscriminado está sujeito a certas condições.

Por serem de uso comum do povo esses bens devem ser utilizados pela população de forma igualitária e qualquer forma de uso que afete a coletividade, causando transtornos e impeça a livre concorrência gera a necessidade da permissão de uso do bem público, como nos casos de quiosques, bancas de jornais ou utilização de mesas nas calçadas, bem como podem gerar a necessidade de autorização da autoridade administrativa a exemplo dos comícios, manifestações, corridas de rua, etc.

Bens públicos de uso especial, são os destinados a um serviço ou estabelecimento público, como as repartições públicas, teatros, museus, universidades, hospitais. O serviço prestado, portanto, indicará o uso que as pessoas poderão dele fazer.

Uma característica desses bens de uso especial é a possibilidade de os administrados obterem um uso exclusivo quando a destinação de tais bens assim permitirem, através de licitação⁴, como é o caso do estádio do Maracanã que tem contrato administrativo com o Clube Flamengo e Fluminense.

Bens dominicais, são os que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, não possuem destinação determinada, como por exemplo os terrenos, terras.

1.1 Do Uso Primário E Secundário Dos Bens Públicos

Os bens públicos possuem algumas particularidades referentes ao seu uso, sejam eles de uso comum do povo, uso especial ou dominical. A sua destinação para a qual

3 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 914:

4 BANDEIRA DE MELLO, *Op. cit.* p. 930.

foi pensado, quando da sua afetação a administração pública, diz respeito ao seu uso primário. Dessa forma o bem público passa a cumprir uma função social, servindo a população em geral.

Todavia, nada impede que esses bens possam ter outras funções, chamadas de secundárias, a qual muitas vezes são ignoradas por receio de desnaturá-lo ou ser incompatível com sua função primária. Segundo Ana Lucia Ikenaga “o mais relevante é identificar os vários usos que ele comporta, sem excluir evidentemente o uso primário ao qual é destinado e aplicá-lo a esses usos para fazer cumprir a sua função social”⁵.

Assim, um bem deve ser observado sob vários aspectos, sob risco de perder sua utilidade. Podemos tomar como exemplo um auditório de uma universidade pública que foi pensada para os professores lecionarem suas aulas, entretanto, na maior parte do ano o local não era utilizado, assim o local passou a ser alugado para a ministração de palestras. Nesse caso, não houve conflito com a destinação original e o uso secundário possibilitou a continuidade das atividades do lugar.

Valendo-se das lições de Marçal Justen Filho:⁶

[...] a natureza pública dos bens em questão não legitima a sua ociosidade. Os bens públicos devem ser utilizados para gerar novas riquezas e trazer benefícios – diretamente aos empresários que os exploram e indiretamente a toda a sociedade (em virtude do desenvolvimento econômico, da geração de empregos, do recolhimento de tributos).

Desta forma, os naming rights seriam utilizados no aspecto de possibilitar às empresas privadas de patrocinarem a administração pública para assim denominarem com suas marcas os bens públicos, sem com isso afetar de qualquer forma seu uso principal.

2 A UTILIZAÇÃO DOS TOPÔNIMOS COMO FORMA DE PODER

A toponímia é o estudo voltado para a origem e evolução dos nomes dos lugares. Tradicionalmente as disciplinas de história e geografia se utilizavam desses estudos para tentar desvendar as paisagens e cronologia de acontecimentos das antigas civilizações. O foco principal foi por muito tempo os nomes, suas derivações e origens, sem dar atenção para os usos políticos e estratégicos.

Recentemente as pesquisas começaram a se voltar para uma visão mais crítica da atribuição de nomes para os lugares. Foi possível notar que as escolhas não eram feitas de forma acidental, mas continham um caráter fortemente político que buscavam de alguma

5 IKENAGA, Ana Lucia. A atribuição de nome como modo de exploração de bens públicos. Dissertação (Mestrado em Direito). **Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22042013-132426/pt-br.php>. Acesso em: 10. out. 2019.

6 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 229.

forma passar uma mensagem para os habitantes daquele lugar ou para os estrangeiros⁷.

Os nomes também são usados como forma de dar certa identidade ao local, para que o Estado consiga encontrar seus cidadãos, cobrar impostos, policiar a área etc.

Essa forma de vigilância muitas vezes é capaz de empregar certos valores a determinados lugares, como a Estação da luz em São Paulo/SP, responsável pela vinda das riquezas do interior do país e a chegada dos imigrantes europeus. Seu nome remete a um tempo de glórias da cidade. Com o passar do tempo, aquele ambiente foi tomado pela peste negra, dali, então, as pessoas procuraram um outro lugar, que se deu no bairro de Higienópolis, que remete a higiene, um bairro limpo, com saneamento básico, ou seja, apenas pelo nome conseguimos extrair como é aquele lugar, as pessoas que ali vivem, se são brancos, negros, ricos ou pobres⁸.

O uso de figuras históricas também revela o seu uso ideológico, caso que vem sendo bastante discutido nos dias de hoje, com políticos buscando trocar nomes de ruas e avenidas que tem como nome personagens controversos da nossa cultura.

Assim, a aplicação dos naming rights seriam uma forma de demonstrar o poder do capital naquela região, ou seja, inconscientemente ter-se-ia uma percepção de que ali circula um grande volume de riquezas e pessoas. O instituto traria uma chancela de que o lugar possui valor o que poderia atrair outros investidores.

3. DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Devido ao tema ser ainda pouco difundido no Brasil, existe uma área cinzenta quando se fala na aplicação dos naming rights sobre bens públicos. Por essa razão, é de suma importância começarmos a analisar a aplicação do instituto pelos princípios explícitos que norteiam a administração pública (art. 37, CF), pois são deles que uma futura legislação sobre o tema irá se basear. Evita-se neste trabalho uma análise aprofundada do tema, mas, uma breve síntese contribuirá para elucidar o tema.

O primeiro princípio diz respeito à legalidade, pela qual a administração se incube de realizar somente o que previsto em lei, diferentemente dos particulares que podem realizar toda e qualquer atividade não defesa em lei.

Após, temos o princípio da impessoalidade, que exige um distanciamento do administrador e o ato praticado, evitando que ambos se confundam. Tem como foco agir

7 LIGHT, Duncan; YOUNG, Craig. Toponymy as Commodity: Exploring the Economic Dimensions of Urban Place Names. **Internacional Journal of Urban and Regional Research**. 2014. Disponível em: <<https://sci-hub.tw/10.1111/1468-2427.12153>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

8 FRÚGOLI JR., H.; SKLAIR, J. O bairro da Luz em São Paulo: questões antropológicas sobre o fenômeno da gentrification. **Cuadernos de antropología social**, n. 30, p. 119-136, 11. Disponível em: <<http://revistascientificas.flho.uba.ar/index.php/CAS/article/view/2779>>. Acesso em: 10 out. 2019.

para que o fim seja sempre o interesse público.

A moralidade, como princípio, tem o objetivo da preservação da ética e da moral nas ações dos agentes públicos, bem como o princípio da publicidade, que dá a transparência necessária para que se evitem fraudes e corrupção em relação aos recursos públicos.

Por último, o princípio da eficiência, que visa executar da melhor forma os atos e os orçamentos da administração pública.

Com isso, é plenamente possível traçar um paralelo entre a aplicação dos naming rights e os princípios aqui elencados.

Como dito, não existe lei específica tratando do tema no Brasil atualmente, todavia, entende-se possível a sua aplicação quando observamos a Carta Constitucional em seu artigo 175 que prevê: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Ora, o que se pretende nada mais é do que facilitar a prestação dos serviços públicos, de uso comum do povo, especialmente em tempos de crise econômica em que os governos precisam encontrar alternativas para melhorar a sua situação financeira.

Por muito tempo acreditou-se que o caminho mais fácil e seguro seria criando ou aumentando a arrecadação de impostos e taxas, entretanto, utilizar-se dos bens públicos como forma de arrecadação é algo completamente viável, pois assim o seu foco estaria unicamente no serviço em si e as verbas públicas poderiam ser mais bem distribuídas entre os diversos setores da União, Estados e Municípios.

Os princípios da impessoalidade e publicidade seriam observados no caso concreto, uma vez que não há nada que impeça a sua aplicação.

Já quando tratamos da moralidade, especialmente no que diz respeito à nomeação de bens públicos, a Lei nº 6.454/77 poderá servir de base para resguardar toda e qualquer tentativa de publicidade que seja contrário aos princípios constitucionais, bem como uma lei específica sobre esse tema também seria de fácil elaboração.

Entretanto, o princípio que é capaz de gerar maior proveito para o Estado e para a sociedade é o da eficiência, o qual muitas vezes é ignorado pela administração pública. Pois se não há prestação eficiente de algum serviço, isso significa que este é ineficaz, inútil, assim sua utilidade torna-se precária e o maior prejudicado com isso é a população que acaba por ficar à mercê de um serviço ruim.

O presente trabalho busca, então, de forma prática, trazer uma solução para os serviços públicos que em muitos casos são deficitários por falta de recursos.

A venda do direito ao nome é uma fonte de renda, que se firmada de acordo com os princípios aqui elencados, poderá trazer inúmeros benefícios que serão tratados mais adiante.

4 NAMING RIGHTS

Os naming rights são, em suma, a possibilidade de alteração do nome de uma estrutura para rebatizar com o interesse de um patrocinador, que pagaria uma contraprestação em pecúnia.

O instituto é amplamente utilizado no exterior, especialmente em estádios de futebol, pela qual grandes empresas, geralmente patrocinadores dos clubes, oferecem grande quantia em troca de um contrato longo para denominar o estádio com sua marca.

Nos Estados Unidos a prática remonta desde 1926, quando dono do time de baseball Chicago Cubs, que também era dono da multinacional Wringley Company, nomeou o estádio de futebol como Wringley Field⁹.

Exemplos mais recentes são encontrados em relação ao Emirates Stadium, pertencente ao clube Arsenal, que em 2012 renovou a parceria com a empresa de aviação Emirates e fechou um acordo de £200 milhões, que inclui o patrocínio na camiseta¹⁰.

Apesar de contratos longos com alto investimento, a aplicação dos naming rights depende de outros fatores além daqueles previstos em lei, como a aceitação por parte do público consumidor daquele local. Um exemplo é o Candlestick Park localizado na cidade de São Francisco - CA. O parque já tinha enraizado na população local o seu nome, razão pela qual a tarefa de renomeá-lo seria muito mais árdua. Logo o que ocorreu foi a não aceitação pelo público geral do novo nome dado pela empresa, qual seja, “3Com Park”. Anos depois os direitos ao nome do parque foram novamente vendidos, mas dessa vez para a empresa Monster Cable e a medida mais uma vez se provou ineficiente. Findo o contrato, os naming rights do parque nunca conseguiram ser vendidos novamente.

Com isso é possível dizer que o momento para a venda dos naming rights é de suma importância e deve acontecer antes ou coincidir com a construção do local, para que não haja conflito entre os nomes adotados.

4.1 O Metrô De Dubai

Criado em 2008, o modelo de negócios que possibilitou a construção do metrô de Dubai, é tido como uma referência tanto em relação ao uso do nome (naming rights) quanto em se tratando de publicidade nos bens públicos.

Atualmente, os custos relativos à operação e manutenção das linhas são 100%

9 BECKER-OLSEN, Karen. “Questioning the Name Game: An Event Study Analysis of Stadium Naming Rights Sponsorship Announcements. **Internacional Journal of Sports Marketing and Sponsorship**. 2003. Disponível em: <<https://sci-hub.tw/10.1108/IJSMS-05-03-2003-B002>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

10 VYAS, Hardik. Arsenal announce five-year extension to Emirates sponsorship deal. **Independente**. Disponível em <<https://www.independent.co.uk/sport/football/news-and-comment/arsenal-sign-emirates-deal-extension-record-fiveyear-a8217656.html/>> Acesso em: 22 de nov. 2019.

pagas com a receita proveniente do instituto. Em 2014 estimou-se que a agência RTA (Roads & Transport Authority) tenha ganhado mais de 2 Bilhões vendendo os naming rights de 13 estações¹¹.

Todavia, verifica-se que os requisitos para ter sua marca exposta e vista por milhões de pessoas não se baseiam somente em quem dá o maior lance, como é realizado nas licitações no Brasil. Os critérios são rigorosos e vão desde a empresa ter presença nos Emirados dos Árabes Unidos, preferencialmente perto da estação pretendida, até a empresa não possuir nome de família (Ford, Colgate, Disney). Além de não permitir que a indústria do tabaco, álcool ou de jogos de azar tenham suas marcas divulgadas, a RTA ainda possui critérios não econômicos, ou seja, as empresas interessadas em fazer acordo com o governo de Dubai terão que apresentar propostas para ajudar o metrô a ser promovido, respeitando a cultura e valores da região. Tem-se com isso uma clara via de mão dupla, não se tratando somente de dinheiro, mas do impacto e poder que determinada marca irá exercer sobre a economia da região.

4.2 Uso Dos Naming Rights Nos Estados Unidos Da América

Como visto, o uso de naming rights nos Estados Unidos é muito mais antigo e disseminado do que no Brasil e isso se dá principalmente pela liberdade econômica praticada pelos norte-americanos, bem como pelo sistema do *common law*. Tal sistema consiste em decisões dos tribunais que passam a constituir precedentes e com isso são vinculados a todos os casos futuros semelhantes, obedecendo assim o princípio do *stare decisis*.

A prática é adotada em museus, livrarias, ônibus públicos e até viaturas de polícia. Mas somente no ano 2000 que uma escola em Brooklawn, distrito de Nova Jersey, recebeu uma doação de US\$ 100,000 (cem mil dólares) de um supermercado em troca de ter sua marca como nome do novo ginásio¹².

Isso fez com que outras escolas passassem a adotar os naming rights como uma nova fonte de renda, possibilitando a ampliação e reforma de suas instalações, além de permitir que houvesse uma maior independência do poder público para assim manter suas contas em dia.

As maiores controvérsias acerca do tema nos Estados Unidos tratam da possível superexposição das crianças a marcas que possam causar algum mal, como refrigerantes,

11 SOPHIA, Mary. Property Developer Damac Buys Naming Rights For Dubai Metro Station. **Gulf Business**. Gulf Business. 2014. Disponível em: <<https://gulfbusiness.com/property-developer-damac-buys-naming-rights-dubai-metro-station/>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

12 BLOCHER, Joseph. School Naming Rights and the First Amendment's Perfect Storm. **The Georgetown Law Journal**, p. 2-5, 2007. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2598&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 20 ago. 2019.

salgadinhos ou produtos semelhantes. Como o instituto não se baseia em uma legislação específica, a regulamentação sobre que marcas ou produtos podem ou não compor os naming rights, principalmente em escolas, é de difícil solução. A cidade de Rochester, em Nova York, por exemplo, optou por adotar a política de que apenas personagens históricos pudessem ter seus nomes usados nas escolas. Contudo, na maioria das escolas o bom senso é que rege a relação entre entes públicos e particulares, logo, uma marca de cigarros ou um cassino nunca teria seu nome atrelado a uma escola ou universidade¹³.

Nos Estados Unidos as leis podem variar muito de um Estado para o outro, assim um estudo mais aprofundado em cada legislação dos Estados norte-americanos seria necessário, porém é possível observar que há uma facilidade em relação a elaboração de contratos dos órgãos públicos com os entes privados. Assim os próprios diretores/gestores das escolas e universidades podem firmar contratos de naming rights, chegando até se profissionalizar nessa área, com sites voltados à captação de novos investidores, como a escola Johnson Creek nos EUA.

4.3 Projetos De Uso De Naming Rights No Brasil

Nos últimos meses o Brasil parece ter descoberto a utilização dos naming rights na administração pública e com isso alguns projetos interessantes começaram a se desenvolver, como o Future-se, de iniciativa do MEC, e a concessão do uso do nome do Conjunto Desportivo Baby Barioni e do Centro Paraolímpico Brasileiro.

5 DA COMPETÊNCIA

É de suma importância para entender as possibilidades jurídicas sobre a aplicação dos *naming rights*, analisar as competências de cada ente público em relação aos seus bens, a sua esfera de atuação e a capacidade de interferência de um ente em relação aos bens de outro.

A Constituição Federal no título III (“Da Organização do Estado”), em seu art. 18 ressalta que: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”, ou seja, há uma independência, uma autonomia entre eles que, como veremos adiante, se estenderá aos bens e suas políticas.

Somente os bens da União e dos Estados são elencados na Constituição Federal, não enumerando os dos Municípios. A aquisição de propriedade original ou derivada também integram os bens destes entes, bem como a administração direta e as pessoas jurídicas integrantes da administração indireta possuem patrimônios próprios e apartados¹⁴.

13 BLOCHER, Joseph. **Op. cit.**

14 SAMPAIO, Luis Felipe. **Naming Rights de Bens Públicos**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 113.

Assim, entendeu-se que cada ente possui legitimidade para a exploração de seus bens, inclusive no que diz respeito aos *naming rights*.

No entanto, até o momento não existe legislação tratando sobre o assunto, e todas as tentativas de aplicação do instituto vieram da autonomia federativa, que se vale de uma não proibição. Porém, com cada vez mais estudos sobre o tema e cada vez mais projetos do governo visando novas formas de arrecadação, torna-se questão de tempo até existir uma regulamentação. A pergunta que fica é: Quem pode legislar sobre *naming rights*?

De acordo com a Constituição Federal a União tem o poder de legislar privativamente sobre determinados assuntos, dentre os quais está a licitação que se encontra na lei 8666/93, que será muito importante quando da aplicação dos *naming rights*. Ao observarmos o art. 22 podemos notar que a União, os Estados e o Distrito Federal concorrem para legislar sobre o rol de seus incisos, sendo que cabe a União, de forma exclusiva, a criação das normas gerais.

Assim, uma possibilidade seria de que o direito urbanístico (art.24, I) e a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (art. 24, VII) poderiam servir de base para uma legislação que estabelecesse as diretrizes que os Estados e Distrito Federal teriam que seguir e estes, a partir daí, seriam capazes de editar suas normas tratando de assuntos específicos a nomeação de bens públicos.

Entretanto, em um possível conflito de competências entre o poder legislativo e o executivo de um mesmo ente, teremos dois casos: O poder legislativo cria uma lei nomeando determinado bem público, com um nome honorífico por exemplo, e em seguida o poder executivo celebra um contrato de *naming rights*; O poder executivo explora os *naming rights* de determinado bem público e o poder legislativo em seguida elabora um lei denominando o mesmo bem.

No primeiro caso, por ter força de lei e ser um ato materialmente específico e concreto, somente uma lei posterior teria capacidade de revogar a lei anterior. Assim, o poder executivo não teria não poderia substituí-lo por sua livre iniciativa.

No segundo caso, respeitando o inciso XXXVI do art.5º da Constituição Federal que diz: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, o contrato firmado entre a administração pública e o particular não poderá ser desfeito, ainda que por lei, pois para tal ato não é permitido ter efeito retroativo¹⁵.

6 DA EXPLORAÇÃO DO USO DO NOME

No meio a tantas possibilidades em relação a exploração do uso do nome, fica a dúvida sobre quais bens podem ser utilizados pelo instituto.

15 SAMPAIO, Luis Felipe. **Op. cit.** p. 114.

Como dito anteriormente, não existe ainda legislação específica sobre o tema, tornando cinzenta a área de sua atuação, contudo, podemos traçar alguns pontos objetivos e outros subjetivos a seu respeito.

Um ponto objetivo seria a impossibilidade de exploração devido a uma proibição de alteração do nome de determinado bem público, como é o caso do maracanã que ao passar sua gestão para o Flamengo e Fluminense, através de uma parceria público privada, um dos itens no edital licitatório era de que o estádio não poderia vender seus *naming rights*. O outro ponto seria o bem já estar nomeado devido a uma lei, que como já visto, não pode ser alterada pelo poder executivo¹⁶.

Nos casos subjetivos ficariam aqueles bens que são parte do patrimônio histórico-cultural do Brasil e que enfrentariam forte resistência da opinião pública por já terem sua marca consolidada, como é o caso do pão de açúcar. Todavia tal fato poderia ser contornado não excluindo o antigo nome, mas adicionando o nome do patrocinador.

Dito isso, convém destacar que tanto os bens dominicais, como os de uso comum e especial estariam aptos a serem explorados. Entretanto, o primeiro teria uma desvantagem em relação aos outros, por ter a maioria dos bens de uso exclusivo da administração pública, deixando pouco espaço para uma maior visibilidade da população em geral e dificultando o interesse de empresas em utilizar o instituto em tais bens.

Já em relação aos de uso comum do povo e de uso especial, teriam facilidade em vender seus *naming rights*, levando-se em conta a ampla exposição de seus bens, como praças, praias, edifícios públicos etc. O único obstáculo seria quanto a uma maior exigência em relação a utilização dos *naming rights* nos bens de uso especial, por serem lugares onde o acesso ao público é mais restrito e possuírem uma maior formalidade.

7 COMPATIBILIDADE COM PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A utilização dos *naming rights*, além de seguir os parâmetros estabelecidos até aqui, devem guardar os princípios da administração pública, ou seja, serem compatíveis com a atividade exercida no bem que se pretende nomear. Dessa forma, os entes públicos ao celebrarem contrato com pessoas jurídicas de direito privado não podem se atentar somente ao valor oferecido, mas sim ao contexto em que aquele bem se insere e se o produto não vai de encontro a sua política e objetivo.

Tomamos como exemplo uma escola pública, seria consenso que uma marca de bebida alcoólica ou uma marca de cigarros não condizem com o exercício implantado no bem público, por mais que não se trate de algo ilícito é notório os inúmeros malefícios

¹⁶ Ibidem, p. 114.

que estes produtos causam e os perigos de expor crianças a este tipo de propaganda.

Nos Estados Unidos o debate vai além, por não existirem muitas regulamentações quanto da aplicação do instituto, existem inúmeras críticas quanto as marcas que nomeiam as escolas, como a indústria de refrigerante e de salgadinhos por exemplo. Por se tratar de um país que sofre com muitas crianças obesas, a exposição precoce é vista como um incentivo para uma alimentação não saudável, dificultando campanhas a favor de uma dieta balanceada.

Outro ponto seria o possível conflito de interesses entre a esfera pública e privada, dessa forma seria inconcebível um plano de saúde particular nomear um hospital público, ou uma escola privada nomear uma escola pública. Haveria uma clara desmoralização do bem público, que já é visto por grande parte da população como ineficiente, e se tal ato fosse praticado somente contribuiria com esta visão.

A respeito das pessoas que podem participar do ato licitatório é aplicável o inciso III do art. 9 da lei 8.666/93 que dispõe:

Art. 9. Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

Esta proibição impede que haja um favorecimento a algumas pessoas que poderiam exercer suas influências para conseguir certa vantagem referente a licitação, ferindo assim os princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade.

O mais interessante, no entanto, seria analisar cada caso e suas particularidades e não criar proibições taxativas de modo a limitar a aplicação dos *namimg rights*. Dessa forma, uma empresa de bebidas alcoólicas não poderia explorar o nome de uma escola, mas poderia participar de uma licitação de uma praia ou estação de metrô.

8 DO PRAZO

Os *namimg rights* possuem suas peculiaridades especialmente no que diz respeito aos prazos dos contratos. Em casos de sucesso como o Allianz Parque, estádio do Palmeiras, foi elaborado um contrato de 20 anos pelo valor de aproximadamente R\$ 300 milhões¹⁷, já o clube Atlético Paranaense, primeiro a conseguir explorar o nome de seu estádio, entre 2005 e 2008, fechou um acordo com a empresa Kyocera de R\$ 2 milhões de dólares

17 VEJA. Definido: estádio do Palmeiras vai se chamar Alianz Parque. 2014. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/esporte/definido-estadio-do-palmeiras-vai-se-chamar-allianz-parque/>> Acesso em 06 de nov. 2019

por ano (R\$ 5,2 milhões na cotação da época), entretanto em um novo acordo, agora com a empresa MRV engenharia, o clube conseguiu R\$ 60 milhões pelos direitos do nome de seu novo estádio pelo prazo de 10 anos¹⁸.

Assim é possível estabelecer certos parâmetros, como o de que quanto mais longo o contrato, maior a quantia arrecadada, e isso se dá em razão da necessidade de criação de um vínculo entre a população e a marca. Diariamente estamos expostos a inúmeras propagandas, todavia, ao ligarmos um bem (no caso um estádio) a um produto, inevitavelmente iremos ter uma conexão muito maior, associando o local a marca, e quanto maior o tempo de exposição, maior a fixação.

Um dos perigos de se fazer um contrato por um tempo tão longo seria a chance de se cobrar um preço que mais tarde se mostre muito abaixo do real valor de mercado. Ainda mais nesse período de estágio de desenvolvimento, no qual não existem muitos parâmetros dentro da administração pública. Outro problema são os bens com dívidas ou problemas de gestão e que estão desesperados para receber qualquer quantia, independente de uma análise mais profunda.

Por outro lado, um tempo de contrato inferior a 5 anos, considerado curto, seria interessante apenas em situações específicas, como na divulgação de algum evento, espetáculo, filme etc. Em outros casos poderia causar uma confusão na população, como em uma linha de metrô que a cada seis meses muda seu nome.

9 DO PROCEDIMENTO

Existem três formas de a administração pública ceder o uso de um bem seu a um particular, são elas a autorização, a permissão e a concessão de uso.

9.1 Autorização

A autorização é um ato administrativo que possibilita ao particular exercer alguma atividade de seu interesse ou a utilização de um bem público. Esse ato da administração pública é unilateral, discricionário, precário, gratuito ou oneroso.

Unilateral, porque depende da manifestação exclusiva da administração pública. Discricionário, tendo em vista que a autorização é praticada de acordo com o juízo de conveniência e oportunidade. Precário, pois a revogação pode ocorrer a qualquer momento, atendendo única e exclusivamente o interesse público.

18 KAIZER, Túlio. Acordo de naming rights da arena do Atlético valerá por dez anos e pode ser ampliado; compare valor com outros estádios. **UAI**. 2017. Disponível em <https://www.mg.superesportes.com.br/app/noticias/futebol/atletico-mg/2017/09/16/noticia_atletico_mg,428789/acordo-de-naming-rights-da-arena-do-galo-valera-por-dez-anos-compare.shtml/> Acesso em 06 de nov. 2019

Um exemplo seria quando uma igreja necessita utilizar a praça da cidade para realizar uma festa junina, neste caso é preciso de uma autorização. Aqui vemos que o interesse será para atender uma demanda particular. Caso haja conflito de interesse entre o ente público e o particular, sempre prevalecerá aquele em detrimento deste, pois é um ato unilateral e precário.

9.2 Permissão

A permissão é um ato administrativo unilateral, discricionário, precário, gratuito ou oneroso. A principal diferença com a autorização é em relação ao seu fim, aqui o objetivo é atender ao interesse público, da coletividade, enquanto lá o objetivo é o interesse particular. Parcela da doutrina¹⁹, no entanto, criticam essa distinção, sugerindo uma uniformização dos institutos.

9.3 Concessão De Uso

É um contrato firmado entre a administração pública e um particular, reservando a este a utilização de um bem público.

A concessão de uso difere-se dos outros institutos (permissão e autorização) devido a sua natureza contratual dependendo da manifestação recíproca das partes quanto ao seu conteúdo, logo, as obrigações e vantagens também serão mútuas.

A utilidade a qual será destinado o bem dependerá do acordado entre as partes, dando, desta forma, mais liberdade e segurança, pois o contratante estará em uma posição mais igual perante a administração pública. Isso é de extrema importância tendo em vista que o particular assume obrigações perante terceiros e encargos financeiros elevados, que somente se justificam se ele for beneficiado com a fixação de prazos mais prolongados, que assegurem um mínimo de estabilidade no exercício de suas atividades²⁰.

Dito isso, a forma que mais se encaixa para utilização dos *naming rights* seria a concessão de uso, principalmente por ser um ato bilateral e ter a segurança jurídica de um contrato, o que é imprescindível nesse tipo de negócio, tendo em vista o alto valor monetário deste ato. Dessa forma, a contratação de uma empresa particular com a administração pública deve necessariamente se submeter a uma licitação, com regras estabelecidas na lei 8.666/93. Por ser um contrato atípico, a lei de licitações não especifica uma modalidade, ficando o gestor livre para determinar aquela que é mais eficiente em relação ao caso concreto, desde que não haja incompatibilidade como nos casos de

19 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1218.

20 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Função social da propriedade pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, pp. 1-13, nº 06, abril/maio/junho, 2006.

concurso e leilão.

Há também a possibilidade de os *naming rights* serem inseridos como objeto acessório em um contrato, por exemplo, na construção de algum bem, nesse caso a modalidade seguiria aquela adotada no contrato principal²¹.

Algumas especificidades podem ser encontradas em recentes julgados pelos tribunais, como consta a seguir:

Processual civil. Dois embargos de declaração. Apelação cível. Locação de imóvel comercial em shopping center. Cautelar de exibição de documentos. Documentos necessários à estimativa do aluguel contratado sobre percentual de faturamento. Expressa obrigação contratual da locatária de exibir os documentos pertinentes. Celebração de contrato de “naming rights” que possui exclusivo condão de trazer ao teatro Bradesco a oportunidade de realização de maior número de shows e eventos culturais, no intuito de gerar maior receita para a locatária e, conseqüentemente, majoração do valor locatício. Locatária que, em 20 de setembro de 2012, encaminhou a locadora correspondência corroborando as cláusulas pactuadas no contrato de locação, aí incluído o contrato de “naming rights” e dos benefícios relativos à chamada “lei Rouanet”, os quais devem ser exclusiva e obrigatoriamente aplicados na “agenda cultural do teatro Bradesco”. Proprietária do imóvel que possui interesse que os valores recebidos do banco Bradesco pela locatária, advindos ou não via lei Rouanet, devam ser, integralmente, aplicados em eventos culturais a serem realizados naquele local. Ausência de prejuízo a locatária. Boa-fé objetiva que merece ser observada. Assim, se a locatária, ao celebrar o contrato de locação, concordou em exibir sua movimentação contábil e financeira, para fim de se apurar o valor locatício do imóvel, não pode, agora, utilizar-se de subterfúgios para sonegar documentos. Locadora possui o direito de saber, se os valores recebidos pela locatária do banco Bradesco, foram investidos exclusivamente no teatro, ou repassados para outros empreendimentos administrados por aquela. Inegável o direito da locadora em obter a documentação necessária a aferir o percentual do aluguel a ser pago pela locatária. Provimento do segundo recurso. Prejudicado o primeiro²².

A ementa citada diz respeito a um contrato de *naming rights* entre o Banco Bradesco e um teatro, porém, este tinha celebrado anteriormente um contrato com uma locadora que iria cobrar o valor dos aluguéis de acordo com o faturamento bruto recebido pela locatária. Assim, esta teve que apresentar a documentação de que o valor recebido pelo banco era investido exclusivamente em seu empreendimento.

O mais importante a se extrair é o fato de que no contrato de *naming rights* havia

21 SAMPAIO, Luis Felipe. **Op. cit.** p. 117.

22 BRASIL. TJ-RJ. **ApI: 00371028420158190209**. Relator: Des(a) Marília de Castro Neves Vieira. Data de Julgamento: 13/03/2019. Vigésima Turma Cível.

uma cláusula apontando para o investimento exclusivo no teatro e o outro ponto é para a prestação de contas que teve que ser realizada. Dessa forma, seria possível que o mesmo fosse aplicado nos contratos com a administração pública? Há respaldo legal?

Ao analisar a lei 8.666/93 não é possível encontrar nada que impeça que o contrato de concessão de uso estipule cláusula limitando o uso do dinheiro de maneira exclusiva no lugar escolhido para ser denominado. Tal entendimento ajudaria a dar mais transparência e seria muito mais fácil medir os resultados, o que levaria a influenciar outras empresas a investirem na administração pública.

Em relação a prestação de contas, já existe a lei de responsabilidade fiscal n.101/2000, que estipula os limites a que a administração pública deve se submeter e caso haja indícios de que algum dos parâmetros foram descumpridos há a possibilidade de exigir que as contas sejam apresentadas, pois não será somente de interesse do particular, mas de toda a coletividade.

CONCLUSÃO

Como podemos observar, os bens públicos possuem grande valor em relação às possibilidades de sua exploração, prática essa ainda pouco utilizada em nosso país. Ao compararmos a utilização dos *namimg rights* com os Estados Unidos ou com cases de sucesso como o metrô de Dubai, é possível notar que nesses países há pouca regulamentação sobre o assunto, ou seja, não há limitadores que impeçam a prática de ser difundida, todavia há um rigor técnico e criterioso na escolha das empresas que irão se associar a um bem público que exerce um poder de influência grande sobre as pessoas.

Apesar de não existirem leis tratando do instituto, o Brasil se mostra apto a pôr em prática o modelo de negócios com a atual legislação, isso decorre especialmente da concessão de uso, através de um contrato bilateral entre administração pública e ente privado, respeitando, entretanto, as condutas exigidas pela lei 8.666/93, lei das licitações.

Os entes públicos devem, no entanto, prestar contas sobre a aplicação do dinheiro, pois este tipo de contrato se baseia na reputação que ambas as partes possuem perante a sociedade, logo, se um bem público é conhecido pelo desvio de verbas e má gestão, é pouco provável que irá conseguir celebrar um contrato de *namimg rights*. Isso vale para uma empresa privada que se envolva em algum escândalo ou polêmica, o que afetaria a imagem do ente público. Assim, cláusulas envolvendo tais assuntos são prioridades para evitar futuros conflitos.

A busca cada vez maior pela aplicação desse instituto diz muito a respeito da

atual situação econômica em nosso país se encontra, em que medidas alternativas, que já demonstraram grande sucesso no setor privado, podem também ser úteis no setor público, desde que bem estudadas, respeitando os princípios constitucionais e administrativos.

BIBLIOGRAFIA ADOTADA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BECKER-OLSEN, Karen. *“Questioning the Name Game: An Event Study Analysis of Stadium Naming Rights Sponsorship Announcements.”* **Internacional Journal of Sports Marketing and Sponsorship**. 2003. Disponível em: <<https://sci-hub.tw/10.1108/IJSMS-05-03-2003-B002>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BLOCHER, Joseph. *School Naming Rights and the First Amendment’s Perfect Storm.* **The Georgetown Law Journal**, p. 2-5, 2007. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2598&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. **TJ-RJ**. Apl: 00371028420158190209. Relator: Des(a) Marília de Castro Neves Vieira. Data de Julgamento: 13/03/2019. 20ª Turma Cível.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Função social da propriedade pública.* **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, pp. 1-13, nº 06, abril/maio/junho, 2006.

FRÚGOLI JR., H.; SKLAIR, J. *O bairro da Luz em São Paulo: questões antropológicas sobre o fenômeno da gentrification.* **Cuadernos de antropología social**, n. 30, p. 119-136, 11. Disponível em: <<http://revistascientificas.filo.uba.ar/index.php/CAS/article/view/2779>>. Acesso em: 10 out. 2019.

IKENAGA, Ana Lucia. *A atribuição de nome como modo de exploração de bens públicos.* Dissertação (Mestrado em Direito). **Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22042013-132426/pt-br.php>. Acesso em: 10. out. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

KAIZER, Túlio. *Acordo de naming rights da arena do Atlético valerá por dez anos e pode ser ampliado; compare valor com outros estádios.* **UAI**. 2017. Disponível em <https://www.mg.superesportes.com.br/app/noticias/futebol/atletico_mg/2017/09/16/noticia_atletico_mg_428789/acordo-de-naming-rights-da-arena-do-galo-valera-por-dez-anos-compare.shtml/> Acesso em 06 de nov. 2019

LIGHT, Duncan; YOUNG, Craig. *Toponymy as Commodity: Exploring the Economic Dimensions of Urban Place Names.* **Internacional Journal of Urban and Regional Research**. 2014. Disponível em: <<https://sci-hub.tw/10.1111/1468-2427.12153>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

SAMPAIO, Luis Felipe. **Naming Rights de Bens Públicos**. 1 ed. São Paulo: Almedina. 2017.

SOPHIA, Mary. *Property Developer Damac Buys Naming Rights For Dubai Metro Station*. **Gulf Business**. 2014. Disponível em: <<https://gulfbusiness.com/property-developer-damac-buys-naming-rights-dubai-metro-station/>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

VEJA. Definido: estádio do Palmeiras vai se chamar Aliaanz Parque. 2014. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/esporte/definido-estadio-do-palmeiras-vai-se-chamar-allianz-parque/>> Acesso em 06 de nov. 2019

VYAS, Hardik. *Arsenal announce five-year extension to Emirates sponsorship deal*. **Independente**. Disponível em <<https://www.independent.co.uk/sport/football/news-and-comment/arsenal-sign-emirates-deal-extension-record-fiveyear-a8217656.html/>> Acesso em: 22 de nov. 2019.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 12.01.2021 Aceito em: 20.05.2021
--

REFLEXÕES CONTEXTUAIS SOBRE O CRIME CIBERNÉTICO: DAS MUDANÇAS OPERADAS AOS DESAFIOS IMPOSTOS

Contextual reflections on cybercrime: from the changes committed to the challenges imposed

Eduarda Quinteiro Ramos Portela¹

Lillian Sampaio Ramos²

Maria Clara Viana Rosiak³

Mayke Stofel Sampaio⁴

RESUMO

O estudo tem por objetivo analisar, à luz da doutrina e da jurisprudência, a tipificação dos crimes praticados em ambiente virtual. Os autores assinalam a dificuldade de tipificação dos crimes, ao mesmo tempo que destacam a desconformidade com o direito penal o uso da analogia, prática utilizada pelos tribunais, mas que, conforme a doutrina, só pode ser utilizada in bonam partem. Destacam que as medidas tomadas pelo Estado brasileiro no combate aos crimes virtuais, tanto no que permeia a eficácia quanto a densidade, promove uma incômoda situação de deficiência legal para punição exemplar daqueles que se utilizam do meio informático para efetuar atividades nocivas ao conjunto da sociedade.

Palavras-chave

Crimes cibernéticos, princípio da legalidade, tipificação.

ABSTRACT

The study aims to analyze, in the light of doctrine and jurisprudence, the typification of crimes committed in a virtual environment. The authors point out the difficulty of typifying crimes, while highlighting the non-conformity with criminal law the use of analogy, a practice used by the courts, but which, according to the doctrine, can only be used in bonam partem. They highlight that the measures taken by the Brazilian State in the fight against virtual crimes, both in terms of effectiveness and density, promote an uncomfortable situation of legal inability for exemplary punishment of those who use the computer environment to carry out activities harmful to society.

Keywords

Cybercrime, principle of legality, typification.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Premissas para compreensão do conceito de crime. 3 Crimes cibernéticos *Lato e Stricto Sensu*. 4 O arcabouço legal e constitucional para proteção contra os crimes cibernéticos. 5 O instituto da analogia sob a ótica penal em

1 Graduanda em Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia (UNIR).

2 Graduada em Enfermagem pela Faculdade de Ciências Biomédicas de Cacoal (FACIMED), pós-graduada em Metodologia do Ensino Superior pela FACIMED e graduanda em Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia (UNIR).

3 Graduanda em Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia (UNIR).

4 Graduado em Gestão Pública pelo Claretiano e graduando em Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia (UNIR)

debate. 6 Considerações Finais. 7 Referências.

SUMMARY: 1 Introduction. 2 Premises for understanding the concept of crime. 3 Cybercrimes Lato and Stricto Sensu. 4 The legal and constitutional framework for protection against cybercrimes. 5 The institute of analogy from the criminal perspective under discussion. 6 Final Considerations. 7 References.

1. INTRODUÇÃO

A Internet surgiu na década de 60, com o advento do trabalho de uma das mais inovadoras instituições de pesquisa do mundo: a Agência de Projetos de Pesquisa Avançada (ARPA) que integrava o Departamento de Defesa dos EUA⁵. Desde a entrada desse marco comunicacional, nota-se o seu crescimento e aprimoramento no cenário mundial. Percorreram-se caminhos travados por acordos colaborativos e multilaterais advindos das diversas ramificações comerciais que foram integrando a teia global de informações, haja vista que para que a rede pudesse sustentar o crescimento exponencial no volume de comunicações, era preciso aprimorar a tecnologia de transmissão.

Em decorrência das intensas relações que emergem dos meios virtuais é que o Direito, uma ciência mutável, deve ater-se e adequar-se as transformações da realidade social, resguardando a sociedade digital da intensa criminalidade que se alastra nos espaços virtuais. A acentuada evolução da Internet também desencadeou o aperfeiçoamento de crimes que estavam inseridos no texto normativo do Código Penal como sendo praticados apenas de forma física. Não havia expressamente uma previsão legal da prática de delitos cometidos via internet, até a edição da Lei 12.737/2012.

A relevância do presente estudo repousa no seio das reflexões entre os paradigmas que imputam os crimes cibernéticos, visto que os levantamentos de informações auxiliam no contorno jurisdicional e na compreensão acerca da função do Direito enquanto instrumento regulador dos fatos juridicamente relevantes. De forma que as mudanças tecnológicas e as perniciosidades decorrentes dessas devem ser punidas de modo a resguardar os direitos das vítimas, cumprindo-se assim, o ideal do Estado Democrático de Direito.

Tratar-se-á das premissas necessárias à compreensão do conceito de crime, principalmente, no que tange ao princípio da legalidade, haja vista a importância da previsão legal dos delitos, com a máxima determinação e taxatividade. Tornando excludente a utilização da analogia *in malam partem*, prática rejeitada pelos doutrinadores,

5 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 8. ed. Paz e Terra, 1990.

uma vez que possui a finalidade de prejudicar o agente; o instituto da analogia sob a ótica penal também será abordada em seus pormenores no decorrer do trabalho. Também será realizada uma abordagem acerca do crime cibernético *stricto sensu*, a fim de propiciar os recursos basilares para a sustentação do arcabouço legal e constitucional da proteção contra os crimes cibernéticos.

Esmera-se no método dedutivo para o estabelecimento de um raciocínio lógico, com o intuito de auferir respostas visando o alcance de um fim, norteado pelas hipóteses traçadas. No que tange o procedimento técnico utilizado para a investigação da temática, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, construída a partir de meios exploratórios. Por meio desses caminhos investigatórios, buscou-se construir um resultado para a seguinte indagação: Como as definições e tipificações difusas do legislador em matéria de crimes cibernéticos dificultam a realização de uma tutela jurisdicional efetiva?

Assim sendo, este estudo não possui o objetivo de exaurir os debates sobre o assunto, mas ponderar sobre algumas questões que corrobore com a temática em discussão. Dessa forma, procura-se identificar como o princípio da legalidade juntamente com a implícita participação do princípio da taxatividade, provocam a necessidade da melhor tipificação dos crimes cibernéticos.

2. PREMISSAS PARA COMPREENSÃO DO CONCEITO DE CRIME

Exordialmente, com vistas à promoção da compreensão acerca dos assuntos e das discussões que se pretende realizar sobre o tema pugnado, é imprescindível a conceituação de crime. Beccaria disserta sobre o nascimento do Direito de punir e das penas:

Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do restante com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania na nação; e aquele que foi encarregado, pelas leis, do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo.

Não bastava, porém, ter formado esse depósito; era preciso protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois tal é a tendência do homem para o despotismo, que ele procura, sem cessar, não só retirar da massa comum sua porção de liberdade, mas ainda usurpar a dos outros⁶.

O autor estabelece as razões primárias de existência do Direito Penal, justificando por intermédio do contrato social, a necessidade de o homem ceder sua liberdade

6 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

intransigente do estado de natureza para o convívio harmônico em sociedade, assim zelando pela sua própria integridade física, sob a égide de leis que estabeleçam o dever-ser daquela nação. Toda coletividade deve sucumbir à vontade geral, obedecendo aos conceitos morais que se identificam culturalmente com aquela sociedade.

Modernamente, avançou-se muito na delimitação do conceito de crime. Diversos foram os tratadistas do Direito que se dedicaram à construção de teorias, criação de institutos jurídicos, observação de fenômenos para consignar um conceito abrangente de crime. Com efeito, ainda existem divergências na doutrina no tocante ao assunto, como, por exemplo, a adoção de ação típica, ilícita e culpável para alguns; fato típico, antijurídico e culpável para outros tantos. Será adotada a segunda opção, pela compreensão de que o termo “fato” proporciona sentido semiótico melhor contemplativo: “Delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária ao ordenamento jurídico (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que atuasse de outra maneira nessa circunstância, lhe é reprovável (culpável)”⁷.

Dessa forma, definiu-se que crime ou delito é toda conduta, passível de individualização, cujo agente realiza ato doloso ou culposo, comissivo ou omissivo com vistas a um resultado, para tanto, havendo de existir nexo causal entre conduta e resultado esperado, devidamente tipificado por lei, antijurídico porque viola o dever-ser positivado, tampouco se enquadrando em hipótese excludencial de ilicitude e punível em virtude de imputação legal, discernimento sobre a conduta praticada e possibilidade de agência diversa à antijuridicidade.

O crime concerne em um fenômeno social, não podendo ser tratado como um conceito imutável, estático e único, à medida que a dimensão espaço e tempo interferem rigorosamente no modo de atuação e caracterização do mesmo. “Seria este, talvez, o momento de examinar e distinguir as diferentes espécies de delitos e a maneira de punilos; mas o número e a variedade dos crimes, segundo as diversas circunstâncias de tempo e lugar, lançar-nos-iam num atalho imenso e fatigante”⁸.

Nesse diapasão, há alguns princípios no campo do Direito Penal que norteiam o conceito de crime e o caracterizam, dentre esses, destaca-se o princípio da legalidade (conjunção da reserva legal com a regra da anterioridade da lei). Como preleciona Rogério Greco,⁹ o Estado de Direito está intrinsecamente relacionado ao princípio da legalidade, uma vez que o primeiro tem como intuito retirar o poder absoluto das mãos do soberano, destarte, subordinam-se as exigências previstas em lei.

7 ZAFFARONI, 1996, p. 324 apud GRECO, 2017, p. 229.

8 BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 21.

9 GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

Dessa forma, “o princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes”.¹⁰ O princípio da legalidade possui grande destaque no Direito Penal, haja vista a sua previsão no art. 1º do Código Penal e no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal,¹¹ os quais definem que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A fonte do Direito Penal reside na lei, sendo por meio dessa que se executam as proibições ou impedimentos de condutas sob pena de incidência de sanção.

Nesse ínterim, considera-se lícito no Direito Penal tudo o que não estiver expressamente previsto/proibido em lei. Esse fenômeno garante a segurança jurídica do cidadão, uma vez que não serão punidas ações que não estejam taxadas como ilegais. Desse modo, repudia-se o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas, visto que esse recurso não pode ser utilizado in malam partem, ou seja, para prejudicar o agente. Incumbe-se ao legislador o dever de fazer leis penais, não podendo o intérprete socorrer-se da analogia. Parafraseando Beccaria,¹² o magistrado não pode infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e no momento em que o juiz se tornar mais severo do que a lei, ele é injusto.

Sob essa perspectiva, a reserva legal está calcada na máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, cabendo ao Poder Legislativo redigir as leis almejando a precisão, de forma que o Poder Judiciário fique responsável por interpretá-las restritivamente. Como é aludido por Rogério Greco,¹³ enquadra-se nesse fenômeno não apenas a existência de lei anterior ao fato cometido pelo indivíduo, mas é essencial que tal conduta incriminadora apresente uma definição precisa em lei.

Os princípios da taxatividade e o da anterioridade são cruciais, na visão de Guilherme Nucci,¹⁴ para a construção dos tipos penais incriminadores, uma vez que contribui à aplicação de pena ao delinquente. Sendo que “inexistiria o devido processo penal, caso se aceitasse a condenação de alguém, com base em tipo penal extremamente aberto, desrespeitoso ao princípio da taxatividade”.¹⁵

A Taxatividade da Lei é uma garantia de que o legislador elaborará tipos penais precisos de acordo com a conduta delituosa. Dessa forma, evitam-se interpretações extensivas e difusas, que possam gerar insegurança jurídica. Ou seja, esse princípio tem o

10 BONAVIDES, p.112 apud GRECO, 2017, s.p

11 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

12 BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 24.

13 Op. cit.

14 NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

15 NUCCI, 2015, p. 33 apud FREITAS JUNIOR, Dorival, **Princípios da legalidade (taxatividade da lei) como garantia da dignidade humana**, p. 19.

intuito de tornar claro o objetivo de cada figura delituosa, optando-se por uma descrição detalhada.

3. CRIME CIBERNÉTICO *LATO E STRICTO SENSU*

Os progressos sinalizados a partir da revolução tecnológica trouxeram conseqüências desconhecidas e inimagináveis transformações. As fronteiras econômicas e política são transpostas, tendo como corolário o livre acesso a pessoas, capitais, serviços e mercadorias, independente de barreiras institucionais ou territoriais, propulsando uma nova onda de globalização.

O acesso à internet proporcionou facilidades para a realização de diversas atividades habituais, de forma rápida e simplificada, seja através de computadores, *tablets* ou *smartphones*. A dependência a essa tecnologia tem se expandido, tanto no uso por pessoas físicas quanto jurídicas. Todos estes fatores tornaram o espaço cibernético um campo atrativo para práticas delituosas.

Daniel Ventre, citado por Lucas Soares Portela¹⁶ preleciona que o espaço cibernético é constituído por três elementos: os equipamentos físicos (*hardware*), os quais sustentam uma dimensão virtual com programas, sistemas, aplicativos e informações (*software*), cuja manipulação se dá por usuários (*peoplenware*). Portela¹⁷ ratifica que o espaço cibernético não é natural, contudo, transpassa todos os demais espaços (aéreo e terrestre), podendo gerar conseqüências no espaço físico, como foi no caso do vírus Stuxnet, que paralisou uma usina nuclear iraniana no ano de 2010.

Não obstante, toda a facilidade que essa rede conferiu à sociedade também serviu como mola propulsora para o surgimento de malefícios inerentes ao convívio digital. Pessoas mal-intencionadas passaram a explorar esse campo virtual com o intuito de delinquir.

O descompasso entre o célere avanço dos delitos virtuais e o moroso arranjo do direito digital, torna frágil a resposta às demandas crescentes. Nesta área do saber jurídico, não há conceitos predominantes para a definição de crime virtual. As publicações existentes apontam para acepções abertas. Monteiro¹⁸ pondera os riscos de se conceituar os crimes eletrônicos. Definições muito amplas podem abranger condutas que embora indevidas, não podem ser tipificadas como crime, por conflitar com o princípio da estrita legalidade penal. “Para a OECD – *Organization for Economic Cooperation and Development*

16 AGENDA de Pesquisa sobre o Espaço Cibernético nas Relações Internacionais. Disponível em: <<https://bit.ly/2OpCF80>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

17 PORTELA, Lucas Soares. Op. cit., 2020.

18 MONTEIRO, Renato Leite. **Crimes Eletrônicos: Uma Análise Econômica e Constitucional**. Disponível em: <<https://bit.ly/2Dm31qq>>. Acesso em: 01 abr. 2020.

(Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento) da ONU, “crime de computador é qualquer comportamento ilegal, aéctico, ou não autorizado envolvendo processamento automático de dados e, ou transmissão de dados”.¹⁹

Emanuel Alberto Sperandio Garcia Gimenes, conceitua o crime virtual como “ [...] qualquer ação típica, antijurídica e culpável cometida contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou sua transmissão em que um computador conectado à rede mundial de computadores (Internet) seja o instrumento ou o objeto do delito.”²⁰

Para Damásio de Jesus e José Antônio Milagre²¹ um dos principais erros cometidos pelos doutrinadores e legisladores ao tratar sobre crimes informáticos, é confundir técnica com conduta. Não analisam as técnicas e tipificações penais, mas as condutas incrimináveis, que podem ser realizadas por diversas técnicas como, por exemplo, considerar vírus de computador, conduta incriminável. O *phishing scam* (pescaria de senhas), um tipo de vírus, permite que o agente obtenha vantagens ilícitas, roubando dados confidenciais. A conduta é uma sabotagem informática, mas o vírus um artefato usado. O Direito Penal merece considerações de especialistas em tecnologia e segurança da informação.

Os amplos conceitos e definições utilizados pela doutrina precisam ser repensados, levando em consideração a especialidade da matéria, versando a distinção entre conduta (ação realizada por meio da técnica), técnica (método, software, processo informático) e crime (comportamento, utilizando a técnica, para agredir um bem jurídico), verificando a correspondente tipificação. Ao se definir o crime ou se legislar sobre a técnica, inobservando precipuamente a conduta, constitui-se uma norma excessivamente específica, e conseqüentemente ineficaz.

Embora divergentes conceituações no campo da do crime digital, a doutrina majoritária tem adotado entendimento de que os crimes eletrônicos se classificam em crimes cibernéticos próprios e impróprios. No que tange os primeiros, nota-se a importância do princípio da legalidade, de forma que, por meio dessa é possível que esses tipos de delitos sejam combatidos. Segundo preleciona Anderson Soares Furtado Oliveira, os crimes cibernéticos próprios são aqueles que: “[...] só pode ser cometido no ciberespaço, ou seja, necessariamente, deve ser realizado no ambiente do ciberespaço, para que a conduta seja concretizada, tendo um tipo penal distinto do tradicional. Ademais,

19 BORTOT, Jessica Fagundes. Crimes Cibernéticos: Aspectos Legislativos e Implicações na Persecução Penal com Base nas Legislações Brasileira e Internacional. Disponível em: <<https://bit.ly/2AL71OF>>. Acesso em: 27 mar. 2020.

20 GIMENES, Emanuel Alberto Spetandio Garcia. Crimes virtuais. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 55, ago. 2013. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao055/Emanuel_Gimenes.html>. Acesso em: 01 abr. 2020.

21 JESUS, Damásio de; MILAGRE José Antônio. **Manual de crimes informáticos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

tanto a ação quanto o resultado da conduta ilícita consumam-se no ciberespaço.”²²

Haja vista a autonomia e a distinção dos crimes cibernéticos próprios em relação aos delitos positivados no Código Penal, torna-se dificultoso a criminalização dessas ações, sendo que o ordenamento penal brasileiro se respalda na estrita legalidade, ou seja, não pune infrações não previstas em lei.

A respeito dos crimes cibernéticos impróprios, Aires José Rover afirma que: “São todas aquelas condutas em que o agente se utiliza do sistema de informática como mera ferramenta para a perpetração de crime comum, tipificável na lei penal. Dessa forma, o sistema de informática não é essencial à consumação do delito, que poderia ser praticado por meio de outra ferramenta”.²³

Nesse diapasão, os crimes impróprios apresentam grandes diferenças quanto ao *modus operandi*, de modo que os dispositivos informáticos configuram apenas mais um meio para a prática desses delitos; não se vislumbrando a necessidade de conhecimentos técnicos. Nesse tocante, para esse tipo de crime considera-se possível a aplicação de normal penal para o exercício da punibilidade. Todavia, rejeita-se o emprego da analogia *in malam partem*, sendo essa rechaçada pelos dispositivos doutrinários.

4. O ARCABOUÇO LEGAL E CONSTITUCIONAL PARA PROTEÇÃO CONTRA OS CRIMES CIBERNÉTICOS

Para a compreensão da lógica de relações jurídicas que pressupõe a bilateralidade atributiva, ou seja, a titularidade de um direito pelo sujeito ativo e a titularidade de um dever pelo sujeito passivo, atribuindo ao responsável pelo dano a sua reparação, é mister e inadiável a demanda por uma norma jurídica capaz de responder com efetividade a tutela do bem jurídico violado, no caso em estudo, os vilipêndios do dever-ser relacionados aos crimes perpetrados em ambiente cibernético.

Mesmo com a nítida e ligeira evolução das tecnologias de informação e comunicação, sobretudo desde o início do século XXI, o Brasil parecia deitado em berço esplêndido no que concerne o seu olhar para a repressão de condutas perniciosas no mundo virtual. Somente na atual década é que se observa algum despertar dessa República, com a sanção de leis que tratam da tipificação de atitudes ilícitas cometidas por meio eletrônico ou contra este.

O Decreto-Lei n.º 2.848/2940, doravante nominado Código Penal, tem a finalidade

22 OLIVEIRA, Anderson Soares Furtado. **Crime por Meios Eletrônicos**. Brasília: Universidade Gama Filho, 2009, p. 33.

23 ROVER, Aires José. **Crimes de informática**. Disponível em: <<https://bit.ly/2Qh1uop>>. Acesso em: 16 abr. 2020, p.3.

de regulamentar e tipificar os fatos típicos e antijurídicos. No entanto, dada a sua carência em estabelecer as hipóteses qualificadoras, agravantes ou atenuantes para os diversos crimes que ocorrem em meio digital, é célebre produtor de insegurança jurídica, posto que pelo princípio da legalidade, abordado aqui e alhures, os elementos da antijuridicidade de práticas delituosas devem estar preconizados em lei. O legislador não pode escusar-se da observação empírica da vivência social. Condutas antes inimagináveis de serem cometidas na rede mundial de computadores, atualmente estão naturalizadas em nosso meio, como o furto, o qual os tribunais atribuem forma eletrônica ao mesmo quando há utilização de sistemas informáticos ao seu cometimento. Amolda-se ao discutido, o presente julgamento de Conflito de Competência:

1. A Terceira Seção desta Corte Superior firmou o entendimento no sentido de que a subtração de valores de conta corrente, mediante transferência fraudulenta, utilizada para ludibriar o sistema informatizado de proteção de valores, mantidos sob guarda bancária, sem consentimento da vítima, configura crime de furto mediante fraude, previsto no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal - CP.²⁴

Outrossim, o crime contra a economia popular também ganha viés cibernético, conforme julgamento da egrégia Corte Superior de Justiça por meio do Conflito De Competência:

1. A criação de site na internet por quadrilha, sob o falso pretexto de vender mercadorias, mas sem a intenção de entregá-las, amolda-se mais ao crime contra a economia popular, previsto no art. 2º, inciso IX, da Lei n. 1.521/1951, do que ao estelionato (art. 171, caput, CP), dado que a conduta não tem por objetivo enganar vítima(s) determinada(s), mas, sim, um número indeterminado de pessoas, vendendo para qualquer um que acesse o site.²⁵

Em ambos os casos, o que se observa é a ausência na lei de dispositivos que tipifiquem essas práticas em contexto digital, ocasionando verdadeiras anomalias decisórias. Isso é observado no cometimento de outros crimes, como aqueles contra a honra, extorsão, dano, estelionato, crimes tutelados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, entre outros. Além disso, há questões controversas como tempo e lugar do crime cibernético que prescindem de positividade. Malgrado, algumas mudanças começaram a ser operadas.

24 STJ. CONFLITO DE COMPETÊNCIA: CC Nº 145.576 - MA (2016/0055604-1). Relator: Ministro Joel Ilan Parcionik. DJe: 20/04/2016. STJ, 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2DkD2j9>> Acesso em: 22 abr. 2020.

25 STJ. CONFLITO DE COMPETÊNCIA: CC Nº 133.534 - SP (2014/0094026-9). Relator: Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. DJe: 06/11/2015. STJ, 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2F0pATn>> Acesso em: 22 abr. 2020.

A Lei n.º 12.737/2012, conhecida como Lei Carolina Dieckmann, inovou ao introduzir no Código Penal, o crime de invasão de dispositivo informático, *in verbis*:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

[...]

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.”²⁶

A lei em comento também altera os artigos 266 e 298 da Lei Penal, prevendo a possibilidade de punição de quem interrompa serviço telemático ou de informação quando esse for de utilidade pública e estabelece agravante de punição em dobro das penas quando o cometimento do ato delituoso ocorrer em estado de calamidade pública.

Tratando da Lei n.º 12.735/2012, mormente conhecida como Lei Azeredo, uma vez que Eduardo Azeredo foi o relator do Projeto que resultou na sanção da lei supramencionada. Essa norma emanou na edição de duas medidas, *in verbis*:

[...] Art. 4º Os órgãos da polícia judiciária estruturarão, nos termos de regulamento, setores e equipes especializadas no combate à ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

Art. 5º O inciso II do § 3º do art. 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação:

[...]

II -a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio; [...]”²⁷

Apesar de edificante, tais medidas produzem efeitos pouco pragmáticos, haja vista a ínfima materialização de políticas públicas capazes de promover o desenvolvimento dos órgãos policiais na coibição desses tipos de crimes. No que tange ao inciso II do § 3º do art. 20 da Lei nº 7.716/89, pela previsão de cessação das transmissões descritas no inciso atinentes à discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência

26 BRASIL. Lei Nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/1jQz4va>> Acesso em: 12 abr. 2020.

27 BRASIL. Lei Nº 12.735, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2yPPzqS>> Acesso em: 12 abr. 2020.

nacional, o dispositivo parece pouco eficaz, pois em sede de medida cautelar, os juízos já podiam promover tais ações.

Em 2014, foi sancionada a Lei n.º 12.965/2014 que versa sobre os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, o chamado Marco Civil da Internet. Sobre a Lei, disserta Gonçalves:

Do problema constitucional. O Marco Civil inicia-se com o comando legal de que nele se estabelecem os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Primeiramente, há que se ressaltar que tal comando pressupõe um equívoco do legislador e uma total dissonância do sistema jurídico em que se insere o Marco Civil. Quem estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para quaisquer usos e tecnologias é a Constituição Federal do Brasil. O Marco Civil é uma legislação infraconstitucional que deveria implementar e regulamentar a Constituição.²⁸

Em matéria de previsão constitucional, José Afonso da Silva preleciona, nesse ínterim, acerca da privacidade e informática:

O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grades bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento.

A constituição não descurou dessa ameaça. Tutela a privacidade das pessoas, como vimos acima. Mais do que isso, acolheu um instituto típico e específico para a efetividade dessa tutela, que é o habeas data, que merecerá nossa consideração mais adiante.²⁹

É indubitável a existência da tênue linha entre a privacidade e o avanço das redes eletrônicas, especialmente, no que concerne as informações pessoais. Haja vista que, como mencionado pelo autor, a Constituição Federal concebe o *habeas data* como tutela efetiva para o caso. Porém, é preciso que os institutos jurídicos estejam em plena ascensão, paralelamente com o desenvolvimento dos meios eletrônicos, resguardando os direitos dos indivíduos.

5. O INSTITUTO DA ANALOGIA SOB A ÓTICA PENAL EM DEBATE

28 GONÇALVES, Victor Hugo Pereira Gonçalves. **Marco civil da internet comentado**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 8.

29 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 211-212.

Devido a constante evolução social, o legislador não consegue acompanhar essa transmutação. Tal fenômeno é explicado por Miguel Reale³⁰ ao comparar a sociedade e o Direito com a curva geométrica e com a curva aritmética dos ensinamentos matemáticos, que, em síntese, opera da seguinte maneira: enquanto a sociedade tem uma progressão geométrica, na qual o seu produto cresce ou decresce de acordo com uma constante, tendo um resultado cada vez maior, o Direito, sendo determinado pela progressão aritmética, ficará sempre atrás das transformações no âmbito social.

A escassez da tipificação no ordenamento jurídico brasileiro, concernente a todas as áreas do direito, torna-se indispensável a utilização de conjunturas análogas para a concretização da justiça. Apesar de que a Lei nº 12.737/2012 (Lei Carolina Dieckmann) foi sancionada com o intuito de penalizar os crimes virtuais, o arcabouço de Leis penais ainda apresenta lacunas, caracterizando-se a inexistência de normas jurídicas aplicáveis em alguns casos concretos.

A analogia “consiste em um método de interpretação jurídica utilizado quando, diante da ausência de previsão específica em lei, aplica-se uma disposição legal que regula casos idênticos, semelhantes, ao da controvérsia”,³¹ podendo ser dividida em duas dimensões: analogia legal e analogia jurídica. Segundo Cunha,³² a analogia legal é “aplicação de norma já existente”, enquanto a analogia jurídica é a utilização de “um conjunto de normas para se extrair elementos que possibilitem a sua aplicabilidade ao caso concreto não previsto, mas similar”. Para Reale: “A analogia atende ao princípio de que o Direito é um sistema de fins. Pelo processo analógico, estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões. Se o sistema do Direito é um todo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos.”³³

O ponto a ser considerado e enfatizado é a permissão ou a proibição da utilização de analogia no Direito Penal. É notório que esse instituto jurídico é uma forma de aplicação do Direito, todavia, pelo fato de que as Leis que regem a ordem no Brasil, quando se abarca o instituto penal, entende-se que prevalecerá o princípio de presunção de inocência, estabelecido no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal³⁴ a saber: “ninguém será

30 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

31 DIREITONET. **Analogia - novo CPC** (Lei nº 13,105/2015). Disponível em: <<https://bit.ly/2qrWuSR>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

32 CUNHA, Douglas. **Aplicação, interpretação e integração da norma jurídica**. Disponível em: <<https://bit.ly/2FbMZBw>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

33 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 278.

34 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, ninguém é culpado até que se prove o contrário. Dito isso, a aplicação da analogia nos casos práticos no que tange a criminalidade, é proibida, a não ser que seja *in bonam partem*, beneficiando o réu. Com as palavras de Miguel Reale,³⁵ tem-se as seguintes considerações a respeito do emprego de casos análogos no domínio penal “Ainda no tocante à analogia cumpre advertir que ela não tem emprego em todos os domínios do Direito, sendo inadmissível, em princípio, quando se tratar de regras de caráter penal, ou se as normas forem restritivas de direitos ou abrirem exceções”. No artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)³⁶ está expresso que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, conquanto que, quando abranger o Direito penal, não constitua caráter incriminatório, caracterizando a analogia *in malam partem*.

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, existem prescrições para tipificar algumas condutas no meio virtual, perceptivelmente, não abrangendo todo o contexto de crimes que podem ser cometidos no mundo cibernético, realçando as falhas presentes na legislação. Grande parte dos magistrados, advogados e consultores jurídicos consideram que cerca de 95% dos delitos cometidos eletronicamente já estão tipificados no Código Penal brasileiro por caracterizar crimes comuns praticados por meio da internet.³⁷

Com o propósito de justificar a inexistência de imposições que possam controlar ou impedir os crimes virtuais, usa-se uma analogia sobre as normas que constituem o ordenamento jurídico com as normas já existentes, ou seja, as leis que prescrevem alguns crimes comuns também servem para os crimes virtuais, em virtude de que a distinção de tais especificações é a forma como o crime é realizado. Sendo essas condutas:

Calúnia (art. 138 do Código Penal); Difamação (art. 139 do Código Penal); Injúria (art. 140 do Código Penal); Ameaça (art. 147 do Código Penal); Furto (art. 155 do Código Penal); Dano (art. 163 do Código Penal); Apropriação indébita (art. 168 do Código Penal); Estelionato (art. 171 do Código Penal); Violação ao direito autoral (art. 184 do Código Penal); Pedofilia (art. 247 da Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente); Crime contra a propriedade industrial (art. 183 e ss. da Lei nº 9.279/96); Interceptação de comunicações de informática (art. 10 da Lei nº 9.296/96); Interceptação de E-mail Comercial ou Pessoal (art. 10 da Lei nº 9.296/96); Crimes contra software - “Pirataria” (art. 12 da Lei nº 9.609/98).³⁸

35 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 280.

36 BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Introdução às normas do direito brasileiro. Brasília: Distrito Federal, 1942.

37 BRASIL, Superior Tribunal da Justiça. Justiça usa código penal para combater crime virtual. Disponível em: <<https://bit.ly/2Pd24r6>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

38 CARNEIRO, Adenele Garcia. Crimes virtuais: elementos para uma reflexão sobre o problema na tipificação.

É evidente que a justiça brasileira adota a analogia para a conclusão de processos criminais, mesmo esse instituto jurídico estando indisponível para aplicação no âmbito do direito penal, em condutas que versam sobre a falta de tipificações específica para crimes cibernéticos. O que não pode ocorrer é a utilização da analogia *in malam partem*, em decorrência do atraso da evolução do Direito Penal Brasileiro.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Olhos no por vir é o que se espera da sociedade e do conjunto de instituições do Estado Brasileiro para promoção de uma verdadeira proteção aos usuários de sistemas e equipamentos eletrônicos. É gritante a necessidade de realização de um amplo e profundo debate para a atualização da legislação penal pátria que busque junto à academia, aos poderes constituídos do Estado, a legislação internacional comparada e as diversas esferas da sociedade, os caminhos para resolução da patologia do crime. Não sendo possível sua extinção, ao menos sua mitigação.

Ao longo deste trabalho foi possível estabelecer contato com o pensamento jurídico doutrinário, com a jurisprudência dos tribunais, com o compêndio normativo brasileiro que rege o assunto e observar as mudanças de paradigmas ocorridas, sobretudo, nessa década, ao mesmo tempo perceber o hiato normativo que inobserva as relações sociais em ambientes tecnológicos. É inadmissível o código penal brasileiro não dar respostas concretas aos casos que envolvam crimes cibernéticos. A sociedade é informatizada e o Direito deve conjugar esses fatores.

Nesse epílogo, a concretude jurisdicional para resolução dos litígios e a proteção dos indivíduos na rede comunicativa só será alcançada se houver uma convergência de forças normativas, investigativas, coercitivas e sancionatórias capazes de reagir imperiosamente contra aqueles que insistem em fazer do ambiente virtual a seara de cometimento de crimes.

7. REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BORTOT, Jessica Fagundes. **Crimes Cibernéticos: Aspectos Legislativos e Implicações na Persecução Penal com Base nas Legislações Brasileira e Internacional**. Disponível em: <<https://bit.ly/2AL71OF>>. Acesso em: 27 mar. 2020.

- BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Introdução às normas do direito brasileiro**. Brasília: Distrito Federal, 1942.
- _____. Superior Tribunal da Justiça. **Justiça usa código penal para combater crime virtual**. Disponível em: <<https://bit.ly/2Pd24r6>>. Acesso em: 02 abr. 2020.
- _____. **Lei Nº 12.735, de 30 de novembro de 2012**. Disponível em: <<https://bit.ly/2yPPzqS>> Acesso em: 12 abr. 2020.
- _____. **Lei Nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Disponível em: <<https://bit.ly/1jQz4va>> Acesso em: 12 abr. 2020.
- _____. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- _____. STJ. CONFLITO DE COMPETÊNCIA: CC Nº 133.534 - SP (2014/0094026-9). Relator: Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. DJe: 06/11/2015. **STJ**, 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2F0pATn>> Acesso em: 22 abr. 2020.
- _____. STJ. CONFLITO DE COMPETÊNCIA: CC Nº 145.576 - MA (2016/0055604-1). Relator: Ministro Joel Ilan Parcionik. DJe: 20/04/2016. **STJ**, 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2DkD2j9>> Acesso em: 22 abr. 2020.
- CARNEIRO, Adeneele Garcia. **Crimes virtuais**: elementos para uma reflexão sobre o problema na tipificação. Disponível em: <<https://bit.ly/2LZ39ws>>. Acesso em: 02 abr. 2020.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 8. ed. Paz e Terra, 1990.
- CUNHA, Douglas. **Aplicação, interpretação e integração da norma jurídica**. Disponível em: <<https://bit.ly/2FbMZBw>>. Acesso em: 02 abr. 2020.
- DIREITONET. **Analogia** - novo CPC (Lei nº 13,105/2015). Disponível em: <<https://bit.ly/2qrWuSR>>. Acesso em: 02 abr. 2020.
- FREITAS JUNIOR, Dorival. **Princípios da legalidade (taxatividade da lei) como garantia da dignidade humana**. Disponível em: <<https://bit.ly/2DnG8DI>>. Acesso em: 31 mar. 2020.
- GIMENES, Emanuel Alberto Spetandio Garcia. Crimes virtuais. **Revista de Doutrina da 4º Região**, Porto Alegre, n. 55, ago. 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/2ZypF8R>>. Acesso em: 01 abr. 2020.
- GONÇALVES, Victor Hugo Pereira Gonçalves. **Marco civil da internet comentado**. São Paulo: Atlas, 2017.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.
- JESUS, Damásio de; MILAGRE José Antônio. **Manual de crimes informáticos**. São Paulo : Saraiva, 2016.
- MONTEIRO, Renato Leite. **Crimes Eletrônicos**: Uma Análise Econômica e Constitucional. Disponível em: <<https://bit.ly/2Dm31qq>>. Acesso em: 01 abr. 2020.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**.

4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 33.

OLIVEIRA, Anderson Soares Furtado. **Crime por Meios Eletrônicos**. Brasília: Universidade Gama Filho, 2009.

PINHEIRO, Emeline Piva. **Crimes Virtuais: Uma Análise da Criminalidade Informática E Da Resposta Estatal**. Disponível em: <<https://bit.ly/2yOLLWT>>. Acesso em: 27 mar. 2020.

PORTELA, Lucas Soares. **Agenda de Pesquisa sobre o Espaço Cibernético nas Relações Internacionais**. Disponível em: <<https://bit.ly/2OpCF80>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROVER, Aires José. **Crimes de informática**. Disponível em: <<https://bit.ly/2Qh1uop>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 12.08.2020

Aceito em: 20.11.2020

DIREITO À MORADIA PARA MORADORES DE RUA EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19

The right to housing for homeless people in times of pandemic covid-19

Karine Souza Martins¹

RESUMO

O recente cenário de pandemia inaugurado pela propagação da Covid-19 trouxe novos questionamentos e desafios para o poder público. Desta forma, surge a necessidade de entender quais foram as ações governamentais propostas para proporcionar habitação aos moradores de rua. Perante a crise sanitária do Coronavírus, garantir o direito à moradia para a população que tem como residência vias e locais públicos trata-se não apenas de um dever estatal, mas também, forma de auxílio à prevenção ao contágio. A metodologia utilizada é a hipotético-dedutiva consubstanciada com pesquisa bibliográfica, com o uso de doutrinas para a pesquisa de conceitos jurídicos e a coleta de informações a partir de notícias com amplitude nacional e regional, além do estudo de legislações, decretos e abordagens jurisprudenciais de acordo com o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Por fim, é necessário expor que o governo federal não se pronunciou de forma oficial quanto à criação e à implementação de medidas higiênicas para o enfrentamento a Covid-19 com foco nos moradores de rua. Entretanto, instituições de assistência e Organizações Não Governamentais (ONGs) atuam de forma conjunta com a administração municipal para concretizar o direito à moradia não somente por ser um dever do poder público, mas também, como instrumento de efetivação do direito à saúde a indivíduos em vulnerabilidade social em tempos de pandemia.

PALAVRAS- CHAVE

Direito, fundamental, moradia, pandemia, vulnerabilidade.

ABSTRACT

The recent pandemic scenario inaugurated by the spread of Covid-19 brought new questions and challenges for the public authorities. Thus, the need arises to understand what were the governmental actions to provide housing to homeless people. Given the sanitary crisis of the Coronavirus, guaranteeing the right to housing for the population who reside in public places and streets is not only a state duty, but also a way to help prevent contagion. For this, the methodology used is the hypothetical-deductive one substantiated with bibliographical research, which consists of the use of doctrines for the research of legal concepts and the collection of information from news with national and regional amplitude. In addition, there is the study of legislation, decrees, and jurisprudential approaches according to the Superior Court of Justice (STJ). Finally, it is necessary to expose that the federal government has not pronounced itself in an official way regarding the creation and implementation of hygienic measures for the confrontation with Covid-19 focusing on homeless people. However, assistance institutions and Non – Governmental Organizations (ONGs) act in conjunction with the municipal administration to realize the right to housing not only because it is a duty of the government, but also as a tool for the realization of the right to health for individuals in social vulnerability in times of pandemic.

KEYWORDS

Law, housing, pandemic, homeless, vulnerability.

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Integrante do Grupo de Pesquisa Mobilidade, Integração e Direitos Humanos (MIDH) da UNIGRAN. Redatora do site Politize! E-mail: karinesm@hotmail.com.br

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Sobre o Decreto nº 7.053/09. 3. Delimitação do Direito à Moradia. 4. Pandemia do Coronavírus e os moradores de rua. 5. Considerações Finais. 6.Referências.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Edict number: 7.053/09. 3. Delimitation of the right to housing.. 4.Pandemic of Coronavirus and the homeless people. 5. Final Considerarions. 6. References.

1. INTRODUÇÃO

Construir políticas sociais para pessoas em situação de rua sempre foi um assunto desafiador no cenário brasileiro. Com o surto da doença ocasionada pelo Coronavírus, exigiu ainda mais da administração pública uma postura ativa e eficaz para efetivar direitos a este tipo de população.

Primeiramente, quando se tem o assunto de indivíduos desabrigados há uma série de situações e direitos pendentes. Destaca-se neste trabalho o direito à moradia. Visto que, tal direito social basilar está consubstanciado com o direito a saúde pública como ferramenta de resguardo, no tocante a evitar a contaminação perante uma doença não apenas desconhecida, mas com a profilaxia ainda em fase de experimentação, além de uma distribuição de vacina um pouco variável no momento.

Isto posto, tem-se como objetivo geral do trabalho analisar como o poder público está trabalhando para fornecer habitação temporária para a população que reside em locais públicos para garantir seus direitos e ainda proteger esta população vulnerável diante este distúrbio na área da saúde.

Para compreender melhor a respeito do assunto, a primeira seção deste artigo apresenta a conceituação de moradores de rua conforme a legislação brasileira. Bem como uma breve exposição de quais métodos de fornecimento de moradia o Brasil possui em seus planos político-sociais.

Em seguida, é preciso apresentar o direito à moradia. Então, aspectos como o que é e quais são seus respaldos jurídicos, qual a função deste direito social, qual encargo gerado para a máquina estatal e outras considerações serão apresentados ao longo deste capítulo.

Posteriormente, é preciso entender como o direito à moradia está relacionado às pessoas em situação de rua no decorrer da pandemia do Coronavírus. Para atingir este objetivo, é utilizada a análise de legislações emergenciais, orientações do governo federal e o estudo de jurisprudência.

Ademais, o presente artigo pretende contribuir não apenas clarificando no

tocante a definição de moradores de rua à luz de atos normativos, mas principalmente, analisar o instituto jurídico relacionado à moradia durante a pandemia. Além do mais, apresentar que não houve uma postura fortemente ativa e concreta do governo federal em relação a estes indivíduos em situação de vulnerabilidade. O que na prática, entidades religiosas e/ou de caridade muitas vezes de forma independente, ou em alguns casos, consubstanciado com o poder municipal, assumiram o papel do estado asseverando não somente o direito à moradia, mas um auxílio à saúde pública.

2. SOBRE O DECRETO Nº 7.053/09

No primeiro momento, é imprescindível compreender o conceito de moradores de rua. Para isso, vejamos o artigo 1º, parágrafo único do Decreto nº 7.053/09:

Art. 1º. Parágrafo único: [...] considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.

A questão de como pôr em prática os direitos e garantias fundamentais das pessoas moradoras de locais públicos no Brasil não é uma adversidade recente. Sendo assim, visando concretizar os direitos fundamentais e humanos das pessoas em situações de rua, foi instituído a Política Nacional para a População em Situação de Rua (PNPSR) através do Decreto nº 7.053 em dezembro de 2009.

Esta estratégia política reconhece o acesso desse público vulnerável à moradia como direito social. “Assumindo seu papel de garantidor de direitos, o Governo Federal, a partir do conhecimento e da avaliação de experiências internacionais já consolidadas no âmbito internacional decidiu implementar o projeto Moradia Primeiro.” (GOVERNO FEDERAL, 2021)

O Brasil com o interesse em avançar nas políticas de habitação para População em Situação de Rua (PSR) disponibiliza atualmente duas modalidades para providenciar moradia fixa aos desabrigados.

A primeira espécie de acesso a uma residência é por meio do Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) lançado pela Lei nº 11.977/09. Nesta situação, o governo federal por intermédio de parcerias com estados, municípios, empresas e entidades sem fins lucrativos permitem o acesso à casa própria para famílias com remuneração baixa e média. Outra oportunidade para obter-se um imóvel próprio é

por meio do programa Moradia Primeiro, voltado para indivíduos sem renda e/ou em situação de rua.

O Decreto nº 9.894/19 cria o Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento da Política Nacional para a População em Situação de Rua. Tal ato normativo tem como função acompanhar e monitorar o desenvolvimento do PNPSR, e ainda, como está o desenvolvimento do Moradia Primeiro.

Inspirado no modelo americano *Housing First*, no Brasil o programa - o qual ainda está em fase de experimentação nas cidades de Curitiba e Porto Alegre - parte do princípio do acesso imediato de uma pessoa em situação crônica de rua a uma moradia segura, individual e que seja possível a sua integração à comunidade. “Ao entrar no projeto, a pessoa é acompanhada por uma equipe técnica com o objetivo de responder às demandas apresentadas pelo indivíduo que estava em situação vulnerável, e apoiá-la a permanecer na moradia” (GOVERNO FEDERAL, 2021).

Apesar de existir políticas públicas cujo qual visa o provimento de lares aos PSR, sua execução ainda é burocrática e lenta. Além disso, com a chegada do Coronavírus, o prosseguimento de tais métodos foi paralisado. Ademais, a pandemia exige do governo providências eficazes e imediatas em relação aos desabrigados. Na medida em que fornecer uma assistência a esta população, é um modo de precaução ao contágio da doença e auxilia na saúde pública.

3. DELIMITAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

Neste momento, é importante compreender melhor o conceito e algumas características do direito à moradia.

A Emenda Constitucional nº 26/2000 acrescentou no corpo do artigo 6º da Constituição Federal tal instituto jurídico. Desta forma, o atual texto legal é:

Art. 6º – São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A Emenda trouxe o direito à moradia para o dispositivo 6º da Carta Magna. Assim, ele passa a ser considerado um direito social de segunda geração. Deste modo, nas ponderadas palavras de André Ramos Tavares (2020, p. 730) tem-se:

Os direitos sociais, como direitos de segunda dimensão, são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado, prioritariamente na implementação da igualdade social dos

hipossuficientes. São por esse exato motivo, conhecidos também como direitos a prestação ou como direitos prestacionais.

Isto significa que o direito à moradia, por ser um direito social de segunda geração, faz parte dos direitos fundamentais do homem e está associado à dignidade da pessoa humana. E por se tratar de uma norma de ordem pública, seu cumprimento deve ser obrigatório para que a garantia dos direitos essenciais propicie condições para um desenvolvimento saudável da dignidade de um morador de rua, além de buscar efetuar cada vez mais um Estado Social de Direito.

Na prática, é o que expõe Walber de Moura Agra (2020, p. 313): “[...] os direitos sociais consideram o homem além de sua condição individualista, abrangendo-os como cidadãos de direitos que necessitam de prestações estatais para garantir condições mínimas de subsistência. Assim, a titularidade dos direitos fundamentais sociais é deslocada da esfera exclusiva do indivíduo para incidir na relação cidadão – sociedade”.

Para complementar, Walber de Moura Agra, apud Ingo Sarlet (2020, p. 315) explica:

Os direitos sociais têm a função de assegurar uma compensação das desigualdades fáticas entre as pessoas mediante a garantia de determinadas prestações por parte do Estado ou da sociedade. Considera-se que sua função seja a de propiciar um núcleo comum para a manutenção da estrutura social, em que os cidadãos, apesar de pertencerem à sociedade hipercomplexas, possuam prerrogativas que os façam reconhecer-se como membros igualitários de uma mesma organização política.

Para acrescentar, o direito à moradia trata-se também de um direito fundamental. É o que salienta Souza (2004) “[...] É o que se dá com o direito à moradia, há uma forte ligação entre ele e o direito à vida, à educação, ao amparo social, à integridade física dentre outros, caracterizando a sua interdependência a outros direitos também fundamentais, não devendo ser interpretado isoladamente a fim de alcançar objetivos positivos”.

Outro aspecto a ser considerado é que o direito à moradia não se restringe apenas à aquisição de um imóvel fixo. O direito à habitação está relacionado também aos lares temporários, como é aplicável nesta situação de crise sanitária da Covid-19. É o que destaca Flávia Silva Scabin et al. (2019, p. 86):

O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu artigo 2º, pondera que os direitos econômicos e sociais são sujeitos à “realização progressiva”. Essa expressão é geralmente

interpretada como a existência de restrições econômicas ao cumprimento instantâneo desses direitos, o que significa que sua realização pode depender de uma realização gradual.

Apresentada a conceituação do direito à moradia, é necessário compreender como tal instituto jurídico está relacionado aos moradores de rua em tempos de pandemia. Não apenas como um modo de concretização de um direito social, mas também, como instrumento para garantir a saúde desta classe vulnerável diante a crise sanitária-social.

4. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E OS MORADORES DE RUA

Em Dezembro de 2019, houve a transmissão de uma nova espécie de Coronavírus, cientificamente chamada de *SARS-CoV-2* o qual foi identificado na cidade de Wuhan, na China. Este agente etiológico é responsável por disseminar uma “doença respiratória que pode apresentar níveis clínicos variando de infecções assintomáticas a quadros graves com sequelas em longo prazo.” (CORONAVÍRUS, 2020)

Diante isto, considerando a alta taxa de transmissão, o elevado número de internações e o aumento de casos que resultaram óbitos perante um cenário global, a “Organização Mundial de Saúde (OMS) proclamou no dia 11 de Março de 2020 a pandemia da Covid-19. E recomendou a todos os países a adotarem o isolamento social como medida de prevenção ao contágio da doença.” (CORONAVÍRUS, 2020). “O Ministério da Saúde do Brasil no dia 20 de março de 2020, declarou em todo o território nacional o estado de transmissão comunitária do Coronavírus” (BRASIL, 2020), isto é, a disseminação da enfermidade atingiu um número exorbitante de pessoas, sendo impossível efetuar um rastreamento exato da origem das infecções.

Na presença desta nova patologia que se instaurava, o Brasil publicou logo no início do surto epidemiológico a Lei nº 13.979/20. Esta norma jurídica popularmente conhecida como Lei da Quarentena, foi uma resposta brasileira a chegada do Coronavírus. Ela dispõe sobre medidas a serem adotadas como precaução a contaminação da Covid-19. Assim, o seu texto legal tem como objetivo a proteção da coletividade. Para isso, há a conceituação e imposição do isolamento social e quarentena e outros procedimentos comportamentais sanitários e higiênicos com a finalidade de efetivar a garantia ao direito à saúde. Como por exemplo: o uso de máscaras, quais os métodos que as empresas privadas devem exercer como prevenção ao contágio, fechamento de fronteiras territoriais e aeroportos e dentre outras medidas.

Com as legislações, orientações e propagandas de conscientizações para se precaver

de tal enfermidade, surgiram frases como: Fique em casa, lave as mãos, mantenha a distância e dentre diversas outras. Entretanto, torna-se difícil uma pessoa permanecer em casa para se proteger da infecção de um patógeno quando ela não possui uma moradia. Ou manter hábitos de limpeza se não há acesso a produtos que permitem sua realização.

Na prática, pessoas em situação de rua encontram-se entre as populações mais vulneráveis às iniquidades sociais e de saúde. No contexto da Covid-19 são indivíduos que, além da vulnerabilidade pela ausência de condições adequadas de moradia, higiene e alimentação, sofrem com dificuldades de acesso a recursos de medidas não farmacológicas como, por exemplo, as máscaras e recursos para higienização das mãos (água, sabão, álcool 70%), assim como isolamento social.

Aliás, é o que ressalta a Cartilha de Informações e Recomendações ao Atendimento e Acolhimento Emergencial à População em Situação de Rua no Contexto da Pandemia da Covid-19 (2020, p. 3) veja:

A calamidade na saúde pública imposta em março de 2020 e a necessidade de isolamento social para reduzir a transmissão da Covid-19 mostram que questões sociais não atendidas no passado, no âmbito da garantia do direito à moradia da população, configuram hoje um sério problema de segurança à saúde pública. O contexto revela mais uma vez que é preciso agir garantindo o direito à moradia para todas as pessoas e, portanto, que é vital superar a condição de populações vivendo em situação de rua no Brasil. Se não estivessem nas ruas, estariam mais protegidas contra essa Pandemia e outras situações similares que provavelmente incidirão sobre todos.

O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) lançou uma cartilha com orientações para o atendimento e acolhimento emergencial à população em situação de rua durante a pandemia do novo Coronavírus. Contudo, não houve nenhuma política pública direta voltada para o auxílio deste tipo de moradores.

Na prática, alguns municípios juntamente com a Secretaria de Assistência Social, e com Centro de Referência Especializado em Assistência Social (CREAS) tiveram a iniciativa para efetuar o direito à moradia e desta forma, proporcionar também uma ajuda à proteção a saúde dos PSR. Um bom exemplo disso é a Prefeitura do município de Maracaju no estado de Mato Grosso do sul. “Aos desabrigados foram oferecidos alojamentos montados especialmente no Estádio Loucão. Naquela localização, os moradores de rua repousavam, faziam a higienização e se alimentavam.” (MARACAJU, 2020) Outro município com participação eficiente foi Campo Grande localizada no mesmo estado. Com a suspensão das aulas presenciais,

escolas municipais foram equipadas com camas e refeitórios para atender as pessoas que estavam nas ruas. “Em apenas quatro dias, foram acolhidas mais de 500 pessoas incluindo migrantes e imigrantes, idosos, indivíduos com comorbidades e pessoas pertencentes ao grupo de risco” (JARA, 2020).

Houve também demandas judiciais o qual o município requeria uma verba para elaborar políticas públicas emergenciais, para fornecer moradia e outras condições assistenciais ao PSR, como é o caso da capital Porto Alegre no estado do Rio Grande do Sul. Veja a ementa:

ADMINISTRATIVO. Ação civil pública. Direito à moradia. Direito à assistência social. Atendimento a pessoas em situação de rua no município de porto alegre. Serviço socioassistencial de acolhimento de adultos e famílias. Regularização dos pagamentos relativos ao cofinanciamento federal da política pública. Pandemia. Covid-19. O provimento judicial almejado – regularização pela União dos pagamentos relativos ao cofinanciamento do serviço socioassistencial de acolhimento de adultos e famílias, com a imediata transferência das parcelas em atraso ao Fundo Municipal de Assistência Social de Porto Alegre – é de natureza eminentemente satisfativa e produzirá efeitos de difícil reversão. (TRF-4 AG:50089583720204040000 5008958-37.2020.4.04.0000, Relator: Vivian Josete Pantaleão Caminha, Data de Julgamento: 12/08/2020, Quarta Turma).

Houveram casos de outras municipalidades permanecerem inertes em relação ao assunto. Por conta disso, a defensoria pública cobrou das câmaras municipais o ofertamento de moradias (por mais que seja temporária) e higiene. Um caso análogo a esse é o da cidade de Dourados, também situada no estado de Mato Grosso do Sul. No entendimento da defensoria pública do estado: “A população em situação de rua no município de Dourados é composta por pessoas em extrema vulnerabilidade social e de saúde: idosos, doentes mentais, indígenas e usuários de entorpecentes; e encontra-se em extremo risco, diante da impossibilidade de cumprimento das medidas acauteladoras - como o isolamento social – recomendadas pelo Ministério da Saúde e pela Organização Mundial de Saúde”. (MORANDI, 2020)

Vale ressaltar aqui que as entidades religiosas, ONGs e outras organizações da sociedade civil atuantes no serviço socioassistencial tiveram grandes atuações neste momento pandêmico. “O Projeto RUAS montou centro de acolhidas fornecendo não apenas abrigo, mas alimentação e kits de higiene pessoal como máscaras, álcool em gel, e demais produtos íntimos.” (OBSERVATÓRIO, 2020)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou apresentar o conceito de população em situação de rua; o direito social à moradia; e como estão à conexão entre esses dois tópicos em tempos de pandemia. Desta forma, foi possível constatar uma determinada ausência do governo federal no tocante a políticas emergenciais direcionadas aos PSRs, e assim, deixando estas pessoas em uma situação de baixíssimo acesso a habitação e condições inexistentes de saúde.

Além disso, as iniciativas das gestões municipais e de entidades de atendimento assistencial são de extrema importância e eficácia neste tempo de contingência. Entretanto, apesar de assumirem uma responsabilidade que tecnicamente não os pertence, surge a importância da Defensoria Pública da União e dos Estados, em consenso com o Poder Judiciário, cobrar uma postura dos municípios inertes (como no caso do município de Dourados, citado no corpo do texto) e principalmente do Governo Federal.

Por último, diante um cenário pandêmico fortemente preocupante e um poder executivo federal confuso e ausente, é preciso chamar atenção para a criação de planos para a população em situação de rua, e também, efetividade na implementação destas ações assistenciais para auxiliar no enfrentamento da Covid-19.

6. REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – TRF - 4º AG: 50089583720204040000 nº 5008958-37.2020.4.04.0000, Relator: Vivian Josete Pantaleão Caminha, Data de Julgamento: 12/08/2020, Quarta Turma.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm. Acesso em: 29 de maio de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 7.053 de 23 de Dezembro de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm. Acesso em: 28 de maio de 2021

BRASIL. **Decreto nº 9.894, de 27 de junho de 2019**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/31157521>. Acesso em: 28 de maio de 2021.

BRASIL. **Lei 11.977 de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

ato2007-2010/2009/lei/111977.htm. Acesso em: 29 de maio de 2021.

BRASIL. **Lei 13.979 de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm#:~:text=II%20%2D%20quarentena%3A%20restri%C3%A7%C3%A3o%20de%20atividades,Par%C3%A1grafo%20%3BAnico. Acesso em: 28 de maio de 2021.

BRASIL. **Ministério da Saúde declara transmissão comunitária nacional**, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/ministerio-da-saude-declara-transmissao-comunitaria-nacional> Acesso em: 28 de maio de 2021.

COMO ESTÃO as pessoas em situação de rua em plena pandemia?. **Observatório do Terceiro Setor**, 2 abr. 2020. Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/como-estao-as-pessoas-em-situacao-de-rua-durante-a-pandemia/>. Acesso em: 29 de maio de 2021.

CORONAVÍRUS: OMS declara pandemia. **BBC News Brasil**, 2020. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/geral-51842518#:~:text=A%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20de%20Sa%C3%BAde,feira%20\(11%2F03\)>](https://www.bbc.com/portuguese/geral-51842518#:~:text=A%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20de%20Sa%C3%BAde,feira%20(11%2F03)>). Acesso: 28 de maio de 2021.

CORONAVÍRUS: órgãos públicos agem para dar acolhimento seguro a moradores de rua na Capital. Santa Catarina, 6 abr. 2020. Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/noticias/coronavirus-orgaos-publicos-agem-para-dar-acolhimento-seguro-a-moradores-de-rua-na-capital>. Acesso em: 29 de maio de 2021.

DURANTE a crise do Coronavírus os moradores de rua de Maracaju poderão ser alojados no Estádio Loucão. Prefeitura Municipal de Maracaju – MS, 24 mar. 2020. Disponível em: <https://www.maracaju.ms.gov.br/portal/noticias/0/3/3427/durante-a-crise-do-coronavirus-os-moradores-de-rua-de-maracaju-poderao-ser-alojados-no-estadio-loucao/>. Acesso em: 29 de maio 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodvim. 2020.

JARA, Tainá. **Em quatro dias, mais de 500 moradores de rua foram acolhidos devido a pandemia**. Campo Grande News, 29 mar. 2020. Disponível em: <https://www.campograndenews.com.br/cidades/capital/em-quatro-dias-mais-de-500-moradores-de-rua-foram-acolhidos-devido-a-pandemia>. Acesso em: 29 de maio de 2021.

MENDES, G.F; GONET BRANCO, P. G. **Curso de Direito Constitucional**. 12.ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2017 (Série IDP).

MINISTÉRIO lança cartilha com orientações para atendimento e acolhimento á população em situação de rua durante a pandemia. Governo Federal, 21 maio 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/ministerio-lanca-cartilha-com-orientacoes-para-atendimento-e-acolhimento-a-populacao-em-situacao-de-rua-durante-a-pandemia>. Acesso em: 28 de maio de 2021.

MORADIA Primeiro. Governo Federal, 23 abr. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/populacao-em-situacao-de-rua/acoes-e-programas/moradia-primeiro>. Acesso em: 28 de maio de 2021

MORANDI, Marcos. **Defensoria cobra alimentação, abrigo e higiene para moradores de rua em Dourados. Midiamax, 25 mar. 2020. Disponível em:** <https://midiamax.uol.com.br/cotidiano/2020/defensoria-pede-que-prefeitura-de-dourados-providencie-alimentacao-abrigo-e-higiene-a-moradores-de-rua>. Acesso em: 29 de maio de 2021.

QUAL a origem desse novo coronavírus? **Portal Fiocruz, 24 de junho de 2020. Disponível em:** <https://portal.fiocruz.br/pergunta/qual-origem-desse-novo-coronavirus>. Acesso em: 28 de maio de 2021.

SARLET, I.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ED. São Paulo: Saraiva, 2019.

SCABIN, Flávia Silva et al. Parâmetros para a Reparação do Direito à Moradia no Contexto do Rompimento da Barragem de Fundão. **Projeto Rio Doce – FGV**, Rio de Janeiro; São Paulo, 2019. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29022/FGV_Parametros%20para%20a%20Reparacao%20do%20Direito%20a%20Moradia%20no%20Contexto%20do%20Rompimento%20da%20Barragem%20de%20Fundao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 de maio de 2021

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação: Análise comparativa e suas implicações Teóricas e Práticas com os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SOBRE a doença. **Ministério da Saúde, 2020. Disponível em:** <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>. Acesso em: 28 de maio de 2021.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2017.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 14.06.2021

Aceito em: 22.07.2021

REVISTA JURÍDICA UNIGRAN

Normas de Submissão

A Revista Jurídica UNIGRAN é um periódico científico, na versão impressa e na versão *on line*, com periodicidade semestral, aberto à colaboração e participação da comunidade acadêmica interna e externa. Publica artigos científicos inéditos, resenhas críticas, jurisprudências comentadas e informações referentes à Ciência do Direito, além de uma seção com artigos de autores convidados.

Os documentos enviados como “artigos científicos inéditos”, que devem obedecer a política de ética e boas práticas de publicação e contribuir para a efetividade do direito, são submetidos à avaliação cega (*blind review*), protegendo-se a identidade dos autores quando da avaliação pelo Conselho Editorial e Científico ou de pareceristas *ad hoc*. Seus autores deverão concordar com o prazo de avaliação e com a cedência dos direitos autorais a essa Revista.

Os exemplares físicos são enviados às bibliotecas das principais faculdades de direito solicitando permuta; a versão eletrônica, publicada no site http://www.unigran.br/revista_juridica/, pode ser integralmente consultada de forma livre e gratuita, inclusive no Portal de Periódicos CAPES. A Revista remeterá, gratuitamente, a seus autores, dois exemplares do número em que forem publicados.

Solicita-se observar as instruções a seguir para o preparo dos trabalhos:

1. Endereço para envio dos artigos: exclusivamente via eletrônica para o e-mail: **revistajuridica@unigran.br**.

2. Os originais devem ser encaminhados completos, definitivamente revistos, com um mínimo de 12 e um máximo de 15 páginas, digitadas em espaço 1,5 entre as linhas. Recomenda-se o uso de caracteres Times New Roman, tamanho 12. Somente em casos especiais serão aceitos trabalhos com maior número de laudas. Os títulos das seções devem ser em maiúsculas, numerados sequencialmente, destacados com negrito. Não se recomenda subdivisões excessivas dos títulos das Seções.

3. A estrutura dos trabalhos deve obedecer à seguinte ordem:

- Título (e subtítulo, se houver). Deve estar de acordo com o conteúdo do trabalho.
- Autor(es). Logo abaixo do título, apresentar nome(s) do(s) autor(es) por extenso, sem abreviaturas. Com numeração, colocado logo após o nome completo do autor ou autores, remeter a uma nota de rodapé, relativa às informações referentes às instituições a que pertence(m) e às qualificações, títulos, cargos ou outros atributos do(s) autor(es). O Orientador, co-orientador de Trabalhos de Graduação, Dissertações e Teses passam a ser co-autores em

textos originados destes trabalhos.

- **Resumo.** Com o máximo de 250 palavras, o resumo deve apresentar o objeto estudado, seu objetivo e a metodologia adotada, apresentando os resultados, conclusões ou reflexões sobre o tema, de modo que o leitor possa avaliar o conteúdo do texto.
- *Abstract.* Versão do resumo para a língua Inglesa. Caso o trabalho seja escrito em Inglês, o Abstract deverá ser traduzido para o Português (Resumo).
- **Palavras-chave (Keywords).** Apresentar duas a cinco palavras-chave sobre o tema, separadas por vírgula.
- **Sumário.** Deve conter as principais divisões do trabalho.
- **Texto.** Deve ser distribuído de acordo com as características próprias de cada trabalho. De um modo geral, contém: **1 INTRODUÇÃO; 2 DESENVOLVIMENTO; 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 4 REFERÊNCIAS.**

4. Citações, referências e figuras:

- **Citações.** As citações textuais até cinco linhas devem ser colocadas entre aspas. As citações textuais longas (mais de cinco linhas) devem constituir um parágrafo independente, apresentadas em bloco. As menções a autores no decorrer do texto podem subordinar-se ao esquema autor-data (ex. SILVA, 2019) ou ao numérico (referência de rodapé), com a primeira referência completa e as demais podem vir abreviadas (op. cit. p. ou Ibidem, p.). A adoção de um ou outro sistema, implica que o texto devesse respeitar, em todas as referências, o esquema adotado. A inconsistência nas referências implica em devolução do artigo submetido. De preferência adotar o sistema autor-data.
- **Referências.** Devem ser apresentadas ao final do trabalho, em ordem alfabética de sobrenome do(s) autor(es), em acordo com as normas da ABNT -NBR 6023 – Informação e Documentação – Referências -Elaboração
- **Figuras.** As Figuras (desenhos, gráficos, ilustrações, fotos) e tabelas devem apresentar boa qualidade e serem acompanhados de legendas breves e claras. As figuras devem ser numeradas sequencialmente com números arábicos e iniciadas pelo termo Figura, devendo ficar na parte inferior da figura. Exemplo: Figura 4 - Gráfico de controle de custo. No caso das tabelas, elas também devem ser numeradas sequencialmente, com números arábicos, e colocadas na parte superior da tabela. Exemplo: Tabela 5 - Cronograma da Pesquisa. No caso de fotografias, desenho artístico, mapas, etc., estes devem ser de boa qualidade e em preto e branco.

5. Em anexo ao e-mail, enviar o Termo de Autorização de Publicação e Declaração

de Cessão Gratuita de Direitos autorais (modelo em anexo) devidamente preenchido.

6. A cada edição, o Conselho Editorial selecionará, dentre os trabalhos considerados favoráveis para publicação, aqueles que serão publicados imediatamente, limitado a um máximo de 14 artigos por edição. Os não selecionados serão novamente apreciados na ocasião das edições seguintes.

7. Os conteúdos e os pontos de vista expressos nos textos são de responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente as posições do Corpo Editorial da Revista de Direito da Faculdade de Direito- UNIGRAN.

8. O Conselho Editorial se reserva o direito de introduzir alterações nos originais, com o objetivo de manter a homogeneidade e a qualidade da publicação, respeitando, porém, o estilo e a opinião dos autores. Os textos que não apresentarem as normas estipuladas para publicação, notadamente as de redação e formatação das referências, e o Termo de Autorização de Publicação e Declaração de Cessão Gratuita de Direitos Autorais NÃO serão avaliados.

9. Cessão de Direitos Autorais e Endereços. Juntamente com o trabalho, deverá ser enviado, assinado, o Termo de Autorização de Publicação e Declaração de Cessão Gratuita de Direitos autorais (modelo anexo) bem como o endereço completo de um dos autores para correspondência. Os trabalhos deverão ser enviados exclusivamente para o endereço eletrônico: **revistajuridica@unigran.br**.

UNIGRAN - Centro Universitário de Dourados.

Rua Balbina de Matos, 2121

79.824-900 - Dourados - Mato Grosso do Sul - MS.

ANEXO

CARTA DE SUBMISSÃO

TERMO DE AUTORIZAÇÃO DE PUBLICAÇÃO E DECLARAÇÃO DE CESSÃO GRATUITA DE DIREITOS AUTORAIS

Pelo presente instrumento, eu (nós) **nome, RG.... e CPF....**, com **endereço residencial e eletrônico...** na qualidade de titular(es) dos direitos de autor do artigo denominado **título...**, o qual submetemos à apreciação da Comissão Editorial da Revista Jurídica Unigran, autorizo(amos) a publicação desse artigo na Revista Jurídica Unigran, ISSN 1516-7674 (Impressa) e ISSN 2178-4396 (*On line*) e cedo(emos), gratuitamente, os direitos autorais sobre o mesmo à Revista Jurídica Unigran.

Declaro(amos) expressamente que o artigo é original, não contém plágio e as opiniões emitidas no trabalho são de minha(nossa) exclusiva responsabilidade, ficando a Revista Jurídica Unigran isenta de quaisquer responsabilidades.

Autorizo(amos), a Revista Jurídica Unigran a proceder a modificações e correções para a adequação do texto às normas da publicação e informo(amos) também que li(emos) e estou(amos) ciente(s) e de acordo com as Normas de Publicação impressas nas últimas páginas das publicações da Revista Jurídica Unigran e das Políticas Editoriais disponível no site http://www.unigran.br/revista_juridica/normas.php e http://www.unigran.br/revista_juridica/politicaeditorial.php, particularmente no que se refere à originalidade do texto (o artigo não publicado anteriormente em outro periódico impresso ou digital) e à política de ética e boas práticas de publicação (não incorrer em transcrições indevidas ou plágios ou estar pendente de avaliação ou publicação em outro periódico).

Declaro(amos) que tenho(emos) ciência de que a Revista Jurídica Unigran tem caráter *pro bono* público enquanto veículo de divulgação científica e, portanto, a presente cessão é totalmente gratuita e não implicará em qualquer pagamento presente ou no futuro pela publicação deste artigo por mim (nós) cedido(s).

Por estar de acordo com as condições definidas pelos referidos editores da Revista Jurídica Unigran, assino(amos) a presente declaração para que surta os efeitos legais necessários.

Local _____ de _____ de 2020__

Autor 1 _____

Autor 2 _____