

III SEMINÁRIO
INTERINSTITUCIONAL
DE PÓS-GRADUAÇÃO
STRICTO SENSU

UNIVERSIDADE FINIS TERRAE (CHILE)
E FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO (BRASIL)

CONSELHO EDITORIAL



Alexandre G. M. F. de Moraes Bahia
André Luís Vieira Elói
Antonino Manuel de Almeida Pereira
Antônio Miguel Simões Caceiro
Bruno Camilloto Arantes
Bruno de Almeida Oliveira
Bruno Valverde Chahaira
Catarina Raposo Dias Carneiro
Christiane Costa Assis
Cíntia Borges Ferreira Leal
Eduardo Siqueira Costa Neto
Elias Rocha Gonçalves
Evandro Marcelo dos Santos
Everaldo dos Santos Mendes
Fabiani Gai Frantz
Flávia Siqueira Cambraia
Frederico Menezes Breyner
Frederico Perini Muniz
Giuliano Carlo Rainatto
Helena Maria Ferreira
Izabel Rigo Portocarrero
Jamil Alexandre Ayach Anache
Jean George Farias do Nascimento
Jorge Douglas Price
José Carlos Trinca Zanetti
Jose Luiz Quadros de Magalhaes
Josiel de Alencar Guedes
Juvencio Borges Silva
Konradin Metzke
Laura Dutra de Abreu
Leonardo Avelar Guimarães
Lidiane Mauricio dos Reis
Lígia Barroso Fabri
Lívia Malacarne Pinheiro Rosalem
Luciana Molina Queiroz
Luiz Carlos de Souza Auricchio
Marcelo Campos Galuppo
Marcos André Moura Dias
Marcos Antonio Tedeschi
Marcos Pereira dos Santos
Marcos Vinício Chein Feres
Maria Walkiria de Faro C Guedes Cabral
Marilene Gomes Durães
Mateus de Moura Ferreira
Milena de Cássia Rocha
Mortimer N. S. Sellers
Nígela Rodrigues Carvalho
Paula Ferreira Franco
Pilar Coutinho
Rafael Alem Mello Ferreira
Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia
Rayane Araújo
Regilson Maciel Borges
Régis Willyan da Silva Andrade
Renata Furtado de Barros
Renildo Rossi Junior
Rita de Cássia Padula Alves Vieira
Robson Jorge de Araújo
Rogério Luiz Nery da Silva
Romeu Paulo Martins Silva
Ronaldo de Oliveira Batista
Vanessa Pelerigo
Vitor Amaral Medrado
Wagner de Jesus Pinto

ROGÉRIO GESTA LEAL
RODRIGO RIOS ÁLVAREZ
FÁBIO ROQUE SBARDELLOTTO

**III SEMINÁRIO
INTERINSTITUCIONAL
DE PÓS-GRADUAÇÃO
*STRICTO SENSU***

UNIVERSIDADE FINIS TERRAE (CHILE)
E FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO (BRASIL)



DIALÉTICA
EDITORA

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida – em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico, fotocópia, gravação etc. – nem apropriada ou estocada em sistema de banco de dados, sem a expressa autorização da editora.

Copyright © 2022 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2022 by Rogério Gesta Leal,
Rodrigo Rios Álvarez, Fábio Roque Sbardellotto (Orgs.)



 /editoradialetica

 @editoradialetica

www.editoradialetica.com

EQUIPE EDITORIAL

Editores-chefes

Prof. Dr. Rafael Alem Mello Ferreira

Prof. Dr. Vitor Amaral Medrado

Designer Responsável

Daniela Malacco

Produtora Editorial

Yasmim Amador

Controle de Qualidade

Marina Itano

Capa

Clara Lima

Diagramação

Clara Lima

Preparação de Texto

Lucas Ben

Suzana Itano

Revisão

Responsabilidade do autor

Assistentes Editoriais

Jean Farias

Letícia Machado

Ludmila Vieira

Estagiárias

Georgia Oliveira

Larissa Teixeira

Laís Silva Cordeiro



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S471i III Seminário Interinstitucional de Pós-Graduação Stricto Sensu - Universidade Finis Terrae (Chile) e Fundação Escola Superior do Ministério Público (Brasil) / organização Rogério Gesta Leal, Rodrigo Rios Álvarez, Fábio Roque Sbardellotto. – São Paulo : Editora Dialética, 2022.
292 p.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-65-252-1756-7

1. Direito. 2. Pesquisas. 3. Universidade. I. Organizadores. II. Título.

CDD 340

CDU 34

Ficha catalográfica elaborada por Mariana Brandão Silva CRB -1/3150

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO | 13

PROPORCIONALIDADE, DIREITOS FUNDAMENTAIS, PANDEMIA - Anizio Pires Gavião Filho | 17

1 INTRODUÇÃO | 17

2 TESTE DA PROPORCIONALIDADE | 19

3 PROPORCIONALIDADE, DIREITOS FUNDAMENTAIS, PANDEMIA | 21

4 PROPORCIONALIDADE, DIREITOS FUNDAMENTAIS, RESTRIÇÕES E PANDEMIA NOS TRIBUNAIS | 23

5 PROPORCIONALIDADE, RESTRIÇÕES E JUSTIFICAÇÃO | 28

6 CONCLUSÃO | 31

REFERÊNCIAS | 34

ESTADO DE CATASTROFE Y RESTRICCIONES DE DERECHOS, DE ACUERDO A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL - Enrique Navarro Beltrán | 37

1 ESTADO DE CATÁSTROFE. CAUSAL | 37

2 EXTENSIÓN Y ALCANCE | 37

3 DELEGACIÓN EN JEFE DE LA DEFENSA NACIONAL | 38

4 ATRIBUCIONES DEL JEFE DE LA DEFENSA | 38

5 EFECTOS DEL ESTADO | 39

6 REQUISICIONES Y LIMITACIONES A LA PROPIEDAD | 40

7 DERECHO DE REUNIÓN Y REGULACIÓN | 45

8 MANDATO A LOC | 47

9 FACULTADES DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA | 48

10 JURISPRUDENCIA | 49

BIBLIOGRAFIA | 54

EXPANSÃO DA CRIMINALIDADE NA PANDEMIA NO BRASIL E O CRIME DE DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO - Rogério Gesta Leal, Fábio Roque Sbardelotto | 57

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS | 57

2 CENÁRIOS CONVULSIVOS À ORDEM DEMOCRÁTICA | 58

3 A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DE ESTADOS DE CALAMIDADE PÚBLICA: ASPECTOS NORMATIVOS E CONCEITUAIS PRELIMINARES E O CASO DA COVID-19 | 61

4 A DISPENSA DE LICITAÇÃO PÚBLICA EM FACE DE CALAMIDADES PÚBLICAS COMO A COVID-19: POSSIBILIDADES DE ILICITUDES – NOTAS CONCLUSIVAS | 65

BIBLIOGRAFIA | 68

LA INFLUENCIA DEL POSITIVISMO PENAL EN NUESTROS DÍAS. UNA MIRADA DESDE EL CASO DE LA CORTE IDH “FERNÁNDEZ PRIETO Y TUMBEIRO VS. ARGENTINA” - Rodrigo Rios Álvarez | 71

1 INTRODUCCIÓN | 71

2 POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO | 72

3 SÍNTESIS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE IDH FERNÁNDEZ PRIETO Y TUMBEIRO VS. ARGENTINA | 82

4 DECISIÓN DE LA CORTE IDH | 84

5 DETENCIÓN DEL SR. FERNÁNDEZ | 86

6 DETENCIÓN DEL SR. TUMBEIRO | 87

7 CONCLUSIONES | 90

BIBLIOGRAFÍA | 92

ATIVISMO JUDICIAL E PANDEMIA: BREVES REFLEXÕES SOBRE A DECISÃO JUDICIAL EM TEMPOS DE INCERTEZA - Francisco José Borges Motta | 95

1 INTRODUÇÃO | 95

2 ORIGENS DO ATIVISMO JUDICIAL | 97

3 OBSERVAÇÕES A RESPEITO DO CASO BRASILEIRO | 100

4 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA VERSUS ATIVISMO JUDICIAL | 104

5 DECISÕES GERADAS POR PRINCÍPIOS | 106

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS: O PODER JUDICIÁRIO E A POSTURA CORRETA EM FACE DA INCERTEZA | 109

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 112

A GESTÃO ESTATAL DA PANDEMIA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: O CORONAVÍRUS ENTRE OS VALORES DE LIBERDADE E SEGURANÇA - André Machado Maya, Bárbara Barbieri Erig | 115

1 INTRODUÇÃO | 115

2 SEGURANÇA E LIBERDADE NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL | 116

3 A CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO | 119

4 O ADVENTO DA PANDEMIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO ÂMBITO PRISIONAL | 122

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 128

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 129

A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA NO DIREITO BRASILEIRO - José Tadeu Neves Xavier, Paula Ferla Lopes | 133

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS | 133

2 EVOLUÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO | 135

3 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA MODALIDADE INVERSA | 137

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 143

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 144

RESTRICÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PANDEMIA DO COVID-19 - Edson Cesar Pereira Leirias | 147

1 INTRODUÇÃO | 147

2 NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS | 148

3 AS POSSIBILIDADES DE RESTRICÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 151

4 TIPOS DE RESTRICÇÕES | 157

5 RESTRICÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DA PANDEMIA COVID-19 | 158

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 161

REFERÊNCIAS | 161

**PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES RELATIVOS A SALUD - Nancy Barra
Gallardo | 165**

1 INTRODUCCIÓN | 165

2 DERECHO COMPARADO | 168

3 PRINCIPIOS | 170

4 CONSIDERACIONES FINALES | 174

BIBLIOGRAFIA | 175

**RESTRICÇÕES À LIBERDADE RELIGIOSA DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19:
A ESTRUTURA DA DECISÃO DO STF BRASILEIRO E O CONSTITUCIONALISMO
DEMOCRÁTICO - Maria Fernanda Gonçalves Ribeiro Ventura | 177**

1 INTRODUÇÃO | 177

2 RESTRICÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA | 178

**3 A ESTRUTURA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES PROFERIDAS NAS ARGUIÇÕES DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 701 E Nº 811 | 179**

4 TESTE DE PROPORCIONALIDADE E CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO | 181

**5 AFINAL, HOUE A APLICAÇÃO DO TESTE DE PROPORCIONALIDADE NA
FUNDAMENTAÇÃO DAS ADPFS Nº 701, 810 E 811? | 181**

6 CONCLUSÃO | 185

REFERÊNCIAS | 186

**A IMPLEMENTAÇÃO DO CERTIFICADO DIGITAL DE VACINAÇÃO DA COVID-19,
ANALISADO À LUZ DA TESE DOS DIREITOS DE RONALD DWORKIN - Isadora
Leitão Wild Santini Picarelli | 189**

1 INTRODUÇÃO | 189

2 OS CERTIFICADOS DE VACINAÇÃO | 190

3 O DIREITO DE LIBERDADE INDIVIDUAL E O DIREITO DE SAÚDE PÚBLICA, ANALISADO À LUZ DA TESE DOS DIREITOS DE RONALD DWORKIN | 192

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 196

REFERÊNCIAS | 198

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO DA CRISE - Lucas Moreschi Paulo | 201

1 INTRODUÇÃO | 201

2 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ATUAL ESTADO DA ARTE | 202

3 O DIREITO À LIBERDADE | 208

4 TENSÃO ENTRE LIBERDADE E SEGURANÇA SANITÁRIA | 211

5 CONCLUSÃO | 215

REFERÊNCIAS | 216

A TRANSPARÊNCIA COMO MECANISMO DE COMBATE À CORRUPÇÃO NAS MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO AO CORONAVÍRUS - Giovanna Menelli de Oliveira, Juliano Rodrigues Machado | 219

1 INTRODUÇÃO | 219

2 A LEI 13.979/2020 E O ABRANDAMENTO DOS REQUISITOS PARA A AQUISIÇÃO DE BENS E CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS | 220

3 O PROBLEMA DA CORRUPÇÃO NAS MEDIDAS DE ENFRENTANDO À PANDEMIA | 222

4 A LEI 13.979/20 E A NECESSIDADE DE MAIOR TRANSPARÊNCIA | 224

5 CONCLUSÃO | 226

REFERÊNCIAS | 227

PANDEMIA DE COVID-19 E SEUS EFEITOS NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - Bárbara Barbieri Erig, Luanna Rennhack Sampaio | 231

1 INTRODUÇÃO | 231

2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PERTINENTE | 232

3 A PANDEMIA DA COVID19 E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA | 234

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 238

REFERÊNCIAS | 239

OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS EM ÉPOCA DE PANDEMIA POR COVID-19: CONTRADIÇÕES SOCIAIS NÃO SÃO COLISÕES DE PRINCÍPIOS UNIVERSAIS - Maren Guimaraes Taborda, Emérson Madeira | 243

1 INTRODUÇÃO | 243

2 A SOCIEDADE DO RISCO EM CRISE: OS CONFLITOS SOCIAIS SÃO CONFLITOS SISTÊMICOS | 244

3 O SUJEITO FENOMENOLÓGICO: NOVAS DIREÇÕES PARA A TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS | 246

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 251

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 251

ESTUDOS INICIAIS ACERCA DAS DECISÕES JUDICIAIS EM PROCESSOS ESTRUTURAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECISÃO SOBRE A RETOMADA DAS AULAS PRESENCIAIS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19 - Diego de Ávilla Rodrigues | 255

1 INTRODUÇÃO | 255

2 O PROCESSO ESTRUTURAL E A NECESSÁRIA ALTERAÇÃO DE FOCO DAS DECISÕES JUDICIAIS | 256

3 O PROBLEMA DO RETORNO ÀS AULAS PRESENCIAS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL | 260

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS 231 | 265

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 266

DIREITO À SAÚDE E A PANDEMIA COVID-19: LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO - Natália Gehres Trapp | 269

1 INTRODUÇÃO | 269

2 DESENVOLVIMENTO | 271

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 275

BIBLIOGRAFIA BÁSICA | 277

DIREITO À LIBERDADE DE RELIGIÃO E COVID-19: APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Alisson Jordy Martins da Silva | 279

1 INTRODUÇÃO | 279

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS | 280

3 PROPORCIONALIDADE | 283

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROPORCIONALIDADE NO JULGAMENTO SOBRE OS TEMPLOS RELIGIOSOS | 286

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 289

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 290

APRESENTAÇÃO

No Estado Democrático de Direito atual mesmo emergências políticas e sociais devem ser enfrentadas a partir de ações e reações pautadas por prudência e razoabilidade adequadas as urgências apresentadas, razões pelas quais governantes devem ter ampla responsabilidade ao determinar quais medidas são necessárias e devem ser tomadas para lidar com crises de maneira efetiva e eficaz.

Máximas como *necessidades não conhecem a lei (salus populi suprema lex est; inter arma silente leges)*, ou razões de Estado, estão mais associadas com formas autoritárias de tratamento daqueles cenários do que democráticas, inclusive e fundamentalmente no que diz com gastos públicos que se pretendem incontroláveis.

Sob esta marca de realismo político, democracias não representam enigmas reais em face de emergências, isto porque há restrições que limitam os gestores públicos no tratamento destas, oriundas tanto de marcos institucionais e orçamentários limitados, como também por processos e procedimentos democráticos a serem adotados e pautados pelos termos da lei, porque justamente estes tendem a evitar (ou diminuir) os níveis de ilegitimidade democrática, abusos de poder e desvios de finalidades.

Em posição diametralmente oposta à do realismo político há o reclame no sentido de que o sistema jurídico não deve, sob qualquer condição e independentemente de circunstâncias, reconhecer emergências como merecedoras de especial tratamento divorciadas dos princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais asseguradores do regime democrático. Na medida em que o realismo abandona estas premissas, a Democracia se expõe a instabilidades as mais diversas.

A despeito destas posições, entendemos que são as disposições jurídicas vigentes que devem pautar as respostas governamentais às emergências sociais, e a premissa neural que está subjacente a tais argumentos é o primado da norma fundamental, determinando que quais-

quer que sejam as respostas dadas a tais desafios, devem estar sustentadas nos confins dos comandos constitucionais.

Em outras palavras, somente sob o argumento do *gerencialismo* como paradigma e modelo de poderes emergenciais, Estados de Exceção não podem justificar quaisquer desvios eventualmente cometidos em face dos sistemas jurídicos ordinários. Nenhum poder especial de emergência é introduzido em bases permanentes, isto porque estes sistemas costumam providenciar respostas necessárias para situações de crises eventuais, sem depender, demasiadamente, de formulações assertóricas (legislativas ou executivas) inéditas, ou aditivas de ocasião; em face disto, a ocorrência de qualquer particular emergência não pode justificar ou explicar a suspensão, por todo ou em parte, dos padrões normativos vigentes.

O firme argumento sobre a aplicabilidade de normas ordinárias em cenários como nos tem imposto a pandemia da Covid-19 reforçam a tese de que quaisquer operações de governo somente devem se dar dentro dos limites da lei, colocando os agentes públicos em alerta para serem mais responsáveis em suas gestões, evitando a defraudação dos sistemas normativos a que estão vinculados. Diante desta perspectiva, a necessidade permanente de prestação de contas e transparência de tais atos justifica a exposição pública como ferramenta de controle e responsabilização maior de suas ações.

Lembremos que, nomeadamente na América Latina, há nichos de poder instalados em instâncias governamentais e com protagonistas com escopos e projetos mais privados do que públicos, tornando mais fáceis ações ilícitas em ambientes marcados por níveis de tensionalidades distinguidos, por vezes encorajando inescrupulosos líderes políticos a fomentar atmosferas de medo, invocando poderes extraordinários de gestão como o novo normal.

A Administração Pública em geral e o Mercado têm lançado mão de medidas drásticas para lidar com as situações calamitosas e trágicas que, de inopino, surgem por conta da pandemia do Covid-19, dando ensejo ao cometimento de muitas irregularidades e ilícitos de diversas ordens que estão sendo denunciados nos mais diversos Estados e Municípios do país.

Este III Seminário Interinstitucional de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da já exitosa parceria acadêmica entre os programas de Mestrado em Direito da Universidade Finis Terrae (Chile) e da Fundação Escola Superior do Ministério Público (Brasil), realizado no dia 11 de junho de

2021, de forma totalmente remota e com a participação de dezenas de alunos e professores do Brasil e do Chile, tratou de enfrentar estes temas em diversos ângulos e perspectivas, abordando os campos de pesquisas de professores e alunos destas instituições, o que se evidencia pelos trabalhos agora publicados, e que agora vem à lume para compartilhar com a comunidade em geral do Brasil e do Chile.

Esperamos que todos tenham boa leitura e proveito.

ROGÉRIO G. LEAL RODRIGO R. ÁLVAREZ FÁBIO R. SBARDELOTTO

COORDENADORES DA EDIÇÃO



PROPORCIONALIDADE, DIREITOS FUNDAMENTAIS, PANDEMIA

Anizio Pires Gavião Filho¹

1 INTRODUÇÃO

Uma das formulações amplamente difundida do constitucionalismo contemporâneo é que a proteção dos direitos fundamentais em face das intervenções estatais da administração e do legislador é atribuição da jurisdição constitucional e da jurisdição ordinária, e que os direitos fundamentais têm amplo escopo de proteção, mas limitável e passível de restrições.

Essas restrições ou intervenções no escopo de proteção de direitos fundamentais são justificadas pela proteção de direitos fundamentais ou de bens jurídicos igualmente protegidos constitucionalmente. Na medida em que os direitos fundamentais são vinculantes para a administração, legislação e jurisdição, todas as medidas estatais que representam restrições ou intervenções nesses direitos devem ser justificadas.

O teste da proporcionalidade tem sido apresentado como critério para avaliar se as medidas restritivas ou interventivas no escopo de proteção de direitos fundamentais estão racionalmente justificadas. Uma medida estatal restritiva de um direito fundamental somente estará justificada se atendidas as exigências do teste da proporcionalidade.

Estas reflexões não têm a pretensão de cobrir a integralidade do debate sobre o teste da proporcionalidade, mas destacar apenas alguns

1 Doutor em Direito (UFRGS). Mestre em Direito (UFRGS). Prof. Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado Acadêmico – da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - PPGD/FMP. Prof. Titular da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Prof. Coord. Grupo de Pesquisa “Colisão de Direitos Fundamentais e Direito como Argumentação” do PPGD/FMP. Procurador de Justiça, RS. E-mail: piresgaviao@hotmail.com

pontos que dizem com a formulação *standard* da metodologia da proporcionalidade e a sua aplicação no contexto das decisões judiciais dadas para dirimir as controvérsias e os conflitos colocados a partir da Pandemia da Covid-19.

Esta investigação será desenvolvida em quatro partes.

Na primeira, pretende-se apresentar os fundamentos e os elementos estruturais do teste da proporcionalidade na sua formulação mais amplamente aceita. Com isso, então, a discussão terá como pressuposto a tese de que existe um modelo *standard* do teste da proporcionalidade, não se desconhecendo variações de sua formulação tanto no contexto teórico como no âmbito da prática dos tribunais constitucionais.

Na segunda parte, será apresentado um panorama da complexidade colocada pelas medidas adotadas para o enfrentamento da pandemia da Covid-19, restrições aos direitos fundamentais decorrentes dessas medidas e a necessidade de controle jurisdicional dessas medidas com base no teste da proporcionalidade.

Na terceira parte, pretende-se examinar as decisões dos tribunais constitucionais a respeito da justificação jusfundamental das medidas restritivas de direitos fundamentais implementadas com o fim de atacar a Pandemia da Covid-19. A investigação será enriquecida com descrição e análise das decisões outros tribunais constitucionais – Corte Suprema do Chile e Tribunal Constitucional Federal alemão – sobre temas igualmente enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal.

A última parte terá por objeto a discussão sobre como o Supremo Tribunal Federal, bem com outros tribunais constitucionais, aplicou o teste da proporcionalidade para analisar a justificação das medidas estatais adotada para o enfrentamento da Pandemia da Covid-19 nos casos de violação do escopo de proteção de direitos fundamentais.

Com base em uma metodologia de pesquisa bibliográfica comparativa, a investigação pretende justificar a formulação de que o Supremo Tribunal Federal, em sintonia com outros tribunais constitucionais, recorre à aplicação do teste da proporcionalidade para examinar a justificação das restrições a direitos fundamentais, decorrentes das medidas escolhidos para enfrentar a Pandemia da Covid-19, com maior ou menor grau de sofisticação e rigor argumentativo.

2 TESTE DA PROPORCIONALIDADE

O teste da proporcionalidade na sua configuração mais amplamente aceita tem como ponto de partida as decisões do Supremo Tribunal Administrativo da Prússia, depois acolhidas no Direito administrativo alemão. Em seguida, ocorreu uma gradual migração da proporcionalidade do Direito administrativo alemão para o Direito constitucional alemão, notadamente com as decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão no final dos anos 1950 e início dos anos 1960.

O próximo passo foi veio com a expansão da proporcionalidade para além das fronteiras do Direito constitucional alemão, que ocorreu por conta de sua adoção, primeiro, nas decisões do Tribunal Europeu de Justiça e, depois, nas decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (SWEET, MATHEWS, 2008). O peso do *status* desses dois tribunais europeus contou decisivamente para a grande expansão do teste da proporcionalidade tanto para os países da Europa Ocidental como da Europa Oriental, notadamente quanto ao controle das medidas estatais de restrição no escopo desses direitos fundamentais. Igualmente, por influência das decisões do Tribunal Constitucional alemão e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, acolhendo-se a “cultura da justificação” (DYZENHAUS, 2014), a aplicação do teste da proporcionalidade expandiu-se para Canadá (GRIMM, 2007), África do Sul, Israel (BARAK, 2012) e Índia, bem como para a América Latina (Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Equador e Peru).

No modelo do designado constitucionalismo global (MÖLLER, 2012), característica dos Estados democráticos constitucionais da América Latina e de grande parte dos Estados europeus (CRAIG, 2016), o teste da proporcionalidade ocupa um papel central na jurisdição constitucional.

Uma formulação amplamente difundida nesse constitucionalismo é que a proteção dos direitos fundamentais em face das intervenções estatais da administração e do legislador é atribuição da jurisdição constitucional e da jurisdição ordinária, e que os direitos fundamentais têm amplo escopo de proteção, mas limitável e passível de restrições. Essas restrições ou intervenções no escopo de proteção de direitos fundamentais são justificadas pela proteção de direitos fundamentais ou de bens jurídicos igualmente protegidos constitucionalmente. Na medida em que os direitos fundamentais são vinculantes para a administração, legislação e jurisdição, todas as medidas estatais que representam restrições ou intervenções nesses direitos devem ser justificadas.

O teste da proporcionalidade é um critério empregado para verificar se medidas estatais que configuram restrições ou intervenções em direitos fundamentais estão justificadas. Uma restrição ou intervenção no escopo de proteção de um direito fundamental está justificada se satisfeitas todas as regras do teste da proporcionalidade, que se deixa estruturar em quatro testes parciais.

O primeiro subtteste é satisfeito se a medida estatal persegue um fim constitucionalmente legítimo. Uma medida estatal que persegue um fim proibido pela Constituição não satisfaz o teste da proporcionalidade, não sendo o caso de se avançar para o exame dos demais subttestes. O resultado é a desproporcionalidade e a não justificação da intervenção violadora do escopo de proteção de um direito fundamental.

O segundo subtteste é satisfeito se a medida estatal é adequada para fomentar a realização do fim constitucionalmente legítimo. Esse subtteste aceita uma relação fraca entre a medida estatal e fim perseguido. Isso significa que à satisfação do subtteste basta que a medida estatal fomente a realização do fim, não sendo exigível que o promova no maior grau possível ou no grau máximo.

O terceiro subtteste é satisfeito se a medida estatal adotada, considerada todas as outras medidas alternativas que igualmente promovem o fim constitucionalmente legítimo, é a menos restritiva aos demais direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Esse subtteste tem inspiração no ótimo de Pareto, implicando que a medida ótima, dentre todos as outras igualmente eficazes para promover o fim, é aquela que menos intensamente afeta o escopo de proteção do direito fundamental ou bem jurídico constitucionalmente protegido que sofra uma intervenção ou restrição.

O quarto subtteste é satisfeito se a importância da medida estatal adotada justifica a limitação ou a restrição experimentada por outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos (KLATT, MEISTER, 2012). Esse quarto subtteste é conhecido e identificado como a ponderação, que se deixa compreender em duas regras. A regra material diz que quanto maior o grau de restrição ou prejuízo imposto a um direito fundamental, tanto maior deve ser o grau importância, realização ou concretização do direito fundamental ou bem jurídico constitucionalmente protegido perseguido pela medida estatal. A regra epistêmica diz que quanto maior o grau de restrição ou prejuízo imposto a um direito fundamental, tanto maior deve ser o grau de se-

gurança das premissas empíricas e normativas apoiadores da medida estatal (ALEXY, 2007).

Essa é a configuração *standard* do teste da proporcionalidade.

3 PROPORCIONALIDADE, DIREITOS FUNDAMENTAIS, PANDEMIA

A ideia de proporcionalidade aparece amplamente referida nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Contudo, não há segurança quanto ao correto emprego da ferramenta metodológica na justificação das decisões judiciais. Conforme apontado em exaustiva investigação desenvolvida por Moraes (2018), proporcionalidade, razoabilidade, proibição de proteção insuficiente, proibição do excesso e ponderação são empregados indistintamente. Nessa linha, destacou que em um grande número de casos o teste da proporcionalidade não é empregado pelo Supremo Tribunal Federal em seu modelo *standard*, estruturado em subtestes, tendo sido expressivo o número de casos em que se recorre diretamente ao teste da proporcionalidade em sentido estrito, sem análise prévia da legitimidade do fim perseguido, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito da medida estatal examinada. Outro achado foi o de que o Supremo Tribunal Federal, ao referir-se ao subteste da proporcionalidade em sentido estrito, não aplica a lei da ponderação.

Assim, a conclusão é que o Supremo Tribunal Federal não emprega propriamente a ferramenta metodológica do teste da proporcionalidade, mas apenas alguns de seus fragmentos. Percebe-se uma certa despreocupação ou desinteresse com a precisão, o rigor e a correção na aplicação do teste da proporcionalidade. Nota-se ausência clareza e confusão entre o teste da proporcionalidade, razoabilidade e o subteste da proporcionalidade em sentido estrito. Em outras palavras, isso quer dizer que proporcionalidade, a razoabilidade e o subteste da proporcionalidade em sentido restrito são identificados ou tomados como significados intercambiáveis.

Contudo, em decisões pontuais mais recentes, o Supremo Tribunal Federal tem recorrido ao emprego do teste da proporcionalidade na configuração *standard*, ampla aceita e difundida, examinando restrições ao escopo de proteção de direitos fundamentais com base nos subtestes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, ainda que sem um satisfatório cumprimento da exigência de saturação argumentativa. Assim, por exemplo, as decisões no caso Ellwanger (BRA-

SIL, 2004), no caso da Lei da Ficha Limpa (BRASIL, 2012), do caso Acesso ao Sigilo Bancário (BRASIL, 2016).

Então, coloca-se a questão sobre como o Supremo Tribunal Federal tratou da aplicação do teste do teste da proporcionalidade em relação às medidas estatais adotadas pelos órgãos estatais de saúde para enfrentamento da Pandemia da Covid-19. Essas medidas impactaram nos direitos fundamentais, fundamentalmente os direitos fundamentais de liberdade, impondo-lhes restrições ou limitações severas e bastantes significativas, afetando posições jurídicas fundamentais.

Em nível federal, editou-se a Lei 13.707/20, dispondo sobre as medidas para enfrentamento da Covid-19, disso resultando restrições à interação social e à atividade econômica. Essa normalização foi complementada por diversos atos do Poder Executivo Federal, dentre os quais o Decreto n.º 10.277/2020, que criou o Comitê de Crise para Supervisão e Monitoramento dos Impactos da Covid-19, órgão de articulação da ação governamental e de assessoramento ao Presidente da República. Em nível estadual, os Estados brasileiros editaram vários atos normativos fixando igualmente medidas restritivas aos direitos fundamentais. Igualmente, em nível municipal, os municípios brasileiros editaram um sem-número de atos normativos.

Grosso modo, em relação a esses atos normativos, pode-se afirmar que eles configuram intervenções e limites ao escopo de proteção de direitos fundamentais, em maior ou menor grau, tanto quanto a sua profundidade como quanto a sua extensão, inclusive temporal. Igualmente, pode-se afirmar que essas medidas estatais foram adotadas com o objetivo de proteção da saúde pública e lastreadas em pesquisas e estudos científicos a respeito da Pandemia da Covid-19 da Organização Mundial da Saúde e de outros órgãos e instituições científicas, bem como em dados e evidências objetivamente rastreáveis de fontes internacionais, nacionais, estaduais e municipais.

As medidas estatais adotadas para enfrentar a Pandemia da Covid-19, especialmente porque implicam restrições a direitos fundamentais, foram objeto de intensas controvérsias tanto no âmbito político como nos cenários jurídico e judicial.

O grau de judicialização das medidas estatais adotadas para enfrentar a Pandemia da Covid-19 no Brasil é bastante alto. Mas, ao que parece, essa não é uma exclusividade do contexto brasileiro. Ao que se tem notícia, os tribunais ordinários e, notadamente, os tribunais e cortes constitucionais na América Latina, Estados Unidos e Europa

também foram chamados a controlar a constitucionalidade das medidas estatais adotadas para enfrentar a Pandemia da Covid-19 em atenção aos direitos fundamentais.

No cenário brasileiro, as discussões e controvérsias jurídicas sobre a constitucionalidade dessas medidas estatais podem ser reunidas em dois grupos. As discussões sobre fixação das entidades competentes para adotar as medidas estatais de proteção da saúde pública e as discussões sobre a justificativas das restrições ou limites impostos por essas medidas estatais a direitos fundamentais, notadamente os direitos fundamentais de liberdade. As discussões sobre o tema das competências escapam ao objeto desta proposta investigativa.

Então, interessam as discussões sobre a justificativa das restrições ou limites aos direitos fundamentais impostos pelas medidas estatais adotadas para enfrentar a Pandemia da Covid 19. Nesse espaço, ilustrativamente, alguns casos foram selecionados para discussão, notadamente quanto à emprego da ferramenta metodológica do teste da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

O objetivo é verificar como o Supremo Tribunal usou o teste da proporcionalidade, buscando examinar se cuidou-se de emprego meramente retórico ou efetivamente adequado – no sentido da formulação *standard* amplamente divulgada – dessa ferramenta metodológica.

4 PROPORCIONALIDADE, DIREITOS FUNDAMENTAIS, RESTRIÇÕES E PANDEMIA NOS TRIBUNAIS

Em ação declaratória de inconstitucionalidade, que tinha como discussão central a fixação da competência das entidades federativas para legislar e adotar medidas de enfrentamento da Pandemia Covid-19 e na qual restou assentada a competência concorrente do Estados para promover igualmente medidas estatais de combate ao contágio, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2020a) afirmou que as medidas estatais restritivas de direitos fundamentais, como o isolamento e a quarentena, por exemplo, devem ser adotadas com base no teste da proporcionalidade, especialmente com base nos protocolos internacionais da Organização Mundial da Saúde. Com isso, expressamente, reconheceu que nem toda a medida estatal é constitucionalmente legítima, mas apenas as que estiverem em conformidade com o teste da proporcionalidade.

Essa decisão, expressamente, deixa espaço de discricionariedade para a autoridade competente para adotar as medidas que entender necessárias, para além das minimamente recomendadas pelos organismos internacionais, observado, contudo, a “proporcionalidade e juízo de ponderação frente aos valores constitucionais em conflito”. Por fim, acrescenta-se que a própria exigência de “comprovação científica, instituída pelo art. 3º, § 1º, da Lei 13.979/20, prestigia a proporcionalidade da norma na ponderação dos valiosos direitos fundamentais restringidos pela norma, e a expertise dos órgãos competentes”. Afirmou-se, por exemplo, que Estados e Municípios podem adotar medidas mais restritivas para combater a epidemia, mas isso “não significa que todos podem fazer tudo”. Assim, por exemplo, é a decisão do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2020b) em relação à medida estatal municipal consistente em “toque de recolher”, onde restou assentado que medida sanitária tão restritiva somente pode ser adotada com base em parecer técnico da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Além disso, a decisão destacou que somente estado de exceção (de defesa e de sítio) previstos na Constituição Federal permite a imposição de limitações mais severas à esfera de direitos fundamentais, como a proibição de circulação plena e indiscriminada de pessoas, nos termos dos seus artigos 136 a 139 da Constituição Federal. Contudo, somente o Presidente da República detém poderes para decretá-los, exigindo-se, ainda, a chancela do Congresso Nacional, exatamente pela intensidade da afetação de direitos que deles decorre.

Em outra ação declaratória de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2020c) novamente cuidou de discussão sobre delimitação de competência, exatamente acerca de restrições à atuação dos estados e municípios para adoção de medidas de enfrentamento da Pandemia Covid-19 estabelecidas por meio de medidas provisórias que alteraram a redação da Lei 13.979/20, quando, expressamente, assentou que o teste da proporcionalidade é o critério para controlar medidas estatais que intervêm de modo excessivo nos direitos fundamentais – reconhecimento da proibição do excesso.

Uma intensa controvérsia que tem sido colocada a respeito das medidas estatais adotadas para enfrentamento da Pandemia da Covid-19 é sobre as restrições que afetam a liberdade religiosa, notadamente as medidas que proíbem a realização de cultos religiosos presenciais.

Assim, por exemplo, a Corte Suprema do Chile (CHILE, 2021) acolheu objeção de consciência religiosa contra resolução normativa do Ministro da Saúde que proibia a realização de eventos públicos, como a

reunião de pessoas sentadas, incluída a realização de missas presenciais aos domingos, fixada como uma das medidas destinadas a combater o contágio da Pandemia da Covid-19. A Corte Suprema observou que a medida estatal violava a liberdade de crença e de culto religioso, porque proibia a celebração da missa dominical, essencial à manifestação da convicção religiosa. Entendeu-se que a missa dominical presencial está no centro das crenças dos praticantes religiosos, vinculada à manifestação de suas convicções mais profundas, constituindo o núcleo da religião professada – exatamente manifestação de sua difusão e exteriorização. Ainda, a Corte Suprema afirmou que a autoridade de saúde, ao invés de proibir missas presenciais dominicais, poderia estabelecer medidas alternativas e menos restritivas, como a fixação de número de presentes ou outros critérios.

Ao enfrentar o mesmo tema, diferentemente, o Tribunal Constitucional Federal alemão (ALEMANHA, 2020a) entendeu constitucional e justificada restrição à liberdade de consciência religiosa consistente na proibição provisória de cultos religiosos coletivos, bem como a abertura e funcionamento das igrejas durante a Páscoa, fixada no Estado de Hesse. O Tribunal Constitucional reconheceu cuidar-se de medida configuradora de intensa intervenção no direito fundamental de liberdade religiosa, mas, ao mesmo tempo, entendeu que essa intervenção estava justificada pelas razões e prognoses apresentadas pela administração estatal, aplicando o teste da proporcionalidade. O Tribunal Constitucional acolheu a legitimidade do fim perseguido e a adequação da medida estatal, que visava evitar a propagação da doença viral da Covid-19, reduzindo as possibilidades de contato presencial entre as pessoas, de modo a impedir o colapso do sistema de saúde. Além disso, o Tribunal Constitucional entendeu que a grave intervenção no direito fundamental de liberdade religiosa estava justificada, primeiro por se tratar de uma medida provisória e, segundo, porque se destinava a promover valores igualmente constitucionais como a saúde e a vida da população. Em outro caso, o Tribunal Constitucional Federal (ALEMANHA, 2020b) entendeu do mesmo modo, apresentando os mesmos argumentos. Nesse caso, especificamente, cuidava-se de uma medida provisória pleiteada por uma associação religiosa que pretendia autorização para realização de cultos religiosos, cumpridas determinadas condições como, por exemplo, limitação a 50 pessoas, controle de acesso à igreja, fixação de lugares marcados, com distância de 1,5 metros e criação de listas de participantes. O Tribunal Constitucional destacou que esses cuidados, conforme o conhecimento científico até então alcançado,

não seriam suficientes para impedir novos casos de contágios resultantes desses encontros, acrescentando que o acolhimento do pedido apresentado pela associação, pelo princípio da igualdade, implicaria o acolhimento de todos os outros igualmente formulados.

O Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2021) enfrentou igualmente o tema da objeção de consciência religiosa apresentada contra a proibição estatal da realização de cultos religiosos presenciais, fixada para enfrentar a disseminação de contágio da Covid-19 pelo Estado de São Paulo e diversos municípios brasileiros. A decisão dada a partir das razões do Ministro Gilmar Mendes, tomou como ponto de partida a distinção entre a dimensão subjetiva interna e a dimensão subjetiva externa da liberdade de consciência religiosa. A dimensão subjetiva interna diz respeito à liberdade de consciência religiosa propriamente, no sentido de liberdade de ter ou não uma convicção religiosa como expressão da própria essência da pessoa. Essa dimensão subjetiva interna constitui o núcleo da liberdade de consciência religiosa, configurando um direito absoluto que não admite restrições. A dimensão subjetiva externa diz respeito à liberdade de manifestação e participação nas atividades de expressão de uma convicção religiosa, como são os cultos, os rituais e as simbologias religiosas. O argumento do Ministro Gilmar Mendes foi o de que a Constituição Federal fixou reserva de lei para o exercício dos cultos religiosos. Isso porque a disposição do art. 5^a, IV, da Constituição Federal, garantiu o livre exercício dos cultos religiosos na forma da lei. Assim, seguiu-se ao igualmente fixado no art. 9^o, frase 2, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que expressa que a liberdade de manifestar uma religião ou crença está sujeita às limitações fixadas em lei, necessários à segurança pública, proteção da ordem pública, saúde ou moral, ou para a proteção dos direitos e liberdades das outras pessoas.

A partir dessa formulação, o Supremo Tribunal Federal reconheceu justificada a restrição na liberdade de manifestação da consciência religiosa consistente da proibição dos cultos presenciais, exatamente porque fixada como uma das medidas necessárias para o enfrentamento da Pandemia da Covid-19, cumprido o teste da proporcionalidade. O Ministro Gilmar Mendes assentou que as informações e dados disponibilizados pela Organização Mundial da Saúde sobre a Pandemia da Covid-19, bem como o crescimento dos casos de contágios e a incapacidade do sistema de saúde para suportar a demanda de novas internações e atendimentos exigidos, evidenciavam a adequação, a necessidade e a ponderação da proibição de cultos religiosos durante a Pandemia da Covid-19.

Nessa decisão, alcançada pela maioria de 9 a 2, a divergência foi liderada pelo Ministro Nunes Marques por entender que a medida de proibição total de realização de cultos religiosos presenciais constitui uma intervenção excessivamente gravosa na liberdade de consciência religiosa, exatamente por afetar o seu núcleo essencial. Nesse sentido, então, o Ministro Nunes Marques concluiu que a medida estatal não atendia às exigências do teste da proporcionalidade, por não se tratar de medida adequada para promover o fim e tampouco por ser uma necessária. Assim, por exemplo, concluiu que outras medidas alternativas poderiam ser adotadas como a disponibilização de álcool gel nas entradas, a aferição de temperatura, a manutenção de ambientes abertos e a observância de distanciamento, todas menos gravosas à liberdade de consciência religiosa.

O Supremo Tribunal Federal (2020d) entendeu constitucional medida estatal que fixou a obrigatoriedade de vacinação contra a Covid-19, prevista na Lei 13.970/20. Assentou que isso não significa vacinação forçada, mas a legitimidade de aplicação das medidas restritivas de certas atividades ou direitos, desde que isso esteja previsto em lei. Nessa decisão, restou fixada a tese que faz referência expressa aos “critérios da razoabilidade e proporcionalidade”. Essa decisão, permite rastrear-se que a obrigatoriedade vacinação tem por fim concretizar o fim estatal de promover a proteção da saúde pública, bem jurídico constitucionalmente legítimo, mas isso pode configurar-se em violação da liberdade de cada um de determinar-se conforme suas próprias convicções. O Supremo Tribunal conferiu interpretação conforme a disposição jurídica acatada, garantindo a constitucionalidade da obrigatoriedade da vacinação, desde que efetivada por medidas indiretas – excluído qualquer tipo de constrição que seja capaz de ofender a integridade corporal ou saúde do recusante. Expressamente, a decisão faz referência ao teste da proporcionalidade e à proibição do excesso, destacando a necessidade de que medidas estatais que ofendam direitos fundamentais devem ser adequadas e necessárias.

Essas decisões permitem verificar que os tribunais constitucionais têm efetivamente recorrido ao teste da proporcionalidade para avaliar a justificação de intervenções no escopo de proteção dos direitos fundamentais.

5 PROPORCIONALIDADE, RESTRIÇÕES E JUSTIFICAÇÃO

As medidas estatais adotadas para enfrentamento da Pandemia da Covid-19 têm por objetivo a promoção da saúde pública, bem jurídico constitucionalmente protegido. Todos têm direito a que o Estado adote medidas de proteção contra comportamentos de terceiros, o que configura dever estatal de proteção. A promoção da saúde é uma determinação de objetivo estatal fixada na disposição do art. 196 da Constituição Federal. Essa é uma característica da maioria dos Estados de direito constitucionais democráticos, com um catálogo de direitos fundamentais. O desafio colocado é que muitas das medidas estatais adotadas para o enfrentamento da Pandemia da Covid-19 configuram intervenções no escopo de proteção de outros direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos. A partir disso é que os tribunais constitucionais são convocados a verificar se essas intervenções estão justificadas, o que coloca a necessidade de recurso à ferramenta metodológica do teste da proporcionalidade.

As decisões selecionadas para análise deixam saber que o teste da proporcionalidade tem sido o critério adotado para verificar a constitucionalidade das medidas estatais adotadas em face à Pandemia da Covid-19. Uma formulação geral do teste da proporcionalidade é que estão proibidas medidas estatais que configura intervenção em excesso – proibição do excesso – no escopo de proteção de um direito fundamental. A Corte Suprema do Chile entendeu que a medida estatal escolhida pelo Ministério da Saúde, consistente na proibição total de cultos religiosos presenciais aos domingos, configurou intervenção em excesso, por caracterizar afetação ao núcleo essencial do direito fundamental de liberdade de religiosa. Nessa decisão, a Corte Suprema sinalizou que uma intervenção na liberdade de religiosa menos intensa e severa poderia se achar justificada, como a adoção de um protocolo de medidas relativamente ao número de pessoas, distanciamento entre os presentes e outras providências para a realização da missa dominical, essencial à concretização da convicção religiosa cristã.

Nesse mesmo sentido, a divergência aberta na decisão do Supremo Tribunal Federal expressamente assentou a desproporcionalidade da medida estatal que vedou integralmente a realização de cultos religiosos presenciais. Igualmente, a divergência sinalizou a proporcionalidade de eventuais medidas alternativas, menos restritivas, que poderiam ter sido escolhidas em lugar da proibição total de cultos religiosos presenciais.

Essas duas linhas de fundamentação apontam no sentido de que uma medida estatal não deve ser considerada justificada quando afeta o núcleo essencial do direito fundamental. Uma questão que poderia ser problematizada é que essas duas orientações tomam como pressuposta e justificada a premissa de que a proibição de cultos religiosos presenciais atinge o núcleo essencial do direito fundamental de liberdade religiosa. Isso significa reconhecer que existe um direito absoluto à realização de cultos religiosos.

O Tribunal Constitucional Federal alemão, em duas decisões sobre o tema, reconheceu esse tipo de medida estatal como grave intervenção da liberdade religiosa, mas nada disse sobre afetação proibida do núcleo essencial do direito fundamental. Isso significa pressuposição de que a vedação de cultos religiosos presenciais estabelecida como medida para enfrentar o contágio da Pandemia da Covid-19 não se configura violação da proibição do excesso. Um elemento importante apresentado pelo Tribunal Constitucional foi o de que se tratava de uma restrição provisória, com limite temporal fixado, pois limitada às celebrações religiosas da Páscoa.

O Supremo Tribunal Federal considerou que a celebração de cultos religiosos presenciais configura manifestação de convicção religiosa, integrando a dimensão subjetiva externa da liberdade religiosa, que está sujeita a restrições. Conforme essa formulação, a participação em atividades de manifestação e representação de uma convicção religiosa não integra o núcleo essencial do escopo de proteção do direito fundamental de liberdade religiosa, pois não se trata da liberdade para escolher entre ter ou não ter convicção religiosa, essencial à identificação do próprio crente. Isso pressupõe que a participação em cultos religiosos presenciais, como manifestação e representação externa de convicção religiosa, não guarda relação com a essencialidade da convicção religiosa. Nesse ponto, a decisão do Supremo Tribunal Federal carece de melhor justificação, pois ausentes razões sobre hipóteses em que a manifestação externa de uma convicção religiosa coincide com a essência e identificação dessa mesma convicção.

As decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão e do Supremo Tribunal Federal coincidem quanto à justificação das restrições ao direito fundamental de liberdade religiosa fixadas pelas medidas estatais adotadas para o enfrentamento da Pandemia da Covid-19, consistente na proibição temporária da realização de cultos religiosos presenciais. Os dois tribunais deixam saber que a medida estatal é adequada para fomen-

tar a promoção do fim perseguido, constitucionalmente legítimo, que é a proteção da saúde e da vida das pessoas. Com base no conhecimento científico até então disponível, os dois tribunais assumem a pressuposição empírica de que a aglomeração ou reunião de pessoas incrementa os casos de contágio pelo coronavírus, agente da Pandemia da Covid-19. Então, a conclusão é a de que medida que proíbe aglomeração ou reuniões presenciais reduz os casos de contágio pelo coronavírus, promovendo o fim de fomentar a proteção da saúde pública e da vida das pessoas.

Os dois tribunais, do mesmo modo, reconheceram a necessidade da medida escolhida, não encontrando medidas alternativas igualmente eficazes, menos restritivas. A Corte Suprema do Chile e a divergência aberta na decisão do Supremo Tribunal Federal entenderam que outras medidas estatais menos restritivas estariam disponíveis. Assim, por exemplo, a fixação de número limitado de presentes, distanciamento com determinação de assentos, abertura do ambiente e outras medidas. Nos dois casos, contudo, não foram apresentadas razões sobre a eficiência dessas medidas alternativas em comparação com a medida estatal examinada. O subteste da necessidade não é atendido quando as medidas alternativas disponíveis são igualmente eficazes e menos restritivas ao escopo de proteção de um direito fundamental. O conhecimento disponibilizado pelos órgãos da comunidade científica internacional, pressuposto nas decisões do Tribunal Constitucional alemão e do Supremo Tribunal Federal, diz que o distanciamento social é medida eficaz para a o enfrentamento da Pandemia da Covid-19, pois a transmissão do vírus resulta da proximidade entre as pessoas. Aglomeração e reunião de pessoas incrementa o contágio do coronavírus e assim a propagação da Covid-19. As decisões assumiram a premissa de que as medidas alternativas sugeridas não alcançavam o mesmo grau de eficácia do que a proibição total dos cultos religiosos presenciais. Sobre isso, expressamente, o Tribunal Constitucional Federal alemão assentou que as medidas alternativas indicadas como a fixação de número limitado de 50 pessoas presentes, distanciamento de 1,5 metros entre os lugares, abertura do ambiente e fixação de lista de presentes, não poderiam garantir segurança contra eventuais novos casos de contágio pelo coronavírus.

Os dois tribunais igualmente tomaram como cumprido o subteste da proporcionalidade em sentido estrito. O Tribunal Constitucional alemão expressamente reconheceu alto grau de intensidade de intervenção na liberdade religiosa. A decisão do Supremo Tribunal Federal tomou essa gravidade como pressuposta. Do mesmo modo, os tribunais

coincidiram quanto às razões para tomar como justificada a restrição ao direito fundamental da liberdade religiosa. A decisão do Supremo Tribunal Federal destacou a importância da medida estatal de proibição de cultos religiosos para o enfrentamento da Pandemia da Covid-19 e, assim, para com a promoção do dever estatal de proteção da saúde pública e da vida das pessoas, especialmente em razão crescimento dos casos de contágios, a incapacidade do sistema de saúde para suportar a demanda de internações e atendimentos exigidos, bem como o número de vidas perdidas. Por seu lado, o Tribunal Constitucional alemão igualmente entendeu como alto o grau importância da medida estatal examinada para o fim de promover a proteção da saúde pública e da vida das pessoas. Com isso, então, os dois tribunais consideraram justificada a restrição ao direito fundamental de liberdade religiosa.

Essas decisões permitem evidenciar o emprego do teste da proporcionalidade como critério para análise da justificação das medidas estatais que afetam o escopo de proteção dos direitos fundamentais, notadamente nos casos das que foram escolhidas para o enfrentamento da Pandemia da Covid-19. Não é seguro afirmar que todas as decisões usaram a ferramenta da proporcionalidade com o rigor metodológico normalmente esperado. Contudo, nos casos examinados, percebeu-se importante esforço argumentativo no sentido de uma fundamentação racional da aplicação do teste da proporcionalidade no exame da justificação das medidas estatais restritivas dos direitos fundamentais.

6 CONCLUSÃO

A presente investigação ofereceu discussão sobre o teste da proporcionalidade, que tem sido apresentado como critério para avaliar se as medidas restritivas ou interventivas no escopo de proteção de direitos fundamentais estão justificadas racionalmente. Uma medida estatal restritiva de um direito fundamental somente estará justificada se atendidas as exigências do teste da proporcionalidade.

O teste da proporcionalidade na sua configuração mais amplamente aceita tem origem no Direito administrativo alemão, com subsequente aproveitamento no Direito constitucional alemão, notadamente a partir da sua aplicação pelo Tribunal Constitucional. Posteriormente, a aplicação do teste expandiu-se para o contexto do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e dos tribunais constitucionais europeus. Igualmente

te, a aplicação do teste da proporcionalidade, difundiu-se para Canadá, África do Sul, Israel e Índia, bem como para a América Latina (Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Equador e Peru).

A configuração *standard* do teste da proporcionalidade tem quatro subtestes. Assim, uma intervenção no escopo de proteção de um direito fundamental está justificada se satisfeitos esses quatro testes parciais. O primeiro subteste é satisfeito se a medida estatal persegue um fim constitucionalmente legítimo. O segundo subteste é satisfeito se a medida estatal promove, ainda que em um grau mínimo, a realização do fim constitucionalmente legítimo. O terceiro subteste é satisfeito se a medida estatal adotada, considerada todas as outras medidas alternativas que igualmente promovem o fim constitucionalmente legítimo, é a menos restritiva aos demais direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos. O quarto subteste é satisfeito se a importância da medida estatal adotada justifica a limitação ou a restrição experimentada por outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Esse quarto subteste é conhecido e identificado como a ponderação.

As medidas estatais adotadas pelos órgãos de saúde para o enfrentamento da Pandemia da Covid-19 impactaram nos direitos fundamentais, notadamente os direitos fundamentais de liberdade, impondo-lhes restrições ou limitações severas e bastantes significativas, afetando posições jurídicas fundamentais. Por isso mesmo, a importância da discussão sobre como os tribunais constitucionais funcionaram no controle de constitucionalidade dessas medidas, especialmente com base no teste da proporcionalidade.

A investigação desenvolvida interessou-se pela análise de decisões do Supremo Tribunal Federal, selecionando aquelas que empregaram o teste da proporcionalidade para examinar a justificação das medidas estatais restritivas do escopo de proteção dos direitos fundamentais de liberdade fixadas para o enfrentamento da Covid-19. Independente desse objetivo, buscou-se estabelecer discussão comparativa com decisões de outros tribunais constitucionais, notadamente, no caso, com a Corte Suprema do Chile e o Tribunal Constitucional Federal alemão, com recorte metodológico em decisões que examinaram as medidas estatais configuradoras de restrições ao direito fundamental de liberdade religiosa. Isso porque tanto no Brasil como no Chile e na Alemanha, as autoridades sanitárias implementaram medidas proibindo a realização de

cultos religiosos durante a Pandemia da Covid-19. E essas medidas foram levadas ao controle da jurisdição constitucional.

A análise das decisões selecionadas permitiu verificar que o teste da proporcionalidade tem sido o critério adotado para verificar a constitucionalidade das medidas estatais adotadas em face à Pandemia da Covid-19. Igualmente, constatou-se como de ampla aceitação a formulação geral de que estão proibidas medidas estatais que configuram intervenção em excesso – proibição do excesso – no escopo de proteção de um direito fundamental.

A discussão aberta é sobre quando é o caso de uma intervenção em acesso e, por isso, proibida. A Corte Suprema do Chile sinalizou que a proibição de cultos religiosos, mesmo adotada para promover a proteção da saúde pública e da vida das pessoas na crise da Pandemia da Covid-19, configura uma excessiva intervenção no escopo da proteção da liberdade religiosa, que afeta núcleo essencial do direito fundamental. Uma intervenção desse tipo viola a proibição do excesso, configurando uma medida desproporcional.

O Tribunal Constitucional Federal alemão e o Supremo Tribunal Federal, diferentemente, mesmo reconhecendo se tratar de medida estatal que caracteriza séria violação ao escopo de proteção do direito fundamental de liberdade religiosa, com base no teste da proporcionalidade, entenderam justificada a proibição de cultos religiosos presenciais ao tempo da Pandemia da Covid-19.

A análise das decisões selecionadas permitiu verificar o emprego do teste da proporcionalidade como critério para a verificação da justificação das medidas estatais que afetam o escopo de proteção dos direitos fundamentais, notadamente nos casos das que foram escolhidas para o enfrentamento da Pandemia da Covid-19. Não se pode afirmar que essas as decisões empregaram o teste da proporcionalidade com todo o rigor metodológico normalmente esperado. Contudo, nos casos examinados, percebeu-se importante esforço argumentativo no sentido de uma fundamentação racional da aplicação do teste da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA, Tribunal Constitucional Federal, **BVerfGE, 1 BvQ 28**, 2020a.
- ALEMANHA, Tribunal Constitucional Federal, **BVerfGE, 1 BvQ 31**, 2020b.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BARAK, Aharon. **Proportionality: constitutional rights and their limitation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **HC 82424**, 2004.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **ADC 29**, 2012.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **REXT 601314**, 2016.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **ADI 6361**, 2020a.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **SL 1315**, 2020b.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **ADPF 881**, 2020c.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **ADI 6586, ADI 6587**, 2020d.
- CHILE, Corte Suprema de Justicia, **SCS Rol 34406-2021**, 2021.
- CRAIG, Paul. Proportionality, Rationality and Review. **New Zealand Law Review**, Auckland, pp. 265-302, 2010.
- GRIMM, Dieter. Proportionality in Canadian and German Constitutional Court. **University of Toronto Law Journal**, 57, p. 383-397, 2007.
- KLATT, Matthias. MEISTER, Moritz. **The Constitutional Structure of Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MORAES, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Robert Alexy pelo STF**. 2. Ed. Salvador: Editora Juspodivum. 2108.

SWEET, Alec Stone; MATHEUS, Jud. **Proportionality Balancing and Global**. *Columbia Journal of Transnational Law*, 47, p. 72-164, 2008.



ESTADO DE CATASTROFE Y RESTRICCIONES DE DERECHOS, DE ACUERDO A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Enrique Navarro Beltrán¹

1 ESTADO DE CATÁSTROFE. CAUSAL

El estado de catástrofe procede en caso de *calamidad pública*.² De acuerdo a su sentido natural, calamidad supone una “*desgracia o infortunio que alcanza a muchas personas*”. Para la doctrina constitucional, calamidad pública supone aquellos fenómenos que por causas naturales o humanas produzcan o puedan producir grave daño a la población o a la seguridad nacional.³

2 EXTENSIÓN Y ALCANCE

El estado de catástrofe lo declara el Presidente de la República, determinando las *zonas afectada* por dichas circunstancias.⁴ *No tiene un plazo expreso* en atención a la naturaleza del asunto. El Congreso Nacional podrá dejar sin efecto la declaración transcurridos 180 días si las razones que la motivaron hubieran cesado en forma absoluta.⁵ Con todo,

-
- 1 Profesor Titular de Derecho Constitucional. U. de Chile y U. Finis Terrae
 - 2 Art. 41, inc. 1° CPR
 - 3 VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA (1998), *Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, Tomo I, p. 362
 - 4 Art. 41, inc. 2° CPR
 - 5 Art. 41, inc. 2° CPR

el Presidente de la República sólo podrá declarar el estado de catástrofe por un período superior a un año con acuerdo del Congreso Nacional.⁶ Se declara mediante decreto supremo, firmado por el Presidente de la República y Ministros de Interior y Defensa.⁷ El Presidente de la República delegará y ejercerá atribuciones mediante decreto exento.⁸ El Presidente de la República está obligado a *informar al Congreso Nacional* de las medidas adoptadas en virtud del estado de catástrofe.⁹

3 DELEGACIÓN EN JEFE DE LA DEFENSA NACIONAL

Declarado el estado de catástrofe, las zonas respectivas quedarán bajo la dependencia inmediata del Jefe de la Defensa Nacional que designe el Presidente de la República. Este asumirá la dirección y supervigilancia de su jurisdicción con las atribuciones y deberes que la ley señale.¹⁰ La LOC 18.415, de 1985 y reformada en 1989 (no actualizada) señala que las facultades conferidas al Presidente de la República podrán ser delegadas, total o parcialmente, en los Jefes de Defensa Nacional.¹¹ Ello se efectuará mediante resoluciones exentas.¹²

4 ATRIBUCIONES DEL JEFE DE LA DEFENSA

El Jefe de la defensa tiene las siguientes atribuciones legales, *como consecuencia de su designación*: a) asumir el mando en la zona, para velar por el orden público y precaver daños; b) autorizar entrada y salida de la zona; c) dictar medidas de protección para servicios de utilidad pública; d) ordenar el acopio, almacenamiento o formación de reservas de alimentos, artículos y mercancías que se precisen para la atención y sub-

6 Art. 41, inc. 2° CPR

7 Art. 8 LOC 18.415

8 Art. 9 LOC

9 12 Art. 41, inc. 2° CPR

10 Art. 41, inc. 3° CPR

11 Art. 6 LOC

12 Art. 10 LOC

sistencia de la población en la zona y controlar la entrada y salida de tales bienes; e) determinar la distribución o utilización gratuita u onerosa de los bienes referidos para el mantenimiento y subsistencia de la población de la zona afectada; f) establecer condiciones para la celebración de reuniones en lugares de uso público; g) impartir directamente instrucciones a todos los funcionarios del Estado, de sus empresas o de las municipalidades que se encuentren en la zona, con el exclusivo propósito de subsanar los efectos de la calamidad pública; h) difundir por los medios de comunicación social las informaciones necesarias para dar tranquilidad a la población; i) dictar las directrices e instrucciones necesarias para el mantenimiento del orden en la zona, y j) las demás que le otorguen las leyes en su calidad de tal.¹³ Puede dictar bandos.¹⁴ Las medidas deben ser difundidas y comunicadas, sin que ello implique discriminación entre medios de comunicación.¹⁵

5 EFECTOS DEL ESTADO

Por la declaración del estado de catástrofe, el Presidente de la República podrá *restringir las libertades de locomoción y de reunión*. Podrá, asimismo, disponer *requisiciones de bienes*, establecer *limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad* y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada.¹⁶

Las requisiciones que se practiquen darán lugar a *indemnizaciones* en conformidad a la ley. También darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de sus atributos o facultades esenciales y con ello se cause daño.¹⁷ Se restringe la garantía constitucional cuando “*se limita su ejercicio en el fondo o en la forma*”.¹⁸ De acuerdo a la jurisprudencia, condicionar el ejercicio de un derecho por parte de la autoridad es inconsti-

13 Art. 7 LOC

14 Art. 10 inc. 2 LOC

15 Art. 11 LOC

16 Art. 43, inc. 3° CPR

17 Art. 45, inc. 2 CPR

18 Art. 12 LOC

tucional, lo que supondría la suspensión de garantías.¹⁹ Del mismo modo, se ha insistido que ello solo puede efectuarse por la vía legal y, en modo alguno, a través de un reglamento.²⁰

6 REQUISICIONES Y LIMITACIONES A LA PROPIEDAD

En caso de requisiciones de bienes o limitaciones a la propiedad, se indemnizará siempre por el Fisco los perjuicios directos.²¹ La autoridad debe practicar un inventario de los bienes, dejando constancia del estado en que se encuentren; copia del cual deberá entregarse dentro de 48 horas a quien tuviere los bienes en su poder al momento de efectuar la requisición. Frente a limitaciones que se impongan al derecho de propiedad bastará que la autoridad notifique al afectado, dejándole copia del documento que dispuso la misma.²² El monto de la indemnización y su forma de pago serán determinados de común acuerdo entre la autoridad que ordenó la requisición y el afectado. Este acuerdo deberá ser, en todo caso, aprobado por la autoridad de Gobierno Interior correspondiente al lugar donde se practicó, dentro del plazo de diez días de adoptado. A falta de acuerdo, el afectado podrá recurrir, dentro del plazo de treinta días, ante el Juez de Letras en lo Civil competente. El Tribunal dará a esta presentación una tramitación incidental, fijando en su sentencia el monto definitivo de la indemnización que corresponda, la que deberá ser pagada en dinero efectivo y al contado.²³ La acción indemnizatoria prescribirá en el plazo de un año, contado desde la fecha de término del estado de excepción.²⁴ Las expensas de conservación y aprovechamiento de los bienes requisados o que fueren objeto de alguna limitación del dominio serán siempre de cargo fiscal.²⁵

19 TC, Rol 29/1985, c. 2

20 TC, Rol 185/1994, c. 12

21 Art. 17 LOC

22 Art. 18 LOC

23 Art. 19 LOC

24 Art. 20 LOC

25 Art. 21 LOC

En materia de limitaciones a la propiedad, la jurisprudencia del TC ha recordado que éstas deben ser medidas y razonables;²⁶ proporcionadas²⁷; que, por lo mismo, no entorpezcan gravemente la actividad, hasta hacerla inviable²⁸; y, en general, que no importen privaciones²⁹ o afecten el núcleo esencial del derecho.³⁰

La jurisprudencia del TC ha ido señalando una serie de criterios en relación a las limitaciones toleradas constitucionalmente.³¹

En primer lugar, se ha validado por el TC la *franja televisiva* que se impone en tiempos electorales, gravamen que recae en los canales de televisión de libre recepción.³² Ello se reiteró con ocasión de la legislación sobre primarias de modo más reciente.³³ Del mismo modo, se ha aceptado la *obligación legal o servidumbre* que se impone a los propietarios colindantes con las playas con el objeto de otorgar gratuitamente una vía de acceso a éstas, aunque ello puede dar derecho, en definitiva, a compensaciones, las que determinará el juez respectivo.³⁴ Ciertamente, las decisiones de mediados de los noventa fueron más inequívocas en este último aspecto.

También, se ha considerado que se ajustan a la Constitución la exigencia que se impone de ciertos porcentajes de terreno que el urbanizador de un determinado loteo debe *destinar y donar gratuitamente para áreas verdes* y equipamiento comunitario, lo que se enmarca en la normativa urbanística.³⁵ De igual forma, se ha sentenciado por el TC que el *cambio legislativo que se efectúa en relación al precio de un contrato eléctrico*,

26 TC, Roles 56/1988 y 253/1997

27 TC, Roles 506/2007, 1141/2009 y 1215/2009

28 TC, Rol 1669/2012

29 TC, Roles 245/1996 y 334/2001

30 TC, Rol 1298/2010

31 En esto seguimos, ENRIQUE NAVARRO B. y CARLOS CARMONA S., *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-2015, Cuaderno N° 59 del TC*, 2015

32 TC, Rol 56/1988

33 TC, Rol 2487/2013

34 TC, Roles 245/1996. En el mismo sentido, aunque con matices, Roles 1141/2009 y 1215/2009. Por nuestra parte, formulamos prevenciones sobre el punto.

35 TC, Rol 253/1997

que pasa de ser libre a regulado, también corresponde a una limitación con caracteres de legítima, vinculado a las características que presenta un servicio público.³⁶

En otra materia, cabe señalar que, si bien se ha aceptado como un gravamen legítimo o carga ajustada a la Constitución la institución del *tuno de los abogados*, que prevé el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, se ha insistido que ello no puede ser en términos tales que tenga un carácter gratuito.³⁷ Con posterioridad, también se validado desde el punto de vista constitucional, el *financiamiento al que deben concurrir las compañías de seguros respecto de Bomberos de Chile*.³⁸ En una acción de inaplicabilidad, se concluyó que el *soterramiento de redes eléctricas que exige una determinada municipalidad* en su ordenanza comunal es una limitación legítima, que tiene su fundamento en el legislador.³⁹ Finalmente, se ha establecido como legítimo la *existencia de determinados mecanismos de caducidad*, fijación de plazos fatales y un rol activo de las partes, en el procedimiento de concesión minera, todo ello destinado a asegurar el interés público comprometido en la realización efectiva de actividades mineras.⁴⁰

Del mismo modo, el TC ha ido estableciendo una serie de criterios para definir la legitimidad de determinadas limitaciones establecidas por el legislador en consideración a las normas, principios y valores constitucionales.

En primer lugar, ha determinado el criterio de que éstas deben ser *mesuradas y razonables*⁴¹, de modo que -en general- no ocasionen daños que puedan estimarse innecesarios o que, en definitiva, impongan un gravamen de magnitud considerable.⁴² De igual manera, se ha sentenciado que la medida debe siempre ser *proporcionada*⁴³ y que, por lo

36 TC, Rol 506/2007

37 TC, Roles 755/2007; 1138/2008; 1140/2008 y 1254/2008 (esta última inconstitucionalidad)

38 TC, Rol 1295/2009

39 TC, Rol 1669/2012

40 TC, Rol 1994/2011

41 TC, Roles 56/1988 y 253/1997

42 TC, Rol 1141/2009

43 TC, Roles 506/2007; 1141/2009 y 1215/2009

mismo, no entorpezcan gravemente la actividad, hasta hacerla inviable por excesiva onerosidad.⁴⁴

Enseguida, ha considerado que es un criterio legítimo el que las limitaciones *no desnaturalicen otros bienes jurídicos* que se estiman relevantes preservar. Así lo ha hecho, por ejemplo, respecto del acceso a las playas, ya citado, al considerarlo como un medio necesario del que se vale el legislador para que un bien nacional sea efectivamente de uso público por parte de todos los habitantes, sin perjuicio del derecho a ser debidamente compensado en la instancia judicial pertinente.⁴⁵

Del mismo modo, el TC ha considerado como criterio la *función pública o relevancia* que cumple la actividad económica sujeta a la limitación.⁴⁶ Otro criterio que ha considerado el TC es si la actividad que soporta la limitación tiene *privilegios*, como ocurre, por ejemplo, en relación al régimen selectivo o restrictivo de acceso a las concesiones de televisión.⁴⁷ También ha considerado como criterio el que *la actividad reciba beneficios*, como ocurre en cesiones gratuitas⁴⁸ o las compañías de seguros respecto de la actividad de los bomberos, ya citadas.⁴⁹

Más recientemente, se ha sentenciado que una orden municipal de “traslado” *configura indudablemente una medida excepcional*, que debiera reservarse para casos extremos o paradigmáticos de aplicación. Por cuanto, más allá de unos casos manifiesta u ostensiblemente perjudiciales para la población, acotados por la ley, o se desconocen derechos de los propietarios expulsados, sin que medie expropiación, o se dirime qué es lo suyo de cada cual, en conflictos entre partes, sin que intervenga sentencia judicial.⁵⁰ Esta misma decisión hace presente que el acto regulatorio difiere de una limitación en su contenido y alcance. El primero es aquel que tiene por objeto determinar las reglas conforme a las cuales se debe usar, gozar y/o disponer de la propiedad, orientadas precisamente a resguardar su ejercicio efectivo e impedir que se emplee contra la ley o contra derecho ajeno. El objeto de la limitación, en cambio, consiste

44 TC, Rol 1669/2012

45 TC, Roles 245/1996; 1141/2009 y 1215/2009

46 TC, Roles 56/1988 y 506/2007

47 TC, Rol 56/1998

48 TC, Rol 253/1997

49 TC, Rol 1295/2009

50 TC, Rol 2684/2914

en restringir, acortar o ceñir, reduciendo a menores límites, la extensión donde puede ejercerse el derecho, pero dejando plenamente vigentes sus facultades esenciales, según precisa la jurisprudencia.⁵¹

Del mismo modo, se ha recordado que las normas legales que establecen limitaciones al ejercicio de los derechos deben poseer suficiente *determinación y especificidad*. Dicho estándar exige que los preceptos legales en cuestión señalen, en forma concreta, los derechos constitucionales que vienen a regular, exigencia que se condice con el principio de reserva legal absoluta consagrado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución. Así lo ha declarado en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional⁵².

Por otra parte, las limitaciones *no pueden afectar la esencia del derecho asegurado* y, además, deben respetar el principio de igualdad, especialmente en cuanto deben estar establecidas con parámetros incuestionables. Esto es, que deben ser razonables y justificadas, de donde se sigue que han de ser medidas, necesarias y proporcionadas.⁵³

Así, es inconstitucional una ley cuando amaga o desampara aquellos derechos pasibles de restricciones a consecuencia de habilitaciones inespecíficas conferidas a la autoridad, sin trazar esa ley las pautas o parámetros objetivos y controlables que garanticen que el órgano gubernamental se ha circunscrito a ellos, asumiendo la consecuente responsabilidad cuando los ha transgredido.⁵⁴

En definitiva, las afectaciones al dominio, autorizadas por el artículo 19, N° 24°, de la Constitución, están reservadas con vigor especial

51 TC, Roles N°s 29/1985, 185/1994, 245/1996 y 246/1996, entre otros

52 TC, Roles N° 325, N° 370/2003, N° 373/2003 y N° 388/2003.

53 TC, Roles N°s 226/1995, 280/1998, 293/1999, 325/2001 y 1.365/2009. La norma en examen no satisface este género de exigencias, pues omite algunos elementos que contribuirían a mitigar los efectos intensamente gravosos que conlleva la ejecución de tal medida de "traslado". Tales como la previsión de un procedimiento reglado, donde se dé traslado al afectado de los informes sectoriales que obran en su contra, así como la posibilidad de aportar otros antecedentes con el objeto de que sean debidamente ponderados por la autoridad, incluido el Concejo municipal. Amén de contemplar una instancia superior donde se sopesen las repercusiones que para los trabajadores de la empresa y otros terceros podría acarrear la adopción de una medida de tal carácter, de suerte que, en el extremo de que no sea posible conciliar todos los intereses involucrados, en aras al desarrollo económico y social de la comuna, se contemple -incluso- el pago de las indemnizaciones de rigor (Rol 2684/2014).

54 TC, Rol N° 389/2003, c. 25°. En el mismo sentido, Rol N° 433/2005, cc. 30°, 31° y 34°

e ineludible al legislador, a quien le corresponde normar, con amplitud y profundidad, todo cuanto la certeza o seguridad jurídica exige en relación con el establecimiento y configuración de las obligaciones que se pueden imponer al ejercicio de tal derecho.⁵⁵

De esta forma, el legislador está autorizado para establecer limitaciones asociadas a la función social de la propiedad siempre y cuando ellas no importen, en definitiva, verdaderas privaciones del derecho de propiedad o sea se desconozca totalmente el mismo. Igualmente, las limitaciones o pueden afectar el núcleo esencial del derecho y, como ha señalado el TC, un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera que deja de ser reconocible y se impide su libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más de lo razonable o lo priven de tutela jurídica.⁵⁶ En definitiva, el derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse y se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular.⁵⁷

7 DERECHO DE REUNIÓN Y REGULACIÓN

El derecho de reunión puede también ser afectado durante el estado de catástrofe. Se trata de un derecho fundamental -ya reconocido en Francia en 1791- y que, en nuestro país, sólo se incorporó en las reformas liberales de 1874, en una redacción similar al actual texto, asegurándose el derecho de reunirse “sin permiso previo y sin armas”, precisando que aquellas que se realicen en lugares públicos “serán siempre regidas por las disposiciones de policía”. La doctrina de la época expresaba que dicha regulación se justificaba por el tráfico, exigencias de salud y el embellecimiento de las poblaciones, aunque estimaba más conveniente la dictación de una ley. Incluso, Huneeus enfatizaba que no se podría prohibir reu-

55 TC, Rol N° 370/2003, c. 34°

56 TC, Rol 43/1987, c. 21. En el mismo sentido, Roles 200/1994, c. 4; 226/1995, c. 38; 280/1998, cc. 13 y 29; 541/2006, c. 14; 1046/2008, c. 23; 1345/2009, c. 10; 2381/2012, c. 39; 2475/2013, c. 20; 2643/2014, c. 18; y 2644/2014, c. 18

57 TC, Rol 972/2007, c. 13

nes o fijar un límite en relación a las personas a congregarse, debiendo sí la autoridad cumplir un rol esencial de vigilancia.⁵⁸

La Carta de 1925 mantuvo la normativa y el Presidente Alessandri la justificó en consideración a que las calles y plazas son bienes nacionales de uso público, de modo que si bien “*todo habitante del país tiene derecho de reunirse donde se le antoje*” como “*los congregados serán sólo una parte de la colectividad, ellos lesionan el derecho de los demás para transitar por esos lugares*”.⁵⁹ En cumplimiento del mandato constitucional se dictó un Decreto en 1927; lo que motivó que ciertos autores (Bernaschina⁶⁰) estimaran aconsejable modificar la Constitución, entregando su regulación a la ley y no a reglamentos, que habrían restringido en exceso el derecho.

Ello se materializó, en 1971, por Ley 17.398, reemplazando las expresiones “disposiciones generales de policía” por “disposiciones generales que la ley establezca”. Se dejó constancia que el nuevo régimen resultaba más eficaz por cuanto sería muy fácil, por la vía administrativa, modificar la reglamentación policial para hacer difícil el ejercicio de tal derecho o entrarlo.

En los antecedentes del texto actual se observa que el anteproyecto que elaboró la Comisión de Estudio propuso un texto similar al reformado en 1971, pero con la salvedad que el derecho es a reunirse “pacíficamente”, con el objeto prevenir reuniones tumultuosas que pudieran afectar la comunidad o a derechos de terceros.⁶¹ Sin embargo, en el proyecto del Consejo de Estado, que aceptó en definitiva la Junta de Gobierno, se estimó desaconsejable dejar entregado a la ley el establecimiento de normas eminentemente policiales, ya que -en palabras de J. Alessandri- con ello se dejaría “*desarmado al Presidente de la República para mantener el orden en las calles*”.⁶² Esto último, en aplicación del deber constitucional del Ejecutivo de conservar el orden público, resguardando así el derecho de reunión sin afectar derechos legítimos de terceros, como es precisamente la libre circulación.

58 HUNEEUS JORGE (1890), *La Constitución ante el Congreso*; Imprenta Cervantes.

59 Actas de la Constitución de 1925

60 BERNASCHINA MARIO (1958), *Manual de Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile

61 Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 125 (1975)

62 Actas del Consejo de Estado

En cumplimiento de lo anterior, se dictó el Decreto Supremo N° 1086, de 1983. Dicha norma establece la necesidad de un aviso previo por parte del convocante, pudiendo el Intendente o Gobernador establecer restricciones a los lugares por medio de una resolución. La doctrina ha insistido que resulta lamentable que una materia tan importante quede entregada a la posibilidad que el Poder Ejecutivo la regule (“reliquia decimonónica”).⁶³ Sin embargo, todos los gobiernos democráticos han mantenido sin mayor alteración la misma y la han aplicado sin cuestionarla. Los tribunales de justicia también le han reconocido validez.

Existe, sin embargo, un proyecto de reforma constitucional (2006) que ha propuesto que el derecho de reunión deba regirse por una ley y que su ejercicio no implique lesión de los demás derechos constitucionales.

Ello está en armonía con lo establecido en diversas constituciones y tratados internacionales que autorizan restricciones legales.⁶⁴

8 MANDATO A LOC

La LOC regula esta materia (estados de excepción, declaración y aplicación de medidas). Igualmente, lo necesario para restablecimiento de normalidad; no pudiendo afectar competencias y funcionamiento de órganos constitucionales.⁶⁵ De acuerdo con lo fallado por el TC, las atribuciones de la autoridad durante los estados de excepción sólo pueden estar regulados en una LOC⁶⁶

El texto anterior mandataba a la LOC para “regular los estados de excepción y facultar al Presidente de la República para ejercer por sí o por otras autoridades las atribuciones señaladas precedentemente, sin perjuicio de lo establecido en los estados de emergencia y de catástrofe”. Cabe hacer presente que la LOC no se ha actualizado y si bien se mantiene ciertas atribuciones respecto del estado de catástrofe, tal como se ha

63 NÚÑEZ, BRONFMAN Y MARTÍNEZ (2012), *Constitucional Política comentada*, Ed. Legal Publishing.

64 Cea (2019) y Nogueira (2019) estiman que debe ser siempre regulado por ley, de acuerdo a los tratados internacionales. Silva Bascuñán (2013) expresa que es lamentable que una materia tan importante quede entregada a la regulación del Poder Ejecutivo.

65 Art. 44, inc. 1° CPR

66 TC, Rol 89/1989, c. 5

expresado, la reforma constitucional de 2005 eliminó las restricciones al transporte de mercaderías, como igualmente a la libertad de trabajo y opinión e información.

En efecto, cabe tener presente que el Acta Constitucional 4 -de 1976- permitía que, en casos de gravedad, podría, además, restringirse las libertades de trabajo, de opinión y de informar.⁶⁷ En todo caso, ella no rigió pues no dictó la legislación complementaria. A su vez, el texto primitivo de 1980 permitía restringir el transporte de mercaderías y las libertades de trabajo, de información y de opinión. Esto último fue eliminado en la reforma constitucional de 2005.⁶⁸ Dicha reforma también eliminó la competencia del Consejo de Seguridad Nacional.

9 FACULTADES DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

La Constitución Política prohíbe a los tribunales calificar los fundamentos y las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para decretar estado de excepción. Así, a través de los recursos judiciales podrán cuestionarse las medidas particulares que afecten derechos constitucionales.⁶⁹

La Corte Suprema ha señalado que *“el control jurisdiccional tiene como límite divisorio los actos que son propios de la actividad política (...) de suerte que los órganos jurisdiccionales no se encuentran autorizados para revisar decisiones de esta índole”*.⁷⁰

Se ha puntualizado por la doctrina que, semejante prohibición a los tribunales de justicia, *“la Constitución busca asegurar la eficacia de la actuación del Ejecutivo. Aquí, como en los artículos 76 y 83 de la Constitución, la norma debe entenderse como una proyección del principio de separación de los poderes, al garantizar la independencia del Presidente de la República respecto del control judicial”*.⁷¹ Zúñiga, por su parte, expresa que *“la declaración de estado de excepción es un típico acto político no*

67 DL 1553, de 1976, art. 7, inc. 2

68 Ley 20.050

69 Art. 45 CPR

70 CS, 24.12. 2013, Rol 4029-2013

71 ALEJANDRO SILVA BACUÑÁN (2018), *El control judicial de los estados de excepción constitucional: la supremacía del Presidente de la República*, RCHD 45 N° 1

justiciable”. El derecho de excepción es uno de los pocos respiraderos que salvan al poder político de ser sofocado por el Poder Judicial y una defensa contra el “*gobierno de los jueces incompatible con el orden republicano democrático y el imperio de la ley*”.⁷²

10 JURISPRUDENCIA

Finalmente existe importantes sentencias referidas a la libertad de movimiento y vinculas con medidas sanitarias. Las Cortes de Apelaciones (“ICA”) -en general- han rechazado diversas presentaciones efectuadas en contra de medidas administrativas adoptadas, invocándose diversas argumentaciones:

a) *Se trata de materias privativas del Presidente de la República*

Así, se declaró inadmisibile un recurso de protección dirigido en contra de la Defensa Nacional de Arica y que buscaba declaración de cuarentena en la comuna, estimándose que se trata de materias privativas del Ejecutivo, excediendo el margen cautelar de esta acción.⁷³ También así se señaló respecto de solicitud de restricción de la libertad de circulación por 14 días en la región.⁷⁴ Similar razonamiento se utilizó en cuanto a la declaración de cuarentena nacional.⁷⁵ Igualmente, en relación a una solicitud de barrera sanitaria respecto de San Pedro de Atacama; al vincularse con políticas públicas adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria, materia privativa del Poder Ejecutivo.⁷⁶ En el mismo sentido que el anterior la solicitud de cuarentena en Los Ríos.⁷⁷

72 FRANCISCO ZÚÑIGA U, (2008) “Control judicial de los actos políticos: recurso de protección ante las ‘cuestiones políticas’”, *Ius et Praxis*, Vol. 14, N° 2: pp. 271-307. También (2014): “El Derecho de Excepción y la Responsabilidad del Estado: Falta de Servicio y Acto de Gobierno.”, *Estudios Constitucionales*, Año 12: pp. 503-526.

73 ICA Arica, 9.04.2020

74 ICA Rancagua, Rol 3174/2020, 24.03.2020

75 ICA Rancagua, Rol 3151/2020, 24.03.2020

76 ICA Antofagasta, Rol 1353/2020, 31.03.2020

77 ICA Valdivia, Rol 797/2020, 26.03.2020

b) *Medidas técnicas y profesionales*

En una solicitud de cuarentena en la región de Coyhaique, se declaró inadmisibles la acción de protección, al no ser procedente que en sede de protección constitucional se determine la forma en que pueda compelerse a dicha autoridad a adoptar decisiones técnicas y profesionales propias de su especialidad y que afectan o afectarían la salud pública de los habitantes.⁷⁸ Igualmente, se declaró inadmisibles otra acción en que se solicitaba la prohibición de ingreso a la comuna de El Quisco.⁷⁹ También así lo hizo en relación a petición de bloqueo de acceso de ruta 68.⁸⁰

c) *Decisiones político-administrativas*

En Santiago se rechazaron 6 recursos de protección, en los que se pedía establecer el confinamiento total de los habitantes de la Región Metropolitana, pues si bien la autoridad respectiva ha decretado Estado de Excepción Constitucional, atendida la actual situación de emergencia sanitaria, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Ley N°18.415 y 41 y 43 de la Carta Fundamental, recae en el Presidente de la República adoptar medidas restrictivas a los derechos y garantías que en dichas normas se enuncian, decisión político-administrativa que no puede ser impuesta mediante la presente acción.⁸¹

d) *Excede su esfera territorial*

En otro caso, respecto de solicitud de cuarentena a la ciudad de Talca, declara inadmisibles una protección, al incidir no sólo en las personas a favor de las cuales se recurre, sino también respecto de muchas otras, incluso de la población en general más allá de los límites de este territorio jurisdiccional; correspondiendo en todo caso al poder político y a los entes administrativos y/o militares a cargo de la emergencia, adoptar todas las medidas que sean necesarias para proteger la salud y

78 ICA Coyhaique, Rol 130/2020, 26.03.2020

79 ICA Valparaíso, Rol 8989/2020, 26.03.2020

80 ICA Valparaíso, Rol 8843/2020. 23.03.2020

81 ICA Santiago, Roles 26.816/2020; 26.820/2019; 26.847/2020; 26.859/2020; 29.891/2020 y 26.913/2020; todas de 24.03.2020

demás condiciones de las personas y sus familias, velar por el adecuado desarrollo de las diversas actividades de la nación y garantizar el ejercicio de los derechos ciudadanos.⁸²

e) *Esfera de discrecionalidad administrativa*

En P. Montt, se declara inadmisibles una acción de protección, al estimar que los hechos denunciados implican la eventual omisión ilegal o arbitraria en el ejercicio de potestades que la Constitución Política de la República ha residenciado de manera exclusiva y excluyente en la autoridad de gobierno y que, por lo tanto, forman parte de la esfera de discrecionalidad con la que cuenta la autoridad de forma que cualquier pronunciamiento a su respecto importaría la invasión de competencias por parte de esta Corte, al configurar una intromisión en la adopción de políticas públicas en materia sanitaria, cuestión que excede el ámbito de la acción de protección.⁸³

f) *Pérdida de oportunidad*

Finalmente, debe señalarse que la misma Corte rechazó otro recurso de protección por haber perdido su oportunidad, como consecuencia de medidas ya adoptadas por la autoridad administrativa.⁸⁴

g) *Excepcionalmente se han tramitado, sin decretar medidas*

Cabe hacer presente que se han declarado admisibles y se encuentran aún en tramitación, ciertos recursos presentados en Iquique, respecto de aislamiento total preventivo en la región⁸⁵ y en la Serena, en que se solicita cuarentena y cierre en la región.⁸⁶

82 ICA Talca, Rol 910/2020, 27.03.2020. También así se resolvió en Rol 891/2020, de 24.03.2020.

83 ICA P. Montt, Rol 493/2020, 1.04.2020

84 ICA P. Montt, Rol 473/2020, 23.03.2020

85 ICA Iquique, Roles 158/2020, 159/2020, 160/2020, 166/2020, 173/2020 y 174/2020

86 ICA La Serena, Roles 427/2020 y 429/2020

i) *Amparos y “toques de queda”.*

Con motivo de las medidas restrictivas de la libertad de movimiento dictadas ha habido diversas sentencias dictadas especialmente respecto de la medida “toque de queda” o prohibición de salir del domicilio.

En efecto, se ha sentenciado por los tribunales la juridicidad de las medidas restrictivas de libertad de movimiento decretada: “(...) *que la medida “toque de queda” que dispuso para las ciudades de Osorno y Puerto Montt el recurrido, en su calidad de Jefe de Defensa Nacional en esta Zona, tiene por objeto limitar el libre acceso a las referidas comunas, así como el desplazamiento al interior de éstas, durante los días y horarios que el propio Jefe de Defensa determinó. Que dicha medida, dispuesta en aras de resguardar el orden público y reparar o precaver el daño o peligro para la seguridad nacional, no es posible de homologar -como hacen los recurrentes- a la condición de “arresto domiciliario parcial”, que constituye en cambio una pena impuesta por sentencia judicial. Es así como la atribución de “controlar la entrada y salida de la zona declarada en estado de emergencia y el tránsito en ella”, a que alude el artículo 5 N° 4 de la ley 18.415, tiene como propósito el velar por la seguridad de sus habitantes, sin que constituya una medida sancionatoria ni de apremio”.*⁸⁷

La misma sentencia también ha validado delegación de atribuciones a jefe militar: “*Que, de esta forma, y aun cuando dicho Decreto no usa el vocablo “delega”, ello no constituye un requisito formal que el artículo 42 de la Constitución Política requiera para el ejercicio de tal potestad, bastando para ello la asignación de funciones que en este caso expresamente contiene el Decreto en su artículo 3°*”.⁸⁸

j) *Criterios de la Corte Suprema*

Por último, la Corte Suprema (“CS”) ha ido asentando algunos criterios en materia de impugnación judicial y los estados de catástrofe.

En primer lugar, se ha recordado que la protección no es la vía para analizar el mérito de medidas. Así, se recurre de protección solici-

87 ICA P. Montt, Rol 158/2019. 30.10.2019. En el mismo sentido, Roles 159/2019, 160/2019, 163/2019 y 165/2019.

88 De acuerdo a lo señalado por la Presidenta del Consejo de Defensa del Estado, a principios del mes de noviembre del año 2019, se habían declarado inadmisibles 14 recursos de amparo y 26 rechazados (La Tercera, 3 de noviembre de 2019).

tándose determinadas medidas idóneas para enfrentar la pandemia, resolviendo la CS que el mérito, oportunidad, conveniencia y eficacia de tales medidas queda radicado de manera privativa en las autoridades, toda vez que responden a la ejecución de una política pública de orden sanitario.⁸⁹

Del mismo modo, se sentencia por la CS que la acción constitucional de protección no es la vía idónea para impugnar las supuestas omisiones que se reprochan a tales autoridades, desde que ello importaría arrogarse potestades que el constituyente ha radicado de manera privativa en el Poder Ejecutivo, más aún en un Estado de Excepción Constitucional.⁹⁰

En el mismo sentido, la ICA de Santiago rechazó 6 recursos de protección, en los que se pedía establecer el confinamiento total de los habitantes de la Región Metropolitana, pues si bien la autoridad respectiva ha decretado Estado de Excepción Constitucional, atendida la actual situación de emergencia sanitaria, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la LOC y 41 y 43 de la CPR, recae en el Presidente de la República adoptar medidas restrictivas a los derechos y garantías que en dichas normas se enuncian, decisión político-administrativa que no puede ser impuesta mediante la presente acción.⁹¹

La CS ha reiterado su doctrina en cuanto a que el recurso de protección no constituye una acción popular, sino que corresponde al directamente lesionado con el acto u omisión que se reclama; razón por la cual no puede tener por objeto proteger a personas indeterminadas, como a la vez tampoco se especifica el interés directo que cada uno de los afectados tendría en relación a las garantías constitucionales que se reclaman como quebrantadas.⁹² Finalmente, en otro caso, la Corte Suprema validó la actuación del Jefe de la Defensa Nacional que decretó toque de queda en las ciudades de Coquimbo y La Serena, en el marco del estado de emergencia constitucional, dentro de las cuales se encuentra la facultad de “controlar la entrada y salida de la zona”.⁹³

89 CS, Rol 43768/2020 y 33417/2020

90 CS, Rol 39506/2020 y 33420/2020

91 CS, Roles 26.816/2020; 26.820/2020; 26.847/2020; 26.859/2020; 29.891/2020 y 26.913/2020

92 CS, Rol 50572/2020

93 CS, Rol 36412/2019

Hay casos, sin embargo, que han sido acogidos. Así, por ejemplo, medidas estimadas como arbitrarias y que impedían la venta de determinados productos no estimados esenciales.⁹⁴ Igualmente, respecto de restricciones a la celebración de misas que afectaban a diversos templos religiosos.⁹⁵

BIBLIOGRAFIA

BERNASCHINA MARIO (1958), *Manual de Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile.

CEA EGAÑA, JOSE LUIS (2019), *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Ed. UC

HUNEEUS JORGE (1890), *La Constitución ante el Congreso*; Imprenta Cervantes.

NAVARRO B. ENRIQUE y CARMONA S. CARLOS (2015), *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-2015*, Cuaderno N° 59 del TC

NOGUEIRA ALCALA, HUMBERTO (2019), *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Ed. Librotecnia

NÚÑEZ, BRONFMAN Y MARTÍNEZ (2012), *Constitucional Política comentada*, Ed. Legal Publishing

SILVA BACUÑÁN, ALEJANDRO (2018) *El control judicial de los estados de excepción constitucional: la supremacía del Presidente de la República*, RCHD 45 N° 1, 2018

SILVA BASCUÑAN; ALEJANDRO (2010), *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XIII, Ed. Jurídica de Chile

VERDUGO, PFEFFER Y NOGUEIRA (1998), *Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, Tomo I

94 CS, Rol 150.549/2020.

95 CS, Rol N° 21.963-2021.

ZÚÑIGA U. FRANCISCO (2008), *Control judicial de los actos políticos: recurso de protección ante las ‘cuestiones políticas’*, Ius et Praxis, Vol. 14, N° 2

ZÚÑIGA U FRANCISCO (2014), *El Derecho de Excepción y la Responsabilidad del Estado: Falta de Servicio y Acto de Gobierno*, Estudios Constitucionales, Año 12.



EXPANSÃO DA CRIMINALIDADE NA PANDEMIA NO BRASIL E O CRIME DE DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO¹

Rogério Gesta Leal²
Fábio Roque Sbardelotto³

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Este texto é fruto de pesquisas desenvolvidas ao longo do ano de 2021 envolvendo a análise de alguns aspectos sobre o surto de crimes contra a Administração Pública no âmbito da gestão da pandemia provocada pela Covid-19, nomeadamente no que diz com as dispensas de licitação para o enfrentamento de demandas urgentes de saúde pública consecutórias, assim como foi debatido no âmbito do Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

-
- 1 Artigo apresentado no III Seminário e Encontro Interinstitucional de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Universidade Finis Terrae (Chile) e FMP (Brasil), ocorrido no dia 11/06/2020, remotamente.
 - 2 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, titular da Quarta Câmara Criminal, que julga crimes contra a Administração Pública e os praticados por Prefeitos e Vereadores. Doutor em Direito. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado e Graduação em Direito.
 - 3 Doutor em Direito. Procurador de Justiça. Presidente da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, professor do Mestrado em Direito da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

2 CENÁRIOS CONVULSIVOS À ORDEM DEMOCRÁTICA

Tempos de crises institucionais, políticas, econômicas e de saúde pública (como a pandemia da Covid-19), colocam na agenda dos debates internacionais e nacionais grandes e sérios perigos a determinadas conquistas, princípios e liberdades constitucionais ínsitas à Democracia. Aqui, a tentação em desprezitar direitos e garantias encontra-se em seu apogeu; sutilezas legais podem ser deixadas de lado para serem apreciadas somente em tempos de paz e tranquilidade.⁴

Os cenários de emergências, crises, riscos e perigos nos quais nos encontramos de forma, muitas vezes, involuntária, são cada vez mais recorrentes, derivando sequelas de multiníveis, aumentando os custos de manutenção de liberdades públicas, direitos e garantias políticas tradicionais; do mesmo modo, vão gerando tensões de dimensões trágicas entre valores democráticos e respostas a emergências políticas, sociais e institucionais.

Ao mesmo tempo, exigências e crises agudas tem desafiado vários conceitos centrais da democracia constitucional, e mesmo de sistemas jurídicos tradicionais, surgindo preocupações sobre qual a extensão e em que medida podem ser justificadas violações de valores fundamentais em nome da sobrevivência da própria democracia e, por vezes, de vidas humanas – como no caso das tragédias provocadas em todo o mundo pela pandemia da Covid-19.⁵ Em outras palavras, em que medida governos republicanos e democráticos podem justificar ações nestas direções sem se transformar em regimes autoritários?

Quando exigências extremas surgem, de forma quase invariável, as forças políticas e econômicas, institucionais e sociais, não raro e até por conta da velocidade das urgências e de respostas a elas, deixam às mãos do Poder Executivo a responsabilidade imediata de seus enfrentamentos, levando ao seu fortalecimento enquanto poder de Estado, e isto não somente em face dos demais poderes estatais, mas também diante de direitos individuais e liberdades públicas.⁶

4 Ver o texto de GROOM, 2000.

5 Quase duzentas mil pessoas já morreram por conta deste vírus, conforme <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>, acesso em 24/04/2020.

6 Ver o texto de ROSENTHAL, 2020. No caso da pandemia do corona vírus várias medidas de restrição a mobilidade de pessoas e de funcionamento do mercado econômico foram impostos em nome da saúde pública, inclusive sob ameaças de multas e denúncias por crimes, como: (i) praticar, com o fim de transmitir a outrem

Por outro lado, se o Poder Executivo tem assumido protagonismo diferenciado no confronto de cenários de crises sociais envolvendo, principalmente, riscos e perigos trágicos e iminentes, a despeito da vontade ou mesmo reação dos outros poderes de Estado, isto também ocorre justamente porque o tempo e a forma tradicionais de tomada de decisões na Democracia representativa ordinária, por vezes, não atende minimamente – por serem mais morosos – as expectativas e necessidades de determinadas demandas comunitárias marcadas por níveis de complexidade e emergências imediatas.

Em face disto, dois vetores aparentemente antitéticos estão em constante tensão: a existência de necessárias restrições e limitações aos poderes governamentais constituem-se em atributos fundamentais dos regimes democráticos modernos; por outro lado, em tempos difíceis de instabilidades econômicas, políticas e sociais, como os gerados por esta pandemia do Covid-19, podem surgir oportunidades em que este mesmo governo precise se valer de medidas urgentes/adequadas – sob o ponto de vista de suas efetividades – para dar conta de problemas de alta gravidade, e daí podem decorrer situações ameaçadoras dos próprios elementos que constituem a Democracia que se quer proteger, nomeadamente delitos de diversas ordens e formas.

Emergências inusitadas em termos de demandas públicas tendem a provocar iniciativas de contenção ou solução a elas com velocidade diferida da legislativa e, por vezes, colocam a disposição das autoridades públicas maiores poderes abrangentes para resolver problemas urgentes – como as que restringem o direito de ir e vir das pessoas em face dos riscos de contágio pelo coronavírus.

De qualquer sorte, o conceito de poderes de emergência remete a situações de fôlego curto e medidas transitórias que são constituídas para responder a situações particulares, para, então, serem removidos o mais rápido possível, tanto quanto bastem para dar cabo exitoso às razões pelas quais foram instituídos. Em outras palavras, a sensação de que medidas de emergência, as quais podem se desviar do que é aceitável normalmente no âmbito e confins do sistema legal em tempos ordinários,

moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio (artigo 131, Código Penal); (ii) expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente (artigo 132, Código Penal); (iii) causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos (artigo 267, Código Penal); (iv) e infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa (artigo 268, Código Penal).

não podem afetar campos legais e políticos durante muito tempo, sob pena de fazer com que a natureza draconiana das ações perpetradas seja aceita mais facilmente, naturalizando poderes autoritários.

É muito fácil dizer que em certas situações, quando o pânico, o medo, o ódio, e emoções similares prevalecem, discursos e análises racionais são colocadas de lado na formulação de respostas a demandas públicas decorrentes. O problema é que, quando deparado com sérias ameaças ou com emergências extremas, o público em geral – e seus líderes – costumam ter dificuldades de avaliar com precisão racional os riscos e perigos efetivos que se postam à Sociedade, até porque discursos, práticas e estratégias ideológicas ganham folego em busca de hegemonias conjunturais.⁷

Qualquer ato de balanceamento/ponderação levando em conta as ameaças – reais e fictícias – que precisam ser atendidas, e os custos para a Sociedade e seus membros, para os fins de enfrentar tudo isto de diferentes maneiras, precisa sempre ser muito bem fundamentado e controlado, mesmo quando aplicado com a melhor das intenções, até porque, quando duras medidas/respostas governamentais em face de situações delicadas e representativas de perigos são percebidas pela Sociedade como socialmente benéficas, os custos de longo prazo para o Estado de Direito e mesmo para os Direitos Fundamentais Individuais tendem a ser tolerados.

Temos, todavia, que no Estado Democrático de Direito atual as emergências políticas e sociais devem ser enfrentadas a partir de ações e reações pautadas por prudência e razoabilidade adequadas às urgências apresentadas, razões pelas quais governantes devem ter ampla responsabilidade ao determinar quais medidas são necessárias e devem ser tomadas para lidar com crises de maneira efetiva e eficaz.

O firme argumento sobre a aplicabilidade de normas ordinárias em cenários de emergência institucional e social reforçam a tese de que quaisquer operações de políticas públicas para combater eventos como a pandemia que vivemos somente devem se dar dentro dos limites da lei, colocando os agentes públicos em alerta para serem mais responsáveis em suas gestões, evitando a defraudação dos sistemas normativos a que estão vinculados. Em face desta perspectiva, a necessidade permanente de prestação de contas e transparência de tais atos justifica a exposição pública como ferramenta de controle e responsabilização maior de suas ações.

7 Ver o excelente texto de FENTON, 2012.

No caso da Administração Pública brasileira é possível que o gestor lance mão de medidas de urgência para lidar com situações calamitosas ou trágicas que, de inopino, surgem em seu cotidiano, como os casos de calamidade pública e esta agora da pandemia do Covid-19, e isto está minimamente regulamentado, mas, mesmo assim, pode dar ensejo para o cometimento de muitas irregularidades e ilícitos de diversas ordens, nomeadamente pela via da dispensa de licitação e contratação direta, matéria que vamos abordar na sequência.

3 A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DE ESTADOS DE CALAMIDADE PÚBLICA: ASPECTOS NORMATIVOS E CONCEITUAIS PRELIMINARES E O CASO DA COVID-19

É preciso que entendamos como os marcos normativos brasileiros estabelecem, em linhas gerais, as condições e possibilidades do enfrentamento administrativo de situações de emergências nominadas de calamidades públicas, até porque eles devem servir como parâmetros de fundamentação e aplicação a eventos desta natureza.

Neste sentido importa tomar como referência os termos da Lei Complementar nº 173/2020, que cria o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-COV-2, alterando a Lei Complementar nº 101/2000, que flexibilizam normas de orçamento público vinculantes, assim como a Lei Federal nº 13.979, de 06/02/2020, que, dentre outras coisas, autoriza a dispensa de licitação para demandas de enfrentamento da Covid-19, desde que observados determinados critérios e formalidades, a saber:

Art. 4º. É dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei.

§1º. A dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

§2º. Todas as aquisições ou contratações realizadas com base nesta Lei serão disponibilizadas, no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, contado da realização do ato, em site oficial específico na

internet, observados, no que couber, os requisitos previstos no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, com o nome do contratado, o número de sua inscrição na Secretaria da Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de aquisição ou contratação, além das seguintes informações: I – o ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato; II – a discriminação do bem adquirido ou do serviço contratado e o local de entrega ou de prestação; III – o valor global do contrato, as parcelas do objeto, os montantes pagos e o saldo disponível ou bloqueado, caso exista; IV – as informações sobre eventuais aditivos contratuais; V – a quantidade entregue em cada unidade da Federação durante a execução do contrato, nas contratações de bens e serviços; VI – as atas de registros de preços das quais a contratação se origine.⁸

O problema é que em seu art. 4º-B, esta Lei autoriza que, nas dispensas de licitação cujo escopo é o atendimento das emergências provocadas pela pandemia, **presumem-se comprovadas** as condições de: I – *ocorrência de situação de emergência*; II – *necessidade de pronto atendimento da situação de emergência*; III – *existência de risco à segurança de pessoas, de obras, de prestação de serviços, de equipamentos e de outros bens, públicos ou particulares*; e IV – *limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência*.⁹

Entendemos que aquela *presunção* outorga autorização demasiadamente ampliada às autoridades públicas para realizarem gastos sem as devidas cautelas que o sistema jurídico nacional exige, dentre as quais as de licitação, pois inexistem critérios mais seguros para serem demarcadas as condições autorizadoras de sua dispensa, ensejando que o Administrador atribua sentidos a tais situações a partir, fundamentalmente, de sua discricionariedade pessoal, sem estar vinculado, necessariamente, aos ditames de gestão pública proba e aos princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis à espécie.

Por isso sustentamos que terá o gestor público que providenciar, a todo o tempo, os elementos para a delimitação, o mais objetiva possível, das exigências normativas perquiridas, as quais vão servir também para se estabelecer os controles de legitimidade e legalidade levados a efeito

8 Lei Federal nº13.979, de 06/02/2020.

9 Redação de acordo com as modificações feitas pela Lei Federal nº14.035, de 11/08/2020.

para o regular enfrentamento das demandas urgentes provocadas pela Covid-19, assim como as responsabilidades daí decorrentes.¹⁰

Sem sombra de dúvidas que isto envolve – direta e indiretamente – a capacidade da gestão pública ser eficiente (responsável) em termos de diagnósticos das demandas (ordinárias e emergenciais) de sua comunidade, e na geração adequada de políticas preventivas e curativas para elas, pois aqueles gestores que não se ocupam de constituir planos e programas de governos fundados em cenários confiáveis de agendas do presente e do futuro, certamente estarão mais expostos a surpresas e eventos inesperados por conta da incapacidade/incompetência de tê-los previstos, a despeito dos seus indicadores estarem presentes no cotidiano da Comunidade.

Se de um lado a legislação nacional criou estas possibilidades de gestão de crises envolvendo o Poder Público, por outro trouxe dever correlato por parte deste em justificar e fundamentar seus atos a este título de forma muito bem articulada e convincente, sempre vinculado as hipóteses normativas especiais (infraconstitucionais), e as gerais (constitucionais), em termos de princípios e regras jurídicas, sob pena de correr o risco de cometer ilícitos cíveis, administrativos e penais.

A despeito disso, estamos vendo no Brasil várias notícias sobre a expansão da criminalidade neste particular, divulgadas pelas mídias, por ações dos órgãos de controle interno e externo da Administração Pública¹¹, e também por decisões judiciais tópicas, dando conta de desvios de dinheiro público envolvendo nomeadamente dispensas de licitação para fazer frente às demandas provocadas pela pandemia:

Com a dispensa de licitações em função do caráter emergencial da crise provocada pela pandemia do novo coronavírus, casos de corrupção disputaram o noticiário com as manchetes sobre o próprio avanço da doença.

10 Claro que, por vezes, em face da gravidade das calamidades que estão a ocorrer, pois não concluíram seus ciclos de efetivação e danos, resta difícil demarcar com precisão matemática quais são estes elementos, mas ao menos informações relacionadas as ocorrências já consolidadas e as medidas que se exigem diante delas é possível e necessário constituir. Registre-se que os Estados brasileiros costumam legislar supletivamente sobre estas matérias.

11 Veja-se as informações da Controladoria Geral da União no site: <https://www.poder360.com.br/governo/cgu-estima-prejuizo-de-r-126-milhoes-em-desvios-de-verbas-da-pandemia/>, acesso em 11/06/2021.

O que aumenta a gravidade da situação é que os recursos deveriam ser usados para combater a doença e prevenir a transmissão e mortes em decorrência da *Covid-19*.

Sem esse dinheiro, o já difícil trabalho de conter a doença se tornou ainda mais complicado.

Até o dia 3 de dezembro de 2020, a *Polícia Federal* (PF) fez 61 operações policiais que transpassam o combate à pandemia e envolvem irregularidades em contratos, fraudes em licitações, superfaturamentos, desvio de recursos públicos.

Desde compras de máscaras e aventais, até aquisição de respiradores e contratos de hospitais de campanha para atender os pacientes com Covid-19.

Diversos foram os atores e alvos dessas investigações de corrupção – de norte a sul do país. Governadores e secretários de saúde foram afastados – e presos –, casas de assessores foram revistadas e diversos nomes citados.

Pelo menos, 1.025 mandados de busca e apreensão e outros 144 de prisão (preventiva ou temporária) foram cumpridos pela PF. No total, o valor dos contratos investigados chega a R \$1.994.655.108,00.¹²

Veja-se que há demandas estruturais que precisaram ser providenciadas – e ainda não o são – para o enfrentamento da pandemia, como equipamentos hospitalares básicos, UTIs equipadas, ventiladores para problemas respiratórios letais, equipamentos de proteção individual, reagentes fármacos para a produção de testagens de infectados, dentre outros, tudo isto aliado a problemas econômicos derivados diretamente das políticas de isolamento social necessários em quadros como estes (eis que empresas estão quebrando, demitindo milhares de empregados, destruindo a economia informal que é violenta no Brasil), o que envolve receitas públicas bilionárias que necessitam de ser imediatamente disponibilizadas quiçá sem os procedimentos formais mais adequados – como são os da licitação.¹³

12 Conforme site <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/12/17/quase-r-2-bilhoes-relembre-operacoes-da-pf-contra-desvios-na-pandemia>, acesso em 11/06/20121 de notícia divulgada em 17/12/2020. A matéria ainda dá conta de detalhes das principais operações policiais desenvolvidas neste particular.

13 O governo federal brasileiro já gastou, até dezembro de 2020, mais de 500 bilhões de reais, conforme notícia informada pelo Senado nacional, no site <https://www12>.

4 A DISPENSA DE LICITAÇÃO PÚBLICA EM FACE DE CALAMIDADES PÚBLICAS COMO A COVID-19: POSSIBILIDADES DE ILICITUDES – NOTAS CONCLUSIVAS

Como vimos até aqui, são muitas as hipóteses de enquadramento de riscos e perigos - iminentes e consolidados – como calamidades públicas que estejam a exigir políticas de prevenção ou gerenciamento de danos sociais por parte dos administradores públicos brasileiros.

Nas situações de calamidade pública sob comento, o ordenador da despesa pode, mediante os termos da Lei (todas as normas aqui referidas, portanto), dentre outras medidas, fazer uso, se for o caso, de *contratações diretas* de serviços, obras e produtos para realizar o enfrentamento das demandas que se apresentam por decorrência das situações calamitosas indicadas; e os governos federal, estadual e municipal no Brasil o estão fazendo para o enfrentamento da pandemia, em tese, ao abrigo do disposto nos arts. 72 e 75, da nova lei de licitações, Lei nº 14.133, de 01/04/2021, o que implica a dispensa da licitação e todos os seus consectários.

A doutrina majoritária de Direito Administrativo no Brasil tem sustentado que esta possibilidade de dispensa de licitação, nas situações sob comento e mesmo na perspectiva da antiga norma, refere-se aos casos em que o decurso de tempo necessário ao procedimento licitatório normal impediria, dentre outras hipóteses, a adoção de medidas indispensáveis para evitar danos irreparáveis.¹⁴ Quando fosse concluída a licitação, o dano já estaria concretizado; portanto, a dispensa de licitação e a contratação imediata representam modalidades de atividades acautelatórias do interesse público.¹⁵

Temos que esta assertiva não se sustenta de forma isolada e aprioristicamente, pois quando a situação de emergência ou de calamidade pública origina-se, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão de recursos disponíveis por parte da Administração Pública – seja por culpa ou dolo -, aí não podemos aplicar a lógica meridiana da aceitabilidade simples da dispensa de licitação

senado.leg.br/noticias/materias/2020/12/22/governo-federal-ja-gastou-r-509-bilhoes-no-enfrentamento-a-pandemia, acesso em 08/02/2021.

14 Caso do inciso VIII, do art.75, da Lei nº14.133/2021.

15 JUSTEN FILHO, 2002, p.240. Grifos nossos. Ver também FIGUEIREDO, 2015, Página 307.

e contratação direta.¹⁶ Neste contexto, é imperioso que haja acentuada ponderação e profundo discernimento entre a necessidade criada por situações emergenciais imprevisíveis e a incúria administrativa ou mesmo corrupção, porquanto não se pode construir sobre a esteira da dispensa licitatória um espaço fértil para a ocorrência de desvios administrativos altamente lesivos ao erário.

Por certo que no caso da pandemia provocada pela Covid-19 não podemos falar de previsibilidade e capacidade organizacional **anterior**, todavia, até em face do volume de recursos públicos que estão – de inopino – sendo alocados para o seu enfrentamento, inclusive colocando o país em situação de fragilidade orçamentária para os anos de 2020 e 2021 (quicá outros mais), é razoável que ao menos medidas de controle e monitoramento de despesas públicas sejam constituídas e que funcionem efetivamente, sob pena de oportunizarmos a facilitação de desvios bilionários dos cofres públicos.

Os eventos até aqui evidenciados nos permitem concluir que alguns gastos públicos – em nome do enfrentamento da pandemia – podem estar ocorrendo a partir da criação fictícia de cenários de emergências, tonificados por manipulações de dados e demandas envolvendo o quantitativo e seus valores superfaturados de bens, serviços e obras, justamente para os fins de pretender justificar a imediata disponibilidade de recursos com dispensa de licitação. Estas eventuais artificialidades produzidas podem e devem ser evitadas, controladas e responsabilizadas pelos órgãos de controle interno e externo, nos termos que referimos até aqui. E, assim sendo, haverá a necessidade de integração e acentuado alerta dos órgãos de fiscalização externa da atividade administrativa, de forma preventiva e curativa, para sanar desmandos desse jaez.

Por tais fundamentos é que a nº 14.133/2021 disciplina como crime de licitação a *contratação direta ilegal*, no seu art. 337-E, quando

16 Ver o texto de PEREIRA, 2002, p.118. Alerta o autor ainda que há requisitos materiais da calamidade pública que precisam ser observados nestas circunstâncias, com o que concordamos, a saber: (i) que exista urgência concreta e efetiva do atendimento a situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida das pessoas; (ii) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso; (iii) **que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado.**

alguém admite, possibilita ou dá causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei, atribuindo pena de reclusão de 04 a 08 anos, e multa.¹⁷ De igual sorte, criou a figura penal do *patrocínio de contratação indevida*, no art. 337-G, definindo-o como o ato de *patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado* perante a Administração Pública, dando causa à instauração de licitação **ou à celebração de contrato** – que pode ser na modalidade direta - cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário, com pena de reclusão de 06 meses a 03 anos, e multa.

Restou também contemplado na nova Lei, em seu art. 337-H, o crime de *modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo*, configurado pelo comportamento de admitir, possibilitar ou dar causa a *qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual*, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação, ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, com pena de reclusão, de 04 a 08 anos e multa.

Veja-se que também restou previsto na nova lei, no seu art. 337-L, o comportamento típico de *fraudar licitação ou contrato*, em detrimentos dos interesses da Administração Pública, com amplo espectro de condutas específicas enquadradas como fraude, e pena de reclusão de 04 a 08 anos, a saber: I - entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais; II - fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido; III - entrega de uma mercadoria por outra; IV - alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido; V - qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato.

Estes tipos penais novos são significativos e retratam bem ações ilícitas cometidas geralmente entre vários protagonistas, do setor público e do mercado, que se associam para criar ficções de dispensa de licitação e contratação direta em nome da pandemia.

Assim, para tornar mais eficaz o combate aos abusos de poder e desvios de finalidade cometidos pelos gestores públicos em nome de calamidades públicas declaradas – e as vezes fictas, é preciso termos esta

17 Aliás, novas disposições penais que passam a vigor imediatamente em face do disposto no art. 193, I, da nova lei, que revogou os arts.89 a 108, da Lei anterior.

compreensão ampliada da responsabilidade nomeadamente penal da Administração Pública e, quando for o caso, aplicar todas as medidas preventivas e de sanções/penas que o sistema jurídico indica, segregativas, ressarcitórias e de suspensão dos direitos políticos, caso contrário estaremos esvaziando os interesses e patrimônios públicos protegidos por conquistas civilizatórias constitucionais e infraconstitucionais. É neste contexto que as baterias do sancionamento administrativo e penalístico se justificam com folgada legitimidade, porquanto condutas dessa natureza retiram dos cofres públicos já combalidos os parcos recursos existentes e necessários para a implementação dos direitos humanos fundamentais.

BIBLIOGRAFIA

ACEMOGLU, Daron and ROBINSON, James. *The Role of Institutions in Growth and Development*. In Review of Economics and Institutions. ISSN 2038-1379. DOI 10.5202. V.2.1., 2010, <http://www.rei.unipg.it/rei/article/view/14>, em 18/02/2019.

ADELANTADO, José. *Desigualdad, democracia y políticas sociales focalizadas*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2005.

ARREGUIN-TOFT, Ivan. *How the weak win wars: a theory of asymmetric conflict*. New York: Cambridge University Press, 2005.

BALDWIN, David A. In: ELMAN, Colin e JENSEN, Michael A (ed.) *Realism Reader*. New York: Routledge, 2014.

BELLESILES, Michael A. *Suicide Pact: New Readings of the Second Amendment*. In Constitutional Commentary. 764. In <https://scholarship.law.umn.edu/con-comm/764>, acesso em 21/01/2019.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2013.

--- *A sociedade em rede - a era da informação*. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

--- *Comunicació i poder*. Barcelona: UOC Editorial, 2009.

--- *Comunicação, poder e contra-poder na sociedade em rede*. In *Jornal Internacional de Comunicação*, v. 1, n. 1, p. 29, 2007.

DERSHOWITZ, Alan M. *Is It necessary to apply “Physical Pressure” to Terrorists—and to lie about it?* In *Israel Law Review*, vo.23, nº 192, (1989).

EX PARTE MILLIGAN, 71 U.S. (4 Wall.) 2 (1866), acesso pelo site: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/71/2/>, em 20/05/2019, p. 31.

FENTON, Natalie. *The internet and radical politics*. In: CURRAN, J.; FENTON, N.; FREEDMAN, D. *Misunderstanding the internet*. New York: Routledge, 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

FRANZONI, Juliana M. *Domesticar la incertidumbre en América Latina*. Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 2008.

GASPARIN, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

GROOM, Brian. *Detaining suspects not abuse of Human Rights*. In *Financial Times*, London, Nov. 12, 200. In *Terminiello v. City of Chicago*, 337 U.S. 1 (1949), p. 24.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2002.

KAPLAN, F. and SCHWARTZ, S. (Eds.). *Human judgment and decision processes*. New York: Academic Press, 2005.

KITTRIE, Nicholas N. *Patriots and Terrorists: reconciling human rights with world order*. In *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 13/291, <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol13/iss2/3>, em 06/05/2019.

LEAL, Rogério Gesta. *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

---. *Estado, Administração Pública e Sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LUECKE, Richard. *Gerenciando a crise*. Rio de Janeiro: Record, 2010.

MURRAY, Alastair. *Reconstructing Realism: between power politics and cosmopolitan ethics*. Edinburgh: Keele University Press, 2007.

PEREIRA, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROSENTHAL, Peter. *The New Emergencies Act: Four Times the War Measures Act*. In *Manitoba Law Journal*, n° 563, 576-80 (1991), acesso por [https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/manitob20&div=44&iid=&page=](https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/manitob20&div=44&iid=&page=,), 11/02/2019.

SCHREUER, Christoph. *Derogation of Human Rights in situations of public emergency: the experience of the European Convention on Human Rights*. In *Yale Journal*, 9, *World Public Order*. 113, 123 (1982): <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol9/iss1/6>, em 20/05/2019.

SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

SUNSTEIN, Cass R. *Probability Neglect: emotions, worst cases, and law*. In OLIN, John M. Program in Law and Economics. Chicago University. Chicago University Press - Working Paper No. 138, 2001, <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>, em 01/04/2019.

VASQUEZ, John A. *The Power of Power Politics: a critique*. New Brunswick: Rutgers University Press, 2009.

WOLIN, Sheldon S. *Democracy incorporated: managed democracy and the specter of inverted totalitarianism*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

LA INFLUENCIA DEL POSITIVISMO PENAL EN NUESTROS DÍAS. UNA MIRADA DESDE EL CASO DE LA CORTE IDH “FERNÁNDEZ PRIETO Y TUMBEIRO VS. ARGENTINA”.

Rodrigo Rios Álvarez¹

1 INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo abordaremos la influencia que ha tenido hasta nuestros días el positivismo penal, y que ha permeado de manera importante en nuestros países, básicamente en el rol policial cuando se ve enfrentado a dotar de contenido disposiciones legales amplias vinculadas a la detención y otras medidas privativas y/o restrictivas de libertad, abriendo paso a una serie de infracciones legales y constitucionales a consecuencia de arbitrariedades y actuaciones plagadas de prejuicios que encuentran un punto de conexión con aquellas enseñanzas que entroncan las razones del delito en aspectos etiológicos.

El camino que proponemos recorrer parte de una descripción de los principales postulados de la escuela positivista penal clásica, que encuentra en la triada Lombroso, Ferri y Garofalo a sus máximos exponentes, para luego describir su recepción en América Latina, sintetizando el pensamiento de sus principales exponentes.

Este recorrido descriptivo, será luego cotejado con un análisis de la sentencia de la Corte IDH en el caso “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina”, a efectos de constatar cómo esta línea de pensamiento ha pervivido a lo largo del tiempo, y lo arraigada que se encuentra en muchos

1 Doutorando em Direito, Advogado e Professor da Faculdade de Direito da Finis Terrae.

de nuestros operadores penales, siendo el caso en comento un ejemplo concreto de aquello.

2 POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO

En una primera etapa, la criminología fue comprendida como el estudio empírico de la criminalidad y sus causas. Se trataba en consecuencia de establecer la causa por la que alguien había llegado a ser un criminal.

Aun aceptando que la Criminología surgió con el pensamiento ilustrado en el siglo XVIII, admite que como ciencia, la Criminología apareció en este momento, con el positivismo del siglo XIX pues, “desde un punto de vista metodológico, el Iluminismo se planteó exclusivamente en el plano conceptual o filosófico... Es el positivismo, en cambio, el primero que completa la metodología científica, al posibilitar no sólo una contrastación o verificación conceptual, sino también empírica. Con ello se da nacimiento a una ciencia².”

Sobre este punto –cuándo nació la criminología- Zaffaroni entre-
ga una alternativa para asumir esta respuesta,

Si consideramos que el criminalizado es anormal, ya sea por sus características biológicas o psicológicas, o porque estadísticamente es un “desviado”, tenemos un campo del saber delimitado al margen del poder controlador, la única referencia al poder controlador será la necesaria para “mejorarlo” y, por ende, la criminología que necesitamos es la que surge con Lombroso o con Quetelet. Si, por el contrario, creemos que el sistema penal y la reacción penal —es decir, la manifestación represiva del poder— deben ser cuestionados y modificados estructuralmente, la criminología que necesitamos debe remontarse a los planteamientos acerca del fundamento de ese poder, que corresponde a los llamados “clásicos”,

2 Bustos, Juan, citado por Rivera, Iñaki, *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2009, p. 55.

esto es, a los autores anteriores al positivismo y que arrancan fundamentalmente del siglo XVIII³.

Es en este origen donde se sitúa la escuela positivista italiana a principios del siglo XIX, y sus tres grandes representantes: Cesare Lombroso, Enrico Ferri y Raffaele Garofalo. De hecho, fue este último, el jurista entre los positivistas, quien primero tituló en 1855 un libro bajo el rótulo de “criminología”⁴.

Así, la criminología, en cuanto disciplina científica surge como una mirada marcadamente etiológica, esto es, tratando de desentrañar las causas de la criminalidad, por lo que es ésta la que constituirá su objeto de estudio, vale decir, aquello que en concreto ha sido definido como crimen y como criminales por la aplicación del sistema de control penal⁵.

De los tres autores mencionados, quien es catalogado como padre del positivismo italiano es Cesare Lombroso⁶, médico de profesión,

3 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Bogotá, Editorial Temis, 1988, p. 100.

4 El título del libro publicado en Turín en 1885, fue “Criminología. Estudio sobre el delito, sobre sus causas y la teoría de la represión”. “La obra Sociología criminal de Ferri, aparecida con ese nombre en 1892, pero cuya primera edición databa de 1880, es, probablemente, el antecedente jurídico más relevante, en tanto marca el comienzo del empleo, dentro de la ciencia jurídica, de conocimientos y clasificaciones que provenían del campo antropológico y médico, en oposición a la llamada Escuela Clásica”, Elbert, Carlos Alberto, *Manual básico de criminología*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1998, p. 48.

5 “El sistema penal se sustenta, pues, según la concepción de la Escuela Positiva, no tanto sobre el delito y sobre la clasificación de las acciones delictuosas, consideradas abstractamente y fuera de la personalidad del delincuente, sino más bien sobre el autor del delito, y sobre la clasificación tipológica de los autores”, Baratta, Alessandro, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal*, en Poder y Control, Revista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social, N° 0, Barcelona, 1986, p. 32.

6 Jiménez de Asúa entrega un matiz al respecto, indicando que “Lombroso, según hemos visto, lo que hace es crear una ciencia denominada por él Antropología criminal, -que no es otra cosa que una disciplina causal-explicativa de la criminalidad. El positivismo se crea, realmente, por Ferri y también por Garofalo [...]”, Jiménez de Asúa, Luis, *Principios de Derecho Penal. La ley y el delito*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Editorial Sudamericana, 1997, p. 56.

quien en su libro “El hombre delincuente”, de 1876⁷, desarrolló el concepto de delincuente nato⁸, basándose en la frenología (estudio del carácter y las funciones intelectuales del hombre, apoyado en la forma exterior del cráneo), procurando establecer las características frenológicas de los delincuentes natos, esto es, características y medidas corporales que permitirían establecer quienes poseían tal carácter⁹. Según él, este tipo de personas presentarían en sus cuerpos rasgos atávicos que denunciarían la presencia de un delincuente nato¹⁰. La forma del cerebro (plano), distancia entre los ojos, presencia del lóbulo en la oreja, el largo de los brazos, etc., eran factores considerados como definitorios de esta condición¹¹. Sobre este punto Zaffaroni subraya que para Lombroso, este delincuente atávico “no tenía moral, se parecía físicamente al indio o al negro, era insensible al dolor, infantil, perverso, etc. El estado de guerra hobbesiano se había cientifizado y era el de los colonizados y los delincuentes”¹².

Cabe señalar que con el tiempo, Lombroso modificó su teoría, por ejemplo, a propósito de la relativización que sufrió su teoría producto de verificaciones médicas, “tuvo que rectificar constantemente sus afirmaciones más aventuradas; así, en un principio afirmó que entre el 65% y el 75% del total de los criminales tendrían la calidad de “natos”, que luego

7 “Pequeño opúsculo al principio y que se transforma, en virtud de sucesivas ediciones, en una obra de tres tomos y un atlas”, Jiménez de Asúa, Luis, op. cit., p. 49. Para una revisión de la influencia de esta obra, puede revisarse Lombroso, Gina, *La vida de Lombroso*, Ciudad de México, Instituto de Ciencias Penales, 2009, p. 155 y ss.

8 Zaffaroni sostiene que la denominación de delincuente nato Lombroso la toma a sugerencia de Ferri, y que sería una expresión plagiada del frenólogo español Cubí y Soler, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 240. *Ibid.* p. 223.

9 Anitua, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2015, p. 220.

10 Lombroso, Gina, op. cit. pp. 98 y 99.

11 “El delincuente era un salto atrás en la evolución humana pregonada por Darwin, un atavismo de aquellos tiempos que no había evolucionado. En El hombre delincuente, asegura que esa tara puede reconocerse por los rasgos físicos”, *ibid.* p. 221. Sobre las anomalías cerebrales y as del cerebro, Lombroso, Cesare, *Los criminales*, Barcelona, Centro Editorial Presa, 1916, p. 8. ente, Lombros, icando que e cada pauestra regiledo-Perrot, p. prueba sus hipuente, sino mñas da, en los cas

12 Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006), op. cit. p. 240.

fijaría en un 40% y finalmente en un tercio”¹³, y haciendo una variación también en el factor determinante de la existencia de un delincuente nato trasladándolo a la presencial del *petit mal*, esto es, epilepsia larvada¹⁴. En palabras del propio Lombroso “la semejanza de los criminales con los epilépticos hállase manifestada también en el retraso de la calvicie y canicie [...] He observado en unos y otros la tendencia a la vagabundez, la obscenidad, pereza, orgullo del delito, grafomanía, argot, tatuaje [...]”¹⁵. En su libro póstumo “El delito: sus causas y remedios”, de 1911, amplió esas causas

reducidas en un principio al atavismo y las enumeró en: debidas al clima, a la geología, a la raza, a la civilización y a la prensa, a la densidad de la población e inmigración, a la subsistencia, al alcoholismo y otras drogas, a la falta de educación, a la condición económica, a la religión, a la orfandad, a la herencia, la edad, el sexo, o a la imitación¹⁶.

En lo que se refiere a Enrico Ferri, el sociólogo que consecuentemente se transformó en el padre de la criminología etiológica de raigambre sociológica. Su objeto de estudio fue la criminalidad efectivamente existente en una sociedad dada, en un momento determinado. En coherencia con ello, los fenómenos sociológicos que desde esta perspectiva interesan son aquellos que corresponden a los grupos sociales de donde arrancan o salen los criminales que conforman esa criminalidad dada en un momento determinado. Dentro de su incidencia en la tesis original de Lombroso, se atribuye a Ferri el haber instalado “la necesidad de incorporar mayores elementos *spencerianos* en la ‘etiología’, dando lugar a

13 Elbert, Carlos Alberto, op. cit., p. 50. Sobre estos cambios en la teoría de Lombroso, véase Ingenieros, José, *Criminología*, Madrid, Daniel Jorro Editor, 1913, p. 97.

14 Sobre este punto, Zaffaroni, Eugenio Raúl (1988), op. cit. p. 162. “El criminal nato lombrosiano y el loco moral de la psiquiatría racista inglesa, prácticamente se superpusieron, reconociendo su base en la epilepsia larvada. Como en algunas crisis epilépticas el paciente ladra, muerde y come carne cruda, bastaba eso para dar por probado que la epilepsia era una forma de atavismo o un agente atávico básico. Es curioso que la enfermedad elegida para generalizar fuese la epilepsia, enfermedad considerada como sagrada en muchas culturas”, *ibíd.*

15 Lombroso, Cesare, op. cit., pp. 69 y 70.

16 Anitua, Gabriel Ignacio, op. cit., p. 223.

una teoría etiológica ‘multifactorial’, pese a mantener la tesis del criminal ‘nato’, aunque en forma mucho más atemperada”¹⁷, lo cual llevó a que su aporte esencial estuviera en el rol de defensa social que debía cumplir el sistema penal mediante la aplicación de “medidas”, “nombre con el cual rebautizaba a las penas y les ocultaba su carácter doloroso y sus límites— que no debían reconocer otro criterio limitativo que la “peligrosidad del autor”¹⁸.

A su turno, Raffaele Garofalo, aristócrata y magistrado, es descrito aguda y lapidariamente por Zaffaroni, como alguien que “no oculta su autoritarismo, su índole esencialmente antidemocrática ni la extrema frialdad genocida de su pensamiento. Con Garofalo queda clara la tesis de la guerra al delincuente y el positivismo italiano alcanza su más ínfimo nivel de contenido pensante”¹⁹. “Construyó una ideología idealista muy burdamente disfrazada de ‘ciencia’, que es la mejor síntesis de racionalizaciones para todas las violaciones de derechos humanos que se haya escrito a lo largo de la historia y quizá parcialmente superada solo por algunos autores nacionalsocialistas”²⁰.

En este contexto, estos autores positivistas, ya sea desde la concepción basal de Lombroso, con los aspectos sociológicos añadidos posteriormente por Ferri, “partían de una concepción del fenómeno criminal según la cual éste era puesto como un dato ontológico preconstituido a la reacción social y al derecho penal; la criminalidad podía, por lo tanto, devenir objeto de estudio en sus causas, independientemente del estudio de las reacciones sociales y del derecho penal”²¹.

En un primer análisis, y como es evidente, se pudo constatar que un porcentaje relevante de esos criminales pertenecían a los grupos sociales más pobres y más desfavorecidos económicamente, y consecuentemente se buscan dentro de esos grupos sociales las causas de la delincuencia, con la idea subyacente de que los pobres son más delincuentes

17 Zaffaroni, Eugenio Raúl (1988), op. cit. pp. 167 y 168.

18 Ibid. p. 168.

19 Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006), op. cit. p. 243. Agregando que “para Garofalo las culturas que no compartían las pautas valorativas europeas eran tribus degeneradas que se apartaban de la recta razón de los pueblos superiores y que eran a la humanidad lo que el delincuente es a la sociedad, esto es, seres inferiores y degenerados”, ibíd.

20 Zaffaroni, Eugenio Raúl (1988), op. cit. p. 168.

21 Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, 2004, p. 34.

en comparación con otros grupos mejor posicionados económicamente (la ecuación delincuente es igual a pobreza). Tal como señala Anitua

La justificación racista y desigualitaria del positivismo criminológico se basaba en lo que las policías realmente hacían. Con la observación de aquellos pobres hombres que eran enviados a los calabozos, el positivismo realiza la síntesis de delito y delincuente. De la que surgirá la ciencia del hombre criminal o criminología, desde sus orígenes mucho más ligada al pensamiento conservador o reaccionario que al progresista, aunque habrá positivistas que se inspiren tanto en las ideas de derecha cuanto en las de izquierda²².

La influencia de esta forma de pensamiento, se mantuvo imperante hasta la segunda mitad del siglo XX, momento en el cual se produjo un cambio de paradigma, donde se percibió que la criminalidad, o el comportamiento desviado, no era propio de un determinado segmento social, sino que por el contrario, se presentaba en todos los sectores sociales. Cosa diversa era su persecución, donde se puede apreciar una selectividad que determina que la persecución de delitos sea mayor en los sectores bajos económicamente hablando. Como Baratta sostiene,

Debe, sin embargo, recordarse que era precisamente del derecho penal positivo de donde la criminología obtenía de prestado, sea como fuere, las definiciones de la realidad que pretendía en seguida estudiar con el método científico-naturalista. Los sujetos que observaba clínicamente para elaborar la teoría de las causas de la criminalidad eran individuos caídos en el engranaje judicial y administrativo de la justicia penal y, sobre todo, clientes de la cárcel y del manicomio judicial, individuos seleccionados por ese complejo sistema de filtros sucesivos que es el sistema penal. Los mecanismos selectivos que en él funcionan, desde la creación de las normas hasta su aplicación, dan cumplimiento a procesos de selección que se desenvuelven en la sociedad, y para los cuales, como pronto se verá, es decisiva la pertenencia a diversos estratos sociales²³.

22 Anitua, Gabriel Ignacio, op. cit., p. 218.

23 Baratta, Alessandro (2004), op. cit., p. 34.

En lo que respecta a su influjo en América Latina, se constata una fuerte incidencia del pensamiento positivista criminológico en la región, concretamente en la década del ochenta del siglo XIX, caracterizado por la consolidación de economías de exportación en los principales países del continente. Fenómenos locales como “la concentración terrateniente en el ‘porfirismo’ mexicano; la decadencia total de la esclavitud [...] en beneficio de la economía exportadora sureña en Brasil; el establecimiento del “roquismo” en Argentina y [...] la consolidación de la dependencia financiera en Perú, después de la guerra del salitre”²⁴. En la misma idea revisionista del influjo positivista en nuestra región, Jiménez de Asúa destaca que su desembarco en Iberoamérica determina la formación del pensamiento de las clases dirigentes, moldeándose de acuerdo a las realidades particulares de cada país, “se hace burgués en Méjico, se hace católico en Colombia, donde Escallón habla de una escuela católico-positivista, y en Chile se convierte en ameno y discursivo por lógica exigencia de quien allí lo personifica”²⁵.

Específicamente en lo que respecta a Argentina,

probablemente el temprano éxito del positivismo [...] se debió a la afirmación que tuvieron estas últimas disciplinas tras la epidemia de “fiebre amarilla” que asoló Buenos Aires en 1871. Tras ella, al igual que tras otras “pestes” en el mundo occidental, se verificó un importante gasto en erradicación de cementerios, mataderos y otras “áreas de contagio”, así como para la creación de ordenadas redes de calles, cloacas y agua potable. Todo ello permitió la consolidación de un nuevo grupo de “expertos”, los médicos, que asimismo consolidarían el proyecto de centralización y burocratización de las nuevas autoridades estatales²⁶.

Al respecto, Bergalli nos señala que,

[...] el positivismo criminológico vino a servir como un elemento conceptual para la legitimación de la política criminal de su época. Si éste fue el servicio que los estudios de la Scuola Positiva aportaron a la consolidación del proceso de unidad en Italia y al éxito

24 Zaffaroni, Eugenio Raúl (1988), op. cit. p. 171.

25 Jiménez de Asúa, Luis, op. cit. p., 55.

26 Anitua, Gabriel Ignacio, op. cit. p. 240.

definitivo de la burguesía como clase triunfadora, no resulta exagerado afirmar que lo propio puede atribuirse a la nueva ciencia en el Plata y a toda la América Latina sobre la que ella se difundió, en tanto permitió establecer diferencias entre los inmigrantes que aceptaban el legítimo monopolio del poder por parte de una minoría ilustrada y los que reclamaban una participación en él²⁷.

A nivel comparativo con la experiencia argentina, Matus data el arribo del positivismo criminológico a Chile a fines del siglo XIX, poniendo en entredicho las afirmaciones dominantes que dan cuenta de una recepción tardía de esta corriente de pensamiento a mediados del siglo XX. Señala al respecto

Contra la opinión dominante, [...] el positivismo no fue introducido en Chile tan tardíamente como se dice (década de 1940), sino ya a finales del siglo XIX, a través de las enseñanzas de don Valentín Letelier, profesor de ¡Derecho Administrativo! de la Universidad de Chile desde fines del siglo XIX, y su Rector a la vuelta del siglo [...] Letelier había comprendido que la Escuela Antropológica de Lombroso –difundida entre los médicos nacionales por el Dr. Luis Gambara, “Delegado general de la Escuela Positiva Penal en las Repúblicas Hispano-Americanas”, quien dictó un curso completo de “Derecho Penal Positivo” en la Sociedad Médica de Santiago, el que fue impreso Santiago en 1906– sólo abarcaba un capítulo de la “criminología positiva” y “no podía abrazar todo el derecho penal”, por lo que quedaba pendiente la labor de “reconstruir sobre bases positivas la ciencia del derecho penal”, lo que sólo podría hacerse estudiando el derecho “a la manera de un fenómeno social, esto es, de un fenómeno que nace, se desarrolla i se modifica a medida de las necesidades de cada pueblo en cada momento de su vida”, a la manera de Garofalo y Ferri²⁸.

27 Bergalli, Roberto, en su epílogo de la obra de Pavarini, Massimo, *Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Buenos Aires, Siglo veintiuno editores Argentina, 2002, p. 206.

28 Matus, Jean Pierre, *El Positivismo en el Derecho Penal chileno. Análisis sincrónico y diacrónico de una doctrina de principios del siglo XX que se mantiene vigente*, en Revista de Derecho, Vol. XX, N° 1, julio de 2007, pp. 177 y 178.

Sea cual sea la realidad particular de cada país, lo cierto es que el factor común que se constata es que con “la biologización del delito, la criminología nació académicamente como un saber que se dedicaba a señalar signos y síntomas de una *specie generis humani* inferior, como capítulo de la antropología física. Su objeto estaba bien delimitado: se trataba del estudio de un grupo humano biológicamente inferior”²⁹. Y es a partir de este cimiento que se entronca el concepto de peligrosidad, esencialmente con el aporte Ferri, quien ve en el delito una fuente de peligrosidad, y por ende, aquel que realiza alguna conducta definida como delito adquiere al catálogo de peligroso.

Lo anterior es de vital importancia para comprender, y constatar a la vez, la influencia actual del positivismo criminológico. Una revisión de las legislaciones de los países de nuestra región, dan cuenta de una recepción y mantención de criterios de peligrosidad en la adopción de decisiones que impliquen restricciones o privaciones de libertad, tal como veremos específicamente cuando analicemos la sentencia de la Corte IDH en los casos de los Sres. Fernández y Tumbeiro, o incluso hasta hace unas décadas atrás con la punición de la vagancia y mendicidad, tal como ocurría en Chile en los artículos 305 a 312 del Código Penal³⁰, y que fueran derogados recién en el año 1998³¹.

Esto es constatado por Pavarini, quien señala al respecto que

Conviene, en este momento, adelantar una doble observación: en primer lugar, más que en sus resultados y en sus intenciones, la criminología positivista se caracterizará por su método; en segundo lugar, si bien esta aproximación marcará todo el pensamiento

29 Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006), op. cit. p. 240.

30 “[...] A eso se lo llamó estado peligroso sin delito, pretendiendo penar a los vagos, mendigos, ebrios, consumidores de tóxicos, prostitutas, homosexuales, jugadores, rufianes, gigolós, adivinos, magos, curanderos, religiosos no convencionales, etc., sin que cometiesen delito, sólo en función de su pretendida peligrosidad predelictual”, ibíd., pp. 242 y 243. Sobre el rol de la vagancia y mendicidad como factor en la “formación” de futuros delincuentes”, Ingenieros, José, op. cit. pp. 16 y 17.

31 Por ejemplo, el artículo 305 del Código Penal chileno señalaba: “Son vagos los que no tienen hogar fijo ni medios de subsistencia, ni ejercen habitualmente alguna profesión, oficio u ocupación lícita, teniendo aptitudes para el trabajo”. A su turno, el artículo 306, sancionaba al vago con las “penas de reclusión menor en su grado mínimo i sujeción a la vijilancia de la autoridad”.

criminológico de fines del siglo XIX, algunos de los presupuestos epistemológicos de aquel saber, si no todos, contaminaron también la criminología burguesa del siglo XX; una herencia -la del positivismo- que es posible encontrar todavía hoy en las teorías criminológicas más acreditadas³².

Si tuviéramos que sintetizar la génesis, desarrollo e impacto del positivismo criminológico, habría que recurrir a lo señalado por Zaffaroni en este punto,

Como las agencias policiales no tenían discurso propio, éste fue facilitado por el poder médico y produjeron el vaciamiento pensante del discurso penal, legitimando del ejercicio de su poder hasta lo insólito, para lo cual archivaron el paradigma del contrato y volvieron al organismo, resurgiendo la total identificación de la pena con la coerción policial y la integración del derecho penal y procesal penal con la criminología y la criminalística, en un conforme al cual el derecho penal positivista se lanzaba a la búsqueda libre de los signos del mal (peligrosidad), pasándose a despreciar la legalidad como un obstáculo formal; a considerar a la defensa y a la acusación como colaboradores del tribunal, que debían asistirlo para que perciba mejor los signos y síntomas de la peligrosidad; a propugnar la prisión preventiva para cualquier delito³³.

Modernamente esta percepción de la criminología ha entrado en crisis en cuanto se ha comprobado que el delito, y la criminalidad, son un problema de definición. Tal como hemos destacado, la percepción etiológica de la criminología tenía encubierto un componente altamente autoritario y conservador, en cuanto situaba a la criminalidad en el ámbito de los fenómenos naturales y objetivos en el ámbito de las ciencias naturales, en un sentido neokantiano de la expresión. Y esta aparente científicidad permitió que el positivismo, tal como señala Rivera, “encontrara en las instituciones de secuestro perfectos laboratorios donde poner a prueba sus hipótesis”³⁴.

Luego, si estaba en dicho ámbito (ciencias naturales, ámbito objetivo de lo neutro valorativamente) quedaba al margen de los procesos de

32 Pavarini, Massimo, op. cit. p. 43.

33 Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006), op. cit. pp. 245 y 246.

34 Rivera, Iñaki, op. cit. p. 56.

definición, por ende, al margen de la interacción social y al margen de la influencia del poder. Ello permitía situar al criminal desde una perspectiva presuntamente científica como un “distinto”, como un “otro”, como alguien que presentaba características intrínsecamente perversas, como un ser distinto de los seres humanos normales, como un “anormal”, y legitimaba con ello que se aplicaran a su respecto estrategias de ingeniería social. En palabras de Pavarini, “la criminología positivista, no prestando ningún interés a las razones que subyacen al proceso de definición -por qué ciertas acciones son definidas como criminales y otras no-, implícitamente atribuye al mismo poder represivo -o sea al poder estatal- la autoridad sobre lo que no podía ser diverso”³⁵.

Por ello, en el cambio de paradigma que implicó dejar atrás en gran medida estas concepciones, se asumió que el conflicto social y el comportamiento desviado son connaturales a la vida en sociedad, y que su definición como tales, es el resultado de estrategias de modalidades, de formas de interacción social, en las que no puede dejarse de lado el problema del poder. Se comprende que el conflicto, que el objeto de estudio, no viene dado solo por la criminalidad, sino también por la criminalización, o sea, por aquel proceso en virtud del cual una sociedad dada convierte determinadas conductas y define a determinadas personas como criminales.

Este proceso de definición trae aparejada la ventaja, de que esta percepción enriquecida del fenómeno, permite analizar críticamente los mecanismos y procesos de criminalización, y de la otra, percibir a los “clientes” de dichos procesos como ciudadanos normales, y en consecuencia, dotados de los mismos derechos.

Por eso, si en algo tendríamos que coincidir al hacer esta mirada retrospectiva, es que la criminalización no es un problema natural tal como lo pretendieron los positivistas de la escuela italiana, y de allí en más todos sus seguidores, sino que se trata de un problema social plagado de significados y significaciones.

3 SÍNTESIS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE IDH FERNÁNDEZ PRIETO Y TUMBEIRO VS. ARGENTINA

El 14 de noviembre de 2018, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la “Comisión”) sometió a la jurisdicción

35 Pavarini, Massimo, op. cit. p. 44.

de la Corte IDH el caso de los Sres. Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro respecto a la República Argentina. El presente caso dice relación con las detenciones ilegales y arbitrarias de ambos ciudadanos argentinos, por parte de la Policía de la Provincia de Buenos Aires y agentes de la Policía Federal Argentina, en los años 1992 y 1998, respectivamente.

En concreto, la Comisión fundó su postura especificando que ambas detenciones se realizaron sin orden judicial y sin existir hipótesis de flagrancia, y a nivel formal, en ninguno de los casos se estableció de manera detallada, en la documentación oficial respectiva, cuáles fueron los elementos objetivos que dieron lugar a un grado de sospecha razonable en la comisión de un delito. Tratándose de la detención del Sr. Tumbeiro esta se habría justificado por los agentes policiales en parámetros de “estado de nerviosismo” e “inconsistencia” entre su vestimenta y la zona en la cual se encontraba, lo que a criterio de la Comisión revela cierto contenido discriminatorio con base en la apariencia y los prejuicios sobre dicha apariencia en relación con la zona respectiva.

Basado en ello, la Comisión estimó que ambas detenciones y las requisas efectuadas consecuentemente infringieron los estándares de legalidad y no arbitrariedad, no ofreciendo las autoridades judiciales los recursos efectivos a los afectados, pues no sólo continuaron con la omisión estatal de exigir razones objetivas para el ejercicio de la facultad legal de detener a personas con base en sospecha, sino que validaron como legítimas las razones dadas por los agentes de la policía.

A su turno, la Defensoría General de la Nación presentó su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, alegando que el Estado argentino era responsable por “la violación de los derechos a la libertad personal, a la protección de la vida privada, la honra y la dignidad, y al control judicial, revisión integral y tutela judicial efectiva, previstos en los artículos 7.1, 7.2, 7.3, 7.5, 8.1, 8.2.h, 11.1, 11.3 y 25 de la Convención, junto con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Carlos Alberto Fernández Prieto y del señor Carlos Alejandro Tumbeiro”, así como por la violación a los artículos 1.1 y 24 de la Convención en perjuicio del señor Carlos Alejandro Tumbeiro.

Cabe destacar que con fecha 4 de marzo de 2020 el Estado reconoció su responsabilidad internacional respecto de la violación a los artículos 7, 8, 11 y 25 de la Convención en perjuicio de los Sres. Fernández y Tumbeiro. Asimismo, aceptó su responsabilidad internacional respecto del Sr. Tumbeiro por la violación a los artículos 1.1 y 24 de la Convención,

admitiendo la totalidad de las conclusiones establecidas por la Comisión, lo cual incluye que las detenciones de los Sres. Fernández y Tumbeiro se enmarcaron en un contexto general de detenciones practicadas sin orden judicial ni supuestos de flagrancia en Argentina. El Estado reconoció que este “caso constituye un emblema de lo que se conoció en nuestro país, durante la década del 90, como el ‘olfato policial’, que implicaba actuaciones policiales descontroladas, incentivadas por políticas de seguridad pública basadas en operativos de prevención discrecionales, sin investigación ni inteligencia previa, y por ello, profundamente ineficientes”.

Resulta interesante la cita que la Corte IDH efectúa del caso *Caso Bulacio vs. Argentina*, en donde ya se había advertido a Argentina que en su territorio “se llevaban a cabo prácticas policiales de detención indiscriminada”, observando que, durante el período de 1991 a 2003, la política de control del delito en la ciudad de Buenos Aires “desarrolló técnicas de intervención” con la finalidad de prevenir el delito que “comprenden la presencia y vigilancia policial en el espacio público y la detención policial de personas sin orden judicial”, agregando que “la policía detiene a una gran cantidad de personas en conjunto o individualmente, y no es sino hasta que las lleva a la comisaría cuando se les “clasifica” como adultos, jóvenes, mujeres, varones. Dichas detenciones masivas se llevan a cabo bajo la definición a priori de que hay determinadas personas que, según el programa de la defensa social, per se pueden cometer delitos”.

4 DECISIÓN DE LA CORTE IDH

La Corte al resolver, primeramente establece cuáles son los supuestos específicos de cada caso. Respecto del Sr. Fernández, estamos en presencia de una interceptación y posterior registro del automóvil donde él se transportaba, por parte de la Policía de la Provincia de Buenos Aires. Respecto del Sr. Tumbeiro, su caso dice relación con su detención con fines de identificación y requisita corporal por parte de la Policía Federal Argentina. Estos actos implicaron tanto una restricción a la libertad de movimiento, como una revisión de las pertenencias que llevaban consigo, ya fuera en virtud del registro del automóvil en el caso del Sr. Fernández, o por la requisita corporal del Sr. Tumbeiro.

La Corte destaca el hecho de que ambas retenciones fueron ejecutadas por la policía en su labor de prevención del delito y no como parte de una investigación penal, por lo que la mudanza a una detención

propriadamente tal se debió a las pruebas obtenidas a causa del registro y requisas efectuados a ambos ciudadanos, por lo que estima la Corte que ambos casos pueden ser analizados a partir de los derechos a la libertad personal y a la protección a la honra y la dignidad, reconocidos en los artículos 7 y 11 de la Convención.

La Corte para abordar el fondo de la discusión, escindió el análisis en: a) el derecho a la libertad personal en relación con la intercepción del automóvil en que viajaba el Sr. Fernández y la detención con fines de identificación del Sr. Tumbeiro, y b) la protección a la honra y dignidad en relación con el registro del automóvil en que viajaba el Sr. Fernández y la requisas corporal del Sr. Tumbeiro.

En lo que respecta al derecho a la libertad personal y la seguridad personal, la Corte ha señalado que constituyen garantías para la detención o encarcelamiento ilegal o arbitrario. Reconoce el derecho de todo estado de resguardar el orden público, pero ello a su vez conlleva la obligación de enmarcar sus actuaciones conforme a Derecho y en respeto de los derechos fundamentales. Es en este aspecto donde la Corte realiza una observación crítica de las actuaciones de los agentes estatales, produciéndose una paradoja en cuanto las conductas por ellos desplegadas se transforman en fuentes de peligro para el ejercicio de los derechos que corresponden a los ciudadanos. Expresamente la Corte señala que los “agentes estatales, en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a la libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida” (párr. 64).

Dicho lo anterior, la Corte ratifica el ámbito de validez en el cual resulta ajustada a la legalidad una restricción al derecho a la libertad personal, a saber, cuando se realiza acorde al mandato constitucional, o bien, por leyes de rango inferior que han sido dictadas en conformidad a la carta fundamental. En consecuencia, el ámbito de competencia de la Corte viene dado por la remisión que la CADH efectúa a las legislaciones internas, pero de aquella remisión no se sigue que la Corte no pueda conocer de aquellos casos de acuerdo a lo establecido en la propia CADH. Es esto lo que en definitiva permite que se efectúe este control de convencionalidad que permite testear la observancia del artículo 7.2 de la CADH, por ello “si la normativa interna, tanto en el aspecto material como en el formal, no es observada al privar a una persona de su libertad, tal privación será ilegal y contraria a la Convención Americana, a la luz del artículo 7.2 (párr. 67).

5 DETENCIÓN DEL SR. FERNÁNDEZ

Hecho este preámbulo, la Corte analiza de manera diferenciada ambos casos. En primer término, en lo relativo a la detención del Sr. Fernández, se constata el marco normativo argentino aplicable a este caso. La Constitución de Argentina establece en su artículo 18 que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”. A nivel legal, el artículo 4° del Código de Procedimientos, vigente en aquella época (1992), disponía que “el Jefe de la Policía de la Capital y sus agentes tienen el deber de detener a las personas que sorprendan in fraganti delito y a aquellas contra quienes hayan indicios vehementes o semivehementes o semiplena prueba de culpabilidad, debiendo ponerlas inmediatamente a disposición del juez competente”.

La Corte luego recuerda los hechos que motivaron la detención del Sr. Fernández, el 26 de mayo de 1992, indicando que éste viajaba en su vehículo cuando fue interceptado por la Policía Provincial de Buenos Aires, siendo acto seguido registrado por dichos agentes policiales. La razón del control se debió –según lo manifestado por los propios policías– a que en el vehículo viajaban “tres sujetos en actitud sospechosa”. El resultado del registro fue la incautación de unos paquetes que “parecían ser marihuana” y un revólver. La culminación judicial del caso (19 de julio de 1996) significó para el Sr. Fernández una condena a cinco años de prisión por el delito de transporte de estupefacientes.

Constatado aquello, la Corte coteja que aquel supuesto de hecho no es posible subsumirlo en ninguna de las tres hipótesis contempladas en el artículo 4° del Código de Procedimientos antes citado, por lo que la escueta explicación de tratarse de “sujetos en actitud sospechosa” no permitía justificar el actuar policial *ex ante*, así como tampoco los hallazgos producidos *ex post* al control vehicular, razón por la cual se está en presencia de una actuación evidentemente ilegal, al haber actuado los agentes policiales fuera del ámbito de competencia que la legislación interna argentina les atribuía (detención del vehículo, obligación de descender del mismo, registro y privación de libertad).

Respecto de la responsabilidad de los tribunales que conocieron sobre este caso, la Corte efectúa el mismo reproche, en cuanto a que no se pronunciaron en torno a esta ilegalidad, y no dieron razones de por qué entendían que el caso en comento se ajustaba a Derecho, teniendo en vista los requisitos del artículo 4° del Código de Procedimientos, sino que

se contentaron con la mera afirmación de que “los policías actuaron en cumplimiento de su tarea de prevención del delito y por las pruebas obtenidas en virtud de dicha actuación” (párr. 71), además de darle mérito a la sospecha como razón suficiente del actuar policial, usando el tribunal de primera instancia la siguiente expresión: “se me deberá decir si ante una situación como la planteada los custodios del orden no estaban en la real facultad de proceder como lo hicieron so riesgo no solo de cumplir con una tarea primaria que les es asignada, sino de evitar males de los cuales la sociedad y el derecho tienen derecho a cobijarse [...]” (párr. 72). Esta misma forma de entender y justificar el procedimiento policial tuvo la Corte Suprema argentina, señalando sobre este punto que el actuar policial “tuvo por sustento la existencia de un estado de sospecha de la presunta comisión de un delito [...] en ese contexto interceptaron un automóvil al advertir que las personas que se encontraban en su interior se hallaban en ‘actitud sospechosa’ de la presunta comisión de un delito, sospecha que fue corroborada con el hallazgo de efectos vinculados con el tráfico de estupefacientes [...]” (párr. 73).

En síntesis, la Corte constata que todos los pronunciamientos judiciales en torno al caso del Sr. Fernández se basaron en consideraciones relacionadas con la eficacia en la prevención del delito y con argumentos de naturaleza consecuencialista (los cuales validaban la actuación policial en virtud de los resultados obtenidos, es decir de las pruebas recabadas), sin tomar en consideración si la actuación de la policía se encuadraba dentro de los supuestos habilitantes previstos por el Código de Procedimientos para realizar una detención sin orden judicial. Así las cosas, se trató de un procedimiento ilegal desde la perspectiva de la normativa interna, y una violación a los artículos 7.1 y 7.1 en relación con el artículo 1.1 de la CADH

6 DETENCIÓN DEL SR. TUMBEIRO

En el caso del Sr. Tumbeiro, la Corte haciendo el mismo preámbulo normativo interno de Argentina, desde la Constitución a las normas de rango legal atingentes a los procedimientos policiales que pueden decantar en la detención de una persona, teniendo aplicación en este caso el contenido del Código Procesal Penal de la Nación. En concreto, el artículo 284 de este cuerpo legal dispone que “los funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener, aún sin orden judicial”, a: a) quien

“intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo”; b) quien se “fugare, estando legalmente detenido”; c) de manera excepcional, contra quien “hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención”, y d) quien “sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad [...]”.

Se cita además la Ley N° 23.950, la cual dispone que podrá detenerse a una persona fuera de los casos establecidos en la normativa procesal penal, y sin orden judicial, en la medida que “existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiere cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad, podrá ser conducido a la dependencia policial que correspondiese [...]”, con lo cual se reafirma la idea de que cualquier restricción al derecho a la libertad debe estar asociada a la comisión de un delito, y no puede quedar al mero arbitrio del agente policial y/o que no expliciten suficientemente las razones de ese actuar a la luz del estándar establecido en la norma antes transcrita.

La Corte explicita las razones que entregó uno de los agentes estatales que participaron del procedimiento que decantó en la detención del Sr. Tumbeiro, el cual manifestó “que ese día, cuando se encontraba recorriendo el radio jurisdiccional, pudo observar a una persona del sexo masculino el cual se hallaba vestido con zapatos negros, pantalón jean azul y camisa a cuadros, el que al observar la presencia policial se mostró sumamente nervioso y dubitativo a la vez que intentaba eludir el paso del móvil policial. Atento a ello, se procedió a detener su marcha y con el objeto de verificar si registraba algún impedimento legal, se invitó al mismo a ascender al móvil hasta tanto se determine mediante sistema dígito radial su identidad [...] debido a que continuaba sumamente nervioso, se solicitó la cooperación de los testigos [...] junto a los cuales se procedió a examinar los efectos personales de dicha persona”.

Constatado aquello, la Corte advierte que la detención se materializó basada en lo siguiente: a) se mostró nervioso ante la presencia de los policías; b) no estaba vestido conforme al modo de vestir percibido por los agentes como propio de la zona por la que transitaba, y c) contestó que se encontraba buscando un material “totalmente extraño a lo que podía obtenerse en los comercios aledaños” (párr. 78), por lo que ante tal constatación, las razones que motivaron esta detención con fines

de identificación “parecieron responder a preconceitos sobre cómo debe verse una persona que transita en un determinado lugar, cómo debe comportarse ante la presencia policial, y qué actividades debe realizar en ese lugar” (párr. 79). En consecuencia, una detención basada exclusivamente en estereotipos socioeconómicos respecto de determinados grupos sociales, de los cuales el Sr. Tumbeiro forma parte, dando lugar con ello a actuaciones discriminatorias y arbitrarias que son incompatibles con el artículo 7.3 de la CADH.

Es tajante la Corte en este punto: “El uso de estos perfiles supone una presunción de culpabilidad contra toda persona que encaje en los mismos, y no la evaluación caso a caso sobre las razones objetivas que indiquen efectivamente que una persona está vinculada a la comisión de un delito” (párr. 80). El uso de justificaciones tales como que el sector donde caminaba el Sr. Tumbeiro “no era propia de la zona de gente humilde”, dan cuenta de esta situación.

Al igual que el caso del Sr. Fernández, los tribunales argentinos que conocieron el presente caso, validaron el procedimiento policial, por cuanto dichos agentes solo actuaron en base a su deber de prevención del delito, y que el tribunal criminal “no se refirió a cuáles fueron las circunstancias objetivas que justificaron la detención con fines de identificación, ni abordó por qué las mismas se circunscribían a un cuadro de flagrancia, o cómo el presunto estado de nerviosismo del Sr. Tumbeiro apuntaba objetivamente a que se encontraba cometiendo un delito” (párr. 84).

Interesante resulta aquí el hecho de que la Cámara de Casación Penal absolvió al Sr. Tumbeiro porque “no mediaron circunstancias debidamente fundadas que hicieren presumir que alguien hubiere cometido algún hecho delictivo”, realizando en consecuencia un efectivo control de convencionalidad en dicha instancia, decisión que posteriormente fue revocada por la Corte Suprema argentina, confirmando la condena de primera instancia, al estimar que no existió irregularidad alguna en el procedimiento policial.

Ante ello la Corte vuelve a ratificar el criterio de que los resultados de un procedimiento policial no pueden teñirlo de legalidad si en su génesis no se han respetado las normas y reglas existentes en dicha legislación. Al igual que en el primer caso, aquí no existen razones objetivas que permitieran dotar de contenido las hipótesis que habilitaban detener a una persona sin orden judicial. Se está en consecuencia en presencia de una detención basada únicamente en prejuicios, y que fuera ratificada posteriormente por los tribunales que conocieron del caso, con la excep-

ción ya anotada de la Cámara de Casación Penal. Esta incidencia de la apariencia del Sr. Tumbeiro y de la supuesta anomalía del sector en el cual caminaba “hacen de la intervención policial una actuación discriminatoria y, por ende, arbitraria que resulta violatoria de los artículos 7.3 y 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento” (párr. 87).

En base a lo anterior, en lo que respecta al derecho a la libertad personal, la Corte declaró por unanimidad que el Estado argentino era responsable por la violación al contenido de los artículos 7.1, 7.2, y 7.3 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Carlos Alberto Fernández Prieto; y por la violación del derecho a la libertad personal, a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación contenido en los artículos 7.1, 7.2, 7.3 y 24 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Carlos Alejandro Tumbeiro.

7 CONCLUSIONES

En términos históricos, es indesmentible la influencia que tuvo a comienzos del siglo XX en Sudamérica la escuela positivista italiana. Las lecciones de Lombroso, Garofalo y Ferri penetraron en las diversas escuelas de Derecho de la región, así como también con la misma potencia en los estudios de medicina. Esta mirada etiológica del delito, vista en retrospectiva pareciera entenderse y justificarse esencialmente por dicho contexto histórico en el cual se entroncó.

Como certeramente sostiene Zaffaroni,

Hoy sabemos que la selección criminalizante se efectúa conforme a estereotipos y gracias a Lombroso también sabemos que los de su tiempo se nutrían de los caracteres físicos de los colonizados: todo malo era feo como un indio o un africano. La policía seleccionaba personas con esos caracteres y las prisionizaba y Lombroso verificaba que los presos tenían esos caracteres. La conclusión de Lombroso era que esas características eran la causa del delito, cuando en realidad eran sólo la causa de la prisionización³⁶.

36 Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006), op. cit. p. 241.

A pesar de la superación de esta mirada en el desarrollo y evolución de la criminología, no resulta pacífico concluir que aquella visión fue dejada totalmente de lado por nuestros operadores del sistema penal, por el contrario, es posible constatar cómo dicho pensamiento ha irradiado con fuerza la forma de comprensión que se tiene del fenómeno delictivo de manera transversal por las agencias estatales de control social. Sin duda que el tránsito común en la región por regímenes dictatoriales marca un aspecto diferenciador y distorsionador en cualquier comparación que pretenda efectuarse con otras latitudes. Toda vez que la impronta que se efectuó en dicho lapso, so pretexto de erradicar discursos políticos, se hizo de esta visión del positivismo criminológico, exacerbando su aplicación en desmedro de aquellos bolsones de la sociedad más desposeídos socioeconómicamente. La explicación de la capacidad de supervivencia de esta concepción criminológica, viene dada por las características básicas de este positivismo etiológico, ya que “como toda versión simplista y tosca, no requiere mayores conocimientos y es idónea para proyectarse a la opinión pública por medio de una adecuada técnica de manipulación”³⁷.

Es este continuo el que queda de manifiesto en el caso conocido por la Corte IDH, referido a las detenciones de los Sres. Fernández y Tumbeiro, y que hace patente a nivel interamericano una realidad que no solo es exclusiva de la República Argentina, sino que puede constatarse en todos los países de nuestra región. Los resabios de las detenciones por sospecha, exacerbados como dijimos en los periodos de dictadura, siguen patentes en nuestras agencias estatales de control social, manteniendo con vida aquellos postulados del positivismo criminológico, esencialmente en su faceta sociológica, y que decantan en la praxis policial –y justificados muchas veces a nivel judicial- en actuaciones arbitrarias y discriminatorias, en razón del aspecto físico, características de vestimentas, rango etario (jóvenes), en fin, de criterios subjetivos carentes de justificaciones racionales que permitan dotar de legitimidad actuaciones policiales bajo las circunstancias que la Corte IDH ataca con mucha fuerza en el caso que hemos descrito en el presente trabajo.

Tenemos una deuda pendiente en nuestra región. No obstante haber dado pasos significativos a nivel cualitativo en reformas procesales penales, seguimos siendo testigos que en nuestros operadores existen aún componentes inquisitivos que van de la mano con esta visión estigmatizadora de entender la delincuencia. Es responsabilidad de todos quienes estamos involucrados con el sistema penal de dejar de una buena vez

37 Zaffaroni, Eugenio Raúl (1988), op. cit. p. 176.

de lado esta concepción que tanto daño le ha hecho a la legitimidad del sistema penal, y abandonar esta postura de mera constatación histórica como fenómeno de estudio de lo que implica el pensamiento positivista criminológico, y asumir que derechamente estamos ante un problema grave que amenaza los cimientos de nuestro sistema.

Por ello resulta crucial que los Estados parte asuman de manera seria el criterio que ha vuelto a explicitar la Corte IDH en el caso analizado, y amolden sus legislaciones internas a efectos de evitar este tipo de violaciones a derechos y garantías convencionales. Pero no solo ello, sino que también sus operadores internos, principalmente la judicatura, esté disponible a ejercer los controles de convencionalidad que sean necesarios y que cada caso en concreto lo requiera, como la única forma de ir poniendo una traba definitiva a este tipo de concepciones y prácticas que se arrastran por décadas.

BIBLIOGRAFÍA

ANITUA, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2015.

Baratta, Alessandro, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal*, en Poder y Control, Revista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social, N° 0, Barcelona, 1986.

Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, 2004.

Elbert, Carlos Alberto, *Manual básico de criminología*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1998.

Ingenieros, José, *Criminología*, Madrid, Daniel Jorro Editor, 1913.

Jiménez de Asúa, Luis, *Principios de Derecho Penal. La ley y el delito*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Editorial Sudamericana, 1997.

Lombroso, Cesare, *Los criminales*, Barcelona, Centro Editorial Presa, 1916.

Lombroso, Gina, *La vida de Lombroso*, Ciudad de México, Instituto de Ciencias Penales, 2009.

Matus, Jean Pierre, *El Positivismo en el Derecho Penal chileno. Análisis sincrónico y diacrónico de una doctrina de principios del siglo XX que se mantiene vigente*, en Revista de Derecho, Vol. XX, N° 1, julio de 2007.

Pavarini, Massimo, *Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Buenos Aires, Siglo veintiuno editores Argentina, 2002.

Rivera, Iñaki, *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2009.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Bogotá, Editorial Temis, 1988.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2006.



ATIVISMO JUDICIAL E PANDEMIA: BREVES REFLEXÕES SOBRE A DECISÃO JUDICIAL EM TEMPOS DE INCERTEZA

Francisco José Borges Motta¹

1 INTRODUÇÃO

O arranjo institucional correspondente às democracias constitucionais é sabidamente instável. Trata-se de encontrar um equilíbrio entre o governo majoritário, como expressão da soberania popular, e as limitações que se impõem à vontade da maioria, tais como direitos e garantias fundamentais. Não é incomum que haja conflito entre os resultados e providências apoiados pela maioria e aquilo que as cartas de direitos preveem e asseguram. E o controle destas balizas, no mais das vezes previstas de modo expresse em cartas constitucionais, é normalmente delegado a um sistema de Cortes Constitucionais que, no exercício desta competência, assumem uma função marcadamente contramajoritária.

O tema não é novo. A chamada *dificuldade contramajoritária*² é um dos assuntos mais bem examinados nos campos do Direito Constitucional e da Teoria Constitucional, pelo menos, desde a segunda metade do século XX. O que não quer dizer que se trate de uma questão esgotada. Sempre que temas sensíveis, sobre os quais haja um desacordo público razoável, são levados à resolução pela via jurisdicional, reacende o debate sobre as credenciais democráticas dessa atividade. Como pode a visão de

1 Doutor (2014) e Mestre (2009) em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor da Faculdade Escola Superior do Ministério Público (mestrado e graduação). Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: bmotta@mp.rs.gov.br

2 BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven and London: Yale University Press, 2nd ed, 1986.

um corpo de juízes – que, de resto, em ambiente colegiado, normalmente também delibera por maioria de votos³ - prevalecer sobre a vontade da maioria do povo?

Boa parte das minhas pesquisas ao longo dos últimos anos procurou endereçar esse problema desde o ponto de vista dos critérios a serem adotados, pela instância jurisdicional, para que a sua deliberação fosse considerada legítima e democraticamente consistente. Basicamente, venho abordando o assunto a partir das premissas alinhadas pelo pensador norte-americano Ronald Dworkin, um célebre defensor do instituto da *judicial review*. Na sua visão, a proteção judicial dos direitos das pessoas, mesmo quando contrária à vontade da maioria, é uma forma de preservar (e não de enfraquecer) o caráter democrático de uma comunidade política⁴.

O Brasil, a propósito, é um campo fértil para o estudo da jurisdição constitucional. A Constituição de 1988, sob certo aspecto, elegeu a judicialização como um modo preferencial de resolução de demandas sociais. Nosso texto constitucional combina uma cláusula quase irrestrita de acesso ao Judiciário⁵ e um extenso rol de direitos fundamentais, aí incluídos os de natureza prestacional, com um amplo sistema de controle de constitucionalidade, em que se somam os modelos difuso e concentrado. O resultado disso é que não há questão relevante que não passe, no País, pelo crivo de juízes.

E não tem sido diferente com a *pandemia do coronavírus*. As variadas providências de enfrentamento da emergência de saúde pública, oriundas dos poderes representativos, no Brasil, foram e seguem sendo submetidas a todo o tempo ao escrutínio do Poder Judiciário, que se tornou, bem por isso, um ator político particularmente relevante neste período delicado. A *incerteza* a respeito da necessidade e dos limites de uma série de medidas restritivas à interação social e à atividade econômica foi repassada à instância judiciária em busca de definições e balizamento.

Este cenário de *protagonismo judicial em tempos de incerteza* é propício para que revisitemos um tema associado: o *ativismo judicial*. O

3 Como lembra, corretamente, Jeremy Waldron. Ver: WALDRON, Jeremy. *Political political theory: essays on institutions*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

4 Ver, por todos: DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

5 Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

ponto que pretendo iluminar, com este breve ensaio, é o de saber de que modo o corpo de juízes deveria responder aos desafios que lhe propõe o enfrentamento da pandemia, tomando o caso brasileiro como exemplar, em virtude das características acima alinhadas. Para tanto, retomarei a estrutura básica de um trabalho anterior⁶, no qual abordo o ativismo judicial e a judicialização da política, agregando-lhe, contudo, notas conclusivas originais, de modo a ajustá-lo ao ponto que nos interessa mais de perto aqui e agora.

2 ORIGENS DO ATIVISMO JUDICIAL

Há uma grande dificuldade de se definir o ativismo judicial. Keenan Kmiec, em trabalho que tematiza especificamente as origens e o significado atual da expressão, observa que, quanto mais comum passou a ser o seu uso, menos claro passou a ficar o seu significado⁷. De todo modo, é consenso que as primeiras reflexões mais consistentes sobre o tema derivam dos Estados Unidos. Pelo menos desde 1803, com o célebre caso *Marbury v. Madison*⁸, discussões sobre o papel e os limites da atuação do Poder Judiciário passam a pautar o debate público americano.

Segundo consta, o termo teria ganhado, originalmente, destaque em um artigo escrito pelo historiador norte-americano Arthur M. Schlesinger Jr., intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na popular Revista *Fortune*, em janeiro de 1947⁹. O texto traçava o perfil dos 09 *justices* que integravam a Suprema Corte Norte-Americana à época, e buscava explicar as alianças e divisões entre eles. O artigo caracterizava os *Justices Black, Douglas, Murphy e Rutledge* como *Judicial Activists*, ao

6 Os pontos 2 a 5 deste artigo reproduzem, com mínimas modificações, trabalho anterior: MOTTA, Francisco José Borges. *Ativismo judicial e decisões por princípio*: uma proposta de fixação dos limites da atuação do Poder Judiciário (disponível em Anízio Pires Gavião Filho; Rogério Gesta Leal. (Org.). Coletânea III Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis. 1ed.Porto Alegre: FMP, 2017, v. 1, p. 229-248.

7 KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. **University of Colorado Law Review**, Chicago, v. 92, p. 1441-1478, 2004. p. 1443.

8 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 (1803).

9 KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. **University of Colorado Law Review**, Chicago, v. 92, p. 1441-1478, 2004. p. 1443.

passo que os *Justices* Frankfurter, Jackson e Burton seriam *Champions of Self Restraint*. Os demais, *Justice* Reed e o *Chief Justice* Vinson, compo-riam um grupo intermediário.

É bem de ver que, em 1947, nenhum dos referidos *justices* questionou abertamente a constitucionalidade do *New Deal* - uma contro-vérsia central para a época. Ao invés disso, a Corte se dividiu a respeito da interpretação legislativa e, mais propriamente, do papel a ser desem-penhado pelo Judiciário numa Democracia. Na leitura de Schlesinger Jr., o grupo de Frankfurter-Jackson defendia uma política de *autocon-tenção*, deferente ao Poder Legislativo, ainda quando este deliberava de modo *condenável*, na perspectiva particular dos julgadores; e o grupo de Black-Douglas acreditava que a Suprema Corte deveria exercer um papel afirmativo na promoção do bem-estar social – ainda que esta promoção dependesse, em alguma medida, das *suas próprias concepções a respeito do que seria o bem social*.

Como se vê, Schlesinger Jr. associou o *ativismo judicial* de uma ala da Corte a uma crença de que Direito e Política seriam indissocia-veis, e de que as decisões judiciais seriam *orientadas pelo seu resultado*; ao passo que a ala *autocontida* apostaria suas fichas em uma separação mais bem demarcada entre os poderes e no processo democrático (*se os legisladores errarem caberá a eles próprios a correção de seus erros¹⁰*). Ao final de seu artigo, o historiador *toma lado* na disputa, endossando a postura *autocontida* da ala Frankfurter-Jackson. Schlesinger, que não era jurista, manifesta simpatia pela visão de mundo de Black-Douglas, mas acredita que há uma *ameaça democrática* nesta postura, tendo finalmente sugerido que o *ativismo* devesse ficar restrito a casos que tematizassem liberdades civis.¹¹

Seja como for, Schlesinger Jr. identificou, em cores primárias, as camadas mais conhecidas do debate até hoje: juízes não eleitos *versus* leis democraticamente aprovadas; decisões orientadas pelo seu resultado *ver-sus* decisões lastreadas em princípios; uso restrito *versus* livre/criativo de

10 KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. **Univer-sity of Colorado Law Review**, Chicago, v. 92, p. 1441-1478, 2004. p. 1448.

11 KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. **Univer-sity of Colorado Law Review**, Chicago, v. 92, p. 1441-1478, 2004. p. 1449.

precedentes; supremacia da democracia *versus* direitos humanos; Direito *versus* Política; e outras dicotomias quietais.¹²

Vale ainda o registro, mais uma vez creditado a Kmiec¹³, de que, se Schlesinger Jr. foi o primeiro autor a tematizar pública e abertamente o *ativismo judicial*, o primeiro *justice* a empregar a expressão numa *judicial opinion* (ainda que a referência constituísse, certamente, apenas *dicta*), foi Joseph C. Hutcheson, Jr., em *Theriot v. Mercer* (1959). Foi numa nota de rodapé, em que o *justice* acusou três integrantes da Suprema Corte (Black, Douglas e Murphy) de serem *ativistas*. Trata-se de uma nota *crítica*, em que o *Justice* Hutcheson atribui, aos *justices* em questão, uma tentativa desarrazoada de alterar *ancient landmarks*¹⁴. De fato, como se vê, a expressão *ativismo judicial* surgiu, no espaço público, associada a posturas judiciais aparentemente condenáveis.

Mas há, no Brasil e pelo mundo, também referências *positivas* ao ativismo judicial. Isso se deve não só à plurivocidade da expressão, mas a visões distintas a respeito do lugar ocupado pelo Poder Judiciário em democracias constitucionais. Há quem fale, por exemplo, em *ativismo moderado*, ou *equilibrado*¹⁵; ou mesmo quem defenda mais abertamente uma face *virtuosa* do fenômeno¹⁶.

A partir do próximo tópico, nossa investigação passa a dar maior ênfase ao *caso brasileiro*. E para que descortinemos a recepção do fenômeno do *ativismo judicial* no Brasil, é necessário investigar, ainda que brevemente, os contornos específicos da atuação do Poder Judiciário pós Constituição de 1988.

-
- 12 KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. **University of Colorado Law Review**, Chicago, v. 92, p. 1441-1478, 2004. p. 1449.
 - 13 KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. **University of Colorado Law Review**, Chicago, v. 92, p. 1441-1478, 2004. p. 1455.
 - 14 A passagem tratava do voto dissidente de Black no caso *Galloway v. United States*, que tratava da interpretação a ser dada à Sétima Emenda à Constituição Norte-Americana, em casos de julgamento pelo júri.
 - 15 É o caso de Cláudio Ari Mello. Ver: MELLO, Cláudio Ari Prinho de. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
 - 16 É, notoriamente, o caso de Luis Roberto Barroso. Ver: BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 275-290.

3 OBSERVAÇÕES A RESPEITO DO CASO BRASILEIRO

Não por acaso, como vimos no ponto anterior, é comum que nos voltemos à experiência norte-americana em busca de reflexões e estudos mais abrangentes a respeito do ativismo judicial. Foi ali o *berço* da discussão pública a respeito do tema. De fato, a intensificação da atuação de juízes e tribunais deu origem a debates que perpassaram não apenas teorias jurídicas, mas também políticas a respeito desse *protagonismo judicial*. Nomes como Alexander Bickel (e sua doutrina das *passive virtues*¹⁷), Ran Hirschl (e suas considerações a respeito da *juristocracia*¹⁸ propiciada pelo novo constitucionalismo), Jeremy Waldron (um célebre crítico ao instituto da *judicial review*¹⁹), além de Ronald Dworkin (defensor de uma atuação *substancialista* do Poder Judiciário²⁰), para citar apenas estes, são referências comuns – e importantes – para que se aborde o assunto de maneira minimamente apropriada²¹.

Mas um olhar sobre a experiência constitucional da Europa continental, notadamente a partir do segundo pós-guerra, é igualmente vital para que se entenda o contexto brasileiro. Como se sabe, o direito constitucional saiu do conflito reconfigurado com relação ao seu objeto (novas constituições foram promulgadas), quanto ao seu papel (centralidade da Constituição, entendida como topo normativo) e quanto ao modo de aplicação de suas normas (surge uma nova hermenêutica constitucional). A par disso, ocorrem profundas mudanças de caráter institucional, das quais a criação de tribunais constitucionais e a progressiva ascensão do Poder Judiciário são, sem dúvida, a face mais visível. Costuma-se desig-

17 BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven and London: Yale University Press, 2nd ed, 1986.

18 HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2007.

19 Ver, exemplificativamente: WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York City: Oxford University Press, 1999.

20 Conferir, dentre outros: DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

21 Nem todos estes são, como se sabe, autores norte-americanos; mas todos eles consideram o caso norte-americano como central em sua produção.

nar esse fenômeno – de passagem dos Estados legislativos de direito para os Estados *constitucionais* de direito – como *neoconstitucionalismo*²².

Dito de outro modo, como ensina Lenio Streck, o *Constitucionalismo Contemporâneo* representa um redimensionamento da práxis político-jurídica, que ocorre em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e *no plano da teoria do direito*, a qual exige a reformulação não só da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição), mas também na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que passa, a partir da matriz hermenêutica, a ser antirrelativista)²³.

Explicando melhor, no modelo *antigo*, a Constituição era compreendida essencialmente como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando, sua concretização, na dependência da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Tampouco existia controle jurisdicional de constitucionalidade das leis – e, nos países em que havia, era tímido e pouco relevante. Já no Estado Constitucional de direito, a Constituição passa a valer como a norma jurídica central, a qual disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, além de estabelecer limites para o conteúdo destes. Esse é o contexto em que vigora a centralidade da Constituição e a chamada *supremacia judicial*, a primazia

22 BARROSO, Luís Roberto. A função representativa e majoritária das cortes constitucionais. In: *Hermenêutica, Constituição, Decisão Judicial*: Estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 159-175, p. 161.

23 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37. Dito de outro modo, para Streck e Abboud, o chamado “novo constitucionalismo” é um fenômeno político-jurídico surgido no pós-guerra, assentado num “paradigma filosófico jurídico que se originou a partir do giro linguístico”; neste fio, com o advento do novo constitucionalismo, “ocorrem profundas mudanças no paradigma jurídico. Dentre elas, podemos mencionar o surgimento dos princípios constitucionais, a necessária distinção entre norma e texto normativo, a superação do silogismo como forma de solução das questões jurídicas etc.”. STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O Que é Isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 74.

de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.²⁴

Pois bem: e como esse *movimento* colhe, especificamente, o Brasil?

De acordo com Streck, a Constituição de 1988 inaugurou, no Brasil, um Estado Democrático e Social de Direito, no âmbito do qual, contingencialmente, a nossa vida política passou a ser caracterizada por um acentuado deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. Nas suas palavras, essa transição é resumida da seguinte maneira:

no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário²⁵.

O autor gaúcho observa que, em democracias constitucionais, o Direito assume um *caráter hermenêutico*, caracterizado pelo fato de o constitucionalismo, a partir de preceitos e princípios, invadir o espaço que tradicionalmente era reservado à regulamentação legislativa; associam-se, assim, dois fatores: o aumento da demanda por direitos fundamentais e o decréscimo da liberdade de conformação do legislador, em favor da justiça constitucional²⁶. Nesses termos, o Direito seria considerado um *instrumento de transformação social*, na medida em que regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de políticas públicas e traz um grande catálogo de direitos fundamentais-sociais²⁷.

24 BARROSO, Luís Roberto. A função representativa e majoritária das cortes constitucionais. In: *Hermenêutica, Constituição, Decisão Judicial: Estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 159-175, p. 162.

25 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 64.

26 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

27 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59-60.

Entrelaçam-se, aqui, duas teses: por um lado, a da *força normativa* da Constituição, que, com Konrad Hesse, pode-se traduzir como a sua “pretensão de eficácia”²⁸; e, por outro, a da *Constituição Dirigente* (Peter Lerche), adaptada à doutrina constitucional portuguesa por Gomes Canotilho. Para o autor lusitano, que trabalha aqui com a noção de “direito directamente aplicável”, pretende-se “afirmar que a Constituição se impõe como lei mesmo no âmbito dos direitos fundamentais que, desta forma, não podem ser rebaixados a simples declarações ou normas programáticas ou até a simples fórmulas de oportunidade política”²⁹. Desse modo, a “constituição programático-dirigente não substitui a política, mas torna-se premissa material da política”³⁰, donde resulta que as “inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito”³¹.

Estas premissas teóricas, que realçam a centralidade do elemento jurisdicional do Estado, bem como o elemento *político* do Direito, provocam uma *radical* modificação na forma como era concebido o exercício da jurisdição constitucional no Brasil. A partir disso, é possível afirmar, com Clarissa Tassinari³², que duas expressões passaram a estar direta-

28 Para Hesse, “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. [...] A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições”. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 14-5.

29 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. XV.

30 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 487.

31 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 65.

32 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial*: limites da atuação do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 27.

mente vinculadas à atividade jurisdicional: *ativismo judicial e judicialização da política*. É disso que passamos a tratar no ponto seguinte.

4 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA VERSUS ATIVISMO JUDICIAL

As expressões *ativismo judicial e judicialização da política* costumam ser empregadas, quase que indistintamente, para trabalhar a ideia do acentuado grau de judicialização que caracteriza o momento atual do Direito brasileiro. Não se está, contudo, falando do mesmo fenômeno. É preciso, entretanto, *diferenciar para compreender*³³.

Como vimos acima, o movimento do *neoconstitucionalismo* representa uma tentativa jurídica de oferecer limites para o poder político, o que se dá por meio de Constituições normativas. A Constituição possui, portanto, elementos políticos e jurídicos. E a última palavra a respeito de sua aplicação é dada, no caso brasileiro, pela cúpula do Poder Judiciário. Então, é comum a noção de que a imbricação entre Direito e Política funcione, de algum modo, como um elemento catalizador do ativismo judicial.

Luis Roberto Barroso, por exemplo, aponta que a judicialização da política, no Brasil, é um *fato*, que se explica pela combinação de fatores como a redemocratização, um constitucionalismo abrangente e o sistema híbrido de controle jurisdicional de constitucionalidade de leis e atos normativos; ao passo que o ativismo judicial consistiria numa *atitude*, num modo *específico e proativo de interpretar a Constituição*, propiciado pela possibilidade de aplicação direta de normas constitucionais (mesmo sem intermediação legislativa) e por fatores como a prerrogativa de declaração de inconstitucionalidades e de imposição de deveres ao Poder Público.³⁴

Barroso tem, parece-me, razão parcial. Realmente, a judicialização da política (e de uma série de outras questões com alto impacto social, além de moralmente sensíveis) é uma *questão social*, ou de *fato*,

33 Segue-se aqui, e nos parágrafos seguintes, o argumento de Clarissa Tassinari, exposto em: TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

34 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 279-280.

que pode ser explicada com base nos fatores acima apontados. Trata-se, enfim, do produto das transformações por que passa o Direito em face do neoconstitucionalismo, que defere, como apontado, centralidade ao Poder Judiciário. Neste contexto, a judicialização nada mais é, como observa Tassinari, do que uma *constatação* sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas a desaguar no Poder Judiciário. E isso não depende, percebe-se, do desejo, da vontade ou da *postura* do órgão julgante³⁵.

Agora, no que diz respeito ao *ativismo judicial*, a definição de Barroso exige maior elaboração. Perceba-se: aplicar diretamente a Constituição, declarar inconstitucionalidades, impor eventualmente condutas ao Poder Público etc., nada mais são do que funções inerentes a qualquer juiz brasileiro. Todos os juízes, no exercício de suas atribuições, têm o *dever* de guarda da Constituição, e isso faz com que, nesta quadra da história, *toda a jurisdição seja jurisdição constitucional* (Streck). Essa é a sua *responsabilidade política*. Isso não necessariamente implica ou estimula, contudo, que o julgador assumira uma *postura* ativista, como se o cumprimento de finalidades constitucionais dependesse de suas atitudes, preferências ou escolhas (a saber: a escolha por um modo *específico e proativo de interpretar a Constituição*). Ora, aplicar a Constituição *pode não ser* (e nem *deve ser*, como se verá) uma conduta *ativista*.

Seja como for, para que meu argumento se torne compreensível, essas imprecisões conceituais devem ser superadas. É comum que se trate, sob o mesmo epíteto (ativismo judicial), temas diferentes, embora correlacionados, como: a) o exercício do poder judicial de revisar a legislação; b) a maior interferência do Poder Judiciário na vida da comunidade política; c) a deferência de uma certa *discricionariedade* aos juízes para a decisão de casos polêmicos ou controvertidos; e d) o aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador.³⁶ É importante, contudo, *ser claro até no erro*. E é com isso em vista que estipularei a seguinte distinção, para os fins do presente trabalho: de ora em diante, quando tratar

35 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial*: limites da atuação do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 32.

36 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial*: limites da atuação do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 33.

de *ativismo judicial*, estarei falando de *extrapolação de limites constitucionais por parte do Poder Judiciário*.³⁷

A tese é, resumidamente, a seguinte: para que o exercício da atividade jurisdicional seja compatível com parâmetros democráticos (observância simultânea da soberania popular e dos direitos fundamentais), é imprescindível que as respostas fornecidas pelo Poder Judiciário sejam *adequadas à Constituição*. A legitimidade da atuação do Poder Judiciário deriva do cumprimento e da concretização da Constituição. Assim, quando o julgador vai *além* da sua função, cruzando fronteiras constitucionais, dando voz à sua própria concepção de mundo ou de bem-estar social, por exemplo, age de modo *ativista*.

Em definitivo, e mais uma vez com Tassinari, trabalha-se a partir daqui com a compreensão de que a judicialização da política (e da vida) é um fenômeno *contingencial*, no sentido de que surge na insuficiência dos Poderes Executivo e Legislativo, em determinado contexto social, independentemente da *atitude* adotada por juízes e tribunais na solução das controvérsias e disputas recebidas, ao passo que o ativismo, este sim, diz respeito a uma *postura* do Poder Judiciário, que remete sua ação *para além dos limites constitucionais*.³⁸

Que limites são estes? O que é uma resposta *correta*, adequada à Constituição e, neste sentido, *não ativista*? É disso que tratará o ponto seguinte.

5 DECISÕES GERADAS POR PRINCÍPIOS

O ativismo judicial, dado o recorte conceitual proposto neste pequeno ensaio, é algo *nocivo* para o caráter democrático da comunidade política, na medida em que implica extrapolação de limites constitucionais. Assim, quando o juiz decide uma demanda a partir de argumentos de política ou de moral ou, enfim, quando substitui o Direito pelas suas próprias convicções pessoais, estamos diante de uma decisão incorreta, ou, simplesmente, de um mau exercício de jurisdição constitucional³⁹.

37 Essa é a posição de Lenio Streck e de Clarissa Tassinari.

38 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial*: limites da atuação do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 36-37.

39 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011, *passim*.

A visão que apresento aqui é de que reconhecer ou deixar de reconhecer um determinado direito, numa demanda judicial, é uma *questão de democracia*, na medida em que os argumentos justificadores da decisão radicam numa concepção mais geral a respeito da maneira adequada de equacionar a tensão que se estabelece entre o sistema de direitos e a soberania popular, entre a autonomia pública e a autonomia privada, entre a igual consideração e respeito e a responsabilidade ética individual. E decisões *ativistas*, por ultrapassarem a Constituição, em que pese possam, eventualmente, parecer corretas por seu *resultado*, acabam sendo prejudiciais para a democracia.

Muito embora meu espaço aqui não permita um desenvolvimento maior do que seria uma resposta *correta* (adequada à Constituição e não *ativista*⁴⁰, portanto) a demandas judiciais, um dos elementos centrais desse tema, e particularmente relevante para a discussão do ativismo judicial, é a questão a respeito de quais argumentos o Poder Judiciário está *autorizado*, desde um ponto de vista *democrático*, a mobilizar para resolver as demandas que chegam à sua jurisdição. Defenderei aqui, a partir da doutrina de Ronald Dworkin, que juízes e tribunais somente podem tomar decisões que sejam geradas por *argumentos de princípio*. Atenção: isso não é, certamente, *suficiente* para que chegue a decisões judiciais corretas ou adequadas à Constituição; mas é um primeiro e necessário passo rumo ao controle da legitimidade da atuação jurisdicional.

Vejamos, brevemente, em que termos se apoia esta proposta.

É conhecida, com efeito, a distinção que Dworkin traça entre os *argumentos de política* e os *argumentos de princípio*. De acordo com o filósofo norte-americano, “os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”, ao passo que os “argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”⁴¹. Essa

40 Atenção: toda a decisão *ativista*, dados os termos que estipulamos para o debate, seria *incorreta* desde o ponto de vista da democracia constitucional; mas nem toda decisão *incorreta* é necessariamente *ativista*. Ativismo é extrapolação de limites; mas fazer *menos* do que a Constituição determina também é incorreto.

41 DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977, p. 82.

diferença deve ser harmonizada, porém, com a ideia de que o Direito é, em sentido normativo, uma subdivisão da moralidade política⁴².

Entenda-se, pois, que os argumentos de princípio são, sim, “políticos” em um sentido mais abrangente. Pode-se dividi-los, nada obstante, em argumentos de *princípio político* (que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais) e em argumentos de *procedimento político* (que exigem que alguma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público)⁴³. Assim, enquanto o princípio é um padrão que favorece um “direito”, a política é um padrão que estabelece uma “meta”. Dessa forma, os argumentos de princípio são argumentos em favor de um direito, e os argumentos de política são argumentos em favor de algum objetivo de cariz coletivo, geralmente relacionado ao bem comum⁴⁴.

Dworkin defende a tese, como disse, de que as decisões judiciais devem ser geradas por princípios, e não por políticas. Segundo o autor, ao Poder Judiciário cabe tomar decisões de princípio, decisões sobre quais direitos as pessoas têm sob determinado sistema constitucional, e não decisões sobre como se promove o bem-estar geral. Isso porque tanto a Democracia quanto o Estado de Direito estariam enraizados num ideal fundamental, o de que qualquer governo aceitável deve tratar as pessoas como iguais; e um Estado assim constituído encoraja cada indivíduo a supor que suas relações com outros cidadãos e com o próprio governo são *questões de justiça* (os cidadãos integrariam, nesta formulação, uma

42 Dworkin pensa o Direito como uma subdivisão da moralidade política, ideia esta que é desenvolvida, com maior detalhe, em *Justice for Hedgehogs*. Resumidamente, na sua formulação, a moralidade pessoal (que diz respeito a como devemos tratar os demais, no âmbito das relações privadas) é concebida de modo a derivar da Ética (da ideia de *boa vida*, submetida apenas às restrições impostas pela dignidade humana); e a moralidade política (que diz respeito às relações estabelecidas no âmbito de uma comunidade política) é concebida como um desdobramento da moralidade pessoal. Com isso, Dworkin dá ao argumento jurídico o formato de um argumento moral, conectando a sua validade com sua justificação. Ver: DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

43 DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 6.

44 DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977, p. 90.

comunidade de princípios); e é para isso que se aposta num fórum independente, no *fórum do princípio*.⁴⁵

A ideia é de que o *fórum do princípio* fornece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre os indivíduos e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente *questões de justiça*; e essa característica é agudamente penetrante, na medida em que obriga o próprio debate político a incluir o argumento acerca do princípio, não apenas quando o caso vai ao tribunal, mas muito antes e muito depois.⁴⁶ Sendo assim, um juiz que siga a concepção do Estado de Direito centrada nos direitos tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso.⁴⁷ A questão é: a coerção não deve ser usada ou refreada, não importa quão útil seria isso para os fins em vista, quaisquer que sejam as vantagens ou a nobreza de tais fins, *a menos que permitida ou exigida pelos direitos e responsabilidades individuais que decorrem de decisões políticas anteriores, relativas aos momentos em que se justifica o uso da força pública*.⁴⁸

Que o Poder Judiciário seja, portanto, o *fórum do princípio*. Eis um bom modo de se lidar com a *judicialização da política*.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS: O PODER JUDICIÁRIO E A POSTURA CORRETA EM FACE DA INCERTEZA

O combate à COVID-19 foi travado, em boa parte, perante juízes e tribunais. A todo tempo, medidas legislativas e executivas, editadas à medida em que a crise sanitária avançava, foram tendo a sua legitimidade testada perante o Poder Judiciário. Pelas razões sumariadas neste ensaio, a *judicialização da pandemia*, no Brasil, era esperada e seria, sob certo aspecto, inevitável.

45 DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 38-9.

46 DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 102-3.

47 DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 15.

48 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 116.

A forma como o Supremo Tribunal Federal respondeu a este chamado fornece um material interessante para a análise dos temas aqui discutidos. É possível, a partir de uma breve recuperação de alguns de seus pronunciamentos, e com amparo no quadro conceitual trabalhado no texto, sugerir alguns critérios decisórios para o enfrentamento judicial das questões referentes à pandemia.

O primeiro deles é prevenir-se contra os riscos do ativismo judicial. E, como ativismo é *extrapolação*, interessa delimitar, de plano, as competências dos poderes representativos.

Tenha-se presente que a Constituição do Brasil estabelece que, relativamente à saúde, a competência será concorrente, cabendo aos Poderes Legislativo e Executivo locais apenas suplementar os atos editados pela União ou pelo Estado⁴⁹. A esse respeito, coube ao Supremo Tribunal Federal definir que as providências eventualmente adotadas pela União “não afastam atos a serem praticados por Estado, o Distrito Federal e Município considerada a competência concorrente na forma do art. 23, inciso II, da Lei Maior”.⁵⁰ Essa explicitação, contudo, não afasta a diretriz de que as ações deveriam ser preferencialmente coordenadas pela União, na medida em que decisões isoladas, “que atendem apenas a uma parcela da população, e de uma única localidade, parecem mais dotadas do po-

49 Art. 23 - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)

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

Art. 24 - Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:(...)

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;(...)

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Art. 30 - Compete aos Municípios: (...) II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

50 ADI 6.341.

tencial de ocasionar desorganização na administração pública como um todo, atuando até mesmo de forma contrária à pretendida⁵¹”.

Paralelamente, o Supremo Tribunal Federal agregou, a esta repartição de atribuições, um critério substantivo para a tomada de providências pelas instâncias representativas: o de que são determinantes, quando se trata de avaliar medidas de proteção do direito à vida e à saúde, os chamados *princípios da prevenção e da precaução*, que impõem a prevalência das escolhas que ofereçam proteção mais ampla aos direitos fundamentais em questão.

Com efeito, nos autos das ADPFs n.º 668 e n.º 669, em que se discutiu a legitimidade de campanha publicitária do Governo Federal (*O Brasil Não Pode Parar*), o Ministro Luis Roberto Barroso, ao apreciar pedido de concessão de medida cautelar, primeiro assentou que medidas como as que determinam o fechamento de escolas e comércio são necessárias de acordo com a “opinião unânime da comunidade científica sobre o tema, conforme manifestações da Organização Mundial de Saúde, do Ministério da Saúde, do Conselho Federal de Medicina e da Sociedade Brasileira de Infectologia”. Depois – e é este o fator que quero agora enfatizar –, o Ministro registrou que “o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência consolidada no sentido de que, em matéria de tutela ao meio ambiente e à saúde pública, devem-se observar os princípios da precaução e da prevenção”. Equivale a dizer que, “havendo qualquer dúvida científica acerca da adoção da medida sanitária de distanciamento social (...) a questão deve ser solucionada em favor do bem saúde da população”.

Equivale a dizer: em face da *incerteza*, pondera a precaução.

Esta brevíssima amostragem da intervenção do Supremo Tribunal Federal nos assuntos referentes à pandemia é suficiente para tornar compreensíveis os critérios decisórios com os quais pretendo fechar este trabalho. São apenas dois.

Primeiro, *juízes não fazem política*. Conforme defendi alhures, decisões judiciais devem ser geradas por princípios, e não por argumentos de política. Portanto, não importa a opinião pessoal do julgador a respeito do que é melhor para sociedade (se é abrir ou fechar o comércio, se é tornar a vacinação compulsória ou facultativa etc.). Decisões políticas têm de ser tomadas por quem tem voto. Aos juízes, cabem as *questões de justiça*. Donde a importância de o próprio Supremo Tribunal Federal ter balizado, no contexto da República Federativa do Brasil, não apenas a

51 Suspensão de liminar 1.309.

divisão de competências, mas também de ter explicitado o *standard* pelo qual a legitimidade das ações seria medida.

Segundo, e sobretudo em vista da incerteza generalizada, entendendo que cabe aos juízes exercer uma espécie de *virtude passiva* diante da tomada de ações das instâncias representativas. O ativismo judicial, num cenário como este, é ainda menos justificável. Com isso não quero dizer que o Poder Judiciário não possa exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos de governo que tenham a pandemia como pano de fundo. Podem e devem, sobretudo quando estiverem em questão, como tem sido com frequência o caso, riscos à saúde pública e restrições a liberdades individuais. Meu ponto é outro: havendo incerteza quanto à eficácia de uma determinada política sanitária estruturada pelos Poderes Legislativo ou Executivo, proponho que a revisão jurisdicional seja não a regra, mas a exceção. E a medida desta exceção deve ser a *responsabilidade* (técnica, científica) com que a medida foi tratada por quem a editou. Quanto mais responsáveis forem legisladores e gestores, mais deferentes à sua atuação devem ser os juízes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. A função representativa e majoritária das cortes constitucionais. In: *Hermenêutica, Constituição, Decisão Judicial*: Estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 159-175.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COU-TINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 275-290.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven and London: Yale University Press, 2nd ed, 1986.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____. *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

_____. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.

_____. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2007.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *University of Colorado Law Review*, Chicago, v. 92, p. 1441-1478, 2004.

MELLO, Cláudio Ari Prineiro de. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MOTTA, Francisco José Borges. *Ativismo judicial e decisões por princípio: uma proposta de fixação dos limites da atuação do Poder Judiciário* (disponível em Anízio Pires Gavião Filho; Rogério Gesta Leal. (Org.). Coletânea III Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis. 1ed. Porto Alegre: FMP, 2017, v. 1, p. 229-248

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O Que é Isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014,

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York City: Oxford University Press, 1999.

_____. *Political political theory: essays on institutions*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

A GESTÃO ESTATAL DA PANDEMIA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: O CORONAVÍRUS ENTRE OS VALORES DE LIBERDADE E SEGURANÇA

André Machado Maya¹
Bárbara Barbieri Erig²

1 INTRODUÇÃO

A crise do sistema penitenciário brasileiro é tema amplamente discutido não só no meio doutrinário como também por grande parte da população, tendo em vista as notáveis condições de insalubridade às quais os apenados são submetidos. Ainda, tem-se que com o advento do vírus SARS-Cov2, o qual é altamente contagioso e, portanto, recomenda-se o distanciamento social, verifica-se uma agravante à situação dos apenados, que se encontram encarcerados e em presídios superlotados. Em virtude disso, o presente estudo objetiva identificar as medidas adota-

-
- 1 Coordenador do Grupo de Pesquisa “Direito Fundamental à Segurança e Direito de Liberdade: a Complexa Harmonia em Matéria Penal”. Advogado, Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Direito do Estado pela UniRitter e em Ciências Penais pela PUCRS. Professor de Direito Penal e Processo Penal dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP). E-mail de contato: andre@andremaya.com.
 - 2 Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Direito Fundamental à Segurança e Direito de Liberdade: a Complexa Harmonia em Matéria Penal”. Bacharela em Direito e Pós-graduanda em Direito Social do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social na Fundação Escola Superior do Ministério Público. Mestranda e bolsista em Direito pela mesma instituição, na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. E-mail de contato: babi.erig@icloud.com.

das pelo Estado no âmbito administrativo, relacionadas à prevenção da contaminação entre a população carcerária, e verificar se tais medidas foram efetivamente aplicadas pelo Poder Judiciário no julgamento de casos concretos.

Para investigar essa questão, o presente artigo será dividido em três partes. No primeiro tópico, abordar-se-á a relação entre os valores de segurança e liberdade em matéria de execução penal. No segundo, tratar-se-á sobre a crise do sistema penitenciário brasileiro, de modo a destacar as violações de direitos as quais os detentos são submetidos, principalmente no que tange à saúde. Por fim, no terceiro tópico, analisar-se-ão as medidas adotadas pelo Poder Público a fim de prevenir a contaminação no ambiente carcerário, e examinar-se-á um levantamento de decisões judiciais proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de habeas corpus e agravos regimentais em habeas corpus, proferidas entre os meses de abril e julho do ano de 2020. O intuito é verificar se, na prática jurisdicional, as recomendações do Poder Público foram implementadas ou não pelo Poder Judiciário.

Para tanto, o método a ser utilizado no presente artigo será o hipotético-dedutivo, sendo a pesquisa de natureza aplicada. Ademais, será realizada precipuamente análise qualitativa, através de verificação bibliográfica, normas constitucionais, bem como legislações e atos normativos infraconstitucionais, bem como análise quantitativa de decisões judiciais.

2 SEGURANÇA E LIBERDADE NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL

A difícil harmonia entre os valores de segurança e liberdade em matéria penal enseja controvérsias acentuadas nas mais variadas temáticas relacionadas à intervenção punitiva do Estado. Desde temas relacionados à justificação da criminalização de condutas, próprios do Direito Penal material, até questões ligadas ao exercício do poder punitivo, características do Direito Processual Penal, a maior ou menor intervenção estatal na liberdade individual é normalmente associada à necessidade de concretização do direito à segurança. Assim se justifica a expansão do Direito Penal inerente à tipificação de crimes de perigo abstrato e à criminalização de atos meramente preparatórios, como também o corriqueiro uso da prisão preventiva como resposta à sensação de insegurança da sociedade (MAYA, 2020; D'ÁVILA, 2012).

Nesta perspectiva, segurança e liberdade são tratadas como valores contrapostos, a desenhar um cenário polarizado, próprio do embate entre os bons e os maus, os amigos e os inimigos. Essa dicotomia não é atual. Já em Hobbes a fruição da liberdade pressupunha segurança. Essa compreensão justificou a construção de uma artificialidade que hoje se concebe por Estado. No âmbito penal, a concretização da segurança é, assim, facilmente associada à punição e ao encarceramento, como lado reverso da liberdade, em uma moeda que, inevitavelmente, mostra uma ou outra das suas faces (GÜNTHER, 2016; ISENSEE, 2014).

A compreensão, porém, do modelo democrático fundado na dignidade da pessoa humana, alicerce da atual formatação dos Estados constitucionais, impõe uma revisão dessa dicotomia. Em outros termos, impõe a busca por uma harmonia entre dois valores fundamentais para a completa realização da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, da democracia. Se não há liberdade plena sem segurança, tampouco há segurança sem compromisso e respeito estatal pelas liberdades individuais. Um possível equilíbrio passa por uma compreensão mais ampla do que seja segurança, não apenas associada à segurança pública, mas também abrangente da segurança jurídica e da segurança social (BARATTA, 2004).

A perspectiva multidimensional do direito à segurança é tratada por Souza Neto (2013, p. 486), a partir da sua previsão constitucional. Segundo o autor, é possível identificar três dimensões: de estabilidade, de previsibilidade e de ausência de perigos. A primeira dimensão está relacionada com a estabilidade das relações jurídicas e se manifesta nas garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Trata-se de normas de proteção e de produção de estabilidade jurídica, o que otimiza a segurança jurídica. A segunda dimensão está relacionada à previsibilidade da atuação estatal. Aqui imperam a proteção e a observância das regras do jogo democrático. Trata-se da previsibilidade, cuja garantia fundamental está na lei (artigo 5º, II, XXXIX, XXXVII, LIII, CF/1988). As garantias penais, limites ao poder máximo do Estado, acompanham o princípio da legalidade como barreiras a ações estatais arbitrárias, promovendo previsibilidade e, também, segurança jurídica. Por fim, a terceira dimensão da segurança está vinculada com a perspectiva social enunciada no artigo 6º da CF/1988. O critério definidor dessa dimensão é a finalidade de redução de riscos aos quais a sociedade e seus cidadãos estão sujeitos. Nessa perspectiva, a redução de riscos está ligada a três esferas, quais sejam: 1) segurança pública, prevista no artigo 144,

que tem por finalidade a proteção (ou redução de riscos) da incolumidade da ordem pública, das pessoas e do patrimônio; 2) o meio ambiente, previsto no artigo 225, relacionado com a proteção e minimização dos riscos que o desenvolvimento econômico traz para o meio ambiente e a qualidade de vida das pessoas; e 3) a seguridade social, prevista nos artigos 194 a 203, com o foco de restringir os riscos que os cidadãos correm no convívio social de um sistema capitalista, promovendo saúde, assistência, previdência social e direitos trabalhistas (MAYA, LORENZONI, 2019).

Observados os limites do presente ensaio, importam aqui a segunda e a terceira dimensões do direito à segurança, enquanto instrumento de previsibilidade e de diminuição de riscos.

Com efeito, a intervenção estatal pela via penal se justifica não apenas pela punição (reprovação de uma conduta ilícita), mas também pela prevenção. Assim o artigo 59 do Código Penal justifica a aplicação da pena, cuja finalidade é também a prevenção – geral e especial – de novos ilícitos penais. Assim é também justificada a prisão preventiva para garantia da ordem pública, corriqueiramente associada à evitação de reiteração delituosa. Após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a execução da pena materializa o poder punitivo em respeito à coisa julgada e com o objetivo de ressocializar o condenado, viabilizando, assim, a prevenção desde uma perspectiva individual – especial, positiva e negativa. Em todos esses momentos, mas especialmente na derradeira fase da execução penal, a intervenção penal está diretamente associada à pretensão de redução de riscos, própria da dimensão social do direito à segurança.

No entanto, a legitimidade da intervenção penal não está exclusivamente atrelada a sua finalidade. Como sabido, os fins não necessariamente justificam os meios. Daí a importância da maneira como se concretiza essa intervenção. Aqui, a dimensão da previsibilidade significa o compromisso com a legalidade, a observância estrita da lei que estabelece limites ao exercício do poder punitivo estatal. Assim como no Direito penal material e processual penal, também na execução penal o princípio da legalidade possui destacada importância. Se por um lado decorrem limites ao poder punitivo, impedindo o chamado excesso de execução, como a privação da liberdade por tempo superior à pena imposta, por outro também resultam expectativas sobre a maneira como deve ser executada a pena em cada uma das suas fases. Trata-se das duas faces da legalidade, uma a determinar o que pode ou não pode o Estado fazer (proibição de excesso), outra a determinar como deve fazer (proibição de proteção deficiente).

Nesta última perspectiva, a legalidade impõe ao Estado a promoção das liberdades individuais previstas na Constituição e na legislação ordinária, especificamente na Lei de Execuções Penais, sob pena de, ao não o fazer, incorrer em violação da proporcionalidade pela perspectiva da proibição de proteção deficiente. O respeito pleno à dignidade da pessoa humana alcança também a efetivação das diversas previsões legais relacionadas ao ambiente prisional, à saúde, ao trabalho, às condições de higiene etc.

A propósito, a Lei de Execuções Penais prevê expressamente o direito de os apenados permanecerem em alas com condições salubres com concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana (art. 88, parágrafo único, alínea a, da LEP), de receberem vestuário e alimentação de qualidade (art. 12 da LEP) e assistência à saúde de caráter preventivo e curativo, com tratamento médico, farmacêutico e odontológico (art. 14 da LEP), além de assistência educacional com instrução escolar fundamental obrigatória e formação profissional (artigos 17 e 18 da LEP). Tais direitos estão diretamente relacionados com a dignidade da pessoa humana e com a finalidade de ressocialização que orienta a execução da pena, e na mesma medida em que impõem deveres ao Estado, proporcionam aos apenados a capacidade de exigir a sua observância.

Nesse cenário, o direito à segurança se manifesta pela perspectiva individual, de previsibilidade, pautado pelo respeito irrestrito à legalidade enquanto limite positivo e negativo ao Estado no âmbito da execução da pena. E como tal, estabelece os padrões de legitimidade da execução da pena enquanto forma de concretização da segurança social (redução de riscos). Como visto, no plano abstrato, da normatividade, a estruturação da Lei de Execuções Penais harmoniza ambas as dimensões do direito à segurança. No plano concreto, porém, observado o sistema prisional brasileiro, essas diferentes dimensões da segurança sabidamente se desequilibram, gerando flagrantes violações às liberdades individuais. A essa questão é destinado o próximo tópico deste estudo.

3 A CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

A realidade do sistema prisional brasileiro está consubstanciada em presídios com péssimas condições de infraestrutura, mal-conservados, anti-higiênicos, além de apenados submersos a tratamentos degra-

dantes, o que acaba por ocasionar na violação da integridade física e moral destes indivíduos.

Nesse aspecto, conforme dados obtidos pelo Conselho Nacional do Ministério Público referentes à população carcerária no ano de 2019, verificou-se que o Brasil possui capacidade para atender 445.911 presos. Contudo, o sistema penitenciário acolhe 720.623 indivíduos, representando taxa de ocupação no montante de 161,61% (CNMP, 2019).

Inclusive, conforme levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional, a taxa de aprisionamento - razão entre o número total de pessoas privadas de liberdade e a quantidade populacional do país - aumentou mais de 150% entre os anos de 2000 e 2017, alcançando em junho de 2017 o valor de 349,78 pessoas presas para cada 100 mil habitantes (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2019).

A superlotação, no entanto, não é um fenômeno que pode ser analisado individualmente, eis que ocasiona a violação de diversos direitos basilares dos presos, como, por exemplo, a garantia de cela individual em condições de salubridade e higiene. Nesse sentido:

A falta de vagas impede ou dificulta a efetivação de direitos básicos dos encarcerados, como aqueles relacionados à estrutura das celas com espaço mínimo e condições de higiene, com dormitório, aparelho sanitário e lavatório, com no mínimo seis metros quadrados. Desta situação decorre a falta de condições dignas de existência aos encarcerados, dada a falta de espaço para o sono, atividades físicas, locais apropriados de trabalho e recreação, higiene e alimentação (MARTINS, 2017, p. 89).

Destarte, conforme o Juiz da Vara de Execuções Penais de Porto Alegre, Sidinei Brzuska, a Lei de Execução Penal e organismos internacionais dispõem que as celas devem atender ao tamanho mínimo de 6 m² por pessoa. Contudo, o que se observou na prática foi o agrupamento de cinco a seis pessoas neste espaço. Ainda, ao invés de ampliar a quantidade de estabelecimentos, com o intuito de amenizar esta situação de superlotação, a solução encontrada pelas autoridades foi retirar as portas das celas, deixando os presos livres nas galerias (CENTRAL, 2017).

Outrossim, além da questão da superlotação, pode-se atestar que a grande maioria das penitenciárias atuais apresenta deficiências nos alojamentos e na alimentação, além de más condições de higiene, falta de ar e excesso de umidade (BITENCOURT, 2017). Isso porque, consoante entendimento de Menezes e Menezes (2014), ainda que haja uma previ-

são de garantia à saúde no caráter preventivo e curativo, a realidade das condições no sistema penitenciário não permite tal efetivação, ao passo que há uma latente deficiência de recursos materiais para que se possa manter um ambulatório digno à demanda dos presos. Demanda essa que é agravada por fatores como brigas entre presos, má alimentação e agrupamento de pessoas saudáveis com pessoas não saudáveis na mesma cela.

Há de se falar, também, que além da deficiência de recursos materiais, também há um *déficit* de profissionais dentro dos estabelecimentos prisionais. A título exemplificativo, no caso do Presídio Central de Porto Alegre, o médico Clodoaldo Ortega Pinilla informou que, para atender os 4.500 (quatro mil e quinhentos) detentos, seria necessária a atuação de nove equipes da área da saúde. Entretanto, possuem apenas três equipes – sendo uma dessas apenas para encaminhamento –, o que dificulta o atendimento médico aos presos (CENTRAL, 2017).

Foi neste cenário, inclusive, que a tuberculose atingiu cerca de 7.245 presos no ano de 2017, representando risco de infecção de 28 vezes maior nos estabelecimentos prisionais do que na população em geral (GAMEIRO, 2018). Vale dizer, ainda, em relação à tuberculose, que em 2010 a população presa representava 6,4% dos números de casos totais, e em 2019 esse número praticamente dobrou, de modo que a população carcerária representou 11,1% do total dos casos de tuberculose, em que pese tratar-se de aproximadamente 0,37% por cento da população total (LOURENÇO; GUERRA, 2020).

Diante disso, tem-se que há o comprometimento da saúde dos apenados no atual cenário prisional brasileiro, eis que a disseminação de doenças contagiosas é facilitada em razão do acúmulo de indivíduos no mesmo local, bem como pelas más condições de higiene (MARTINS, 2017). Ainda, consoante dados apresentados, os índices de contaminação têm aumentado de modo acelerado, o que corrobora a alegação de que os direitos dos presos não são respeitados na prática e que, cada vez mais, têm sido banalizados por parte das autoridades públicas, em prol da manutenção do maior número possível de pessoas segregadas.

Cumprir referir, ainda, que a situação de violação aos direitos dos reclusos não é recente, ao passo que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – órgão da Organização dos Estados Americanos - vem realizando manifestações a respeito do descaso do Brasil com os seus apenados desde 1997, ao emitir relatório sobre os aspectos negativos do país. Nesse documento, a CIDH constatou condições higiênicas precárias, falta de atendimento médico e psicológico, bem como elevado índice de

presos portadores do vírus HIV, que não possuem o tratamento adequado (CIDH, 1997).

Verifica-se, desta forma, que a pena imposta pelo sistema judiciário brasileiro transcende a restrição do direito de ir e vir, uma vez que a sua execução viola diversos princípios e garantias asseguradas a todos os cidadãos, independente da condição de estar ou não cumprindo pena. Portanto, tem-se que esta situação demonstra e corrobora a alegada desproporcionalidade e desarmonia entre o respeito à segurança e às liberdades individuais.

Diante disso, considerando-se a crise sanitária existente em razão do novo coronavírus, merece ser analisada de que modo a situação dos presos, que já era de latente violação aos seus direitos, principalmente à saúde, restou afetada.

4 O ADVENTO DA PANDEMIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO ÂMBITO PRISIONAL

Em fevereiro de 2020 foi identificado o primeiro caso de contaminação no Brasil pelo SARS-CoV2, conhecido popularmente como *novo coronavírus*, tendo sido registrada a primeira morte pela doença no país no mês subsequente (BIERNATH, 2021). Diante do cenário de contaminação mundial, em 11 de março de 2020 a Organização Mundial da Saúde declarou a situação de pandemia em razão do coronavírus (AGÊNCIA BRASIL, 2020).

Neste desiderato, em 13 de março do mesmo ano, o Ministério da Saúde e as secretarias de saúde estaduais de todo o país emitiram recomendações para evitar que o vírus se propagasse. Assim, reconheceu-se que a transmissão comunitária estava ocorrendo em todo o país (BRASIL, 2020) e, com base em evidências científicas e análises de informações estratégicas em saúde divulgadas pela Organização Mundial da Saúde, se iniciou no Brasil o procedimento de isolamento social enquanto medida para combater o avanço do vírus.

Em razão deste novo contexto, a situação do sistema penitenciário brasileiro, que já era de latente violação de direitos, principalmente no que tange à saúde, tornou-se ainda mais delicada. Isso porque as medidas que vinham sendo aplicadas ao restante da população, como o distanciamento e isolamento, eram praticamente inviáveis no contexto do sistema prisional, diante da superlotação e das condições insalubres dos presídios. Ainda, procedimentos básicos como a higiene das mãos

eram de difícil concretização, tendo em vista a precariedade das unidades prisionais (SANCHEZ et al, 2020).

Assim, a fim de tentar reduzir os índices de contaminação e principalmente de óbitos dentro do sistema penitenciário, o país passou a adotar diversas medidas de tendente a evitar que a pandemia atingisse o sistema prisional. Na Resolução nº 4, de 23 de abril de 2020 – o Ministério da Justiça e Segurança Pública determinou, dentre outras medidas, a suspensão as visitas íntimas e sociais com contato físico e a suspensão dos atendimentos presenciais de advogados, assegurada a realização das visitas sociais e dos atendimentos jurídicos por meio de videoconferência. Ainda, determinou a permanência em quarentena pelo período de 14 (quatorze) dias de todo e qualquer preso que fosse incluído na unidade prisional; bem como a realização de imediato distanciamento do preso do convívio coletivo dentro do estabelecimento penal, em caso de suspeita ou de confirmação de teste positivo para o novo coronavírus (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

Entretanto, mesmo com a adoção destas e de outras medidas, conforme levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional, cerca de 42.517 presos foram contaminados pela Covid-19 desde março de 2020 até janeiro de 2021, dos quais 133 vieram a óbito. Em comparação com a população brasileira, a taxa de infecção foi 47% maior e a de letalidade 87% menor (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2021).

Em razão disso, a fim de tentar minimizar o avanço e a disseminação do coronavírus, o Ministério da Justiça e Segurança Pública editou a Resolução nº 14, de 4 de fevereiro de 2021, na qual recomendou às Secretarias Estaduais de Saúde que viabilizassem a vacinação de policiais penais e de pessoas privadas de liberdade como prioridade (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2021).

De outro lado, no plano jurisdicional, o Poder Judiciário também emprestou especial atenção ao controle da pandemia no sistema prisional. Provocado a se manifestar sobre situações específicas, ante o arcabouço normativo composto pelas resoluções antes destacadas, dentre outras, as diferentes instâncias do Poder Judiciário se depararam com o dilema de autorizar ou não saídas temporárias e prisões domiciliares, como conceder ou não liberdade provisória, em situações específicas de risco de contágio. Em questão, aqui, estava novamente a harmonia entre segurança pública e segurança individual, notadamente em razão do descumprimento das obrigações impostas pela Lei de Execuções Penais

quanto a questões básicas relacionadas à saúde, alimentação e aos espaços de acomodação nas celas.

Com efeito, com destacado no tópico anterior, as precárias condições de salubridade, uma constante no ambiente prisional brasileiro, potencializa os riscos de contaminação pela COVID-19, expondo a risco de vida a população carcerária. Daí a responsabilidade estatal de prevenir de maneira eficaz o avanço da pandemia no sistema prisional, e do Poder Judiciário, especificamente, de tutelar as liberdades individuais, dentre elas o risco à vida e à saúde, decorrente não da pandemia propriamente, mas da pandemia combinada com o descumprimento explícito das normas que estabelecem as condições mínimas de dignidade que o Estado deve assegurar às pessoas privadas de liberdade.

Atento a este cenário, o Conselho Nacional de Justiça havia emitido a Recomendação nº 62, no dia 17 de março de 2020, com medidas tendentes a prevenir a propagação do coronavírus no ambiente prisional, o que fez justamente com a específica finalidade de “proteção da vida e da saúde das pessoas privadas de liberdade”, conforme seu artigo 1º, parágrafo único, inciso I (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Com esse intuito, recomendou aos magistrados com atuação em varas criminais a reavaliação das prisões provisórias, com especial prioridade aos seguintes grupos, destacados no artigo 4º, inciso I:

- a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;
- b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;
- c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;

Ainda, recomendou a suspensão do dever de apresentação periódica de pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo (artigo 4º, II) e a “máxima excepcionalidade de novas ordens de

prisão preventiva” (artigo 4º, III). E no tocante aos magistrados com atuação nas Varas de Execução Criminal, recomendou, no artigo 5º, inciso I, fossem consideradas a possibilidade de concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes da Súmula Vinculante nº 56 do STF, em especial para os mesmos grupos de pessoas mencionados no artigo anterior; no inciso III, a concessão de prisão domiciliar em relação a todos as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução; no inciso IV, a colocação em prisão domiciliar de pessoa presa com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19, mediante relatório da equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal; e no inciso V, a suspensão temporária do dever de apresentação regular em juízo das pessoas em cumprimento de pena no regime aberto, prisão domiciliar, penas restritivas de direitos, suspensão da execução da pena (*sursis*) e livramento condicional, pelo prazo de noventa dias. Ainda, no artigo 6º, foi recomendada a substituição das prisões por inadimplência de pensão alimentícia por prisões domiciliares (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Como visto, o CNJ direcionou suas recomendações a dois públicos bem específicos: De um lado, para as pessoas ainda não condenadas definitivamente, direcionando as recomendações aos juízes com atuação nas varas criminais e sugerindo a máxima excepcionalidade das prisões cautelares. De outro, para as pessoas já condenadas definitivamente, direcionando as recomendações aos juízes com atuação nas varas de execuções criminais e sugerindo medidas aptas a desafogar o sistema prisional, como saídas antecipadas dos regimes fechado e semiaberto e prisões domiciliares especiais para presos dos regimes semiaberto e aberto, bem como para presos com diagnóstico positivo para COVID-19.

Como, porém, essas recomendações impactaram as decisões judiciais no exame dos casos concretos? Para responder essa pergunta, o presente ensaio analisou o resultado de levantamento quantitativo realizado no *website* do Superior Tribunal de Justiça, com base em pesquisa pronta divulgada pelo próprio Tribunal, relacionada ao tema de prisão e pandemia.³ Foram analisadas todas as decisões proferidas pelo mencionado tribunal nos julgamentos de *habeas corpus* e *agravos regimentais em habeas corpus* entre os meses de abril e julho de 2020. No total, foram setenta e seis decisões proferidas em ações constitucionais ou recursos

3 Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Consultado em 11.09.2021.

cujo objetivo era a flexibilização da privação da liberdade em razão dos riscos de contaminação decorrentes da pandemia.

O levantamento se pautou pelos seguintes questionamentos, todos formulados com base nas recomendações emitidas pelo Conselho Nacional de Justiça em março de 2020: (A) em quantos casos foi revogada prisão preventiva ou concedida liberdade provisória? (B) Em quantos casos foi concedida saída antecipada? e (C) Em quantos casos foram concedidas prisões domiciliares especiais?

Como resposta, verificou-se que somente em dois julgados a prisão preventiva foi revogada, com concessão de liberdade provisória, e em apenas cinco julgados foi concedida prisão domiciliar. Em outros dois casos o Judiciário determinou a suspensão da execução de prisão civil por dívida alimentar. No restante dos sessenta e sete julgados foram mantidas a medida cautelar de prisão preventiva ou a execução da pena com privação de liberdade, com negativas de pedidos de prisão domiciliar especial ou saídas temporárias e de saídas antecipadas dos regimes prisionais.

Como visto, do total de casos submetidos a julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, em menos de 10% foi priorizada a liberdade individual em face do valor segurança, na sua perspectiva social, de execução da pena imposta ou de imposição de medida cautelar. Nessa linha, observa-se que em quantidade significativa dos julgados analisados se constatou que os julgadores destacaram que reconheciam as recomendações do CNJ, mas que no caso concreto, pela manutenção da ordem pública, as mesmas não deveriam ser aplicadas.

Naturalmente que o equilíbrio entre liberdade e segurança impõe a verificação, em cada caso concreto, das suas particularidades, do enquadramento nas situações listadas na Recomendação 62/2020 do CNJ, e da ponderação entre o risco à saúde decorrente da pandemia e a obrigação estatal de execução da pena ou a necessidade de acautelamento. Não há, pois, fórmula matemática exata, motivo pelo qual não se pode pretender que o Poder Judiciário aplique indiscriminadamente as recomendações do CNJ. Nesse sentido, destacou o Ministro Rogério Schietti Cruz no julgamento do HC 572.292, *in verbis*:

“Não se pode perder de vista, sem nenhum tipo de ponderação, o dever de proteção à comunidade, exposta a risco pela soltura de alguns indivíduos de acentuada periculosidade. A liberação do regime fechado deve se dar por meio de decisão do juiz, após a avaliação

das peculiaridades de cada caso, com respaldo, inclusive, de opinião médica.”

No entanto, o levantamento dos julgados do Superior Tribunal de Justiça mostra uma preponderância quase absoluta do valor segurança (na perspectiva social) sobre as liberdades individuais. Em nome da garantia da ordem pública, nas medidas cautelares, ou da coisa julgada, na execução da pena, o Tribunal reconhecia as recomendações, mas negava-lhes aplicabilidade prática, retirando, ao fim e ao cabo, qualquer efetividade das medidas preventivas implementadas pelo órgão de controle externo.

A reforçar essa conclusão, destaca-se levantamento feito pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina⁴ a partir de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em 145 habeas corpus impetrados por Defensores Públicos de Florianópolis no mês de abril de 2020, cujo pedido de desencarceramento estava relacionado aos riscos da pandemia. Em apenas dez casos foi concedida ordem de habeas corpus, o que significou singelo índice de 6,9% dos habeas impetrados. Em outros noventa julgados a ordem foi denegada, enquanto vinte e quatro foram julgados prejudicados e o restante pendia de julgamento. Entre as denegações, o relatório destaca situações de pacientes portadores de doenças como HIV, hipertensão, diabetes, câncer renal e epilepsia, todos integrantes dos chamados grupos de risco, o que não foi considerado suficiente no juízo de ponderação entre liberdade e segurança na perspectiva social. Conforme o relatório, o fundamento argumentativo das denegações reflete um padrão bem determinado, indicativo da convicção do Poder Judiciário de que:

As circunstâncias de o(a) preso(a) ser idoso e/ou possuir uma doença grave são rechaçadas sob os argumentos de que a administração prisional está tratando satisfatoriamente da situação, com boas condições de assistência e higiene; que o(a) preso(a) está em isolamento e, por isso, protegido(a); que não há demonstração de risco de contaminação no estabelecimento prisional; e que a alegação de idade e a eventual existência de doença grave em contexto de pandemia não justificam por si a soltura.

4 Disponível em: <http://defensoria.sc.def.br/wp-content/uploads/2021/04/CECADEP--O-STJ-e-os-pedidos-de-liberdade-na-pandemia.pdf>. Consultado em 11.09. 2021.

Com efeito, sem desconsiderar a necessidade de ponderação, como destacado no julgamento do HC 572.292, não se pode perder de vista a premissa de que a situação de risco elevado a que estão expostos os apenados decorre do descumprimento, pelo Estado, de previsões legais relacionadas aos direitos básicos de salubridade e higiene dos cidadãos privados de liberdade. A impossibilidade de isolamento e de cuidados de higiene decorre diretamente da superlotação dos presídios, responsabilidade única e exclusiva do Estado. Neste cenário, a ponderação linear entre liberdade e segurança, fundada unicamente na periculosidade da pessoa e sem consideração da contribuição do Estado para o incremento do risco, apresenta resultado desvirtuado da realidade fática do sistema prisional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente ensaio foi estruturado com o intuito de verificar as medidas de prevenção à disseminação do coronavírus no ambiente prisional, como adotadas pelo Estado, e sua concretização na prática jurisdicional, em especial diante da situação de precariedade absoluta do sistema prisional e da necessidade de equilibrar a realização dos valores liberdade e segurança.

A este efeito, após o estabelecimento das premissas básicas relacionadas à execução penal, nos planos teórico e prático, e destacadas as Resoluções editadas pelo Poder Executivo Federal e a Recomendação emitida pelo Conselho Nacional de Justiça, foram analisadas as decisões proferidas pelo Superior tribunal de Justiça em setenta e seis habeas corpus entre os meses de abril e julho de 2020. O levantamento permitiu apontar quantitativamente os percentuais de decisões que aplicaram a Recomendação do CNJ e, de outro lado, as que lhe refutaram, bem como o fundamento geral da não aplicação das recomendações do órgão de controle externo. O resultado evidenciou a prevalência do valor segurança, em sua perspectiva social, em detrimento da liberdade individual e, especificamente, da vida e da saúde, bens jurídicos expostos a risco acentuado por conta da pandemia.

Observado esse cenário, e sem descuidar, naturalmente, da necessidade de verificação das particularidades de cada caso concreto, bem como da ponderação entre os valores em jogo, a análise dos julgados mencionados permitiu verificar que o juízo de ponderação, no plano ju-

risdicional, não levou em consideração a circunstância de que o agravamento do risco à vida e à saúde decorre de omissão estatal no cumprimento dos seus deveres relacionados à estruturação do sistema prisional. Como consequência, tem-se que as recomendações do CNJ e as demais normas administrativas exaradas pelo Poder Público tiveram reduzida eficácia no plano prático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASIL. **Organização Mundial da Saúde declara pandemia de coronavírus**. 11 de mar. de 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-05/ligue-180-registra-aumento-de-36-em-casos-de-violencia-contra-mulher>>. Acesso em: 25 mai. 2021.

BARATTA, Alessandro. Seguridad. In: **Criminologia y sistema penal** (compilación in memoriam). Editorial BdeF: Buenos Aires, 2004, p. 199-220.

BIERNATH, André. **Um ano de coronavírus no Brasil**: os bastidores da descoberta do primeiro caso oficial. BBC News Brasil, 25 de fev. de 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56189539>>. Acesso em: 27 mai. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão: Causas e alternativas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Lei de Execução Penal nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Lex. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 03 set. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Ministério da Saúde declara transmissão comunitária nacional**. 2020. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46568-ministerio-da-saude-declara-transmissao-comunitarianacional>>. Acesso em: 26 mai. 2021

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Pesquisa pronta – pandemia, coronavírus, COVID-19**. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 11.09.2021.

CNMP. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Sistema prisional em números: capacidade e ocupação.** 2019. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisonalem-numeros>. Acesso em: 03 set. 2021.

CNJ. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020.** Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília, DF. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>. Acesso em: 04 set. 2021.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Liberdade e segurança em Direito Penal: o problema da expansão da intervenção penal.** In: Crime e Interdisciplinariedade – Estudos em homenagem à Ruth Maria Chittó Gauer. POZZEBON, Fabrício de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha (Orgs.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 273-286.

GAMEIRO, Nathália. **Fiocruz lança campanha de combate à tuberculose nos presídios.** 2018. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/fiocruz-lanca-campanha-de-combate-tuberculosenos-presidios>. Acesso em: 03 set. 2021.

GÜNTHER, Klaus. **Da liberdade à segurança: os fundamentos normativos do direito penal em mudança.** In: Revista Anatomia do crime, n. 04 (2016), pp. 09-21.

ISENSEE, Josef. **El derecho constitucional a la seguridad: sobre los deberes de protección del Estado Constitucional Liberal.** Rubinzal – Culzoni editores: Buenos Aires, 2014.

MARTINS, Jília Diane. **A condição do encarcerado no sistema prisional: biopolítica e desenvolvimento como liberdade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MAYA, André Machado. **O processo penal na sociedade de risco: a persecução penal entre os ideais de segurança e liberdade.** Revista de Estudos Criminais, nº 73, p. 197, 2019.

MAYA, André Machado; LORENZONI, Pietro Cardia. Direito (fundamental) à segurança? Uma aproximação a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional brasileiro e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: **O direito penal e o processo penal como instrumentos de defesa de direitos públicos incondicionados: perspectivas brasileiras e chilenas.** LEAL, Rogério Gesta;

SBARDELOTTO, Fabio Roque; ÁLVAREZ, Rodrigo Ríos (Orgs.). p. 237-264. E-book. Porto Alegre: FMP, 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias, atualização junho de 2017**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatoriossinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Resolução nº 4, de 23 de abril de 2020**. Dispõe sobre Diretrizes Básicas para o Sistema Prisional Nacional no período de enfrentamento da pandemia novo Coronavírus (2019-nCoV). Lex. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-4-de-23-de-abril-de-2020-253759402>. Acesso em: 04 set. 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Resolução nº 14, de 4 de fevereiro de 2021**. Priorização da Vacinação dos Servidores do Sistema Prisional e Pessoas Privadas de Liberdade no Plano Nacional de Operacionalização da Vacina Contra a Covid-19. Lex. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-14-de-4-de-fevereiro-de-2021-302791438>. Acesso em: 04 set. 2021.

SANCHEZ, Alexandra et al. COVID-19 nas prisões: um desafio impossível para a saúde pública? **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 5, 2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2020000500502&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 03 ago. 2021.

SOUZA NETO, Cáudio Pereira de. Comentários ao artigo 5º da Constituição Federal brasileira. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). **Comentários à Constituição Federal brasileira**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.



A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA NO DIREITO BRASILEIRO

José Tadeu Neves Xavier¹
Paula Ferla Lopes²

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica é um instrumento jurídico que vem experimentando significativa evolução, tanto no âmbito dos debates acadêmicos, quanto no cenário legislativo. O advento do regramento de seu procedimento no Código de Processo Civil de 2015, detalhando a formatação processual da aplicação da *disregard doctrine* e as alterações na redação do art. 50 do Código Civil, proporcionadas pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), acabam por estabelecer novo dimensionamento para a superação da personalidade jurídica para fins de responsabilização patrimonial.

Deste o seu surgimento – tanto em nível mundial como no direito interno – a *disregard doctrine* alimentou acalorados debates doutrinários e acabou por alcançar ampla aplicabilidade, buscando corresponder

-
- 1 Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha), Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), professor na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP (Graduação e Mestrado em Direito), na Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul (FEMARGS), e na Faculdade IMED/Porto Alegre. Advogado da União (josetadeunevesxavier@gmail.com).
 - 2 Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela PUCRS. Integrante do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade Interesses Públicos versus Interesses Privados de coordenação do Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier. Advogada (paulaferlalopes@gmail.com).

às diversas situações experimentadas no cotidiano das negociações do mercado, chegando a diversos setores do direito.

O objetivo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é sancionar as situações de utilização abusiva da pessoa jurídica, em situações de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, de forma a proteger os terceiros de boa-fé que se vêm prejudicados nos seus legítimos interesses econômicos em face de conduta artilosa dos sócios ou administradores da entidade personificada, que se valem dos benefícios decorrentes da personificação para obterem vantagens indevidas. É, portanto, uma oportuna espécie de sanção civil.

O ambiente de A utilização abusiva das prerrogativas que acompanham a personificação jurídica pode ser aquele em que a entidade é devedora de obrigações pecuniárias, mas se encontra desprovida de fundos disponíveis para honrar com estes encargos, ou o inverso, quando o sócio possui uma obrigação pessoal e, de igual forma, não possui bens suficientes para realizar o seu pagamento. A partir dessas situações é possível que se alcance o patrimônio dos sócios – no primeiro caso – e o da entidade personificada – no segundo – por meio da desconsideração da personalidade jurídica nas modalidades tradicional e inversa, respectivamente. Para que se possa realizar esse alcance, todavia, alguns critérios devem ser observados, a fim de que não haja a banalização da relativização da autonomia patrimonial. Para isso servem as balizas traçadas pela legislação, ao modelar esta figura jurídica.

Este pequeno ensaio tem por escopo a análise, ainda que de forma breve, da desconsideração da personalidade jurídica na sua modalidade inversa, contextualizando quando poderá ser aplicada e, utilizando, com o intuito de ilustração, de análise de caso concreto. Para tanto, em um primeiro momento, será realizada uma rápida revisão da teoria da desconsideração na sua modalidade tradicional, a fim de que reconhecer os requisitos autorizadores de sua incidência e de que forma poderá ser aplicada; passando-se, a seguir, ao enfrentamento específico da técnica conhecida como desconsideração inversa. Por fim, para densificar a abordagem da desconsideração inversa, será enfrentada a sua aplicação no conhecido Caso CAO, a fim de verificar, na prática, sob quais fundamentos ocorreu a utilização desta espécie.

2 EVOLUÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem assumido papel de destaque no enfrentamento dos casos de utilização abusiva da entidade personificada em prejuízo dos seus credores. O eixo central da compreensão e aplicação deste instrumento é representado pela cláusula geral consignada no artigo 50 da Codificação Civil, na qual é delineada a sua versão mais abrangente, calcada em dois pilares fundamentais: a verificação da atuação abusiva dos agentes que conduzem a pessoa jurídica (sócios, administradores, controladores) e a insuficiência de patrimônio para o cumprimento dos compromissos econômicos assumidos no mercado.

A formulação desta concepção teórica é encontrada no direito da *Common Law*, no século XIX, a partir do ativismo do Tribunal, para servir de instrumento de enfrentamento pretoriano aos casos de utilização indevida de entes personalizados de atuação na seara negocial, em claro prejuízo injusto aos credores da entidade, onde ficou conhecida como *disregard doctrine*, *piercing the corporate veil*, *lifting the corporate veil* ou *cracking open the corporate shell*. Há clássica controvérsia doutrinária sobre o verdadeiro *leading case* pioneiro no tema, polarizando-se entre o caso *Bank of United States v. Deveaux*, julgado em 1807, no sistema norte-americano, e o caso *Salomon v. Salomon Co. Ltd.*, do direito inglês, datado de 1897, que deu origem ao chamado *salomon principle*, que ainda hoje orienta decisões do sistema da *Common Law*.

No modelo da *Civil Law* a estruturação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é atribuída à Rolf Serick, que sistematizou a doutrina no direito germânico por meio de tese defendida perante a Universidade de Tubigen, em 1953, publicada posteriormente sob o título *Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles* (SÉRICK, 1958), que foi acompanhada, na doutrina italiana, do estudo formulado por Piero Verrucoli, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil Law* (VERRUCOLI, 1964), que exerceram muita influência entre os juristas brasileiros que se dedicaram ao estudo do assunto.

No direito nacional as primeiras notícias sobre a aplicação da teoria da desconsideração datam de 1955, em julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que fundado na existência de confusão patrimonial entre sócio e sociedade, afastou o dogma da separação de esferas

econômicas entre a entidade e seus membros, responsabilizando o sócio de sociedade dedicada ao ramo empresarial (hospital), que se valeu da personalidade da entidade para adquirir bens de uso doméstico (Ap. civil nº 9247, j. em nov. de 1955, Revista dos Tribunais, v. 238, p. 393-395).

No âmbito acadêmico nacional o pioneirismo no estudo da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica é atribuído ao jurista Rubens Requião, que em 1969, proferiu conferência sobre o tema na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, a qual teve versão escrita publicada sob o título *Abuso e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)* (REQUIÃO, 1969). A esse trabalho se sucederam dois estudos atualmente considerados clássicos na abordagem do assunto. Em 1976 Fábio Konder Comparato publicou a obra *Poder de controle na sociedade anônima* (COMPARATO, 2014) e, em 1979, Larmartine Corrêa de Oliveira editou ensaio intitulado *A dupla crise da pessoa jurídica* (OLIVEIRA, 1979). Daí se seguiram, inúmeros estudos sobre o tema da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica nos mais diversos setores do Direito.

Na seara legislativa o pioneirismo na positivação do tema é atribuído à legislação consumerista, que positivou a possibilidade de superação da personalidade jurídica da pessoa jurídica fornecedora em favor de consumidores, em seu art. 28, sendo seguida de algumas leis especiais, chegando ao Código Civil atual, que a consagrou em seu artigo 50, que recentemente teve a sua redação revista, em decorrência da aprovação da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, passando a contar com a seguinte redação: “*Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconSIDERÁ-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso*”.

A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica também concretizou, ao menos em termos legislativos, uma maior densificação das hipóteses autorizadoras da aplicação da *disregard doctrine*, definindo com mais clareza os requisitos do *desvio de finalidade* e da *confusão patrimonial*. O primeiro é reconhecido nos casos em que se verificar a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza; enquanto que a ausência de separação patrimonial de fato entre os patrimônios da entidade personifica-

da e daqueles que dela participam é caracterizada por: (a) cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; (b) transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e (c) outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

Em todas estas disposições, que positivaram a *disregard of the legal entity*, sempre foi preservada a noção de que tal disciplina não visa atingir à extinção da pessoa jurídica, representando, portanto, hipótese de ineficácia episódica do fenômeno da personificação, afastando, tão somente para o caso concreto, as consequências da separação patrimonial, estendendo a responsabilidade por determinados atos aos sócios ou administradores da pessoa jurídica, atingindo, assim o patrimônio pessoal destes (REQUIÃO, 1969, p 283).

Realiza esta breve noção sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, passa-se a análise da sua aplicação na forma inversa, ponto central deste ensaio.

3 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA MODALIDADE INVERSA

Conforme referido a *disregard doctrine* comporta, no cenário jurídico nacional, determinadas variações construídas a partir da reiteiração de práticas pretorianas que, paulatinamente, foram enfrentando diferentes realidades propícias a proporcionar a reflexão sobre a adequada utilização da pessoa jurídica.

Dentre estas variações merece especial destaque a chamada *teoria da desconsideração inversa*, construída a partir da constatação do abuso da pessoa jurídica decorrente da prática de atos de sócio que, buscando esvaziar o seu patrimônio pessoal, com o intuito de frustrar pretensões de seus credores, transfere bens de sua titularidade à sociedade personificada na qual, em geral, tem participação relevante ou assume posição de efetivo controle. Ana Caroline Santos Ceolin conceitua a *desconsideração inversa* como “o instrumento jurídico que permite prescindir da personalidade e da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, para responsabilizá-la por obrigações pessoais do sócio”, acrescentando: “busca-se, com a teoria da desconsideração ao inverso, alcançar o patrimônio social para obter a restituição de bens sociais do sócio fraudulentamente alienados para a sociedade, em prejuízo a direito de terceiros” (CEOLIN, 2011, p. 127).

Na mesma linha Giordano Bruno da Silva Santos define esta variação da *disregard doctrine* como aquela que “consiste em afastar a autonomia da pessoa física, geralmente sócio ou administrador de uma empresa, para atingir os bens desta sociedade empresária, nos casos em que houver confusão patrimonial ou quando o devedor esvaziar o seu patrimônio pessoal, enquanto pessoa natural, e o integralizar na pessoa jurídica, de modo a afastar o pretense direito de credores” (SANTOS, 2016, p. 157). Tal prática representa, portanto, utilização indevida da pessoa jurídica, com o intuito de fraudar seus credores, num claro exemplo de *desvio de finalidade*.

Logo, como a expressão indica, a desconsideração da personalidade jurídica da entidade personificada ocorre na contramão da fórmula tradicional, buscando-se bens na pessoa jurídica, para saldar obrigações assumidas pelos seus sócios, ou realizar acertos econômicos devidos em função de conduta que deve a estes ser imputada.

Há, portanto, nítida quebra do postulado da autonomia patrimonial da sociedade, com o objetivo de evitar que esta venha a ser utilizada de modo a encobrir o patrimônio pertencente aos seus membros.

É importante frisar que nesta hipótese as bases que tradicionalmente orientam a efetivação da *disregard doctrine* continuam a ser observadas, somente vindo a ser realizada à extensão de responsabilidade patrimonial se estiverem presentes os requisitos indicados no artigo 50 da Codificação Civil, ou seja, houver o abuso da pessoa jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. Neste sentido Pedro Henrique Torres Bianqui adverte sobre o caráter excepcional da aplicação da desconsideração inversa: “os credores pessoais dos sócios dispõem de várias formas para a satisfação de seu crédito, como a penhora das quotas ou ações do sócio, penhora de seus dividendos, declaração de insolvência civil do sócio, etc., de modo que a desconsideração inversa só poderia ser aplicada em casos extremos e excepcionais”, reforçando: “afinal, a responsabilidade da sociedade para arcar com dívidas pessoais dos sócios pode acarretar a descapitalização da empresa, a redução do patrimônio social e, conseqüentemente, a diminuição da garantia dos credores da sociedade empresária, consubstanciada no próprio capital integralizado” (BIANQUI, 2011, p. 58).

O Código de Processo Civil atual trouxe breve referência a esta modalidade em seu artigo 133, § 2º, ao dispor que esta poderá ser buscada em juízo por meio do *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*, de acordo com procedimento estabelecido nesta Codificação. Entretanto, num primeiro momento não havia orientação específica

sobre os requisitos a serem observados para a efetivação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no seu sentido inverso. Este cenário mudou com o advento da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que introduziu na Codificação Civil, mais pontualmente no art. 50, o parágrafo 3º, dispondo que as orientações do *caput* deste dispositivo e de seus parágrafos definidores do desvio de finalidade e da confusão patrimonial devem ser observados na extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

Nesta linha, mesmo antes da modificação legislativa, Giordano Bruno da Silva Santos já era enfático ao se vincular a esta orientação, reiterando que a teoria inversa baseia-se nos mesmos pressupostos, ou seja, a existência de abuso da personalidade jurídica (que neste caso se daria inversamente, com o sócio ocultando seus bens por meio da sociedade empresária), desvio de finalidade ou confusão patrimonial, e oferecendo o seguinte exemplo: *“quando um sócio registra um veículo que comprou para si, e que o utiliza para fins particulares, em nome da sociedade da qual faça parte, gerando assim uma confusão entre quais seriam os seus bens e os da empresa”* (SANTOS, 2016, p. 157)

O tema da desconsideração inversa da personalidade jurídica também mereceu atenção nas Jornadas de Direito Civil, patrocinadas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que editou o enunciado 283, nos seguintes termos: *“é cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada ‘inversa’ para alcançar os bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros”*.

O âmbito de incidência da teoria da desconsideração na sua modalidade inversa, é bastante amplo, abrangendo os mais diversos setores do direito, porém, no cenário brasileiro, diversamente do que ocorre no modelo jurídico norte-americano, não tem se concentrado nas lides envolvendo grupos de empresas. Em nosso país o tema ganhou maior relevância e efetividade nas lides envolvendo relações do Direito de Família, mormente em demandas que envolvem partilha patrimonial na dissolução de casamento ou união estável. Neste ramo específico não são raras as situações em que o cônjuge ou companheiro esvazia o seu patrimônio particular, destinando-o a integralização de sociedade, visando afastá-lo da partilha. Giordano Bruno da Silva Santos lembra ainda da possibilidade do cônjuge ou companheiro, às vésperas de seu divórcio ou dissolução da união estável, efetive sua retirada aparente da sociedade da qual é só-

cio, transferindo sua participação para outro membro da empresa ou para terceiro, também com o objetivo de fraudar a partilha (SANTOS, 2016, p. 168).

No cenário da doutrina jurídica argentina Juan M. Dobson também ressaltou a natural vinculação da possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração inversa nas relações envolvendo Direito de Família, exemplificando: “*un marido intenta sustraer bienes de la sociedad conyugal mediante la formación de una sociedad anónima a cuyo nombre registra esos bienes, se há visto confrontado con el allanamiento de la personalidad de la sociedad aparente y fraudulentamente propietaria, admitiendo los tribunales la traba de medidas precautorias sobre tales bienes en el juicio de divorcio*” (DOBSON, 1985, p. 15).

Dentro do contexto, o presente trabalho se propôs a uma análise sob um viés mais prático, motivo pelo qual interessante se fez trazer à baila o estudo de caso paradigmático reconhecido nacionalmente, qual seja o *Caso CAO A*, a partir do qual será realizada uma verificação mais apurada sobre a aplicabilidade da *disregard* na modalidade inversa na nossa praxis forense.

3.1 A aplicabilidade da desconsideração inversa no direito brasileiro e o caso caoa

Com o intuito de ilustrar a aplicação da Teoria da Desconsideração na sua modalidade inversa, trazemos a colação para análise o conhecido *Caso CAO A*, tomando em consideração o julgamento promovido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no Agravo de Instrumento nº 1198103-0/0, relatado pelo Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, no qual a matéria foi enfrentada.

O caso envolve o julgamento de demanda bastante divulgada na mídia nacional, envolvendo famoso empresário brasileiro, Carlos Alberto de Oliveira Andrade, mais conhecido como Sr. CAO A, ou também, como “Henry Ford” brasileiro, já que era praticamente o dono absoluto das empresas Hyundai CAO A Brasil Ltda. e CAO A Montadora de Veículos S/A. O processo teve por objeto a cobrança de honorários advocatícios por uma sociedade de advogados que havia prestado serviços jurídicos ao empresário, tendo sido dispensada pelo cliente sem maiores delongas e sem o pagamento dos honorários que lhe eram devidos. Julgada procedente a demanda, o feito passou à fase de cumprimento de sentença, sendo os credores surpreendidos ao requerer bloqueio judicial das contas de

titularidade do ex-cliente e não encontrarem, em nenhuma delas, valores consideráveis e aptos a saldar a dívida judicialmente constituída.

A situação fática posta em análise, portanto, era a seguinte: muito embora o devedor – Sr. CAO A – fosse empresário multimilionário, que aplicava centenas de milhões em suas empresas, não possuía patrimônio em seu nome capaz de saldar suas dívidas individuais. Por óbvio esse patrimônio milionário estava inserido em algum lugar – que não eram nas contas de titularidade individual do controlador das empresas – e, portanto, concluiu-se que o patrimônio pessoal era todo inserido na pessoa jurídica, restando configurada a confusão patrimonial.

A título elucidativo, a confusão patrimonial, nas palavras de Felipe Palhares, pode ser averiguada “pela junção do patrimônio pessoal do sócio com o da sociedade, não sendo possível diferenciar quais bens são de propriedade particular do sócio e quais são de titularidade da sociedade” (PALHARES, 2015, p. 55).

No *Caso Caoa*, foi justamente essa situação que se averiguou. O Des Manoel de Queiroz Pereira Calças chegou, inclusive, a ressaltar: *“Há um fato emblemático que contribui para a formação da convicção indispensável ao julgamento deste recurso: o agravado, Carlos Alberto de Oliveira Andrade, é reconhecido pela imprensa (portanto, fato público e notório) como o maior revendedor de veículos da América Latina. Inobstante tal situação, em sua declaração de bens perante a Receita Federal, por ele mesmo apresentada às fls. 355/361, não consta nenhum automóvel ou qualquer tipo de veículo de sua propriedade. É de se perguntar: é crível que o maior revendedor de veículos da América Latina não tenha nenhum automóvel (mesmo que não fosse das marcas que representa) para seu uso pessoal e familiar?”*

Foi verificado no caso concreto que a sociedade Hyundai CAO A do Brasil Ltda possuía capital social de R\$ 150.000.000,00. Ocorre que, posteriormente, Carlos Alberto de Oliveira Andrade retirou-se da sociedade e deu lugar à CAO A Family Participações S/A, que possuía endereço idêntico ao do ex-sócio com apenas a diferença de um andar entre as salas comerciais dos dois, o que evidenciava que continuava na titularidade da empresa. Ainda assim, sua cônjuge continuou como sócia e, atualmente, o capital social da empresa está dividido em R\$ 149.999.999,00 em quotas para a CAO A Family Participações S/A e uma quota no valor de R\$ 1,00 para a esposa do empresário

No que diz respeito à empresa CAO A Montadora de Veículos S/A, por sua vez, sociedade anônima de capital fechado, figuram como

sócios Carlos Alberto de Oliveira Andrade, sua esposa e “C.A. de Oliveira Andrade, Comércio Importação e Exportação S/A” – sociedade panamenha por ações – e totalizam R\$ 152.327.600,00 de capital social, do qual R\$ 135.000.000,00 pertence a Carlos Alberto de Oliveira Andrade, R\$ 15.000.000,00 à sua esposa e R\$ 2.327.600,00 à empresa panamenha.

Conseqüentemente, junto com tais distribuições, notou-se que o real controlador das duas empresas sempre foi Carlos Alberto de Oliveira Andrade e, além do mais, o caráter malicioso de transportar patrimônio pessoal para o da sociedade com o intuito de prejudicar seus credores, podendo se dizer, até mesmo, que o caso albergava duas as situações postas como requisito, ainda que o julgado não tenha explorado a segunda que poderia ser utilizada, qual seja, a fraude.

Na oportunidade do julgamento do Recurso Especial nº 1.721.239-SP, discutindo esta mesma operação societária, no qual também a aplicação da teoria da desconsideração na sua modalidade inversa, o Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino ressaltou em sua argumentação que apesar de a simples alteração societária, como regra, não ser causa por si só autorizadora da incidência da disregard doctrine, *“quando realizada dentro de um quadro fático em que claramente os executados buscam de todas as formas possíveis não cumprir a sua obrigação, mostra-se possível a desconsideração”*, pontuando: *“como já aludido, a alteração societária, no curso da execução, se deu no bojo da principal empresa do grupo, integrado pela co-executada, envolvendo o devedor e sua esposa, logo após ser solicitado ao juízo da execução um prazo 30 dias para indicação de outros bens à garantia, tratando-se de ato manifestamente atentatório à dignidade da Justiça. E, como deixa claro o acórdão recorrido, não se tratou de uma simples alteração societária, pois o co-executado, ao transferi-las para sua esposa, reduziu sua participação de 88% para 0,59%”*.

Ainda no que tange à análise do caso concreto, os argumentos expostos pelas sociedades demandadas se basearam, exclusivamente, (I) a inexistência legal da figura da desconsideração inversa no ordenamento jurídico brasileiro, (II) a necessidade de interpretação restritiva ou de caráter excepcional do artigo 50 do Código Civil, (III) a doutrina de desconsideração inversa que só a autorizaria nos casos de desvio ou transferência dos bens do sócio para a sociedade que integra.

Da análise desses argumentos, pode-se notar que transpondo a discussão ao plano atual a questão referente à inexistência de previsão legal referente à desconsideração já se encontra superada. No mais, os argumentos remanescentes puderam ser combatidos no próprio julgado

que afirmou que, muito embora a defesa tenha alegado que não havia demonstração da transferência de ativos financeiros pessoais para a empresa, o mero fato de o empresário – nacionalmente conhecido como “milionário” – possuir suas contas praticamente zeradas, pressupõe que retirava do patrimônio da empresa – cuja sócia é sua mulher – o necessário para sua manutenção vital e socioeconômica.

No caso, pois, restou reconhecida a existência da confusão patrimonial que acabou por autorizar a desconsideração da personalidade jurídica na modalidade inversa nas empresas supra elencadas, a fim de determinar a penhora *online* das contas das empresas até o valor devido à sociedade de advogados.

Mais ainda, da análise da situação concreta apresentada no *Caso CAO*, pode-se até se remontar ao próprio *leading case Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, haja vista o intuito do empresário de esvaziar patrimônio e colocá-lo em outra empresa, a fim de que esse numerário se tornasse “intocável” pelos credores. Ao contrário do que ocorreu no referido caso paradigma, entretanto, nesse o desfecho foi outro.

Pois bem, o *Caso CAO* foi paradigmático, todavia vale ressaltar que a empresa continua exercendo suas atividades comerciais no mercado e não teve maiores prejuízos no que diz respeito à sua existência enquanto pessoa jurídica e isso é justamente o que instituto da desconsideração da personalidade jurídica visa preservar: a real proteção da empresa que tem sua autonomia patrimonial desviada por seus sócios para fins escusos e que acabam prejudicando outros, por vezes, totalmente alienados da situação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica possui grande aderência atual dentro do cenário jurídico brasileiro. Atualmente e aos poucos, diversas leis especiais, o próprio Código Civil e, agora, o Código de Processo Civil, vieram prever e regulamentar esse instituto que, por muito tempo, foi objetos de discussões acerca dos requisitos autorizadores e a forma como deveria ser utilizada dentro da prática jurídica.

Antes mesmo da tão esperada expressa menção realizada pelo Código de Processo Civil em 2015, seguida da modificação do art. 50 do Código Civil pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei nº 13.875/2019) já era reconhecido a autorizado o uso da desconsidera-

ção da personalidade jurídica também na modalidade inversa, a fim de que os sócios não pudessem se esconder, de forma ilimitada, atrás de suas sociedades, desviando patrimônio para ela – patrimônio esse que nunca seria alcançado pelos credores -, com o intuito de esquivar-se de obrigações existentes com credores que nunca conseguiriam ver seus créditos adimplidos, situação essa já alertada por Rubens Requião na década de 1960.

Antes da previsão legal, entretanto, era necessária toda uma construção teórica, a fim de que autorizar dita modalidade de *disregard* e o argumento de sua inexistência expressa sempre foi muito utilizado por aqueles que pudessem ter que se sujeitar a uma possível desconsideração. Esse, inclusive, foi o objeto do *Caso CAO*, trazido ao presente estudo para análise.

O que se notou, portanto, é que o *Caso CAO* perfectibilizou o objetivo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na modalidade inversa, uma vez que buscou responder com patrimônio da empresa obrigação originariamente contraída pelo sócio que se valeu das pessoas jurídicas de sua titularidade para ocultar patrimônio pessoal. Diante desse contexto, a questão da inexistência de previsão legislativa que imperava à época se mostrou totalmente desnecessária em face do preenchimento do requisito do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial, requisitos esses autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica em ambas as modalidades.

Mais ainda e, por fim, o caso ilustrado apenas demonstra como, na prática, tal estudo se mostra importante, visto que reiteradas são as situações de ocorrência de situações desviantes por empresários com objetivos pouco elogiáveis que acabam prejudicando a própria pessoa jurídica e sua função, o que mostra a necessidade de uma atenção e um estudo maior à questão também na seara prática aplicável ao instituto que visa, sobretudo, resguardar os interesses e o direito daqueles que se veem diretamente lesados com tais práticas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Roberta Macedo de Souza. **Desconsideração da personalidade jurídica no direito de família**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

BIANQUI, Pedro Henrique Torres. **Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil**, São Paulo: Saraiva, 2011.

BRAVO, Raquel Nunes. **Sociedades afetivas: dissoluções e a desconsideração da personalidade jurídica inversa**. Curitiba: Juruá, 2013.

CEOLIN, Ana Caroline Santos. **Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica**, Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**, vol. 2, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **Poder de controle na sociedade anônima**, atualizada por Calixto Salomão Filho, 6ª ed., São Paulo: RT, 2014.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1, 17ª ed., Salvador: Juspodivum, 2015.

DOBSON, Juan M. **El abuso de la personalidad jurídica en el Derecho Privado**, Buenos Aires: Depalma, 1985

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

OLIVEIRA, Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, São Paulo: Saraiva, 1979.

PALHARES, Felipe. A aplicação da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica à luz do ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 3. p. 55-80, abr.-jun. de 2015, RTonline.

REQUIÃO, Rubens, Abuso e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine), **Revista dos Tribunais**, v. 410, p. 12-24, dez. de 1969.

SANTOS, Giordano Bruno da Silva. Teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 5, nº 13, p. 157-172, set-dez de 2016.

SÉRICK, Rolf. **Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles**, tradução J. Puig Brutau, Barcelona: Ediciones Ariel, 1958.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**, v. 1. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VERRUCOLI, Piero. **Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil Law**, Milano:Giuffrè, 1964.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; SLATTERY, Maria Eugênia Nassim. A teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica no direito brasileiro à luz do novo CPC. **Revista dos Tribunais**, v. 978/2017. p. 197-225. Abr. de 2017, RTonline.

XAVIER, José Tadeu Neves. A processualização da desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Processo**, v. 254/2016. p. 151-191, abr. de 2016.

RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PANDEMIA DO COVID-19

Edson Cesar Pereira Leirias¹

1 INTRODUÇÃO

A vida em sociedade evidencia infinitas situações em que é preciso a tomada de alguma decisão sobre qual direito deve prevalecer em determinado caso concreto na ocorrência de conflito entre direitos fundamentais. Com o processo de redemocratização do país, o tema direitos fundamentais ganhou extrema importância a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu um rol de direitos individuais e coletivos como pressupostos básicos para a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Considerando que as pessoas são titulares e destinatários de direitos fundamentais, é normal que surjam conflitos entre eles. Desta forma, cabe essencialmente em cada situação fazer a correta identificação da extensão das normas sobre direitos fundamentais para determinar o limite de proteção a cada direito. Imaginemos que o Estado, para garantir o bem da coletividade, tenha que, para atingir esse fim, restringir a liberdade de determinado indivíduo ou grupos de pessoas. Sendo assim, quais seriam os limites para a restrição dos direitos fundamentais?

Para a resposta ao questionamento acima, é necessário o conhecimento sobre restrições e limites aos direitos fundamentais, tomando

1 Mestrando em Direito – Fundação Escola Superior do Ministério Público. Graduado em Direito – Universidade Luterana do Brasil. Especialista em Ciências Criminais - Fundação Escola Superior do Ministério Público.

por base os ensinamentos do jusfilósofo alemão Robert Alexy², utilizada e difundida em muitos tribunais para a fundamentação acerca da colisão de princípios. Nesse prisma, é essencial o entendimento sobre a distinção de normas, regras e princípios, bem como a possível incidência de restrições nesses institutos, para que se tenha a compreensão sobre como são resolvidos os conflitos entre eles.

Para a produção do presente trabalho foi realizada pesquisa acerca do assunto na doutrina especializada, legislação pertinente, bem como artigos científicos publicados em meio digital. Para a análise da aplicabilidade prática, foi realizada pesquisa sobre as principais medidas tomadas pelo poder público no enfrentamento da pandemia causada pelo Covid-19.

2 NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS

Com base no estudo aprofundado do constitucionalismo contemporâneo (BONAVIDES, 1996, p. 231) não é mais razoável considerar normas e regras jurídicas como sinônimas. Destarte, a expressão norma é gênero, onde princípios e regras são espécies, como define a dogmática moderna. As regras são normalmente mais objetivas com incidência em situações específicas e os princípios são abstratos e aplicam-se em uma diversidade de casos.

Para Alexy, a distinção estrutural entre regras e princípios é fundamental para se desenvolver uma teoria dos direitos fundamentais, capaz de ponderar as possibilidades de restrições, solucionar colisões ou mesmo identificar a função dos direitos fundamentais no sistema jurídico (ALEXY, 2008, p. 85). Afirmar ainda o autor que os direitos fundamentais costumam ser distinguidos por sua forte carga axiológica e comumente identificados como princípios. No entanto, a diferença entre as regras e princípios não é gradual e sim qualitativa, isto é, não é grau de importância que os distingue, mas aquilo que se impõe normativamente.

Como decorrência, as normas de direitos fundamentais podem ter natureza de regras jurídicas, quando são garantidos direitos definitivos.

2 Robert Alexy é um dos mais influentes filósofos do Direito alemão contemporâneo. Graduou-se em direito e filosofia pela Universidade de Göttingen, tendo recebido o título de PhD em 1976, com a dissertação *Uma Teoria da Argumentação Jurídica*, e a habilitação em 1984, com a *Teoria dos Direitos Fundamentais - dois clássicos da Filosofia e Teoria do Direito*.

vos e se verifica a incidência ou não incidência da norma. Isto é, as regras se aplicam pela regra da subsunção, pela lógica da validade, ou ainda, como ensina Dworkin na lógica do tudo ou nada (DWORKIN, 2002, p. 24). Ou podem adotar o aspecto de princípios, onde os direitos são garantidos de imediato e o grau de sua realização dependerá das circunstâncias do caso concreto.

Alexy define os princípios como “mandamentos de otimização” (ALEXY, 2008, p. 91), pois são normas que impõem que algo seja realizado da melhor forma possível, considerando as possibilidades jurídicas existentes. Quanto às regras, estas são definidas como mandamentos definitivos, que só podem ser cumpridos se forem válidos e, sendo assim, devem ser cumpridos ou não (ALEXY, 2008, p. 91).

Alec Stone Sweet e Jud Mathews, com base nos ensinamentos de Alexy, aduzem que:

Para nossos propósitos, Alexy faz duas contribuições originais. Primeiro, ele diferencia regras e princípios e depois conceitua princípios como requisitos de otimização. As regras contêm pontos fixos no campo factual e legalmente possível, ou seja, uma regra é uma norma que é cumprida ou não. Para Alexy, princípios, como os contidos nas disposições sobre direitos, são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível, dadas as possibilidades legais e factuais (MATHEWS; SWEET, 2008, p. 23).

Destarte, poderia se chegar a um consenso equivocado de que todos os princípios têm o mesmo caráter *prima facie* e de que todas as regras têm o mesmo caráter definitivo. Entretanto, Alexy esclarece que tal conclusão seria simplista, como o proposto por Dworkin, quando este preceitua que as regras válidas são aplicáveis pela lógica do tudo ou nada, enquanto os princípios carregam razões que apontam uma direção, mas não indicam uma resolução definitiva. Sendo assim, o autor alemão ressalta a importância de um modelo mais distinguido, mas que não deixe de sopesar o caráter *prima facie* entre regras e princípios.

2.1 Colisões de princípios e conflitos de regras

O conflito entre regras deve ser sanado no campo da validade, sendo aplicada ao caso concreto e trazendo consigo suas consequências

jurídicas. Neste caso, Alexy propõe a possibilidade de se inserir uma cláusula de exceção em uma delas, cujo efeito será a perda de seu caráter definitivo. Caso não seja possível solucionar o conflito pela introdução de uma cláusula de exceção, uma das regras será declarada inválida e eliminada do sistema normativo. O caráter *prima facie* tem base em uma disposição tomada ou transmitida imperativamente, sendo, por essa razão, fundamentalmente mais forte que o dos princípios.

Para ilustrar sua teoria, Alexy cita:

Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio. Se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico (ALEXY, 2008, p. 93).

Ainda, quando não é possível a introdução de uma cláusula de exceção, a questão sobre qual regra deve ser declarada inválida pode ser solucionada pelos critérios tradicionais, utilizados para resolver a antinomia de normas, identificados como o hierárquico, cronológico e da especialidade (SANCHIS, 2003, p. 220).

No que diz respeito aos princípios, considerados centro do Direito Constitucional (BARROSO, 2003, p. 337), quando estes colidem, a solução encontra caminho onde um dos princípios deverá ceder ao outro. Porém, isso não significa que o princípio vencido deva ser invalidado ou que tenha que ser inserida nele uma cláusula de exceção, buscando-se a solução pela técnica da ponderação entre os princípios.

Na teoria de Alexy, o principal critério que diferencia uma regra e um princípio é a forma como se comportam no caso de colisão. Deste modo, as regras estão vinculadas à subsunção e os princípios à ponderação. Assim, o autor estabelece a ponderação como forma de aplicação exclusiva dos princípios, conceituando que se trata de duas faces do mesmo objeto, sendo uma de caráter metodológico e outra de caráter teórico-normativo.

Como exemplo de colisão de princípios, podemos visualizar a seguinte situação que ocorre corriqueiramente: é o caso em que estão em evidência o direito à informação e à liberdade de expressão contra o direito à privacidade. Esses conflitos nascem em virtude dos sentidos contrários de cada um desses princípios, uma vez que os direitos à informação, à liberdade de expressão percorrem a via da transparência, da livre circulação de informação. Por outro lado, os direitos da personalidade, guiam-se pelo sigilo e pela não violação da privacidade.

Frente a isso, seja qual for a solução a ser adotada nesses conflitos, sempre haverá uma restrição, ainda que parcial, tendo em vista que a solução da colisão entre direitos fundamentais sempre vai ser carregada de complexidade diante dos argumentos trazidos por cada parte envolvida.

Nesse sentido, Mendes; Coelho; Branco:

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao exercício da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito). Põe-se em ação o princípio da concordância prática, que se liga ao postulado da unidade da Constituição, incompatível com situações de colisão irreduzível de dois direitos por ela consagrados. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

Dizer que os direitos fundamentais não são absolutos pode levar a uma falsa percepção de que as proteções constitucionais são frágeis diante do interesse público. No entanto, o que deve ficar claro é que a regra é a observância dos direitos fundamentais e não as restrições que podem vir a sofrer, demandando um rigoroso exame constitucional no caso da incidência de uma restrição à fruição de um direito fundamental.

3 AS POSSIBILIDADES DE RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 possui diversos dispositivos acerca de direitos fundamentais que visam a concretização do postulado da

dignidade da pessoa humana, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica (SARLET, 2012, p. 124). Ainda, segundo Canotilho, os direitos fundamentais não se findam apenas em um rol de direitos individuais e coletivos, sendo também pressupostos básicos para a manutenção de um Estado Democrático de Direito (CANOTILHO, 2003, p. 378).

Embora sejam os direitos fundamentais universais, inalienáveis e indisponíveis, vinculantes dos poderes públicos e de aplicação imediata (BONAVIDES, 2013, p. 623-4), em relações de fato e de direito, não possuem caráter absoluto. Se assim fosse, poderiam ser exercidos de forma abusiva e desprovida de critérios justos e razoáveis.

Não se pode aceitar que tenham precedência certos direitos fundamentais em detrimento de outros, sem que seja claramente exposto o excepcional motivo devidamente fundamentado de suas possíveis restrições, legitimadas pela própria Constituição.

No contexto atual pelo qual passa a sociedade mundial, no enfrentamento de uma pandemia gerada pelo poder devastador da Covid-19³, observam-se diversas ações estatais para garantir o bem da coletividade, mas que acabam restringindo direitos fundamentais de determinado indivíduo ou determinados grupos de pessoas, gerando dúvidas sobre os limites para essas restrições.

Nos ensinamentos de Alexy, as restrições aos direitos fundamentais são facilmente compreendidas (ALEXY, 2011, p. 276), visto que a ideia de direitos absolutos já foi ultrapassada há muito tempo e, desta forma, as restrições operam na delimitação do conteúdo e extensão dos direitos fundamentais.

Ainda que determinado direito fundamental esteja preceituado sem qualquer restrição, isso não deve levar à conclusão de que poderá ser exercido sem limites, mormente, porque tal concepção colocaria nesse direito o caráter absoluto (SILVA NETO, 2013, p. 674). Neste mesmo ca-

3 A Covid-19 é uma infecção respiratória aguda causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, potencialmente grave, de elevada transmissibilidade e de distribuição global. O SARS-CoV-2 é um betacoronavírus descoberto em amostras de lavado broncoalveolar obtidas de pacientes com pneumonia de causa desconhecida na cidade de Wuhan, província de Hubei, China, em dezembro de 2019. Pertence ao subgênero Sarbecovírus da família Coronaviridae e é o sétimo coronavírus conhecido a infectar seres humanos. Até o momento, não foi definido o reservatório silvestre do SARS-CoV-2. BRASIL. Ministério da Saúde. **O que é a Covid-19?** Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus>>. Acesso em: 25/05/2021.

minho, isto é, de relativização dos direitos fundamentais, Prieto Sanchis assinala que todo direito tem seu limite no momento em que surge a necessidade de se preservar outros direitos (SANCHIS, 2003, p. 217).

Buscando um conceito para restrições aos direitos fundamentais, Jorge Reis Novais as define como qualquer ação ou omissão do poder público que atinja o direito fundamental de forma danosa, incluindo-se tanto os atos que dificultem o acesso integral ao bem jurídico tutelado, quanto àqueles que diminuam os deveres e obrigações do Estado na proteção e garantia dos direitos fundamentais (NOVAIS, 2003, p. 157).

Na definição de Edilson Pereira de Farias, “a restrição de um direito fundamental é uma limitação do âmbito de proteção ou pressuposto de fato desse direito fundamental” (FARIAS, 2000, p. 2). Isso denota que qualquer limitação que possa ser imposta à aplicação imediata e vinculante de um direito fundamental implica em uma restrição ao seu comando, ressaltando que a restrição pode se dar tanto no que diz respeito aos direitos protegidos pela norma fundamental, quanto ao que está inerente a tal proteção.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, “todo direito fundamental possui um âmbito de proteção e, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções neste âmbito de proteção” (SARLET, 2012, p. 362). A compreensão de como essas restrições se relacionam com os direitos restringidos em seu âmbito de proteção e intervenção pode ser direcionada pelas teorias interna e a externa.

A teoria interna, também conhecida como concepção estrita dos direitos fundamentais, teve seu início por volta de 1960 em contraponto à teoria externa, sendo seu expoente Peter Häberle, e estabelece que os limites não seriam elementos externos ao conteúdo dos direitos fundamentais, mas concretizações, sendo as eventuais previsões normativas elementos negativos meramente declaratórios, não constituindo limites ao conteúdo dos direitos, mas sim instrumentos de interpretação e revelação de seus limites máximos de conteúdo (FREITAS, 2007, p. 81). Aqueles que defendem a teoria interna negam a possibilidade de restrição, pois isso seria uma diminuição de seu conteúdo (FREITAS, 2007, p. 82).

Borowski leciona que a teoria interna infere a não limitação dos direitos fundamentais, pois considera a existência a partir do momento inicial o direito com um específico conteúdo, de modo que uma posição jurídica que extrapole determinado conteúdo é considerada nula e não usufrui de proteção jusfundamental (BOROWSKI, 2000, p. 59). Na concepção da teoria interna, os limites ao exercício de um direito são

inerentes ao próprio direito, onde o direito e sua restrição não são coisas diferentes, mas elementos conectados em uma coisa só, de tal forma que a fixação do conteúdo e da extensão de cada direito está livre de influências externas (SILVA, 2014, p. 128-129).

De tal modo, a teoria interna sustenta que não se deve restringir o conteúdo do direito fundamental, visto que isto infringiria o direito propriamente dito. Logo, devem ser aplicados somente os limites intrínsecos do próprio direito fundamental, pois estes são as limitações implícitas no direito fundamental e a restrição é vinculada ao direito.

Sobre a teoria interna, Alexy aduz que:

[...] não há duas coisas - o direito e sua restrição -, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite. Dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas sobre seu conteúdo. Quando eventualmente se fala em “restrições” no lugar de “limites”, então, se fala em restrições imanentes (ALEXY, 2008, p. 277-278).

Por essa concepção, todos os limites ao exercício de um direito fundamental são limites inerentes a ele, ou seja, pode-se afirmar que o exercício do direito, respeitados os seus limites, será regular e, estará caracterizado o abuso de direito se seus limites forem ultrapassados. Assim, para a teoria interna, não é possível a colisão entre direitos fundamentais por entender que não cabe ponderação ou restrição dos bens tutelados, pois tal ideia incentivaria o subjetivismo e a influência de interesses, fragilizando, desta forma, os direitos e afastando os preceitos constitucionais.

Para a teoria externa, as limitações aos direitos fundamentais nascem fora de sua esfera normativa, isto é, direito e suas restrições são objetos distintos, pois um existe sem o outro. Assim sendo, o conteúdo do direito é distinto e dissociado do conteúdo da restrição, não se observando nenhuma relação necessária. Surge então uma exigência externa na relação entre esses dois conteúdos, implicando na necessidade de conciliar direitos de diversos indivíduos, sejam eles individuais ou coletivos.

As restrições incidem no exercício do direito, mas não afetam o seu conteúdo. Isso se deve ao fato de o direito em si ser *prima facie*, isto é, um direito ilimitado que, conforme as particularidades do caso concreto, será limitado por restrições extrínsecas.

Luiz Fernando Calil Freitas aduz que o conteúdo dos direitos fundamentais é apresentado como ilimitado, implicando no dever de que as restrições sejam estabelecidas por meio de lei. Para o autor, a aplicação da teoria externa infere, em primeiro plano, a observação se uma determinada hipótese fática está incluída dentro dos limites do âmbito de proteção normativa e, em um segundo plano, sendo afirmativa a resposta ao questionamento, examina-se a incidência de alguma restrição ou limitação preceituada em lei que possa estar oprimindo o conteúdo de tal direito e, se assim for, se estão constitucionalmente autorizadas. (FREITAS, 2007, p. 139).

Ao separar os conteúdos do direito e da restrição e sustentar que uma restrição incide somente quanto ao exercício do direito, abre-se margem para o entendimento de que os direitos fundamentais são direitos *prima facie* e, por isso, são ilimitados e absolutos. Deste modo, as restrições para tais direitos são extrínsecas (SILVA, 2014, p. 138) de forma que não atingem o seu núcleo.

Ingo Wolfgang Sarlet e Luiz Guilherme Marinoni, ao falarem sobre e teoria externa, ensinam que existe inicialmente um direito em si sem limitações, que, frente à imposição de possíveis restrições, torna-se limitado. Tal concepção parte da dedução de que existe uma distinção entre posição *prima facie* e posição definitiva, sendo que a primeira corresponde ao direito antes de sua limitação e a segunda equivale ao direito já limitado. Essa diferenciação, contudo, não afasta a possibilidade de direitos sem restrições, pois não há uma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrição, sendo tal relação estabelecida pela necessidade de compatibilizar diferentes bens jurídicos (SARLET; MARINONI, 2017, p. 343).

Uma crítica que pode ser referida sobre a teoria externa é de que, ao sustentar que não devem ser permitidas restrições aos direitos fundamentais quando expressas na Constituição, implica no reconhecimento de um direito absoluto. Nesse sentido, George Marmelstein assevera que o STF, apontando a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, decidiu que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto. (MARMELSTEIN, 2008, p. 368). Na mesma linha, Alexandre de Moraes ressalta que os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna. (MORAES, 2003, p. 61).

Assim, diante dessas breves exposições acerca das teorias interna e externa, depreende-se que, de forma diversa à teoria interna, que defende a existência de um objeto somente, o direito e seus inerentes limites, a teoria externa pressupõe este objeto como o direito em si e suas extrínsecas restrições.

Ao pontuar o tema, Alexy leciona que:

Saber se correta é a teoria externa ou a teoria interna é algo que depende essencialmente da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios, ou seja, da concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou *prima facie*. Se se parte de posições definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que o pode ser. (ALEXY, 2008, p. 278).

Destarte, pode-se defender uma teoria mista que admite limitações inerentes, próprias da teoria interna, e restringe as limitações às reservas expressas permitidas pela Constituição, próprias da teoria externa. Logo, a relação entre direito e restrição surge da necessidade de proporcionar a proteção a diferentes bens jurídicos em cada caso concreto, como ensina Alexy:

Restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades/situações/posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais. Entre esses dois objetos de restrições há relações estreitas. Princípios de direitos fundamentais exigem a proteção mais abrangente possível dos bens protegidos, como, por exemplo, a proteção mais ampla possível da liberdade geral de ação, da integridade física ou da competência para alienar a propriedade. Por isso, uma restrição a um bem protegido é sempre também uma restrição a uma posição *prima facie* garantida por um princípio de direito fundamental (ALEXY, 2008, p. 281).

Ocorrendo a colisão direta entre princípios, a restrição será cumprida por meio da atividade judicial, a qual vai estabelecer a prevalência de um princípio sobre outro, cumprindo lembrar que o princípio que não é aplicado em detrimento de outro não perde sua validade nem a extensão *prima facie*.

4 TIPOS DE RESTRIÇÕES

Consoante o exposto, as restrições aos direitos fundamentais constituem-se de elementos extrínsecos ao direito restringível. Além de tipificar as normas restritivas em regras ou princípios, é possível classificá-las de acordo com a sua fundamentação constitucional. observam-se três tipos de restrições, quais sejam: 1) restrições expressamente constitucionais; 2) restrições indiretamente constitucionais; e, 3) restrições implicitamente autorizadas pela Constituição.

4.1 Restrições expressamente constitucionais

Essas restrições são facilmente identificáveis quando posicionadas em cláusula de exceção contida no próprio dispositivo que assegura o direito, como ocorre no inciso XI do art. 5º, CF, “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Cabe destacar, contudo, que as restrições diretamente constitucionais podem estar inseridas em qualquer parte do texto constitucional (CANOTILHO, 2003, p. 150).

4.2 Restrições indiretamente constitucionais

As restrições indiretamente constitucionais são aquelas decorrentes de norma infraconstitucional (SARLET, 2012, p. 367), mas previstas pela Constituição. Em outras palavras, o constituinte pode atribuir ao legislador infraconstitucional uma competência de restrição mais ampla ou uma competência de restrição mais limitada, atendendo a pressupostos ou objetivos específicos. Assim, quando preceitua o inciso XV do art. 5º, CF, que “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”, é conferido ao legislador uma competência de restrição da liberdade de entrada, saída e permanência, sem indicar finalidades específicas ou requisitos para essa restrição.

4.3 Restrições implicitamente autorizadas pela Constituição

As restrições não expressamente autorizadas pela Constituição ou restrições implicitamente autorizadas pela Constituição são aquelas que, não decorrendo imediatamente do texto constitucional e nem de reserva de lei, são extraídas da pré-compreensão de que não existem direitos absolutos ou ilimitados. Os limites ao seu exercício decorrem da própria ordem jurídico-constitucional (SILVA NETO, 2013, p. 674).

Compreendida a possibilidade de limitação ou restrição aos direitos fundamentais, importante é a necessidade de uma análise sobre a existência de limites a essa atividade restritiva. Cabe destacar que tal tarefa só é possível a partir da teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, pois, como visto, na concepção da teoria interna, não existem restrições aos direitos fundamentais, mas limites que lhe são intrínsecos e definem o campo de proteção.

O professor Canotilho afirma que a análise dos limites é a terceira instância do procedimento da restrição de direitos (CANOTILHO, 2003, p. 451). Para ele, a lei restritiva cumpre o preenchimento dos requisitos formais e materiais que garantem a compatibilidade da restrição com o texto constitucional. Esses requisitos advêm de alguns questionamentos, dentre os quais se destacam aqueles sobre a constitucionalidade formal da lei restritiva e também da observância da proteção ao núcleo basilar do direito fundamental e do postulado da proporcionalidade.

5 RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DA PANDEMIA COVID-19

Diversos países impuseram severas restrições à sociedade com o objetivo de frear o avanço da pandemia causada pelo Covid-19, que trouxe enormes desafios para o seu enfrentamento pelos poderes públicos. No combate à pandemia que assola a comunidade mundial, várias medidas tomadas pelos governos foram necessárias, como o fechamento de comércios, de fronteiras, de igrejas, impossibilidade de realização de diversos eventos, pois a principal forma de transmissão do vírus é por meio de aglomerações, sendo mantidas apenas atividades essenciais para a sociedade. (AGÊNCIA BRASIL, 2020). Deve-se observar que o Estado possui soberania interna (DALLARI, 2001, p. 81), o que justifica uma

série de ações governamentais e permite o uso legítimo da força e de restrições às liberdades diante do interesse público.

No Brasil, por exemplo, o Congresso Nacional editou a Lei nº 13.979/2020, que “dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus”. (BRASIL, 2020). A referida lei estabeleceu o isolamento de pessoas contaminadas, a restrição de atividades e a colocação em quarentena de pessoas suspeitas de contaminação, bem como a obrigação de exames médicos, o que teve fortes reflexos em alguns direitos fundamentais.

As medidas de isolamento e quarentena são necessárias para tutelar a saúde e a segurança da sociedade, ficando os governos responsáveis pelo monitoramento dos índices de isolamento social e definição da estratégia de prevenção e combate à pandemia, podendo, inclusive, fazer uso do sistema de monitoramento por GPS dos celulares. (RIO GRANDE DO SUL, 2020). Frente ao perigo iminente à toda sociedade com riscos de colapso nos sistemas de saúde, o poder público passou a utilizar os dados fornecidos por operadoras de celular para calcular as taxas de isolamento social, o que gerou questionamentos sobre o que deve prevalecer, ou seja, a saúde coletiva ou o direito à privacidade das pessoas.

Entretanto, sabe-se que, mesmo sendo fundamentais, tais direitos não possuem caráter absoluto, podendo ser mitigados sem, contudo, violar a Constituição Federal, visto que algumas restrições e limitações impostas pelo poder público encontram legitimação diante da necessária tutela efetiva do direito à vida e à saúde.

Como exemplo, cita-se o direito de locomoção garantido no art. 5º, XV, que prevê: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. Contudo, a própria Constituição prevê situações em que ele pode ser limitado, como no caso de prisão em flagrante ou por ordem judicial. (BRASIL, 1988).

No contexto da atual pandemia, que envolve o conflito entre vários princípios, a aplicação da regra da proporcionalidade é o caminho para solucionar os impasses que surgem da colisão de diversos princípios, entre eles, o da liberdade, da locomoção, do direito à saúde e a vida digna, por exemplo. A regra de proporcionalidade estabelece que um princípio deve ceder diante de outro desde que atenda aos requisitos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Assim sendo,

deve-se questionar se as medidas tomadas pelo poder público são proporcionais diante desta pandemia.

Pois bem, tais medidas foram tomadas com base em pesquisas médicas e orientações da Organização Mundial da Saúde, que demonstram que a diminuição do contato entre pessoas é a medida mais adequada hodiernamente para o combate da pandemia, pois a transmissão da doença ocorre pelo ar, por secreções ou saliva que podem estar presentes também em superfícies. (BRASIL, 2021).

Verificada a adequação, deve-se indagar se as medidas são necessárias no contexto do problema, ou seja, se existiriam alternativas menos agressivas aos direitos fundamentais que pudessem ser mais eficientes no enfrentamento desta crise sanitária. No entanto, conforme amplamente noticiado pelas autoridades, não existem outras medidas, até a completa vacinação de grande parcela da população mundial.

Por fim, superadas a adequação e necessidade, resta questionar se as medidas cumprem ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito. Esta última etapa da aplicação da regra da proporcionalidade tem o fim de evitar exageros, pois, embora as medidas sejam adequadas e necessárias, podem causar restrições demasiadas em outros direitos fundamentais, o que não justificaria o objetivo almejado.

Logo, não é o caso das referidas medidas de enfrentamento à pandemia, pois as decisões tomadas não suspenderam atividades essenciais, sendo adotadas por tempo delimitado e ficando sujeitas ao controle jurisdicional, bem como sua revisão recorrente pelas próprias autoridades públicas e profissionais de saúde. Note-se que o §1º, do art. 3º, da lei 13.979/2020 preceitua que “as medidas previstas somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”.

Nesse sentido, as medidas adotadas são compatíveis com o requisito da proporcionalidade em sentido estrito. Portanto, embora se vislumbrem conflitos entre direitos fundamentais, a ponderação aplicada tem finalidade maior no caso da pandemia, pois visa a proteção de um bem maior para a coletividade, o qual é a higidez da saúde de todos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta maneira, analisando-se as medidas restritivas a diversos direitos fundamentais decorrentes do combate à pandemia do Covid-19, sob o aspecto constitucional da tutela do direito à vida e à saúde, pode-se, desta forma, concluir que tais medidas restritivas devem prevalecer, pois a sociedade está enfrentando uma situação de crise sanitária que está ceifando milhares de vidas todos os dias. Sendo assim, não pode o Poder Público ficar inerte a essa grave ameaça ao principal direito fundamental que é a vida. As medidas tomadas, por óbvio restringem muitos direitos, mas são necessárias para que a sociedade possa voltar a sua condição normal de existência, onde seus direitos fundamentais possam ser livremente fruídos.

No atual momento, salvaguardar um bem maior, que é a proteção da saúde de toda a coletividade, empregando-se assim o juízo de ponderação entre os diversos direitos fundamentais atingidos, é a medida que restou aos poderes públicos para o enfrentamento da atual pandemia. Determinadas restrições e limitações impostas encontram legitimação diante da colisão entre o direito à vida e à saúde com outros direitos fundamentais. Com isso, cumpre às pessoas o esforço comum, a conscientização e compreensão de que se trata de um acontecimento histórico na humanidade e que todas as medidas e restrições visam o bem maior, sendo excepcionais e transitórias. Por derradeiro, cumpre ressaltar que qualquer abuso e arbítrio por parte do Estado deverá buscar solução pelas vias democráticas disponíveis a todos.

REFERÊNCIAS

Agência Brasil. **Veja as medidas que cada estado está adotando para combater a covid-19. De suspensão de aulas a fechamento de comércio, veja o que é regra.** Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/veja-medidas-que-cada-estado-esta-adotando-para-combater-covid-19>>. Acesso em: 31/05/2021.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. IN BARROSO, Luís Roberto. Org. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Curso de Direito Constitucional**, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

BOROWSKI, Martin. **La restricción de los derechos fundamentales**. Revista Espanhola de Derecho Constitucional, n. 59, 2000, p. 32. apud FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BRASIL. Ministério da Saúde. **O que é a Covid-19?** Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus>>. Acesso em: 25/05/2021.

_____. **Como se proteger?** Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/como-se-proteger>>. Acesso em: 01/06/2021

_____. **Lei nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm>. Acesso em: 31/05/2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31/05/2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22ª edição, atualizada, São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIAS, Edilsom de. **Restrição de Direitos Fundamentais**. Disponível em: <Restrição de Direitos Fundamentais - TRF1 - <https://portal.trf1.jus.br> > portal > file>. Acesso em: 15/05/2021.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais. Limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MATHEWS, Jud. SWEET, Alec Stone. **Proportionality Balancing and Global Constitutionalism**. Yale University. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial trota, 2003.

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

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SCARTON, Suzy; BARROSO, Lucas. **Geolocalização é ferramenta eficaz para monitorar aglomerações durante pandemia**. Disponível em: <<https://estado.rs.gov.br/geolocalizacao-e-ferramenta-eficaz-para-monitorar-aglomeracoes-durante-pandemia>>. Acesso em: 01/06/2021.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Saraiva, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.



PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES RELATIVOS A SALUD

Nancy Barra Gallardo

1 INTRODUCCIÓN

Si bien las situaciones de catástrofe o emergencia no resultan ajenas a la realidad de la región, pues de manera habitual nos enfrentamos con fenómenos de la naturaleza que golpean a nuestros territorios (terremotos, deslizamientos de tierra, inundaciones o incendios, entre los más frecuentes), lo que ha llevado a una actualización de la normativa y/o los procedimientos administrativos que permitan hacerles frente debidamente; la actual pandemia, por su extensión geográfica y temporal, nos enfrenta a una serie de cuestionamientos distintos a los habituales en dichas situaciones de emergencia.

A lo anterior debemos añadir que nos encontramos ante lo que ha venido en llamarse “modernidad líquida”, en la que “las pautas y configuraciones ya no están “determinadas”, y no resultan “autoevidentes” de ningún modo (...) en vez de preceder a la política de vida y de encuadrar su curso futuro, deben seguirla (derivar de ella), y reformarse y remodelarse según los cambios y giros que esa política de vida experimente” (Bauman 2013; 13).

De lo señalado se sigue con meridiana claridad un aumento en la exigencia de flexibilidad en cuanto al cumplimiento de los requisitos de las actuaciones administrativas para enfrentar la emergencia sanitaria, las que, por lo demás, requieren de gran dinamismo para adaptarse al cambio permanente que implica la evolución de la pandemia. Por cierto, que ello no implica que se autorice de manera abierta e indiscriminada a la autoridad para que afecte de manera permanente el ejercicio de los derechos fundamentales de modo tal que llegue a anularlos, ni a que adopte decisiones arbitrarias, discriminatorias o faltas de motivación.

En lo que me interesa poner de relevancia, con ocasión de la situación de emergencia sanitaria, entran en tensión el contar, a diversos niveles de la organización administrativa, con la mayor cantidad y detalle de información posible para poder llevar a efecto las tareas de atención de las necesidades públicas de manera eficiente y eficaz, por un lado, y el derecho a la protección de los datos personales, por el otro.

En el ámbito administrativo, la Administración en el presente precisa de técnicas electrónicas, remotas, informáticas y telemáticas que le permitan la mejor realización de sus funciones, atendida la multiplicidad de sus tareas actuales y la gran cantidad de población que debe atender. Así surge nuevamente el principio de eficacia como condicionante de su actividad, sin que pueda obviar el respeto a los derechos de los ciudadanos.

De lo anterior se sigue la tensión dialéctica entre la necesidad de contar con información oportuna y precisa, que permita la adopción de decisiones oportunas y acertadas para la satisfacción del interés general o el bien común, y el respeto a los derechos de los ciudadanos.

La modernización tecnológica de la Administración no constituye una opción que recaiga en quien tiene el control del poder, sino que es un proceso de obligado inicio y desarrollo, por cuanto el uso de las TICs facilita la consecución de objetivos legalmente establecidos en la realidad actual y futura, en el que ellas suponen un medio para mejorar el control y responsabilidad de las instituciones públicas, de incrementar la participación ciudadana y de agilizar la gestión pública (Cruz Díaz y Díaz 2011: 139).

Por otra parte, los ciudadanos precisan que se les proteja del peligro -del que no necesariamente son plenamente conscientes- de que terceros hagan uso y tratamiento de sus datos nominativos que permiten identificar o hacer identificables ciertos rasgos de su personalidad con el riesgo de que esa información pueda ser conocida por terceros, sean éstos, personas y entidades públicas o privadas, vulnerando con ello o amenazando el ejercicio de una serie de libertades y derechos.

En la actualidad, internet y las RRSS añaden nuevas problemáticas en materia de protección de datos, por cuanto permiten multiplicar enormemente la velocidad de la información, la capacidad de almacenamiento, la transmisión y la difusión de los datos, sin que la mayoría de los usuarios sean conscientes de la cantidad de información privada que, de forma involuntaria o inadvertida, van revelando a terceros cuando navegan (Valero Torrijos, y López Pellicer, 2002: 1471).

La tecnología supone una mayor interconexión potencial de los sistemas de información, de modo que se favorece la accesibilidad de los datos y se permite contrastarlos con los que existan en poder de otros usuarios o entidades, lo que incluso, es factible de desarrollar de modo automatizado. Asimismo, la transparencia “se apodera de todos los sucesos sociales y los somete a un profundo cambio. El sistema social somete hoy todos sus procesos a una coacción de transparencia para hacerlos operacionales y acelerarlos.” (Byung-Chul Han 2013:12) Ello, por cierto, no se limita a la prestación de atenciones de salud.

En este escenario big data y gobierno abierto podrían visualizarse como elementos de riesgo a la debida protección de los datos personales. “La capacidad de almacenamiento de los equipos informáticos y la velocidad de transmisión de las actuales redes permiten conexiones masivas y automatizadas –big data- que, además, se llevan a cabo por cauces no formalizados aprovechando la apertura de los datos sanitarios gracias a las numerosas políticas de *open data* que se están implementando en los últimos años al amparo del denominado Gobierno Abierto, así como debido a la ingente información de libre acceso disponible en Internet.” (Valero Torrijos, 2014:637) Así la regulación de las cesiones de datos personales se ven sobrepasadas o, dicho de otro modo, el contar con el consentimiento del titular no es garantía suficiente.

La problemática sobre los datos personales en salud trasciende a lo que comúnmente se denomina la ficha clínica -visualizada clásicamente como un documento- y a los datos sensibles que ella pueda contener; desde hace un tiempo regulada en Chile por la ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

En efecto, se pueden establecer diversas categorías en las que los datos sensibles de salud pueden ser afectados:

Datos clínicos: usualmente se encuentran en poder de los prestadores de salud, públicos y privados. Hoy especialmente relevantes en el monitoreo y seguimiento a distancia de los pacientes, mediante telemedicina e incluso con fines preventivos.

Datos relacionados con la actividad de prestación de los servicios sanitarios y, en concreto, con la gestión de aquella: logística, costes, distribución, gerencia. La interconexión automatizada de información puede redundar en una mayor eficiencia en el gasto, tanto privado como público, detectar posibles fraudes en la contratación de los servicios, así como optimizar mecanismos de transferencia de recursos asociados al

domicilio del beneficiario, como el denominado per cápita a nivel de salud municipal.

Datos farmacéuticos y vinculados a la investigación: fundamentalmente de interés de la industria y centros académicos de investigación. En ellos no deja de estar involucrado un interés público en época de pandemia, e incluso en condiciones de normalidad. Las técnicas de *big data* pueden resultar de gran utilidad a la hora de valorar y comparar la eficacia de tratamientos y servicios desde la perspectiva de la ejecución de tareas de investigación, para lo cual la identificación de los usuarios puede no resultar imprescindible, en la medida que se pretenda identificar tendencias o llevar a cabo valoraciones generales (Valero Torrijos 2002: 641), o incluso focalizar los esfuerzos investigativos. Incluso en el diseño e implementación de políticas públicas a partir de los patrones o tendencias que puedan inferirse de los sistemas de gestión basados en el *big data*.

Los datos de los dispositivos inteligentes son la base para que sistemas de inteligencia artificial con capacidad de aprendizaje puedan analizar gran cantidad de estos para la predicción de enfermedades (medicina preventiva y de precisión), para extraer patrones de comportamiento en relación con, en este caso, el covid-19, así como para analizar resultados de los experimentos que se están llevando a cabo en busca de una vacuna eficaz o para la creación de nuevos medicamentos. La importancia del *big data* en estos momentos -y de cara al futuro- es inigualable entre otras razones por la velocidad a la que permite trabajar a los científicos y la reducción del tiempo en cuanto a determinar un diagnóstico. (Navas Navarro 2020: 10)

Datos relativos al comportamiento de los pacientes: no necesariamente relacionados en forma directa con las prestaciones de salud, como por ejemplo la movilidad en episodios de cuarentena.

2 DERECHO COMPARADO

En este contexto me parece necesario atender a algunos principios de la legislación europea no solo por los compromisos adquiridos por el Estado de Chile con la OCDE al respecto, o porque esta pareciera ser la tónica entre los países latinoamericanos con mayor desarrollo sobre el tema, sino también porque los proyectos de ley en trámite en Chile sobre el tema apuntan a alcanzar esos estándares. Los proyectos refundi-

dos de modificación o reemplazo de la actual ley de protección de datos personales (Boletines 11144-07 y 11092-07) argumentan en base a la evolución que la normativa ha experimentado en otros territorios, como por ejemplo a nivel comunitario.

El desarrollo a nivel europeo comenzó el año 1981, con el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (N° 108) del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas respecto del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, aun cuando a comienzos de la década de los setenta, la República Federal de Alemania había promulgado la primera Ley de Protección de Datos, llamada Ley sobre tratamiento de datos personales del “*Land de Hesse*”. En esas mismas fechas se promulgó la *Data Lag* 1973/289 en Suecia y luego en Francia se adoptó en 1978 la *Loi no 78-17 du janvier, relative á l’informatique, aux fichiers et aux libertés*. Todos estos cuerpos legales vinieron a reglamentar el tratamiento automatizado de datos personales referidos a personas físicas realizado por personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, pero era necesario armonizar y estandarizar el tema a nivel europeo.

Luego, en la Directiva 95/46/CE de la Unión Europea, se le trata como una proyección o faceta del derecho a la vida privada. Sin embargo, desde entonces hasta la fecha, especialmente tras la adopción el 27 de abril de 2016 del Reglamento General de Protección de Datos que sustituye a la Directiva 95/46/CE, y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 8°), este derecho adquiere vida propia.

También durante la referida tramitación legislativa se ha hecho referencia al criterio de diversos Tribunales Constitucionales europeos, como el alemán y el español, e incluso a sentencias del propio Tribunal Constitucional chileno que empezaron a relacionar la protección de la vida privada de las personas con la protección de datos personales (dos sentencias: la Rol N° 1732-10-INA y 1800-10-INA (acumulados) y la Rol N° 1894-2011-CPR, en los que se expresa que la protección de los datos personales es un mandato constitucional, anclado dogmáticamente en el artículo 19 N° 4, debiendo destacarse que, para un efectivo cumplimiento de aquél, debe darse una especial protección a los que revisten la cualidad de sensibles, por cuanto a su respecto la potencialidad lesiva de la vida privada se intensifica) de manera previa a la dictación de la ley N° 21.096 que consagra la protección de los datos personales como un derecho

constitucional, como un derecho autónomo, pero relacionado al derecho a la intimidad del artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental.

De esta manera, Chile se sumó a una serie de países latinoamericanos, entre ellos Colombia, México y Ecuador, que contemplan en sus respectivas constituciones el derecho a la protección de datos personales o tienen normas expresas en ella que tratan la materia.

3 PRINCIPIOS

Los principios pueden ser orientadores al momento de la atención de los problemas prácticos que se presenten, puesto que el consentimiento del titular no aparece como garantía suficiente de protección, en un escenario en el que, como ya señalé en el primer apartado, internet y las RRSS añaden nuevas problemáticas en materia de protección de datos. Instituciones tradicionales de control del ejercicio de potestades como el test de proporcionalidad y la exigencia de motivación, se constituyen en elementos esenciales, más no suficientes para este efecto.

Los principios generales de la protección de datos de carácter personal no son sólo meros fundamentos por los que se ha de regir la elaboración, interpretación y aplicación de la normativa sobre protección de datos, sino que se trata de un conjunto de reglas que determinan cómo recoger, tratar y ceder los datos.

1. Consentimiento del afectado para efectos del tratamiento de datos personalizados, por contraposición a datos anonimizados.

La autodeterminación informativa del titular de los datos no puede convertirse en una barrera tal que para cada tratamiento sea necesario su consentimiento, es menester regular debidamente la posibilidad de que pueda llevar a cabo una gestión adecuada de sus datos, con la debida información y transparencia en cuanto a los usos que requieren su concurso. Lo anterior, puesto que, ante la concurrencia de bienes e intereses jurídicos superiores, en situaciones excepcionales como la que estamos viviendo, es menester una apertura de los datos sanitarios, al menos de los relativos a la gestión y prestación de atenciones de salud, lo que debe compatibilizarse con el anonimato. Así la gestión de tales datos debe garantizar que serán tratados de tal manera que no se podrá identificar a sus titulares o familiares, salvo en los casos en que, concurriendo su consentimiento, ello sea necesario para que el titular pueda acceder a las prestaciones.

Lo importante es que las limitaciones a este derecho deben cumplir una serie de requisitos y ofrecer una serie de garantías y responsabilidades en caso de incumplimiento: ser necesarias, apropiadas y proporcionales en una sociedad democrática.

En este orden de ideas se enmarca el dictamen N° 3.421, de 2016, de la Contraloría General, el cual señala que la ley N° 20.120 -sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana- no autoriza que los científicos, a fin de efectuar estudios biomédicos retrospectivos, accedan a la ficha clínica de determinada persona, a no ser que cuenten con el consentimiento expreso de esta, por tratarse de datos sensibles, ni aun con el objeto de que estos sean disociados.

No obstante, continúa dicho pronunciamiento señalando que, atendido que los antecedentes por los que se consulta (datos biomédicos anónimos obtenidos de las fichas clínicas de pacientes) son de carácter anónimo y que el acceso a los mismos tiene por finalidad la protección de la vida de los seres humanos, que garantiza la ley N° 20.120, no se advierte impedimento en que se pueda acceder a la información estadística que se obtenga de la disociación de los datos sensibles en cuestión, efectuada por parte de alguna de las personas autorizadas para su tratamiento y en conformidad a la ley habilitante.

2. Limitación de la finalidad y legitimación del tratamiento. Para analizar la legitimidad de estas herramientas, deben ser puestas en contexto con la finalidad que persiguen. En cierto modo apunta a una habilitación legal, una determinación de quienes pueden acceder a la información sensible por ser, por ejemplo, necesario para el cumplimiento de las finalidades públicas de un determinado órgano, finalidad que debe estar determinada, ser explícita y legítima, y garantizando que aquellos no serán tratados, posteriormente, de manera incompatible o distinta con dichos fines.

Si atendemos a la jurisprudencia de la Contraloría General, en este sentido se podrían enmarcar los dictámenes N°s. 19.652, de 2013, sobre acceso a la ficha clínica; 9.545, de 2020, sobre el uso de sistemas biométricos de reconocimiento en ambulancias del SAMU y más recientemente el N° 8.113, de 2020, sobre la entrega de información sensible a los municipios. Este último, ratificado mediante el dictamen N° E46.045, también de 2020.

El análisis de la finalidad es una de las cuestiones más polémicas en términos de protección de datos, siendo imprescindible en este tipo de herramientas extremar las medidas de transparencia, evitando procesa-

mientos posteriores para fines no relacionados con la gestión de la crisis sanitaria (Arenas Ramiro 2020:5).

Este principio ya ha tenido consagración en el ordenamiento chileno, aunque de manera muy acotada, con la ley N° 20.575, respecto al tratamiento de datos personales de carácter económico, financiero, bancario o comercial, el que será exclusivamente para la evaluación de riesgo comercial y para el proceso de crédito.

3. Principio de minimización de datos: esto es que los datos utilizados sean adecuados, necesarios y proporcionales a esa finalidad, pero además implica la protección de datos por diseño y por defecto, por lo que sólo se debería recoger la información real y absolutamente necesaria.

Acá, podemos citar como ejemplo el uso de apps móviles para testeo y trazabilidad, pensadas no sólo para el momento álgido de la pandemia, sino especialmente en las etapas en las que se materializa el desconfinamiento. Al respecto el 21 de abril de 2020 el Comité Europeo de Protección de Datos adoptó las Directrices 04/2020 sobre el uso de datos de localización y herramientas de rastreo de contactos en el contexto del brote de COVID-19.

Las apps se han planteado, esencialmente, con dos funcionalidades: por un lado, con la función de información y comprobación de síntomas (asociado a telemedicina y al testing) ; y, por otro, con la función de rastreo de contactos y alerta (tracing), que permiten identificar a las personas que han tenido contacto con sujetos infectados por el virus. Esta segunda es una derivación de la primera, de manera que sin ella no tiene sentido, pues al carecer de la información primaria, no es factible operativizarla. Asimismo, para que tenga éxito requiere que un número importante de ciudadanos la descargue y utilice, pues de lo contrario su impacto no es significativo.

En términos simples, las apps funcionarían de la siguiente manera: el usuario descargaría, de manera voluntaria, la app en su terminal (y/o daría permiso a su sistema operativo para su actualización con la correspondiente notificación), y se emitirá un código que los móviles cercanos captarán por bluetooth, almacenarán y subirán a un servidor. Se trata de Bluetooth de bajo consumo (BLE), que a través de la intensidad de la señal entre dos dispositivos determina la proximidad entre ellos (no entre personas), siendo más preciso que el GPS (no es válido para interiores como por ejemplo un edificio) y permitiendo conocer la posición relativa, sin necesidad de establecer la ubicación concreta

Debemos indicar que estamos hablando de datos de localización y no de datos de tráfico o de geolocalización: no interesa identificar a la persona, conocer o trazar sus movimientos o ubicarla, sino rastrear las personas con las que ha estado en contacto, más bien, los casos en que dos dispositivos móviles han estado en contacto. (Arenas Ramiro 2020:4)

Las apps de testing no reemplazan a la detección por medio del sistema sanitario, sino que constituyen un apoyo a la misma, una forma de generar alertas. La intervención del personal de salud es siempre necesaria a efectos de evitar la ocurrencia de falsos positivos, de modo que sólo una vez confirmado el positivo de una persona se generaría la alerta a los dispositivos que hayan tenido cercanía con el correspondiente dispositivo de esa persona.

En atención a dicho principio de minimización, el CEPD señala que no se debería recopilar información que pudiera incluir datos excesivos, como el estado civil, los identificadores de comunicaciones, los elementos del directorio de equipos, los mensajes, los registros de llamadas, los datos de localización, los identificadores de dispositivos, etc. En este sentido, los datos que se podrían recopilar deberían ser algún tipo de identificador o código único y seudónimos, que se renovará periódicamente para limitar el riesgo de la reidentificación, pero que los generara la propia aplicación y fueran específicos de la misma y que, además, respondieran a un diagnóstico de «infectado». Para ello, el CEPD indica que deberían aplicarse técnicas criptográficas avanzadas que asegurarán los datos almacenados en los servidores y sus necesarios intercambios. La finalidad es tener un panorama de los usuarios infectados con el fin de informar a los usuarios que potencialmente pueden ser infectados, no de identificar a los usuarios potencialmente infectados. Además, los datos debieran conservarse sólo por un período acotado, cuya duración va en directa relación con la de la crisis sanitaria.

Con todo, debemos recordar que existen múltiples aplicaciones de salud y medicina, en las que el usuario voluntariamente incorpora información, que posibilitan, entre otros, el control de la frecuencia cardíaca, el nivel de glucosa en la sangre, o la presión arterial, recuerdan la toma de un medicamento o dedicadas al fitness (v. gr. como las que miden los pasos dados o los kilómetros recorridos en un día), de modo que las implicancias no pueden entenderse referidas únicamente a las aplicaciones asociadas a la pandemia.

En efecto, “cada uno se entrega *voluntariamente* a la mirada panóptica. A sabiendas, *contribuimos* al panóptico digital, en la medida en

que nos desnudamos y exponemos. El morador del panóptico digital es víctima y actor a la vez.” (Byung-Chul Han 2013: 95).

4 CONSIDERACIONES FINALES

La realidad actual a lo largo de nuestro territorio parte de la base de un sistema de gestión documental de la información, incluso en muchos casos en soporte físico, adaptado o adoptado en función de las necesidades y posibilidades de cada establecimiento o servicio de salud. La heterogeneidad especialmente a nivel local es una brecha real, a la que es necesario atender, al margen de la brecha tecnológica.

Ello es particularmente crítico en momentos en que el flujo de información debe ser constante e inmediato, con datos actualizados en tiempo real. A futuro, lo descrito suma un desafío adicional tanto a la reglamentación de la reciente reforma a la ley N° 19.880, de Bases Generales del Procedimiento Administrativo, como a su implementación.

Es necesaria una gestión sistemática del tema a nivel normativo en conjunto con temáticas como los datos abiertos, la administración digital y las normas sobre transparencia.

Es imprescindible el tránsito desde la gestión documental a la gestión de la información, el documento deja paso al dato, “son los datos en sí mismos considerados las unidades básicas de gestión, esto es, al margen del documento al que se puedan incorporar”. (Valero Torrijos y López Pellicer, 2002: 651).

En tal estadio es menester asegurar jurídica y tecnológicamente tanto la anonimización del dato, cuando sea menester, como su calidad.

Probablemente, los niveles de menor anonimización de los datos, requieran de una determinación previa del título habilitante para su acceso, y el alcance de este último. Sin embargo, los datos a nivel más agregado (o anonimizado) puedan seguir las pautas de datos abiertos, sin necesidad de un procesamiento de una solicitud de acceso por parte de un funcionario que otorgue una respuesta formal a la misma, sino que ello recaiga en un tratamiento automatizado, en base a determinados parámetros previamente establecidos, presumiblemente por la entidad reguladora, en el proyecto de ley en trámite, la agencia de protección de datos personales (en coordinación con el CPLT).

Finalmente, es menester tener en cuenta que las implicancias del tema no solo inciden en el derecho a la protección de datos personales

de una o más personas y en la eficiencia y eficacia de las instituciones de salud; sino que importan también el riesgo de afectar la confianza en el sistema sanitario, tanto público como privado.

BIBLIOGRAFIA

Arenas Ramiro, Mónica, 2020, *¿Testing, Tracing, Isolation? A propósito de las Directrices 04/2020 del Comité Europeo de Protección de Datos*, España: Diario La Ley, Nº 5162/2020.

Bauman, Zigmunt, 2013, *Modernidad Líquida*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Byung-Chul Han, 2013, *La sociedad de la Transparencia*. Barcelona: Herder.

Cruz Díaz y Díaz, María, 2011, *El empleado público ante el procedimiento administrativo: deberes y obligaciones de buena administración*, Madrid: La Ley.

Navas Navarro, Susana, 2020, *Aspectos Jurídicos de las aplicaciones móviles de salud (apps sanitarias y wearables)*. España: Diario La Ley, 14 de mayo de 2020, Nº 5811/2020.

Valero Torrijos, Julián y López Pellicer José Antonio, 2002, *Algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de los datos personales en la actividad administrativa*. En: *Panorama de las Administraciones Públicas en el siglo XXI*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. Boletín Oficial del Estado.

Valero Torrijos, Julián, 2014, *Acceso, reutilización y gestión avanzada de la información en el ámbito de la Administración sanitaria: implicaciones jurídicas desde la perspectiva de la innovación tecnológica*. En *Régimen Jurídico de la Transparencia del Sector Público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, España: Thomson Reuters Aranzadi.



RESTRIÇÕES À LIBERDADE RELIGIOSA DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19: A ESTRUTURA DA DECISÃO DO STF BRASILEIRO E O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Maria Fernanda Gonçalves Ribeiro Ventura¹

1 INTRODUÇÃO

Em 03 de abril de 2021, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 701, proposta pela Associação Nacional de Juristas Evangélicos (ANAJURE) contra o artigo 6º do Decreto nº 31 de 20 de março de 2020 emitido pelo município de João Monlevade/MG proibindo a realização de reuniões religiosas em seu território em razão da pandemia de COVID-19, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Kassio Nunes Marques deferiu medida cautelar proibindo a edição de decretos ou atos administrativos que impedissem completamente a realização de celebrações religiosas presenciais por motivos ligados à prevenção da Covid-19 e impondo a aplicação de determinados protocolos sanitários para que tais reuniões fossem mantidas.

Poucos dias depois, em 08 de abril de 2021, na análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 811, proposta pelo Diretório Nacional do Partido Social Democrático (PSD) e que versava sobre a inconstitucionalidade de disposição semelhante prevista no artigo 2º, II, *a*, do Decreto nº 65.563, de 12 de março de 2021 emitido pelo Estado de São Paulo, o plenário do STF julgou improceden-

1 Advogada e Mestranda em Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais na Faculdade de Direito da Fundação do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - FMP/RS. Porto Alegre, Brasil. fernandagr@hotmial.com.

te a Arguição para declarar constitucional tal restrição ao direito fundamental à liberdade religiosa.

A discussão relevante que motiva essa pesquisa científica é se a fundamentação de ambas as decisões foi adequada sob o ponto de vista doutrinário, especialmente no que concerne à aplicação do Princípio da Proporcionalidade e do teste de proporcionalidade, mencionado expressamente na decisão do ministro relator da ADPF nº 811.

O presente artigo será estruturado de forma a apresentar o conteúdo de ambas as decisões, o conceito e base doutrinária do teste de proporcionalidade e, por fim, verificar-se-á se houve aplicação e, em havendo, se foi adequadamente utilizado o teste como mecanismo de fundamentação apto a garantir maior segurança jurídica às decisões de caráter constitucional que versem sobre colisões de direitos fundamentais.

De todo modo, pretende-se demonstrar que a fundamentação da decisão capaz de restringir tão valioso direito fundamental foi deficiente e, para tanto, a metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial e a conclusão será obtida a partir do método hipotético-dedutivo.

2 RESTRIÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA

O artigo 5º, inciso VI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e garantindo a proteção aos locais de culto e suas liturgias, na forma da lei.

Aharon Barak (2012, p. 135) afirma em seu artigo intitulado *Proportionality* publicado pela revista da Universidade de Cambridge que o silêncio da constituição acerca das cláusulas de limitação não torna os direitos constitucionais absolutos e que a abordagem adequada é reconhecê-los como parte do todo que compõe o quadro constitucional, ou seja, deve-se utilizar as demais disposições constitucionais como moldura para sua interpretação.

Esse é o caso do direito à liberdade religiosa, que não encontra cláusula limitativa específica no texto constitucional, exceto no que concerne à reserva legal estabelecida para a definição de critérios de proteção aos locais de culto e suas liturgias. O artigo 19 da Constituição Federal brasileira de 1988 impede, ainda, que os entes federativos embarcem o funcionamento de cultos e igrejas.

Portanto, apenas no intuito de preservar outro direito igualmente fundamental de caráter constitucional admite-se a flexibilização da liberdade religiosa.

3 A ESTRUTURA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES PROFERIDAS NAS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 701 E Nº 811

Com base nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal foi instado a julgar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 701 promovida pela Associação Nacional de Juristas Evangélicos (ANAJURE) a constitucionalidade do artigo 6º do Decreto nº 31 de 20 de março de 2020 emitido pelo Município de João Monlevade/MG e de “demais decretos estaduais e municipais”, que proibiam a realização de reuniões de caráter religioso em razão da pandemia de COVID-19 (BRASIL, 2021a, p. 1).

O ministro Kassio Nunes Marques em 03 de abril de 2021 deferiu medida cautelar, *ad referendum* do plenário, que impedia a edição de decretos ou atos administrativos locais que proibam completamente a realização de celebrações religiosas presenciais por motivos ligados à prevenção da disseminação do vírus, estabelecendo protocolos sanitários de limitação de presença de 25% da capacidade do local, distanciamento social com ocupação alternada de cadeiras e entre fileiras, além de disponibilização de álcool em gel, uso de máscaras, aferição de temperatura na entrada e, ainda, observância de que o espaço esteja arejado, com portas e janelas abertas sempre que possível (BRASIL, 2021a, p. 15).

Na fundamentação de sua decisão, o ministro citou duas vezes a expressão “proporcionalidade”, apesar de não aplicar o teste de proporcionalidade efetivamente.

Na primeira citação o relator destacou que a edição de tais atos normativos impedindo a realização de reuniões de caráter religioso coletivas eliminaria sem prazo certo e sem proporcionalidade o direito fundamental à liberdade de culto e religião. Já na segunda menção, afirmou que proibir pura e simplesmente o exercício de qualquer prática religiosa viola a razoabilidade e a proporcionalidade e que é possível a harmonização da liberdade religiosa com medidas preventivas reconhecidamente eficientes que já estão sendo utilizadas para a manutenção do funcionamento de outros estabelecimentos (BRASIL, 2021a, p. 13).

Por fim, asseverou que outras atividades essenciais como transporte coletivo e funcionamento de alguns estabelecimentos comerciais podem gerar aglomerações e descontrole dos protocolos sanitários em grau muito mais elevado do que poderia ocorrer em igrejas, centros espíritas e outros locais de culto e que a prestação de culto religioso é serviço essencial durante a pandemia (BRASIL, 2021a, p. 12).

Posteriormente ao ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 701 foram ajuizadas outras duas, nº 810 e nº 811, versando sobre a mesma controvérsia e tendo como objeto o Decreto nº 65.563 de 12 de março de 2021 do Governo do Estado de São Paulo, que em seu artigo 2º, inciso II veda a realização de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo de forma presencial, sob o argumento de que se trataria de medida emergencial, de caráter temporário e excepcional, destinada ao enfrentamento da pandemia de COVID-19.

No julgamento da ADPF nº 811, que se deu em conjunto com o da ADPF nº 810, embora dois dos onze ministros tenham divergido, a constitucionalidade da medida foi aprovada pela maioria, que seguiu o voto proferido pelo relator da demanda, ministro Gilmar Mendes. O julgamento se inicia com quase três páginas inteiras de argumentação fática de conteúdo relativamente apelativo, incluindo, até mesmo, certas provocações ao Procurador-Geral da República. O relator afirmou que o julgamento da ADPF nº 811 seria proferido num contexto denominado por ele de “jurisprudência de crise” (BRASIL, 2021b, p. 3).

O termo “proporcionalidade” aparece em cerca de dez citações em todo o documento, sendo cinco delas relativas ao princípio da proporcionalidade e três relativas ao teste de proporcionalidade.

O ministro Nunes Marques abriu divergência, seguido pelo Ministro Dias Toffoli, no julgamento da ADPF nº 811, votando pela inconstitucionalidade do decreto paulista. Em seu voto, afirmou que sua decisão deferindo medida cautelar na ADPF nº 701 não foi negacionista, já que 22 dos 26 estados da federação e 19 das 26 capitais já possuíam legislação prevendo a possibilidade de abertura dos templos religiosos para reuniões presenciais mediante restrições. Por fim, ressaltou o crescente número de suicídios em território nacional e que o estado de São Paulo liderava, à época do julgamento, o número de mortes em decorrência do vírus, mesmo após o fechamento das igrejas.

4 TESTE DE PROPORCIONALIDADE E CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Proporcionalidade em sentido amplo propicia a imposição de limites à intervenção no direito fundamental, bem como impede a regulação insuficiente que, injustificadamente, impossibilite seu exercício. Por sua vez, o estabelecimento do que se convencionou chamar de teste de proporcionalidade teve sua origem na atuação do Tribunal Constitucional alemão nos casos que envolvam conflitos de direitos fundamentais constitucionalmente previstos e se divide nos três subprincípios: da Idoneidade (no Brasil, denominado Princípio da Adequação), da Necessidade e da Proporcionalidade em Sentido Estrito (CLÉRICO, 2009, p. 24).

O surgimento do conceito de proporcionalidade na jurisprudência germânica se deu em 1958, quando o Estado negou a concessão de licença para a inauguração de mais uma farmácia na Baviera, sob o argumento de que já existiam farmácias suficientes no local e o surgimento de mais uma poderia incentivar o uso excessivo e vicioso de medicamentos e promover a falência das demais. O Tribunal Constitucional alemão chegou à conclusão de que não houve equilíbrio na decisão administrativa, permitindo a inauguração (PETERSEN, 2014, p. 9).

Gradualmente, o teste de proporcionalidade como forma de aplicação do princípio da proporcionalidade foi tomando forma nas decisões do Tribunal Constitucional alemão, mormente pela necessidade de re-consolidar a legitimidade da corte e a confiança da população nos critérios adotados em suas decisões, que havia sido abalada pelo nazismo (PETERSEN, 2014, p. 19).

No Brasil, a referência histórica entre as decisões do Supremo Tribunal Federal de citação do princípio da proporcionalidade foi o RE 18.331 de 1951, que debatia os limites da tributação, representada pela majoração excessiva de imposto (MORAIS, 2014, p. 162).

5 AFINAL, HOUVE A APLICAÇÃO DO TESTE DE PROPORCIONALIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO DAS ADPFS Nº 701, 810 E 811?

A proporcionalidade e seus três subtestes – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, é utilizada muitas vezes pelo Supremo Tribunal Federal como forma de apenas conferir sofisticação à decisão, ao invés de impor argumentos claros e bem definidos para a

superação de medidas que restringiriam de modo injustificável certos direitos fundamentais (LIMA, 2020, p. 186).

A primeira etapa do teste de proporcionalidade é a de verificação da adequação ou idoneidade da medida, buscando-se averiguar se a norma ou ato do governo possuem relação com os fins pretendidos, a segunda etapa verifica-se a necessidade, buscando estabelecer se não existiria um meio alternativo menos restritivo ao direito fundamental e, superadas as duas primeiras etapas, verifica-se a proporcionalidade em sentido estrito da medida. Alguns autores identificam, ainda, a existência de uma pré-etapa fundada na verificação de legitimidade da autoridade que proferiu o ato, sendo a aplicação do teste de proporcionalidade em quatro estágios comumente utilizada pela Corte Constitucional do Canadá (SWEET; MATHEW, 2008, p. 76).

A utilização da proporcionalidade nas decisões que envolvem conflitos de direitos fundamentais no Brasil é inadequada por ser meramente retórica e revelar impropriedade na reprodução da técnica germânica, gerando comprometimento da legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal (LIMA, 2020, p. 187).

Aplicando efetivamente o teste em três etapas no caso concreto, a título de exemplo, o julgador deveria se perguntar se a completa proibição da realização de quaisquer cultos religiosos coletivos em razão da pandemia atende o requisito da adequação da medida, se a proibição implementada pelo governo possui relação com o fim pretendido, ou seja, se tem potencial para produzir o resultado pretendido de redução do número de casos de contaminação pelo COVID-19 que justifique restrição tão severa a direito fundamental.

A ordem de adequação técnica em todos os sentidos eliminaria todos os meios capazes de reduzir a intervenção em um direito fundamental por serem um pouco menos adequados tecnicamente à proteção do outro direito em colisão (CLÉRICO, 2009, p. 108).

A segunda fase do teste levaria o julgador à verificação da necessidade da medida, a se perguntar se proibir completamente a realização de cultos religiosos coletivos é a medida mais estritamente necessária. Aqui caberia a verificação se a única forma de evitar mais contaminações seria proibir completamente a realização de cultos, ainda que possam ser feitos com número reduzido de pessoas, em local aberto, com o uso de máscaras e com distanciamento adequado. É a verificação acerca da possibilidade de que exista um meio alternativo menos gravoso (CLÉRICO, 2009, p. 102).

Aqui cumpre ressaltar que os autores da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 811 alegaram a insuportabilidade da medida e a existência de outras formas mais proporcionais de cumprir o objetivo pretendido e foram respondidos pelo julgamento que sua alegação “não comove” e, ainda, que é necessário desconfiar de intervenções judiciais dotadas de “bom-mocismo” (BRASIL, 2021b, p. 41).

Esse tipo de fundamentação ofensiva depõe contra a credibilidade das cortes constitucionais e alija a lealdade dos grupos sociais à constituição porque passa a ser a palavra do Supremo Tribunal que prevalece em detrimento do texto constitucional. Rubens Glezer (2021) afirmou em palestra por videoconferência que integrou o VII Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis da FMP/RS que a extrema concentração de poder e o alto grau de imprevisibilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal está minando a Constituição Federal do Brasil de 1988 porque promove o rompimento do pacto político e hermenêutico em torno dela.

A última etapa do teste proporia que o julgador se perguntasse se a medida é a mais proporcional em sentido estrito para a consecução do fim pretendido pelo Poder Público, o que corresponde à relação entre o dano provocado ao afetado pela restrição jusfundamental e o peso das razões que justificam tal dano (CLÉRICO, 2009, p. 172).

No caso concreto, o teste de proporcionalidade em sentido estrito corresponderia à necessidade de que o julgador se perguntasse se a proibição completa do exercício dos cultos religiosos coletivos seria medida proporcional em um contexto em que o mesmo decreto classifica como atividades essenciais a realização de obras do setor de construção civil, o funcionamento dos meios de radiodifusão sonora e de sons e imagens, indústrias, serviços de *call center*, serviços bancários, casas lotéricas, transporte público coletivo, supermercados e feiras-livres, todos serviços que envolvem aglomeração de um número muito maior de pessoas, diariamente e durante um período muito mais extenso do dia, sem que possa haver tanto controle no implemento das medidas sanitárias.

O ministro Gilmar Mendes afirmou que a medida era adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, sem aprofundar seus argumentos em ambos os conceitos, porque há razoável consenso na comunidade científica de que os riscos de contaminação decorrentes de atividades religiosas coletivas são maiores do que os de outras atividades econômicas, mesmo que realizadas em ambientes fechados (BRASIL, 2021b, p. 36).

Afirmou, ainda, que o Supremo Tribunal Federal utiliza os posicionamentos da Organização Mundial da Saúde (OMS) como critérios para verificar se a medida sanitária é adequada, necessária e proporcional e que o Centro de Contingência do Coronavírus de São Paulo emitiu nota técnica afirmando que seria necessário proibir de forma irrestrita a realização de atividades coletivas como eventos esportivos, atividades religiosas e frequência a praias, praças e parques (BRASIL, 2021b, p. 33-36).

Já o ministro Nunes Marques (2021^a, p. 10), citando o julgamento do caso *South Bay United Pentecostal Church v. Newson*, destacou que em 2021 a Suprema Corte dos Estados Unidos considerou legítima a restrição de público em cultos religiosos e inconstitucional sua proibição completa, relacionando tal declaração com o contexto nacional pela forte influência norte-americana na Constituição de 1988. Ainda, afirmou ser desproporcional a restrição à liberdade de culto e religião sem prazo previamente estabelecido.

Algumas críticas são consideradas quanto ao teste de proporcionalidade. A primeira envolve o fato de que o elemento de proporcionalidade em sentido estrito do teste acaba sendo baseado apenas nas preferências pessoais dos juízes (JACKSON, 2015, p. 3156). A segunda, que está relacionada à primeira, envolve o fato de que a análise da proporcionalidade abre margem ao ativismo judicial, ao empoderamento negativo da corte constitucional, ou seja, à atividade legislativa do juiz (JACKSON, 2015, p. 3164). A terceira é relativa ao perigo de excesso na tentativa de concretização de direitos fundamentais, tornando-os princípios supremos de toda a ordem jurídica, capazes de formular exigências infinitas ao Estado e comprometer a segurança jurídica na atuação jurisdicional (BÖCKENFÖRDE, *apud* ALEXY, 2008, p. 576).

Em que pese tais críticas, a aplicação efetiva do teste de proporcionalidade é capaz de evitar ou, pelo menos, dificultar sua implementação, já que impõe ônus argumentativo que necessita ser corretamente superado pelo julgador.

Mencionar que a medida é desproporcional sem aprofundamento, conforme procedeu o ministro Nunes Marques no julgamento da medida cautelar na ADPF nº 701, é insuficiente e revela o caráter raso de fundamentação de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Por sua vez, também é insuficiente a fundamentação da ADPF nº 810/811, que se limitou à menção de todas as etapas do teste seguida da classificação da medida como proporcional por respeitá-las, sem enfrentar a eficiência da implementação de meios menos gravosos, sem enfren-

tar a proporcionalidade em sentido estrito da proibição em um contexto em que o mesmo decreto permite a continuidade da realização de obras do setor de construção civil, do funcionamento dos meios de radiodifusão sonora e de sons e imagens, indústrias, serviços de call center, serviços bancários, etc., todos serviços que envolvem aglomeração sem que possa haver tanto controle no implemento das medidas sanitárias como poderia haver nos templos.

6 CONCLUSÃO

A legislação constitucional brasileira protege o exercício da liberdade religiosa, e veda, em seu artigo 19 à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios embaraçar o funcionamento de cultos religiosos e igrejas. Prestar culto de forma coletiva é o cerne do exercício do direito à liberdade de culto, que não encontra no texto constitucional qualquer permissão para limitações por meio de lei, exceto quanto aos locais de culto e suas liturgias.

Os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal nas ADPFs nº 701, 810 e 811 careceram de fundamentação técnica adequada, já que se propuseram a citar a proporcionalidade e o teste de proporcionalidade e não discorreram argumentativamente acerca de cada etapa do teste no caso concreto, não embasaram uma limitação tão grave a direito fundamental que abrange cerca de 80% da população brasileira que professa alguma religião, conforme citou o ministro Nunes Marques em seu voto na ADPF nº 811.

É inegável a contribuição do teste de proporcionalidade para a doutrina Constitucional e, apesar da coerência das críticas formuladas, deve-se observar que não é necessária a aplicação do teste para que hajam decisões injustas e discricionárias. Pelo contrário, sua correta aplicação, ao menos, deve trazer o trabalho de discorrer sobre todas as suas etapas, sendo capaz de contribuir para a uniformização da jurisprudência e evitando decisões emocionadas.

A Bíblia Sagrada, considerada a palavra do próprio Deus para os cristãos católicos ou protestantes, judeus e para algumas vertentes do espiritismo, incentiva na carta do apóstolo Paulo ao povo hebreu, capítulo 10, versículos 24 e 25 que “Não deixemos de reunir-nos como igreja, segundo o costume de alguns, mas procuremos encorajar-nos uns aos

outros, ainda mais quando vocês veem que se aproxima o Dia.” (BÍBLIA, Hb., 10:25)

O Supremo Tribunal Federal feriu o direito fundamental à liberdade religiosa na declaração da constitucionalidade dos decretos e demais atos normativos que limitaram o exercício do direito de culto. Tal medida é injustificável diante da concomitância com a permissão de realização de outras atividades de cunho coletivo de foro íntimo muito inferior à fé, como a realização de atividades profissionais por repórteres, *call centers* e outros estabelecimentos que, sabidamente, poderiam funcionar de maneira remota.

Portanto, de acordo com o teste de proporcionalidade, tal medida fere a etapa de verificação de necessidade, já que outros meios menos gravosos poderiam ser empregados, como os que foram determinados pelo ministro Nunes Marques, *a priori* na decisão que deferiu medida cautelar na ADPF nº 701. Ainda, não há proporcionalidade em sentido estrito na medida, já que houve completo sacrifício da liberdade de culto, viés fundamental da liberdade religiosa, já que cultivar de forma coletiva é o cerne, a realização máxima, de algumas religiões.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Posfácio. In: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARAK, Aharon. **Proportionality**. Cambridge University Press: Cambridge, 2012.

BÍBLIA, N. T. Hebreus. In BÍBLIA. Português. **Bíblia Online**: Nova Versão Internacional. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/nvi/hb/10?q=hebreus> Acesso em: 29 de junho de 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 24 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 701**, Minas Gerais. Relator: Min. Kassio Nunes Marques. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/>

paginador.jsp?docTP=TP&docID=755496748&prcID=5944043&ad=s#. Acesso em: 21 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 811**, São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/liberdade-culto-restringida-prol-saude.pdf> Acesso em: 24 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 811**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=463754&ori=1> Acesso em: 22 de junho de 2021.

CLÉRICO, Laura. **El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional**. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

GLEZER, Rubens. VII Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=v-QLKcc3CXbM> Acesso em: 02 de junho de 2021.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. **O novo processo coletivo para o controle jurisdicional de políticas públicas: breves apontamentos sobre o projeto de lei 8.058/2014**. Revista de Processo, São Paulo, v. 41, n. 252, p. 275-300, fev. 2016.

MORAIS, Fausto Santos de. **O princípio da proporcionalidade e os direitos humanos fundamentais**: revisão teórica orientada ao direito brasileiro. Revista Direitos Humanos Fundamentais, v. 14, 2014, p. 151-173.

PETERSEN, Niels. **Balancing and judicial self-empowerment** – on the rise of balancing in the jurisprudence of German Constitutional Court. Jean Monet Working Paper, 20/2014.

SWEET, Alec Stone; MATHEW, Jud. **Proportionality Balancing and Global Constitutionalism**. Columbia Journal of Transnational Journal, 2008.



A IMPLEMENTAÇÃO DO CERTIFICADO DIGITAL DE VACINAÇÃO DA COVID-19, ANALISADO À LUZ DA TESE DOS DIREITOS DE RONALD DWORIKIN

Isadora Leitão Wild Santini Picarelli¹

1 INTRODUÇÃO

A pandemia gerada pelo vírus COVID-19, levantou diversas preocupações, diante do fácil contágio (MINISTÉRIO DA SAÚDE, [2021?]) entre as pessoas, pois pode transmitir por meio da saliva, gotículas expelidas pela boca, por espirro, tosse ou fala, e contato como aperto de mão, abraços, e objetos que tiveram contato com o vírus, por meio das gotículas, pois as pessoas se contaminam ao tocar nesses objetos e superfícies, e depois passam a mão nos olhos, nariz ou boca. Muitas discussões começaram a ser levantadas, em razão da preocupação com a transmissão do vírus, que mesmo com os cuidados devidos, ainda se torna um perigo, invisível aos olhos nus, e seu fácil contágio torna o problema mais difícil de ser controlado pelas autoridades públicas.

Para diminuir os riscos de contágio, as medidas comumente tomadas pelos governos foi de evitar aglomerações, incentivar o isolamento social e uso de máscaras e álcool gel, restringir o acesso em locais públicos e privados, além de banir viagens internacionais para turismo em países com alto índice de casos de COVID-19.

Contudo, com a vacinação sendo aplicada na população, se abre a possibilidade de diminuição do isolamento social e das restrições aplicadas para viagens, locais públicos, etc. Os governantes no momento devem se preocupar com o perigo da transmissão entre os não vacinados, o surgimento de variantes do vírus, e a possibilidade de permitir que os vacinados possam ter mais liberdade e menos isolamento social.

1 Mestranda

Assim, o presente artigo abordará acerca do certificado de vacina COVID-19, que seria uma solução para proporcionar mais acesso aos vacinados e enfrenta o questionamento da liberdade individual daquele que ainda não é vacinado e quer viajar internacionalmente e a segurança da saúde pública coletiva.

2 OS CERTIFICADOS DE VACINAÇÃO

Em razão da pandemia, muitos países fecharam suas fronteiras para turismo, impedindo voos de diversos países, exceto voos urgentes e que não fossem voos para turismo, para evitar viagens não essenciais. Mas, este cenário vem mudando, em razão aumento de vacinação na população. E, para provar a imunização, está sendo discutido sobre a implementação de um certificado de vacinação, além de requerer que os turistas sigam as regras de quarentena do país.

Na Grécia (STEVIS-GRIDNEFF, 2021), o país está permitindo turistas, sendo exigido que estes provem a vacinação realizada, ou um teste recente de COVID-19 com resultado negativo.

Na Itália, o certificado de vacinação é em papel, chamado National Green Pass (UOL, 2021), e será para:

turistas que já tomaram as duas doses das vacinas da Pfizer, de Moderna ou da AstraZeneca ou a dose única do imunizante da Janssen; a pessoas que apresentarem atestado médico comprovando que foram curadas da Covid-19; e a quem tiver resultado negativo em exame PCR ou de antígeno nas 48 horas anteriores à entrada no país.

Também é requisitado uma quarentena entre cinco e dez dias, dependendo do país proveniente do turista, e um teste após esses dias. Israel também já implementou o certificado de vacinação, chamado Green Pass (ODENHEIMER; CADMAN; GEMMELL, 2021), permitindo acesso para restaurantes, teatros e academias, visando afastar pessoas não vacinadas de algumas atividades cotidianas, na tentativa de fazer a vida voltar ao normal e encorajar as pessoas a tomar a vacina.

A certificação de vacinação já era pedida em viagens, para verificar a imunização contra febre amarela, mas o certificado de vacinação

de COVID-19, também será usado para permitir acesso a diversos locais, públicos, privados, locais de trabalho, escolas, dentre outros.

Esses certificados provam que a pessoa está imunizada contra o COVID-19, constando se a pessoa tomou vacina, o número de doses e o laboratório da vacina, e se houve um recente teste negativo para COVID-19. O certificado pode ser, dependendo da regulamentação do país, um certificado em papel ou no aplicativo de um celular que prova que a pessoa tomou a vacina.

O certificado digital de vacinação é visto como uma melhor opção que do papel, para evitar que o papel seja perdido ou fraudado. Uma comparação possível é que esse aplicativo que alguns governos pensam ou já estão lançando, seria como a carteira de motorista do DETRAN digital, ou a OAB digital, que de forma prática, é possível acessar na palma da mão, com um smartphone.

A vantagem de quem possuir essa prova da vacinação completa, é que poderá ter mais liberdade dentro da sociedade para se locomover para viagens internacionais, frequentar cinemas, restaurantes, estádios de futebol, shows etc.

Outra vantagem é que como existem diversas vacinas, em diferentes níveis de eficácia, ter um certificado da vacinação seria mais seguro para as autoridades controlarem melhor os contágios na região, além de controlar sobre as variantes, que dependendo da vacina e da variante, mesmo quem foi vacinado, poderá ter que tomar outra vacina para se proteger de uma variante do vírus, e a falta de controle disso poderá influenciar na propagação do vírus.

Em alguns lugares, como trabalho, lugares públicos, escolas e companhias de viagens, já estão requerendo uma prova de vacinação ou teste negativo recente do COVID-19, para permitir a entrada e para garantir a segurança da saúde pública e dos mais vulneráveis. Por exemplo, a arena Madison Square Garden, localizada em Nova Iorque (MADISON SQUARE GARDEN, 2021). Além dessas opções, também pode mostrar o certificado digital da vacina que recentemente foi anunciado pelo governo de Nova Iorque, chamado Excelsior Pass (EXCELSIOR PASS, 2021), que qualquer cidadão que tenha testado negativo ou feito a vacina no estado de Nova Iorque, pode ter esse certificado digital.

O certificado possui os dados pessoais dos usuários e o número de doses da vacina tomadas. Além de ter um QR CODE, para escanear e verificar sobre a vacinação, e está sendo usado para permitir acesso a locais públicos.

Outro certificado digital que está sendo estudado sua implementação, é o certificado digital da União Europeia, chamado “Digital Green Certificate” (EUROPEAN COMMISSION, 2021), em formato digital ou papel, e possibilitaria maior liberdade para viajar nos países da União Europeia durante a pandemia. O certificado terá informação pessoal, como nome, data de nascimento, qual país membro da União Europeia a pessoa reside, e as informações sobre a vacinação, teste ou sobre a recuperação do COVID-19.

Outra questão levantada com a implementação do certificado de vacinação, é a respeito da igualdade e da liberdade individual, já que apenas aqueles que possuem a vacinação poderão desfrutar de maior liberdade, enquanto a maioria dos cidadãos, principalmente aqueles que residem em países menos desenvolvidos, não irão tão cedo ter a mesma liberdade para poder viajar internacionalmente, por exemplo. Com o certificado de vacinação, que é uma prova da imunidade, a pessoa terá maior liberdade e acesso para se mover dentro da sociedade, mas quem reside em países com pouco acesso a vacina, ou se a prova for digital, e a pessoa não possuir um celular, para mostrar seu certificado, não terá a mesma igualdade de direitos.

3 O DIREITO DE LIBERDADE INDIVIDUAL E O DIREITO DE SAÚDE PÚBLICA, ANALISADO À LUZ DA TESE DOS DIREITOS DE RONALD DWORKIN

Os certificados de vacinação fomentam diversos debates, incluindo sobre o risco de exclusão das pessoas não vacinadas, que também tem o direito de proteção e ainda não foram vacinados. Ou das pessoas que não possuem smartphones para poder usar o certificado digital.

Outrossim, os países têm direito de não aceitar uma vacina vinda de algum laboratório que não foi aprovado pelo país, e por meio do certificado de vacinação, podem recusar que a pessoa entre no país por conta que foi imunizada com a vacina não aprovada (GOLDSMITH, 2021).

Ainda, outro problema, é que algumas vacinas podem não ter eficientes para certas variantes que estão surgindo. Logo, para simplificar, empresas e autoridades públicas estão implementando certificado de vacinação digital, um registro eletrônico para as vacinações e resultados negativos do teste Covid-19.

E, por outro lado, muitas empresas querem usar o certificado digital, pois os consumidores se sentem confortáveis em voltar a frequentar

o estabelecimento que apenas permite entrada de pessoas imunizadas. Empresas aéreas estão usando aplicativos de vacinação, como o Common Pass (COMMON PASS, 2021), usado pelas companhias Lufthansa, Virgin Atlantic e Jet Blue, para verificar o teste de COVID-19 nos passageiros antes do embarque.

Diante de todo o exposto, o presente artigo irá analisar como o debate entre o certificado de vacinação digital, e a liberdade individual, bem como a saúde pública, seria entendido conforme a tese dos direitos de Dworkin, e analisar a legitimidade da atuação do poder público em relação ao indivíduo.

Para Dworkin (DWORKIN, 2011, p. 14), um governo, para ser legítimo deve mostrar preocupação com a sorte de todas as pessoas sobre quem reivindica domínio e também deve respeitar totalmente a responsabilidade e o direito de cada pessoa a decidir por si própria sobre como fazer da sua vida algo de valioso.

Ainda, o autor escreve sobre as justificações de direitos políticos, que por vezes são considerados trunfos na sociedade e usam um argumento de permuta utilitarista, e para ilustrar a explicação, “Admitimos que um novo aeroporto irá piorar a vida daqueles que vivem perto, mas insistimos que o aeroporto é do interesse geral, porque o número de pessoas que com ele beneficiarão direta e indiretamente é muito maior.” (DWORKIN, 2011, p. 337). Mas, Dworkin, rejeita a ideia do argumento utilitarista, em nome do interesse geral. Para ele, uma comunidade política só tem força moral para criar e impor obrigações, se trata todos os membros como igualmente importantes.

Para Dworkin, “o sentido do Direito deve ser interpretado tendo em vista a intencionalidade e finalidade nele pressupostas” (JUNIOR, 2017) e na interpretação, para saber melhor o que seria o certo, o válido, usamos um conceito que é socialmente aceito e compartilhado por todos, e o critério da melhor concepção é avaliado não apenas porque a maioria aceita como correta e dominante, mas porque a concepção melhor se ajusta adequadamente e de forma coerente na regra de uso do que é socialmente aceito, os paradigmas socialmente compartilhados, com uma melhor justificação e argumentação racional.

No livro *Levando o direito a sério*, Dworkin comenta que na constituição, os cidadãos têm certos direitos morais protegidos, transformados em direitos jurídicos. E que assim, o governo, para restringir esses direitos, deve justificar, por exemplo, justificando quando for para utilidade geral, “calculado de modo que, no cômputo geral, produza mais

benefícios do que danos” (DWORKIN, 2002, p. 293). Mas nem todo direito jurídico é um direito moral contra o governo, mas os direitos constitucionais representam direitos, no sentido forte, contra o governo, como trunfos morais.

O governo pode, em razão de um bem maior, e justificando com fortes razões, como proteger o direito dos outros, para obter um benefício público mais evidente e importante, desconsiderar esse direito constitucional, da dignidade pessoal dos indivíduos.

Dworkin também comenta sobre os direitos concorrentes, quando o governo restringe um direito em favor de outro, pois acredita que este direito é mais importante que o outro. Mas, aponta que “precisamos diferenciar entre os “direitos” da maioria enquanto tal, que não podem valer como justificção para invalidar os direitos individuais, e os direitos pessoais de uma maioria, que podem ser levados em conta” (DWORKIN, 2002, p. 298). A justificção das leis é o desejo comum da maioria, e não o direito pessoal de cada indivíduo. Em direitos controversos, e concorrentes, o governo busca um equilíbrio entre os direitos do indivíduo e o bem-estar geral da sociedade, após analisar o custo social dos direitos. Ao se decidir quanto a medida do direito, irá permitir que o indivíduo aja nesses limites. Seria considerado direito concorrente a liberdade individual e a proteção da saúde coletiva? Quando o governo restringe um direito individual, como a liberdade, “o governo somente deve agir para amputar esse direito quando alguma razão convincente for apresentada” (DWORKIN, 2002, p. 306).

Para Dworkin, as regras são válidas ou não, e os princípios têm uma dimensão de peso, dependendo da argumentação conduzida. Ainda, em caso de regras conflitantes, uma das regras não pode ser válida, e no caso de princípios conflitantes, a prevalência de um princípio em um caso não o invalida do sistema jurídico. Dworkin critica o positivismo analítico, pois como os princípios não vinculam estritamente os juízes e não tem um padrão a ser seguido, os positivistas permitem a aplicação da discricionariedade do juiz, sem ter um padrão jurídico que vá além da noção de aplicação das regras.

Dworkin nega a discricionariedade do juiz ao aplicar o direito, e busca uma única resposta correta, pois, valores constitucionais podem ser princípios, e que os juízes devem procurar as respostas corretas, não apenas aplicar a regra que está prevista na lei, como no caso Riggs e Palmer, de 1889.

Para ele, o direito não é criterial, identificando as proposições jurídicas, se são verdadeiras ou falsas, se são jurídicas e válidas, usando o argumento do “agulhão semântico”, pois o uso das palavras não é sempre exato, e é difícil especificar os critérios, então ele entende que o direito é interpretativo (MORBACH, 2020, p. 168). O raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, para a melhor justificativa das práticas jurídicas, e existem três etapas: pré-interpretativo, para determinar regras e padrões para identificar o conteúdo. Na segunda arte, interpretativo, o intérprete adota uma justificativa geral, com os elementos do estágio anterior, e no terceiro, é o pós-interpretativo, o intérprete da corte ajusta sua percepção do que a prática exige para melhor servir a justificação. O problema interpretativo não é saber o que consiste a prática jurídica, pois isso é composto pela legislatura e tribunais, mas é saber as características específicas desses elementos, em virtude do que formam o sistema jurídico, para atribuir um sentido aos elementos incontroversos sobre a prática jurídica (MORBACH, 2020, p. 172).

Dworkin entende que a concepção do direito é a integridade, e o direito garante igualdade entre os cidadãos, tornando a comunidade mais genuína, e “melhora a justificação moral que sustenta o exercício do poder político” (MORBACH, 2020, p. 177). É preciso uma adequação da história institucional, uma fidelidade histórica e com integridade no sistema jurídico aplicado, para ter consistência com as decisões pretéritas. Também, buscar a pretensão da validade e objetividade. O direito como integridade entende como verdadeiras as proposições jurídicas que seguem os princípios da equidade, justiça e devido processo legal, para a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. A prática jurídica se dá a partir do processo decisório dos juízes, que deve ser coerente com equidade e justiça. Assim, novas situações devem ser julgadas com o mesmo padrão, de forma coerente.

Em casos difíceis (hard cases), se deve encontrar a melhor interpretação construtiva, em um modo coerente, para buscar a resposta correta, e “do equilíbrio entre as exigências da integridade, do necessário ajuste institucional, e da interpretação construtiva, emerge a resposta correta a que os cidadãos têm direito em juízo” (MORBACH, 2020, p. 180).

Em Justiça para Ouriços (DWORKIN, 2011, p. 338), sobre direitos e conceitos políticos, Dworkin considera que a liberdade e a igualdade são valores interligados, e o governo tem autoridade moral para coerção de alguém, mesmo para aumentar o bem-estar coletivo, se respeitar esses valores para todas as pessoas.

Ele aponta que alguns direitos humanos têm um caráter abstrato, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que lista como direitos humanos, o direito à educação, a uma habitação digna e a cuidados de saúde adequados (DWORKIN, 2011, p. 345). E é preciso interpretação para limitar o alcance na prática. Dworkin observa que os padrões das condições econômicas, políticas, culturais e históricas de cada país é diferente, não é universal, é abstrato, e que a dignidade humana é universal.

Por fim, importante salientar sobre a teoria substantiva dos direitos políticos enquanto trunfos. O Estado, ao adentrar nos direitos individuais, tem um maior ônus argumentativo para justificar essa entrada na esfera de proteção dos direitos individuais. O direito como trunfo é nas situações “em que cidadãos têm direitos violados pelo argumento *prima facie* de que a comunidade como um todo será beneficiada se aquele interesse for afastado ou flexibilizado (argumento utilitarista).” (AGUIAR, 2018, p. 203). Ele vai sofisticando a tese, entendendo os direitos individuais como trunfos, para excluir o que não representa a melhor justificação do direito, de forma íntegra e coerente, e que viola o princípio da igualdade.

Para ele, os direitos são trunfos, são vantagens dos indivíduos, contra pretensões das autoridades públicas de restringir os direitos individuais, são direitos morais e tem relação com a concepção do direito de igualdade e dignidade da pessoa humana. E os direitos como trunfos são um limite sobre as justificativas das autoridades públicas, que pensam em violar o direito de alguns, em nome do bem maior da coletividade, e que essa visão utilitarista não é suficiente para justificar a restrição de um direito trunfo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dado o exposto, segundo Dworkin, a única resposta correta seria aquela que melhor se justificar em termos de uma teoria substantiva, que tenha como elementos as ponderações que melhor correspondam à Constituição, às regras do Direito e aos precedentes, de forma íntegra, coerente, e igualitária para todos os cidadãos.

Os questionamentos feitos no artigo, sobre analisar a respeito da liberdade individual da pessoa que não possui o certificado de vacinação, e é impedida de acessar os mesmos estabelecimentos daquela que tem vacina e tem condições de usar o certificado digital, bem como avalian-

do acerca do bem da saúde coletiva, a preocupação de diminuição da transmissão do vírus COVID-19 na sociedade e a proteção dos dados dos usuários, são questionamentos que podem levar a um pensamento com uma visão utilitarista, de que essas restrições da liberdade de ir e vir e do uso do certificado de imunização para adquirir maior liberdade, são medidas necessárias para a proteção da saúde coletiva, sendo válida a violação da liberdade individual, em nome da saúde coletiva.

Mas seria tratar todos de forma igualitária, como Dworkin defende? Existe a argumentação do Estado, para justificar adentrar na esfera de proteção dos direitos individuais? Seria a imposição de certificados de vacinação para oferecer maior liberdade de acesso na sociedade civil, uma violação estatal dos direitos trunfos, onde o Estado deve respeitar a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais dos indivíduos?

Se pensarmos na visão de Ronald Dworkin, que é contra a visão utilitarista, de restringir um direito trunfo do indivíduo, em nome do bem coletivo, poderíamos concluir que a imposição dos certificados não é adequada, não seria a resposta correta, pois os que não tem vacinação, ou a vacina que possui não é aceita em determinado país, está tendo sua liberdade restringida, em nome da saúde coletiva.

Contudo, seria esta a resposta correta? Pois Dworkin também observa que o governo deve tratar todos de forma igualitária e com dignidade, respeito, consideração e assegurar a liberdade do indivíduo, porém, sem os certificados de vacinação, será que a saúde coletiva não iria ser afetada? Sem um maior cuidado de fiscalização das autoridades públicas em quem está mais imunizado e quem não está? Para permitir viagens, acesso em estabelecimentos públicos e privados e ainda, permitir a flexibilização de cuidados como o uso de máscara e isolamento social? São questionamentos complexos, e sem respostas simples, pois atualmente vivemos um dilema que Dworkin não esperava responder.

Por fim, apesar das pessoas que estão atualmente vacinadas, estarão ansiosas para sair do isolamento social e da quarentena, e poder ter mais liberdade na sociedade, os certificados digitais devem ser combinados com acesso mais equitativo e global das vacinas, com uma proteção igualitária da saúde dos cidadãos, de forma global.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Márlío. Os fundamentos do direito: a tese dos direitos de Dworkin entre o desafio e persistência. **PERI**, v. 10, n. 01, 2018. p. 200-214. Disponível em: <http://www.nexus.ufsc.br/index.php/peri/article/viewFile/2822/2315>. Acesso em: 31 mai. 2021.

COASTON, Jane. The Reality of Vaccine Passports. The New York Times. Nova Iorque, 07 abr. 2021, **Podcast The Argument**. Disponível em: <https://www.ny-times.com/2021/04/07/opinion/the-argument-vaccine-passports.html?>. Acesso em: 17 abr. 2021.

COMMON PASS. Disponível em: <https://commonpass.org>. Acesso em: 23 mai. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Editora Almedina, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

EUROPEAN COMMISSION. Coronavirus: Commission proposes a Digital Green Certificate. **European Commission**, 17 mar. 2021. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_1181. Acesso em: 17 mai. 2021.

EXCELSIOR PASS. Disponível em: <https://epass.ny.gov/home>. Acesso em: 15 mai. 2021.

FOWLER, Geoffrey A. **We tested the first state ‘vaccine passport.’ Here’s what worked — and didn’t**. The Washington Post, 09 abr. 2021. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/technology/2021/04/08/vaccine-passport-new-york-excelsior-pass/?campaign_id=158&emc=edit_ot_20210420&instance_id=29458&nl=on-tech-with-shira-ovide®_id=160230817&segment_id=55946&te=1&user_id=f6041b94e1b62bc9b8ad-d4a05e0fb3df. Acesso em: 15 mai. 2021.

GOLDSMITH, Jonathan. **Covid certificates - there is no right answer**. The Law Society Gazette, 06 abr. 2021. Disponível em: <https://www.lawgazette.co.uk/com>

mentary-and-opinion/covid-certificates-there-is-no-right-answer/5108030.article. Acesso em: 17 mai. 2021.

HATTAWAY, Chase; TESSITORE, Michael. **Incentivizing Customers In States Banning Vaccine Passports**. JDSUPRA, 19 mai. 2021. Disponível em: <https://www.jdsupra.com/legalnews/incentivizing=-customers-in-states9521928-/#:~:text=The%20governors%20of%20two%20states,civil%20rights%20of%20their%20citizens>. Acesso em: 22 mai. 2021.

JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo. **Ronald Dworkin - Teórico do direito**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/126/edicao-1/ronald-dworkin---teorico-do-direito>. Acesso em: 23 mai. 2021.

MADISON SQUARE GARDEN. Our Commitment to Your Health & Safety - Reopening FAQ, 04 mai. 2021. Disponível em: <https://www.msg.com/reopenin-g-faq>. Acesso em: 15 mai. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Novo Coronavírus (COVID-19): informações básicas. Biblioteca Virtual em saúde. Disponível em: <https://bvsmis.saude.gov.br/novo-coronavirus-covid-19-informacoes-basicas/>. Acesso em: 25 jul. 2021.

MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Editora JusPodivm. 2020

ODENHEIMER, Alisa; CADMAN, Emily; GEMMELL, Katharine. Vaccinated Workers Are Getting Benefits That Those Without Covid Shots Won't: Israel's new rules show how the world will be much smaller for those without vaccines. **Bloomberg Wealth**, 04 mar. 2021. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-03-04/covid-vaccine-news-how-life-will-change-for-people-who-don-t-get-shots>. Acesso em: 22 mai. 2021.

OVIDE, Shira. **For vaccine passports, less tech is best**. The New York Times. Nova Iorque, 20 abr. 2021, On Tech. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/04/20/technology/covid-passports-vaccine-technology.html>. Acesso em: 26 abr. 2021.

POPESCU, Saskia; PHELAN, Alexandra. **Vaccine Passports Won't Get Us Out of the Pandemic.** The New York Times. Nova Iorque, Opinion, 22 mar. 2021. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/03/22/opinion/covid-vaccine-passport-problem.html?action=click&module=Opinion&pgtype=Homepage>. Acesso em: 15 mai. 2021.

STEVIS-GRIDNEFF, Matina. **E.U. Set to Let Vaccinated U.S. Tourists Visit This Summer.** The New York Times. Nova Iorque, 29 abr. 2021. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/04/25/world/europe/american-travel-to-europe.html>. Acesso em: 29 abr. 2021.

UOL. **Saiba como vai funcionar o “passe verde” da Itália para turistas.** Nossa Viagem, 05 mai. 2021. Disponível em: https://www.uol.com.br/nossa/noticias/ansa/2021/05/05/saiba-como-vai-funcionar-o-passe-verde-da-italia-para-turistas.htm?utm_source=the%20news&utm_medium=newsletter&utm_campaign=07_05. Acesso em: 17 mai. 2021.

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO DA CRISE

Lucas Moreschi Paulo¹

1 INTRODUÇÃO

Diante do novo cenário mundial de combate e prevenção à pandemia causada pela COVID-19, nota-se a necessidade de maiores reflexões sobre as alterações já ocorridas e que ainda ocorrerão por conta desse fenômeno sanitário de impacto global. A nova realidade implica mudanças que começaram a ser sentidas desde o início da pandemia, tanto na esfera privada da vida, no âmbito de proteção aos direitos individuais quanto na própria concepção de direitos. Em especial, foca-se na questão da relação tensional entre o direito de ir e vir (art. 5º, inc. XV, Constituição Federal), decorrente de um direito geral de liberdade, e a

1 Advogado. Bacharel e Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Bolsista do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Bolsista do Grupo de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação, coordenado pelo Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, e pesquisador do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito: Academia à Prática, coordenado pelo Prof. Dr. Francisco José Borges Motta, ambos do PPGD – Mestrado da FMP e vinculados no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Integrante pesquisador do ÆQUITAS – Grupo de Estudos e Pesquisa em Filosofia do Direito, coordenado pela Prof.ª Dr.ª Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, vinculado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande. Membro da *Argumentation Network of the Americas* – ANA. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4330914363996350>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4583-4853>. E-mail: lucasmoreschipaulo@gmail.com.

segurança sanitária (saúde coletiva), que será utilizada como sendo um direito fundamental coletivo. Assim, está-se diante de uma colisão de direitos fundamentais quando das práticas de medidas de isolamento social.

Uma das medidas adotadas para a contenção do contágio pelo SARS-COV-2, foi o chamado *lockdown*, isto é, a impossibilidade da livre e irrestrita circulação de pessoas em ambientes públicos, como normalmente ocorre em momentos de normalidade. O *lockdown* visa a satisfação do direito fundamental coletivo à saúde coletiva, e tem por medidas mais comuns a quarentena e o isolamento social. Importante ressaltar que o Brasil seguiu as orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS), e adotou uma multitude de medidas de enfrentamento, embora essas comentadas tenham sido as mais recorrentes. A grande questão é a da tomada dessas decisões administrativas, que implementaram tais medidas, sem que se atentassem para quaisquer particularidades locais quando da fixação dos regimes de *lockdown*.

Destarte, observa-se que a restrição de direitos fundamentais tem sido feita de modo desarrazoado por algumas medidas do poder público, tanto da cúpula do poder judiciário, quanto dos demais poderes. Medidas essas que não observam, ou pelo menos se demonstram despreocupadas em demonstrar, a fundamentação necessária para a relativização e a supressão dos direitos individuais. Não demonstrando, por exemplo, a imprescindibilidade da medida, sua idoneidade, contrabalanceando sua aplicação frente a alternativas possíveis, que, porventura, pudessem ser tão satisfativas à comunidade credora da segurança sanitária e menos restritivas das liberdades individuais (também coletivas) no que diz respeito às liberdades, sobretudo a de ir e vir.

Assim, o tema é atual, merece um estudo crítico e correlacional entre os parâmetros mínimos necessários para a correção das decisões judiciais que tratam sobre direitos fundamentais, as medidas que estão sendo tomadas – sobretudo no direito à liberdade individual – e o choque das instituições democráticas (entre si e com o poder judiciário), que vem ocasionando grandes repercussões em terras brasileiras, ainda que tomadas sob o jugo da segurança sanitária e do enfrentamento à COVID-19.

2 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ATUAL ESTADO DA ARTE

Após o início das movimentações do poder público para o combate à pandemia do novo coronavírus, inclusive com a decretação do es-

tado de calamidade pública, instrumento nunca antes utilizado no Brasil – que objetivou legitimar um gasto público maior do que o previsto na Lei Orçamentária Anual na área da saúde, e a possibilidade de desobediência da meta fiscal em virtude das ações emergenciais de combate à pandemia –, o Estado vem adotando providências de caráter excepcional para a contenção do aumento no número de casos de pessoas infectadas pela doença. Ocorre que tais providências, por vezes, ferem garantias individuais e direitos fundamentais que são constitucionalmente protegidos no Brasil. O exemplo mais chamativo é o da restrição ao convívio social e da própria circulação de pessoas pelas medidas de isolamento. O agravante dessas decisões está no fato de que há um direito fundamental frontalmente afrontado, o da liberdade de ir e vir, decorrente do direito geral de liberdade.

O fenômeno ocasiona verdadeira reviravolta na prática e na doutrina jurídica. Com efeito, fala-se em legalidade extraordinária proveniente de um estado de necessidade excepcional, um verdadeiro direito da crise. Contudo, esse direito, mesmo no contexto pandêmico com crise político-institucional de fundo, deve respeitar os limites da diretriz constitucional. Tomar decisões “a toque de caixa”, sob regime de urgência ou emergência e por grande pressão social pode ter efeitos tão catastróficos a longo prazo quanto os ocasionados pela própria pandemia (CARVALHO; MAFFINI, 2020).

Destarte, foi sancionada, às pressas, a Lei nº 13.979/20, alterada pela Medida Provisória nº 926, regulamentada pelo Decreto nº 10.282/20 (que definiu quais serviços seriam essenciais) e pela portaria do Ministério da Saúde nº 356/20, em que foi reconhecida a possibilidade de limitação ao direito à liberdade de locomoção, pela decretação de medidas, como a quarentena, por parte de gestores locais de saúde pública. Assim, via administração, por vezes municipal, está havendo a restrição direta de dois direitos elencados no rol do artigo 5º da Constituição Federal (“CF”), especificamente os incisos XV e XVI – os quais tratam acerca do direito de locomoção e de reunião – que decorrem, por sua vez, de um direito fundamental mais amplo: o da liberdade.

Para Alexy (2015, p. 93-94), sendo a liberdade um princípio, isto é, um mandamento de otimização², ela pode ser relativizada frente à

2 Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Por serem mandamentos a serem otimizados, se cumprem em diferentes graus. O mandamento principiológico é sempre ideal e sua aplicação se dá *prima facie*, isto é, deve-

necessidade de satisfação de outro princípio, sem que haja a declaração de invalidade ou a criação de uma cláusula de exceção para que seja reconhecida precedência no caso em concreto. Na atual situação, a liberdade está sendo posta de lado para a satisfação de outros bens juridicamente tutelados, em especial do direito à saúde em seu viés coletivo (art. 196, da CF/1988).

Contudo, para que essas restrições sejam feitas de modo racionalmente justificado é necessária a presença de algum tipo de procedimento lógico-argumentativo que demonstre porque um determinado direito fundamental deverá receber precedência frente a outro direito fundamental. Nessa hipótese ocorrerá a chamada colisão de direitos fundamentais, em sentido amplo, que é quando os direitos fundamentais colidentes se consubstanciam de direitos cujos bens juridicamente tutelados são coletivos (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 41).

O método para solucionar qual direito fundamental deverá sobressair fortalecido da colisão é o chamado teste da proporcionalidade, contudo ele não pode vir desconectado da noção da proibição do excesso (*Übermassverbot*) e da vedação da proteção insuficiente (*Untermassverbot*)³, do âmbito de proteção, ou núcleo duro⁴, de um direito fundamental e dos limites aos limites (*Schranken-Schranken*) dos direitos fundamentais⁵.

rão ser aplicados mediante a ponderação, que avaliará a configuração de posições fundamentais jurídicas e deveres definitivos passíveis de exigibilidade (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 32).

- 3 Para a efetivação dos deveres estatais de proteção aos direitos fundamentais, o Estado não pode violar (em excesso) o âmbito de proteção do direito fundamental precedido, tampouco pode proteger insuficientemente, isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos. É nessas perspectivas que se pode falar que o teste da proporcionalidade possui uma dupla face, atuando simultaneamente como controle de constitucionalidade das medidas que restringem direitos fundamentais, bem como para o controle das omissões (ou proteção insuficiente) do Estado no cumprimento de um dever de proteção (SARLET, 2013, p. 202-205).
- 4 Segundo a teoria externa dos limites dos direitos fundamentais, existe inicialmente um direito em si, ilimitado, *prima facie*, que, mediante a imposição de restrições, vai limitando o seu campo de atuação, numa aplicação definitiva do âmbito de proteção (SARLET, 2013, p. 199).
- 5 Sarlet (2013, p. 202) explica que uma constituição não se restringe a regulamentar formalmente uma série de competências, mas estabelece, conjuntamente, uma ordem substancial de princípios. Desse modo, o controle de constitucionalidade

Dessa forma, o teste da proporcionalidade, funcionando enquanto instrumento lógico-argumentativo para o controle da legitimidade da solução do conflito interpretativo em caso de colisões de direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, deve ser analisado em três partes ou subtestes⁶⁻⁷, quais sejam, a adequação (ou idoneidade técnica), a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (ou ponderação). Por meio destas etapas de verificação da validade jurídica e da legitimidade constitucional do meio adotado para a resolução de conflitos entre princípios, poderá ser avaliado, escalonadamente, se o meio empregado é adequado, necessário e em qual medida de restrição e satisfação⁸ ele deverá ser otimizado, sempre conforme as possibilidades fáticas e jurídicas (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 239).

Os subtestes da adequação e da necessidade tratam das possibilidades fáticas, expressando o mandamento a ser otimizado, visando excluir restrições evitáveis aos direitos fundamentais por ventura precedidos. A adequação estabelece uma verificação da possibilidade da medida interventiva em um direito fundamental, promotora da realização de outro direito fundamental, a ser tomada é idônea ou não, isto é, se é apta a realizar um fim constitucionalmente legítimo (não proibido). No âmbito da proporcionalidade na atividade legislativa, sempre que várias medidas forem consideradas aptas, será do espaço estrutural de decisão do legisla-

material, concernente na observância da proteção do núcleo essencial de determinado direito fundamental, visa atender aos requisitos da proporcionalidade (e da razoabilidade), bem como respeitar a proibição do retrocesso. Esses seriam os limites aos limites dos direitos fundamentais, isto é, instrumentos que funcionam como barreiras à restringibilidade de determinado direito, garantindo sua eficácia.

- 6 Fala-se também em uma quarta etapa do teste da proporcionalidade, que viria antes do subteste da adequação, que seria o da análise da legitimidade (jurídica) do meio empregado. Ela examina se o ato persegue um fim legitimamente jurídico e considerado enquanto (KLATT; MEISTER, 2012, p. 8).
- 7 Além disso, como estes subtestes são satisfeitos ou não, e não podem ser ponderados frente a outros testes, são considerados como regras, de modo que sua não satisfação caracterizará a ilegalidade e a inconstitucionalidade do resultado da colisão de princípios (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 239).
- 8 Nesse ponto tem-se a primeira lei da ponderação (material), no sentido de que quanto maior for o grau da intensidade da intervenção, ou restrição, de um direito fundamental, tão maior deverá ser o grau de importância, de satisfação, ou, de realização, do outro (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 249).

dor optar por uma delas, levando-se em conta a ideia de Pareto-ótimo⁹. Já a necessidade diz que quando duas, ou mais, medidas forem consideradas igualmente idôneas deve-se optar pela medida que intervenha menos intensamente no outro direito fundamental. Aqui, em uma esfera de atuação legislativa, a escolha deverá ser fundamentadamente sustentada pelos conhecimentos gerais e científicos existentes no momento da intervenção, que deverá ser, na hipótese de ainda se sustentarem duas ou mais medidas, a mais eficaz, rápida, provável e com menor afetação de direitos fundamentais (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 241-248).

Já o subteste da proporcionalidade em sentido estrito expressa um mandamento de otimização frente às possibilidades jurídicas. Esse teste é consubstanciado pela noção de ponderação¹⁰, a qual estabelecerá uma relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais ou os bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos, com base na justificação racional entre o grau de intensidade da intervenção no direito precedido pelo grau de importância de realização do direito que ganhou precedência. Essas decisões no âmbito da atividade legislativa

9 O princípio da adequação é uma expressão da ideia de Pareto-ótimo e exclui a adoção de meios que possam obstruir pelo menos um direito sem promover nenhum outro direito ou interesse (KLATT; MEISTER, 2012, p. 9).

10 Para um maior aproveitamento da ponderação Alexy formulou, e Klatt e Meister (2012, p. 10-11) ampliaram, a fórmula peso, um modelo matemático em que analisam que o peso absoluto, ou a correta interferência do princípio alvo de preferência, terá precedência sobre o outro colidente, é fruto de uma contraposição entre o peso relativo de cada princípio (i e j), os seus graus de interferência ao caso, e a confiabilidade empírica e normativa a cada um deles no caso, conforme segue, em que W é o peso abstrato dos princípios, I é a intensidade de interferência de um sobre o outro, R^e é a confiabilidade da premissa empírica e Rⁿ da premissa normativa:

$$W_{ij} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{W_j \cdot I_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

Resultado desse teste será analisado na escala triádica, na qual os resultados da ponderação poderão ser i) leve, ii) moderado ou iii) sério, ou ainda, no modelo triádico duplo, i) leve-leve, ii) leve-médio, iii) leve-sério, iv) médio-leve, v) médio-médio, vi) médio-sério, vii) sério-leve, viii) sério-médio, ix) sério-sério. Assim, pode-se descrever a escala triádica básica em uma escala exponencial, em que as respostas poderão ser 2⁰ (igual a 1), 2¹ (igual a 2) e 2² (igual a 4), de modo que quando W_{ij} for maior do que 1, então o princípio que se pretendeu como preferido tem precedência ao princípio que se objetivou preterir, mas quando for igual a 1, não há resposta segura através da fórmula, e a questão ficará para a discricionariedade judicial quando do resultado da ponderação.

não contam com maiores questionamentos, contudo, no âmbito judicial, emerge o problema da legitimidade judicial na decisão sobre os graus de intensidade de intervenção e de importância de realização desses direitos fundamentais, porquanto muito facilmente se rompem os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente eleito¹¹ (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 249-251).

Assim, o Estado deverá escolher o meio menos restritivo de direitos para que possa ser considerada constitucional a restrição do outro direito. No caso da restrição da liberdade (influenciada pelas medidas de isolamento social), frente aos direitos da saúde pública e da vida, o que chamou a atenção foram as intensidades da interferência e das restrições, sem, contudo, que estivesse decretado o estado de defesa, como previa a Constituição da República, no artigo 136, §1º, inciso I, alínea “a”, que prevê a restrição ao direito de reunião. É essa previsão constitucional que permite a autopreservação da CF em casos de calamidade pública, a fim de que sejam evitadas medidas desprovidas de regulação jurídica, arbitrárias, com uso de força bruta e sem limites jurídicos pré-definidos (ROTHENBURG, 2013, p. 1562). Recordar-se que no Brasil foi declarado o estado de calamidade pública, modalidade mais branda.

11 Streck (2013, p. 20-24 e 68-69) traça críticas ao modelo proposto por Alexy, uma vez que a discricionariedade judicial, fruto do maior protagonismo reconhecido ao judiciário para a concretização dos direitos fundamentais, leva, indubitavelmente, a um déficit democrático de legitimidade da atuação judicial e, como a teoria da argumentação depende desta discricionariedade, tece crítica a ela de igual forma. Ao que Trevisan (2017, p. 237-251) responde que Alexy, seguindo a linha kantiana sobre os direitos do homem, defende que as regras do discurso devem ter validade universal, isto é, que toda a argumentação tenha pretensão de veracidade e de correção (fundamentabilidade), que todos os participantes são sujeitos iguais em relação aos direitos, e que o direito deve postular a universalizabilidade. De modo que três são os argumentos necessário para a fundamentação teórico-discursiva dos direitos dos homens, o da autonomia, o do consenso e o da democracia; em destaque o último dirá que a democracia somente é possível nos moldes de um Estado Constitucional Democrático de Direito no qual os direitos do homem estão, na forma de direitos fundamentais, indissociavelmente unidos à própria concepção de democracia. De modo que a jurisdição constitucional, cujos atores legítimos são os juízes, possa cumprir a ordenação-quadro (constituição) tanto quanto na atividade legislativa.

3 O DIREITO À LIBERDADE

A liberdade é um dos pressupostos fundantes da democracia, a pedra político-filosófica que concebe a própria existência de direitos e garantias individuais no Estado Democrático de Direito. Esses direitos vêm assegurados diretamente na carta político-jurídica da nação, a Constituição da pátria.

Não há democracia sem a garantia fundante do direito geral de liberdade (ALEXY, 2015, p. 341). Há outras liberdades que podem ser caracterizadas como tendo um peso contemporâneo mais forte, em tempos pré-pandêmicos, como a liberdade de expressão. Contudo, parece que esse direito decorrente da ideia geral de liberdade, de livremente ir e vir, está no centro de foco dos estudos acerca da colisão de direitos na atual pandemia. A liberdade de escolha, de vacinar-se ou não, também está nesse escopo estrito das discussões pandêmicas, por assim dizer.

A liberdade ambulatoria é essencial para o desenvolvimento do ser humano, uma vez que é através da movimentação física que a pessoa pode satisfazer demais direitos; atendendo das necessidades mais básicas até as que, ainda que não-essenciais, são-lhe de direito. Essas últimas serão alvos mais fáceis de legitimar argumentativamente a interferência, a partir do teste da proporcionalidade. Mas ter direito a algo significa alguma coisa, constitui uma situação jurídica, e isso deve ser preservado em um Estado de Direito, ainda que em crise.

Os cidadãos têm o direito de trabalhar, de buscar o seu sustento e seu alimento, tem o seu direito ao lazer e aos esportes, tem o direito de ir e vir, de se locomover. Mas a coletividade também tem um direito fundado na segurança sanitária, o de que haja atitudes governamentais para o controle e a prevenção do contágio do vírus. Ainda assim, parece que há certo peso para o afastamento de direitos, sobretudo desses direitos que contam com uma estrutura jusfundamental especial.

Mas o que significa ter direito a algo?

Alexy responde ao elaborar a base teórica do porquê direitos fundamentais são direitos subjetivos. Alexy começa explicitando que direitos são postulações que um indivíduo tem em face de outro, da seguinte maneira “(1) *a* tem, em face de *b*, um direito a *G*” em que, nessa relação triádica, o *a* postula ser reconhecido como destinatário de um direito, cujo objeto é *G*. De modo que a forma mais geral desse enunciado, se a relação triádica for representada como *R*, da relação *RabG* (ALEXY, 2015, p. 194).

Assim, em *RabG*, poder-se-á ter situações completamente diversas a depender do real significado de cada uma das significantes. Ao se falar em direitos fundamentais, ou ainda de direitos associados a direitos fundamentais, fala-se de um direito que é sempre uma ação ou abstenção da parte adversa ao destinatário do direito.

Alexy (2015, p. 194-195), com maestria, explica que de um direito fundamental decorrem vários outros direitos, e que, portanto, como já enunciava Kant em sua *Metafísica dos Costumes*, e como bem desenvolveu Kelsen em sua *Teoria Pura do Direito*, direitos não são puramente reclamações de alguém sobre algo. Isso é uma simplificação reducionista. Bem na verdade, direitos são decorrentes de uma série de relações históricas diversas que concretizam vitórias importantes. Em se tratando de direitos fundamentais, importantes conquistas democrático-constitucionais. Mas um direito, de qualquer natureza, decorre de uma relação triádica que estipula que o direito a algo decorre não apenas da competência de exigí-lo ou satisfazê-lo, mas da liberdade de se poder desenvolver para a consecução do mesmo.

Assim, Alexy (2015, p. 194-195) explica que do direito insculpido no art. 2º, §1º, 1, da Constituição Alemã (“todos têm o direito à vida”), decorre não apenas um direito genérico de permanecer vivo, mas também a proteção negativa que proíbe o homicídio estatalmente organizado, ou ainda as prestações positivas em torno do fomento à conservação e proteção da vida.

Assim, no caso do direito que se advoga, a liberdade geral, mas sobretudo a liberdade de locomoção, há uma dimensão negativa, que ordena a sua não afetação pelo Estado, ou, em sendo afetado que haja a total assunção de um outro direito fundamental, o de que sua afetação seja devidamente fundamentada (art. 93, IX, CF c/c art. 489, VI, CPC). Para Alexy (2015, p. 351) o direito geral de liberdade compreende uma liberdade negativa em sentido amplo, que consiste na liberdade de não ser afetado em suas posições e situações jurídicas – juridicamente válidas – por qualquer ameaça de lesão ou coação à liberdade de fazê-lo.

Após aprofundamentos teóricos – que não cabem aqui demonstrar –, Alexy (2015, p. 354) defende que há uma complementação à liberdade negativa a partir da perspectiva substancial da norma da dignidade humana, porquanto não há que se falar em dignidade humana sem que se tenha o respaldo e a garantia estatal de não afetação das liberdades, sobretudo a de não ser compelido a deixar de fazer algo que lhe é legalmente autorizado.

Contudo, sabe-se que os direitos de liberdade não são limitados a uma faceta negativa. Assim, a face positiva da liberdade compreende as limitações negativas, aquilo que não se pode limitar, ou, nas palavras de Isaiah Berlin (1995, p. 169), é a dimensão positiva que indica o controle e a interferência ao livre desenvolvimento ativo dos indivíduos.

Em um caso do Tribunal Constitucional Alemão, BVerfGE 1, 97 (104), ficou consignada que a fórmula (ou a regra) da dignidade humana está “baseada na compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver em liberdade” e que a Lei Fundamental de Bohn, de 1949, “não concebe essa liberdade como uma liberdade de um indivíduo isolado e autocrático, mas como um indivíduo relacionado a uma comunidade e a ela vinculado” (ALEXY, 2015, p. 356).

Fica evidente que o argumento “por conta da pandemia do coronavírus” não é satisfatório o suficiente para que se cumpra o requisito de fundamentação e motivação das decisões judiciais. A supressão de uma liberdade por esse motivo é ilegítima, porquanto constitui uma afronta à democracia e significa uma interferência injustificada. Com efeito, assim pensava Kant (2013, p. 36) para quem “a liberdade (independência de ser coagido pelo arbítrio de outrem), desde que possa existir em conjunto com a liberdade dos outros com base em uma lei geral”, é o direito “único, original e conferido a todos”, e isso “por força de sua humanidade”, caracterizada pelo atributo do ser humano como ser racional.

No âmbito da *Bundesrepublik Deutschland* (República Federal da Alemanha), a disposição de direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, disposto no artigo 2º, § 1º, da *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Constituição alemã), foi interpretada pelo *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal) (“BVerfGE”) como um direito à liberdade geral de ação, isto é, de existir no mundo (ALEXY, 2015, p. 343).

A liberdade geral de ação é uma liberdade de se fazer ou deixar de fazer o que se quer. Pressupor que essa liberdade é garantida, para Alexy (2015, p. 343), significa duas coisas, **i**) que cada um é *prima facie* permitido de fazer ou deixar de fazer o que quiser, e **ii**) que cada um tem *prima facie* o direito em face do Estado, a que esse não embarace sua ação ou sua abstenção, ou seja, a que o Estado nelas não intervenha. Desse modo, o cidadão deve contar com a sua liberdade social (interpessoal e interativa), bem como deve contar com a liberdade em face do Estado (escudo de proteção), em um desdobramento obrigacional negativo.

Assim, isso significa que, por serem normas de direitos fundamentais, os direitos de liberdade, por mais que devam ser protegidos horizontal e verticalmente, devem ser reconhecidos como não absolutos. O que não significa que o suporte fático destas normas não possa ser o mais amplo possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas de casos.

Claro, uma questão crucial para a utilização dos elementos da teoria alexyana é a validade e a certeza das premissas epistêmicas para a formulação do raciocínio jurídico (TRIVISONNO, 2018, p. 30). Contudo, não se pretende julgar o acerto ou desacerto das medidas de isolamento social para o combate ao coronavírus, embora esse dado científico seja relevante para a própria viabilidade da ponderação que se quer operar. A restrição de direitos fundamentais deve ser dada em casos cuja segurança epistêmica, nesse caso médico-científica, seja suficiente para não caracterizar um mero medo, receio ou achismos por parte dos gestores públicos e julgadores. A atividade é racional, e, portanto, não admite subterfúgios de racionalidade.

O que se espera, portanto, é que a relativização de um direito fundamental tão caro como o da liberdade seja justificada a partir da satisfação em maior grau de importância de outro direito fundamental que lhe vai preterindo. De fato, esse parece ser o caso em uma análise *a priori* de uma colisão entre liberdade de ir e vir e um direito coletivo à segurança sanitária. Contudo, isso deve ficar transparentemente demonstrado, e suas razões devidamente justificadas, sob o ponto de vista técnico-jurídico e científico.

4 TENSÃO ENTRE LIBERDADE E SEGURANÇA SANITÁRIA

No Brasil há fatores que se combinam, possibilitando uma intensa judicialização dos mais diversos aspectos sociais e políticos. Soma-se a isso a instabilidade política vivenciada dentre os três poderes da nação. Não é demais referir que a oposição política cumpre seu papel no Brasil, oferecendo queixas constitucionais e possibilitando que o Supremo Tribunal Federal (“STF”) adentre em questões controvertidas¹². Um caso se destaca dentre tantos, e diz respeito à falta de fundamentação

12 A título de exemplo cita-se a MP 927/2020, que autorizava empregadores a utilizar medidas excepcionais para tentar manter o vínculo trabalhista com seus funcionários, durante a pandemia. Foram ajuizadas 07 ações diretas tratando do assunto. As ações e são autores são as que seguem, PDT (ADI 6.342), Rede Sustentabilidade

das decisões que ocasionam a restrição de direitos, além da facilidade de alteração interpretativa que a Corte suprema do Brasil tem, no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (“ADIn”) ajuizada contra o teor da Medida Provisória nº 926.

Nesse diapasão, a Presidência da República editou a Medida Provisória nº 926, alterando a vigência da Lei nº 13.979/20, incluindo o regramento que “para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas (...) restrição excepcional e temporária, (...), por rodovias, portos ou aeroportos de (...) a) entrada e saída do País; e b) locomoção interestadual e intermunicipal”¹³. Esta medida foi objeto da ADIn nº 6.341, na qual o plenário entendeu que a MP 926 avocava para a presidência a competência dos demais entes federativos, sobretudo de determinação dos serviços públicos e atividade essenciais e das medidas de isolamento social (MAFFINI, 2021, p. 369).

Assim, em sede cautelar, o Ministro Marco Aurélio decidiu que as providências da União “não afastam atos a serem praticados por Estado, o Distrito Federal e Município considerada a competência concorrente na forma do art. 23, inciso II, da Lei Maior” (BRASIL, 2020a). Esta definição foi endossada logo depois no contexto do pedido de Suspensão de Liminar n.º 1.309, pelo Ministro Dias Toffoli, que inclusive chamou atenção para o fato de que as providências estatais devem se dar mediante

(ADI 6.344), CNTM (ADI 6.346), PSB (ADI 6.348), PCdoB (ADI 6.349), Solidariedade (ADI 6.352) e CNTI (ADI 6.354) (BRASIL, 2020c, p. 216-217).

- 13 Com efeito, na redação original do artigo 3º da normativa já vinham incluídas as medidas de isolamento, quarentena, além de outras medidas que relativizaram o núcleo essencial de direitos fundamentais, que não serão objeto de análise desse estudo, como o da determinação compulsória de a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos, e também da possibilidade de requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa. E, como bem explicitado por Maffini (2021, p. 355) formas especiais de contratação pública com ou sem prévio processo licitatório, os impactos nos contratos já celebrados com a Administração Pública, as repercussões nas relações funcionais com os respectivos agentes públicos e as formas de responsabilização dos agentes públicos por decisões tomadas em momentos de crise.

“ações coordenadas e devidamente planejadas pelos entes e órgãos competentes” (BRASIL, 2020d).

Ressalva-se que, sendo o direito discutido no plano da juridicidade, embora não se ignore o fato de que motivos políticos pautem as decisões dos órgãos administrativos e judiciais, sobretudo em meio à crise institucional brasileira, compete à academia jurídica o estudo destas questões no plano da dogmática administrativa e constitucional (MAFFINI, 2021, p. 356-357).

De qualquer forma, o STF levou em consideração apenas alguns dos efeitos práticos de tomada dessas decisões, com efeito, a premente necessidade de medidas céleres que estruturassem de modo organizado e harmônico entre os entes federativos o que se faria no Brasil para achatar a curva de crescimento da proliferação da COVID-19, privilegiando-se a saúde pública. Ocorre que, ao assim fazer, além de não justificar argumentativamente as restrições provocadas indiretamente pela medida, sobretudo a partir do uso do teste da proporcionalidade¹⁴, a Corte constitucional também incorreu em uma releitura interpretativa das competências constitucionais materiais¹⁵, igualando a competência concorrente da União e dos Estados, à competência remanescente, ou suplementar¹⁶, dos Municípios.

Assim, qualquer um dos entes da federação pode tomar providências normativas e administrativas relativas à pandemia, restringindo sem a devida fundamentação direitos individuais – ressalvado o argu-

14 Com efeito, o Supremo Tribunal Federal também foi convocado para, nos autos das ADPFs n.º 668 e n.º 669, discutir o programa do governo “O Brasil Não Pode Parar”. O Ministro Luís Roberto Barroso ponderou, ao conceder pedido de medida cautelar suspendendo a referida campanha, que, “havendo qualquer dúvida científica acerca da adoção da medida sanitária de distanciamento social (...) a questão deve ser solucionada em favor do bem saúde da população” (BRASIL, 2020b). Contudo, na hipótese apenas se indicou um bem fundamental que deverá ser sempre protegido (precedência) na hipótese aventada, sem considerar o caráter *prima facie* dos direitos fundamentais ou sua necessária adequação em casos concretos (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 31-32).

15 Sobre as decisões que alteraram a competência administrativa material, sobretudo nos serviços públicos essenciais, ver MAFFINI, 2021.

16 Segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. 950), tendo em conta o caráter suplementar da legislação municipal, em caso de conflito deve prevalecer a legislação federal ou estadual, de tal sorte que a superveniência de lei estadual ou federal contrária à lei municipal suspende a eficácia da última.

mento de mérito (saúde pública). Tudo isso possibilitado por uma decisão que inobservou as consequências práticas e normativas da decisão, nesse caso, de que a administração pública estadual e municipal poderiam afetar direitos legitimamente. E mais, a decisão por impor ou relaxar as medidas de isolamento social, como a quarentena, são tomadas isoladamente e de forma acrítica pelos entes¹⁷, mesmo com a exigência de recomendação técnica e fundamentada da ANVISA, previsto no art. 3º, inciso VI, da Lei 13.979/20 (MAFFINI, 2021, p. 358-364).

Desse modo, o que pode se notar é a total falta de critério, unidade, e criticidade para a determinação das medidas de isolamento social. O que, como visto, malgrada os direitos de liberdade, sobretudo o da liberdade de locomoção. Assim, o Estado, guardião dos direitos e deveres dos homens, age sem o devido zelo para com os direitos fundamentais. Compromisso que assumiu na sua própria concepção. Diga-se, quando da firmatura do contrato social de 1988, no seu último grande aditamento.

A isso é impossível a academia jurídica restar silente. Richard Posner (2016, *passim*) já indicava o distanciamento ensurdecido entre problemas práticos enfrentados, as respectivas respostas formuladas pelo Estado, e o produto teórico desenvolvido no âmbito das academias e dos centros de pesquisa em direito. Existe, portanto, uma missão de aproximar esses caminhos distantes e divergentes que a academia e a prática enveredaram. Para aproximar esse vão, sugere, dentre outras formulações, uma postura mais ativa e crítica da academia, comunicando de maneira clara, objetiva e precisa, nos textos, as saídas formuladas para problemas práticos. Fornecendo um guia para a conduta dos operadores do direito, e não um complicador; isto é, a academia deve fornecer critérios claros e precisos pelos quais a prática jurídica pode se basear.

Aqui está um grande momento para isso. O clamor de que os critérios de racionalidade no escrutínio que relativiza o efeito material e concreto da satisfação de direitos fundamentais seja seguido seriamente, porquanto lida com questões sérias, muitas vezes a uma distância relativamente grande de onde as decisões são tomadas. Se esse é o ponto de foco do caso, e se é por isso o vivenciado descaso, então talvez nem se seguindo à risca as metodologias desenvolvidas por tantos estudiosos

17 Segundo dados levantados pela Inloco, empresa que fornece dados sobre a população a partir da geolocalização dos aparelhos celulares, o Brasil manteve média de quase 40% de municípios em isolamento social durante o período da pandemia, a contar de 1º de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://mapabrasileirodacovid.inloco.com.br/pt/>. Acesso em 31/05/2021.

haja método para o bem solucionar do problema brasileiro para com seus compromissos fundamentais.

Contudo, há bondade e altruísmo nesse animal político-social que é o homem. Que a crise pela qual passa a humanidade não seja uma crise de humanidade. Que a crise sanitária sirva para alertar que o direito da crise não deixa de ser um direito que necessita de racionalidade transparente. E que, na verdade, é na crise que o direito necessita de maior criticidade transparente, para assegurar tantos direitos fundamentais quantos possíveis. Isso é viável através do raciocínio argumentativo e da postulação de melhores respostas para os problemas atuais. A crise pandêmica é sanitária e humanitária, mas não de humanidade, tampouco significa o esvaziamento axiológico da dimensão jurídica.

5 CONCLUSÃO

Nada passará inalterado frente à pandemia trazida pelo vírus SARS-COV-2. A incerteza e a insegurança fazem com que o ser humano busque refúgio nas forças mais ativas e céleres da sociedade. No Brasil essa missão foi resguardada ao Supremo Tribunal Federal, e posteriormente difundida pelos entes, em seus respectivos executivos.

Na decisão da ADIn 6.341, os ministros do Supremo Tribunal Federal apenas referiram que o atendimento à saúde pública é do interesse público, sem adentrar no mérito do quanto de restrição à liberdade, sobretudo de locomoção e de reunião, seria considerada tolerável, ou precedida, nesse momento de crise.

A pandemia da COVID-19 não se avizinhou a passos lentos, não alertou o poder público de que viria, tampouco deu prazo de adequação à administração pública. O STF foi convocado como instância para viabilizar respostas efetivas. E, naturalmente, relativiza interpretações consagradas na jurisprudência em busca do atendimento aos problemas pandêmicos, na proteção da coletividade. Assim, deverá responder à altura, entregando alternativas adequadas, sem ferir de modo injustificado direitos fundamentais.

Assim, cabe ao Estado-juiz e ao Estado-legislador o escrutínio da fundamentação transparente quando de medidas que restrinjam direitos fundamentais individuais para a satisfação em maior grau de direitos coletivos, como é o caso do *lockdown* em nome da segurança sanitária. Não

há problema em se atribuir um peso relativo *in casu* maior para os bens coletivos, mas isso deve ser feito de modo racional, ainda que em crise.

Não se quer uma supervalorização dos direitos individuais frente aos coletivos, porém a demonstração dos motivos determinantes para a derrota de um direito em específico para a satisfação de outro em maior grau é um dever. A busca é pela racionalidade do escrutínio decisório, e não a manutenção da liberdade irrestrita em tempos da pandemia. O direito não foi feito em situação de crise, mas é válido e vigente tanto em tempos de normalidade quanto em tempos de crise.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BERLIN, Isaiah. **Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341/DF**. Min. Marco Aurélio. Brasília, 2020a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 668/DF, apenso a ADPF 669/DF**. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2020b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Diário da Justiça Eletrônico nº 111/2020**. De 29 abr. 2020. Brasília, 2020c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar n.º 1.309/SP**. Min. Dias Toffoli. Brasília, 2020d.

CARVALHO, Guilherme; MAFFINI, Rafael. **Coronavírus e o “Direito Administrativo da crise”**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/carvalho-maffini-coronavirus-direito-administrativo-crise>. Acesso em: 22 mai. 2020.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Petrópolis: Editora Vozes, 2013.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The constitutional structure of proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MAFFINI, Rafael. COVID-19: análise crítica da distribuição constitucional de competências. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 01, p. 353-378, 2021.

POSNER, Richard. **Divergent paths: The academy and the judiciary**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Comentário ao artigo 136 a 141. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio. L. (Coords.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1562-1579.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dos direitos e garantias fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio. L. (Coords.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 183-212.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI; Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

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

TREVISAN, Leonardo Simchen. **Ponderação, Argumentação, Racionalidade: Robert Alexy e seus críticos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O problema do conhecimento prático na teoria discursiva do direito de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert. **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. TRIVISONNO, Alexandre T. Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Org.). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.



A TRANSPARÊNCIA COMO MECANISMO DE COMBATE À CORRUPÇÃO NAS MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO AO CORONAVÍRUS

Giovanna Menelli de Oliveira^{1*}
Juliano Rodrigues Machado^{2**}

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca estudar a transparência como mecanismo de combate à corrupção nas medidas de enfrentamento ao coronavírus. O problema de pesquisa procura investigar como a transparência é capaz de ajudar a coibir a corrupção ocorrida em licitações ocorridas sob a lei 13.979/20. E, para tentar responder a essa questão, foram realizadas pesquisas bibliográficas em livros, periódicos, revistas, sites de notícias e jurisprudência da matéria em questão, além de análises reflexivas de teóricos e estudiosos dos temas do fenômeno corruptivo e das licitações.

O artigo inicia-se com uma breve exposição sobre a lei 13.979/20 e o abrandamento dos requisitos para a aquisição de bens e contratação de serviços. Em seguida, é feita uma explanação quanto ao problema da corrupção nas medidas de enfrentamento à pandemia. Por fim, é realizada uma contraposição entre a lei 13.979/20 e a necessidade de transparência.

1 * Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. E-mail: gmenelli@gmail.com

2 ** Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. E-mail: juliano.machado@machadoemallmann.com.br

2 A LEI 13.979/2020 E O ABRANDAMENTO DOS REQUISITOS PARA A AQUISIÇÃO DE BENS E CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS

Segundo o Ministério da Saúde (2021): “A *Covid-19* é uma infecção respiratória aguda causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, potencialmente grave, de elevada transmissibilidade e de distribuição global.” O vírus acomete as pessoas de forma variada, não sendo possível prever se quem a contrai será assintomático, se apresentará quadro leve, moderado, grave ou crítico da doença. E, conforme o Ministério da Saúde, os indivíduos que desenvolvem uma forma grave ou crítica da doença necessitam de hospitalização para aumentar a sua chance de cura.

A Organização Mundial da Saúde (OMS), em 30 de janeiro de 2020, declarou surto de emergência de saúde pública de preocupação internacional. E, em 11 de março de 2020, a OMS caracterizou a situação como pandemia. (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020).

Porém, antes da OMS declarar a situação como pandemia, a apreensão com a disseminação da doença já havia se tornado uma preocupação internacional. Nesse contexto, foi editada a Portaria 188 (Ministério da Saúde, 2020), na qual foi declarada a emergência em saúde pública de importância nacional, estabelecendo um Centro de Operações de Emergência em Saúde Pública para uma gestão coordenada ao combate à doença.

Logo após a edição da Portaria do Ministério da Saúde, entrou em vigor a Lei 13.979/20 (Brasil, 2020), que dispôs sobre medidas para o enfrentamento à *Covid-19*. A nova legislação, segundo Carvalho e Maffini (2020), surgiu com a intenção de dar celeridade às contratações públicas, permitindo a sua realização com menor burocracia.

A lei possibilitou que a Administração Pública adquirisse insumos e contratasse pessoal de forma célere, uma vez que a rapidez é fundamental em um cenário de emergência de saúde pública. Por isso, o artigo 4º da referida legislação previu a possibilidade de dispensa de licitação para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional.

Conforme aponta Justen Filho (2020), o artigo 4º deixa explícita a necessidade de estar a contratação associada à emergência de saúde pública, de forma que não estão abarcadas as hipóteses que não estejam, ainda que indiretamente, relacionadas ao combate à pandemia. Do mesmo modo, Carvalho e Maffini (2020) explicam que essa norma é uma

exceção ao dever de licitar e, por isso, deve ser interpretada de maneira restritiva, tendo em vista que a licitação é uma forma de política pública, devendo ser respeitado o rol taxativo de possibilidades para contratação direta.

Alguns artigos da Lei 13.979/20 merecem especial atenção por modificarem substancialmente o procedimento de aquisição de produtos ou contratação de serviços por parte da administração pública. Destaca-se a previsão do artigo 4º, §3, que possibilita a contratação de empresa que sofreu sanção de impedimento ou de suspensão de contratar com o poder público desde que seja a única fornecedora do bem ou prestadora do serviço.

A realização de registro de preços, em conformidade com o artigo 15, inciso II da Lei 8.666/93 (Brasil, 1993), também foi autorizada. Neste caso, outros órgãos ou entidades possuem o prazo de dois a oito dias úteis para manifestarem interesse em participar do sistema de registro de preços, sendo possível a revisão dos preços registrados nas contratações celebradas após trinta dias da assinatura da ata de registro de preços.

Em relação às dispensas de licitação, o artigo 4-B, incisos I a IV, da Lei 13.979/20, diz ser presumida a ocorrência de situação de emergência; necessidade de pronto atendimento desta situação de emergência; existência de risco à segurança de pessoas, de existência de risco à segurança de pessoas, de obras, de prestação de serviços, de equipamentos e de outros bens, públicos ou particulares, devendo ser limitada a contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência. Além disso, os artigos 4-C e 4-D dispensam, respectivamente, a realização de elaboração de estudos preliminares para bens ou serviços comuns, e a exigência de gerenciamento de riscos de contratação.

Já o artigo 4º-E autoriza a apresentação de termo de referência ou projeto básico de forma simplificada e, de forma excepcional e mediante justificativa, a dispensa de estimativa de preços. Há, ainda, a possibilidade de dispensa de apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal ou o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, conforme prevê o artigo 4-F. Além disso, nas licitações realizadas na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, os prazos foram reduzidos pela metade, conforme consta no art. 4-G da lei. Já quanto aos prazos de duração das execuções dos contratos, por força do artigo 4-H, estes serão de até seis meses, podendo ser prorrogados por períodos sucessivos.

Lima (2020) destaca que, mesmo diante das exceções previstas no âmbito da Lei 13.979/20, deve o gestor público respeitar os princípios legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, cons-

tantes no artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Neste sentido, a justificativa quanto à escolha de contratação de uma empresa, por exemplo, é medida que visa ao atendimento da impessoalidade e moralidade. Da mesma forma, deve-se justificar o preço da contratação, que não necessariamente precisa ser o menor possível, mas sim o que se revele compatível com o do mercado e que traga mais eficiência ao recurso público empregado para a sua aquisição.

A facilitação das contratações para que ocorressem de forma mais célere devido à urgência demandada pela pandemia foi imprescindível para uma resposta estatal rápida para o problema de saúde pública ocasionado pela *Covid-19*. Porém, ao mesmo tempo em que ajudou a combater a doença, muitas fraudes licitatórias ocorreram pela diminuição da burocracia, e é sobre isso que abordará o próximo tópico.

3 O PROBLEMA DA CORRUPÇÃO NAS MEDIDAS DE ENFRENTANDO À PANDEMIA

De acordo com os dados do índice de percepção da corrupção aferidos pela *Transparency International* (Berlin, 2021), o Brasil ocupa o 96º lugar, apresentando o pior resultado dos últimos cinco anos, o que indica uma situação de grande corrupção no país. Dentre as mazelas provocadas pela corrupção, destaca-se o rompimento com pressupostos fundamentais do regime democrático, com a igualdade política e de participação, além da redução da influência da população no processo de tomada de decisões e minimização da transparência das ações governamentais. (ZANON; GERCWOLF, 2019).

É importante salientar que o problema da corrupção não é exclusivo do Brasil. Santos e Petian (2018) comentam que o *Department of Justice, Securities and Exchange Commission* reconhece que a corrupção é um problema global. Ela impede o crescimento econômico ao desviar recursos de prioridades do Estado, tal como saúde, educação e infraestrutura, sufoca os valores democráticos, a responsabilidade pública e enfraquece o Estado de Direito.

A corrupção, segundo Nucci (2015), é um fenômeno que pode ser caracterizada como uma depravação moral, que ocorre através de um pacto escuso ou acordo ilícito entre pessoas. Nesta linha, com Leal (2013) leciona que a corrupção é uma cultura que distorce os valores da sociedade, afetando a confiança da população nas instituições do Estado.

Segundo Fernandes (2020), é um crime que não costuma deixar muitos vestígios, e a diferente tipificação do corruptor e do corrupto dificulta a chance de cooperação. Além disso, o grande número de processos de corrupção anulados por falta de provas suficientes, pela prescrição ou por irregularidades no processo, é outro fator que permite o crescimento da confiança desses criminosos.

Uma forma muito utilizada por agentes corruptos para desviar recursos públicos é através de fraudes em processos licitatórios, pois é onde o administrador público tem grande margem de discricionariedade. A fraude, conforme Santos e Souza (2020), é a ação planejada e organizada para provocar o dano, com o intuito de obter vantagem ilícita.

A corrupção em processos licitatórios tem relação direta com o seu caráter competitivo. O agente público que pactuar quem será o ganhador do certame para obter vantagem ilícita, frustrará a exigência legal para que haja uma efetiva concorrência, cujo principal papel é garantir uma contratação vantajosa para o Estado e, conseqüentemente, para a sociedade.

A previsão de dispensa de licitação do art. 4-B da lei 13.979/20, segundo Carvalho e Maffini (2020, p. 80), “elimina, ao menos no plano da responsabilização, qualquer margem de dúvidas quanto à ampla discricionariedade do gestor para eleição da contratação emergencial ou do Pregão com prazos e procedimentos simplificados constantes no art. 4º-G”. No entanto, apesar do dispositivo condicionar e limitar à contratação aos casos especificados no artigo, também facilitou a ocorrência de fraudes nas licitações realizadas para o combate à pandemia.

Em relação aos preços, há duas exceções previstas na lei. O artigo 4-E, §2º permite que, mediante justificativa da autoridade competente, possa ser dispensada a estimativa de preços. Já o §3º do artigo 4-E autoriza a contratação acima do preço de mercado. Este ponto merece especial atenção, pois a possibilidade de contratação por preço acima daquele inicialmente orçado pode ensejar um superfaturamento. Por isso, segundo Carvalho e Maffini (2020), a exceção do §3º do artigo 4-E pressupõe a existência de uma estimativa de preços.

Diante da possibilidade de ocorrência de casos de corrupção em licitações realizadas para o combate à pandemia, um dos mecanismos capazes de coibir as fraudes é a transparência na divulgação das contratações públicas. Por isso, no tópico seguinte será explicada a necessidade de uma transparência eficiente, que possibilite um controle real da gestão pública.

4 A LEI 13.979/20 E A NECESSIDADE DE MAIOR TRANSPARÊNCIA

O abrandamento dos requisitos necessários para que a administração pública proceda com a aquisição de produtos e a contratação de serviço acaba por abrir margem para condutas delituosas. Destaca-se a possibilidade de contratação de empresas inidôneas, a revisão de preços a cada seis meses, a possibilidade de renovação do contrato enquanto perdurar o estado de calamidade pública provocado pela pandemia de *Covid-19*, a desnecessidade de elaboração de matriz de riscos nas contratações e a dispensa de estimativa de preços.

Tendo em vista estas diretivas excepcionais de contratação, necessária que a conduta do gestor público seja pautada pela Transparência. Tabora (2002, p. 257) ensina que o princípio da transparência pode ser considerado um vetor constitucional, uma regra ou um princípio, pois estabelece conteúdos impositivos à conduta humana.

Na mesma linha, Messa (2019) leciona que a transparência deve ser entendida como um valor da administração pública, pois ela representa um estado desejável por uma razão política, social e econômica. A transparência é fundamental para que se alcance a democracia social, eficiência econômica e proteção do direito de informação.

Lindstedt e Naurin (2005) instruem que uma organização que almeja ser transparente, seja ela um sistema político, um processo jurídico ou mesmo o mercado, deve possibilitar que qualquer pessoa consiga adquirir a informação de que precisa. Ou seja, a informação deve estar disponível para quem quiser acessá-la.

A transparência na gestão pública é uma forma de combater à corrupção pois, conforme Messa (2019), a participação da sociedade na fiscalização dos atos praticados pelos agentes públicos pode evitar o mal emprego das verbas públicas. Para que haja uma efetiva transparência dos atos públicos, é preciso desenvolver mecanismos que facilitem aos cidadãos o encontro dos dados.

Desta maneira, a transparência dos atos administrativos é uma forma de permitir que a sociedade acompanhe e controle a gestão pública. E, para que seja efetiva, as informações devem estar disponíveis para todos aqueles que desejarem obtê-la. No entanto, não basta somente que seja feita a entrega da informação para o receptor, devendo esta ser, também, de fácil compreensão.

A lei 13.979/20, no artigo 4º, §2º, buscou conferir ampla publicidade às contratações públicas, de modo a evitar atos sigilosos, em

homenagem à máxima da transparência nas atividades administrativas. Carvalho e Maffini (2020) explicam que contratações emergenciais causam restrições de competitividade, e é justamente por isso que deve haver ampla divulgação das contratações excepcionais baseadas nessa lei.

O §2º do artigo 4º prevê que todas as aquisições ou contratações realizadas devem ser disponibilizadas, em até cinco dias úteis, em site oficial específico na internet, devendo ser observados os requisitos previstos no §3º do art. 8º da lei nº 12.527/11 (Brasil, 2011), conhecida como Lei de Acesso à Informação. Devem constar desse ato, segundo à lei, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Secretaria da Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de aquisição ou contratação, além do ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato; a discriminação do bem adquirido ou do serviço contratado e o local de entrega ou de prestação; o valor global do contrato, as parcelas do objeto, os montantes pagos e o saldo disponível ou bloqueado, caso exista; as informações sobre eventuais aditivos contratuais; a quantidade entregue em cada unidade da Federação durante a execução do contrato, nas contratações de bens e serviços; e as atas de registros de preços das quais a contratação se origine.

No entanto, não há qualquer exigência de publicidade quanto à justificativa da autoridade competente, prevista no artigo 4-E, §2º, da lei 13.979/20, para a não realização da estimativa de preços de que trata o §1º, inciso VI, do mesmo artigo. Dessa forma, há uma falha no dever de transparência, pois o gestor público não está obrigado a divulgar a justificativa para a não realização dessa medida. Além disso, convém mencionar que apesar do §2º do artigo 4º da lei 13.979/20 fazer remissão ao §3º do artigo 8º da lei 12.527/11, como forma de possibilitar o controle das contratações públicas realizadas, isto não corrobora para uma divulgação transparente dos gastos públicos.

O artigo 8º, a lei 12.527/11 dispõe sobre o dever de órgãos e entidades públicas promoverem a divulgação, em local de fácil acesso, de informações de interesse coletivo. Os requisitos mínimos para a divulgação das informações estão previstos no §1º do artigo 8º. Já o §2º do artigo obriga a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet), e o § 3º, traz os requisitos que devem ser atendidos pelos sítios.

Conforme ensina Santos (2021), a divulgação de informações sobre negócios da administração pública de que trata a lei 12.527/11 tem como premissa o máximo detalhamento dos dados, à fim de dar a maior transparência possível. Porém, o §2º do artigo 4º da lei 12.979/20 permite

que sejam divulgados apenas os dados da pessoa contratada, o valor e a duração do contrato. A intenção foi permitir uma divulgação simples e acessível das informações principais sobre as contratações.

A obrigação de divulgar de forma detalhada no Portal da Transparência permanece, porém, as informações precisam ser disponibilizadas também em página da internet criada especificamente para esse fim. O objetivo da criação de um sítio oficial específico, segundo Santos (2020, p. 207), “é impedir que as informações sobre os processos de contratações no enfrentamento à pandemia se percam em meio à infinidade de outras informações sobre contratos públicos.” Ou seja, a finalidade foi de facilitar o acesso aos cidadãos a respeito do uso de recursos públicos no enfrentamento à pandemia.

A flexibilização de formalidades trazida pela lei 12.979/20 deve ser acompanhada de intenso uso de mecanismos de transparência para que seja possível um controle efetivo das contratações públicas para o combate à *Covid-19*. A ocorrência de fraudes em licitações durante esse período pode estar relacionada com a diminuição dos requisitos para as contratações, o que deve ser investigado para que haja uma otimização dos mecanismos de controle.

5 CONCLUSÃO

A transparência na gestão pública é essencial para o combate à prática da corrupção em certames licitatórios. Se desenvolvida de forma a garantir um acesso otimizado à população, ela é uma forma de controle da gestão pública muito eficiente.

A lei 13.979/20 adveio com a intenção de agilizar o processo de contratação por parte da administração pública em tempos de pandemia. Ela previu a flexibilização do método de contratação e o abrandamento da documentação necessária na fase de preparação do procedimento licitatório e de habilitação das empresas, desde que vigente a situação de calamidade pública. No entanto, a exceção à licitação prevista na lei também acabou por facilitar a prática de atos corruptivos e lesivos ao erário.

A corrupção é um crime que desgasta a confiança da população nas instituições. Ela impede que sejam satisfeitas as demandas sociais necessárias para que haja uma sociedade mais justa e solidária. Além disso, por ser um crime oculto que dificulta a obtenção de provas, há grande dificuldade para punir os agentes criminosos.

Para reduzir a ocorrência de corrupção em licitações, é necessário reconstruir a confiança da sociedade no sistema jurídico e político. Para isso, uma alternativa é aumentar a transparência da gestão pública, deixando-a mais eficiente, de modo a permitir um real controle da sociedade sobre onde está sendo empregado o dinheiro público.

A corrupção é difícil de ser descoberta por ser um crime que deixa poucos vestígios, mas a publicização dos atos licitatórios, se implementada para ser mais acessível, é uma forma de combater essa prática criminosa. Uma transparência eficiente traz como consequência o aumento de controle da Administração Pública pela população, induzindo o administrador público a empregar com maior critério o as verbas públicas.

REFERÊNCIAS

BERLIN. Transparency International. **Corruption Perceptions Index**. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/bra#>. Acesso em: 30 mai. 2021.

BITTENCOURT, Sidney. **A contratação emergencial por dispensa de licitação em função da pandemia provocada pelo novo coronavírus**. Belo Horizonte: Fórum de Contratação e Gestão Pública, n. 221, 2020. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/CEJUR%20-%20PGM/CEJUR%20Clipping/6ª%20Edição/Artigos/1.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. **Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 30 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em 14 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Corte Especial). **Acórdão STJ 2020/0220737-4**. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 11 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=121436046®istro_numero=202002207374&publicacao_data=20210301. Acesso em: 29 mai. 2021.

CARVALHO, Guilherme; MAFFINI, Rafael. Da contratação pública. In: CARVALHO, Guilherme; MAFFINI, Rafael; AGI, Samer. **Lei do coronavírus: Lei 13.979/2020**. Brasília: CP Iuris, 2020.

FERNANDES, Sérgio Bruno Cabral. O jogo da corrupção sistêmica no Brasil. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; ARAS, Vladimir (coord.). **Corrupção: aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

GERCWOLF, Susana; ZANON, Patricie Barricelli. PROGRAMAS DE COMPLIANCE E INCENTIVOS NO COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos Pereira (Orgs.). **Governança, compliance e cidadania**, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos**. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

LIMA, Edcarlos Alves. **Aquisição de bens e insumos e contratação de serviços para o enfrentamento da emergência gerada pela pandemia do novo coronavírus**. Zênite Fácil, 2020. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/wp-content/uploads/2020/04/Aquisicao-bens-e-insumos-Coronav%c3%adrus-EdcarlosAlvesLima.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2021.

LINDSTEDT, Catharina; NAURIN, Daniel. **Transparency and Corruption: the conditional significance of a free press**. Gothenburg: QOG, 2005. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/43559119.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2021.

MESSA, Ana Flávia. **Transparência, compliance e práticas anticorrupção na administração pública**. São Paulo: Almedina, 2019.

MESSA, Flávia Ana. Transparência: Instrumento essencial para o combate da corrupção no âmbito da Administração Pública Brasileira. *In*: DOMINGUES, Paulo de Tarso; MESSA, Ana Flávia (coods.). **Governança Corporativa e Corrupção**. Braga: Húmus, 2019. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/120621/2/336868.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e anticorrupção**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SANTOS JÚNIOR, Belisário dos; PETIAN, Angélica. Por uma cultura de integridade agora. *In*: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coord.). **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleberson Roberto de. **Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SANTOS, Jefferson Lemes dos. Contratações públicas e Covid-19: a transparência como medida profilática. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal, *et al.* **Covid-19 e o direito brasileiro**. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, *E-book*, 2020.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da transparência e o aprofundamento dos caracteres fundamentais do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 230, 2002.



PANDEMIA DE COVID-19 E SEUS EFEITOS NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

*Bárbara Barbieri Erig¹
Luanna Rennhack Sampaio²*

1 INTRODUÇÃO

A violência doméstica é tema amplamente discutido não só no meio doutrinário, como por boa parte da população, haja vista os inúmeros efeitos negativos que a prática desse crime proporciona à vítima e à comunidade. Em virtude disso, considerando o atual cenário de pandemia, em que as mulheres foram obrigadas a permanecerem em casa juntamente com seus maridos e companheiros, questiona-se se isto ocasionou o agravamento dos índices de violência contra as mulheres, bem como quais foram as medidas adotadas pelo Poder Público para tentar reverter tal situação.

Para responder esses questionamentos, o presente artigo foi dividido em dois tópicos. No primeiro, intitulado “Breves considerações acerca da violência contra a mulher e a legislação brasileira pertinente”,

- 1 Bacharela em Direito e Pós-graduanda em Direito Social do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social na Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP/RS Mestranda e bolsista em Direito pela mesma instituição, na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Pesquisadora do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Direito Fundamental à Segurança e Direito de Liberdade: a Complexa Harmonia em Matéria Penal, coordenado pelo Prof. Dr. André Machado Maya.
- 2 Bacharela em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP/RS. Mestranda em Direito, na mesma instituição, na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Bolsista e pesquisadora do Grupo de Pesquisa René Girard e o Direito: Rivalidade Mimética, Ódio e Violência, coordenado pelo Prof. Dr. Bruno Heringer Júnior.

realizar-se-á breve abordagem histórica sobre a conceituação de violência doméstica, bem como a legislação brasileira aborda o tema em questão. No segundo, por sua vez, denominado “Pandemia da Covid-19 e a violência doméstica”, demonstrar-se-á se houve um aumento nos índices de violência doméstica, assim como as medidas adotadas pelo Poder Público a fim de coibir as práticas delitivas de violência contra as mulheres.

Para tanto, o método utilizado no presente artigo será o hipotético-dedutivo, sendo a pesquisa de natureza aplicada. Ademais, será realizada precipuamente análise qualitativa, através de verificação bibliográfica, normas constitucionais e legislações infraconstitucionais.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PERTINENTE

Segundo a definição dada pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará/ONU) em 1994 no seu artigo primeiro, a violência doméstica contra a mulher “qualquer ato ou conduta baseado no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como privada” (OEA, 1994). Neste ínterim, percebe-se que a violência doméstica se mostra um fenômeno social perverso na medida em que é uma das principais formas de violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais. Mais que isso, a violência doméstica se manifesta de diversas formas, podendo a mesma ser psicológica, moral, patrimonial, física, sexual (BARROS, CAMPOS e FERNANDES, 2014, p. 134), além de afeta mulheres de diferentes idades, etnias, sexualidades, classes sociais podem vir a ser vítimas da violência doméstica.

Com relação à violência doméstica contra a mulher no cenário brasileiro, o Movimento Feminista, inspirou as mulheres a denunciarem os abusos sofridos no âmbito doméstico. Assim, a partir de 1960, o Movimento Feminista passou a denunciar a violência contra a mulheres, que começava a ser visto como um problema social. Deste modo, passou-se a reivindicar abrigo, atendimento policial e assistência jurídica à população feminina. O movimento feminino passou, então, a realizar parcerias com o Estado a fim de implementar políticas públicas que possibilitassem a prevenção e o combate da violência doméstica (BORIN, 2007, p. 41). Entretanto, foi apenas em 07 de agosto de 2006 que foi sancionada no país uma lei específica que visava proteger vítimas de violência doméstica, a

Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). Nesse sentido, buscou-se criar, nos termos do art. 1º da referida lei, mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Porém, a despeito de todos esses mecanismos acima citados, que auxiliam no enfrentamento da violência doméstica contra a mulher, na medida em que estruturam um microsistema jurídico específico, dotado de medidas penais e extrapenais, além de demandar no sentido de realização de políticas públicas protetivas, ainda é longo o caminho a ser percorrido para erradicar a violência de gênero. Nesse sentido, em 2015 foi criada a Lei nº 13.104/15, mais conhecida como Lei do Feminicídio. A criação da referida lei foi fruto de uma recomendação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher (CP-MI-VCM), que investigou a violência contra as mulheres nos Estados brasileiros entre março de 2012 e julho de 2013. Desse modo, a lei considera feminicídio quando o assassinato envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher da vítima e, para tanto, a legislação alterou o Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40) e estabeleceu o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Além disso, modificou a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), para incluir o feminicídio na lista (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2020, online).

Não obstante, apesar dos mecanismos instituídos, segundo levantamento feito pelo jornal Folha de S. Paulo mostrou que, em 2019, houve 1.310 assassinatos decorrentes de violência doméstica ou motivados pela condição de gênero, características do feminicídio. Foi uma alta de 7,2 % em relação a 2018. (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2020, online). Percebe-se, para tanto, que há a inegável necessidade de que se promova uma mudança cultural em nossa sociedade, a fim de que se possa eliminar o comportamento sexista tão arraigado em nossa sociedade e que tem como produto a violência cometida contra mulheres.

Nesse sentido, o próximo capítulo irá se dedicar ao estudo dos impactos da pandemia da COVID-19 nos casos de violência doméstica no Brasil, bem como quais foram os mecanismos adotados pelo país no que se refere ao enfrentamento desse mal social.

3 A PANDEMIA DA COVID19 E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Em fevereiro de 2020 foi identificado o primeiro caso de contaminação pelo novo coronavírus (SARS-CoV2) no Brasil e no mês seguinte foi registrada a primeira morte pela doença no país (BIERNATH, 2021). Em 11 de março a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou pandemia de coronavírus (AGÊNCIA BRASIL, 2020).

Já em 13 de março do mesmo ano, o Ministério da Saúde (MS) e as secretarias de saúde estaduais de todo o país emitiram recomendações para evitar que o vírus se propagasse. Assim, reconheceu-se que a transmissão comunitária estava ocorrendo em todo o país (MS, 2020) e, com base em evidências científicas e análises de informações estratégicas em saúde divulgadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS), teve início o isolamento social, enquanto medida para combater o avanço do vírus, em diversos estados brasileiros (EXAME, 2020).

Em razão deste novo contexto global, não obstante a importância inegável desta medida de enfrentamento do vírus SARS-CoV2, para as mulheres vítimas de violência doméstica, o isolamento social acabou por colocar agressor e vítima em uma mesma casa durante um extenso período de tempo. E, mais que isso, o regime de quarentena dificultou, ainda mais, o acesso às redes de proteção às mulheres e aos canais de denúncia (FBSP, 2020b). Nesse sentido, a ONU Mulheres Américas e Caribe divulgou em março de 2020 um documento no qual fazia 14 recomendações para que mulheres e igualdade de gênero fossem incluídas na resposta à pandemia do COVID-19. Com relação a violência doméstica, advertia o relatório que “em um contexto de emergência, aumentam os riscos de violência contra mulheres e meninas, especialmente a violência doméstica, aumentam devido ao aumento das tensões em casa e também podem aumentar o isolamento das mulheres [...]” (ONU MULHERES, 2020, p. 2).

Mais que isso, há que se levar em conta, também, “o possível incremento das situações de estresse geradas pela pandemia e o consumo abusivo de álcool e outras drogas também operam como mecanismos agravantes, pois aumentam a impulsividade dos sujeitos, conforme alertam especialistas” (IPEA, 2020, p. 8). Assim, segundo números registrados pelo Ligue 180 - Central de Atendimento à Mulher em Situação de Violência - e o Disque 100, foram realizadas 105.821 denúncias de violência doméstica no ano de 2020. Ainda, segundo a Ministra da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Damares Alves, houve aumento, também, nas ocorrências registradas por delegacias virtuais (MARTELLO, 2021).

Do mesmo modo, segundo nota divulgada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), por meio da Comissão Nacional da Mulher Advogada CNMA e com fundamento em Nota Técnica elaborada pela Comissão de Proteção aos Direitos da Mulher da Seccional da Bahia, no Rio de Janeiro, o plantão judiciário registrou crescimento de 50%. Da mesma forma, em Curitiba, as delegacias de plantão tiveram aumento no número de casos logo no primeiro fim de semana de confinamento. Já em São Paulo, mais especificamente na Baixada Santista, uma casa de abrigo notificou que o movimento triplicou em apenas um dia. Ainda, no Ceará, entre o dia 23 a 30 de março, o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Fortaleza recebeu o pedido de 65 medidas protetivas de urgência (CFOAB, 2020).

Todavia, não se pode perder de vista outro aspecto de igual importância nessa conjuntura atual, os casos de subnotificação. Afinal, o período de isolamento social impacta na prestação de serviços de atendimento e enfrentamento das situações de violência doméstica oferecidos pelo Estado, bem como geram dificuldades nas comunicações e ingresso aos canais de denúncias por parte da vítima. Nesse sentido é a nota técnica emitida pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) em julho de 2020 apontando que, de acordo com os números levantados, desde o início das medidas de isolamento e distanciamento social, houve uma redução nas denúncias de diversos crimes contra mulheres. Este fato indica que as mulheres, nesse panorama atual, encontram mais dificuldades em denunciar a violência doméstica sofrida. A única exceção encontrada é nos casos de feminicídio e/ou homicídio, que, de acordo com levantamentos periódicos realizados pelo FBSP, apresentam aumentos constantes em seus índices (FBSP, 2020b, p. 2).

Nesta toada, a nota técnica emitida pelo FBSP afirma que o que se tem é uma limitação ao acesso da mulher aos canais de denúncia e mecanismos de proteção, que gera diminuição dos registros de crimes praticados com violência à mulher no contexto doméstico e, consequentemente a redução das medidas protetivas concedidas às vítimas. Tendo, assim, como produto final deste cenário o aumento violência letal contra a mulher (FBSP, 2020b, p. 2). Inegável, portanto, que embora tenha um número exponencialmente maior de denúncias de violência contra a mulher, estes parecem não chegar perto da verdade, uma vez que a subnotificação é um aspecto recorrente e colossal.

Tendo em vista o cenário acima ilustrado, conforme já mencionado, a pandemia acabou por agravar um fenômeno social que a muito

tempo já afeta e desafia a vida de milhares de mulheres, a violência doméstica. Nesta senda, passou-se a elaborar uma série de estratégias voltadas à prevenção e o enfrentamento da violência no contexto da pandemia do novo coronavírus.

Primeiramente, pode-se citar a promulgação da Lei nº 14.022, de 07 de julho de 2020, que dispõe sobre a aplicação de medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher, além de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência, durante a emergência de saúde pública decorrente do coronavírus. Esta traz, em seu art. 3º, que o poder público deve adotar as medidas necessárias para garantir a manutenção do atendimento presencial de mulheres que se encontrem em situação de violência, devendo ser adaptados os procedimentos previstos na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) às circunstâncias emergenciais decorrentes da pandemia. Inclusive, o art. 3º, §7º, do mesmo Diploma Legal, trata que os serviços públicos e as atividades essenciais relacionados ao atendimento a mulheres em situação de violência doméstica e familiar devem ser mantidos (BRASIL, 2020).

De igual sorte, o art. 5º-A da Lei nº 14.022/2020 expõe que, enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus, os prazos processuais, a apreciação de matérias, o atendimento às partes e a concessão de medidas protetivas que tenham relação com atos de violência doméstica e familiar devem ser preservados. Além disto, o inciso II do referido dispositivo apresenta a possibilidade de serem realizados registros de ocorrência de violência doméstica através de meio eletrônico ou por meio de número de telefone de emergência designado para tal fim pelos órgãos de segurança pública (BRASIL, 2020).

O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, por sua vez, seguindo as orientações da Organização das Nações Unidas, apresentou recomendações em relação às ações de enfrentamento à violência contra mulheres e meninas no contexto da pandemia de Covid-19, através do Ofício Circular nº 1, de 26 de março de 2020. Dentre as recomendações proferidas, cita-se: manutenção dos serviços da rede de atendimento; implementação de comitês de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres no contexto da Covid-19 pelos Estados, Distrito Federal e Municípios; disponibilização de orientação sobre a violência contra as mulheres, leis, direitos e serviços através do WhatsApp ou outros aplicativos; concentração de esforços para aumentar a capacidade

da realização de atendimento *online* às mulheres em situação de violência (BRASIL, 2020)

Outrossim, o Conselho Nacional do Ministério Público apresentou a Nota Técnica nº 1/2020, em que propôs a realização de um Plano de Contingência visando solicitar aos Municípios a divulgação de canais não presenciais de notificação/registro de possíveis crimes e violências, como o Aplicativo app 190, o Ligue 190, a Central de Atendimento à Mulher (Ligue 180), o Disque 100 – Disque Direitos Humanos e o Disque Denúncia (Ligue 181). Ademais, a Nota Técnica traz que, nas audiências de custódia realizadas para análise dos flagrantes de crime praticados num contexto de violência doméstica e familiar contra as mulheres, caso o agressor já tenha histórico de violência doméstica, merece ser avaliada a conveniência de se eleger a manutenção da custódia cautelar mediante a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (CNMP, 2020).

Dessarte, cumpre ressaltar que estão em tramitação diversos Projetos de Lei na Câmara dos Deputados a respeito da violência doméstica em âmbito de pandemia, que preveem mecanismos a fim de coibir tais agressões contra as mulheres, bem como intensificar as denúncias de tal delito. Nesse desiderato, tem-se o PL nº 1.319/2020, que propõe que as penas aplicáveis aos crimes de violência doméstica sejam dobradas enquanto durar o estado de pandemia (BRASIL, 2020). Ainda, o PL nº 1.267/2020 prevê que toda informação sobre violência contra a mulher, exibida em todas as plataformas de comunicação, deverá incluir uma menção expressa ao Disque 180 (BRASIL, 2020).

De mais a mais, a Fundação Oswaldo Cruz apresentou Cartilha em que indica medidas que devam ser adotadas por parte do Poder Público e da sociedade como, por exemplo, que os profissionais que atuam nas políticas públicas devam promover o cuidado psicossocial e oferecer orientações, a fim de que a mulher em situação de violência (FIOCRUZ, 2020).

À vista disso, tem-se que, em que pese os índices de violência contra as mulheres tenham aumentado e se intensificado em virtude da pandemia, em que o agressor passou a conviver demasiadamente com a vítima, o Poder Público, através de suas diversas instituições, está adotando inúmeras medidas a fim de tentar conter este avanço exponencial de violência. Nesse desiderato, além de adotar medidas de conscientização da sociedade para denunciar eventuais situações de violência presenciadas, também está adotando mecanismos a fim de que as mulheres não fiquem desamparadas ao procurar auxílio.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, percebe-se que o contexto de pandemia causado pelo novo coronavírus (SARS-CoV2) intensificou a violência de gênero ao forçar o isolamento de mulheres com parceiros agressores. Inclusive, fatores como o estresse e as incertezas causadas por este período pandêmico, além dos possíveis abusos de álcool e drogas, criaram um terreno propício e agravante para a prática de atos atentatórios contra as mulheres no âmbito doméstico.

Deste modo, conforme dados dos órgãos oficiais brasileiros, observou-se um aumento significativo nas denúncias de violência doméstica, registradas pelo Disque 100 e pelo Ligue 180, além de queixas registradas em delegacias virtuais. No sentido oposto, notou-se uma diminuição em diversos estados do país da denúncia de diversos crimes praticados contra mulheres.

Entretanto, essa redução não reflete a realidade brasileira, uma vez que a violência letal contra a mulher, o feminicídio, apresentou uma ampliação exponencial nos registros oficiais. Assim, constatou-se que, além de agravar os casos de violência de gênero, a pandemia e o consequente regime de quarentena criaram obstáculos para que a mulher pudesse acessar os canais de denúncia e a rede de proteção e auxílio contra a violência doméstica.

Em face da conjuntura abordada, passou-se a elaborar uma série de estratégias voltadas à prevenção e o enfrentamento da violência no contexto da pandemia do novo coronavírus. Nesse desiderato, cita-se a promulgação da Lei nº 14.022/2020, que prevê que o Poder Público deve adotar as medidas necessárias para garantir a manutenção do atendimento às mulheres que se encontrem em situação de violência doméstica, adaptando-se os procedimentos previstos na Lei Maria da Penha. Destarte, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos emitiu ofício indicando recomendações aos entes públicos no sentido de manter os serviços da rede de atendimento, realizar campanhas de sensibilização aos vizinhos e à comunidade em geral para denunciar ocorrências de violências contra as mulheres, bem como disponibilizar orientações e atendimentos *online* às mulheres que se encontrem em situação de violência.

Ante o exposto, tem-se que, diante do cenário de agravamento dos índices de violência doméstica ocorrido no período de pandemia, o Poder Público, tanto em seus setores Executivo e Judiciário, quanto órgãos relacionados, propôs diversas medidas a fim de tentar coibir as

práticas de violência contra as mulheres. Em que pese haja um número significativo de casos, o Estado está tentando, na medida do possível, reduzir os casos de violência e garantir a efetiva proteção às mulheres.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Organização Mundial da Saúde declara pandemia de coronavírus**. 11 de mar. de 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-05/ligue-180-registra-aumento-de-36-em-casos-de-violencia-contra-mulher>>. Acesso em: 25 mai. 2021.

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Lei do Femicídio faz cinco anos**. 09 de mar. de 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/643729-lei-do-feminicidio-faz-cinco-anos/>. Acesso em: 26 mai. 2021.

BARROS, Sônia; CAMPOS, Paulo Fernando; FERNANDES, João José. **Atenção à saúde de populações vulneráveis**. São Paulo: Manole, 2014.

BIERNATH, André. Um ano de coronavírus no Brasil: os bastidores da descoberta do primeiro caso oficial. **BBC News Brasil**, 25 de fev. de 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56189539>>. Acesso em: 27 mai. 2021.

BORIN, T. B. **Violência doméstica contra a mulher: percepções sobre violência em mulheres agredidas**. 2007. 136 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2007.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.267, de 30 de março de 2020**. Altera a lei 10.714/2003, com o objetivo de ampliar a divulgação do Disque 180 enquanto durar a pandemia do covid-19 (novo coronavírus). Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=18](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=188112&filename=PL+1267/2020)

8112&filename=PL+1267/2020. Acesso em: 29 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.319, de 31 de março de 2020**. Aumenta as penas aplicáveis aos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, no caso de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. a pena Mínima e Máxima será o dobro do originalmente previsto, enquanto durar

o período de Estado de Calamidade decretado em razão do Coronavírus (COVID19). Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=18](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1871989&filename=PL+1319/2020)

71989&filename=PL+1319/2020. Acesso em: 29 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Lei**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 27 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. **Lei**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 27 mai. 2021

BRASIL. Lei nº 14.022, de 07 de julho de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Lei**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14022.htm. Acesso em: 28 maio 2021.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Ofício Circular 01**. Brasília, DF: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 26 mar. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/marco/ministerio-rec>

omenda-que-organismos-de-politicas-para-mulheres-nao-paralisem-atendimento/SEI_MDH1136114.pdf. Acesso em: 30 mai. 2021.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (CFOAB). Comissão Nacional da Mulher Advogada. **Nota técnica**. Disponível em: <http://s.oab.org.br/arquivos/2020/04/0f357bd4-f3d0-442d-9579-1b3e-4c0ebdbc.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2021.

CNMP - CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Nota Técnica Nº 1/2020 – CDDF: COVID-19: Plano de Contingência e medidas para a prevenção e repressão aos casos de Violência Doméstica contra a Mulher**. Brasília: Cnmp, 2020. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2020/Abril/notatecnica_cddf.pdf. Acesso em: 29 maio 2021.

FBSP – FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19**. Nota Técnica, 2020a. Disponível em <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2021

FBSP – FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19**. Nota Técnica, 2020b. Disponível em <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-ed03-v2.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2021

FIOCRUZ - FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **Violência doméstica e familiar na Covid-19**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2020. Disponível em: <https://www.fiocruz-b+rasilia.fiocruz.br/wp-content/uploads/2020/04/Sa%C3%BAdo-Mental-e-Aten%C3%A7%C3%A3o-Psicossocial-na-Pandemia-Covid-19-viol%C3%AAnncia-dom%C3%A9stica-e-familiar-na-Covid-19.pdf>. Acesso em: 30 maio 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Políticas Públicas e Violência Baseada no Gênero Durante a Pandemia Da Covid-19: Ações presentes, Ausentes e Recomendadas**. Brasília: Ipea, 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/200624_nt_disoc_78.pdf. Acesso em: 27 mai. 2021.

MARTELLO, Alexandre. Brasil teve 105 mil denúncias de violência contra mulher em 2020; pandemia é fator, diz Damares. In: G1, Brasília. 07 mar. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/03/07/brasil-teve-105-mil-denuncias-de-violencia-contra-mulher-em-2020-pandemia-e-fator-diz-damares.ghtml>. Acesso em: 26 mai. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE - MS. **Ministério da Saúde declara transmissão comunitária nacional.** 2020. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46568-ministerio-da-saude-declara-transmissao-comunitaria-nacional>>. Acesso em: 26 mai. 2021

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a mulher:** Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral - Convenção de Belém do Pará. Assinada em 09 de Junho de 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: 26 mai. 2021.

ONU Mulheres. **Gênero e COVID-19 na América Latina e no Caribe:** dimensões de gênero na resposta. Março/2020. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/03/ONU-MULHERES-COVID19_LAC.pdf Acesso em: 25 mai. 2021.

OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS EM ÉPOCA DE PANDEMIA POR COVID-19: CONTRADIÇÕES SOCIAIS NÃO SÃO COLISÕES DE PRINCÍPIOS UNIVERSAIS

Maren Guimaraes Taborda¹
Emérson Madeira²

1 INTRODUÇÃO

Os impactos da pandemia por COVID-19 na aventura humana são difíceis de avaliar nesse momento singular, e, diante da complexidade e simultaneidade dos eventos, a teoria sistêmica (ou teoria social), com seus conceitos de sociedade complexa e sociedade do risco, trabalhada sob vários pontos de vista, nos fornece estratégias de explicação e de seleção de limites, porque, nos termos de tais teses (LUHMANN, 2005; DE

-
- 1 Doutora e Mestre em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Especialista em Gestão Tributária pela UCLM - Universidad Castilla La Mancha. Atualmente é Professora Titular de História do Direito, de Direito Constitucional e de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (Graduação e programa de Mestrado), Professora de Direito Constitucional na Escola Superior de Direito Municipal. Procuradora do Município de Porto Alegre (inativa). Líder do Grupo de Pesquisa “Transparência, direito fundamental de acesso e participação na gestão da coisa pública”, da FMP-RS. Linha Tutelas à efetivação de Direitos Transindividuais. Orcid.org/0000-0002-2947-7983. Endereço eletrônico: tabordamaren@yahoo.com.br.
 - 2 Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela XXXXX. Mestrando do PPGD da FMP. Integrante do Grupo de Pesquisa “Transparência, direito fundamental de acesso e participação na gestão da coisa pública”, da FMP-RS. Linha Tutelas à efetivação de Direitos Transindividuais.

GIORGI, 1998), a complexidade social é o excesso de possibilidades de atuação e necessidade de escolhas entre alternativas, e os sistemas sociais é que acabam fazendo a seleção das perspectivas (limites). Política, direito, economia e mídia são ordens redutivas das possibilidades e acabam construindo uma concepção material do mundo.

Diante da crise do COVID-19, se constata a falta de conceitos capazes de explicar o que acontece. Por isso, considerando que o nosso saber é limitado pela vasta extensão do ‘não-saber’, esse ensaio procura fazer distinções possíveis, a partir da observação de ‘fósseis guias’ do sistema jurídico, pois o direito, enquanto sistema social, possui uma memória que o estrutura em operações contínuas em uma atemporalidade e inventa uma realidade através do cálculo de descrições e só pode observar seus próprios valores, estados, conceitos.

Nestas condições, a partir ‘não-saber’ que a realidade impõe, este estudo inventaria as estratégias de explicação das relações entre seres humanos (consciência/corpo individual) e sociedade, em que os direitos de integridade psíquica e física ficam ameaçados por processos comunicativos, e são atualizados “quando dores corporais e sofrimento psíquico não ficam inaudíveis em sua mudez; quando eles sucedem em irritar a comunicação da sociedade e desencadear nela novas diferenciações” (TEUBNER, 2016, p. 284), porque esse é exatamente o caso dos eventos em curso – uma doença que afeta a humanidade e sobre a qual pouco ou nada sabemos. Assim, o ensaio avalia a crise sanitária como uma crise sistêmica do capitalismo mundial e as distinções (observações) feitas pela teoria jurídica sobre a temática dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, selecionadas como guias relevantes para descrever os eventos.

2 A SOCIEDADE DO RISCO EM CRISE: OS CONFLITOS SOCIAIS SÃO CONFLITOS SISTÊMICOS

A crise da saúde mundial traz novos problemas de determinação causal de efeitos produzidos no tempo e que implicam uma imprevisível quantidade de fatores causais concomitantes. Na teoria sistêmica, o mundo e a sociedade inteira são vistos como produto da comunicação social, como o presente de tal comunicação que produz, continuamente, a alteridade, ao representar a operação exclusão/inclusão e complexidade, que é o excesso dessa alteridade. Assim, os meios de comunicação é

que possibilitam as condições operativas das sociedades complexas, porque tornam visível a simultaneidade das operações dos sistemas sociais (DE GIORGI, 1998, pp. 38-39), e não há, nessas condições, um sistema social que governe a sociedade inteira: cada sistema singular somente é capaz de controlar a si mesmo e desse modo reagir às irritações que provém do ambiente.

Ao tratarem de risco, Luhmann e De Giorgi identificam ser o mesmo, na realidade, uma construção da comunicação que descreve a possibilidade de arrepende-se, no futuro, de uma escolha que produziu o dano que se queria evitar. Dessa forma, risco está ligado ao sentido da comunicação e é relevante por este aspecto, não pelos vestígios que podem existir na consciência. Acrescentam os autores que o risco estabelece a necessidade de um cálculo do tempo, segundo condições a respeito das quais nem a racionalidade, nem o cálculo da utilidade e nem a estatística podem fornecer indicações úteis (DE GIORGI, 1998; LUHMANN, 1997). De risco só se pode falar no limite em que se atribui consequências às decisões. A decisão ocorre no presente e com os elementos conhecidos nesse presente. Por isso, produzir diferenciações, permitir especificações que vão gerar seleções para o processo de decisão é relevante. As diferenciações possibilitam o conhecimento das alternativas possíveis, a partir de distinções.

Edgar Morin, observando os eventos também na perspectiva da sociedade complexa, assevera que o mundo passa por uma crise tripla: a sanitária, com a pandemia do COVID-19; a econômica (com a falência do modelo de exploração dos recursos naturais pelos humanos) e a civilizatória, porque se pode observar uma regressão do Humanismo e a crise do modelo democrático (MORIN, 2020). De acordo com o filósofo, a crise está mostrando que a História é feita de determinismos e de “som e fúria” (indeterminações, escolhas humanas etc.) e que pode nos ensinar a prestar atenção no fato de que “os períodos que parecem progressistas podem ser seguidos de regressão e barbárie”, e que nem mesmo essa é eterna (MORIN, 2020).

Atualmente, tal regressão se observa com o avanço de regimes políticos ditatoriais e populistas e com o domínio e hegemonia de forças econômicas gigantescas, uma vez que as revoltas são localizadas, ocasionais e acabam se esvaziando. O que não se está enxergando (o ponto cego da distinção) é a complexidade das forças destrutivas que estão operando. Sandel, para quem “a ganância é uma falha moral que o Estado deveria desencorajar” (SANDEL, 2012, p. 17) e que compreende a meditação

sobre a Justiça como uma reflexão sobre “a melhor maneira de viver”, argumenta que o dilema (paradoxo) entre saúde e economia que as sociedades enfrentam é falso, porque os governos devem pensar no bem comum. Por conseguinte, propor medidas de flexibilização de isolamento social neste momento é um “cálculo imoral” (SANDEL, 2020), porque põe a questão de saber se é justo terceirizar o risco, pondo para trabalhar os mais pobres para que os ricos fiquem em casa.

A doença, de outra parte, expõe, de forma exponencial as diferenças sociais em todas as latitudes, bem como a grande contradição do mundo contemporâneo, qual seja: a economia está globalizada, mas o poder político permanece local (nacional). A política já está ‘invasa’ pela lógica econômica há bastante tempo, pois os condutores políticos são eleitos com base em sua capacidade gerencial-empresarial (critério do mercado). A dogmática jurídica já até identificou um Estado de Direito Econômico, descrevendo-o como um sistema jurídico no qual os direitos de propriedade (em sentido econômico) restam garantidos por meio de normas claras, construídas a partir de critérios de eficácia e eficiência, tribunais ágeis e autônomos, livre competição econômica em todas as atividades, abertura para o exterior etc. O Direito resta visto como um instrumento da economia e o seu sentido geral resta definido por economistas e para a economia. “No fim das contas”, aduz Cossio, “se reclama um espaço privilegiado para o mundo privado, e daí, a redução do espaço do público” (COSSIO, 2008, p. 104). Frente a isso, também podem ser observados (descritos) impactos que os direitos fundamentais institucionais sofrem das tendências totalizantes da economia, da mídia e da política. Todavia, a teoria tradicional dos direitos humanos e fundamentais não é capaz de explicar o que acontece, e por isso, ensaia-se novas estratégias de respostas, que valem a pena inventariar, como segue.

3 O SUJEITO FENOMENOLÓGICO: NOVAS DIREÇÕES PARA A TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS

Nos termos das teses jurídicas sobre os direitos fundamentais, estes estão ligados ao conceito de pessoa e dignidade da pessoa humana: indicam, pois, suas posições jurídicas. De acordo com a terminologia fixada na doutrina constitucionalista, os direitos fundamentais são aqueles *Direitos Humanos* reconhecidos na ordem interna e no plano internacional (positivados). Quando se pensa no âmbito transnacional, tal discus-

são assume dimensões diversas e dramáticas, porque falta a onipresença de ações estatais e do direito estatal, e os efeitos estruturais dos direitos fundamentais atingem poucos casos.

De outra parte, assevera Teubner, “atores privados transnacionais, especialmente empresas multinacionais, regulam âmbitos de vida inteiros através de regimes globais próprios, de modo que não é mais possível contornar a pergunta sobre como a validade de direitos fundamentais é confrontada em ordens privadas transnacionais”. (TEUBNER, 2016, p. 275). Em face disso, questiona Teubner, é possível ainda explicar os direitos fundamentais a partir de uma concepção divisional da justiça, em que a cisão destrutiva da sociedade, as lutas pelo poder e os conflitos antagônicos são resolvidos segundo uma lógica de equilíbrio em que o todo aloca às partes a sua fatia devida (justo distributivo) ou em que há relação justa das partes em seu relacionamento mútuo (justo corretivo /comutativo)? Para o autor, não, porque conceber os direitos humanos como direitos subjetivos das partes contra o Estado ou direitos subjetivos de partes da sociedade contrapostas entre si (eficácia horizontal) não resolve a questão quando os direitos fundamentais (ordem interna) ou humanos (ordem internacional) têm a “sua validade exigida também em setores sociais não políticos” (TEUBNER, 2016, p. 279).

A teoria sistêmica (ou teoria social) ensaia estratégias de resposta retomando temas da alienação social provenientes da Sociologia, para afirmar a “autonomia das redes comunicativas com uma exclusão radical de seres humanos da sociedade” (TEUBNER, 2016, p. 280), e a diferença intransponível entre instituições sociais e seres humanos concretos, de modo que os direitos humanos são considerados *latentes*, isto é, “pretenções dos seres humanos de carne e osso à integridade corporal e psíquica”, reconstruídos como “direitos vivos”, (TEUBNER, 2016, p. 285) que surgem “dos conflitos comunicativos e de seus resultados obtidos na política, moral, religião e direito” (TEUBNER, 2016, p. 286).

O resultado de tal descrição é que a questão dos direitos humanos dito latentes surge quando é comunicado como direito intrínseco do corpo e da psiquê em face dos perigos que a comunicação social traz para a sua integridade. Autonomizada a matriz da política, os direitos fundamentais impõem limites às suas tendências totalizantes, e a dogmática jurídica ainda não fez a diferenciação “entre esses direitos ‘latentes’ dos direitos fundamentais pessoais e institucionais, mas, ao invés disso, os traduziu em direito individuais compactos” (TEUBNER, 2016, p. 288). O cerne da construção é a identificação de ser humano (consciência, corpo)

com pessoa, uma criação do direito, em que não restam suficientemente diferenciadas garantias de liberdade comunicativas, de um lado, e integridade físico-psíquica, de outro.

A fragmentação da sociedade em várias matrizes comunicativas (mercado, direito, medicina, tecnologia) torna esse modelo cada vez mais insuficiente, porque o Estado já não é o “centro” da vida social e nem mesmo da vida política: o perigo à integridade corporal e espiritual vem dessas matrizes comunicativas autônomas e não só da política. Advém daí, que as violações de direitos fundamentais e de direitos humanos podem estar ligadas às tendências totalizantes de racionalidades (sistemas) sociais diferentes. Mesmo os direitos humanos políticos não podem mais ser visualizados como relações entre os cidadãos e o Estado (relação pessoa a pessoa), mas, sobretudo, como “processos anônimos de poder, de um lado, e de corpos torturados e almas feridas, de outro” (TEUBNER, 2016, p. 294).

Outra diferenciação importante para a descrição do tema é a consideração da ascensão da cultura das redes, que transformou a sociedade moderna “em uma superfície na qual seus membros, tais como o público de uma grande cidade, vivem em meio a ‘relações barulhentas’” (VESTING, 2016, p. 230), que põe em xeque o modo de operar do positivismo jurídico, de entender os direitos fundamentais como relações com o Estado que qualifica os indivíduos. Tal cultura, que trata primária e necessariamente de formas de construção de ordens para além de uma centralidade social no Estado, afirma que os direitos fundamentais devem ser pensados como formas jurídicas de vinculação num mundo de relações dispersas, no qual cada âmbito institucionalizado de ação tem “sua própria ordem experimental intrínseca que não deve ser unificada nem por lei estatal, nem por ponderação judicial”, sustenta Vesting (VESTING, 2016, p. 237). Essa visão encontra seu fundamento na fenomenologia, segundo a qual o sujeito que conhece não é mais solitário – feito de sua plenitude de poder – e sim “uma experiência estruturada por relações intersubjetivas em campos de sentido diverso” (VESTING, 2016, p. 242). Na visão iluminista, o homem *noumênico* é um sujeito abstrato, que não existe na realidade fenomênica (KANT, 2002), que pode escolher princípios de justiça a partir de uma posição originária em que não sabe sua posição na distribuição dos bens (RAWLS, 1993) ou, ainda, que forma o “público pensante”, indistinto em sua concretude, capaz de formar a vontade racional a partir da argumentação moral (HABERMAS, 1992).

Trabalhando na perspectiva do componente institucional das liberdades dos meios de comunicação, a teoria jurídica sistêmica ensaia uma resposta à descentralização do sujeito clássico, entendendo que, no mundo contemporâneo, a posição central do sujeito passa a “ser dependente de um mundo constituído de relações barulhentas que, por seu turno, é determinado pelos grupos políticos e sociais mais significativos da sociedade como um todo” (VESTING, 2016, p. 257). No caso da doença em curso, pode ser observada a complexidade dos processos anônimos de poder (entrelaçamento da política, mídia e mercado) contrapostos, em grande medida, aos corpos doentes.

Tal conflito é descrito pela teoria sistêmica como conflito sistema/ambiente, ou entre processos comunicativos anônimos de um lado, e indivíduos de outro, e não como um conflito intersubjetivo entre possuidores de direitos. Segundo isso, não faz mais sentido compreender os direitos fundamentais em seus efeitos horizontais como se fossem somente relações entre pessoas privadas cujos direitos devam ser ponderados uns contra os outros. Aqui, o *x* da questão: o sistema jurídico foi construído com base na categoria pessoa, que é o ser humano individual, o Estado, a empresa. Essa distinção, todavia, não pode ser mais utilizada, porque pessoas existem num mundo de relações complexas. Daí, se torna cada vez mais importante a reflexão sobre *instituições* que orientam normas e pessoas, pois essas se definem como feixes de normas passíveis de personalização. Por conseguinte, a cultura coletiva e a consciência social fazem parte da Constituição e, assim, parece pouco adequado ponderar, nos processos decisórios políticos que dizem respeito ao enfrentamento da doença, o direito à vida e de acesso ao sistema de saúde e os direitos individuais dos agentes do mercado. Aqui, a colisão seria entre as normas de racionalidade econômica e as normas constituídas pelo direito internacional ou mesmo pelo direito constitucional no plano interno de cada país.

Não se pode mais, pois, enxergar as contradições sociais como colisão de princípios universais, porque são âmbitos da autonomia social que estão em colisão, e por que não é a positivação de bens jurídicos constitucionalmente protegidos que realiza a harmonização de tais contradições, que são reais (FISCHER-LESCANO, 2016). Por isso, advoga Teubner, é necessário equacionar os direitos fundamentais e os direitos humanos em novas dimensões, a saber: *os direitos fundamentais institucionais*, que são “garantia de autonomia de processos sociais”, de condições de funcionamento das instituições contra as tendências totalizantes da ciência, da mídia ou da economia; *os pessoais*, âmbitos de autonomia

atribuído à pessoas; os *direitos humanos* como restrições negativas da comunicação social e os *direitos ecológicos*, que “protegem a integridade de processos naturais contra perigos sociais” (TEUBNER, 2016, p. 296).

Do ponto de vista do direito humano à saúde e ao acesso aos sistemas de saúde, a crise expõe a contradição de que atores privados (a indústria farmacêutica e dos cuidados de saúde) anônimos estão na condição de violar tais direitos e, por isso, mais do que nunca, é preciso assegurar que a “garantia de cuidados de saúde universais e de alta qualidade se torne uma política tanto externa quanto interna” (DAVIS, 2020, p. 12). O que a racionalidade jurídica pode distinguir é que saúde é um bem público, e, por isso, não pode ficar submetido à lógica do mercado: é coisa que não têm preço, só valor.

No particular, as dificuldades de seleção para a tomada de decisões complexas se multiplicam ao infinito no caso da atual crise. Decisões muito diferentes foram tomadas pelos diversos estados, que vão desde a testagem em massa combinada com isolamento social radical (*lockdown*) até a imposição de leves restrições de circulação e pouca testagem ou mesmo nenhuma ação, porque os governos subestimaram a rapidez do contágio e a letalidade da doença. A doença não atinge, como se viu na experiência, somente aos corpos humanos, mas, sobretudo, aos sistemas sociais como um todo, às instituições. As medidas adotadas para comunicar a doença e a prevenção ativam especulações que aumentam a incerteza e produzem o pânico. No Brasil, as circunstâncias locais agravam a crise, porque há ruído grave na comunicação política, que pode levar o país à barbárie ou à guerra civil.

A realidade da política está desconhecendo solenemente que a escolha da associação brasileira foi a constituição de um estado democrático, no qual o poder constituído “(...) passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade” (STRECK, MORAIS, 2013, p. 113). Com isso, a questão da democracia diz respeito à solução do problema das condições materiais de existência. Tal compreensão resulta da construção de um ‘tipo’ histórico, a chamada ‘Constituição Democrática’, a mais notável criação do século XX, cuja primeira característica é ter incluído os conflitos sociais e econômicos na Constituição (FIORAVANTI, 2018). Justiça social, tutela rigorosa da esfera individual, segundo as características da inviolabilidade e equilíbrio dos poderes são as promessas de tal modelo histórico de Constituição.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na perspectiva da teoria social, reconhecer e naturalizar, não enfrentar e deixar de conter as violações de direitos humanos por matrizes anônimas, por exemplo, expondo toda a população à vulnerabilidade e à morte é a expressão da crise sanitária que está ocorrendo no mundo. A dogmática jurídica resta obrigada a trabalhar com novas distinções, a perceber as irritações entre os diversos sistemas sociais (política, direito, mídia, mercado), a construir uma nova teoria do sujeito de direito, de forma a enxergar não mais indivíduos, mas grupos, instituições. Na passagem da concepção do Estado Social para a sociedade de redes, a erosão daquela forma estatal atinge a capacidade das grandes organizações representativas (partidos, associações, sindicatos etc.), com base na afirmação de interesses de grupos bem-organizados. Só uma visão centrada nas mudanças das funções estatais decorrentes da autotransformação social, que questione o papel efetivo das redes de relações sociais transubjetivas, é capaz de superar ou relativizar as aquisições evolucionárias do sistema jurídico do modelo liberal, porque tal perspectiva está ligada às reservas de conhecimento das redes de relação social diferenciada (tecnologia, mídias, manejo do risco).

Em síntese, o Brasil, hoje, é um dos piores lugares do mundo para se estar, porque além da pandemia, está vivendo uma crise institucional sem precedentes, um verdadeiro pandemônio político. Comprovando o acerto da observação de Morin, a pandemia por COVID-19 assume, no País, uma dimensão monstruosa, que é a negação do pluralismo e a regressão do modelo democrático. É a crise da civilização brasileira e de seus valores. A ação do governo libera uma ‘caixa de Pandora’ de ressentimentos de classe e de ódio contra a ilustração e restam atingidas, de modo dramático, as populações socialmente vulneráveis, perpetuando a lógica escravagista e genocida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COSSIO, José Ramon. Transparencia y Estado de Derecho. In: ACKERMAN, John M (Coord). **Más allá de laccesso a la información. Transparencia, redición de cuentas y Estado de Derecho.** México: Siglo XXI, 2008

DAVIS, Mike. A crise do Coronavírus é um monstro alimentado pelo capitalismo. In: DAVIS, Mike et al: **Coronavírus e a luta de classes**. Terra sem Amos: Brasil, 2020.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**. Vinculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antnio Fabris, 1998.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006

FIORAVANTI, Maurizio. **La Costituzione Democratica**. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo. Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico moderno. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2018.

FISCHER-LESCANO, Andreas. Crítica da Concordância Prática. In: CAMPOS, Ricardo (Org.) **Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 37-61.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Moral** (Tanner Lectures, 1986). São Paulo: Instituto Piaget, 1992.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LOPES, José Reinaldo. **Direitos Sociais**. Teoria e prática. São Paulo: Editora Método, 2006.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação de massas**. São Paulo: Paulus, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedade moderna**. Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1997

MORIN, Edgar. Entrevista. In: www.ihu.unisinos.br , acesso em 08 mai 2021.

RAWLS, John. **Teoria de la Justicia**; Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

SANDEL, Michael. **Brazil Conference at Harvard & MIT (live)**. In:

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

TEUBNER, Gunther. A matriz anônima – violação de direitos humanos por atores “privados” transnacionais. In: CAMPOS, Ricardo (Org.) **Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 271- 311.

VESTING, Thomas. Vizinhança – Direitos Fundamentais e a sua teoria na cultura das redes. In: CAMPOS, Ricardo (Org.) **Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 225-270.



ESTUDOS INICIAIS ACERCA DAS DECISÕES JUDICIAIS EM PROCESSOS ESTRUTURAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECISÃO SOBRE A RETOMADA DAS AULAS PRESENCIAIS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19

Diego de Ávilla Rodrigues¹

1 INTRODUÇÃO

O processo estrutural começa a ser mais largamente estudado e aplicado no Brasil. Com suas origens que remontam à *Civil Rights Court*, mais especificamente ao caso *Brown v. Board of Education of Topeka*.

Nesse novo modelo de processo, há necessidade de uma alteração de foco no processo, que não deve apenas resolver a lide posta a julgamento, mas objetiva solucionar um problema existente no campo dos fatos, especialmente aqueles envolvendo direitos fundamentais sociais.

O presente estudo, portanto, aborda, em um primeiro momento, brevemente a origem do processo estrutural e a sua finalidade, com foco na necessidade de uma mudança de visão do julgador nos casos postos sob sua análise.

Posteriormente, é analisada a situação do retorno às aulas presenciais no Estado do Rio Grande do Sul no ano de 2021, em plena pandemia de COVID-19 e no pior momento sanitário do ente federativo,

1 Diego de Ávilla Rodrigues: Servidor Público do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis, Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (Faculdade IDC) e em Direito Público pela Faculdade IMED; Acadêmico do Mestrado em Direito Fundação Escola Superior do Ministério Público; E-mail: dieavilla@gmail.com.

com especial estudo da decisão judicial proferida em Ação Civil Pública que objetivava travar tal retomada, em momento tão crítico.

Faz-se necessária uma alteração de foco no processo judicial, especialmente de natureza estrutural, de forma a contribuir para a solução dos litígios em concreto e não apenas nos autos judiciais.

2 O PROCESSO ESTRUTURAL E A NECESSÁRIA ALTERAÇÃO DE FOCO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O processo estrutural tem sua origem ligada à Suprema Corte americana, especialmente ao período em que esteve sob a presidência do *Chief Justice* Earl Warren, no qual ficou conhecida como *Civil Rights Court*, por decidir, ao longo de cerca de duas décadas, diversas questões que caminham até hoje na história daquela sociedade. Entre esses julgamentos, o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, no qual a Suprema Corte reconheceu a ilegalidade do sistema *separate but equals*, é comumente apontado como origem das *structural reforms*, que hoje, no Brasil, são o cerne do debate e da pesquisa sobre processos estruturais (ARENHART, OSNA E JOBIM, 2021, p. 18).

No caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, a Suprema Corte americana reconheceu a uma estudante negra, que anteriormente tinha que atravessar toda a cidade para ir à escola, o direito de frequentar escolas públicas mais próximas de sua casa, que, antes, eram restritas a estudantes brancos. A decisão, assim, deu fim ao sistema *separate but equals*, então vigente, que permitia a segregação entre negros e brancos, por exemplo em escolas e vagões de trem, desde que não houvesse outras distinções entre eles².

Entretanto, logicamente, não bastava apenas uma decisão da Suprema Corte para colocar fim ao sistema de segregação nas escolas públicas. Ao contrário, havia a necessidade de novos procedimentos para matrícula de alunos, novos critérios para construção de escolas e contratação de professores, revisão do sistema de transporte escolar, modificações curriculares entre outras. É nesse sentido que uma segunda decisão do caso *Brown v. Board of Education* delegou aos juízes federais a tarefa de reconstruir e intervir no sistema, alterando o tradicional sistema pro-

2 Especificamente sobre o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, confira-se Marco Félix Jobim e Marcelo Hugo da Rocha (2021).

cessual norte americano para suprir as necessidades reais que se apresentavam (FISS, 1978, p. 02 e 03).

Desta forma, as decisões judiciais proferidas no caso referido, não apenas declararam a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas, mas passaram a determinar meios e a intervir nas estruturas e burocracias públicas de forma a fazer cessar o referido sistema. Mais do que solucionar o caso concreto da autora, a solução, para ser efetivada, considerou a integralidade do problema, buscando a sua solução para o futuro.

É nesse sentido que o processo estrutural vem sendo estudado no Brasil, especialmente como uma alternativa para os diversos problemas causados pela judicialização individual dos conflitos sociais³, na medida em que poderia ser utilizado para atacar a origem do problema, em verdadeira intervenção na estrutura, pública ou privada, que esteja causando a violação do direito debatido.

Assim, o objeto de uma demanda estrutural é um litígio estrutural, ou seja, são litígios fáticos que atingem não apenas uma pessoa, mas uma coletividade, inclusive, indeterminada. De forma que a decisão deve ser voltada a modificar a estrutura que causa a violação dos direitos debatidos no feito.

Nesse sentido, confira-se Vittorelli (2018, p. 6):

Litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza pública, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. Assim, se a violação for apenas removida, o problema poderá ser resolvido de modo aparente, sem resultados empiricamente significativos, ou momentaneamente, voltando a se repetir no futuro.

3 A título exemplificativo, vale referir o caso trazido por Edilson Vitorelli (2018, p. 8-9), envolvendo a situação das vagas em creches no estado de São Paulo, no qual a Defensoria Pública, em que pese legitimada para ajuizamento de ação coletiva, propôs aproximadamente 61 mil ações individuais de 2014 a maio de 2017, numa média de cerca de 20 mil ações ao ano. Ainda que a solução do caso individual possa trazer uma ilusão de solução do problema, na prática, as demandas têm prejudicado àquelas mães que aguardam a concretização da política pública, como, no exemplo dado pelo autor referido, da genitora que decidiu procurar a Defensoria Pública, após ver seu filho cair da quinta para a vigésima sétima posição na fila, em virtude dos deferimentos judiciais.

Portanto, há necessidade de uma alteração de foco no processo judicial estrutural, a cerne da decisão, mais do que o caso concreto levado ao Judiciário, deve ser o problema estrutural existente na realidade.

Naturalmente que, para tanto, há necessidade de uma modificação de procedimentos e da visão do processo como um todo, o que envolve desde a representação processual das partes, possibilidade de intervenção de terceiros, realização de audiências públicas, métodos de coerção para cumprimento das medidas determinadas, realização de acordos e fiscalização de seu cumprimento⁴, que constituem, inclusive uma nova fase de estudo acerca da possibilidade e efetividade dos processos estruturais no sistema jurídico brasileiro.

Entretanto, o que se pretende destacar no presente estudo é a necessidade de uma visão mais ampla da lide estrutural, com foco no resultado prático pretendido, onde o juiz deixe de ser apenas um intérprete legal, mas se torne um efetivo contribuinte na busca pelos objetivos constitucionais.

Aqui não se desconhece que uma postura mais ativa do juiz é rechaçada por diversos operadores do Direito, que alegam, especialmente, a separação entre os poderes, defendendo que o Judiciário deveria se limitar a resolver a causa, sem exceder os seus limites, legislando ou mesmo determinando a realização de políticas públicas.

Contra esse argumento, contudo, vale citar o seguinte trecho de FISS (2021, p. 1005):

Decisões judiciais como essas são, às vezes, acusadas de serem antidemocráticas. Tal crítica se baseia numa visão muito míope de Democracia, reduzindo-a a uma forma de majoritarismo. A democracia, em minha opinião, não faz do sentimento popular o padrão para medir o funcionamento de cada instituição de governo. Em vez disso, a Democracia é um padrão aplicado para julgar o sistema de governo tomado como um todo. Diferentes instituições de governo têm funções diferentes, algumas com conexões mais atenuadas do que outras em relação ao sentimento popular. Espera-se que algumas instituições governamentais, como o governador ou a legislatura estadual, respondam às preferências ocorrentes de seus cidadãos; Outros, como o Judiciário, são en-

4 Por limitação de páginas não há como tratar de todos esses temas no presente estudo. Entretanto, a nova obra de ARENHART, OSNA E JOBIM (2021) traz diversos apontamentos destacadamente sobre cada um desses temas.

carregados da responsabilidade de interpretação da lei como ela é e da proteção da Constituição.

Naturalmente que não se defende uma atuação política do julgador. Ao decidir, o juiz deve sempre permanecer atrelado ao direito e aos argumentos legais e de princípio jurídico, focado especialmente nos valores constitucionais, de forma a evitar que sua postura ativa, objetivando dar fim à violação de direitos objeto da lide, para o passado e para o futuro, possa ser interpretada como ativismo judicial infundado, ou seja, baseado unicamente em suas preferências pessoais e em sua visão de mundo.

Para tanto, como já dito, o juiz, que não é imune a erros e inclusive por isso, deverá ouvir a todas as partes e interessados, experts no tema, analisar o contexto social e econômico do país, inclusive para evitar determinar política impraticável ou que venha a prejudicar a outrem. O juiz, em seu novo papel, deverá considerar o problema objeto da ação e os reflexos de sua decisão, para o caso e para as demais pessoas atingidas, sendo necessária a devida motivação de sua decisão, mediante fundamentação transparente, fundada em leis e princípios jurídicos.

Nesse sentido, mais uma vez, confira-se a lição de FISS (2021, p. 1003-1004):

[...] A autoridade do judiciário não decorre de sua experiência moral, mas do próprio cargo e do fato de que o exercício do poder judicial é limitado pelo que eu chamo de estímulos da razão pública: (1) Os Juízes devem ouvir as reclamações que de outra forma poderiam evitar; (2) eles devem ouvir as reclamações de todas as partes prejudicadas; (3) eles devem conduzir os seus trabalhos em público; e (4) eles devem, publicamente, anunciar a sua decisão e justificar essa decisão com base em princípio.

Desta forma, a adequada compreensão e utilização do processo estrutural pode contribuir para a busca de uma solução dos problemas causados pelo tratamento individual hoje dado pelo judiciário pátrio aos direitos fundamentais sociais, contribuindo para uma cultura que incentive o diálogo e o tratamento coletivo dos litígios, com uma maior racionalização na busca de uma solução desses conflitos (SARLET, 2021, p. 635) e, em última análise, na concretização dos objetivos constitucionais. Entretanto, para isso, como salientado, há necessidade da implementação

de um novo foco ao processo, voltando-se a decisão à solução do conflito e não, apenas, do caso em tela.

A fim de exemplificar a necessidade dessa nova visão e o maior grau de eficiência que poderia ser garantido, na próxima parte desse estudo, será apresentada a situação decorrente da volta às aulas presenciais no Estado do Rio Grande do Sul, no contexto da pandemia de COVID-19 e os reflexos das decisões judiciais proferidas em Ação Civil Pública, que objetivava a manutenção do ensino à distância, em virtude do risco à saúde pública.

3 O PROBLEMA DO RETORNO ÀS AULAS PRESENCIAS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Desde o início do ano de 2020, notícias acerca de um novo vírus, o Coronavírus, surgido na China e que se espalhava pelo mundo, começaram a ser cada vez mais frequentes nos noticiários nacionais e mundiais. Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) decretou situação de pandemia, em virtude do COVID-19 (SARS-COV-2).

A partir desse momento, medidas de restrição a direitos e a circulação se intensificaram por todo o mundo, com fechamento de fronteiras, comércio interno, escolas, creches e orientações específicas para que a população, na medida do possível, não saísse de casa, tudo a fim de evitar a circulação do vírus e uma maior contaminação de pessoas.

No Rio Grande do Sul, o Governo do Estado, após um primeiro momento de fechamento das atividades não essenciais e de ouvir especialistas, desenvolveu um modelo chamado de “Distanciamento Controlado”⁵, no qual o estado era dividido em regiões e estas, por sua vez, eram classificadas por bandeiras (amarela, laranja, vermelha e preta, conforme o risco de contágio). A cada bandeira correspondia uma série de restrições, mais ou menos intensas, ao comércio e à circulação de uma forma geral.

Especificamente no tocante às aulas presenciais, houve suspensão em todo território do Rio Grande do Sul, com readequação para atendimento dos alunos mediante atividades à distância nas escolas particula-

5 Nesse sentido, confira-se matéria disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2020/04/21/governo-do-rs-apresenta-modelo-de-distanciamento-controlado-que-sera-adotado-em-meio-a-pandemia.ghtml>, último acesso em 02/06/2021.

res e públicas. As aulas retornaram, no final do ano de 2020, apenas para educação infantil, até o final do ano escolar.

Em 22 de fevereiro de 2021, mesmo com o estado do Rio Grande do Sul, reconhecidamente, no pior momento da pandemia, integralmente em bandeira preta, o Governo optou por permitir o retorno presencial das aulas para a educação infantil e 1º e 2º anos do Ensino Fundamental, o que fez através do Decreto 55.767/21.

Contra esse decreto, a Associação de Pais e Mães pela Democracia ajuizou Ação Civil Pública⁶, com posterior adesão, no polo ativo, do CPERS/Sindicado, com pedido liminar de suspensão imediato do retorno às aulas, que foi deferido, em um primeiro momento, pelo 2º Juizado da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre.

Desta decisão, o Estado do Rio Grande do Sul apresentou Agravo de Instrumento, com pedido de concessão de efeito suspensivo para garantia do retorno às aulas. Ao receber o Agravo de Instrumento, contudo, o Desembargador Relatos Antônio Vinícius Amaro da Silveira indeferiu o pedido de efeito suspensivo.

O Estado do Rio Grande do Sul, em mais uma tentativa de retorno das aulas presenciais, editou novo decreto 55.852/21, estendendo o sistema de cogestão com os municípios para a área da educação, a fim de que, então, os últimos pudessem determinar acerca do retorno ou não das aulas presenciais.

Objetivando dar efetividade ao seu decreto, o Estado peticionou nos autos da Ação Civil Pública e do Agravo de Instrumento, ao mesmo tempo em que as autoras da ação se manifestaram no sentido de pedir a manutenção da liminar, afirmando que o novo decreto constituía clara manobra para tentar evitar os efeitos da decisão anterior.

Assim, em julgamento realizado em 26 de abril de 2021, a 4ª Câmara Cível do Estado do Rio Grande do Sul decidiu pela manutenção da suspensão das aulas presenciais, enquanto perdurasse o decreto de bandeira preta no estado.⁷

6 Distribuída sob o número 5019964-94.2021.8.21.0001.

7 AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUSPENSÃO DAS AULAS PRESENCIAIS NAS ESCOLAS PÚBLICAS E PRIVADAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DECRETAÇÃO DE BANDEIRA PRETA DO SISTEMA DE DISTANCIAMENTO CONTROLADO. LIMINAR DEFERIDA. MANUTENÇÃO. DECRETO ESTADUAL Nº 55.767/21. INCOERÊNCIA MOTIVACIONAL INTRÍNSECA. ATO ADMINISTRATIVO INCOERENTE COM SUA FINALIDADE. GRAVE CRISE SANITÁRIA. COMPETÊNCIA. 1. COMPETÊNCIA DO

Diversos são os fundamentos dessa decisão que mereceriam destaque, entretanto, o fator que chama à atenção foi o cuidado do eminente relator, em seu voto, no sentido de não adentrar propriamente ao mérito do ato administrativo.

O voto condutor da decisão, seguido à unanimidade, apesar de reconhecer a gravidade da pandemia e a necessidade de medidas sanitárias, não estabeleceu ou fez juízo de mérito sobre os critérios que deveriam orientar o retorno às aulas presenciais. De fato, o relator limitou-se a elencar dados a fim de demonstrar a “incongruência” do agir da administração pública que, durante períodos mais brandos de pande-

RELATOR PARA JULGAMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO, NA FORMA DO ART. 55, § 3º, DO CPC/15, PELO RISCO DA PROLAÇÃO DE DECISÃO CONFLITANTE COM O RECURSO QUE TRATA DA SUSPENSÃO DAS AULAS PRESENCIAIS NAS ESCOLAS MUNICIPAIS DE PORTO ALEGRE. 2. A ATUAÇÃO JURISDICIONAL FRENTE AOS ATOS DE GESTÃO DEVE FICAR ADSTRITA A EVENTUAIS ABUSOS DE AUTORIDADE E DE ILEGALIDADE, BEM COMO QUANDO HOUVER TERATOLOGIA NA DECISÃO, O QUE PODERÁ SE VISLUMBRAR NA ANOMALIA MOTIVACIONAL DO ATO ATACADO. 3. EDIÇÃO DOS DECRETOS ESTADUAIS 55.465/20, 55.579/20, 55.591/20 EM CONSONÂNCIA COM O DECRETO ESTADUAL Nº 55.548/20, QUE ESTABELECEU OS CRITÉRIOS ESPECÍFICOS DE FUNCIONAMENTO DE CADA ATIVIDADE DE ACORDO COM A CLASSIFICAÇÃO DE BANDEIRAS AMARELA, LARANJA, VERMELHA E PRETA. 4. O DECRETO ESTADUAL Nº 55.767/21, DE FORMA DESALINHADA À LÓGICA ATÉ ENTÃO ADOTADA, AUTORIZOU, NO ART. 2º, INCISO III, A REALIZAÇÃO DAS AULAS PRESENCIAIS, NO MOMENTO DE MAIOR GRAVIDADE DESDE O INÍCIO DA PANDEMIA, COM CLASSIFICAÇÃO ESTADUAL DE BANDEIRA PRETA, ADOTANDO COMO FUNDAMENTAÇÃO A PRESERVAÇÃO DA EDUCAÇÃO INFANTIL E ALFABETIZAÇÃO, INCLUSIVE PARA SOCIALIZAÇÃO E FORMAÇÃO DA PERSONALIDADE DAS CRIANÇAS. 5. HIPÓTESE EM QUE CONFIGURADA A INCOERÊNCIA DO ATO ADMINISTRATIVO COM SUA FINALIDADE ORIGINAL, POIS EM TOTAL DESALINHO COM A POSTURA ATÉ ENTÃO ADOTADA PELO ADMINISTRADOR PÚBLICO DURANTE A PANDEMIA, EVIDENCIANDO CONTRADIÇÃO INTRÍNSECA E IRRAZOÁVEL ENTRE O OBJETIVO DO ATO E SUA MOTIVAÇÃO. 6. ATO ADMINISTRATIVO QUE DENOTA APARENTE NULIDADE POR VÍCIO DE MOTIVAÇÃO. DECISÃO MANTIDA. EFEITOS SECUNDÁRIOS EXPLICITADOS. 7. LIMINAR DEFERIDA NA ORIGEM. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO (Agravado de Instrumento Nº 50346504620218217000, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Vinícius Amaro da Silveira, Julgado em: 26-04-2021)

mia, manteve as escolas fechadas, autorizando o seu retorno no momento mais grave.

Em outras palavras, o fundamento da confirmação da liminar que impedia o retorno às aulas foi a incongruência do administrador com os atos anteriores, especialmente dos próprios sistemas de bandeiras, e não o grave momento de pandemia vivido. Tampouco foi realizada qualquer ponderação estruturada acerca dos princípios constitucionais envolvidos, como direito à educação, à saúde e à vida. Ou seja, a decisão ora analisada preocupou-se em resolver a lide, o que não deu fim ao litígio existente⁸.

De fato, tanto a decisão não deu fim ao litígio, que, nos dias subsequentes, o Governo Estadual aboliu o sistema de bandeiras, substituindo-o pelo hoje chamado “Sistema 3As” (Decreto 55.882/21), que confere ampla autonomia aos municípios, inclusive permitindo, na prática, o retorno das aulas presenciais, não apenas para as séries iniciais, mas para todos os níveis de ensino.

O resultado da liberação das aulas não tardou a aparecer, com diversos órgãos de imprensa noticiando a suspensão de aulas presenciais em municípios do estado, em virtude de um aumento dos casos de COVID-19⁹. Da mesma forma, atualmente, em virtude do aumento de circulação, não somente pelo retorno das aulas, mas também pela maior liberação do comércio, o Estado do Rio Grande do Sul se aproxima de

8 Neste ponto, é imperioso salientar que o presente estudo é realizado à luz das decisões constantes nos autos e disponíveis no site do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em especial do acórdão assinalado, sem, contudo, análise minuciosa dos termos do pedido da demanda ajuizada pela Associação de Pais e Mães pela Democracia ou das manifestações daqueles posteriormente incluídos no polo ativo, especialmente quanto ao estabelecimento de critérios seguros para o retorno às aulas presenciais.

9 Confira-se, a título exemplificativo as seguintes reportagens: “RS tem pelo menos 24 municípios que registram suspensão de aulas presenciais”, disponível em <https://gauchazh.clicrbs.com.br/coronavirus-servico/noticia/2021/05/rs-tem-pelo-menos-24-municipios-que-registram-suspensao-de-aulas-presenciais-ckou-j28lx008l0180ufcu18d2.html>, último acesso em 02/06/2021; e “Cidades do RS suspendem aulas presenciais após casos de Covid em escolas”, disponível em <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2021/05/17/cidades-do-rs-suspendem-aulas-presenciais-apos-casos-de-covid-em-escolas-saiba-mais.ghtml>, último acesso em 02/06/2021.

uma nova onda do COVID-19, novamente, com risco de esgotamento do serviço de saúde¹⁰.

O que se vislumbra, portanto, é que uma visão focada na lide e no conceito de estrita separação entre os poderes, apesar de permitir a resolução da controvérsia naquele caso concreto, não resolveu o litígio existente na sociedade, apenas fazendo com o que poder público estadual buscasse um outro meio de permitir o retorno às aulas, sem qualquer alteração na situação concreta de saúde pública vivida naquele momento pelo ente da federação.

Uma visão desenvolvida a partir de uma teoria de processo estrutural poderia permitir, de forma mais concreta, algumas formas alternativas de resolução para essa demanda, a fim de que sua eficácia pudesse, de forma mais acertada, efetivamente garantir a preservação dos direitos fundamentais.

Vale salientar, por oportuno, que não se trata de vetar o retorno às aulas indefinidamente, entretanto, certamente o Poder Judiciário poderia contribuir de uma melhor forma na elaboração de requisitos mínimos que permitissem tal retomada com maior segurança, tanto para estudantes quanto para profissionais, bem como no acompanhamento e na fiscalização do retorno dos estudantes, dando especial atenção às condições físicas das escolas, ao fornecimento de material de higiene e limpeza e à atenção aos protocolos, por funcionários e alunos.

Logicamente que não se espera que o juiz seja um *expert* em saúde pública, tampouco um especialista em doenças infecciosas, entretanto, os julgadores poderiam se cercar de tais profissionais, criar comissões mistas, com técnicos de ambos os lados, permitir maior participação de entidades representativas, com interesses convergentes ou não, a fim de buscar estruturar adequadamente o retorno mais seguro às aulas.

De fato, da forma como ocorrido o julgamento, aparentemente, se obteve o resultado inverso ao desejado, uma vez que, evitando o retor-

10 Nesse sentido, confirmam-se as seguintes reportagens locais: “Internações clínicas por covid-19 sobem 50% em 24 dias no RS; veja os gráficos”, disponível em <https://gauchazh.clicrbs.com.br/coronavirus-servico/noticia/2021/06/internacoes-clinicas-por-covid-19-sobem-50-em-24-dias-no-rs-veja-os-graficos-ckpelmbj4007f-018mirnmdgke.html>, último acesso em 02/06/2021; e “Com aumento nas hospitalizações, RS registra mais 49 mortes por Covid”, disponível em <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2021/05/24/com-aumento-nas-hospitalizacoes-rs-registra-mais-49-mortes-por-covid.ghtml>, último acesso em 02/06/2021.

no às aulas das séries iniciais de educação infantil, acabou sendo criado o cenário perfeito para que fosse permitido o retorno de toda a rede escolar.

O foco na lide, por vezes, impede a resolução do problema, podendo até mesmo agravá-lo. O julgador, que exerce papel importante na defesa dos direitos e garantias constitucionais, não deve se limitar à análise do caso concreto, sem compreender os reflexos de sua decisão para o litígio estrutural existente na sociedade. O processo estrutural traz uma visão que permite ao julgador uma postura mais ativa na defesa dos direitos sociais, na medida em que deve estar focado na resolução dos casos na prática e para e o futuro, contudo, não pode fazê-lo simplesmente com base em convicções pessoais, mas atrelado à Constituição e às normas e princípios que regem o ordenamento jurídico.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou tecer primeiras considerações acerca do processo estrutural, sua origem, finalidade e utilidade, como forma alternativa de solução para os conflitos sociais, especialmente diante dos diversos problemas causados pelo tratamento individualizado das demandas envolvendo direitos sociais no Brasil.

Uma mudança de visão do julgador, com uma postura mais ativa, disposta a intervir em políticas públicas, no resguardo dos valores constitucionais, faz-se necessária para uma melhor efetivação dos direitos fundamentais e dos objetivos constitucionais.

O caso do retorno às aulas nas escolas do Rio Grande do Sul demonstra que o tratamento da demanda com foco na lide pode resolvê-la, sem contribuir para a solução do litígio existente no mundo dos fatos. O receio em adentrar ao mérito das decisões do poder executivo, o que poderia ser feito mediante análise de seus fundamentos e de ponderação com os princípios constitucionais, culminou com uma retomada das aulas que acabou gerando, em seguida, um fechamento de diversas unidades, justamente em virtude de contaminação pela COVID-19.

Portanto, a fim de buscar a efetivação dos preceitos e objetivos constitucionais, os processos estruturais têm muito a contribuir, sendo necessária, porém, uma alteração da cultura processual atual, para que o foco da decisão não seja o processo em si, mas sim o litígio estrutural que o justifica. A busca por uma melhor solução para os conflitos sociais

passa por um agir mais ativo dos julgadores, desde que fundamentados em elementos concretos de convicção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo e JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

Cidades do RS suspendem aulas presenciais após casos de Covid em escolas, disponível em <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2021/05/17/cidades-do-rs-suspendem-aulas-presenciais-apos-casos-de-covid-em-escolas-saiba-mais.ghtml>, último acesso em 02/06/2021.

Com aumento nas hospitalizações, RS registra mais 49 mortes por Covid, disponível em <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2021/05/24/com-aumento-nas-hospitalizacoes-rs-registra-mais-49-mortes-por-covid.ghtml>, último acesso em 02/06/2021.

FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

FISS, Owen. Foreword: The Forms Of Justice. **Harvard Law Review**. vol. 93, nov. 1979. Base de dados Hein Online.

Internações clínicas por covid-19 sobem 50% em 24 dias no RS; veja os gráficos, disponível em <https://gauchazh.clicrbs.com.br/coronavirus-servico/noticia/2021/06/internacoes-clinicas-por-covid-19-sobem-50-em-24-dias-no-rs-veja-os-graficos-ckpelmbj4007f018mirnmdgke.html>, último acesso em 02/06/2021.

JOBIM, Marco Félix e ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: Origem em Brown v. Board of Education. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

RS tem pelo menos 24 municípios que registram suspensão de aulas presenciais, disponível em <https://gauchazh.clicrbs.com.br/coronavirus-servico/noticia/2021/05/rs-tem-pelo-menos-24-municipios-que-registram-suspensao-de-aulas-presenciais>

sao-de-aulas-presenciais-ckouj28lx008l0180ufcu18d2.html, último acesso em 02/06/2021.

RIO GRANDE DO SUL. **Decreto 55.767**, de 22 de fevereiro de 2021. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=71528&hTexto=&Hid_IDNorma=71528. Acesso em: 02/06/2021.

RIO GRANDE DO SUL. **Decreto 55.852**, de 22 de abril de 2021. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=71633&hTexto=&Hid_IDNorma=71633. Acesso em: 02/06/2021.

RIO GRANDE DO SUL. **Decreto 55.882**, de 15 de maio de 2021. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=71700&hTexto=&Hid_IDNorma=71700. Acesso em: 02/06/2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial – Notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

VITORELLI, Edilson. Processo Estrutural e Processo de Interesse Público: Esclarecimentos conceituais. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. São Paulo, vol. 7/2018, p. 147 – 177, jan./jun. 2018. Base de dados RT online.



DIREITO À SAÚDE E A PANDEMIA COVID-19: LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Natália Gehres Trapp¹

1 INTRODUÇÃO

A pandemia da COVID-19, que teve seu início no Brasil em 7 de janeiro de 2020 (OPAS, 2021), após as autoridades chinesas confirmaram a identificação de um novo tipo de vírus que se constitui como uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, tem sido alvo de diversas discussões dentro do novo cenário instaurado, principalmente as questões envolvendo o direito à saúde e seus desdobramentos.

O direito à saúde é um bem jurídico tutelado pela Constituição Federal e se mostra como um direito fundamental social. De acordo com o estabelecido pela carta magna, a garantia desse direito se dará mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos, com acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ocorre que, em razão de inúmeras lacunas legislativas e problematizações que surgem a todo tempo em relação a esta temática, se denota uma constante judicialização nos tribunais do Brasil sobre questões relacionadas à saúde. Houve, sobretudo uma intensificação de ações no período pandêmico com o intuito de levar a matéria ao conhecimento e debate pelo poder judiciário; a maioria dos casos perseguem tutelas jurisdicionais para se fazer prevalecer concepções divergentes do sistema de saúde, na tentativa de garantia de leitos, equipamentos e tratamentos,

1 Graduada em direito pela PUCRS (2014), pós-graduada em Processo Civil pela UFRGS (2015), Mestranda FMP (em andamento). Advogada inscrita na OAB/RS 93.314. Membro da Comissão da Mulher Advogada (2018). Julgadora suplente Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/RS (2019).

buscando-se um saneamento de inconformidades com o fornecimento adequado dos remédios jurídicos.

A implementação de direitos sociais, no entanto, é dever fundamental do Estado, como é o caso da saúde, necessitando assegurar atendimento digno à população; porém, é sabida e notória a dificuldade de oferecimento de um bom e adequado atendimento ao cidadão e, após a avassaladora pandemia, o que se tem visto diariamente é um afunilamento considerável das políticas públicas de saúde básica, com o encerramento de programas e, por consequência, o não atendimento de milhares de pessoas. Nesse aspecto, surgem diversos questionamentos sobre a possibilidade e os limites da judicialização do direito fundamental à saúde, as questões que podem ser enfrentadas e qual seria a melhor maneira de afrontar a situação, em razão de uma ausência de políticas públicas efetivas e que entreguem de maneira satisfatória e rápida a solução mais adequada à população que principalmente na atual situação encontra-se carente de uma tutela adequada.

Muitas são as questões e pontos importantes a serem debatidos quando se trata do direito à saúde, principalmente em situações em que há uma superlotação de hospitais e necessidade de se optar por uma ou outra conduta. Durante o período pandêmico, muitos programas foram cessados, fornecimento de medicamentos foram suspensos, cirurgias eletivas foram suspensas pelos nosocômios, com a dita intenção de atender de forma mais qualitativa as demandas decorrentes da COVID-19. Ocorre que, determinadas necessidades – muitas de extrema importância, ao ponto de que se não forem imediatamente atendidas podem prejudicar a saúde e a vida de quem dela dependa, foram alvos recorrentes de matérias levadas aos tribunais, vez que se viu como uma última alternativa para a resolução da questão.

Assim, diante das inúmeras problemáticas que o tema aborda, principalmente no que tange à intervenção do poder judiciário em questões ligadas ao direito fundamental à saúde em momento de um estado agravado de pandemia e seus limites de atuação perante os casos, este artigo, que em hipótese alguma visa esgotar a análise sobre o tema, aborda alguns aspectos importantes a serem debatidos para que haja um maior desenvolvimento da temática na sociedade brasileira.

2 DESENVOLVIMENTO

Desde o surgimento na China no final de 2019, COVID-19 (doença coronavírus 2019) foi o responsável por mais de 2,7 milhões de mortes em todo o mundo (PLATTO, 2020, p. 536-544). O Brasil é o segundo em número de COVID-19 óbitos, atrás apenas dos EUA, registrando mais de 303.462 óbitos e 12.320.169 casos acumulados em 26 de março de 2021. Mesmo após um ano de pandemia e a introdução da vacinação contra o vírus em todo o mundo, não temos previsão de fim da pandemia COVID-19. Além disso, o ressurgimento de COVID-19 após a primeira onda, pode conduzir a seleção de novas linhagens (POIRIER, 2021, p. 452-455), o que preocupa demasiadamente.

Com o aparecimento do vírus e a tentativa de conter a disseminação foi necessária uma mudança completa da rotina de todas as famílias ao redor do mundo. O isolamento social, as medidas de constante higienização, a informação desenfreada sobre medidas a serem adotadas passaram a ser constante na vida da população em geral. O advento do novo vírus trouxe também a necessidade de regulamentação de diversas medidas legais para o enfrentamento da pandemia, como por exemplo, o repasse de valores aos Estados e Municípios (de acordo com o Governo Federal, desde o início da pandemia vem havendo um fortalecimento da estrutura do Sistema Único de Saúde (SUS) com entregas de equipamentos, insumos e recursos para o combate à pandemia, sendo que até dezembro de 2020, havia sido destinado R\$ 198,1 bilhões. (R\$ 133,9 bilhões para serviços de rotina do SUS e os outros R\$ 64,2 bilhões para o enfrentamento da Covid-19) (GOVERNO FEDERAL, 2020); entretanto, nem todos os esforços legislativos foram capazes de solucionar as problemáticas daí advindas.

Em razão disso, houve um aumento significativo de ingresso de ações judiciais contra o estado (União, Estados e Municípios), para solucionar impasses relativos a danos decorrentes da ausência de assistência adequada, principalmente no âmbito da saúde, em questões polêmicas, envolvendo, por exemplo, fornecimento de medicamentos, garantia de internações, atendimentos mais especializados, a possibilidade de realização de procedimentos e cirurgias eletivas etc. “O conceito de saúde (e, também de doença) reflete a conjuntura social, histórica, econômica, política e cultural. Dessa forma, a saúde não representa a mesma coisa para todas as pessoas” (SILVA, 2016, p. 2.); desse modo, as questões de conflito que trazem como tema central de debate a saúde, merecem atenção es-

pecial e análise de cada caso, justamente pela forma como pode ser vista e, inclusive, vivenciada, na medida em que estamos falando, na maioria das vezes, das dores e aflições de um ser humano, que busca a melhora na qualidade de vida. A Constituição Federal de 1988, trouxe a relevância do direito à saúde, elevando-a como um direito fundamental. Nas palavras de Ordacgy: “A saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à Saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais” (ORDACGY, 2018, p. 165-162.).

De acordo com a positivação constitucional das normas contidas nos arts. 196 e 23, II da Constituição Federal, é dever e competência comum dos entes políticos a prestação de saúde, ou seja, a responsabilidade dos entes públicos é solidária. Nesse sentir, qualquer cidadão poderá demandar contra Estado e/ou Município requerendo a efetivação do direito à saúde.

Luis Roberto Barroso leciona que o art. 196 da Constituição da República, garantidor do direito à saúde, é norma definidora de direito subjetivo, ensejando a exigibilidade de prestações positivas do Estado: “Aqui, ao contrário da hipótese anterior, o dever jurídico a ser cumprido consiste em uma atuação efetiva, na entrega de um bem ou na satisfação de um interesse. Na Constituição de 1988, são exemplos dessa espécie os direitos à proteção da saúde (art. 196) ...”. (BARROSO, 2001)

Nesse sentido, a constitucionalização do direito de saúde, tornando-o um direito social fundamental, não deixa espaço para que não seja de alguma forma assegurado à população. “Por fim, negar o direito à saúde é negar ao indivíduo a possibilidade do próprio direito à vida, já que a ausência de saúde também priva o indivíduo dos demais direitos fundamentais consagrados no texto constitucional” (FERREIRA, 2019, p. 67.).

O coronavírus trouxe inúmeras modificações, inclusive na forma e no olhar dado aos direitos, especialmente, o direito à saúde. A chegada da pandemia trouxe à tona conceitos do direito à saúde como um direito fundamental ao cidadão de forma mais latente, o que acabou por gerar uma cobrança maior do Estado, em razão do seu dever de promover de forma digna a saúde e o bem-estar da população. As questões relativas ao vírus estão longe de ter um fim, especialmente pelo fato de não termos data final para o esgotamento da pandemia, nesse sentido, muitas serão

as discussões sobre o tema; contudo, é importante que se tenham claros os significados, limites e necessidades de promoção do direito à saúde, de forma a atender o preconizado pela constituição federal.

O direito à vida e o direito à saúde são garantias constitucionais, apresentados como um direito de todos e dever do Estado, nos exatos termos do que refere o art. 196, *caput*, da CRFB/88, devendo ser considerado, ainda, que este direito constitucional é regido pelos princípios da universalidade da cobertura e do atendimento, da igualdade de acesso às ações e serviços que a promove, protege e recupera, da descentralização da gestão administrativa (art. 194 da CF) e da solidariedade financeira (art. 195 da CF).

Assim, em havendo necessidade de um cidadão de lhe ver fornecido determinado tratamento/procedimento para que mantenha a preservação de sua saúde, e, por conseguinte, a efetivação de seu direito fundamental, cabe, primeiramente, ao Estado promover tal efetivação; contudo, não é o que ocorre na grande maioria das vezes. A questão do acesso a saúde, que já não apresentava uma boa execução por parte do poder público, se agravou severamente com a pandemia da COVID-19, o que acaba acarretando a judicialização de demandas perseguindo tal efetivação, ou seja, em razão da precariedade do sistema de saúde, a população civil acaba por socorrer-se das tutelas judiciais de saúde para fins de tentativa de efetivação de seu tratamento médico ou do próprio acesso à mecanismos de saúde.

Entretanto, há questionamentos acerca de quais os limites de intervenção e atuação do Poder Judiciário em questões como as apresentadas pela pandemia, na medida em que muitos são os pontos a serem observados, tais como a disponibilidade do sistema para a efetivação de direitos (em sentido econômico, financeiro, de espaços a serem ocupados, etc.), o posicionamento dos profissionais que estão atuando nas frentes do tratamento das doenças, e, inclusive, a própria possibilidade ou não de influência do Poder Judiciário em tais temas.

Primeiramente, há de se ponderar que a Constituição brasileira, consagra o princípio da separação dos poderes, especificando que são independentes e harmônicos entre si (art. 2º), combinando com os arts. 1º, 3º e 4º, consagrando o Estado Democrático de Direito, permitindo a persecução e garantia dos direitos previstos pelo texto constitucional.

Estaria, portanto, estabelecendo-se um enfraquecimento da capacidade estatal de gerir de forma eficaz, eficiente e efetiva a crise do coronavírus, através da intervenção do Poder Judiciário em questões en-

volvendo o tema? A resposta a esta questão gera uma série de dúvidas e é passível de diversos entendimentos, a depender, logicamente, da demanda a ser julgada e, também do momento histórico e o contexto em que se encontra. “Podemos, ademais, estabelecer a necessidade de observar outros limites específicos voltados a eficiência, conhecimento técnico, exequibilidade, legitimação etc.” (CORTEZ, 2011, p. 285-307)

Em um momento de crise como o instaurado pelo coronavírus, como já se viu anteriormente, há a necessidade de esforços comuns para que os danos sejam minimizados e, sob este aspecto, tem-se que o controle jurisdicional das políticas públicas pode servir como uma medida capaz de proteger o direito à saúde. “Objetivamente, a intervenção jurisdicional nas políticas públicas tem sido mais aceita nos casos de omissão dos outros poderes ou de falhas na execução de políticas públicas já existentes, em condições violadoras de direitos fundamentais, individuais ou coletivos. Por outro lado, deve ser menor a interferência no que diz respeito à formulação de políticas públicas e suas escolhas políticas, esferas mais próximas daquela sua dimensão política anteriormente lembrada.” (CORTEZ, 2020, p. 11-22).

De acordo com Cortez: “a possibilidade de questionamento judicial não deve resultar na infundada substituição da discricionariedade do administrador ou ignorar os limites reais para a sua atuação, o que implica cuidado na avaliação da própria exequibilidade das medidas determinadas. Ainda assim, são critérios que não chegam a sistematizar, de maneira clara e objetiva, aqueles limites, restando como critérios orientadores para a atividade jurisdicional em relação às políticas públicas.” (CORTEZ, 2020, p. 11-22)

Observa-se, portanto, que o Poder Judiciário estará legitimado a agir quando a Administração Pública não cumprir com seus deveres de prestação do serviço público essencial e indispensável, tendo em vista que antes de importar violação ao princípio da separação dos poderes, configura forma de impedir, ou, ao menos, minorar as consequências da falta de agir do Poder Público e, conseqüentemente, do descumprimento do comando constitucional imposto, principalmente, pelo art. 196, da CRFB/88.

Saliente-se, que o limite dos limites, em termos de proteção às disposições constitucionais em face do legislador infraconstitucional, é a dignidade da pessoa humana. Esse é o núcleo duro dos direitos fundamentais; intocável por disposições legislativas tendentes a restringi-lo ou aboli-lo. As questões suscitadas perante o Poder Judiciário durante

a pandemia, podem servir, caso feitas de forma coerente e justificada, como parâmetro a ser seguido em situações outras e, até mesmo, como uma forma de nortear e fomentar melhores práticas para a sociedade.

O direito é um mecanismo de transformação da sociedade e, também, um desafio para as democracias e os direitos constitucionais, pois, a partir do momento em que o direito é constitucionalizado e que incorpora a concretização de direitos, se esses direitos são guindados à jurisdição, passa-se a fazer uma espécie de gestão sobre possibilidades, desde que de forma fundamentada e justa, tendo como norte a efetivação das tutelas constitucionais e, talvez, esse possa ser o limiar das decisões judiciais, ou seja, a busca de uma melhor concretização dos direitos. Deve-se ter em mente, ainda, que os direitos constitucionalizados passam por transformações auferidas pelas próprias mudanças no *status quo* da sociedade e, nesse sentido a lei deve perceber e buscar uma filtragem constitucional, passando por uma tentativa de concretização das promessas constitucionais pela via do Poder Judiciário.

Os operadores do direito não devem desconsiderar o produto do poder legislativo, deve haver um respeito entre os poderes; perseguindo uma responsabilidade institucional, responsabilidade para com a história, partes, decisões etc., e nessa medida, o judiciário deve ser mais deferente aos princípios, visando a harmonia entre poderes e, igualmente, com aquilo que entrega à sociedade.

Há, ainda que se referir que ao contrário do que possa se entender, quando o Poder Judiciário toma determinada decisão que comprometa a implementação de políticas públicas como meio tão somente de efetivação de decisões, isso se torna um problema e não uma solução. Não se pode deixar de ter em mente que por trás de políticas públicas e decisões judiciais, existem pessoas que estão tendo muitas vezes o seu direito fundamental tolhido. Assim, para muito além de uma limitação de atuação de um ou outro poder, deve-se preservar o direito fundamental tal qual estabeleceu-se na constituição, respeitando, todavia, as mutações naturais, adaptando, na medida do possível, para o bem comum da nação.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No último ano experimentamos uma crise avassaladora que assolou em uma escala global as mais diversas esferas da vida. Estamos vivendo período desafiador e de extrema insegurança nos mais variados

campos de atuação, com a necessidade de mudança abrupta no cotidiano, nas relações, nas intenções, sem, contudo, nenhuma previsão de quando tudo possa ter um fim. Com isso, nos deparamos com a necessidade de regulamentação de forma emergencial de uma série de normativas, sem contar as inúmeras problemáticas advindas a partir do surgimento do vírus. A saúde se mostrou como um dos temas centrais de todo o problema, na medida em que o vírus atacou de forma severa o estado de equilíbrio dinâmico existente entre o homem e seu ambiente, desregulando funções estruturais e funcionais, desequilibrando de uma maneira geral a vida e todo o ciclo vital. Ao passo que as disfunções foram sendo geradas, inevitavelmente, questionamentos acerca do fornecimento adequado da saúde surgiram, inúmeros foram e vem sendo os requerimentos, tais como garantia de leitos, equipamentos, medicamentos e principalmente a entrega efetiva de um mínimo de segurança para o tratamento da doença.

Como visto, a saúde é assegurada pela Constituição Federal de 1998, como um direito fundamental e os entes públicos são os responsáveis por entregar à população os meios adequados que garantam o acesso efetivo à saúde, devendo promover a saúde de modo não somente como uma forma de curar moléstias, mas de construir pontes permanentes que levem maior qualidade de vida, de forma a atender as políticas públicas estabelecidas pela própria constituição federal. Ocorre que, na prática o que se vê são falhas significativas na prestação, entrega e efetivação desse direito fundamental, o que se agravou com a pandemia instaurada, considerando que com a mudança de cenário, diversos direitos foram sucateados. Os números demonstram que o direito à saúde é ponto nefrágico a ser mais bem discutido, sendo dever de todos o debate sobre a matéria para que de fato haja uma efetivação do direito.

Ainda que as questões sejam levadas ao judiciário e, dentro dos limites, haja decisões a respeito da temática, de nada será válida a intervenção do Poder Judiciário, se os demais poderes, população e sistema de saúde não estiverem alinhados na busca pela verdadeira entrega de medidas pontuais para o desenvolvimento de todo o aparato que envolve a questão. O que se quer dizer é que, não basta que sejam estabelecidos limites para a atuação, o ponto central, portanto, deixa de ser a atuação legítima ou não dos poderes, mas sim até que ponto estariam todos de fato buscando um equilíbrio para que as tutelas sejam alcançadas verdadeiramente e que a população esteja amparada.

Um aspecto interessante e importante também a ser analisado quanto às questões atinentes à saúde, é a natureza multidisciplinar e a ne-

cessidade de uma preocupação por parte de todos os agentes na integração de atendimentos de demandas que envolvam tais questionamentos, na medida em que a cooperação entre as mais diversas áreas tende a melhorar sobremaneira os aspectos decisórios sobre a temática, acarretando um aporte maior e mais eficiente de conhecimento e técnica, indispensáveis para tais casos.

O COVID-19 é sem sombra de dúvidas a maior pandemia do século XXI, com milhares de mortes e perdas inestimáveis em todos os sentidos que se possa imaginar; os impactos gerados pela pandemia deixarão marcas, mas também deixará um grande alerta sobre as perspectivas de melhorias em políticas públicas que deem maior tranquilidade à população, principalmente quando pensamos no direito fundamental à saúde; é necessário que haja um esforço comum para que se possa refletir melhor acerca da temática e em conjunto encontrar melhores soluções para que não se limite o que mais interessa: o bem-estar, a saúde e a vida de todo e qualquer indivíduo.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. Lei 8080/1990. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm

CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. O judiciário e as políticas públicas no combate a pandemia. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 21, n° 55, p. 11-22, Julho-Setembro/2020

DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. *In* Levando o direito a sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, V. R. Direito Fundamental à Saúde: uma análise do posicionamento do STF à luz do liberalismo de princípios. (2019). Rio de Janeiro: Lumen Juris.

GOVERNO FEDERAL. Ministério da Saúde destinou mais de R\$ 64 bilhões para auxiliar estados e municípios no combate à Covid-19. <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/ministerio-da-saude-destinou-mais-de-r-64-bilhoes-para-auxiliar-estados-e-municipios-no-combate-a-covid-19> Visto em: 31/05/2021

OPAS. Histórico da pandemia COVID-19. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Visto em: 31/05/2021

ORDACGY, André da Silva. A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão. Disponível em: http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf Acesso em: 31/05/2021

PLATTO, S., Xue, T. & Carafoli, E. COVID19: an announced pandemic. *Cell Death Dis.* 11, 799 (2020). 2. Zhu, N. et al. A Novel Coronavirus from Patients with Pneumonia in China, 2019. *N. Engl. J. Med.* 382, 727–733 (2020). 3. Coronavirus Study Group of The International Committee on Taxonomy of Viruses. The species Severe acute respiratory syndrome-related coronavirus: classifying 2019-nCoV and naming it SARS-CoV-2. *Nat. Microbiol.* 5, 536–544 (2020).

POIRIER, E. Z. & Vignuzzi, M. Virus population dynamics during infection. *Curr Opin Virol.* 23, 82–87 (2017). 9. Sabino, E. C. et al. Resurgence of COVID-19 in Manaus, Brazil, despite high seroprevalence. *Lancet* 397, 452–455 (2021).

SILVA, Michelle Emanuella de Assis. DIREITO À SAÚDE: EVOLUÇÃO HISTÓRICA, ATUAÇÃO ESTATAL E APLICAÇÃO DA TEORIA DE KARL POPPER. *In*. REVISTA CONSTITUIÇÃO E GARANTIA DE DIREITOS, vol. 34, n 3, 2016.

DIREITO À LIBERDADE DE RELIGIÃO E COVID-19: APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Alisson Jordy Martins da Silva¹²

1 INTRODUÇÃO

Desde o início do ano de 2020 todo o mundo vem sofrendo com as diversas consequências trazidas pela pandemia do Coronavírus. Durante todo aquele ano, arrastando-se até os dias atuais, várias medidas foram adotadas pelos mais diversos países para fins de conter o avanço da doença e mitigar os impactos que o alto contágio ocasiona no sistema de saúde.

Este contexto de realidade social não foi diferente no Brasil, durante todo o ano de 2020, os Estados e Municípios adotaram diversas medidas com o fito de minimizar a disseminação da COVID-19, determinando o fechamento de comércios e a suspensão das atividades que não fossem de caráter essencial, recomendando o distanciamento social e incentivando a permanência da população em casa.

Contudo, conforme o passar dos meses, algumas medidas restritivas foram mitigadas enquanto outras permaneceram com a suspensão ou vedação total. Um dos critérios utilizados para averiguar se determinada atividade poderia continuar sendo exercida, respeitados todos os protocolos de saúde, era o caráter de essencialidade. Neste contexto, postos de gasolina, mercados, lojas de bebidas, farmácias e outras ativi-

1 Aluno da pós-graduação *stricto sensu* (mestrado) da Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: alissonmartins.adv@hotmail.com

2 Artigo submetido em 02 de junho de 2021

dades foram consideradas como essenciais e puderam seguir funcionando com restrições.

Entretantes, chegou à discussão o caráter de essencialidade dos cultos, missas e outras atividades religiosas, bem como a possibilidade da realização de atividades em caráter grupal, situação que causou impactante divergência jurisprudencial, motivo pelo qual se torna necessário o seu estudo. Deste modo, por meio do método dedutivo e do estudo bibliográfico, se pretende analisar as decisões emitidas no âmbito do STF, especialmente quanto ao aspecto da proporcionalidade e respeito aos direitos fundamentais.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, é de fundamental ordem esclarecer que a finalidade deste estudo não é exaurir os temas ou conceitos debatidos, pois, pela imensa variedade de linhas e subespécies de termos e opiniões, restaria inviável e contraproducente ao objeto do trabalho. Deste modo, apenas serão abordados os assuntos de maior relevância ou que possuem divergências em sua abordagem, cujo estudo se mostre essencial para fins de atingir a meta principal. Superada a metodologia abordada, passa-se especialmente ao teor do estudo.

Quando se pretende realizar um estudo sobre normas constitucionais, especialmente quanto às suas aplicações ou consequências, é de necessária ordem avultar a supremacia que suas cláusulas possuem sobre as demais existentes no ordenamento jurídico. E ainda, ressalta-se que o texto constitucional não é dotado apenas de regras legais de organização estatal, mas também vem carregado de Princípios Jurídicos, diretrizes procedimentais e outras peculiaridades normativas. (BARROSO, 2018, p. 45).

No mesmo sentido, destaca-se que os princípios constitucionais compõem uma parcela do elemento direito que liga a parte jurídica à eticidade, conseqüentemente, acabam assumindo um papel de fonte primária do Direito Constitucional, possuindo a mesma eficácia das demais normas constitucionais, inclusive adquirindo a característica de irradiar por todo o ordenamento jurídico influenciando em todo o conjunto jurídico do sistema legal, desde a interpretação de normas até a sua aplicação. (BARROSO, 2018, p.128)

Neste contexto, os princípios devem ser entendidos como Mandamentos de Otimização, ou seja, normas cuja aplicação demandam a sua observância da forma mais abrangente possível, devendo-se buscar a máxima efetivação, sempre no maior grau de alcance imaginável, respeitando a realidade fática e o contexto jurídico que o momento de aplicação demandar.

Consequentemente, os princípios terão diversos graus de concretização (maiores ou menores), todavia, nunca poderão ser totalmente excluídos da apreciação jurídica. Diferente do que acontece com os princípios, as regras são empregadas de forma diversa, admitindo-se a sua supressão integral face a existência de outra norma contraditória. Neste sentido, ao se analisar o contexto fático e jurídico da situação em que se fará a subsunção do fato à norma, ou esta será totalmente utilizada ou será totalmente desconsiderada (hipótese do tudo ou nada), não havendo margem para se defender uma aplicação mitigada ou parcial diante de um eventual conflito (colisão). (ALEXY, 2011, p.90-91)

Sob outro enfoque, Ávila (2016) defende que é possível diferenciar as regras dos princípios com base nas seguintes características: as regras têm por fundamento a descrição de condutas (lícitas, ilícitas ou de caráter impositivo), possuindo um caráter basal no conjunto de fundamentação jurídica a ser utilizada no momento de averiguação da melhor solução aplicável a determinado atrito. Quanto aos princípios, seus atributos são relacionados à capacidade de avolumar a seara dos ideais que devem ser promovidos e conservados perante a sociedade, bem como, serem instrumentos de suplementação, ou seja, servem como um complemento das regras na busca pela melhor solução aplicável ao confronto (p. 156).

Em apertada síntese, enquanto mandamentos de otimização, os princípios devem ser objeto de uma aplicação integrativa, não devendo o órgão responsável pela análise e aplicação do direito realizar a exclusão por completo de qualquer dos mandamentos, mesmo que sejam colidentes entre si e com a situação concreta. A ideia defendida é de máxima aplicabilidade e efetividade dos valores axiológicos, mesmo que se trate da hipótese de um confronto, procurando sempre a extração do melhor benefício possível.

Após ser evidenciada a diferença entre as regras e os princípios, é necessário entender em que ponto do sistema jurídico os direitos fundamentais estão inseridos, classificação que se faz imprescindível, pois, a

depende do seu enquadramento, soluções diversas serão aplicadas para um eventual conflito normativo, conforme explicitado anteriormente.

A princípio, destaca-se que os direitos fundamentais são definidos como normas de caráter público-subjetivo assegurados tanto às pessoas naturais quanto às pessoas jurídicas, que, por terem previsibilidade constitucional (estarem positivados), possuem status superior às demais normas do sistema jurídico, bem como, têm por finalidade intrínseca limitar o exercício do poder estatal face aos direitos e liberdades individuais (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p.41). São regras de aplicabilidade aberta, que pela hierarquização normativa têm força cogente sobre os preceitos infraconstitucionais, bem como servem de parâmetro para controle e fiscalização das ações e omissões estatais frente aos indivíduos e seus direitos.

Ademais, além das características anteriormente indicadas, os direitos fundamentais (previsibilidade constitucional, status de norma superior e limitação estatal), acrescenta-se o adjetivo de terem uma grande conexão com o ideal de Dignidade da Pessoa Humana, Estado Democrático de Direito além do fato de que, por sua grande carga valorativa, acabam dando suporte e legitimando todo o sistema normativo. Ressalva-se, que a exemplo do que ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, podem existir direitos fundamentais que não estejam explícitos no texto constitucional. Esta característica, entretanto, não inviabiliza o pressuposto de positividade normativa anteriormente indicado, vez que a difusão dos preceitos fundamentais (sejam eles implícitos ou até mesmo previstos em legislação infraconstitucional) advém da força da própria Constituição. (MARMELSTEIN 2014, p. 17 e 22).

Outrossim, em que pese as características aventadas sobre os direitos fundamentais, ressalta-se que, para este trabalho os mais relevantes são o direito à liberdade religiosa e o direito à saúde.

Inicialmente, é necessário esclarecer que apesar de ser qualificado com a expressão “liberdade”, o preceito fundamental relacionado à religião deve ser entendido tanto como a possibilidade de aderir e praticar qualquer crença, como também a garantia dela sair, por meio da sua livre conveniência. E ainda, é salutar ressaltar que a liberdade religiosa também assegura o direito de não possuir ou não seguir religião alguma e muito menos ser compelido indevidamente ao proselitismo religioso. (RAMOS, 2020, p. 1022-1023).

Oportunamente, os direitos fundamentais são normas constitucionalmente positivadas (admitindo-se exceções) e por esta razão são

consideradas como instrumentos legitimadores do ordenamento jurídico ante a sua superioridade frente às demais leis. Outrossim, fazendo uma conexão entre os conceitos alhures indicados, a vinculação ao Estado Democrático de Direito encontra direta correlação com a característica limitadora das ações (e omissões) estatal, que deverá observar e garantir da forma mais ampla possível o respeito às individualidades e necessidades de todos os agrupamentos sociais.

Do mesmo modo, baseando-se pelas características e peculiaridades demonstradas, em uma eventual classificação dos preceitos basilares, especialmente quanto às regras ou aos princípios, deve-se optar por sua qualificação à categoria de princípios normativos, pois, em um eventual conflito de direitos, sua total supressão seria algo inviável ou inadmissível, devendo-se proceder com a aplicação dos direitos colidentes no grau mais abrangente admissível, situação que não seria observada em um conflito envolvendo regras, onde existiria a aplicação integral de uma ou de outra norma (hipótese do tudo ou nada).

3 PROPORCIONALIDADE

Seguindo o contexto alhures firmado de que os princípios normativos devem ser assegurados em sua máxima plenitude e abrangência, surge a problemática, anteriormente suscitada, ao aplicador do direito de como deverá proceder ao se depara com um conflito entre dois ou mais direitos fundamentais (colisão). Esta conjuntura poderá acontecer na medida em que, para fins de estabelecer uma determinada solução legal, terá de sopesar a aplicação e incidência das normas principiológicas de forma que uma não suprima completamente a outra.

Neste contexto, surge a proporcionalidade como regra de resolução dos conflitos. Destaque-se que, apesar de existirem divergências doutrinárias a respeito do seu enquadramento, não há como classificar a proporcionalidade como um princípio, pois sua aplicação não segue os mesmos pressupostos de aproveitamento da máxima realização ou da efetivação mais abrangente. Na verdade, pode-se defender que a proporcionalidade estaria mais próxima do conceito e uso das regras, vez que impõem ao executor um dever de uso em definitivo ou uso nenhum. Ou seja, estando diante de uma hipótese de incidência da proporcionalidade, não há que se falar em condições fáticas ou jurídicas para sua ocorrência, devendo ser empregada no todo. (SILVA, 2009, p. 168). Entrementes,

apesar desta divergência doutrinária, assevera-se que neste trabalho, ambas serão tratadas com o mesmo sentido.

Quando falamos de sua origem, a proporcionalidade inicialmente apareceu no Direito Alemão, no final do século XVIII, época em que o princípio era utilizado para fins de discussão do Direito Administrativo, especialmente no que concerne às leis policiais. Inclusive, o Supremo Tribunal Administrativo da Prússia por diversas vezes utilizou o argumento da desproporcionalidade como uma forma de fundamentar suas decisões inclusive para indicar a ilegalidade de determinada conduta adotada (BARAK, 2012, p. 178-179).

Dentro deste contexto de origem da proporcionalidade como medida de sopesamento dos direitos fundamentais, é necessário retomar à Lei Fundamental Alemã de 1949. A constituição alemã foi editada sob a égide do contexto fático-normativo do pós-Segunda-Guerra, que trouxe como reflexo uma forte influência dos Direitos Humanos, os quais acabaram compondo um extenso catálogo de normas descritas na Norma Fundamental. No mesmo sentido, a Lei Básica Alemã criou um Tribunal Constitucional (GFCC) cujo objetivo era defender os Direitos Humanos incorporados ao ordenamento jurídico, permitindo que os indivíduos clamassem por sua jurisdição, a qual é exercida em cooperação com os demais tribunais. (SWEET, 2008, p. 104-105).

Em razão do destaque dado aos direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional (GFCC) passou a utilizar da proporcionalidade para fins de justificar suas decisões que tinham por escopo limitar o alcance de alguma das normas colidentes. Contudo, primariamente estas decisões nem sequer indicavam por que razão foi exigida a supressão aplicada ou ainda como a proporcionalidade foi executada, e assim permaneceu até que o Tribunal se manifestou sobre os casos 'Lüth' e 'Pharmacy Case', hipótese em que se realizou uma análise aprofundada sobre o sopesamento de maneira. (GRIMM, 2007, p. 71-72).

Extraí-se, deste modo, que a proporcionalidade, apesar de ter um uso anterior à própria Constituição Alemã, vem servindo como embasamento das decisões exaradas pelo Tribunal Administrativo Prussiano em face de Leis Policiais, conforme descrito anteriormente e apenas com o advento do Tribunal Constitucional Alemão (GFCC) guardião da jurisdição sobre os Direitos Fundamentais, foi que a proporcionalidade passou a ter um peso mais concreto na instância constitucional. Ressalta-se que as primeiras decisões não esclareciam quais os meios e procedimentos utilizados no processo de sopesamento da limitação de um

direito fundamental, havendo uma mudança de vertente apenas com os julgamentos dos casos 'Lüth' e 'Pharmacy Case', situação em que o GFCC além de julgar com o uso da proporcionalidade trouxe uma descrição detalhada do modelo a ser utilizado.

Neste sentido, de acordo com a concepção germânica, o padrão a ser adotado quando necessário o uso da proporcionalidade é composto por três subelementos (ou subprincípios) destinados a garantir o seu ideal de mandamento de otimização, principalmente no que concerne ao sopesamento dos direitos fundamentais que tenham necessidade de limitação diante de um caso concreto. A doutrina nomeia estes critérios como: Idoneidade (ou Adequação), Necessidade e a Proporcionalidade em Sentido Estrito. (ALEXY, 2011, p.110)

Necessário se faz explicar os subprincípios para fins de entender os critérios de aferição da proporcionalidade. Iniciando pela adequação ou idoneidade, pode-se esclarecer que este critério está voltado para a avaliação e validação do meio empregado e do fim perseguido. Em outras palavras, exige-se que o agente responsável pela ponderação busque os meios que sejam aptos a alcançar as finalidades a que se destinam (os objetivos que se têm por interesse). Sendo assim, qualquer outro método que não esteja habilitado para a persecução pretendida deve ser considerado como inadequado ou inidôneo e, por consequência, não deve ser utilizado. Já, quando se fala da forma que se irá verificar os meios disponíveis para alcançar a finalidade pretendida poderão ser analisados de acordo com os seguintes aspectos: qualitativo, quantitativo e probabilístico. (ÁVILA, 2016, p.209).

Em relação ao pressuposto da necessidade, seu objetivo é chegar à solução que traga menos prejuízos, ou seja, busca-se que as mitigações sejam feitas apenas na medida em que se tornem indispensáveis para consecução da finalidade almejada. Sendo assim, este subelemento está voltado especialmente ao ideal de evitar que medidas tomadas sejam maculadas por exageros supérfluos. Ressalve-se, porém, que, no mesmo contexto em que estabelece e se propõe a evitar os excessos do Estado, o subelemento da necessidade também traz consigo a aceção de coibir prestações insuficientes ou ainda aquelas que não tenham eficácia para proteger os direitos fundamentais. (MARMELSTEIN, 2014, p. 376-377)

Por fim, o terceiro critério avaliativo da proporcionalidade (em sentido amplo), tem-se a proporcionalidade em sentido estrito. Este subprincípio busca garantir que a apreciação feita pelo agente responsável pela ponderação, enquanto necessário o sopesamento entre direitos

fundamentais, respeite um equilíbrio entre meios (métodos) utilizados e as finalidades (objetivos) almejadas, assegurando que exista uma adequada proporção. Em outras palavras, este item avalia o custo-benefício entre a supressão imposta a determinado direito fundamental face à prevalência de um outro direito. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 499).

Desta forma, constata-se que a proporcionalidade (seja ela chamada de princípio ou regra), sustentada por seus subelementos de sopesamento (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) é a principal ferramenta de resolução do conflito da colisão entre normas fundamentais, como bem foi desenvolvido pelo Direito Alemão e depois difundido ao redor do mundo. Da mesma forma, pode-se imputar ao operador da ponderação a imensa responsabilidade do correto uso da ferramenta resolução do abaloamento dos preceitos fundamentais.

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROPORCIONALIDADE NO JULGAMENTO SOBRE OS TEMPLOS RELIGIOSOS

Conforme debatido alhures, viu-se, de modo sucinto, que a prática religiosa se trata de um direito fundamental, ou seja, além de outros adjetivos intrínsecos, não pode ser alvo de uma supressão total ou ainda sofrer uma intervenção estatal que não tenha a característica de, ao mesmo tempo em que limita, garante a máxima efetividade do preceito parcialmente suprimido. No mesmo sentido, além de não poderem ser completamente abolidas, quando da ponderação da colisão, trazem consigo o caráter elementar de irradiar diretrizes para as demais normas infraconstitucionais, bem como serem verdadeiros mandamentos da atuação estatal.

Ato contínuo, tratou-se sobre a hipótese em que ocorre a colisão entre dois ou mais direitos fundamentais (e a solução identificada no Direito Alemão e disseminada para outros ordenamentos jurídicos) a despeito da regra (ou princípio) da proporcionalidade, que através dos seus subelementos (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) buscará a solução menos gravosa e que traga menos restrições aos preceitos envolvidos

Após essas exposições, consideraremos as medidas e decisões adotadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em relação à liberação ou supressão da prática de atividades religiosas em caráter coletivo, dando

ênfase aos aspectos e elementos da ponderação que foram adotados ao se decidir sobre o evidente conflito de direitos fundamentais (entenda-se vida/saúde em face da liberdade religiosa).

Neste contexto, a primeira decisão trazida à baila se trata da liminar deferida pelo Ministro Nunes Marques no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 701 (ADPF 701). Na situação em tela, a Associação Nacional de Juristas Evangélicos (ANAJURE) ingressou com a medida legal para fins de se contrapor e invalidar as determinações impostas pelo Decreto nº 31 do Município de João Monlevade/MG, que expressamente suspendeu, de forma irrestrita, todas as atividades religiosas naquela cidade. De forma complementar, a ANAJURE, além da invalidação do Decreto retromencionado, também buscou coibir as demais normas, municipais e/ou estaduais, que trouxessem vedações similares ou equivalentes em todo o país. (BRASIL, 2021a).

Em sua decisão provisória, o Ministro entendeu que havia um tratamento divergente sendo aplicado quanto à possibilidade de realização presencial dos cultos religiosos. Enquanto uns Estados ou Municípios trouxeram vedações completas à prática religiosa coletiva, outros toleravam sua atividade, exigindo a observância às práticas de higiene (regras de distanciamento social), e no máximo, havendo limitações parciais (quantidade de fiéis por culto, distância entre pessoas e outras). Outrossim, Nunes Marques ressalva que a atividade religiosa deve ser considerada como essencial, e por consequência carece das mesmas garantias, ou, no mínimo um tratamento semelhante a outras atividades basilares, que, inclusive, por muitas vezes não possuem um grau de controle tão eficaz quanto se poderia extrair em um eventual culto religioso, a exemplo, citou o transporte público. (BRASIL, 2021a).

Ademais, fundamentando a decisão liminar, indicou que as medidas que vedam, indistintamente a abertura de igrejas ou templos religiosos, são altamente prejudiciais, pois atentam contra o direito fundamental da liberdade religiosa. Além disto, corroborando com a posição adotada, aclarou que a atividade religiosa é responsável por trazer conforto e apoio espiritual, além do caráter filantrópico que por muitas vezes é desenvolvido e se torna algo de necessária existência durante a pandemia. (BRASIL, 2021a).

Por fim, mas sem exaurir os argumentos da decisão liminar na ADPF 701, o Ministro Relator aduz que não é razoável ou sequer proporcional a restrição completa à possibilidade de realização de atividades religiosas em seus templos, uma vez que, seria plenamente possível

a harmonização do preceito basilar da liberdade religiosa com as práticas preventivas e repressivas à propagação do Coronavírus, hipótese que prestigiaria a todos os preceitos basilares de forma equivalente ou com a menor prejudicialidade possível. (BRASIL, 2021a).

Ademais, outros dois casos que versão sobre possibilidade ou não da restrição da prática religiosa em templos ou igrejas são as ADPFs 810 e 811, as quais foram julgadas pelo Ministro Gilmar Mendes.

Neste contexto, a ADPF 810 foi proposta pelo Conselho Nacional de Pastores do Brasil (CNPB) em face do Decreto do Estado de São Paulo nº 65.563/21, que vedava a realização dos cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo. Todavia, apesar de trazer consigo alguns argumentos que buscavam garantir o funcionamento dos cultos com a presença de fiéis, a ação não teve julgamento de mérito, pois houve o indeferimento liminar da petição inicial por ilegitimidade ativa do requerente que, nos fundamentos constantes na decisão, não seria considerada uma Entidade de Classe. Por consequência, a ADPF 810 não fará parte deste estudo, sendo mencionada apenas para fins de elucidação. (BRASIL, 2021b).

Noutra esteira, a ADPF 811 teve como requerente o Partido Social Democrático (PSD), que é parte legítima para figurar no polo ativo da ação. Não havendo irregularidades materiais ou formais, houve o julgamento do mérito, ratificado pelo plenário do STF, em votação não unânime, que teve influência direta na decisão liminar da ADPF 701, alhures explicitada. (BRASIL, 2021c).

Nesta senda, o Ministro Relator, Gilmar Mendes, entendeu pela constitucionalidade do Decreto do Estado de São Paulo que previa restrições absolutas quanto à ocorrência da prática religiosa coletiva. Como fundamento, consubstanciou o seu posicionamento sob o argumento de que não houve violação à liberdade religiosa, bem como, usou como supedâneo, o fato de uma nova Nota Técnica do Centro de Contingência do Coronavírus, juntada aos autos, que informava sobre o avanço da pandemia e o alto risco de contaminação. (STF, 2021).

O voto apresentado pelo Relator foi seguido por outros 08 (oito) Ministros, existindo apenas 02 (dois) votos divergentes, totalizando um placar final de 9x2. O posicionamento firmado pelos demais membros da corte tinha por base a necessidade e adequação da limitação (irrestrita) às práticas religiosas coletivas, para fins de evitar o colapso no sistema de saúde. Deste modo, o Supremo Tribunal Federal entendeu por maioria de

votos, pela constitucionalidade e admissibilidade de restrições à prática religiosa de forma coletiva. (STF, 2021).

Percebe-se que ambas as decisões apresentadas trouxeram argumentos e fundamentos divergentes e que consubstanciaram posicionamentos diversos entre si. Cada uma prestigiou determinados elementos jurídicos ou principiológicos, entretanto, merece destaque ao melhor uso da proporcionalidade pelo Ministro Nunes Marques, ao ponto que, além de enfrentar a colisão entre os direitos fundamentais, apresentou diretamente alternativas viáveis de menor potencial restritivo aos direitos fundamentais envolvidos, enquanto a decisão proferida na ADPF 811, aparentemente, não deu tanta ênfase aos subprincípios da proporcionalidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste estudo foi trazer à baila as decisões exaradas pelo STF, tanto em plenário, quanto em juízo individual dos seus Ministros, sobre a viabilidade e/ou admissibilidade da suspensão ou limitação total da realização de atividades religiosas em caráter coletivo, principalmente sob o aspecto da possível colisão entre os direitos fundamentais à Liberdade Religiosa e da Saúde e do uso da regra da proporcionalidade.

Neste aspecto, faz-se necessário lembrar que os Preceitos Básicos são normas positivadas na constituição e, dentre outras qualidades, têm por finalidade limitar a intervenção do Estado na liberdade e gozo dos direitos individuais. Ademais, diferentemente do que ocorre com as normas, quando há uma colisão entre os princípios fundamentais, não se pode haver a supressão integral de nenhum deles, haverá, na verdade, a sua realização em diferentes graus de concretização, mas que nunca poderão ser totalmente eliminados.

Frente a isto, deparamos com a colisão entre os direitos fundamentais de livre exercício da religião e os relativos à saúde e seus correlatos, ao passo que se evidencia um justificável receio quanto à propagação do COVID-19, ocasionando a vedação da ocorrência de atividades religiosas de caráter coletivo, o que pode ser considerado como uma supressão inconstitucional ao preceito básico da liberdade religiosa.

Sob um aspecto dos paradigmas da proporcionalidade, parece-nos que houve uma aplicação mais completa dos subelementos (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) na decisão

exarada na liminar da ADPF 701 pelo Ministro Nunes Marques, ao passo que, além de não vedar completamente a prática grupal de atividades religiosas, ressaltou o seu caráter de essencialidade, filantropia e apoio espiritual, bem como ponderou pela possibilidade de coexistir de maneira que se respeitem as práticas de higiene pública, distanciamento social e outras correlatas, necessárias para minimizar a disseminação do vírus e que são compatíveis com os fins almejados.

De modo diverso, por mais que os receios apresentados pelo Ministro no julgamento da ADPF 811 sejam justificáveis, pode-se entender que não houve uma completa aplicação da proporcionalidade pela inobservância dos seus subelementos. Em que pese o meio utilizado (vedação dos cultos e missas em caráter presencial) ser adequado ao fim almejado pela decisão (minorar a disseminação do vírus), questiona-se a correção da decisão quanto à necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, ao passo de que, além de não ser considerada a solução menos gravosa para o caso (pois fere totalmente a possibilidade de realização do direito), também não respeita um equilíbrio entre a finalidade pretendida e o meio utilizado, ao passo que, para se diminuir a disseminação do vírus não se faria necessário a vedação total à realização de uma atividade essencial.

Enfim, conclui-se que, por mais que a decisão da ADPF 811 ter sido ratificada por 09 (nove) Ministros do STF (um relator e oito membros), a decisão exarada em sede de liminar na ADPF 701, sob o ponto de vista da proporcionalidade, pareceu ter respeitado e observado de maneira mais completa os subelementos necessários para uma correta ponderação dos princípios em colisão.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 168 p. Tradução Luís Afonso Heck.

ÁVLIA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 240 p.

BARAK, Aharon. Proportionality: sources, nature, function. In: BARAK, Aharon. **PROPORTIONA LIT Y**: constitutional rights and their limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. Cap. 6 e 7. p. 131-210.

BARROSO, Luís Roberto. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 701. Relator: Ministro Marques Nunes. Brasília, DF, 03 de abril de 2021a. **Diário Oficial da União**. Brasília.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 810. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 05 de abril de 2021b. **Diário Oficial da União**. Brasília.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 811. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 07 de abril de 2021c. **Diário Oficial da União**. Brasília.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GRIMM, Dieter. **Proportionality in Canadian and German Constitutional Court**. University of Toronto Law Journal, 2007.

MARMELSTEIN, 2014, George. **CURSO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **CURSO DE DIREITOS HUMANOS**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

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

STF mantém restrição temporária de atividades religiosas presenciais no Estado de São Paulo. 2021. ADPF 811. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=463849&ori=1>. Acesso em: 02 jun. 2021.

SWEET, Alec Stone; MATHEW, Jud. **Proportionality Balancing and Global Constitutionalism**, Columbia Journal of Transnational Journal, 2008.



DIALÉTICA
EDITORA

Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia
POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma
racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"
(Lao Tze)