



Diálogo
Ambiental
Constitucional
Internacional

VOLUME

14

TEMA:

**DESENVOLVIMENTO
SOCIOAMBIENTAL
E ECONÔMICO:**

O DIÁLOGO PARA UM
PLANETA EM CRISE

Coordenadores

Jorge Miranda
Carla Amado Gomes
Anabela Costa Leão

Organizadores

Beatriz Souza Costa
Bleine Queiroz Caúla
Valter Moura do Carmo

Editores

João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Abel Fernandes Gomes	Gisele Cittadino	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Adriano Pilatti	Gustavo Noronha de Ávila	Manoel Messias Peixinho
Alexandre Bernardino Costa	Gustavo Sénéchal de Goffredo	Marcelo Pinto Chaves
Ana Alice De Carli	Jean Carlos Dias	Marcelo Ribeiro Uchôa
Anderson Soares Madeira	Jean Carlos Fernandes	Márcio Ricardo Staffen
André Abreu Costa	Jeferson Antônio Fernandes Bacelar	Marco Aurélio Bezerra de Melo
Beatriz Souza Costa	Jerson Carneiro Gonçalves Junior	Marcus Mauricius Holanda
Bleine Queiroz Caúla	João Marcelo de Lima Assafim	Maria Celeste Simões Marques
Daniele Maghelly Menezes Moreira	João Theotonio Mendes de Almeida Jr.	Murilo Siqueira Comério
Diego Araujo Campos	José Emilio Medauar	Océlio de Jesus Carneiro de Morais
Enzo Bello	José Ricardo Ferreira Cunha	Ricardo Lodi Ribeiro
Firly Nascimento Filho	José Rubens Morato Leite	Roberto C. Vale Ferreira
Flávio Ahmed	Josiane Rose Petry Veronese	Salah Hassan Khaled Jr.
Frederico Antonio Lima de Oliveira	Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha	Sérgio André Rocha
Frederico Price Grechi	Lúcio Antônio Chamon Junior	Simone Alvarez Lima
Geraldo L. M. Prado	Luigi Bonizzato	Valter Moura do Carmos
Gina Vidal Marcilio Pompeu	Luis Carlos Alcoforado	Vicente Paulo Barreto
		Vinicius Borges Fortes

Conselheiros beneméritos

Denis Borges Barbosa (*in memoriam*)
Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Rua Octávio de Faria, nº 81 – Sala
301 – CEP: 22795-415 – Recreio dos
Bandeirantes – Rio de Janeiro – RJ
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

São Paulo (Distribuidor)
Rua Sousa Lima, 75 –
CEP: 01153-020
Barra Funda – São Paulo – SP
Telefax (11) 5908-0240

Minas Gerais (Divulgação)
Sergio Ricardo de Souza
sergio@lumenjuris.com.br
Belo Horizonte – MG
Tel. (31) 9-9296-1764

Santa Catarina (Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilia
cristiano@lumenjuris.com.br
Florianópolis – SC
Tel. (48) 9-9981-9353



Diálogo
Ambiental
Constitucional
Internacional

VOLUME

14

TEMA:

**DESENVOLVIMENTO
SOCIOAMBIENTAL
E ECONÔMICO:**

O DIÁLOGO PARA UM
PLANETA EM CRISE

Coordenadores

Jorge Miranda
Carla Amado Gomes
Anabela Costa Leão

Organizadores

Beatriz Souza Costa
Bleine Queiroz Caúla
Valter Moura do Carmo

EDITORA LUMEN JURIS

RIO DE JANEIRO

2020

Copyright © 2020 by Beatriz Souza Costa
Bleine Queiroz Caúla
Valter Moura do Carmo

Categoria: Direito Constitucional

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Rosane Abel

Revisão ABNT: Bleine Queiroz Caúla
e Valter Moura do Carmo

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

D536d

Diálogo ambiental, constitucional e internacional, volume 14 : desen-
volvimento socioambiental e econômico : o diálogo para um planeta em
crise / Jorge Miranda, Carla Amado Gomes, Anabela Costa Leão (coor-
denadores) ; Beatriz Souza Costa, Bleine Queiroz Caúla, Valter Moura do
Carmo (organizadores). – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2020.

304 p. ; 23 cm. – (Série Diálogo ambiental, constitucional e interna-
cional ; 14).

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-519-1743-5

1. Direito ambiental. 2. Direito constitucional. 3. Direito internacional.
I. Miranda, Jorge. II. Gomes, Carla Amado. III. Leão, Anabela Costa. IV.
Costa, Beatriz Souza. V. Caúla, Bleine Queiroz. VI. Carmo, Valter Moura
do. VII. Título. VIII. Série.

CDD 340

Comissão Científica

- Alexandre Sousa Pinheiro – ASP Formação e Consultoria
Ângela Issa Haonat – UFT
Ana Maria D'Ávila Lopes – Universidade de Fortaleza
Ana Paula Araújo de Holanda – Universidade de Fortaleza
Anna Ciammariconi – Università degli Studi di Teramo
André Leite – Universidade de Vilnius
Beatriz Souza Costa – ESDHC
Bleine Queiroz Caúla – Universidade de Fortaleza
Carla Amado Gomes – Universidade de Lisboa
César Barros Leal – UFC
Claudia do Amaral Furquim – IDEM
Claudia Ribeiro Pereira Nunes – Yale University
Dayse Braga Martins – Universidade de Fortaleza
Délton Winter de Carvalho – UNISINOS
Elvira Domínguez-Redondo – Middlesex University
Fernando González Botija – Universidade Complutense de Madrid
Francisco Lisboa Rodrigues – FATENE
Horácio Wanderlei Rodrigues – UFSC
Jefferson Aparecido Dias – UNIMAR
João Pedro Oliveira de Miranda – Universidade de Lisboa
Jorge Miranda – Universidade de Lisboa
Katherinne de Macedo Maciel Mihaliuc – Universidade de Fortaleza
Leonel Severo Rocha – UNISINOS
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima – Universidade de Fortaleza
Orides Mezzaroba – UFSC
Rômulo Guilherme Leitão – Universidade de Fortaleza
Susana Borràs Pentinat – Universitat Rovira i Virgili
Valério de Oliveira Mazzuoli – UFMT
Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Wagner Menezes – USP

Coordenadores

Jorge Miranda

Licenciado em Direito (1963) e Doutor em Ciências Jurídico-Políticas (1979), é Professor Catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa. Nas duas Faculdades já exerceu a regência de todas as disciplinas do Grupo de Ciências Jurídico-Políticas, mantendo hoje a seu cargo as de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais. Também na Faculdade de Direito de Lisboa, exerceu funções como Presidente do Conselho Científico (1988-1990 e 2004-2007) e Presidente do Conselho Directivo (1991-2001). Integrou ainda Comissão Científica da Escola de Direito da Universidade do Minho (1973-2005) e coordenou a licenciatura em Direito da Universidade Católica Portuguesa (1983-1989). Eleito nas listas do Partido Popular Democrático, foi deputado à Assembleia Constituinte (1975-1976), tendo tido um papel importante na feitura da Constituição da República Portuguesa, de 1976. A sua colaboração estendeu-se também à elaboração das Constituições de São Tomé e Príncipe (1990), de Moçambique (1990), da Guiné-Bissau (1991) e de Timor-Leste (2001). Foi Membro da Comissão Constitucional (1976-1980), órgão precursor do atual Tribunal Constitucional. É Doutor Honoris Causa em Direito, pela Universidade de Pau (França, 1996), Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Brasil, 2000), Universidade Católica de Lovaina (Bélgica, 2003) e pela Universidade do Porto (2005). Presidente Honorário Vitalício do Instituto Luso Brasileiro de Direito Público.

Carla Amado Gomes

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto). Foi Vice-Presidente do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito de Lisboa (2006-2014). Foi Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (2007-2013). Foi assessora no Tribunal Constitucional (1998/1999). Lecciona cursos de

Mestrado e Pós-Graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em acções de formação no Centro de Estudos Judiciários.

Anabela Costa Leão

Docente da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Licenciada em Direito por esta instituição (2000) e doutorada em Direito (especialidade “Direito Público”) pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (2014), com dissertação intitulada “Constituição e interculturalidade: da diferença à referência”. É membro do CIJE (Centro de Investigação Jurídico-Económica) da FDUP. As suas áreas de interesse são Direito Constitucional, Direitos Fundamentais e Ciência Política, com especial incidência nas questões suscitadas pela diversidade cultural e religiosa e os direitos dos imigrantes. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-5767-2594>

Organizadores

Beatriz Souza Costa

Mestre e Doutora pela UFMG em Direito Constitucional; professora no Curso de Pós-Graduação, Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara. Pró-Reitora de Pesquisa da ESDHC (Belo Horizonte). E-mail: biaambiental@yahoo.com.br.

Bleine Queiroz Caúla

Doutora em Direito, linha Estratégia Global para o Desenvolvimento Sustentável - Universidade Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha. Professora Assistente da Universidade de Fortaleza. Pedagoga. Advogada agraciada com o V Prêmio Innovare, 2008 (Projeto Cidadania Ativa – gestão 2005-2008). Coordenadora Científica do Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional. Principais obras publicadas: O Direito Constitucional e a Independência dos Tribunais Brasileiros e Portugueses: aspectos relevantes; Direitos Fundamentais: uma perspectiva de futuro; O direito administrativo na perspectiva luso-brasileira; A Lacuna entre o Direito e a Gestão do Ambiente: os 20 anos de melodia das agendas 21 locais. E-mail: bleinequeiroz@yahoo.com.br. ORCID Id <http://orcid.org/0000-0002-0033-8242>.

Valter Moura do Carmo

Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR com período sanduíche na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC e doutor em Direito pela UFSC, tendo realizado o doutorado sanduíche na Universidade de Zaragoza (Espanha) com bolsa do PDSE da CAPES e período de investigação na Universidade Federal da Paraíba - UFPB com bolsa do PROCAD da CAPES. Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade de Marília - UNIMAR com bolsa do PNPD da CAPES. Professor da UNIMAR onde leciona nos cursos de graduação em Direito e Medicina, sendo professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito. Diretor de relações institucionais do CONPEDI. Membro da Comissão de Estudo de Identificação e Descrição da ABNT.

Autores

Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos

Anna Ciammariconi

Ângela Issa Haonat

Beatriz Souza Costa

Bleine Queiroz Caúla

Carla Amado Gomes

César Barros Leal

Christiane Costa Assis

Elaine Cristina Sotelo Fachini

Francisco Lisboa Rodrigues

Gabriele Aparecida de Souza e Souza

Hian Silva Colaço

Inocência Rodrigues Uchôa

José Adércio Leite Sampaio

Maraluce Maria Custódio

Marcelo Ribeiro Uchôa

Midred Cavalcante Barreto

Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier

Sócrates Oliveira Costa

Valter Moura do Carmo

Quanto Vale tantas Torres Eiffel
Diante do choro, da perda, da morte?
Níquel, cobre, mercúrio, chumbo
Provavelmente esqueci algum elemento
O rio que era doce, está a própria sorte
Quanto Vale o Desenvolvimento
Diante do lamaçal rejeitado de pardo fel?
Se tudo que vejo é falso Envolvimento
De um poder voraz jogando o bem-estar no limbo
Ou seria ao léu?
Tantas perguntas rio abaixo
De inúmeras dúvidas sucumbo
As indagações Gerais de Mariana aqui deixo,
Não a São Mateus, São João, Lucas ou Bento
Mas a São Marcos, e aí, quanto Vale?
Segundo a Vale, a quantidade de ferro garimpado por ela construiria
375 mil Torres Eiffel.

Layana Araújo

Acadêmica de Direito – Universidade de Fortaleza

Poema escrito em abril de 2019.

Sumário

Prefácio	XVII
Apresentação	XXIII
Eficiência energética e sustentabilidade	1
<i>Carla Amado Gomes</i>	
Dialética na Panamazônia: linguagem, pluralidade e cooperação	13
<i>Beatriz Souza Costa</i>	
<i>Christiane Costa Assis</i>	
<i>José Adércio Leite Sampaio</i>	
Comunidades e povos tradicionais da Amazônia brasileira: desafios para a sua proteção	35
<i>Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos</i>	
Valoração econômica de dano ambiental: técnicas e importância de sua aplicação no Direito brasileiro	47
<i>Maraluce Maria Custódio</i>	
(Bi)Tributação dos produtos reciclados no Brasil: uma logística inversa?	77
<i>Bleine Queiroz Caúla</i>	
<i>Midred Cavalcante Barreto</i>	
<i>Sócrates Costa Oliveira</i>	
Saúde e Meio ambiente na Constituição Federal de 1988: a necessidade de um diálogo de ética e responsabilidade na construção de políticas públicas que assegurem qualidade e dignidade de vida para as presentes e futuras gerações	107
<i>Ângela Issa Haonat</i>	
Controle de Convencionalidade e efetivação do direito fundamental cultural à consulta substancial das minorias indígenas no caso Belo Monte	121
<i>Hian Silva Colaço</i>	

La riforma della disciplina sulla cittadinanza nell'ordinamento italiano: un'altra occasione mancata?	153
<i>Anna Ciammariconi</i>	
Sentença Constitucional Anencéfala	171
<i>Francisco Lisboa Rodrigues</i>	
A dimensão ecológica da Dignidade da Pessoa Humana	195
<i>Elaine Cristina Sotelo Fachini</i> <i>Valter Moura do Carmo</i>	
Violência, Segurança Pública e Sistema Prisional: uma visão desde a perspectiva dos Direitos Humanos	219
<i>César Barros Leal</i>	
A Tecnologia Assistiva como instrumento de garantia do direito à educação às pessoas com deficiência	239
<i>Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier</i> <i>Gabriele Aparecida de Souza e Souza</i>	
Direito laboral desmantelado	263
<i>Marcelo Ribeiro Uchôa</i> <i>Inocência Rodrigues Uchôa</i>	

Prefácio

Convidado pela conceituada Doutora Carla Amado Gomes, Professora da Universidade de Lisboa e pela culta Doutora Bleine Queiroz Caúla, Professora da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, cumpro a honrosa e gratificante tarefa de prefaciara publicação – **Diálogo ambiental, constitucional e internacional – volume 14**.

Este volume tem o atraente sub título *Desenvolvimento socioambiental e econômico – o diálogo para um Planeta em crise*. Em treze artigos constantes do sumário estão presentes vinte autores, alguns atuando em coautoria. Os autores, na sua maioria, escreveram em português, mas há um artigo em italiano sobre cidadania. A quase totalidade dos autores dedica-se à pesquisa jurídica e ao ensino em prestigiosas universidades.

Os vários artigos integrantes do novo livro abarcam diferentes aspectos do desenvolvimento socioambiental e econômico. Feliz escolha do tema, em que se colocam separadamente, pelo menos na terminologia, desenvolvimento socioambiental e desenvolvimento econômico. Tem sido muito difícil conciliar os dois tipos de desenvolvimento e, infelizmente, os fatos apontam a difícil e agressiva realidade ambiental brasileira e mundial. Formulou-se uma teoria – o desenvolvimento sustentado- que deve ter como fundamentos interligados o meio ambiente, a sociedade e a economia. É uma sedutora teoria na sua concepção, mas raramente bem aplicada.

Peço vêniam aos valorosos autores de não poder tecer considerações sobre cada artigo de *per si*. O teor de cada trabalho vale por si mesmo, independente das modestas considerações deste prefaciador. Vou, contudo, enfrentar os seguintes temas: o comportamento das empresas frente aos desastres minerários, os ataques ao meio ambiente amazônico e o papel da coletividade na informação e na participação.

Em 25 de janeiro de 2019 repetiu-se um rompimento de barragem no Estado de Minas Gerais, Brasil. Uma das barragens da Companhia Vale do Rio Doce, situada no município de Brumadinho, rompeu-se, com o brutal resultado de 237 mortes, até agora constatadas, pois há ainda pessoas desaparecidas. Em

2015, rompeu-se a barragem de Mariana, também com vítimas mortais. Os procedimentos de prevenção não foram devidamente empregados. A legislação sobre a segurança de barragens – a Lei 12.334/2010 - afirma: “A inspeção de segurança regular será efetuada pela própria equipe de segurança da barragem [...]” (art.9º, §1º). Aí está o ponto crucial da fraqueza da Lei: a inspeção de segurança feita pela própria empresa e não por especialistas independentes e pelo próprio órgão público ambiental licenciador. Afirmou John Kenneth Galbraith: “Não há dúvida de que a influência da empresa se estende aos que a regulamentam. É necessária uma regulamentação independente, honesta, profissionalmente competente, uma coisa difícil – repetindo – em um mundo dominado pelas empresas. Isso deve ser reconhecido e levado em conta. Não há alternativa para a fiscalização eficiente.” (*A Economia das fraudes inocentes – Verdades para o nosso tempo*. Companhia das Letras, 2004). A Constituição da República determina incumbir ao poder público: “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” (artigo 225, § 1º, V). É de se incentivar que os entes legitimados – principalmente a Procuradoria Geral da República – promovam uma ação de inconstitucionalidade do malsinado artigo 9º, §1º da Lei 12.334/2010.

A Constituição da República elegeu cinco biomas que classificou como “patrimônio nacional”, sendo a floresta amazônica brasileira um desses biomas. Essa classificação tem um duplo significado: cada bioma é um patrimônio, isto é, deve ser conservado para a geração presente e futura, com o cuidado que um “paterfamilias” deve ter para com sua família e sua continuidade; cada bioma tem uma importância que não é somente regional, mas transcende esse espaço para ser conservada no interesse de toda a nação brasileira. A Lei florestal n. 12.651, de 2012, foi discutida nas duas casas do Congresso Nacional. Uma matéria que diz respeito à Amazônia legal é a Reserva Legal, que no imóvel situado em área de florestas deve ser conservado na proporção de 80%. O regime de manejo da reserva legal teve uma significativa alteração na nova Lei de 2012. “No manejo sustentável da vegetação florestal da Reserva Legal, serão adotadas práticas de exploração seletiva nas modalidades de manejo sustentável sem propósito comercial para consumo na propriedade e manejo sustentável para exploração florestal com propósito comercial” (art. 20). Portanto, a reserva legal não fica obrigatoriamente sem exploração,

ainda que haja regras para essa exploração. Ademais, a existência da reserva legal dá oportunidade de o proprietário receber por serviços ambientais (art. 41, I). O documento final do Sínodo da Amazônia/2019, convocado pelo Papa Francisco, propugna pela formação de um fundo internacional: “ Como maneira de reparar a dívida ecológica que têm os países com a Amazônia, propomos a criação de um fundo mundial para cobrir parte dos orçamentos das comunidades existentes na Amazônia, que promovem seu desenvolvimento integral e autossustentável, e , assim, protegê-las da ânsia predadora da vontade de extrair seus recursos naturais por parte das empresas nacionais e multinacionais” (parágrafo 83).

Para consolidar as conquistas legais em matéria ambiental torna-se absolutamente indispensável a prática do direito à informação e do direito à participação.

A informação serve para o processo de educação de cada pessoa e da comunidade. Mas a informação visa, também, a dar chance à pessoa informada de tomar posição ou pronunciar-se sobre a matéria informada. “A democracia nasce e vive na possibilidade de informar-se. O desinformado é um mutilado cívico. Haverá uma falha no sistema democrático se uns cidadãos puderem dispor de mais informações que outros sobre um assunto, que todos têm o mesmo interesse de conhecer, debater e deliberar” (Machado, Paulo. *Direito à informação e meio ambiente*, 2. ed. 2018). A publicidade está ligada à informação. O segredo, ao contrário, distancia e/ou elimina a informação. Contudo, tanto no exercício da política como na prática empresarial, o culto do segredo tem sido apontado como um instrumento de sucesso. Daí, não é de surpreender a resistência de governos e de empresários em transmitir as informações ambientais. As informações ambientais recebidas pelos órgãos públicos devem ser transmitidas à sociedade civil, excetuando-se as matérias que envolvam comprovadamente segredo industrial ou do Estado. A informação ambiental deve ser transmitida sistematicamente, e não só nos chamados acidentes ambientais. A informação ambiental deve ser prevista nas convenções internacionais de forma a atingir não somente as pessoas do País onde se produza o dano ao ambiente, como também alcançar as pessoas de Países vizinhos que possam sofrer as consequências do dano ambiental. O monitoramento das informações ambientais deve ser levado a efeito não só pelo Poder Público, mas também pelas organizações não governamentais,

que, para esse fim, merecem receber auxílio científico e financeiro. Os métodos e recursos da Informática devem ser utilizados para a informação e o monitoramento ambientais, insistindo-se na cooperação internacional, de forma a que os Países subdesenvolvidos e em desenvolvimento possam implementar esses procedimentos.

O direito à participação, visando à conservação do meio ambiente, insere-se num quadro mais amplo da participação diante dos interesses difusos e coletivos da sociedade. É uma das notas características da segunda metade do século XX. O voto popular, em escrutínio secreto, passou a não satisfazer totalmente o cidadão. A ausência de um conjunto de obrigações dos eleitos, previamente fixadas, tem levado as cidadãs e os cidadãos a pleitear uma participação contínua e mais próxima dos órgãos de decisão em matéria de meio ambiente. *Participar* significa que a opinião de uma pessoa possa ser levada em conta. “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição” (art. 1º, Parágrafo único da Constituição Brasileira). Além disso, a República Federativa do Brasil constitui-se em “Estado democrático de direito”. (art. 1º da Constituição). A democracia participativa vai-se constituindo através da participação direta dos cidadãos, através da Ação Popular (art. 5º, LXXIII), e da atuação das associações, que são criadas livres do consentimento estatal, como felizmente assegura a Constituição (art.5º, XVIII), podendo elas postularem judicialmente a conservação do meio ambiente, como prevê a Lei 7.347/1985. “Uma sociedade não é capaz de avançar, de tolerar mais liberdade e de ter clareza nos engajamentos humanos, se ela não desenvolver a capacidade organizacional e sistêmica de enfrentar essa realidade. O desenvolvimento da capacidade “sistêmica” constitui a condição indispensável de um crescimento sustentado, como de toda a democratização da sociedade”, como escreveu Michel Crozier (*La Société bloquée*. Éditions du Seuil, 1970, minha tradução). Participar, por exemplo, de um organismo colegiado requer um aprendizado, que deve começar na escola fundamental. É preciso aprender a expor ideias, debater-las e sujeitar-se ao confronto com pontos de vista diferentes.

Diálogo para um Planeta em Crise é o tema geral que, necessária e meritariamente, este livro quis abranger. Quem dialoga quer um entendimento, pois quem se fecha ao contato acredita possuir a verdade, com exclusividade. Trago a lição de Pierre Dansereau – Professor de Ecologia na Universidade do Quebec,

em Montreal – Canadá, que me recebeu nessa Universidade, como Professor Convidado. “É no nível do ecodesenvolvimento que se situa uma interpretação global do potencial e da resiliência do meio ambiente e das alternativas abertas a uma ecológica articulada aos valores da sociedade. As pessoas que trabalham nas sociedades contemporâneas passaram a ter uma nova luz, que tornou visíveis os limites e a fragilidade dos recursos, a qual revela a interdependência da poluição, da pobreza, da ignorância, da guerra e da opressão política”. (Dansereau, Pierre. *Protection de l’environnement et développement: lois de nature et lois humaines*. In : *Le droit à la qualité de l’environnement : un droit en devenir – un droit à définir*. Quebec, 1988, minha tradução).

Paulo Affonso Leme Machado

Doutor em Direito pela PUC-SP. Advogado. Doutor *Honoris Causa* pela Universidade Estadual Paulista – UNESP (Brasil), pela Vermont Law School (Estados Unidos), pela Universidade de Buenos Aires (Argentina) e pela Universidade Federal da Paraíba (Brasil). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Robert Schuman/Strasbourg (França). Prêmio de Direito Ambiental Elizabeth Haub (Alemanha/Bélgica). Professor Convidado na Universidade de Limoges (1986-2004). Professor na Universidade Estadual Paulista – UNESP (1980-2004). Promotor de Justiça/SP (aposentado). Conselheiro do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA (1984-1986). Conselheiro do Conselho do Patrimônio Cultural (2004-2008). Autor do livro *Direito Ambiental Brasileiro*, 26. ed. *Chevalier de La Légion d’Honneur* (França). Professor na Universidade Metodista de Piracicaba.

Apresentação

Bleine Queiroz Caúla
Coordenadora Científica

O Seminário Internacional *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional* tem seu berço na Universidade de Fortaleza, desde o ano de 2012.

No ano de 2017, o XI Diálogo ACI – Tema Desenvolvimento Socioambiental e Econômico: o diálogo para um Planeta em crise, foi acolhido pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) e pela Universidade do Porto (UP). Rendemos nossos agradecimentos as professoras Beatriz Costa, Marta Chantal Ribeiro e Anabela Costa Leão, pela impecável organização.

O projeto acadêmico Diálogo ACI renova o compromisso científico, a promoção da iniciação à pesquisa e a qualidade metodológica dos artigos publicados.

O Volume 14 compila os artigos dos palestrantes da XI Edição, realizada nos meses de setembro e novembro de 2017, na Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) e na Faculdade de Direito da Universidade do Porto (UP).

A Coordenação de Apoio de Pessoal de Nível Superior (CAPES), o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, o Centro de Investigação Jurídico Económica (CIJE) da Universidade do Porto, têm relevante contribuição para a continuidade do evento que completou quinze edições no ano de 2019, percorrendo cidades brasileiras como Fortaleza, Brasília, Belém, Belo Horizonte, Palmas, Marília e Rio de Janeiro; e estrangeiras Quito (Equador), Lisboa, Porto e Braga (Portugal), Tarragona, Santiago de Compostela, Sevilla (Espanha), Teramo (Itália).

A publicação dos volumes 13 e 14, impressa no Brasil pela Editora *Lumen Juris*, recebe o apoio da CAPES. O e-Book internacional, na versão portuguesa, é publicado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Boa leitura!

Eficiência energética e sustentabilidade

Energy efficiency and sustainability

Carla Amado Gomes

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
Investigadora do CIDP. Professora Convidada da Faculdade de Direito
da Universidade Católica (Porto). Coordenadora Acadêmica do Diálogo
Ambiental, Constitucional e Internacional.

Resumo: A eficiência energética é um termo com múltiplos sentidos, o que não facilita a definição dos seus objectivos nem a avaliação de resultados das políticas que sobre ela incidem. Apesar de alguma ambiguidade que a envolve, a eficiência energética constitui o objectivo prioritário da estratégia de evolução para uma sociedade hipocarbónica que a Comissão Europeia assumiu na sua Comunicação *Energia limpa para todos os europeus*, com a qual pretende desencadear uma revisão de toda a legislação europeia dedicada à Energia.

Abstract: Energy efficiency is a multiple significant expression, which doesn't facilitate neither the definition of its objectives nor the evaluation of the results its policies involve. Despite some ambiguity, energy efficiency constitutes the main target of the European Commission strategy towards the transition to a hipocarbonic society, which the Commission assumed in the Communication *Clean Energy for all europeans*, a document that presides the revision of all European Union Energy legislation.

Palavras-chave: Eficiência Energética; Ambiente; Descarbonização.

Keywords: Energy Efficiency. Environment. Decarbonization.

1 A eficiência energética entre o Ambiente e a Energia

Um ambicioso pacote legislativo, intitulado *Energia limpa para todos os europeus* ('*Clean Energy for all Europeans*'), foi divulgado pela Comissão Europeia em Novembro de 2016¹. Trata-se de um conjunto de propostas com vista a promover uma revisão profunda de várias directivas relativas à Energia, numa tentativa de elevar os objectivos para o horizonte de 2030 de acordo com o compromisso assumido no Acordo de Paris, de transição no mais breve trecho para uma sociedade hipocarbónica que permita conter o nível de aquecimento em não mais de 1.5°C acima dos níveis pré-industriais. A eficiência energética surge neste pacote como prioridade absoluta. O significado desta expressão, não é, no entanto, claro no tecido normativo europeu.

1 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social, ao Comité das Regiões e ao Banco Europeu de Investimentos — COM(2016) 860 final, de 30 de Novembro de 2016 (disponível aqui: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/COM-2016-860-F1-EN-MAIN.PDF>).

A eficiência energética surge, na verdade, envolta em ambiguidade, o que se depreende desde logo da consulta de alguns documentos da União Europeia sobre a temática. Assim, se a directiva sobre eficiência energética actualmente em vigor a define neutralmente como “o rácio entre o resultado em termos do desempenho, serviços, bens ou energia gerados e a energia utilizada para o efeito” (artigo 2, n.º 4, da directiva 2012/27/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro), já o *Plano da União Europeia para a Eficiência Energética 2011* esclarece que “tecnicamente, ‘eficiência energética significa usar menos energia mas manter um nível equivalente de actividade económica ou serviço” (“ «energy efficiency» means using less energy inputs while maintaining an equivalent level of economic activity or service”); já “«poupança de energia» é um conceito mais amplo que também include redução do consumo através de mudanças de comportamento ou de afrouxamento do crescimento económico. Na prática, são conceitos difíceis de destringir e são utilizados indiferenciadamente”². Ainda se pode ler, no Pacote *Clean Energy for all Europeans*, a Comissão afirma que “a melhor energia é a que não se consome”. A ambiguidade parece, portanto, ser voluntariamente cultivada.

Assim, no quadro do Direito da União Europeia, falar em eficiência energética pode querer dizer:

- fazer mais com a mesma energia (aumentando a produção e mantendo constante o consumo);
- fazer mais com menos energia [aumentando a produção mas reduzindo consumos, o que equivale a efectiva poupança — mote do *Livro Verde sobre a Eficiência Energética*³ (2005)];
- fazer menos com menos energia (o que corresponde a menos consumo e menos produção, ou seja, decrescimento).

Uma outra “duplicidade” que o termo ‘eficiência energética’ convoca é a da sua filiação:

- de uma banda, a vinculação ao Direito da Energia é evidente, uma vez que o aumento de eficiência energética maximiza a utilidade da energia, evitando consumos inúteis e, por essa via, minimiza a dependência energética;

2 *Plano para a Eficiência Energética*, p. 2, nota 2.

3 COM (2005) 265 final, de 22 de Junho de 2005.

- de outra banda, a(s) ligação(ões) ao Direito do Ambiente surge(m) também cristalina(s), embora aí os múltiplos sentidos se acentuem:
- numa versão minimalista, a eficiência energética traduz refreamento de utilização de recursos fósseis, assim contribuindo para a luta contra o aquecimento global, mantendo embora outras fontes, como a nuclear = por outras palavras, significa *redução do uso de fontes fósseis*;
 - numa versão intermédia, eficiência energética concretiza-se na reconversão das fontes de energia, reduzindo as fósseis e incrementando as renováveis — ou seja, adoptando métodos de produção de energia mais eficientes do ponto de vista ecológico = por outras palavras, significa a *progressiva substituição de fontes fósseis por renováveis (descarbonização)*;
 - numa perspectiva maximalista, eficiência energética equivale, simultaneamente, a reconversão energética (de fósseis para renováveis, com redução significativa de emissão de CO₂) e a implementação de medidas de maximização da utilização da energia = por outras palavras, significa *utilizar, com o maior rendimento possível, a energia limpa de CO₂ (se possível, nem a utilizando)*.

Enfim, como vimos no desdobramento de sentidos que o termo ganha em documentos da UE, eficiência energética pode querer dizer muita coisa — e desenvolver-se através de medidas muito variadas. No pacote *Energia limpa para todos os europeus*, a Comissão Europeia propõe, para alcançar a meta de 30% em ganhos de eficiência energética para 2030, a intervenção prioritária em duas áreas: por um lado, alargar o leque de produtos abrangidos pelas exigências de funcionamento ecologicamente adequado (*ecodesign*), bem como aprofundar a etiquetagem energética, para que os consumidores possam adquirir electrodomésticos e outros equipamentos cada vez mais eficientes; por outro lado, incentivar a construção de edifícios inteligentes — no caso dos edifícios públicos, promover a construção exclusiva de *nearly zero energy buildings* a partir de 2020; no caso dos privados, apoiar a construção através de fundos vários, como o *European Fund for Strategic Investments* —, com técnicas que apostem na monitorização automática dos sistemas de iluminação e de aquecimento

e arrefecimento, e na co-geração de energia com base no aproveitamento de resíduos; e ainda investir na renovação dos edifícios já existentes, no sentido de alcançar um parque imobiliário totalmente descarbonizado em 2050. A co-geração de resíduos domésticos surge como especialmente relevante no entrecruzamento entre a política energética e a política ambiental, uma vez que, respeitada que seja a hierarquia de resíduos (prevenção; reutilização; reciclagem; valorização e eliminação), a valorização energética de resíduos biodegradáveis constitui peça essencial da chamada “economia circular”⁴.

O aprofundamento dos objectivos de eficiência energética anda *pari passu* com a reconversão energética (transição para as renováveis), diminui a dependência energética dos Estados membros (porque não se aumenta, ou mesmo reduz-se, o consumo) e contribui para a criação e o desenvolvimento das empresas ligadas aos vários ramos em que se pode traduzir a construção e renovação de edifícios (vidros; isolamento térmico de telhados; renovação das fontes de energia dos edifícios), bem como para o aumento de postos de trabalho nesses ramos. A Comissão estima que os lucros advenientes do cumprimento do objectivo de ganhos de 30% em 2030 ascendam a 100 biliões de euros e se traduzam em cerca de 400 mil novos empregos no sector da construção energeticamente eficiente⁵.

Acrescem os benefícios para a população, sobretudo para certas categorias de pessoas. Como se realça na Exposição de motivos sobre a necessidade de revisão da Directiva sobre desempenho energético dos edifícios em vigor, “Os edifícios mais eficientes proporcionam maiores níveis de conforto e de bem-estar aos seus ocupantes e melhoram a saúde, reduzindo a mortalidade e morbilidade resultantes de um ambiente interior de má qualidade. O facto de as habitações estarem aquecidas e ventiladas de modo adequado atenua os eventuais efeitos negativos da humidade na saúde, designadamente nos grupos vulneráveis como as crianças, os idosos e os doentes.

4 Desenvolvidamente sobre o papel da valorização energética dos resíduos no contexto da economia circular, veja-se a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões *O papel da produção de energia a partir de resíduos na economia circular*, COM(2017) 34 final, de 26 de Janeiro.

5 Cfr. *Putting energy efficiency first: consuming better, getting cleaner*, European Commission Fact sheet on Energy Efficiency, 30 de Novembro de 2016.

O desempenho energético dos edifícios tem também um grande impacto na acessibilidade do preço da habitação e na pobreza energética. As economias de energia e a melhoria da eficiência do parque habitacional deveriam permitir a um grande número de agregados familiares escapar à pobreza energética. A presente proposta poderia contribuir para afastar da pobreza energética entre 515 000 e 3,2 milhões de agregados familiares na UE (num total de 23,3 milhões de agregados familiares que vivem em situação de pobreza energética — Eurostat)⁶.

A promoção da eficiência energética não é, no entanto, um objectivo novo na União Europeia. Na verdade, trata-se de uma matéria presente na legislação europeia — e, conseqüentemente, nas legislações nacionais dos Estados membros — desde finais da década de 1980.

2 O Direito da União Europeia como força dirigente da política de eficiência energética

A União Europeia começou por legislar em sede de “utilização racional e economia da energia” em 1979, através da Directiva 79/530/CEE, do Conselho, de 14 de Maio, relativa à informação sobre o consumo de energia dos aparelhos domésticos por meio de etiquetagem, ao abrigo do então artigo 100 do Tratado de Roma, em sede de harmonização de legislações. Esta directiva surtiu pouco efeito prático e está hoje revogada pela Directiva 2010/30/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio (relativa à indicação do consumo de energia e de outros recursos por parte dos produtos relacionados com a energia, por meio de rotulagem e outras indicações uniformes relativas aos produtos).

Foi sobretudo a partir de 2007 que a eficiência energética ganhou maior impulso. Cumpre realçar neste ponto a importância da tomada de posição da União Europeia nas *Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de 8 e 9 de Março de 2007*, no qual se lançou a famosa estratégia 20/20/20 e se estabeleceu um objectivo de redução do consumo de energia/eficiência energética de 20% até 2020 (actualizado para pelo menos 30% em 2030, nas

6 Sobre os inúmeros benefícios do incremento da eficiência energética, vejam-se as considerações tecidas no documento intitulado *Good practice in energy efficiency* — COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT (Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2012/27/EU on Energy Efficiency), ponto 6.3. *Capitalising on energy efficiency multiple benefits*.

Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de 23 e 24 de Outubro de 2014). Estas *Conclusões* colocaram a eficiência energética entre a política de ambiente e a política energética — sendo certo que se usa indiferenciadamente as expressões ‘eficiência energética’ e ‘redução do consumo de energia’ quando elas não são, na verdade, sinónimas...

Esta Estratégia gerou uma multiplicidade de diplomas, energéticos (v.g., a segunda *Directiva renováveis*, de 2009) e ambientais (v.g., a Directiva sobre o sequestro de carbono, também de 2009). Num pacote de 2010, surgiram a Directiva 2010/30, já referida, e a Directiva 2010/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, (também) de 19 de Maio, relativa ao desempenho energético dos edifícios, que revogou uma anterior directiva de 2002/91/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro). As directivas 30 e 31/2010 têm já como base habilitante o artigo 194 do TFUE, em sede de Política de Energia.

A relação entre eficiência energética, descarbonização e reconversão energética desmultiplicou a rede normativa nesta sede. Temos hoje, para além das directivas sobre rotulagem de produtos relacionados com a energia e desempenho energético dos edifícios, diplomas vários relativos à promoção da eficiência energética, seja no domínio da circulação rodoviária [Regulamento (CE) 1222/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro, relativo à rotulagem dos pneus no que respeita à eficiência energética e a outros parâmetros], seja na área da iluminação (Directiva 98/11/CE, da Comissão, de 27 de Janeiro, relativa à rotulagem energética das lâmpadas eléctricas para uso doméstico), seja em sede de concepção ecológica dos produtos relacionados com o uso de energia (Directiva 2009/125/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Outubro).

Diploma central neste domínio veio a ser a Directiva 2006/32/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Abril, relativa à eficiência na utilização final de energia e aos serviços energéticos. Esta directiva, que acolheu as principais conclusões do *Livro Verde sobre Eficiência Energética* de 2005 e que hoje se encontra revogada pela Directiva 2012/27/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro, introduziu cinco ideias, que ainda ecoam na directiva de 2012:

- i) a fixação de um objectivo global nacional de incremento de eficiência energética (de 9% até 2016), meramente indicativo;

- ii) a criação de esquemas de mercado como os “certificados brancos”;
- iii) a promoção do protagonismo do sector público (“um papel exemplar”) na implementação de medidas de eficiência energética, nomeadamente no âmbito da contratação pública;
- iv) a possibilidade de imposição aos fornecedores de energia de obrigações de prestação de serviços a preços competitivos, de realização de auditorias de eficiência energética e de contribuição para fundos destinados ao financiamento de programas de eficiência energética;
- v) a obrigação de apresentação à Comissão, pelos Estados-membros, de Planos de Acção para a Eficiência Energética em 2007, 2011 e 2014, com a descrição das medidas a adoptar no sentido do alcance do objectivo de incremento de 9% proposto pela directiva .

A natureza não vinculativa da meta fixada nesta directiva, acompanhada da constatação da pouca eficácia da sua implementação levaram à sua substituição pela Directiva 2012/27/UE, já referida. Logo em 2011, o *Plano para a Eficiência Energética 2011* prometeu a reforma do quadro legislativo existente, com o objectivo de introduzir mudanças de vulto, que sintetizava em: a) poupanças de 1.000€/ano por fracção habitacional; b) aumento da competitividade das empresas; c) criação de mais de 12 milhões de empregos; d) redução de emissões de gases com efeito de estufa em 740 milhões de toneladas.

Tais melhorias passariam, desde logo, pela introdução de metas vinculativas, as quais deveriam permitir alcançar um incremento de eficiência energética de 20% em 2020. Tal desígnio assentaria em medidas concretas a implementar em três domínios prioritários: i) a reforma dos edifícios (responsáveis pelo consumo de 40% da energia na União Europeia), sobretudo dos públicos, mas também através de obrigações de redução do consumo em casas particulares; ii) os transportes; e iii) a indústria.

A Directiva 2012/27/UE vem trazer mais consistência a estes objectivos, fixando uma meta, para a União Europeia no seu conjunto, de um consumo máximo — veja-se o artigo 3, n.º 2. Esta meta deverá ser atingida através da actuação conjugada nos domínios referidos e em outros que os Estados-membros entendam relevantes, sendo certo que a directiva, numa manobra

pragmática e explorando a ambiguidade do termo “eficiência energética”, aponta, no artigo 7º, duas vias alternativas de consecução de tal meta:

- i) *the hard way*, através da imposição de obrigações de eficiência energética, que se traduziriam em poupanças de 1,5% por ano, entre 2014 e 2020 — n.º 1. A maior dificuldade desta via decorre do facto de ela implicar redução de consumos, domésticos e industriais, o que redundaria em menor desperdício e menor produção, respectivamente;
- ii) *the soft way*, através da válvula de escape aberta pelo n.º 9 do mesmo preceito, onde se estabelece um conjunto de medidas que podem ser implementadas pelos Estados membros de modo a que, sem reduzir os consumos, se consiga maior produtividade.

Esta disposição, com a sua alternatividade, atesta bem o dilema com que se confronta o objectivo de eficiência energética — que espelha identicamente o dilema da sua maior proximidade a uma política de Energia, mais próxima do crescimento económico, ou a uma política de Ambiente, mais propícia ao decréscimo⁷. Note-se que mesmo pressupondo a eficiência energética um *mix* energético predominantemente renovável — recorde-se que Estados como a Alemanha apontam para um sistema energético totalmente assente em energias renováveis em 2050 —, e assumindo que as renováveis são inesgotáveis, o espaço em que as estruturas que as captam e transformam se fixam é escasso, facto que recomenda a efectiva redução de consumo. Porém, a contenção energética implica uma reformulação de hábitos e mesmo uma restrição de direitos como a propriedade e a iniciativa privada, ou seja, uma alteração de comportamentos⁸ que, para ser socialmente tolerada e economicamente viável, exige um tempo de assimilação porventura mais dilatado.

Talvez por isso a Comissão Europeia, no pacote *Energia limpa para todos os europeus* tenha proposto a extensão desta alternativa até 2030 — no caso

7 Acentuando este aspecto, Orsolya BÁNYAI e László FODOR, *Energy efficiency obligation...*, *cit.*, ponto 6.

8 Que, segundo alguns, será mesmo mais eficaz do que estratégia de manutenção do *status quo* através de medidas tecnológicas de incremento da eficiência energética, demandando, no entanto, incentivos, por exemplo consubstanciados numa remuneração da energia poupada (*feed-in tariff*) — Paolo BERTOLDI, Silvia REZESSY, Vlasios OIKONOMOU, *Rewarding energy savings rather than energy efficiency: Exploring the concept of a feed-in tariff for energy savings*, *Energy Policy*, n.º 56, 2013, pp. 526 segs.

da primeira opção, essa escolha redundaria numa poupança de 15% até 2030. E também por isso, porventura, continua a fixar-se um objectivo da União e não objectivos nacionais — admitindo a dificuldade maior de alguns Estados (e suas populações) em se adaptarem a estas mudanças.

3 A (in)eficiência da estratégia de eficiência energética

A aferição técnica dos ganhos em eficiência energética é muito complexa, e os progressos dos índices obtidos estão muito dependentes da alteração de comportamentos dos consumidores. O consumidor doméstico tem, na realidade, um papel fundamental na eficiência da política de eficiência energética, em vários planos.

Por um lado, porque a sua resistência à mudança é tendencialmente forte, verificando-se que cultiva uma iliteracia na adopção de comportamentos que lhe exigem mudanças de postura (por exemplo, na substituição de contadores tradicionais por contadores inteligentes que o ajudem a poupar energia; na troca de fornecedor de energia por um que lhe forneça energia totalmente renovável); por outro lado, porque a implementação de equipamentos que promovem a eficiência energética em habitações é onerosa (em si e nas modificações que normalmente implica) e tem benefícios não imediatos, e como o factor principal de incentivo para gerar eficiência energética não é o ambiental mas o de contenção de custos e equilíbrio do orçamento familiar, tais mudanças não constituem prioridade (sobretudo nos Estados do sul da Europa, menos ecologicamente sensibilizados e mais fustigados pela crise económica). Por fim, porque o plano das alterações comportamentais é um domínio no qual a influência de factores aleatórios facilmente se introduz. Pensamos, por exemplo, no efeito pernicioso que um escândalo como o do falseamento dos dados das emissões dos motores a diesel dos veículos da marca Volkswagen pode provocar nos consumidores, que vêem frustradas as suas expectativas de contribuição para a luta contra as alterações climáticas.

Acresce um outro efeito perverso em certas medidas de implementação da eficiência energética, que se revelam contraproducentes - trata-se do chamado efeito “rebound” (ou paradoxo de Jevons). De uma banda, os contadores inteligentes, que supostamente induzem a utilização mais racional da energia podem, afinal, ser indutores do consumo. Por outro lado, a reconversão energética

pode gerar mais energia e mais acessível do que a fósil (pelo menos, no médio prazo), o que torna a produção mais barata, os produtos mais competitivos e gera aumento do consumo, com maior pressão sobre os recursos.

Todos estes factores contribuem para que o cenário se não afigure promissor no plano da União Europeia. No Relatório apresentado pela Comissão, em final de 2015, ao Parlamento Europeu e ao Conselho, sobre o progresso feito pelos Estados-membros no plano da eficiência energética com vista ao cumprimento dos objectivos da directiva 2012/27/UE⁹, conclui-se, por um lado, que, no plano global dos (ainda) 28 Estados-membros, o consumo de energia aumentou (mesmo que em certos Estados tenha decrescido) e, por outro lado, que o incremento em eficiência energética previsto fica, num conjunto muito significativo de Estados, muito abaixo do patamar dos 20% em 2020.

Estes dados justificam que a Comissão, na Comunicação *Energia limpa para todos os europeus*, a que começámos por aludir, tenha apelado a um aumento do esforço dos Estados membros neste campo.

4 O dilema ambiental da eficiência energética

Depois deste breve périplo, que demonstra a complexidade de implementação de medidas verdadeiramente eficazes no plano da eficiência energética — e desde logo de definição do conteúdo desta noção —, regressamos à interrogação inicial, sobre a dupla filiação, ambiental e energética, desta política: será a eficiência energética um objectivo amigo do ambiente?

Wolfgang SACHS, em finais da década de 1990, advertia os mais entusiastas de que “apelar à eficiência de utilização de recursos naturais, por si só, turva uma visão de reformas ecológicas assente em duas traves-mestras: - o escrutínio dos meios; acompanhado - da avaliação dos objectivos em face destes. O mero incremento da eficiência de utilização dos recursos conduz a um beco sem saída se não for *pari passu* com uma atitude inteligente de contenção de crescimento”¹⁰. Se atentarmos em que, desde finais dos anos 1960, a pegada ecológica da Humanidade duplicou; em que, desde os anos 1980 excedemos a biocapacidade

9 COM(2015) 574 final , de 18 de Novembro.

10 Wolfgang SACHS, Planet Dialectics: Explorations, in *Environment & Development*, London, 1999, p. 41.

do Planeta em 25%¹¹; em que, na última década, no mês de Agosto começamos a viver em sobrecapacidade¹², o que significa que precisaríamos, entre 1.5 Terra/ano (média), a 4 Terras/ano (cidadão dos EUA) ou 5.5 Terras/ano (cidadão dos Emirados Árabes Unidos) para satisfazer as nossas necessidades, entre básicas e supérfluas¹³; enfim, se ponderarmos tudo isto, as palavras de SACHS ganham ainda mais sentido e o objectivo de “eficiência energética” pode ser, afinal, uma desculpa para manter o ritmo de consumo em crescendo com o mesmo (ou maior) índice de energia final.

Significará isso que a solução passa, não por fazer mais com o mesmo, mas antes por fazer menos com menos? Que o caminho é adoptar uma atitude de “sensata frugalidade” (“wisdom of frugality”), como advoga RUDIN, abandonando a vertigem da sociedade de consumo e (re)construindo a sociedade por apelo a um modelo de “simplicidade voluntária”, baseado em produção local e economias de pequena escala¹⁴?

Estas interrogações são, como realça HERRING, mais éticas do que técnicas e mais culturais do que económicas¹⁵. Para além de questões de política energética, que ultrapassam a reflexão sobre como poupar na factura energética, está aqui em causa uma noção altamente difusa e subjectiva, que se traduz no que cada sociedade, cada indivíduo, entende por “qualidade de vida”. Parafraseando HERRING e concluindo, “trata-se de velhas questões: o consenso sobre soluções práticas de «suficiência» levará tempo. No entretanto, a eficiência energética deverá constituir uma ferramenta valiosa para gerar economias domésticas e estimular a produtividade, independentemente do efeito de redução de energia final que efectivamente possa gerar”¹⁶.

11 Cfr. http://wwf.panda.org/about_our_earth/all_publications/living_planet_report/2012_lpr/demands_on_our_planet/

12 Falamos do *Earth overshoot day* (numa tradução livre, o dia em que a Terra *estoura* o seu “orçamento” anual), identificado desde há duas décadas: em 1993, ocorreu em 21 de Outubro; em 2003, alcançou-se no dia 22 de Setembro; e este ano, fixou-se em 2 de Agosto – dados disponíveis em http://www.footprintnetwork.org/en/index.php/gfn/page/earth_overshoot_day/

13 Cfr. http://wwf.panda.org/about_our_earth/all_publications/living_planet_report/2012_lpr/demands_on_our_planet/

14 Andrew RUDIN, *How improved...*, *cit.*

15 Horace HERRING, *Energy efficiency...*, *cit.*, p. 19.

16 Horace HERRING, *Energy efficiency...*, *cit.*, p. 19.

Dialética na Panamazônia: linguagem, pluralidade e cooperação

Dialectics in Panamazonia:
language, plurality and cooperation

Beatriz Souza Costa

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós doutora pela Univ. de Castilla-La Mancha, Espanha. Pró-Reitora de Pesquisa da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professora da Escola Superior Dom Helder Câmara. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Estratégica da Panamazonia da Escola Superior Dom Helder Câmara.

Christiane Costa Assis

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora da Escola Superior Dom Helder Câmara. Membro do Grupo de Pesquisa Estratégica da Panamazonia da Escola Superior Dom Helder Câmara.

José Adércio Leite Sampaio

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós Doutor pela Univ. de Castilla-La Mancha, Espanha. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Escola Superior Dom Helder Câmara. Coordenador do Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara. Procurador da República.

Resumo: O presente artigo versa sobre a superação do obstáculo da diferença cultural entre os povos da Panamazônia por meio de uma construção dialética da cooperação. A metodologia adotada no presente trabalho foi composta pelo método de abordagem dialético comparativo, uma vez que se buscou uma conclusão a partir do debate entre diversas posições teóricas, e pelo procedimento da pesquisa bibliográfica, apresentando-se autores selecionados conforme a temática proposta. Como conclusão percebeu-se que a dialética foi essencial para superar a diferença cultural e, concomitantemente, proporcionar o sentimento de unidade dos diferentes povos, o que pode e deve servir de exemplo para governos no cenário pluralístico das sociedades contemporâneas.

Palavras-chave: dialética; índios; panamazonia.

Abstract: This article deals with overcoming the obstacle of cultural difference between the peoples of Panamazonia through a dialectical construction of cooperation. The methodology adopted in the present work was composed by the method of comparative dialectic approach since a conclusion was sought from the debate between several theoretical positions and by the procedure of the bibliographic research presenting selected authors according to the proposed theme. As a conclusion it was realized that dialectics was essential to overcome cultural difference and at the same time to provide the feeling of unity of different peoples which can and should serve as an example for governments in the pluralistic scenario of contemporary societies.

Keywords: dialectic; Indians; panamazonia.

Introdução

A Amazônia brasileira é reconhecida pela sua diversidade e beleza natural, entretanto, poucos conhecem o território maior a qual ela pertence: a Panamazônia, que ocupa trechos do Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Guiana Francesa, Peru, Suriname e Venezuela. A Panamazônia é um bioma que funciona como estabilizador climático regional e global que mantém a umidade do ar e produz 1/3 das chuvas do planeta, além de concentrar 34% dos bosques primários da Terra que abrigam entre 3% e 50%

da fauna e flora do planeta¹⁷. Mas há outro dado sobre a Panamazônia que muitas vezes passa despercebido: ela abriga 3 milhões de índios, divididos em 390 povos. Desses, quase metade – entre 110 e 130 – está isolada ou nunca teve contato com pessoas de fora. Somados, eles falam 240 línguas pertencentes a 49 famílias linguísticas¹⁸.

Como a Panamazônia ocupa trechos de diferentes países, a diferença de tratamento jurídico-governamental representa um problema na proteção do bioma e os acordos internacionais pouco têm contribuído para a cooperação internacional entre eles. Acrescente-se a isso a dificuldade de cooperação do ponto de vista interno, ou seja, entre os povos panamazônicos que não possuem nem mesmo os aparatos e assessoramento diplomático que os países possuem. Em uma análise preliminar, se os países panamazônicos não conseguem dialogar entre si, tomaria proporções consideravelmente maiores para os povos que lá vivem. Porém, surpreendentemente, as tentativas de cooperação interna se mostraram mais eficientes do que a cooperação externa em função de uma característica em comum: embora apresentem diferenças culturais, os povos panamazônicos enfrentam as mesmas ameaças decorrentes da exploração inescrupulosa dos recursos naturais do território.

O presente trabalho analisa por meio de aportes hermenêuticos as diferenças humanas já constatadas pela ontologia, que podem ser compatibilizadas por meio da linguagem. Posteriormente, este trabalho aplicará referida construção teórica à diversidade dos povos panamazônicos, destacando a experiência da “Escola para a Promoção, Defesa e Exigibilidade de Direitos Humanos” da REPAM, a Rede Eclesial Panamazônica. A Escola foi formada por agentes de pastoral e membros da comunidade panamazônica no intuito de capacitar a comunidade a proteger seu território e superou o desafio da comunicação entre os povos, promovendo o respeito e a cooperação.

Rejeita-se desde já o argumento abrangente sobre a descaracterização dos índios da Panamazônia em função do contato com “não-índios” ou de práticas

17 REPAM - Rede Eclesial Pan-Amazônica. **Memorándum de entendimiento entre la Red Eclesial Pan-Amazónica y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos**. 10 de agosto de 2016b. Disponível em: <https://goo.gl/ta3qPE>. Acesso em: 20 jul. 2017.

18 REPAM - Rede Eclesial Pan-Amazônica. **Memorándum de entendimiento entre la Red Eclesial Pan-Amazónica y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos**. 10 de agosto de 2016b. Disponível em: <https://goo.gl/ta3qPE>. Acesso em: 20 jul. 2017.

tipicamente capitalistas, uma vez que, exceto em casos de alterações significativas no *modus vivendi* dos povos, tais situações não significam o abandono da cultura indígena. A difundida ideia dos povos indígenas como seres primitivos consiste em perigosa estereotipação que coloca em risco a proteção de índios que, no processo natural de passagem temporal, incorporaram novos hábitos sem, entretanto, perder a essência de seus ancestrais.

Se no âmbito interno já existem experiências bem-sucedidas, para o âmbito externo ainda há atraso em função do desinteresse e ausência de diálogo e cooperação entre os países que compõem o território da Panamazônia. Nesse contexto, analisar-se-á a contribuição da experiência dialética dos povos panamazônicos para uma cooperação internacional nos assuntos transconstitucionais, considerando a pluralidade cultural interna e externa que os governos precisam saber lidar na complexa sociedade contemporânea.

1 Dasein, linguagem e diferença

A linguagem é meio de comunicação inerente ao ser humano não apenas em sua forma escrita ou falada, mas também em forma de imagens, gestos ou comportamento corporal. Ludwig Wittgenstein¹⁹ se dedicou ao estudo da linguagem e inicialmente acreditava em uma correspondência perfeita entre o que mundo que poderia ser medida até mesmo com uma regra em função de sua precisão. Dessa forma, a fala seria objetiva e verdadeira para quem a compreende, sendo essa certeza a principal característica do paradigma da Filosofia da Consciência.

Já mais velho Wittgenstein²⁰ percebeu que a verdade é uma atividade que pode ser desempenhada ou não. Em outras palavras, uma afirmação é uma atividade que pode ser adequada ou não segundo o seu contexto – tudo depende do jogo de linguagem que está sendo jogado. A fala não pode ser considerada incorreta por si, mas pode ser considerada inadequada por quem a compreende, caso este sujeito esteja jogando um jogo de linguagem diferente

19 WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968.

20 WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

daquele que fez a afirmação. Nesse contexto, perde-se a certeza iniciando-se um novo paradigma: a Filosofia da Linguagem.

Inspirado pela segunda fase de Wittgenstein, Martin Heidegger²¹ apresentou a ideia de *Dasein*, um ser-no-mundo que não se separa de sua pré-compreensão e interpreta tudo ao seu redor a partir dela. Esse ser não compreende a linguagem, mas compreende por meio da linguagem. A linguagem não é um fim para o *Dasein* e sim o meio pelo qual ele se comunica – e é essa linguagem que revela as coisas para o ser. A compreensão capta as possibilidades do *Dasein*, ou seja, o ser capta possibilidades no seu mundo. Esse mundo não significa o universo inteiro e sim o contexto no qual o ser está mergulhado. Dessa forma ser e mundo são inseparáveis, daí porque *Dasein* significa ser-no-mundo ou ser-aí, aí nesse mundo onde ele está.

Heidegger atrelou a fenomenologia à ontologia ao perceber que a compreensão do ser envolve sua autocompreensão. Hans-Georg Gadamer²² deu continuidade aos estudos de Heidegger demonstrando não haver método para o alcance da verdade já que este sempre leva a um resultado pré-determinado, pois para ele a compreensão se dá na dialética entre mundos de *Dasein* ou, em termos mais simples, é conversando que se compreende. Para Gadamer era preciso ultrapassar a consciência estética formada apenas pelos sentidos e também ultrapassar a consciência histórica na qual as pré-compreensões, pré-conceitos e tradições influenciam o resultado, o que somente era possível pela dialética.

Gadamer viu no *Dasein* uma espiral hermenêutica na qual ele não se repete. A pré-compreensão do *Dasein* é constantemente alterada pelo que se incorpora ao seu mundo a todo instante e, assim sendo, o *Dasein* não volta para o mesmo lugar como ocorreria em um círculo vicioso – daí a espiral e não círculo hermenêutico. É pela distância temporal que o *Dasein* irá eliminar certo juízos prévios e adquirir novos juízos e, por isso a passagem temporal é essencial para a compreensão. O que for compreendido pelo *Dasein* será trazido para seu presente e a esse processo Gadamer deu o nome de aplicação. Compreender é necessariamente aplicar e então o que foi compreendido é incorporado à pré-compreensão do *Dasein*, formando uma bagagem de

21 HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Partes I e II. Petrópolis: Vozes, 2005.

22 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 1997.

conhecimento. Tudo será compreendido partindo-se dessa bagagem e, concomitantemente, mais coisas são incorporadas à ela.

O caminho percorrido pela filosofia foi essencial para se perceber que todo ser humano é constantemente influenciado pelo seu mundo, ou seja, seu contexto, suas pré-compreensões e pré-conceitos. Não é possível compreender fora disso, pois o ser é necessariamente ser-no-mundo e, portanto, qualquer processo de comunicação deverá ter como ponto de partida as diferenças de mundo. E se os mundos são diferentes, é necessário haver dialética entre eles para possibilitar a compreensão, o que ocorrerá por meio da linguagem.

O respeito à diferença entre povos ou entre pessoas de um mesmo povo é objeto de proteção jurídica nas Constituições democráticas. Em geral, pune-se criminalmente discriminações e promove-se a tomada de decisões democrática inclusiva de minorias para que todos se sintam coautores e destinatários das decisões²³. Entretanto, mais do que sancionar a discriminação, é preciso promover o diálogo. Nesse sentido, os países da América Latina vêm caminhando para um constitucionalismo que recebeu denominação própria em função de sua originalidade: novo constitucionalismo indo-afro-latino americano²⁴. Trata-se de uma forma de estado plurinacional que, sem exigir a hegemonia típica do conceito moderno de nação, adota a democracia consensual – e não a “democracia majoritária” – com decisões temporárias mantendo um diálogo constante²⁵. Quanto às diferenças, não há necessidade de uniformização, pois o novo constitucionalismo “[...] parte da compreensão de um pluralismo de perspectivas, um pluralismo de filosofias, de formas de ver, sentir e compreender o mundo, logo, também, de um pluralismo epistemológico”²⁶.

23 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

24 MAGALHÃES, José Luiz Quadros. O novo constitucionalismo indo-afro-latino americano. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 26, p. 83-98, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5752/P.2318-7999.2010v13n26p83>. Acesso em: 15 ago. 2017.

25 MAGALHÃES, José Luiz Quadros. O novo constitucionalismo indo-afro-latino americano. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 26, p. 83-98, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5752/P.2318-7999.2010v13n26p83>. Acesso em: 15 ago. 2017.

26 MAGALHÃES, José Luiz Quadros. O novo constitucionalismo indo-afro-latino americano. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 26, p. 83-98, jul./dez. 2010. p. 86. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5752/P.2318-7999.2010v13n26p83>. Acesso em: 15 ago. 2017.

Voltando-se a questão para a Panamazônia, questiona-se a possibilidade de diálogo entre aqueles que sequer falam a mesma língua. As experiências demonstram que a verdadeira dialética entre mundos supera qualquer dificuldade e transforma as diferenças culturais em um pseudo-obstáculo.

2 Relatos Panamazônicos

A REPAM, Rede Eclesial Panamazônica, foi criada em setembro de 2014 em Brasília para tratar de assuntos relativos ao território amazônico conhecido como Panamazônia, que ocupa trechos do Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Guiana Francesa, Peru, Suriname e Venezuela. A Panamazônia é um bioma que funciona como estabilizador climático regional e global que mantém a umidade do ar e produz 1/3 das chuvas do planeta, além de concentrar 34% dos bosques primários da Terra que abrigam entre 3% e 50% da fauna e flora do planeta²⁷. Mas há outro dado sobre a Panamazônia que muitas vezes passa despercebido: ela abriga 3 milhões de índios, divididos em 390 povos. Desses, quase metade – entre 110 e 130 – está isolada ou nunca teve contato com pessoas de fora. Somados, eles falam 240 línguas pertencentes a 49 famílias linguísticas²⁸.

A situação crítica do desmatamento e a real ameaça às vidas humanas que lá habitam levaram a REPAM a firmar um acordo com a Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos (SG/OEA) no intuito de fortalecer a cooperação regional para proteção da Panamazônia²⁹. Entretanto, os conflitos da região transformaram seus habitantes em vítimas da violência política e um meio de reafirmação das identidades, defesa de territórios e de costumes de vida se tornou demanda urgente. Era necessário fortalecer a capacidade dos habitantes para abordar os novos problemas da região em uma perspectiva

27 REPAM - Rede Eclesial Pan-Amazônica. **Memorándum de entendimiento entre la Red Eclesial Pan-Amazónica y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos**. 10 de agosto de 2016b. Disponível em: <https://goo.gl/ta3qPE>. Acesso em: 20 jul. 2017.

28 REPAM - Rede Eclesial Pan-Amazônica. **Memorándum de entendimiento entre la Red Eclesial Pan-Amazónica y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos**. 10 de agosto de 2016b. Disponível em: <https://goo.gl/ta3qPE>. Acesso em: 20 jul. 2017.

29 REPAM - Rede Eclesial Pan-Amazônica. **Memorándum de entendimiento entre la Red Eclesial Pan-Amazónica y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos**. 10 de agosto de 2016b. Disponível em: <https://goo.gl/ta3qPE>. Acesso em: 20 jul. 2017.

fundada em direitos³⁰. Nesse contexto, criou-se a Escola para a Promoção, Defesa e Exigibilidade de Direitos Humanos.

A Escola foi formada por agentes de pastoral, acompanhantes territoriais, comunidades indígenas e membros da comunidade panamazônica rural, urbanos marginais, ribeirinhos, entre outros³¹. O objetivo era proporcionar uma formação aos participantes para proteger seu território, exigir seus direitos e documentar os problemas de suas comunidades.

Para tanto, o processo foi dividido em três fases: a primeira fase realizada do dia 11 de abril de 2016 a 14 de maio de 2016 na cidade de Coca, no Equador, consistiu em um módulo presencial no qual foram ministradas aulas temáticas sobre a realidade panamazônica, direitos coletivos, sistema internacional e interamericano de direitos humanos, processo de documentação de casos e incidência política e ferramentas de comunicação.

Na segunda fase os participantes retornaram para seus territórios para realizar oficinas com os conteúdos que consideraram mais importantes documentando todo o processo. Por sua vez, a terceira fase toma curso com os *feedbacks* da segunda fase, consistindo em um encontro internacional que se concentrará em Washington, nos Estados Unidos. É interessante que explicitar que há ainda a possibilidade de encaminhamento de casos paradigmáticos para o Alto Comissariado para os Direitos Humanos em Genebra³². Essa fase ainda está em execução e por meio das reuniões pretende-se acompanhar os avanços e definir uma agenda de prioridades e metas para a Panamazônia, o que será divulgado por meio de informes sobre o processo. A partir dessa fase a intenção é formar uma rede que acompanhará o prosseguimento dos trabalhos³³.

30 REPAM - Rede Eclesial Pan-Amazônica. **Informe:** Escuela para la Promoción, Defensa y Exigibilidad de los Derechos Humanos en la Panamanozia realizada en la ciudad de Coca, Ecuador del 11 de abril al 14 de mayo de 2016. 2016a. 38 pgs.

31 REPAM - Rede Eclesial Pan-Amazônica. **Informe:** Escuela para la Promoción, Defensa y Exigibilidad de los Derechos Humanos en la Panamanozia realizada en la ciudad de Coca, Ecuador del 11 de abril al 14 de mayo de 2016. 2016a. 38 pgs.

32 REPAM - Rede Eclesial Pan-Amazônica. **Informe:** Escuela para la Promoción, Defensa y Exigibilidad de los Derechos Humanos en la Panamanozia realizada en la ciudad de Coca, Ecuador del 11 de abril al 14 de mayo de 2016. 2016a. 38 pgs., p. 7-10.

33 REPAM - Rede Eclesial Pan-Amazônica. **Informe:** Escuela para la Promoción, Defensa y Exigibilidad de los Derechos Humanos en la Panamanozia realizada en la ciudad de Coca, Ecuador del 11 de abril al 14 de mayo de 2016. 2016a. 38 pgs. p. 7-10.

O primeiro ciclo da Escola realizado na cidade de Coca, no Equador, contou com a participação de 26 representantes de 13 territórios amazônicos que sofrem violações de direitos: da Bolívia, Caso Mositén e Caso TIPNIS; do Brasil, Caso Munduruku, Caso Yanomami, Caso Jaminawa-Arara e Caso Buriticupu; da Colômbia, Caso Caquetá e Caso Chaparrito; do Equador, Caso Tagaheri-Taromenani e Caso Tundayme; do Peru, Caso Yurimaguas, Caso Awajun-Wampis e Caso Kukama³⁴. Cada um dos casos foi documentado pela REPAM que, além de compilar os problemas relatados, colheu dados geográficos e demográficos sobre cada tribo.

Diante das diferenças culturais e linguísticas para cada caso havia um líder e um agente pastoral para acompanhá-lo. Diante dos relatos, foi possível perceber que os habitantes da Panamazônia, embora às vezes pertencentes até mesmo a países diferentes, enfrentam os mesmos problemas e compartilham o desejo de proteger seu território e seu povo. Nesse sentido, foi a afirmação de Huti Yanomami, líder indígena do Caso Yanomami (Brasil): “Estamos em um mesmo caminho, uma mesma luta, a mesma missão, que nosso Deus continue em nosso coração”³⁵.

Cada aula temática da primeira fase foi avaliada pelos participantes de forma qualitativa e quantitativa. Nas avaliações ficou claro que a experiência foi positiva para os participantes, que se demonstraram até mesmo surpresos ao tomarem conhecimento de seus direitos. Mas um ponto que chamou a atenção nas avaliações foi o sentimento de respeito pelo espírito e tradição de cada povo, uma vez todos tiveram oportunidade de compartilhar sua vida e experiências³⁶. O impacto na troca de experiências foi apontando inclusive

34 REPAM - Rede Eclesial Pan-Amazônica. **Informe:** Escuela para la Promoción, Defensa y Exigibilidad de los Derechos Humanos en la Panamanozia realizada en la ciudad de Coca, Ecuador del 11 de abril al 14 de mayo de 2016. 2016a. 38 pgs. p. 11

35 REPAM - Rede Eclesial Pan-Amazônica. **Informe:** Escuela para la Promoción, Defensa y Exigibilidad de los Derechos Humanos en la Panamanozia realizada en la ciudad de Coca, Ecuador del 11 de abril al 14 de mayo de 2016. 2016a. 38 pgs. p. 25. tradução nossa. No original: “Estamos em el mismo camino, la misma lucha, la misma misión, que nuestro Dios continúe em nuestro corazón”.

36 REPAM - Rede Eclesial Pan-Amazônica. **Informe:** Escuela para la Promoción, Defensa y Exigibilidad de los Derechos Humanos en la Panamanozia realizada en la ciudad de Coca, Ecuador del 11 de abril al 14 de mayo de 2016. 2016a. 38 pgs. p. 25.

como um resgate da mística da identidade amazônica, capaz de ampliar horizontes e sonhos³⁷.

Em relação ao idioma, embora tradutores estivessem presentes, alguns participantes apontaram, na avaliação, que precisavam de mais tradução, enquanto outros consideraram a experiência uma boa oportunidade para aprender “portuñol”³⁸ – uma mistura informal de português e espanhol, que é razoavelmente compreensível para quem domina um dos dois idiomas.

Nas observações gerais dos participantes nas avaliações constata-se a bem sucedida dialética que permeou todo o ensino da Escola de Direitos Humanos da REPAM: “por mais que existam passos e metodologias, é preciso recordar que o respeito em escutar e dialogar é fundamental, não podemos ser esquemáticos e nos manter nas formas que nos passaram”³⁹. Em outras palavras, os participantes perceberam a importância do diálogo entre si que deve sobrelevar-se aos procedimentos pré-estabelecidos.

O desapego à forma é uma das características da dialética Gadameriana. Como aponta Gadamer⁴⁰, a dialética não possui método, pois todo método é programado para levar a uma conclusão pré-determinada. Essa percepção é fundamental para se compreender a diferença entre o método dialético de Georg Wilhelm Friedrich Hegel⁴¹ e a dialética de Gadamer. O método dialético de Hegel possui um ritmo triádico composto pela tese, antítese e síntese, sendo que esta última, apesar de ser uma síntese de opostos (tese e antítese), necessariamente negará a antítese – que, por sua vez, é a negação da tese, daí porque a síntese é a negação da negação. Dessa forma, o método

37 REPAM - Rede Eclesial Pan-Amazônica. **Informe:** Escuela para la Promoción, Defensa y Exigibilidad de los Derechos Humanos en la Panamanozia realizada en la ciudad de Coca, Ecuador del 11 de abril al 14 de mayo de 2016. 2016a. 38 pgs. p. 20.

38 REPAM - Rede Eclesial Pan-Amazônica. **Informe:** Escuela para la Promoción, Defensa y Exigibilidad de los Derechos Humanos en la Panamanozia realizada en la ciudad de Coca, Ecuador del 11 de abril al 14 de mayo de 2016. 2016a. 38 pgs. p. 20.

39 REPAM - Rede Eclesial Pan-Amazônica. **Informe:** Escuela para la Promoción, Defensa y Exigibilidad de los Derechos Humanos en la Panamanozia realizada en la ciudad de Coca, Ecuador del 11 de abril al 14 de mayo de 2016. 2016a. 38 pp. p. 207. tradução nossa. No original: “Por más pasos y metodologias existentes, se debe recordar que el respeto em la escucha y el dialogo es fundamental, no podemos ser esquemáticos y quedarnos em los recuadros que nos señalan”.

40 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 1997.

41 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. Partes I e II. Petrópolis: Vozes, 1992.

dialético de Hegel é programado para reafirmar a tese, uma vez que a antítese sempre será negada na síntese.

A aversão de Gadamer aos métodos é apresentada de plano no título de sua obra de 1960, *Verdade e Método*. Referido título é irônico, já que para Gadamer o método não é o caminho para a verdade e a compreensão não é um processo subjetivo de homem em face do que se vai compreender; compreensão é o modo de ser do próprio homem e “[...] a verdade zomba do homem metódico”⁴².

Lado outro, em uma análise inicial as diferenças culturais poderiam representar um obstáculo aos objetivos da Escola. Se todos os participantes são *Dasein* que não escapa de seu contexto e tudo interpreta com base na sua bagagem de conhecimento, o conflito seria algo iminente. Embora a sustentabilidade ecológica entendida como a “[...] capacidade de uma dada população de ocupar uma determinada área e explorar seus recursos naturais sem ameaçar, ao longo do tempo, a integridade ecológica do meio ambiente”⁴³ seja uma característica geral, às crenças, costumes e o modo de viver de cada povo são diferentes. Entretanto, foi a reafirmação da identidade de cada grupo que provocou o sentimento de união dos participantes:

Em particular apreciaram-se os momentos de espiritualidade, nos quais foi possível compartilhar as sabedorias, os mitos, as crenças de cada povo e com isso criar um sentido de identidade muito forte que também permitiu nos sentirmos mais unificados como equipe; ao final das cinco semanas de trabalho este grupo coloca entre suas prioridades o desafio de seguir juntos lutando pela defesa de seus direitos na Panamazônia⁴⁴.

42 PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1969, p. 168.

43 LIMA, Deborah; POZZBON, Jorge. Amazônia socioambiental. Sustentabilidade ecológica e diversidade social. **Estudos Avançados**, v. 19, n.54, São Paulo, maio/ago. 2005. p. 45. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142005000200004>. Acesso em: 20 jul. 2017.

44 REPAM - Rede Eclesial Pan-Amazônica. **Informe**: Escuela para la Promoción, Defensa y Exigibilidad de los Derechos Humanos en la Panamanozia realizada en la ciudad de Coca, Ecuador del 11 de abril al 14 de mayo de 2016. 2016a. 38 pgs. p. 30. tradução nossa. No original: “En particular se han apreciado los momentos de espiritualidad, em los cuales fue posible compartir las sabidurias, los mitos, las creencias de cada pueblo y con esto crear un sentido de identidad muy fuerte que también permitió sentirnos más unificados como equipo; al final de las cinco semanas de trabajo este grupo pone entre sus prioridades el desafío de seguir juntos luchando para la defensa de sus derechos en la Pan Amazonía.”

A diferença cultural não foi verdadeiramente um obstáculo porque todos tiveram a oportunidade de participar de todos os trabalhos. A participação é o que possibilita que cada indivíduo se reconheça nas decisões, pois todos são coautores e destinatários delas. Também é a participação que leva ao sentimento de pertença ao projeto e à equipe e altera a posição dos participantes de meros espectadores das aulas expositivas para agentes ativos construtores da própria aula. Para tanto, não se exige de cada participante a imparcialidade e nem que ele deixe de lado sua pré-compreensão e pré-conceitos, pois há o respeito à diferença. Não se trata de simples tolerância ao diferente, mas de verdadeira solidariedade resultante de um objetivo comum: a luta pela vida.

A maior vitória da Escola foi o mérito de haver criado uma rede panamazônica entre os protagonistas diretos da presente e futura luta contra os perigos que afetam seus territórios, mas o mais importante foi que todos e todas se sentiram família REPAM, que contribui desde suas lutas e ações até a defesa da vida e dos direitos⁴⁵.

Segundo Jürgen Habermas, a linguagem possui três funções: i) a função de reprodução cultural ou da presentificação das tradições; ii) a função da integração social ou da coordenação dos planos de diferentes atores na interação social; e iii) a função de socialização da interpretação cultural das necessidades⁴⁶. Entretanto, nem toda fala é ação linguística: se fala for utilizada apenas como meio para a transmissão de informações trata-se de agir estratégico, mas se a fala for uma fonte de integração social estar-se diante do agir comunicativo. Enquanto o primeiro depende da influência dos atores

45 REPAM - Rede Eclesial Pan-Amazônica. **Informe:** Escuela para la Promoción, Defensa y Exigibilidad de los Derechos Humanos en la Panamanozia realizada en la ciudad de Coca, Ecuador del 11 de abril al 14 de mayo de 2016. 2016a. 38 pgs. p.35. tradução nossa. No original: “La victoria más grande de la escuela fue el mérito de haber creado una red pan-amazónica entre los directos protagonistas de la presente y futura lucha contra los peligros que afectan sus territorios, pero más importante, ha sido que todas y todos se sienten familia REPAM, que contribuye desde sus luchas y acciones a la defensa de la vida y de los derechos.”

46 HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 41.

uns sobre os outros e sobre a situação da ação, no segundo a força consensual do entendimento linguístico torna-se efetiva para a coordenação das ações⁴⁷.

O agir estratégico é uma distorção do agir comunicativo, na qual quem age estrategicamente pressupõe que os outros acreditem estar agindo comunicativamente. Nesse caso, a integração social não será duradoura, pois o agir estratégico não conseguirá coordenar de forma estável os planos de ação – isso somente é possível por meio do agir comunicativo⁴⁸.

A experiência da Escola de Direitos Humanos da REPAM aponta para o agir comunicativo dos participantes, desprovidos de discursos perlocucionários e verdadeiramente engajados no objetivo de entendimento. O resultado foi, concomitantemente, o respeito das identidades individuais e a formação de uma coletividade unida por problemas e objetivos compartilhados. Ou seja, por meio da dialética os povos panamazônicos constataram que são realmente diferentes, mas também são iguais.

3 Da Panamazônia para o mundo: projeções para uma dialética governamental internacional

Atualmente encontra-se em vigor o Tratado de Cooperação Amazônica (TCA), celebrado em 1978 e promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 85.050, de 18 de agosto de 1980⁴⁹. Referido Tratado, porém, apresenta disposições gerais com pouca ou nenhuma executividade e considera unicamente entre os países panamazônicos. É de considerar que a os assuntos panamazônicos interessem prioritariamente aos países que a integram, mas a proteção a um bioma tão importante deveria ser algo de interesse global. Seria um problema transconstitucional por ser “[...] uma questão que poderá envolver tribunais

47 HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 71.

48 GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 129.

49 BRASIL. Senado Federal. **Decreto nº 85.050**, de 18 de agosto de 1980. Promulga o Tratado de Cooperação Amazônica, concluído entre os Governos República da Bolívia, da República Federativa do Brasil, da República da Colômbia, da República do Equador, da República Cooperativa da Guiana, da República do Peru, da República do Suriname e da República da Venezuela. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=126133>. Acesso em: 03 ago. 2017.

estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução⁵⁰.

Se a dialética foi possível entre os povos panamazônicos que sequer possuem conhecimentos técnicos sobre instrumentos de cooperação, resta claro que um esforço conjunto internacional para proteção da Panamazônia é possível. Nesse ponto, é preciso ter o cuidado de respeitar as diferenças não apenas entre os países, mas principalmente entre os povos amazônicos. Cada povo possui regras internas que precisam ser respeitadas, sob pena de imposição de ordens normativas externas que se autodeclaram superiores, o que na contramão da proposta do transconstitucionalismo⁵¹. Ao contrário, há uma “[...] necessidade intrínseca do transconstitucionalismo de não excluir o desenvolvimento de institutos alternativos que tornem possível um ‘diálogo’ construtivo com os ordenamentos dos que são antropológico-culturalmente ‘diferentes’⁵².

No século XX a diversidade linguística dos índios foi utilizada para o convertimento religioso e civilizatório fundados nos valores, princípios e conceitos da sociedade ocidental. Foi por meio da linguagem que a Sociedade Internacional da Linguística (SIL) impôs aos índios a adoção de normas gramaticais e sistemas de tradução das históricas bíblicas⁵³. Até mesmo quem deveria ser um aliado dos índios no processo de aprendizado servia única e exclusivamente para consolidar os interesses da SIL: um professor indígena funcionava como monitor bilíngue, mas era domesticado e submisso para

50 NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, set./dez. 2014, p. 201-232. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=67335779008>. Acesso em: 15 ago. 2017, p. 207.

51 NEVES, Marcelo. Del diálogo entre las Cortes Supremas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos al transconstitucionalismo en América Latina. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René; PÉREZ, Aida Torres (coord.). **Protección Multinivel de Derechos Humanos - Manual**. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013. p. 275-301, p. 287.

52 NEVES, Marcelo. Del diálogo entre las Cortes Supremas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos al transconstitucionalismo en América Latina. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René; PÉREZ, Aida Torres (coord.). **Protección Multinivel de Derechos Humanos - Manual**. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013. p. 275-301, p. 287. Tradução nossa. No original: “[...] necesidad intrínseca del transconstitucionalismo de no excluir el desarrollo de institutos alternativos que hagan posible un ‘diálogo’ constructivo con los órdenes de los antropológico-culturalmente ‘diferentes’”.

53 ÂNGELO, Francisca Novatino P. de. A educação e a diversidade cultural. **Cadernos de Educação Escolar Indígena**, Barra do Bugres, n. 1, v. 1, p. 34-40, 2002. p. 36.

atender aos interesses da missão religiosa que ensinava a alfabetização da língua indígena apenas para a leitura da bíblia⁵⁴.

A mudança veio na década de 70, com o apoio de entidades como as Organizações Não-Governamentais (ONGs) e demais segmentos defensores da educação intercultural e de afirmação étnica, que ajudaram a mobilizar e reorganizar os povos indígenas que passaram a buscar sua autodeterminação⁵⁵. O ensino foi repensado dentro dos direitos humanos e sociais, para reconhecer “[...] a diversidade cultural e as experiências sócio-políticas, linguísticas e pedagógicas na valorização do saber tradicional dos povos”⁵⁶.

É intrigante que os povos que habitam os territórios panamazônicos sejam capazes de harmonizar suas diferenças culturais enquanto os governos dos países integrantes da Panamazônia não dialogam entre si e nem demonstram interesse para tal. Também é notável o desinteresse mundial em cuidar de um bioma que impacta o meio ambiente de forma global e o descaso com os povos que nele habitam, apesar da forte questão humanitária ali existente.

Na falta de atenção mundial para os problemas relacionados à diversidade cultural, às discussões sobre o respeito aos indígenas na América Latina estão servindo de exemplo para assuntos afetos a outros grupos etno-culturais igualmente excluídos ao redor do mundo, como os afrodescendentes e os ciganos. Nesse sentido, os estudos sobre pluralismo jurídico, direitos humanos e direitos indígenas e também a análise das mudanças legais que propiciam o reconhecimento dos direitos coletivos na América Latina são a referência mundial⁵⁷.

A América Latina se tornou referência porque as expectativas de seus povos não foram atendidas, o que gerou processos sociais de reinvenção por uma nova independência consciente sobre a cidadania e também sobre

54 ÂNGELO, Francisca Novatino P. de. A educação e a diversidade cultural. **Cadernos de Educação Escolar Indígena**, Barra do Bugres, n. 1, v. 1, p. 34-40, 2002. p. 36.

55 ÂNGELO, Francisca Novatino P. de. A educação e a diversidade cultural. **Cadernos de Educação Escolar Indígena**, Barra do Bugres, n. 1, v. 1, p. 34-40, 2002. p. 36-37.

56 ÂNGELO, Francisca Novatino P. de. A educação e a diversidade cultural. **Cadernos de Educação Escolar Indígena**, Barra do Bugres, n. 1, v. 1, p. 34-40, 2002. p. 36.

57 SIERRA, Maria Teresa et al. Introducion. In: CHENAUT, Victoria et al. (coord.). **Justicia y diversidad en América Latina**. Pueblos indígenas ante la globalización. México: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social. Ecuador: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2011. p. 16.

a falta de identidade entre os interesses de representantes e representados⁵⁸. As grandes mudanças constitucionais relacionam-se diretamente com as necessidades das sociedades, suas circunstâncias culturais e ainda com o grau de percepção que essas sociedades possuem sobre as possibilidades de mudanças de suas condições de vida⁵⁹. É nesse contexto que surge o novo constitucionalismo latino-americano, ou seja, a partir de “[...] movimentos cívicos combinados com propostas políticas adotadas pelos povos, em cenários de alta conflitualidade social e política”⁶⁰.

As mudanças promovidas na América Latina são oriundas de um profundo processo de mudança da mentalidade acerca do reconhecimento do outro. Em relação aos índios, foi essencial abandonar a ideia de seres primitivos e incapazes de conviver com os diferentes e ainda abandonar o modelo de civilização ocidental enraizado até mesmo nos governos. Aliás, é contraditório que sociedades autoproclamadas civilizadas não respeitem a diferença: tais sociedades se afirmam democráticas e altamente evoluídas, entretanto são incapazes de aceitar outros modelos de organização. Essa situação, porém, não é exclusividade da América Latina, pois a intolerância é um problema em escala global. Determinados grupos minoritários parecem ser alvos constantes e entre eles o índio.

No caso brasileiro é preciso destacar a importância da Constituição Federal de 1988, que reconheceu a existência de diferentes sociedades indígenas no País, garantindo a cada uma delas o direito de viver nas terras que tradicionalmente ocupam e conforme sua organização social, costume, línguas, crenças e tradições⁶¹. Ao assinalar o meio ambiente ecologicamente equilibrado como

58 DALMAU, Rubén Marínez. *Asembleas constituintes e novo constitucionalismo en América Latina*. **Tempo Exterior**, n. 17, segunda época, jul./ dez. 2008. Disponível em: <https://goo.gl/ByaQYA>. Acesso em: 18 set. 2017, p. 8.

59 DALMAU, Rubén Marínez. *Asembleas constituintes e novo constitucionalismo en América Latina*. **Tempo Exterior**, n. 17, segunda época, jul./ dez. 2008. Disponível em: <https://goo.gl/ByaQYA>. Acesso em: 18 set. 2017, p. 8.

60 DALMAU, Rubén Marínez. *Asembleas constituintes e novo constitucionalismo en América Latina*. **Tempo Exterior**, n. 17, segunda época, jul./ dez. 2008. Disponível em: <https://goo.gl/ByaQYA>. Acesso em: 18 set. 2017, p. 5. Tradução nossa. No original: “[...] movimientos cívicos combinados con propuestas políticas adoptadas polos pobos, en escenarios de alta conflitividade social e política”.

61 JANUÁRIO, Elias. Ensino superior para índios: um novo paradigma na educação. **Cadernos de Educação Escolar Indígena**, Barra do Bugres, n. 1, v. 1, 2002, p. 15-24, p. 16/17.

bem de uso comum do povo a Constituição de 1988 deixou aberta a possibilidade de construção do sujeito ambiental, que permite uma igualdade por meio da diferença⁶². Em outras palavras, o texto constitucional de 1988 assegura a pluralidade inclusive de existência do sujeito no meio ambiente.

Quanto à educação, a Constituição de 1988 garantiu em seu art. 210 que o ensino fundamental deve respeitar os valores culturais e artísticos nacionais e regionais⁶³. Nesse mesmo sentido, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996) em seu art. 78 tratou sobre o desenvolvimento de programas integrados de ensino e pesquisa para ofertar educação escolar bilíngue e intercultural aos povos indígenas, proporcionando aos índios, suas comunidades e povos, a recuperação de suas memórias históricas, a reafirmação de suas identidades étnicas, a valorização de suas línguas e ciências, garantindo ainda o acesso às informações, conhecimentos técnicos e científicos da sociedade nacional e demais sociedades indígenas e não-índias⁶⁴.

O Ensino Superior brasileiro também vem sendo repensado para trabalhar com o etnoconhecimento⁶⁵. Nesse sentido, destaca-se a iniciativa da Universidade do Estado de Mato Grosso que desenvolveu um curso de formação de professores indígenas com duração de cinco anos, que já formou mais de 450 educadores indígenas⁶⁶. A proposta do curso é capacitar os

62 COSTA, Beatriz Souza. A construção do sujeito constitucional ambiental. **Veredas do Direito**, v. 8, n. 15, p. 43-61, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.domholder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/163/165>. Acesso em: 02 jan. 2018, p. 57

63 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

64 BRASIL. **Lei nº 9.394**, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394compilado.htm. Acesso em: 6 abr. 2017.

65 Esclarece Carlos A. Argüello: “O etnoconhecimento é peça fundamental na nossa proposta de construção de uma escola indígena, que seja algo mais que uma escola de brancos pensada para índios. Propomos uma escola que incorpore o saber dos anciãos, as características da educação indígena ancestral, integrada à comunidade, e que resgate da escola do branco os saberes necessários a seu *empowerment* e a prática da Educação Libertadora.” ARGÜELLO, Carlos A. Etnoconhecimento na escola indígena. **Cadernos de Educação Escolar Indígena**, Barra do Bugres, n. 1, v. 1, p. 92-99, 2002. p. 92.

66 NASCIMENTO, Gustavo. Educadores de 33 etnias de Mato Grosso participam de curso de formação. **Imprensa - Governo do Mato Grosso**. 07 dez. 2016. Disponível em: <https://goo.gl/U2NrfK>. Acesso em: 18 set. 2016.

professores a ensinar tanto em português quanto na sua língua materna por meio de licenciaturas divididas em Pedagogia Intercultural e Línguas, Artes e Literatura, Ciências Sociais e Ciências da Matemática e da Natureza⁶⁷.

A harmonização da pluralidade cultural com a necessidade de cooperação entre os povos panamazônicos mostrou que a dialética é o caminho para o consenso democrático, devendo servir de exemplo não apenas para os governantes dos países da Panamazônia, mas para todo o mundo. Neste contexto, cabe aos governos adotar desenhos institucionais inclusivos e promotores da diferença cultural, como é o caso do estado plurinacional originário da América Latina.

Considerações finais

A linguagem é o meio pelo qual o ser-no-mundo – o *Dasein* – capta possibilidades, podendo ela ser falada, escrita, desenhada ou ainda assumir qualquer outra forma que possibilite a comunicação. Nesta, a dialética se mostra como único apto a ultrapassar a consciência estética e histórica para alcançar a verdade. A fluidez da dialética permite uma construção aberta de sujeitos e da própria comunicação, sem métodos que levam à resultados pré-determinados. Nesse contexto, o agir comunicativo encontra um campo fértil, possibilitando um consenso entre os participantes dos debates.

A diversidade cultural dos povos panamazônicos exige o respeito à diferença, o que *a priori* poderia consistir em um obstáculo à comunicação. Entretanto, as experiências internas com os povos panamazônicos apontam que há um respeito mútuo em relação às diferenças culturais – algo que a diplomacia internacional parece ainda não ter compreendido de forma adequada. As diferenças de línguas poderiam representar um obstáculo às tentativas de diálogo interno, mas o que se viu na prática foi uma verdadeira aula de cooperação, solidariedade e esforço coletivo para compreensão do outro – em meio a diferença, a linguagem em suas mais variadas formas permitiu a comunicação. A ausência de imposição de

67 NASCIMENTO, Gustavo. Educadores de 33 etnias de Mato Grosso participam de curso de formação. **Imprensa - Governo do Mato Grosso**. 07 dez. 2016. Disponível em: <https://goo.gl/U2NrfK>. Acesso em: 18 set. 2016.

métodos e opiniões foi essencial, abrindo espaço para a construção dialética das decisões e diretrizes a serem seguidas.

Os avanços na América Latina vêm fornecendo novos modelos de desenhos institucionais para os Estados, falando-se em Estado plurinacional. Entretanto, a pluralidade é assunto que precisa ser elevado ao nível transconstitucional e, nesse sentido, a experiência interna dos povos panamazônicos deve servir de exemplo para que os governos – especialmente os que integram o território da Panamazônia – construam decisões dialéticas que sejam inclusivas e solidárias para todos.

A cooperação internacional para o tão almejado meio ambiente ecologicamente equilibrado apoiada unicamente em leis e procedimentos pré-estabelecidos pode produzir resultados, mas somente o diálogo aberto leva ao reconhecimento dos outros que, justamente por serem diferentes, são iguais. Logo, os governos deveriam prestigiar uma característica inerente ao *Dasein*: a linguagem.

Referências

ÂNGELO, Francisca Novatino P. de. A educação e a diversidade cultural. **Cadernos de Educação Escolar Indígena**, Barra do Bugres, n. 1, v. 1, p. 34-40, 2002.

ARGÜELLO, Carlos A. Etnoconhecimento na escola indígena. **Cadernos de Educação Escolar Indígena**, Barra do Bugres, n. 1, v. 1, p. 92-99, 2002.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394compilado.htm. Acesso em: 6 abr. 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Decreto nº 85.050, de 18 de agosto de 1980**. Promulga o Tratado de Cooperação Amazônica, concluído entre os Governos República da Bolívia, da República Federativa do Brasil, da República da

Colômbia, da República do Equador, da República Cooperativa da Guiana, da República do Peru, da República do Suriname e da República da Venezuela. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=126133>. Acesso em: 03 ago. 2017.

COSTA, Beatriz Souza. A construção do sujeito constitucional ambiental. **Veredas do Direito**, v. 8, n. 15, p. 43-61, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/163/165>. Acesso em: 02 jan. 2018.

DALMAU, Rubén Marínez. Asembleas constituintes e novo constitucionalismo em América Latina. **Tempo Exterior**, n. 17, segunda época, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://goo.gl/ByaQYA>. Acesso em: 18 set. 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 1997.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. Partes I e II. Petrópolis: Vozes, 1992.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Partes I e II. Petrópolis: Vozes, 2005.

JANUÁRIO, Elias. Ensino superior para índios: um novo paradigma na educação. **Cadernos de Educação Escolar Indígena**, Barra do Bugres, n. 1, v. 1, p. 15-24, 2002.

LIMA, Deborah; POZZBON, Jorge. Amazônia socioambiental. Sustentabilidade ecológica e diversidade social. **Estudos Avançados**, v. 19,

n.54, São Paulo, maio/ago. 2005. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142005000200004>. Acesso em: 20 jul. 2017.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. O novo constitucionalismo indo-afro-latino americano. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 26, p. 83-98, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5752/P.2318-7999.2010v13n26p83>. Acesso em: 15 ago. 2017.

NASCIMENTO, Gustavo. Educadores de 33 etnias de Mato Grosso participam de curso de formação. **Imprensa - Governo do Mato Grosso**. 07 dez. 2016. Disponível em: <https://goo.gl/U2NrfK>. Acesso em: 18 set. 2016.

NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 201-232, set./dez. 2014. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=67335779008>. Acesso em: 15 ago. 2017.

NEVES, Marcelo. Del diálogo entre las Cortes Supremas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos al transconstitucionalismo en América Latina. *In*: GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René; PÉREZ, Aida Torres (coord.). **Protección Multinivel de Derechos Humanos - Manual**. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013. p. 275-301.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1969.

REPAM - Rede Eclesial Pan-Amazônica. **Informe**: Escuela para la Promoción, Defensa y Exigibilidad de los Derechos Humanos en la Panamazonia realizada en la ciudad de Coca, Ecuador del 11 de abril al 14 de mayo de 2016. 2016a. 38 pgs.

REPAM - Rede Eclesial Pan-Amazônica. **Memorandum de entendimiento entre la Red Eclesial Pan-Amazônica y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos**. 10 de agosto de 2016b. Disponível em: <https://goo.gl/ta3qPE>. Acesso em: 20 jul. 2017.

SIERRA, Maria Teresa et al. Introducion. *In*: CHENAUT, Victoria et al. (coord.). **Justicia y diversidad en América Latina**. Pueblos indígenas ante la globalización. México: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social. Ecuador: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2011. p. 15-33.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968.

Comunidades e povos tradicionais da Amazônia brasileira: desafios para a sua proteção

Traditional peoples and communities of
the Brazilian amazon: challenges for their protection

Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos

Mestre em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara (DHC).
Doutoranda no PPGD da Dom Helder Câmara. Especialista em Direito
Ambiental. Bacharel em Direito pela PUC Minas. Professora da DHC.
Integrante do Grupo de Pesquisa Estratégica sobre a Pan-Amazônia da DHC

Resumo: Os povos e comunidades tradicionais da Amazônia brasileira possuem um conhecimento e uma relação peculiar com a Floresta. Tal fato, contudo, nem sempre é bem compreendido e acaba por ser fator dificultador na preservação de suas tradições e cultura. O artigo objetiva analisar os problemas e desafios surgidos para a preservação dessas comunidades e povos tradicionais. Quem são essas pessoas? Por que elas são importantes para a preservação da Floresta? Quais os principais problemas por elas enfrentados? A metodologia utilizada, de acordo com o objetivo geral, é a pesquisa exploratória apoiada em levantamento bibliográfico, tendo em vista a intenção de se proporcionar maior familiaridade com os problemas apontados, tornando-os mais explícitos. O método utilizado é o hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Amazônia Brasileira. Povos tradicionais. Comunidades. Desafios. Preservação.

Abstract: The peoples and traditional communities of the Brazilian Amazon have knowledge about the forest and a special relationship with it. This, however, is not always well understood and turns out to be a complicating factor in the preservation of its traditions and culture. The article aims to analyze the problems and challenges for the preservation of these communities and traditional peoples. Who are these people? Why are they important for the preservation of the forest? What are the main problems they face? The methodology used, according to the general objective, is the exploratory research supported by a bibliographical survey, considering the intention to provide greater familiarity with the problems pointed out, making them more explicit. The used method is the hypothetical-deductive.

Keywords: Brazilian Amazon. Traditional Peoples. Communities. Challenges. Preservation.

Introdução

A Amazônia brasileira traz em si muitas Amazônia. Sua extensão territorial, sua diversidade cultural e étnica a tornam singular; mas tanta singularidade também acaba por trazer problemas nas mais diversas searas.

Os mais atingidos por esses problemas são as comunidades e povos tradicionais que residem na Floresta. Mas, afinal, quem são essas pessoas? Por que elas são importantes para a preservação da Floresta? Quais os principais problemas por elas enfrentados?

Será a partir de tais inquietações que o presente artigo se desenvolverá. Buscando sempre enfatizar seu caráter transdisciplinar, a pesquisa terá por base dados extraídos de artigos científicos, legislação e sites especializados sobre o tema. Ademais, importante ressaltar que o artigo também é fruto de palestra proferida durante o XI Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, ocorrido em Belo Horizonte, em 2017.

O objetivo geral será analisar alguns dos problemas mais corriqueiros que atingem as comunidades e povos tradicionais da Amazônia Brasileira. Para tanto, num primeiro momento serão apresentados os conceitos de comunidades e povos tradicionais na legislação brasileira, bem como algumas questões importantes sobre o tema. Posteriormente, serão analisados, brevemente, problemas pontuais que envolvem a temática.

Por fim, será apresentada considerações finais sobre o tema, demonstrando a importância que as comunidades e povos tradicionais exercem para a preservação da Floresta e, conseqüentemente, a necessidade de se discutir melhor os problemas que lhes dizem respeito.

1 As comunidades e os povos tradicionais na legislação brasileira

A conceituação de comunidades e povos tradicionais na legislação brasileira se dá pelo Decreto n. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. O inciso I do art. 3º dispõe:

Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por:
I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição⁶⁸;

68 BRASIL. **Decreto n. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007.** Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 21 mar. 2018.

Em termos constitucionais, a Constituição da República de 1988 não aborda especificamente a questão dos povos e comunidades tradicionais, entretanto, “avança ao reconhecer direitos específicos para os povos indígenas e para quilombolas, dois componentes fundamentais do ‘ser brasileiro’⁶⁹”.

Já o Ministério dos Direitos Humanos, citando dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), afirma que as comunidades e povos tradicionais “constituem aproximadamente 5 milhões de brasileiros e ocupam ¼ do território nacional⁷⁰”. Entretanto, por questões históricas e condições específicas de pobreza e desigualdade, “acabaram vivendo em isolamento geográfico e/ou cultural [...], o que lhes colocou em situação de maior vulnerabilidade socioeconômica [...]”⁷¹.

Nesse sentido, a Amazônia brasileira possui como exemplos de comunidades e povos tradicionais: as andirobeiras, as castanheiras, os indígenas, os pescadores artesanais, os piaçaveiros, os ribeirinhos e os seringueiros.

Tais povos exercem uma importância crucial para a preservação da floresta, por possuírem um conhecimento próprio, sendo considerados como verdadeiros guardiães da floresta.

Entretanto, a proteção dos povos e comunidades da Amazônia enfrenta alguns desafios, mesmo para aqueles que já possuem reconhecimento constitucional. Grande parte desses desafios se dá devido aos problemas e dificuldades enfrentadas, especialmente no acesso às políticas públicas oferecidas aos demais segmentos da sociedade, principalmente devido à ausência do reconhecimento das peculiaridades e diferenças de tais povos e no consequente despreparo histórico dos órgãos e agentes públicos no enfrentamento de tais dificuldades⁷².

69 SILVA, Marina Osmarina. Saindo da invisibilidade: a política nacional de povos e comunidades tradicionais. **Inclusão Social**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 7-9, abr./set. 2007. Disponível em: <http://revista.ibict.br/inclusao/article/viewFile/1596/1802>. Acesso em: 10 mar. 2018.

70 MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. **Comunidades tradicionais**: o que são. Disponível em: <http://www.seppir.gov.br/comunidades-tradicionais/o-que-sao-comunidades-tradicionais>. Acesso em: 01 abr. 2018.

71 MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. **Comunidades tradicionais**: o que são. Disponível em: <http://www.seppir.gov.br/comunidades-tradicionais/o-que-sao-comunidades-tradicionais>. Acesso em: 01 abr. 2018.

72 MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. **Comunidades tradicionais**: o que são. Disponível em: <http://www.seppir.gov.br/comunidades-tradicionais/o-que-sao-comunidades-tradicionais>. Acesso em: 01 abr. 2018.

Nesse contexto, alguns desafios pontuais podem ser apresentados, como: a luta pela manutenção dos direitos e costumes, que são os principais afetados pela implementação e operação de grandes obras na Amazônia; a expropriação territorial; a restrição de acesso a recursos naturais; as formas de implementar as garantias legais existentes, dentre outros desafios.

Além dessas questões pontuais, vale a pena destacar a importância simbólica exercida por esses grupos na conservação do próprio território amazônico. Para muitos povos, como os indígenas, o território é solo sagrado e sua preservação transcende a preservação dos seus aspectos físicos, alcançando a preservação de fatos históricos e fatores culturais que fazem parte da essência daquele grupo.

O território também faz parte da cosmologia do grupo, referendando um modo de vida e uma visão de homem e de mundo; ele é apreendido e vivenciado a partir dos sistemas de conhecimento próprios, portanto, encerra também uma dimensão lógica e cognitiva. Além de assegurar a sobrevivência dos povos e comunidades tradicionais, ele constitui a base para a produção e a reprodução dos saberes tradicionais. A existência destas comunidades, baseada em sistemas sustentáveis da exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais, desempenha papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica. Em contrapartida, sua relação estreita com os recursos naturais faz com que sejam extremamente vulneráveis à degradação ambiental: além de atingi-los física e economicamente, essa degradação afeta sua identidade, sua definição como indivíduo e como grupo⁷³.

Após essa breve explanação, cumpre analisar alguns dos desafios acima mencionados.

73 SILVA, Marina Osmarina. Saindo da invisibilidade: a política nacional de povos e comunidades tradicionais. **Inclusão Social**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 7-9, abr./set. 2007. Disponível em: <http://revista.ibict.br/inclusao/article/viewFile/1596/1802>. Acesso em: 10 mar. 2018.

2 Principais desafios para a proteção dos povos e comunidades tradicionais da amazônia brasileira

Dentre tantos desafios existentes para a proteção dos povos e comunidades tradicionais da Amazônia brasileira, alguns merecem destaque devido à sua importância prática.

2.1 A luta pela manutenção dos costumes

O primeiro problema de ordem prática enfrentado pelas comunidades está diretamente ligado à manutenção dos seus costumes. Os costumes fazem parte da construção da identidade coletiva de cada povo, de cada comunidade e relegá-lo, seria relegar a própria existência daquele povo.

Se tradicionalmente o que se buscava era uma ideia de “identificação comum com uma comunidade histórica fundada em certos valores”⁷⁴, a que chamava-se de “patriotismo constitucional”, contemporaneamente (principalmente a partir do pensamento de Habermas) essa ideia deu lugar a uma noção de cidadania democrática, em que os valores dos grupos são reconhecidos, mas tornam-se capazes de gerar uma “solidariedade entre estranhos”⁷⁵.

Solidariedade essa que somente se torna possível a partir do reconhecimento da tradicionalidade de cada comunidade e o consequente trabalho para a sua preservação. Elas se dão por meio de ações no próprio seio da comunidade e de políticas públicas voltadas para as suas necessidades específicas. Ainda nesse contexto, é importante ressaltar que a própria maneira de se pensar essa tradicionalidade é variável de acordo com cada comunidade, o que coloca o auto-reconhecimento, o pertencimento e a identidade como fatores centrais quando se fala em tradicionalidade.

Dessa forma, não se pretende um simples reconhecimento isolado dos costumes dos povos amazônicos, como fator totalmente a parte do contexto brasileiro. Pelo

74 CITTADINO, Gisele. Patriotismo constitucional, cultura e história. **Direito, Estado e Sociedade**, n.31, p. 58-68, jul./dez. 2007. Disponível em: http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Cittadino_n31.pdf. Acesso em: 20 nov. 2017.

75 CITTADINO, Gisele. Patriotismo constitucional, cultura e história. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 31, p. 58-68, jul./dez. 2007. Disponível em: http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Cittadino_n31.pdf. Acesso em: 20 nov. 2017.

contrário, o que se busca é um reconhecimento de suas singularidades como fator integrador, como parte essencial da construção da identidade, não só dessas comunidades, mas do próprio povo brasileiro: “a identidade coletiva se configura por meio da força integradora da cidadania democrática”⁷⁶.

2.2 As comunidades e povos tradicionais são os principais afetados pela implementação de grandes obras na Amazônia

Esse é um dos pontos mais polêmicos em torno da preservação das comunidades e povos tradicionais, justamente por ir de encontro à sua maneira de lidar com a terra.

O uso sustentável da terra é um dos fatores primordiais para a caracterização das comunidades e povos tradicionais. Por outro lado, a exploração econômico-comercial de tais terras por grandes empresas também é fator de destaque.

Esse contexto favorece à proliferação de conflitos pela terra, além de fomentar situações como concentração da propriedade, desigualdade social, concentração de renda, corrupção e questões ambientais, dentre outros problemas tão presentes no cotidiano brasileiro.

De forma a buscar minimizar esses problemas, o Decreto nº 98.897, de 30 de janeiro de 1990, criou as primeiras Reservas Extrativistas Brasileiras em espaços considerados de interesse ecológico e social. Tais Reservas se caracterizam como “espaços territoriais destinados à exploração autossustentável e conservação dos recursos naturais renováveis, por população extrativista”⁷⁷. A exploração é concedida por meio de Contrato de Concessão de Direito Real de Uso, que permite o uso sustentável dos recursos naturais.

Entretanto, a prática demonstra que fatores econômicos estão sempre se sobrepondo aos fatores ambientais e, mais uma vez, as comunidades e povos tradicionais são prejudicados. A exploração econômica do território amazônico já ocorre há tempos e atinge diretamente os menos favorecidos:

76 CITTADINO, Gisele. Patriotismo constitucional, cultura e história. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 31, p. 58-68, jul./dez. 2007. Disponível em: http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Cittadino_n31.pdf. Acesso em: 20 nov. 2017.

77 BRASIL. **Decreto nº 98.897, de 30 de janeiro de 1990**. Dispõe sobre as reservas extrativistas e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d98897.htm. Acesso em: 20 abr. 2018.

No território da Amazônia brasileira a intensificação da ocupação desta região vai ocorrer, segundo Pereira (2010), principalmente entre as décadas de 1970 e 1980, quando empresas privadas e proprietários do centro-sul do país passaram a adquirir títulos e terras do Estado e instalaram seus empreendimentos agropecuários. Todavia, para a ocorrência desse fato houve muitas expropriações e expulsões violentas de indígenas e trabalhadores rurais de suas terras⁷⁸.

Além disso, a implementação das grandes obras na Amazônia também afeta diretamente questões culturais: quando uma comunidade é transferida do seu local de origem para outro local devido à exploração da área originária, todos os aspectos culturais, mencionados no tópico anterior, são afetados. Perde-se a identificação daquela comunidade com sua terra, toda a sua história é deixada para trás por um fator econômico. Para uma comunidade tradicional um rio não é apenas um rio, uma faixa de terra não é “mais uma” faixa de terra, cada pedacinho da natureza faz parte da sua construção, do seu conceito de tradicionalidade, pelo que a exploração econômica de determinada localidade pode levar ao fim daquele povo.

2.3 Formas de implementar as garantias legais existentes

Outro desafio expressivo no contexto da proteção das comunidades e povos tradicionais da Amazônia diz respeito a como implementar as garantias legais já existentes. Nesse sentido, é importante ressaltar que a Constituição da República de 1988 estabelece em seu art. 225, § 4º que

§4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições

78 NEVES SOUSA, Dayane Rouse; OLIVEIRA, Marcelo Leles Romarco de. Conflitos e Desafios de populações tradicionais na Amazônia brasileira: o caso da Reserva Extrativista do Extremo Norte do Estado do Tocantins. **Mundo agrar.**, La Plata, v. 18, n. 38, ago. 2017. Disponível em: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1515-59942017000200011&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 22 abr. 2018.

que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais⁷⁹.

Assim, ao reconhecer a Floresta Amazônica brasileira como patrimônio nacional, a Constituição já nos fornece elementos para uma proteção mais efetiva do local.

Especificamente com relação aos povos e comunidades tradicionais, o Decreto n. 8.750, de 9 de maio de 2016, institui o Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais que tem como competências, dentre outros aspectos:

Art. 2º Compete ao CNPCT:

I - promover o desenvolvimento sustentável dos povos e comunidades tradicionais, com vistas a reconhecer, fortalecer e garantir os direitos destes povos e comunidades, inclusive os de natureza territorial, socioambiental, econômica, cultural, e seus usos, costumes, conhecimentos tradicionais, ancestrais, saberes e fazeres, suas formas de organização e suas instituições;

[...]

III - zelar pelo cumprimento das convenções, dos acordos e dos tratados internacionais ratificados pelo Governo brasileiro e das demais normas relacionadas aos direitos dos povos e comunidades tradicionais;⁸⁰.

Assim, percebe-se um esforço legislativo no tocante à proteção das comunidades e povos tradicionais. Entretanto, apenas a existência de diplomas legais que instituem órgãos de proteção não é suficiente para garantir a sobrevivência desses povos.

Nesse sentido, ações de organizações não governamentais, instituições civis sem fins lucrativos e das próprias comunidades são importantes para o sucesso de sua preservação.

79 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019..

80 BRASIL. **Decreto nº 8.750, de 9 de maio de 2016**. Institui o Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8750.htm#art20. Acesso em: 20 abr. 2018.

Dessa forma, destaca-se as ações do Projeto Saúde e Alegria (PSA) que tem apresentado importantes avanços em questões econômicas, sociais e ambientais, estimulando o desenvolvimento local por meio de ações que valorizam a cultura dos povos amazônicos e, ao mesmo tempo, preservam a floresta⁸¹.

Ademais, também deve-se mencionar a importância de estudos e ações acadêmicas em rede, que fornecem apoio para as comunidades e povos tradicionais. Nesse sentido, merece destaque o trabalho do Grupo de Pesquisa Estratégica sobre a Pan-Amazônia, da Escola Superior Dom Helder Câmara (Belo Horizonte/MG), que em parceria com a Rede Eclesial Pan-Amazônica (REPAM), vem desenvolvendo um trabalho acadêmico em torno das questões jurídicas que envolvem as comunidades e povos tradicionais da Amazônia.

Os desafios que envolvem a preservação das comunidades e povos tradicionais da Amazônia brasileira não se resumem aos pontos aqui brevemente mencionados. Como dissemos anteriormente, a Amazônia traz em si muitas amazônias e, a cada dia, novos problemas surgem, fazendo com que as ações de preservação sejam constantes.

Considerações finais

É inegável a importância que as comunidades e povos tradicionais exercem para a preservação da Floresta Amazônica. O fato de possuírem uma relação diferente com a terra que habitam, faz desses povos verdadeiros protetores da Floresta. Entretanto, essa relação não é bem compreendida por todos, o que faz com que muitas vezes seus costumes e cultura sejam relegados em prol de outras prioridades – principalmente ligadas ao campo da economia.

Tal cenário fomenta o surgimento de vários problemas, que afetam diretamente as comunidades e povos tradicionais. Apesar da existência de dispositivos legais e ações, governamentais e não governamentais, em prol da preservação dessas pessoas, o próprio desconhecimento de suas peculiaridades acaba por ser um fator dificultador.

Nesse sentido, destaca-se ações positivas, que partem do ponto de vista das próprias comunidades na busca pelo desenvolvimento e, ao mesmo tempo, preservação da floresta e de suas tradições (como o PSA).

81 Para informações mais detalhadas sobre o PSA acessar: <http://www.saudeealegria.org.br/>

De maneira a reforçar as ações positivas e aumentar sua incidência e consequente preservação das comunidades e povos tradicionais, importante é o papel exercido pela Academia na construção de material teórico que dê suporte às ações práticas.

Apesar de todos os problemas, acredita-se que, com a junção de todos os fatores acima apresentados, será possível a construção de um cenário favorável à preservação desses povos e da Floresta. Afinal, os problemas são muitos e as ações são necessárias.

Referências

BRASIL. **Decreto nº 8.750, de 9 de maio de 2016**. Institui o Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8750.htm#art20. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007**. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 21 mar. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 98.897, de 30 de janeiro de 1990**. Dispõe sobre as reservas extrativistas e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d98897.htm. Acesso em: 20 abr. 2018.

CITTADINO, Gisele. Patriotismo constitucional, cultura e história. **Direito, Estado e Sociedade**, n.31, p. 58-68, jul./dez. 2007. Disponível em: http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Cittadino_n31.pdf. Acesso em: 20 nov. 2017.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. **Comunidades tradicionais**: o que são. Disponível em: <http://www.seppir.gov.br/>

comunidades-tradicionais/o-que-sao-comunidades-tradicionais. Acesso em: 01 abr. 2018.

NEVES SOUSA, Dayane Rouse; OLIVEIRA, Marcelo Leles Romarco de. Conflitos e Desafios de populações tradicionais na Amazônia brasileira: o caso da Reserva Extrativista do Extremo Norte do Estado do Tocantins. **Mundo agrar.**, La Plata, v. 18, n. 38, ago. 2017. Disponível em: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1515-59942017000200011&lng=es&nr m=iso. Acesso em: 22 abr. 2018.

SILVA, Marina Osmarina. Saindo da invisibilidade: a política nacional de povos e comunidades tradicionais. **Inclusão Social**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 7-9, abr./set. 2007. Disponível em: <http://revista.ibict.br/inclusao/article/viewFile/1596/1802>. Acesso em: 10 mar. 2018.

Valoração econômica de dano ambiental: técnicas e importância de sua aplicação no Direito brasileiro

Economic valuation of environmental damage: techniques and importance of Its application in brazilian Law

Maraluce Maria Custódio

Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Mestre em Direito Ambiental pela Universidad Internacional de Andalucía (Espanha). Doutora em Geografia pela UFMG em cotutela com a Université D'Avignon (França). Professora da Graduação e Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação Em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara - Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável.

Resumo: A valoração econômica de dano ambiental é um dos temas que mais necessita ser estudado hoje pelos juristas que se aventuram pelo Direito Ambiental. Assim o presente trabalho busca demonstrar a importância da valoração econômica para a proteção jurídica do meio ambiente, dentro de uma perspectiva de interdisciplinaridade, onde a economia ambiental aparece como uma ciência das ciências ambientais tendo como axioma o meio ambiente. O marco teórico é a necessidade de interdisciplinaridade, definida por Rohde necessária para a proteção estudo do meio ambiente, de forma a garantir sua inteireza e sua miríade de aspectos dispersos em várias ciências. Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo e a técnica bibliográfica, demonstrando ao fim a essencialidade das valorações econômicas nas decisões públicas no Brasil hoje.

Palavras-chave: Valoração Econômica. Dano Ambiental. Valor. Interdisciplinaridade. Ciências Ambientais.

Abstract: The economic valuation of environmental damage is one of the issues that needs to be studied today by jurists who venture into Environmental Law. Thus the present work seeks to demonstrate the importance of economic valuation for the legal protection of the environment, within a perspective of interdisciplinarity, where the environmental economy appears as a science of the environmental sciences and having as axiom the environment. The theoretical framework is the need for interdisciplinarity, defined by Rohde necessary for the protection of environmental study, in order to guarantee its completeness and its myriad of scattered aspects in various sciences. For that, the deductive method and the bibliographical technique will be used, demonstrating at the end the essentiality of the economic valuations in the public decisions in Brazil today.

Keywords: Economic Valuation. Environmental Damage. Value. Interdisciplinarity. Environmental Sciences.

Introdução

A valoração econômica de dano ambiental é um dos temas que mais necessita ser estudado hoje pelos juristas que se aventuram pelo Direito Ambiental. Ignorar a relação entre economia e meio ambiente ou tratá-la de forma extremada seja para o desenvolvimento, seja para o ecologismo, dificulta a proteção do próprio meio ambiente.

Assim o presente trabalho busca demonstrar a importância da valoração econômica para a proteção jurídica do meio ambiente, dentro de uma perspectiva de interdisciplinaridade, onde a economia ambiental aparece como uma ciência das ciências ambientais e que tendo como axioma o meio ambiente. Atua em conjunto com as outras ciências ambientais de forma a escolher e organizar os fatores que serão analisados para compor a valoração econômica ambiental. Interessante sempre lembrar que o economista não valora, ele percebe e analisa os dados referentes e preferências para dar um valor que seja unanimemente reconhecido socialmente, que na quase totalidade das vezes é monetário.

Analisar o valor de forma técnica e valorar são essenciais para a proteção adequada do meio ambiente que é vista como de valor inestimável. Pois, se não realizada de forma adequada para fundamentar decisões administrativas ou judiciais, corre-se o risco de não garantir a real proteção do meio ambiente, justificando a importância do presente estudo.

O marco teórico é a necessidade de interdisciplinaridade, definida por Rohde⁸² necessária para a proteção estudo do meio ambiente, de forma a garantir sua inteireza e sua miríade de aspectos dispersos em várias ciências. Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo e a técnica bibliográfica, demonstrando ao fim a essencialidade das valorações econômicas nas decisões públicas no Brasil hoje.

1 Proteção interdisciplinar do Meio Ambiente

A interdisciplinaridade se firma na segunda metade do séc. XX como posição contrária aos excessos do cientificismo e especialidade excessiva da ciência em áreas muito delimitadas como se fossem imutáveis, anuviando a visão do todo e assim encobrindo as relações dos objetos na realidade fática.

Pensada, inicialmente, por Descartes e acompanhada pelos criadores da Ciência na modernidade, a divisão rígida do estudo do mundo em áreas do conhecimento apartadas foi motivada pela crença de que apenas a especialização levaria ao desenvolvimento científico, pois fatiar o objeto

82 ROHDE, Geraldo Mario. **Epistemologia ambiental**: uma abordagem filosófico-científica sobre a efetuação humana alopoiética. Porto alegre: EDIPUCRS, 1996.

em especialidades, onde cada um analisa uma característica permitiria compreender melhor, que o analisar em sua totalidade.

Hoje, entretanto, especialização e a especialidade chegaram a tal ponto que se perdeu a perspectiva do todo do conhecimento, ou como se formam suas relações internas. Buscando compreender esta perspectiva perdida, busca-se novamente a análise da compreensão da ciência desse todo e suas interações, surgindo a interdisciplinaridade. Isso porque compreendeu-se que o todo é muito mais complexo que a junção de suas partes.

A interdisciplinaridade, não se confunde com a multidisciplinaridade, pois “pressupõe a coordenação de todas as disciplinas e interdisciplinas do sistema de ensino inovado, sobre a base de uma axiomática geral. Sistema de níveis e objetivos múltiplos; coordenação com vistas a uma finalidade comum dos sistemas”⁸³. A interdisciplinaridade ocorre dentro de uma ciência ou área do conhecimento, como acontece com as ciências ambientais que tem caráter horizontal, pois perpassa, e provoca, a interação de todos os ramos da ciência ou área do conhecimento orientando num sentido ambiental.

Por outro lado, na perspectiva das ciências ambientais, o que se vê é o trabalho conjunto dos cientistas das diversas áreas sob meio ambiente, sem compartimentações, pois a “Ciência ambiental é aquela ciência que leva em conta a processualidade entre a efetuação natural e a humana, a complexação artificial da complexidade natural, as relações interativas entre os sistemas naturais e culturais”⁸⁴.

Ao analisar o fato jurídico com reflexos ambientais, o jurista deve enxergar a inteireza da ciência ambiental se utilizando para tanto não só das normas jurídicas, mas de todo o aporte científico das ciências ambientais, vendo a inteireza das relações disciplinares. Numa completude, as partes agem conjuntamente de forma coordenada, para garantir a efetividade do que buscam, o que na questão ambiental, seria o meio ambiente.

O mesmo se dá com a análise econômica da valoração do meio ambiente, aporte da economia às ciências ambientais. Ao realizá-la a economia trabalha

83 ROHDE, Geraldo Mario. **Epistemologia ambiental**: uma abordagem filosófico-científica sobre a efetuação humana alopoiética. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.p.86.

84 ROHDE, Geraldo Mario. **Epistemologia ambiental**: uma abordagem filosófico-científica sobre a efetuação humana alopoiética. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.p.90.

em conjunto com todas as outras ciências de forma a construir um quadro, um pano de fundo que possibilite a valoração.

Como bem defende Nogueira, Medeiros e Arruda⁸⁵ “A rigor, toda agressão ambiental, quando tratada como tal, deve ser devidamente mensurada por diferentes equipes de especialistas, de modo a se obter visão completa dos efeitos causados, considerando aspectos de custos de reparação”.

Trabalhando juntos direito e economia, são mais que direito e economia são a ciência ambientais atuando pelo meio ambiente. Nas palavras de Fraga⁸⁶ :

um puro analisis econômico delderechotiende a marginalar valores como lajusticia, el estado de derecho, el império de laley o lapropiapreservaciondel médio ambiente em el seno de um estado ambiental. La eficiencia no es solo económica sino social y axiológica. Probablemente los sistemas de responsabilidad objetiva (strictliability) son sobretodo ineficientes para las cuentas de resultados de las grandes empresas.

Surge então a necessidade de se analisar a relação dos dois elementos que sempre foram interdependentes, ou seja, meio ambiente e economia.

1.1 Meio Ambiente e Economia

Desde os primórdios, economia e meio ambiente mantêm uma relação íntima, pois, não é possível existir economia sem os recursos do meio ambiente, haja vista que estes sustentam as atividades econômicas. A economia, entretanto, até então não se preocupa com o meio ambiente em si, mas apenas com o uso de seus componentes que se transformam, pelo trabalho e suas relações, em bens de consumo.

85 NOGUEIRA, Jorge Madeira; MEDEIROS, Marcelino A. A.; ARRUDA, Flávia S. T. Valoração econômica do meio ambiente: ciência ou empiricismo? **Cadernos de Ciência e Tecnologia**, Brasília: Embrapa, 2000. v.17, n.2, p. 81-115, maio/ago. de 2000. p.17. Disponível em: <http://seer.sct.embrapa.br/index.php/cct/article/download/8870/499>. Acesso em: 28 mar. 2018.

86 FRAGA, Jesús Jordano. **La Protección Del Derecho a un Medio Ambiente Adecuado**. Barcelona: José María Bosch editor, 1995, p. 279.

Segundo Kalil e Ferreira⁸⁷

Identifica-se, na história, um amadurecimento da sociedade quanto à relevância não só da proteção ambiental como bem jurídico e da importância da preservação para a sua própria sobrevivência, mas, principalmente, da inserção e do reconhecimento da pessoa como parte indissociável do meio ambiente que deve ser protegido.

Nessa transformação, surgem sempre externalidades positivas e negativas, sendo a principal externalidade negativa, a poluição, que passou a ter importância social a partir da década de 60 e só então passou a ser objeto de estudo das ciências econômicas.

Segundo Antunes⁸⁸ “Uma externalidade ocorre quando a produção ou o consumo de um determinado bem, por um indivíduo ou empresa afeta diretamente os interesses de outro indivíduo ou empresa”. Internalizar as Externalidades negativas significa incorporar os danos ambientais provocados por atividade econômica a terceiros, o que a coloca em débito com a recuperação dos ecossistemas afetados.

Segundo Nogueira, Medeiros e Arruda⁸⁹ o primeiro economista a apresentar a externalidade foi Alfred Marshall em 1890 e a externalidade negativa somente aparece para a economia quando se iniciam os estudos e importância da degradação ambiental, que inicialmente não era computada como custo incorporado na empresa causadora. Iniciando uma relação entre as ciências econômicas e ambientais.

Economia e ecologia têm a mesma raiz *oikos* que significa casa. Sendo que a primeira gerencia a casa, já que etimologicamente significa administração desta.

87 KALIL, Ana Paula Maciel Costa; FERREIRA, Helene Sivini. A Dimensão Socioambiental do Estado de Direito. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 329-359, jan./abr. 2017. p. 341. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1010>. Acesso em: 02 mar. 2018.

88 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano Ambiental: uma abordagem conceitual**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 214.

89 NOGUEIRA, Jorge Madeira; MEDEIROS, Marcelino A. A.; ARRUDA, Flávia S. T. Valoração econômica do meio ambiente: ciência ou empiricismo? **Cadernos de Ciência e Tecnologia**, Brasília: Embrapa, 2000. v. 17, n. 2, p. 81-115, maio/ago. de 2000. p. 17. Disponível em: <http://seer.sct.embrapa.br/index.php/cct/article/download/8870/499>. Acesso em: 28 mar. 2018.

Já a outra é o estudo da casa. Apesar de ter uma relação muito estreita, seus campos científicos estiveram distantes durante muito tempo e não dialogavam, segundo Lelé⁹⁰ “materializavam uma quase completa falta de diálogo entre “progressistas” e “conservadores”. Os adeptos da economia de fronteira acreditavam na disponibilidade infinita dos recursos naturais. Já os seguidores do ecologismo radical voltavam-se para a busca do “crescimento zero”.

Como defende Custódio⁹¹

Este distanciamento entre ambos – economia e meio ambiente- gera a crise ambiental, onde os processos econômicos estão sujeitos a uma lógica de mercado perversa, que não contabiliza a degradação ambiental como externalidade negativa a ser considerada na tomada de decisões. É necessária uma reforma na visão desta lógica de mercado, pois, as externalidades sociais e ecológicas se ampliam cada vez mais devido à irracionalidade (ou excessiva racionalidade) do capital, o que poderá gerar, além da atual crise ambiental, a insustentabilidade do próprio mercado.

Com o surgimento do conceito de desenvolvimento sustentável, na década de 80, tendo suas raízes na sustentabilidade proposta na Declaração de Estocolmo de 1972, ocorre uma aproximação das duas ciências.

Hoje, ainda, uma parte considerável dos cientistas econômicos ainda acredita no crescimento econômico infinito, baseado nas ideias do cientificismo, onde o progresso técnico é ilimitado e capaz de solucionar os problemas de falta de bens e dos componentes ambientais, “de tal maneira que, sempre que um recurso se esgotar, já se terá descoberto um substituto satisfatório”⁹² não sendo necessário preservar. Esta corrente engloba os principais modelos macroeconômicos. Mas o surgimento da economia ambiental já apresenta um grande avanço em direção a proteção do meio ambiente e a compreensão da modificação de relação entre meio ambiente, seus recursos e a produção econômica.

90 LELÉ, Sharachchandra M. Sustainable development: A Critical Review. **World Development**, v. 19, n. 6, p. 607-621, jun. 1991. p.607.

91 CUSTODIO, Maraluce Maria. **A Importância da Valoração Econômica na Proteção Jurídica do Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 59.

92 LIMA, Luiz Henrique. **Controle do Patrimônio Ambiental Brasileiro: a contabilidade como condição para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Ed UERJ, 2001. p. 135.

2 Princípios de proteção ambiental agregados

A preocupação com a proteção do meio ambiente no Direito surge com a Convenção de Estocolmo de 1972 que traz os primeiros princípios em que ela deve se pautar. Com o aprimoramento do estudo e das análises sobre meio ambiente novos princípios são inseridos com a Convenção Rio /92 e a doutrina passa a buscar a inserção de princípios que refletem a realidade. Não cabe nesse estudo revisar todos os princípios ambientais, até porque tal empreitada se faz impossível, já que os diversos autores trazem diversos princípios em quantidades diferenciadas. Como é um assunto repisado em vários textos, vale apenas apresentar rapidamente os princípios que interferem ou fundamentam essencialmente na valoração econômica ambiental, sendo:

A - O Direito Fundamental s/ou Humano ao Meio Ambiente Equilibrado: resguarda a todos os seres humanos o direito de acesso ao meio ambiente equilibrado – não qualquer meio ambiente – como direito próprio, tanto das gerações presentes como em benefício das futuras, criando um direito intergeracional e preocupado com o futuro.

B - Desenvolvimento Sustentável: cujo conceito ainda está sendo construído, pois tem uma perspectiva cultural e histórica, já que está ligado ao que cada região considera desenvolvimento e ao meio ambiente. Mas como bem define Demajorovic⁹³ “Num sentido abrangente a noção de desenvolvimento sustentável implica a necessária redefinição das relações sociedade humana-natureza e, portanto, em uma mudança substancial do próprio processo civilizatório”, onde industrialização, desenvolvimento, proteção ambiental (em sentido amplo) e paz devem caminhar juntos, apresentando um crescimento concomitantemente econômico, ambiental, social e cultural.

C - Princípio do acesso equitativo ao meio ambiente: se define como a equanimidade de todos para fruição dos bens e direito ao meio ambiente, buscando a redução das desigualdades regionais e das diferenças dos padrões de vida, fundada especialmente no princípio da cooperação dos povos, haja vista que, o meio ambiente e sua proteção não reconhecem fronteiras, atingindo a todos indistintamente - mais cedo ou mais tarde - independentemente de onde ocorra.

93 DEMAJOROVIC, Jacques. **Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental:** perspectivas para a educação corporativa. São Paulo: SENAC São Paulo, 2003, p. 10.

D - **Princípio da Prevenção:** institui a necessidade de mitigar os danos causados ao meio ambiente quando conhecidos de forma a não utilizar o meio ambiente além do necessário para realização da atividade econômica; parte do pressuposto real que todos os atos realizados pelos seres humanos causam danos ao meio ambiente e uma vez sabidos os danos e em sendo possíveis devem impedir que ocorram ou reduzir seu impacto ao mínimo,

E - **Princípio do Poluidor-Pagador:** define a necessidade de quem polui arcar com os ônus de seus atos, pois está apropriando de um bem/ direito de todos de forma individualizada em detrimento do direito de todos.

F - **Princípio da Reparação:** estabelece que em não sendo possível mitigar o dano, deve o causador repará-lo, pois, sua atitude atinge direito de todos.

Tais princípios que estão no cerne da questão de proteção ambiental, são essenciais para compreender como a valoração de danos ambientais funciona, haja vista, que o dano ao meio ambiente é uma externalidade negativa que deve e pode ser evitada em grande medida e ao fazê-lo cumpre-se os princípios de direito ambiental em sua plenitude, relacionando claramente a economia ambiental com o direito ambiental formando a completude das ciências ambientais.

3 Dano ambiental

Para se chegar análise do dano inicialmente faz se mister analisar as formas genéricas da qual ele é espécie.

Para essa análise serão utilizados a teoria de Antunes⁹⁴ e os conceitos apresentados na Lei n. 6938/81, no qual o dano é uma forma estrita de poluição e poluição uma forma de degradação.

O artigo 3º inciso II da Lei 6938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente)⁹⁵ dispõe,

94 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano Ambiental:** uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

95 BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 02 out. 2019.

degradação da qualidade ambiental é “alteração adversa das características do meio ambiente” e poluição “degradação da qualidade ambiental resultante da atividade que direta ou indiretamente:

- a) prejudique a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Assim, a poluição só pode ser gerada por uma ação humana que cause às modificações ambientais que sejam prejudiciais ao meio ambiente como um todo, inclusive o humano.

Antunes⁹⁶ trata a poluição como forma *lato sensu* que pode ser dividida em três tipos: poluição em sentido estrito, dano ambiental e crime ambiental.

No qual poluição, em sentido *strictu*, é “uma alteração das condições ambientais que deve ser compreendida negativamente, isto é, ela não é capaz de alterar a ordem ambiental”⁹⁷, sendo assim irrelevante, por ser desprezível. Já dano é caracterizado como “poluição não desprezível que causa alterações adversas no ambiente”⁹⁸ podendo ser intencional ou não, legal ou não, não importando quantidades e sim o dano causado em si.

E finalmente, o crime ambiental que “é a mais grave violação da normalidade do meio ambiente. Ele contém o dano ambiental e a poluição”⁹⁹, tendo que ter por característica a culpa e/ou ilegalidade do ato.

Essa diferenciação é importante para a conformação da responsabilidade na legislação brasileira. Pois, o dano ambiental em si é o mais importante, pois ele é o aplicável nos casos de incidentes, que podem ocorrer por um caso fortuito ou mesmo uma força maior, em

96 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

97 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano Ambiental**: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p.181.

98 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano Ambiental**: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 181.

99 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano Ambiental**: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 183.

alguns casos pode haver culpa, mas o dano como já dito, será avaliado, para compreender o impacto e as perdas.

O dano ambiental é uma figura recente no direito mundial, não sendo diferente no direito brasileiro e por isso ainda é um conceito em formação no contexto atual. Para que se analise a dificuldade de compreensão do dano ambiental é necessário compreender inicialmente o que é o dano em si.

Dano, no sentido amplo e tradicional pertence especialmente à esfera civil, e “é visto como lesão material ou moral ocasionado a uma pessoa ou grupo definido, causado por ação ou omissão de terceiro, passível de ressarcimento se comprovado por nexos de causalidade, atualidade e subsistência”¹⁰⁰. O grande problema em análise é a ressarcibilidade, pois, o dano moral é de difícil valoração.

O dano ambiental como figura nova gerada pela modernidade e pelos novos direitos¹⁰¹, e por suas características, não pode ser simplesmente acrescentado ao dano tradicionalmente conhecido.

Dano ambiental como o próprio nome diz é aquele causado ao meio ambiente, no qual o conceito e significado de meio ambiente é fundamental para compreender esta espécie de dano. O dano ambiental então;

constitui uma expressão ambivalente, que designa certas vezes alterações nocivas ao meio ambiente e outras, ainda que os efeitos, de tal alteração, provocam na saúde das pessoas e em seus interesses. Dano ambiental significa, em uma primeira acepção, uma alteração indesejável ao conjunto de elementos chamados meio ambiente, como por exemplo, a poluição atmosférica; seria assim a lesão ao direito fundamental que todos têm de gozar e aproveitar do meio ambiente apropriado. Contudo, em sua segunda conceituação dano ambiental engloba os efeitos que esta modificação gera na saúde das pessoas e em seus interesses¹⁰².

Por esse conceito, percebe-se as diferenças entre o dano em si e o dano ambiental, este atinge um bem que ao mesmo tempo é de todos e de ninguém

100 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.167.

101 Definidos por CANOTILHO como de 4ª geração, ou BOBBIO como de 3ª geração, também chamados difusos.

102 LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.94.

especificamente, que atinge um número indefinido de pessoas, ocasionado também sem culpa, por pessoa física ou jurídica únicas ou múltiplas, que pode ocasionar perdas diretas e imediatas como indiretas e a longo prazo, enquanto o dano civil é bem mais restrito como visto acima.

O dano ambiental tem estreita relação com a economia, pois, o dano ambiental invariavelmente é causado por uma atividade econômica cuja matéria prima que este utiliza para produzir bens que vem da natureza, gerando uma modificação ambiental. E como defende Poffo¹⁰³. A atividade econômica poluidora vem apropriando os “direitos da sociedade, pois os poluentes representam um confisco do direito de alguém respirar, ar puro, beber água saudável e viver com tranquilidade” em troca do lucro de poucos. O dano ambiental com acima especificado é um fato que atinge toda a sociedade e deve ser reprimido quando não for evitado.

Hoje a atividade econômica trabalha no sentido de prevenir o dano, pois este é muito menos lucrativo em longo prazo, demonstrando que preservar pode gerar mais lucros do que destruir. E, o direito como estabelecedor das regras de convivência social, não pode estar alheio às questões ligadas ao meio ambiente.

Durante muito tempo o direito esteve alheio ao dano ambiental, pois a sociedade não via sua repressão como necessidade social. Apenas a partir da década de 60 quando a sociedade mundial toma conhecimento da necessidade de proteção do meio ambiente é que o direito começa a dar a devida importância a este.

O dano ambiental, como acima explicitado, está ligado ao conceito de poluição em seu sentido lato. E tem por características, segundo Prieur¹⁰⁴, serem,

irreversíveis, a poluição tem efeito cumulativo e cinético, acumulação de danos ao longo de uma cadeia alimentar pode ter consequências catastróficas; manifestam-se muito além das proximidades vizinhas; danos coletivos por suas próprias causas e seus efeitos; são danos

103 POFFO, Iris Regina Fernandes. Vazamentos de óleo no litoral norte do estado de São Paulo: análise histórica (1974-1999). In: ABRAMOVAY, Ricardo (org.). **Construindo a ciência ambiental**. São Paulo: Anna blume; Fapesp, 2002. p. 235-263. p.257.

104 LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 99.

difusos em sua manifestação e no estabelecimento de nexo de causalidade; tem repercussão na medida em que implicam agressões principalmente a um elemento natural e, por rebote ou ricochete, aos direitos individuais.

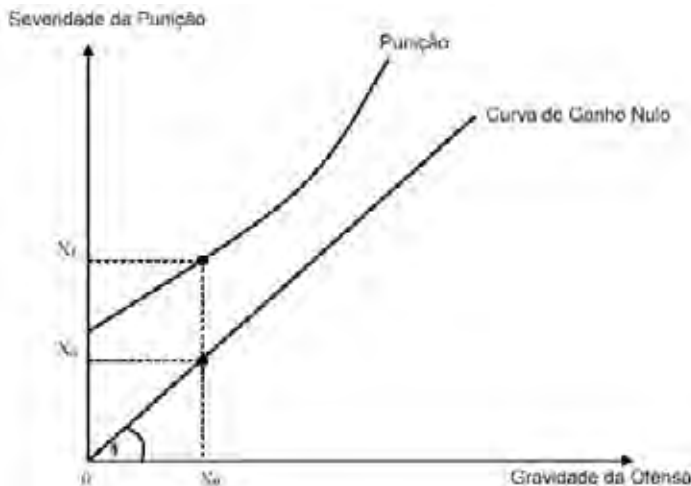
Por ser tão específico e gerar tantas modificações e atingir tantas pessoas, o dano não deveria nem ocorrer. Os Estados deveriam ter políticas de prevenção rígidas e um controle eficiente de cumprimento das normas ambientais. O que economizaria muito dinheiro e evitaria catástrofes. Em não sendo possível ou não se realizando a prevenção, ocorre o dano. E ao ocorrer, ele gera uma série de fatos com importância jurídica, pois, o dano pode ser em um meio micro ou macro ambiental e pode atingir, tanto direitos particulares, quanto difusos.

Ao atingir direitos de particulares este tem direito a ser ressarcido ou ter seu bem ou direito restabelecido ao *status quo ante*. No caso dos direitos difusos ocorre o mesmo, entretanto, a preferência é sempre pela reparação do dano e o retorno do bem ao seu *status quo ante* ou bem próximo deste.

A reparação ambiental é muito complexa e muito cara, pois o meio ambiente é uma rede de relações complexas entre vários seres e ao mexer em um gera-se uma reação em cadeia, que os seres humanos ainda não conseguem medir a amplitude ou compreender as ramificações.

A forma pecuniária é a mais comum de reparação, mas é de todo complexa, não repara o dano efetivamente, e em muitos casos desvincula o meio ambiente da sociedade que não compreende a necessidade de sua proteção. A figura abaixo apesar de simplificar esta complexidade traz uma ideia desta possível realidade.

Gravidade da Ofensa e Severidade da Punição¹⁰⁵



Fonte: Cooley e Ulen (1900)

É possível compreender na figura que a punição para um determinado nível de severidade é sempre maior que o valor de ganho obtido mediante uma determinada ofensa. Por exemplo, a punição para o crime x_0 é x_1 e $x_1 > x_0$. Na Figura, o fato de que a curva de punição se situa acima da linha de 45° indica que o valor da punição sempre ultrapassa o ganho decorrente do desrespeito à lei. Em uma primeira aproximação, pode-se afirmar que, teoricamente, se o “valor” da punição for superior ao ganho da ofensa, poluidores se sentirão desmotivados a desrespeitar a lei.

Como bem defende Caúla, Martins e Tórres¹⁰⁶ “Entrementes, constatada uma degradação ao meio ambiente será necessária de alguma forma a

105 ARAUJO, Romana Coelho de; NOGUEIRA, Jorge Madeira. **Procedimentos Prévios para Valoração Econômica do Dano Ambiental em Inquérito Civil Público**. Dissertação apresentada ao Mestrado em Gestão Econômica do Meio Ambiente da Universidade de Brasília: Instituto de Ciências Humanas: Departamento de Economia. Brasília: 2004,p.12. Disponível em: www.unb.br/ih/eco/nepama. Acesso em: 28 mar. 2018.

106 CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; TÓRRES, Lorena Grangeiro de Lucena. Mineração, desenvolvimento econômico e sustentabilidade ambiental: a tragédia de mariana como parâmetro da incerteza. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; ARRUDA, Gerardo Clésio Maia; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 71-98. p. 78. Disponível em: <http://www.>

compensação do dano ambiental, seja na esfera penal, cível ou administrativa, por meio de sanções, na forma de tributos e taxas”. E para estabelecer estes valores não se pode deixar que sejam feitos de forma aleatória pois pode acabar não evitando ou realmente reparando o dano como demonstra o gráfico. Outra dificuldade é compreender o que seja o valor de recursos ambientais, como se verá a seguir.

4 Valorar o valor

Tão difícil quanto valorar o meio ambiente é estabelecer o que seja o valor do meio ambiente, pois o ele vai além do econômico, podendo ser: filosófico, social, natural, sentimental, religioso, etc. Valorar é algo complexo, porque é subjetivo. Cada sociedade vai valorar de acordo com suas experiências sociais, culturais e históricas e não se prende apenas ao valor econômico reconhecido. Como apresenta Custódio,

O valor de uma simples pedra pode ser diferente para diferentes locais e culturas. Ela pode ser sagrada para uma religião, um símbolo para uma cultura, um bem para uma empresa. Depende! E esta é a grande dificuldade de estabelecer um valor monetário para uma pedra, pois ela será diferentemente valorada dependendo do foco de análise. O valor depende também da função social do elemento e do bem-estar que este proporciona a comunidade¹⁰⁷.

E Oyarzun¹⁰⁸ que defende “valorar economicamente el medio ambiente significa poder contar com um indicador de su importância en el bienestar de la sociedad, que permita compararlo con otros componentes Del mismo”, só sendo possível fazê-lo quando expresso em uma generalização comum ao todo, ou seja, o dinheiro.

dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.-6.pdf. Acesso em: 28 mar. 2018.

107 CUSTODIO, Maraluce Maria. **A Importância da Valoração Econômica na Proteção Jurídica do Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.61.

108 OYARZUN, Diego Azqueta. **Valoración económica de localidad ambiental**. Madrid: Macgraw-Hill, 1994. p. 11.

Assim, fica claro que a valoração não é definitiva e única, pois expressar tudo que um elemento representa em dinheiro é muito complexo e praticamente impossível, como observa Sheng¹⁰⁹. A natureza possui valores outros que os econômicos, como os culturais, biológicos e estéticos – nem todos passíveis de monetização. Como (...) atribuir um valor monetário a inspiração que um poeta experimenta diante de uma floresta?

Desse ponto de vista, já se pode compreender que o economista na verdade não valora, ele tenta apreender os valores agregados ao elemento e tenta chegar a um valor econômico aproximado, o que é melhor que nada. Ao não dar valor aproximado, argumentando que o meio ambiente tem valor infinito, acaba criando uma lógica perversa que não o protege, pois se é considerado de valor infinito, não há como valorar e se não há como valorar pode-se usar sem pagar. Esta lógica foi usada e ainda é, e assim surge a necessidade de se valorar com critérios mínimos

A proteção do meio ambiente é de fundamental importância tanto para a comunidade mundial hoje quanto para as gerações futuras, pois o acesso ao meio ambiente é um direito intergeracional e difuso. Quando ocorre o dano e este não é pago por quem o ocasionou, esse fato gera uma externalidade negativa no sistema econômico, ou seja, os “custos que afetam terceiros sem a devida compensação”¹¹⁰. Logo, as externalidades negativas ambientais têm que ser internalizadas no planejamento das atividades econômicas, como custos normais, pois sem isto, gera-se a apropriação privada do capital natural, produzindo uma massa de excluídos, intergeracional, do uso dos bens ambientais. Assim, “embora o uso de recursos ambientais não tenha seu preço reconhecido no mercado, seu valor econômico existe na medida que seu uso altera o nível de produção e consumo (bem-estar) da sociedade”¹¹¹. Muito além da questão econômica, tem o problema dos valores culturais, biológicos, estéticos, etc. dos bens ambientais, nem todos passíveis de monetização,

109 LIMA, Luiz Henrique. **Controle do Patrimônio Ambiental Brasileiro**: a contabilidade como condição para o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2001. p. 175.

110 MOTTA, Ronaldo Serôa da. Manual para valoração econômica de recursos ambientais. IPEA-Coordenação de Estudos do Meio Ambiente e COBIO/MMA,1997. p.3. Disponível em: http://www.em.ufop.br/ceamb/petamb/cariboost_files/manual_20serroa_20motta.p. Acessado em: 28 mar. 2018.

111 MOTTA, Ronaldo Serôa da. Manual para valoração econômica de recursos ambientais. IPEA-Coordenação de Estudos do Meio Ambiente e COBIO/MMA,1997. p. 3. Disponível em: http://www.em.ufop.br/ceamb/petamb/cariboost_files/manual_20serroa_20motta.p. Acessado em: 28 mar. 2018.

pois nem sempre estão associados a um uso. Por isso, Potting¹¹² defende que os recursos naturais não podem ser tratados como capital ou produto de venda onde lhes são atribuídos apenas os custos de extração e transformação em bens de consumo para o mercado, pois seu valor vai muito além disso, já que tem outros valores envolvidos – que não o econômico – e por serem bens finitos.

Em não prevenindo, danos ocorreram e a valoração deve ser aplicada de forma a medir econometricamente e monetariamente os custos desse dano que deverão ser ressarcidos para a comunidade. Mas os valores desta valoração não estão ligados apenas a reparação imediata do dano, mas também dele em longo prazo e principalmente a uma função preventiva, pois percebendo os custos altos de sua degradação o poluidor adotaria um comportamento que, diminua esta externalidade ambiental. E deve ser lembrado que a reparação em pecúnia é forma subsidiária de ressarcir o dano, pois o ideal é que se recomponha o ambiente a seu *status quo ante*.

Valoração ambiental segundo Nogueira e Mello¹¹³ “constitui-se em um conjunto de métodos e técnicas que têm por finalidade estimar os valores dos atributos ambientais que por sua própria natureza são considerados como bens públicos, portanto, disponíveis para todos”. Sua utilização ainda é pequena, devido ao desconhecimento dos aplicadores de sanções e reparação dos danos, os juristas.

Em relação à valoração do dano deve ser levado em consideração dois fatos: a sua extensão e sua gravidade que só podem ser medidas por uma avaliação técnico científica multidisciplinar, não pelo economista que apenas calcula econometricamente os valores monetários. Esta é anterior à valoração, pois sem os dados nela relacionados não há como se saber os danos que ocorreram ou ocorrerão, o que impossibilita a realização da valoração. Do dano, cuja formula adequada seria segundo Motta¹¹⁴ :

112 POFFO, Iris Regina Fernandes. Vazamentos de óleo no litoral norte do estado de São Paulo: análise histórica (1974-1999). In: ABRAMOVAY, Ricardo (org.). **Construindo a ciência ambiental**. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2002. p. 235-263; p. 257.

113 NOGUEIRA, Jorge Madeira. MELLO. Mirian Bezerra. **Economia e Direito: interfaces no tratamento da problemática ambiental**. Trabalho apresentado no II congresso Nacional de Direito Ambiental da OAB, Belo Horizonte, de 05 a 07 de novembro de 2003. p. 17.

114 MOTTA, Ronaldo Serôa da. Manual para valoração econômica de recursos ambientais. IPEA-Coordenação de Estudos do Meio Ambiente e COBIO/MMA, 1997. p. 3. Disponível em: http://www.em.ufop.br/ceamb/petamb/cariboost_files/manual_20serroa_20motta.p. Acessado em: 28 mar. 2018.

$$\text{VET} = \text{VU} + \text{VE} \text{ (ou VNU).}$$

Sendo,

VET = VALOR ECONOMICO TOTAL

VU = VALOR DE USO

VE (VNU) = VALOR DE EXISTENCIA (ou NÃO USO)

Sendo que

$$\text{VU} = \text{VUD} + \text{VUI} + \text{VO}$$

Onde,

VU = VALOR DE USO

VUD = VALOR DE USO DIRETO

VUI = VALOR DE USO INDIRETO

VO = VALOR DE OPÇÃO,

Desenvolvendo a primeira formula teremos:

$$\text{VET} = (\text{VUD} + \text{VUI} + \text{VO}) + \text{VE}$$

O valor econômico total equivale ao valor que o meio ambiente valorado tem como todo, onde se leva em consideração os diversos valores.

Valor de uso é o valor atribuído ao recurso ambiental pelo seu uso no presente ou pelo potencial de ser usado no futuro, sendo dividido em três tipos:

- a) valor de uso direto, que é valor atribuído a um recurso em função do bem-estar que ele proporciona naquele momento e diretamente.
- b) valor de uso indireto: “valor que os indivíduos atribuem quando o benefício do seu uso deriva de funções ecossistêmicas”¹¹⁵.
- c) valor de opção: é o valor atribuído para preservar um recurso para que se tenha a opção de um dia fazer uso dele.

115 NOGUEIRA, Jorge Madeira. MELLO. Mirian Bezerra. Economia e Direito: interfaces no tratamento da problemática ambiental. Trabalho apresentado no II congresso Nacional de Direito Ambiental da OAB, Belo Horizonte, de 05 a 07 de novembro de 2003, p. 7.

Já o valor de não uso ou existência segundo Motta: “deriva de uma posição moral, cultural, ética ou altruística em relação aos direitos de existência de espécies não humanas ou de preservação de outras riquezas naturais, mesmo que estas não representem uso atual ou futuro para o indivíduo¹¹⁶.

Para cada parcela componente do valor econômico total, correspondem uma ou várias técnicas de valoração econômica, dependendo do elemento ou região ambiental a ser valorado, mas deve ser deixado claro que todas as metodologias fazem uso de simplificações, apresentando limitações na determinação do valor econômico do dano ambiental¹¹⁷.

Existem diversas metodologias de valoração econômica do dano, sendo: a tarifação da indenização e os estudos valorativos os mais conhecidos. A tarifação de indenização é uma definição previa de valores a serem atribuídos ao dano ambiental, criando uma tabela básica de valores as quais o caso concreto deve se adequar. Já os estudos valorativos apresentam os valores a serem pagos caso a caso, mediante o relatório técnico científico multidisciplinar. É um método caro, mas mais eficiente no cumprimento de sua missão, pois atenta para a complexidade dos ecossistemas e os valores dentro de seu contexto, não utilizando formulas gerais como a outra metodologia. Ela tem vários métodos, como será visto abaixo e por isso é bem mais rica e precisa.

Ao escolher a metodologia o aplicador da sanção deve ter razoabilidade de escolher a valoração mais adequada ao caso pois, sua decisão influencia a política de preservação e o combate a degradação ambiental.

4.1 Métodos de Valoração Econômica

Os métodos de valoração econômica ambiental têm vários tipos de classificação, alguns mais abrangentes outros mais simplificados, mas todas no fim são semelhantes. Eles foram criados a partir dos modelos clássicos de

116 MOTTA, Ronaldo Serôa da. Manual para valoração econômica de recursos ambientais. IPEA-Coordenação de Estudos do Meio Ambiente e COBIO/MMA,1997. p. 7. Disponível em: http://www.em.ufop.br/ceamb/petamb/cariboost_files/manual_20serroa_20motta.p. Acessado em: 28 mar. 2018.

117 MOTTA, Ronaldo Serôa da. Manual para valoração econômica de recursos ambientais. IPEA-Coordenação de Estudos do Meio Ambiente e COBIO/MMA,1997. p. 6. Disponível em: http://www.em.ufop.br/ceamb/petamb/cariboost_files/manual_20serroa_20motta.p. Acessado em: 28 mar. 2018.

valoração econômica e apresentam algumas distorções que serão tratadas ao final de forma genérica.

Neste trabalho aplicar-se-á a classificação adotada por Motta¹¹⁸ em seu “Manual para valoração econômica de recursos ambientais”. Nesse ele classifica os métodos de valoração em dois tipos: os de função de produção e os métodos da função da demanda. Tais métodos serão apresentados rapidamente¹¹⁹.

É necessário lembrar que esses métodos podem ser aplicados conjuntamente, dependendo do tipo de valoração que se faça necessário.

4.1.1 Métodos da função de produção

Os métodos da função de produção utilizam as técnicas mais simples para definição de valores ambientais, pois observam o valor dos recursos como insumo ou fator de produção. Subdividem-se em: métodos de produtividade marginal e de mercados de bens substitutos. Sendo que o primeiro utiliza de preços do mercado para realizar o valor econômico do recurso. Ele é muito usado por ser de fácil mensuração, mas é limitado por não considerar os valores de existência e opção.

O segundo método, baseia-se na reposição dos gastos ocasionados ao consumidor para repor um bem ambiental que foi danificado pela poluição ou gerenciamento inadequado. Ele se divide em quatro métodos: custo de reposição: são os custos que o usuário teve para substituir o bem ambiental para garantir o nível desejado, e custos evitados: representa os gastos que o usuário teve para substituir o bem original garantindo sua satisfação; custos de controle: representa os gastos que o usuário tem para que o bem ambiental não se degrade ou não reduza seu estoque; e por fim custo de oportunidade: este método segundo Motta¹²⁰ “mensura as perdas de renda nas restrições da produção e consumo e bens e serviços privados devido às ações para conservar ou preservar os recursos ambientais”.

118 MOTTA, Ronaldo Serôa da. Manual para valoração econômica de recursos ambientais. IPEA-Coordenação de Estudos do Meio Ambiente e COBIO/MMA,1997. p. 6. Disponível em: http://www.em.ufop.br/ceamb/petamb/cariboost_files/manual_20serroa_20motta.p. Acessado em: 28 mar. 2018.

119 Para um conhecimento aprofundado procurar Motta (1997), Custódio (2017), Nogueira (2000).

120 MOTTA, Ronaldo Serôa da. Manual para valoração econômica de recursos ambientais. IPEA-Coordenação de Estudos do Meio Ambiente e COBIO/MMA,1997. p. 19. Disponível em: http://www.em.ufop.br/ceamb/petamb/cariboost_files/manual_20serroa_20motta.p. Acessado em: 28 mar. 2018.

4.1.2 Métodos de Função de Demanda

Os métodos de função de demanda são métodos que se baseiam na vontade dos indivíduos de pagar para ter disponível um recurso ambiental ou aceitar uma compensação por sua perda. São eles: métodos de mercado de bens complementares e método de valoração contingente.

Esses métodos baseiam-se em um ponto comum que são o DAP e o DAA.

DAP significa disposição a pagar e encontra-se ligada à quando o indivíduo está disposto a pagar para que um bem ambiental seja protegido ou preservado. Ela mede preferências pessoais que são expressos em curvas de demanda pessoais e é estabelecida pela seguinte formula:

$$\boxed{DAP=VM+EC}$$

Onde:

VM= valor de mercado e

EC = excedente de consumo.

O excedente de consumo é “a quantidade de renda que um indivíduo pagaria, além e acima de seu preço efetivo, para não ficar sem a quantidade desejada de um bem”¹²¹. Enquanto, o DAA é a disposição a aceitar uma compensação para suportar uma perda de bem-estar.

Os métodos de mercado de bens complementares utilizam como parâmetro para valoração ambiental a preferência dos indivíduos, que é revelada por meio de mercados reais, recorrendo a análise de valores de bens correlacionados ao bem ambiental, da mesma forma que mercados de bens e serviços privados substitutos a bens e serviços ambientais podem oferecer medidas de valor de uso dos recursos ambientais, quando estes representam a produção de um bem de demanda final que não tem preço observável. Também mercados de bens e serviços privados complementares a bens e serviços ambientais podem ser utilizados para mensuração do valor de uso de um recurso ambiental. Bens perfeitamente complementares são aqueles consumidos em proporções constantes entre si. Dessa forma, uma análise que recorra aos mercados desses

121 LIMA, Luiz Henrique. **Controle do Patrimônio Ambiental Brasileiro**: a contabilidade como condição para o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2001, p. 158.

bens ou serviços privados complementares pode gerar informações sobre a demanda do bem ou serviço ambiental relacionado com esses. Se um bem é um complementar perfeito a outro bem, seu valor será zero, se a demanda pelo outro bem for zero¹²².

Logo, esses bens são classificados em dois tipos de métodos: de preços hedônicos e custo de viagem. O primeiro utiliza um bem privado que tenha por atributos complementares bens ou serviços ambientais. Identificada a complementaridade mensura-se o preço implícito do bem ou serviço ambiental. Já o método de custo de viagem (MCV) estima o valor do bem ambiental) segundo a demanda de atividades recreacionais e sua valoração se dá a partir de valores gastos para usufruir do bem. A falha desses métodos é não levar em consideração os valores de opção, e existência do bem.

E por fim, o método de valoração contingente que é considerado o mais interessante pelos economistas ambientais pois, é o único que considera o valor de existência de um bem ambiental, tendo assim uma aplicação mais ampla, pois é capaz de captar as particularidades objetivas e subjetivas dos fenômenos. Este método consiste na realização de pesquisas ou utilização de questionários para indicar o DAP ou DAA dos indivíduos em relação a um determinado bem ou qualidade ambiental, estimando os valores de uso e/ou existência deste dentro de um caso hipotético dentro de condições atuais e/ou futuras através de uma série de cenários – situações hipotéticas próximas à realidade -. Lembrando que os valores devem ser monetários.

Chama-se atenção que nenhum método é perfeito, pois são medições econômicas de fatores subjetivos e de valor infinito, logo todos tem limitações. Até porque os métodos são baseados naqueles já existentes na economia e foram adaptados para as questões ambientais, logo não são próprios e pressupõem a existência de mercados para sua utilização, que são inexistentes para alguns bens ambientais.

Pearce e Turner¹²³ chamam a atenção para três importantes características do dano ambiental presentes no contexto da avaliação de ativos ambientais.

122 PEARCE, David. TURNER, R. Kerry. **Economics of natural resources and the environment**. Baltimore: The John Hopkins University, 1990.

123 LIMA, Luiz Henrique. **Controle do Patrimônio Ambiental Brasileiro: a contabilidade como condição para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: UERJ, 2001, p. 169.

Primeiro “irreversibilidade” (uma vez ocorrido o dano, o meio ambiente nunca será como antes), segundo a “incerteza” (pois desconhece-se o funcionamento dos ecossistemas), terceira: “singularidade dos atos ambientais”, porque (cada cenário ambiental é uma realidade distinta das outras). Logo, apesar da imperfeição dos métodos, eles conseguem refletir um pouco do valor do bem ambiental, o que é melhor do que nenhuma valoração. Tendo em vista todo esse tema, nada mais interessando do que verificar a aplicabilidade da valoração econômica.

5 Aplicabilidade da valoração econômica para o Direito

Vistos os métodos adotados para valoração econômica do dano ambiental resta saber qual sua aplicabilidade, e necessidade numa decisão judicial ou licenciamento.

Inicialmente os processos referentes a danos contra o meio ambiente eram ignorados ou decididos desfavoravelmente, devido a falta de instrumentalização legal clara e coerente.

A Lei 6938 de 1981 veio corrigir essas distorções estabelecendo os princípios ambientais aplicáveis, os conceitos para aplicação dela, sanções, formas de defesa processual do meio ambiente e a repartição de competências ambientais, posteriormente absorvida pela Constituição de 1988.

Os danos ou poluições são externalidades ambientais negativas que têm que ter uma enorme intervenção governamental, seja na definição de normas, padrões e instrumentos eficiente seja para atuar severamente na fiscalização e penalização dos atos degradadores.

O Poder Judiciário tem tentado fazer seu papel, mas ainda não consegue acompanhar a avançada legislação devido às falhas desta e também à falta de linhas gerais traçadas em torno das questões ambientais. Um dos problemas mais sérios enfrentados pelo Judiciário é a valoração dos danos ambientais. A lei de crimes ambientais estabeleceu um intervalo de aplicação de valores no qual o julgador subjetivamente pode indicar o valor para os crimes somente. Um valor complexo de ser estabelecido haja vista que o valor dos bens ambientais é infinito.

No caso da reparação civil a situação ainda é pior, pois nem parâmetros existem ficando o julgador ao sabor da subjetividade. A falta de uma valoração

científica e as constantes composições de danos ambientais têm dado ao infrator motivos para poluir sem se preocupar, pois mesmo que consiga ser incriminado, os valores a serem pagos serão menores que o lucro auferido. Com esta ideia corrobora Nogueira e Mello¹²⁴ que afirma que a situação atual tem levado,

os poluidores, na maioria das vezes, a preferir enfrentar o risco de serem surpreendidos pela fiscalização e em seguida enfrentar multas ou ações judiciais. Eles percebem que estas multas geralmente não são cobradas de todo (são minimizadas por negociação) ou então cobradas por valores ínfimos. Essa é uma clara ineficiência no funcionamento do sistema judiciário brasileiro.

Nesse ponto, entra a importância da valoração econômica nas decisões judiciais e especialmente no cumprimento de dois dos principais princípios ambientais – o da prevenção e o do poluidor-pagador.

Como já dito alhures, a ciência ambiental é compartimentada para melhor ser estudada nos campos científicos vários. Mas sua atuação deve ser uma, pois senão não alcançara seu objetivo que é a defesa do meio ambiente e sua preservação. Logo, o uso da valoração econômica de danos ambientais ou o uso dos bens ambientais deve ser considerada dentro da aplicação do direito. Antunes¹²⁵ afirma ser a valoração um dos mais sérios e insolúveis problemas do direito ambiental. É hora de se estabelecer uma solução interdisciplinar especialmente com a economia, através da valoração.

Um fato curioso é que em geral os juristas não conhecem os métodos de valoração econômica ambiental, ocorrendo uma falta de diálogo disciplinar que inviabiliza sua possível aplicação. Fazendo com que “os valores atualmente cobrados, quando cobrados, não têm atingido plenamente o bolso do degradador, inexistindo qualquer garantia de que eventual indenização seja realmente equivalente ao dano causado. É compensar ou reparar prejuízos”¹²⁶.

124 NOGUEIRA, Jorge Madeira; MEDEIROS, Marcelino A. A.; ARRUDA, Flávia S. T. Valoração econômica do meio ambiente: ciência ou empiricismo? **Cadernos de Ciência e Tecnologia**, Brasília: Embrapa, v. 17, n. 2, p. 81-115, maio/ago. de 2000, p. 15. Disponível em: <http://seer.sct.embrapa.br/index.php/cct/article/download/8870/499>. Acesso em: 28 mar. 2018.

125 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

126 NOGUEIRA, Jorge Madeira; MEDEIROS, Marcelino A. A.; ARRUDA, Flávia S. T. Valoração econômica do meio ambiente: ciência ou empiricismo? **Cadernos de ciência e tecnologia**, Brasília:

Os métodos de valoração como já vistos não são perfeitos e não conseguem refletir a complexidade ambiental e seu valor, mas são um começo, um importante começo. Aos críticos dessa valoração, Lima¹²⁷ traz um argumento interessante que pode ser resumido em que:

sem necessariamente exprimi-lo em termos monetários, conscientemente ou não, explicitamente ou não, utilizando-se ou não de técnicas apropriadas, valora-se o meio ambiente todos só dias em decisões de políticas públicas e de empresas de modo que o ideal é proceder a valoração com as devidas ressalvas e os necessários cuidados quanto a limitação dos métodos existentes.

Até então para realizar os cálculos de indenizações por dano ambiental tem sido utilizado os parâmetros empregados na valoração do dano moral por ter características semelhantes ao dano ambiental. Mas apesar de não ser o melhor caminho, para os juristas, tem sido o caminho mais fácil já que o judiciário inventou uma tabela imaginária para indenizações por danos morais, e o faria para os danos ambientais. Esse fato é absolutamente impensável, para quem entende um pouco sobre meio ambiente, já que nenhum ecossistema é igual ao outro e não há como valorar por uma tabela genérica.

Mas Artur R. Alberche Cardoso¹²⁸ cria um método próprio de tarifação que serve apenas para estabelecer valores de danos ao meio ambiente em decisões jurídicas buscando fornecer uma ideia de Valor Econômico de Referência para o Dano Ambiental, denominado “verd”.

Segundo Custódio e Ramos¹²⁹

Embrapa, v. 17, n. 2, p. 81-115, maio/ago. de 2000, p. 13. Disponível em: <http://seer.sct.embrapa.br/index.php/cct/article/download/8870/499>. Acesso em: 28 mar. 2018.

127 LIMA, Luiz Henrique. **Controle do Patrimônio Ambiental Brasileiro**: a contabilidade como condição para o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2001, p.145.

128 CARDOSO, Artur Renato Albeche. **A degradação ambiental e seus valores econômicos associados**. Porto Alegre - RS: Sergio Fabris Editor, 2003.

129 CUSTODIO, Maraluce Maria; RAMOS, Levy Christiano Dias. Valoração Econômica No Direito Ambiental: Métodos Para Valoração de Danos ao Meio Ambiente. In: CONPEDI/ UNICURITIBA (org.); SANCHES, SamyraHaydêe Dal Farra Naspolini; BIRNFELD, Carlos André; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de (coord.). **Direito e sustentabilidade** [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 537-564; p. 558. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=708be71b9ab6e0a8>. Acesso em: 28 mar. 2018.

Utilizando-se de operações matemáticas exclusivamente elementares, o método persegue o propósito de alcançar uma estimativa de valores de uso e não uso dos recursos ambientais degradados que, apesar de não possuir fundamento estatístico demonstrado, busca representar os diversos valores ora quantificáveis ora intangíveis dos bens ambientais. Isto é, como muitos recursos ambientais não possuem valor explícito de mercado, o método define e distingue variáveis quantificáveis e intangíveis a serem tabeladas no caso concreto, e as associa através de um fator de multiplicação.

Cardoso¹³⁰ faz um tabelamento mais genérico que foi aplicado no Brasil em algumas situações e ele defende que diante da não utilização dos mecanismos de valoração que são mais complexos, “não se esgota em si própria e, é apenas uma alternativa disponível diante de outras que apresentam maior complexidade”¹³¹.

Sendo uma alternativa simplificada e muito criticada exatamente por simplificar em uma tarifação simples algo tão complexo quanto o meio ambiente. Mas que ainda é melhor que apenas o valor puramente econômico do elemento.

Considerações finais

O uso da valoração econômica dos recursos do meio ambiente, bem como do dano ambiental tem ampliado e ganhado novas luzes na última década, mas ainda não é o suficiente para garantia de um uso apropriado em defesa do direito difuso ao meio ambiente.

Os danos ambientais geram custos a toda a sociedade e governos, e apenas o poluidor ganha com isso. Exatamente por esse motivo, há a necessidade de mudar tal situação aplicando de forma clara e precisa o princípio do poluidor pagador tanto nos processos de licenciamento quanto nos processos judiciais e para tanto os métodos de valoração econômica são essenciais. Eles garantem a compreensão do valor não apenas econômico, mas em todas as suas vertentes

130 CARDOSO, Artur Renato Albeche. **A degradação ambiental e seus valores econômicos associados**. Porto Alegre - RS: Sergio Fabris Editor, 2003.

131 CARDOSO, Artur Renato Albeche. **A degradação ambiental e seus valores econômicos associados**. Porto Alegre - RS: Sergio Fabris Editor, 2003. p. 49.

do meio ambiente e dão instrumental para decisões que realmente punam e conduzam a uma efetiva prevenção do dano ao meio ambiente.

O direito tem poder coativo para determinar como, quando e onde, essa proteção ambiental deve ser realizada, sendo sua função organizar legalmente esta defesa, e portanto embasar decisões judiciais.

Sendo o direito ambiental parte das ciências ambientais deve-se trabalhar em conjunto com as outras ciências com o fim de proteger o meio ambiente. E como apresentado a valoração econômica é um meio hábil útil para essa realização, mas ainda pouco usado. Ela pode ter falhas, todavia é um caminho para pensar o valor mínimo para as perdas geradas pelo dano ambiental, pois evita decisões desarrazoadas, nas quais não se tem levado em consideração o valor do meio ambiente em si, ou mesmo o valor de sua reparação. Isso porque, a valoração econômica ainda não conseguiu uma inserção jurídica definitiva, por não ter aporte legal. Entretanto, cada vez mais o direito tem se voltado para essas alternativas interdisciplinares e soluciona problemas que a norma pura e simples não consegue resolver. O momento é de conhecimento e de trazer alternativas para possibilitar uma maior proteção ao meio ambiente.

Assim, faz-se mister criar uma legislação que regule e torne conhecidos os mecanismos de valoração econômica, pois o direito já normatiza a exploração tornando-a legal e estabelecendo quem, o que, e como pode ser explorado. A partir dessa busca proteger a natureza e garantir sua melhor utilização, respeitando princípios ambientais existentes que já não são somente da área específica do Direito Ambiental, pois passam a ser também do Direito como um todo.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano Ambiental**: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ARAUJO, Romana Coelho de; NOGUEIRA, Jorge Madeira. **Procedimentos Prévios para Valoração Econômica do Dano Ambiental em Inquérito Civil Público**. Dissertação apresentada ao Mestrado em Gestão Econômica do Meio Ambiente da Universidade de Brasília: Instituto de Ciências Humanas:

Departamento de Economia. Brasília:2004. Disponível em: www.unb.br/ih/eco/nepama. Acesso em: 28 mar. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 02 out. 2019.

CARDOSO, Artur Renato Albeche. **A degradação ambiental e seus valores econômicos associados**. Porto Alegre - RS: Sergio Fabris Editor, 2003.

CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; TÔRRES, Lorena Grangeiro de Lucena. Mineração, desenvolvimento econômico e sustentabilidade ambiental: a tragédia de Mariana como parâmetro da incerteza. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; ARRUDA, Gerardo Clésio Maia; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 71-98. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.-6.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2018.

CUSTODIO, Maraluce Maria. **A Importância da Valoração Econômica na Proteção Jurídica do Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CUSTODIO, Maraluce Maria; RAMOS, Levy Christiano Dias. Valoração Econômica no Direito Ambiental: métodos para valoração de danos ao meio ambiente. CONPEDI/ UNICURITIBA (org.); SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; BIRNFELD, Carlos André; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. (coord.). **Direito e sustentabilidade** [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 537-564. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=708be71b9ab6e0a8>. Acesso em: 28 mar. 2018.

DEMAJOROVIC, Jacques. **Sociedade de risco e responsabilidade sócio-ambiental**: perspectivas para a educação corporativa. São Paulo: SENAC São Paulo, 2003.

FRAGA, Jesús Jordano. **La Protección Del Derecho a un Medio Ambiente Adecuado**. Barcelona: José María Bosch editor, 1995.

KALIL, Ana Paula Maciel Costa; FERREIRA, HelineSivini. A Dimensão Socioambiental do Estado de Direito. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.14, n.28, p. 329-359, jan./abr. 2017. Disponível em:<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1010>. Acesso em: 02 mar. 2018.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,2003.

LELÉ, SharachchandraM. Sustainable development: A Critical Review. **World Development**, v. 19, n.6, p.607-621, jun. 1991.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle do Patrimônio Ambiental Brasileiro**: a contabilidade como condição para o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: EdUERJ,2001.

MOTTA, Ronaldo Serôa da. **Manual para valoração econômica de recursos ambientais**. IPEA- Coordenação de Estudos do Meio Ambiente e COBIO/MMA,1997. Disponível em: http://www.em.ufop.br/ceamb/petamb/cariboost_files/manual_20serroa_20motta.p. Acessado em: 28 mar. 2018.

NOGUEIRA, Jorge Madeira; MEDEIROS, Marcelino A. A.; ARRUDA, Flávia S. T. Valoração econômica do meio ambiente: ciência ou empiricismo? **Cadernos de Ciência e Tecnologia**, Brasília: Embrapa, v.17, n.2, p. 81-115, maio/ago. de 2000. Disponível em: <http://seer.sct.embrapa.br/index.php/cct/article/download/8870/499>. Acesso em: 28 mar. 2018.

NOGUEIRA, Jorge Madeira; MELLO. Mirian Bezerra. **Economia e Direito**: interfaces no tratamento da problemática ambiental. Trabalho apresentado no II congresso Nacional de Direito Ambiental da OAB, Belo Horizonte, de 05 a 07 de novembro de 2003.

OYARZUN, Diego Azqueta. **Valoración económica de la calidad ambiental**. Madrid: Macgraw-Hill, 1994.

PEARCE, David; TURNER, R. Kerry. **Economics of natural resources and the environment**. Baltimore: The John Hopkins University, 1990.

POFFO, Iris Regina Fernandes. Vazamentos de óleo no litoral norte do estado de São Paulo: análise histórica (1974-1999). In: ABRAMOVAY, Ricardo (org.). **Construindo a ciência ambiental**. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2002. p. 235-263.

ROHDE, Geraldo Mario. **Epistemologia ambiental**: uma abordagem filosófico-científica sobre a efetuação humana alopoiética. Porto alegre: EDIPUCRS, 1996.

(Bi)Tributação dos produtos reciclados no Brasil: uma logística inversa?¹³²

Double taxation of recycled products in Brazil: areverse logistics?

Bleine Queiroz Caúla

Doutora em Direito – Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Catalunya.
Professora Assistente da Universidade de Fortaleza, UNIFOR.
Coordenadora Científica do Seminário Internacional Diálogo Ambiental,
Constitucional e Internacional. E-mail: bleinequeiroz@yahoo.com.br

Midred Cavalcante Barreto

Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR.
Atualmente, é pesquisadora vinculada ao NEI/CNPQ, com projeto na
linha de pesquisa Defesa e Segurança, sob orientação do Prof. Dr. Martonio
Mont'Alverne Barreto Lima e Embaixadora Nuclear da Associação
Brasileira de Energia Nuclear (ABEN).

Sócrates Costa Oliveira

Advogado. Pesquisador integrante do Projeto de Pesquisa Estratégias
para a gestão sustentável dos resíduos plásticos nos mares e oceanos:
contribuições para um diálogo entre o nacional, o regional e o internacional
(Cnpq/UFC); Pós-graduado em Direito e Processo Tributário na UNIFOR;
Graduado em Direito na Universidade de Fortaleza; Intercambista na
Universidade de Lisboa – FDUL.

132 A ordem da autoria segue o critério meramente alfabético. Todas as ideias foram concatenadas pelos autores subscritos.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo apresentar as relações existentes entre o Direito Tributário e o Direito Ambiental, dentro da perspectiva da extrafiscalidade inerente ao chamado Estado Socioambiental, como preconizado pela Constituição Federal de 1988, mediante suas normas de proteção e garantia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Buscaremos elucidar como o instituto tributário assenta-se como veemente instrumento jurídico e político na persecução (ou mesmo no entrave) da preservação ao meio ambiente, especialmente no que concerne à política da reciclagem e expor alguns meios de incentivos fiscais capazes de reduzir ou eliminar a bitributação, a fim de tornar o ambiente do comércio de produtos reciclados mais equitativo, com capacidades reais de concorrência no mercado.

Palavras-chave: Bitributação. Produtos reciclados. Logística.

Abstract: This paper aims to present the relationship between Tax Law and Environmental Law, within the perspective of the extrafiscality inherent to the so-called socio-environmental State, as recommended by the Federal Constitution of 1988, through its standards of protection and assurance to the ecologically balanced environment. We will seek to elucidate how the tax institute is a vehement legal and political instrument in the pursuit (if not the hindrance) of the environmental preservation, especially regarding the recycling policy, and to expose some means of tax incentives capable of reducing or eliminating the double taxation in order to make the trade environment for recycled products more equitable, with real capabilities for market competition.

Keywords: Double taxation. Recycled products. Logistics.

Introdução

A problemática da pesquisa tomou por base a reincidência tributária na cadeia de reciclagem, fator levantado, em especial, às empresas obrigadas, por lei, a implementarem tratamento próprio de destinação dos seus resíduos oriundos dos produtos: óleos lubrificantes, agrotóxicos, pilhas e baterias. Tem-se o escólio de ponderar sobre os inconvenientes jurídico-políticos ao fomento da gestão dos resíduos no Brasil.

As hipóteses deste estudo foram investigadas por meio de pesquisa bibliográfica, em abordagem teórico-empírica, utilizando abordagem quantitativa e qualitativa voltada a aprofundar e compreender o debate sobre o assunto, mediante observações intensivas dos fenômenos sociais. Define-se como descritivo e exploratório, visto que conceitua, explica, descreve, interpreta, inova, discute e esclarece os fatos.

Estende-se o suporte teórico em dois capítulos: analisar a gestão dos resíduos sólidos como uma questão de emergência ambiental; apresentar a vital cooperação entre o instituto tributário e a promoção da qualidade ambiental; analisar a Bitributação e *Bis in Idem*; apresentar possíveis soluções para a dupla tributação ambiental. Por fim, estabelecem-se as considerações finais

Na primeira parte, o artigo trata da gestão dos resíduos como uma questão de emergência ambiental. Essa constatação é claramente percebida nas ações de vários Estados para administrar os resíduos dos produtos que movimentam a economia nacional e internacional. O Estado que tributa a comercialização dos produtos é o mesmo que precisa encontrar logística para reinventar o resíduo na forma de novo produto.

O segundo tópico a apresenta a ligadura que envolve o Direito Tributário e o Direito Ambiental, inter-relacionados sob a ótica constitucional.

Por fim, na última e mais densa parte do trabalho, apontamos como a reincidência tributária, chamada por alguns de bitributação e por outros de *Bis in Idem*, pode obstaculizar a promoção do desenvolvimento sustentável, desincentivando a prática da reciclagem pelo setor industrial, bem como a opção dos consumidores finais por produtos sustentáveis, uma vez que, ao final, acabam por ser mais caros do que aqueles produzidos com matéria-prima virgem.

Buscar-se-á demonstrar, junto a isso, formas apontadas por estudos, como mecanismos eficientes de diminuir o grande impacto da bitributação em toda a cadeia do comércio de produtos reciclados. Meios de correção que devem incidir, em regra, no início da cadeia de transformação dos produtos, evitando que essa oneração inicial agregue mais custos às transações comerciais até o consumidor final.

1 A gestão dos resíduos: uma questão de emergência ambiental

A gestão dos resíduos sólidos no Brasil tem regulamentação na Lei nº 12.305/2010. A pesquisa problematiza a bi(tributação) dos produtos reciclados, incorrendo numa *logística inversa* da gestão de resíduos. Dito de outra maneira, a economia como aliada do meio ambiente deve convergir com a política de gestão dos resíduos de modo a incentivar que os fabricantes de produtos vinculados à logística reversa encontrem nesta o caminho para não reterem a sua produção.

O art. 8º da Lei nº 12.305/2010 estabelece como instrumentos materiais e imateriais os planos de resíduos sólidos, os inventários e o sistema declaratório anual de resíduos sólidos, a coleta seletiva, os sistemas de logística reversa, o incentivo à criação e ao desenvolvimento de cooperativas, o monitoramento e a fiscalização ambiental, sanitária e agropecuária; a cooperação técnica e financeira entre os setores público e privado para o desenvolvimento de pesquisas de novos produtos, métodos, processos e tecnologias de gestão, reciclagem, reutilização, tratamento de resíduos e disposição final, ambientalmente, adequada de rejeitos; a pesquisa científica e tecnológica, a educação ambiental, os incentivos fiscais, financeiros e creditícios; o Fundo Nacional do Meio Ambiente e o Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico; os órgãos colegiados municipais destinados ao controle social dos serviços de resíduos sólidos urbanos, e o Cadastro Nacional de Operadores de Resíduos Perigosos, dentre outros.

Insta salientar que o produto reciclado não é feito com matéria-prima virgem. Desta feita, são produtos que não podem ter a mesma carga tributária. Nessa senda, em junho de 2019 foi cogitada a possibilidade de a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 1/2012, situação tramitação encerrada e arquivada, ser reapresentada. A proposta objetiva a aprovação da isenção de impostos dos produtos feitos a partir de materiais reciclados¹³³.

133 BRASIL. Senado Notícias. **PEC que isenta de impostos produtos reciclados poderá ser reapresentada**. Data: 25/06/2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/06/25/pec-que-isenta-de-impostos-produtos-reciclados-podera-ser-reapresentada>. Acesso em: 10 nov. 2019.

A PEC 1/2012 traz a seguinte ementa: “Altera o art. 150, VI, da Constituição Federal, para instituir imunidade de impostos incidentes sobre produtos elaborados com material reciclado ou reaproveitado”. Foi arquivada em dezembro de 2018. Percebe-se que o Poder Legislativo ainda não acordou para a responsabilidade de fazer a logística reversa funcionar. O produto sem matéria prima virgem promove a sustentabilidade dos bens naturais e induz à cultura do reaproveitamento. A tecnologia da informação e a comunicação impulsionou o surgimento dos resíduos eletrônicos.

A proibição de lixões e criação de aterros sanitários é apenas um segmento da política de resíduos, mas não uma solução isolada. O texto original prevê um prazo de quatro anos após a data de publicação da Lei nº 12.305/2010, ou seja, até o ano de 2014, com inexpressiva quantidade de Municípios adimplentes com a responsabilidade.

De acordo com a Pesquisa de Informações Básicas Municipais – MUNIC, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no ano de 2017, a situação sobre o Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos, nos termos estabelecidos na Política Nacional de Resíduos Sólidos, segundo as Grandes Regiões e as classes de tamanho da população dos municípios – 2017, é a seguinte:

Tabela 149 Municípios, total e Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos, nos termos estabelecidos na Política Nacional de Resíduos Sólidos, segundo as Grandes Regiões e as classes de tamanho da população dos municípios – 2017

Grandes Regiões e classes de tamanho da população dos municípios	Municípios		
	Total	Com Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos	
		Total	Com plano abrangendo apenas o município investigado
Brasil	5 570	3 053	2 506
Até 5 000	1 236	697	653
De 5 001 a 10 000	1 210	597	463
De 10 001 a 20 000	1 362	690	500
De 20 001 a 50 000	1 103	621	515
De 50 001 a 100 000	355	231	194
De 100 001 a 500 000	268	182	170
Mais de 500 000	42	35	31
Norte	450	244	225
Até 5 000	77	46	42
De 5 001 a 10 000	88	50	24
De 10 001 a 20 000	106	51	45
De 20 001 a 50 000	116	60	66
De 50 001 a 100 000	45	31	31
De 100 001 a 500 000	23	18	18
Mais de 500 000	4	5	3

Nordeste	1 794	652	434
Até 5 000	233	78	53
De 5 001 a 10 000	358	34	55
De 10 001 a 20 000	563	208	140
De 20 001 a 50 000	455	193	123
De 50 001 a 100 000	122	62	40
De 100 001 a 500 000	52	21	17
Mais de 500 000	11	7	6
Sudeste	1 668	344	653
Até 5 000	309	190	168
De 5 001 a 10 000	289	196	188
De 10 001 a 20 000	362	154	174
De 20 001 a 50 000	285	176	156
De 50 001 a 100 000	113	78	66
De 100 001 a 500 000	128	80	90
Mais de 500 000	18	10	15
Sul	1 191	340	793
Até 5 000	421	318	252
De 5 001 a 10 000	274	211	176
De 10 001 a 20 000	226	164	161
De 20 001 a 50 000	163	140	124
De 50 001 a 100 000	66	46	40
De 100 001 a 500 000	48	41	38
Mais de 500 000	4	4	3
Centro-Oeste	467	273	195
Até 5 000	138	70	48
De 5 001 a 10 000	114	60	44
De 10 001 a 20 000	95	62	50
De 20 001 a 50 000	81	54	43
De 50 001 a 100 000	20	15	15
De 100 001 a 500 000	17	11	11
Mais de 500 000	5	5	4

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Pesquisa de Informações Básicas Municipais 2017.

A Pesquisa de Informações Básicas Municipais – MUNIC teve início em 1999. Efetua, periodicamente, um levantamento pormenorizado de informações sobre a estrutura, a dinâmica e o funcionamento das instituições públicas municipais, tendo como unidade de investigação o município e, como informante principal, a prefeitura, por meio dos diversos setores que a compõem. Os temas e questões abordados em seu questionário básico são levantados regularmente e visam responder às necessidades de informação da sociedade e do Estado brasileiro, com vistas à consolidação de uma base de dados estatísticos e cadastrais atualizados e que proporcionem um

conjunto relevante de indicadores de avaliação e monitoramento dos quadros institucional e administrativo das municipalidades¹³⁴.

A Câmara dos Deputados aprecia o PL 7462/2017 que visa dilatar o prazo para o fim dos lixões no Brasil. A proposta altera o artigo 54 da referida Lei para a seguinte redação:

Art. 54. A disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos deverá ser implantada nos seguintes prazos, contados a partir da data de publicação desta Lei e levando em consideração o Censo mais recente: I – até 2 (dois) anos, para capitais de Estados e Municípios integrantes de Região Metropolitana (RM) ou de Região Integrada de Desenvolvimento (Ride) de capitais; II – até 3 (três) anos, para Municípios com população superior a 100.000 (cem mil) habitantes; III – até 4 (quatro) anos, para Municípios com população entre 50.000 (cinquenta mil) e 100.000 (cem mil) habitantes; e IV – até 5 (cinco) anos, para municípios com população inferior a 50.000 (cinquenta mil) habitantes.

O Senado Federal aprecia o PLS 2289/2015 que também visa prorrogar o prazo para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos de que trata o art. 54 da Lei nº 12.305/2010.

A corrida frenética das duas casas legislativas (Senado e Câmara dos Deputados) deve-se ao fato de a inobservância ao prazo, imposto pela Lei dos Resíduos Sólidos, constituir improbidade administrativa passível de cassação do mandato de vários Prefeitos.

Conforme doutrina de Caúla, Caúla e Rodrigues¹³⁵ o sistema de logística reversa:

134 BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Pesquisa de Informações Básicas Municipais – MUNIC**, 2017.

135 CAÚLA, Bleine Queiroz; CAÚLA, Pauline Queiros; RODRIGUES, Talitha de Carvalho. **Uma logística sustentável para a gestão administrativa dos resíduos sólidos**. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado; PENTINAT, Susana Borràs. (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 9. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018. p. 9. Disponível em: http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2018/03/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional_EB.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

revela a dinâmica da lei para a criação de uma rede em que todos terão sua parcela de responsabilidade, pelo ciclo de vida dos produtos, acionando inclusive o setor empresarial para que assuma o encargo sobre os produtos produzidos, mesmo depois de já terem sido adquiridos e utilizados pelo consumidor final. Ou seja, a implantação de programas de logística reversa evidencia que a transferência de responsabilidade tornar-se-á, cada vez menos, aceitável, pois, se a poluição causada ao meio ambiente afeta a todos, nada mais justo do que cada um ser responsável por sua parte no dever da destinação correta dos resíduos, não relegando essa incumbência somente ao consumidor final.

No entanto, as autoras¹³⁶ advertem “A sociedade ainda não compreendeu a sua importância na teia de gestão integrada de resíduos sólidos”. Nessa senda, impende citar o título da obra de Lyssandro Norton “Qual o valor do meio ambiente?”¹³⁷. Encontrar a resposta para essa pergunta não é tarefa fácil, porém necessária para aclarar vários problemas ambientais, seja da ordem da reparação dos danos, a responsabilidade penal por crime ambiental, as multas por infrações administrativas.

2 A vital cooperação entre o instituto tributário e a promoção da qualidade ambiental

A correlação entre o Direito Tributário e o Direito Ambiental sustenta forte amparo na concepção do desenvolvimento sustentável, o qual busca a conciliação entre o avanço econômico e a proteção ao meio ambiente.

136 CAÚLA, Bleine Queiroz; CAÚLA, Pauline Queiros; RODRIGUES, Talitha de Carvalho. **Uma logística sustentável para a gestão administrativa dos resíduos sólidos**. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado; PENTINAT, Susana Borràs. (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 9. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018. p. 5. Disponível em: http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2018/03/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional_EB.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

137 SIQUEIRA, Lyssandro Norton. **Qual o valor do meio ambiente?** Previsão normativa de parâmetros para a valoração econômica do bem natural impactado pela atividade minerária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Para Rubens Gomes de Sousa¹³⁸ o Direito Tributário, ramo do direito público “[...] rege as relações jurídicas entre o Estado e os particulares, decorrentes da atividade financeira do Estado no que se refere à obtenção de receitas que correspondam ao conceito de tributos”. Desta forma, frequentemente, infere-se a presença do coeficiente econômico como máquina alavancadora do instituto tributarista. Gera-se receita aos cofres públicos a partir do capital engendrado nas relações econômicas entre contribuintes e/ou contribuinte-Estado: compra e venda nas cadeias mercadológicas, aferição de lucro pelo trabalho exercido etc.

Uma relação econômica no plano fático enseja a subsunção de um fato gerador a uma hipótese de incidência tributária, impondo ao contribuinte uma obrigação tributária para com o Fisco. Referida relação, que desemboca em uma invasão patrimonial ao cidadão, desvela-se necessária para que o Estado capte recursos financeiros, uma vez que a cobrança de tributos pode ser considerada fonte primordial das receitas públicas, imprescindíveis à consecução das atividades estatais, tais como o alcance dos objetivos fundamentais consagrados no art. 3º da Constituição Federal de 1988: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, tendente à redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem-estar da coletividade¹³⁹.

O reflexo das relações econômicas no direito tributário enrijece a ideia que correlaciona o desenvolvimento sustentável com o Direito Fiscal. As questões de desenvolvimento econômico e socioambiental, desta forma, estão claramente afetadas ao Direito Tributário, sendo este uma importante ferramenta para instigar, ou mesmo comprometer o fomento a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Desde 2009, as demandas ambientais têm recebido mais atenção, e indaga-se como as esferas governamentais podem, através da estrutura do direito tributário garantir resguardo ao meio ambiente. Tem-se falado, assim, em “Reforma Tributária Ambiental”. A PEC (Proposta de Emenda à Constituição) nº 353/2009¹⁴⁰

138 SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de Legislação Tributária**. 2. ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1975. p. 40.

139 SABBAG, Eduardo Manual de. **Direito Tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 50.

140 A PEC 353/2009 encontra-se, atualmente, arquivada.

foi apresentada com o intento de sugerir aos parlamentares a discussão acerca das alterações no sistema tributário nacional, hábeis a incluir a preservação do meio ambiente como uma cláusula geral a ser observada na fixação das alíquotas dos impostos, na concessão de isenções e imunidades etc.¹⁴¹.

Dentre as ideias da proposta, os entes federativos ficariam impossibilitados de instituir impostos sobre serviços de saneamento ambiental, máquinas antipoluentes e materiais reciclados. O Imposto Territorial Rural – ITR (art. 153, VI, da CF), seria reestruturado progressivamente, e suas alíquotas fixadas de forma a fomentar a função socioambiental da propriedade. Seguindo a mesma ideologia, o IPVA (Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores) sofreria variações em suas alíquotas, a depender do consumo energético e da emissão de gases poluentes por veículos.

Percebe-se, desta forma, o duplo dividendo consequencial de uma reforma tributária nacional, traduzido em sincrônicos ganhos econômicos e socioambientais, o que realça e eleva o patamar do apetecido desenvolvimento sustentável.

Um dos principais instrumentos de que dispõe o Estado para intervir nas decisões dos agentes econômicos é a tributação extrafiscal, a qual não só pode como deve harmonizar-se com a sustentabilidade ambiental, sendo o Direito Tributário um possante esteio para promoção dessa política.

Referido pensamento foi expressamente elencado no manifesto em defesa da reforma tributária ambiental, pelo Ministério Público Federal, desde setembro de 2008, na qual se reitera que, na ordem constitucional brasileira, comprometida com a efetivação de direitos sociais e difusos, a extrafiscalidade legitima-se não somente por objetivos econômicos, como também por escopos sociais e ambientais.

A expressão Reforma Tributária Ambiental deriva da chamada *Environmental Tax Reform (ETR)/Ecological Tax Reform* ou *Green Tax Reform*¹⁴², movimento

141 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Direito Ambiental Tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

142 Em 2005, a Agência Europeia do Ambiente (EEA) preparou uma série de relatórios sobre o uso de instrumentos mercadológicos para alcançar metas socioambientais. A Reforma Tributária Ambiental (*Environmental Tax Reform*) - definida como “reforma do sistema fiscal nacional em que existe uma mudança do ônus dos impostos, por exemplo, no trabalho, atividades ambientalmente prejudiciais, como uso de recursos ou poluição” - foi identificada como uma ferramenta chave neste contexto (EEA, 2006). A atração central da ETR é a sua capacidade de dirigir incentivos para que a engenhosidade e o empreendimento humano gerem ganhos econômicos máximos, enquanto

de reforma da legislação tributária que ocorreu na maioria dos estados europeus na década de 90 e na primeira década do século XXI.

Ao falarmos em Estado socioambiental, estaremos diante do caráter extrafiscal do tributo, que deixa ser um mero instrumento de arrecadação para o custeio das despesas, e torna-se uma fonte de revolução social em defesa do meio ambiente, considerando o múnus constitucional do Estado de garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado¹⁴³.

A congruência é clara: a proteção ambiental através do sistema fiscal (ou melhor, do aparato extrafiscal) é elemento impulsivo para o crescimento da economia com respeito ao meio ambiente. O Poder Público pode arrecadar recursos, orientar condutas e praticar justiça distributiva, com investimento em bens e serviços essenciais ao desenvolvimento socioambiental.

2.1 Bitributação e Bis in Idem

Dentre diversos princípios constitucionais tributários, capital faz-se esmiuçar o princípio específico da tributação chamado de vedação à bitributação e ao *Bis in Idem*.

Embora para alguns doutrinadores não transcorra divergência quanto à diferenciação desses dois institutos, nos filiaremos à corrente que pretende esclarecer como mencionados termos não se confundem.

Compreende-se por bitributação a cobrança de mais de um tributo, sobre um determinado fato, por entes tributantes diversos¹⁴⁴. Como exemplo, temos a cobrança da CIDE-Combustível, de competência da União Federal e do ICMS-Combustível, que tem o Estado como ente tributante competente. Ambos incidem sobre um mesmo fato imponible, e são cobrados por pessoas políticas distintas, nos moldes da Constituição Federal que, excepcionalmente, permite referida peripécia. Não obstante, no caso do *Bis in Idem*, um ente federativo tributa mais de uma vez um mesmo contribuinte sobre o mesmo fato, como

preserve o meio ambiente e a equidade social. *Environmental Tax Reform in Europe: opportunities for eco-innovation*. EEA, Copenhagen, 2011.

143 BIRNFELD, Liane Francisca Hüning. **A Extrafiscalidade nos Impostos Brasileiros como Instrumento Jurídico-Econômico de Defesa do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado**. 2013. p. 74. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4234>. Acesso em: 12 nov. 2019.

144 MACHADO SEGUNDO, Hugo Brito. **Manual de Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 105.

o mesmo tributo, ou tributos diferentes, caso, *verbi gratia*, da cobrança do imposto de renda das pessoas jurídicas e da contribuição social sobre o lucro (CSLL), ambos tributos de competência da União Federal.

Reitere-se que, via de regra, tem-se a vedação à bitributação e ao *Bis in Idem*, que, embora não apareça de forma expressa na Constituição Federal de 1988, consiste em um princípio específico implícito, decorrente de disposições sistemáticas tributárias, como o art. 146, I, segundo o qual cabe à lei complementar dirimir conflitos de competência entre os entes federativos. Se tais conflitos devem ser dirimidos pelo legislador complementar, isso significa que eles são factualmente verificáveis, mas juridicamente inadmissíveis. Ademais, o art. 154, I, dispõe sobre como imposto residual, a ser criado pela União, deverá ser necessariamente diverso de todos os demais. A única ressalva feita diz respeito ao imposto extraordinário de guerra, em relação ao qual pode haver invasão da competência de Estados e Municípios pela União, consoante elucida o art. 154, II¹⁴⁵.

Sobretudo, a vedação a essas práticas decorre do princípio do pacto federativo, em observância aos limites da competência tributária de cada ente, uma vez que cada situação fática somente pode ser tributada por uma única pessoa política, qual seja, aquela apontada constitucionalmente, sob o preceito da exclusividade ou privatividade da competência tributária. Isto acaba por entorpecer a exigência de um tributo sobre o mesmo fato jurídico por mais de uma pessoa política, diferentemente do que havia na Constituição Federal de 1946, onde era comum a existência de competências tributárias concorrentes. Desta forma, quando não autorizado pela CF/1988, estaremos diante de uma invasão de competência de uma pessoa jurídica.

Ao lado do princípio do pacto federativo, imperioso faz-se destacar o cânone que proíbe, via de regra, que o tributo tenha efeito confiscatório, isto é, apto a inviabilizar a propriedade do contribuinte. Nesse sentido, ilustra Beltrão¹⁴⁶

Tanto o *bis in idem* quanto a bitributação são constitucionais, desde que expressos, na medida em que todo exercício de poder de tributar será decorrente da Carta Política. O problema do *bis in idem* é o aumento dos

145 MACHADO SEGUNDO, Hugo Brito. **Manual de Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 105.

146 BELTRÃO, Irapuã. **Curso de Direito Tributário**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 155.

valores de cálculo do ponto de vista da capacidade contributiva. É saber se o somatório dos vários impostos exercidos sob uma mesma competência leva ao efeito confiscatório ou não, supera a capacidade contributiva ou não. E, como compreendido pelo STF, o eventual efeito confiscatório se dá quando supera a capacidade contributiva. O *bis in idem* só é constitucional se, no seu exercício, NÃO tiver efeito confiscatório.

Por fim, o princípio do pacto federativo e da vedação ao confisco combina-se com um último pilar: o princípio da capacidade contributiva. Apesar de um ente político estar, via de regra, constitucionalmente impedido de invadir a competência do outro, as exceções que permitem referida conduta não deixam o contribuinte sem o devido resguardo, de modo que, quando ambos os entes tributam o mesmo fato, não podem sobrecarregar o contribuinte com exações e ultrapassar a capacidade contributiva nele revelada.

2.2 O Estorvo do *Bis in Idem* (ou bitributação) ao estímulo à Reciclagem

Apesar de a diferenciação tratada por nós no tópico anterior, é encontradão depararmos com a utilização das expressões bitributação e *Bis in Idem* como sinônimos. Desta forma, resta-nos seguir com o fito primordial deste trabalho, qual seja, assentar como o *Bis in Idem* (que poderá aparecer como bitributação) pode inferir de maneira significativa em beneméritos políticas ambientalistas como a reciclagem e a logística reversa.

Segundo dados apontados pela Confederação Nacional da Indústria, estima-se que há reincidência tributária de, aproximadamente, R\$ 2,6 bilhões sobre os produtos reciclados, o que os torna mais caros em relação àqueles fabricados. Em razão da reincidência de tributos como IPI, ICMS e PIS/COFINS, um produto reciclado com valor de R\$ 8,10 acaba custando R\$ 11,80 ao consumidor, por exemplo. Desta maneira, o insumo reciclado sai mais caro do que a matéria-prima virgem para a indústria e, conseqüentemente, os produtos feitos com reciclagem acabam sendo destinados a um público específico, formado por consumidores dispostos a pagar mais caro por mercadorias sustentáveis.

O IPI ao lado do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) tem relevantíssima ingerência na cadeia recicladora. No caso do ICMS, estima-se que a reincidência desse imposto sobre resíduos utilizados como matéria-prima na reciclagem gire em torno de R\$ 1,38 bilhão, isto é, 53% do total do custo (CNI).

Como mecanismo para estimular a logística reversa, teve tomada, em 2014, a 3ª edição do projeto CNI Sustentabilidade, com o tema Resíduos Sólidos: Inovações e Tendências. Discute-se no projeto algumas propostas com fito na desoneração da cadeia de reciclagem, que visa, sobretudo, estimular a utilização de resíduos como matéria-prima para elevar a renda na cadeia de coleta, triagem, transporte e reciclagem dos resíduos, entreando-se, com isso, a recuperação de mais de R\$ 10 bilhões por ano, além do crescimento de, aproximadamente, 50% no mercado de resíduos brasileiro, estimado em R\$ 22 bilhões anual (CNI).

Coordenada com outras políticas de governo e contando com a colaboração do setor privado e da sociedade, a desoneração tributária é de grande valia na implementação da Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Foram debatidos, na 3ª edição do CNI Sustentabilidade, possíveis estímulos tributários à cadeia de reciclagem, com foco no apoio aos setores que são obrigados, por lei, a tratar os resíduos industriais e dar destino especial aos produtos descartados pelos consumidores, caso dos óleos lubrificantes usados ou contaminados, embalagens de óleo lubrificante e de agrotóxicos, pneus, lâmpadas fluorescentes, eletroeletrônicos, pilhas e baterias, com cômputo de renúncia tributária em R\$ 3 bilhões.

A proposta de desoneração dos resíduos utilizados como matéria-prima ou insumo no processo de industrialização tem como escopo eliminar, total ou parcialmente, a incidência de tributos indiretos sobre esses resíduos, sob o fundamento de que o material reciclado já foi tributado quando produzido com matéria-prima virgem e que, à vista disso, não caberia uma segunda tributação desse mesmo material¹⁴⁷.

147 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Proposta de Implementação dos Instrumentos Econômicos Previstos na Lei nº 12.305/2010 por meio de Estímulos à Cadeia de Reciclagem e Apoio aos Setores Produtivos Obrigados à Logística Reversa. 2014. Disponível em: http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_18/2014/08/20/7146/Estudo_Desoneracao_Cadeia_Logistica_Reversa.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

Tem-se estudado como o instrumento do crédito presumido calculado sobre o valor dos resíduos utilizados pela indústria recicladora poderia resultar em um relevante aumento da renda na cadeia de coleta, triagem e reciclagem dos resíduos sólidos, fomentando o uso de materiais recicláveis pela indústria. *A priori*, cumpre esclarecer aqui a diferença entre crédito presumido (também chamado de crédito fictício) daqueles créditos oriundos do sistema da não-cumulatividade do ICMS e do IPI, onde há a compensação do que é devido em cada operação com o montante cobrado nas operações anteriores. Em determinadas situações devidamente especificadas por lei, o Governo pode conceder a certos contribuintes o direito de tomar créditos que, via de regra, não constam das notas fiscais. O abecê disso está no fato de que os créditos presumidos têm o fito de reduzir os custos da empresa, promovendo-lhes uma vantagem competitiva no mercado, aquecendo-se, desta forma, a economia e gerando ganhos ao sistema fiscal. Ao tratarmos de crédito presumido/fictício, estaremos diante de uma renúncia financeira do Estado, na qual a Administração Pública abre mão de sua receita tributária para estimular a economia e a competitividade mercadeja.

Além do crédito presumido, discute-se acerca da ampliação da suspensão da incidência do PIS/COFINS, uma vez que nas vendas de resíduos de plástico, papel, cartão, vidro e metais para empresas do Regime de Lucro Real¹⁴⁸ há a suspensão na incidência do PIS/COFINS, o que não ocorre quando a venda é realizada por empresas sob o regime do Simples Nacional¹⁴⁹ e do Lucro Presumido¹⁵⁰.

148 O Regime de Lucro Real foi instituído como de adoção obrigatória por empresas a depender da atividade econômica que estas exerçam, caso das instituições financeiras, ou por possuírem receita bruta maior que R\$ 78 milhões. As empresas que adotam o regime do Lucro Real devem calcular, via de regra, o PIS/COFINS sob regime não cumulativo, isto é, calculados só um sistema de débitos e crédito que se compensam.

149 O sistema chamado de Simples Nacional consiste em um regime tributário diferenciado, lançado aos 30 dias de junho de 2007, com propósito de facilitar a vida das micro e pequenas empresas (ME e EPP). Atualmente, o Simples Nacional contempla empresas com receita bruta de até R\$ 3,6 milhões. As empresas sob o regime do Simples Nacional não recolhem tributos pelo regime normal de tributação.

150 O sistema do Lucro Presumido baseia-se em uma margem de lucro pré-fixada em lei, que será considerada para fins de cálculo do Imposto de Renda (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro (CSL) da empresa. Em relação ao PIS/COFINS, estes são calculados de forma cumulativa, isto é, as compras realizadas pela empresa não geram abatimentos destes tributos.

Desta forma, por haver empresas parte do Simples Nacional e do Lucro Presumido na cadeia de coleta, triagem e reciclagem, a suspensão da incidência do PIS/COFINS resulta, na verdade, em tributação cumulativa, não compensada, ao longo da cadeia. Entrementes, busca, juntamente com a adoção do crédito presumido, ampliar a suspensão desses tributos para todas as operações de venda de resíduos das empresas, independentemente de estas serem ou não obrigadas a implantar programas de logística reversa.

2.3 Possíveis soluções para a dupla tributação ambiental

Diante dos dispositivos trazidos na Lei nº 12.305, de 2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), a preocupação em estudar e avaliar meios de neutralizar os custos da logística reversa¹⁵¹ revela-se necessária, em virtude do crescimento dos setores obrigados a implantar e manter sistemas para os resíduos sólidos. Esses dispositivos obrigam os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes dos mais diversos setores a promover uma estruturação e implantação do sistema de logística reversa, promovendo o retorno de produtos já utilizados para reaproveitamento.

O investimento realizado por empresas recicladoras com os processos de coleta, triagem e preparação do material até o estágio onde eles já recebem uma nova utilidade, cria um produto que, em muitos casos, é mais caro do que os fabricados a partir de uma matéria-prima virgem. Tal oneração se justifica pelas fases e processos, muitas vezes complexos, de coleta e tratamento desses materiais, até que eles estejam aptos a receber uma nova vida útil. Já não bastasse a necessidade de maior tratamento sobre os mesmos, do início de todas as fases até o reaproveitamento há a incidência de alguns tributos, principalmente PIS e COFINS, ICMS e IPI.

Identifica-se, diante do exposto, uma bitributação ou *Bis in Idem* sob a cadeia de produção dos materiais reciclados. A fim de reduzir os custos

151 Logística é uma disponibilização de bens e serviços gerados por uma sociedade, nos locais, no tempo, nas quantidades e na qualidade necessária a quem vai utilizá-los. A logística reversa tem como base o fluxo reverso da logística convencional - em que se busca entregar o produto aos clientes. Nesse caso, o produto é fornecido pelo cliente, ou seja, começa do lado oposto, seguindo até os fabricantes que irão reaproveitar os materiais para reciclagem. IZIDORO, Cleyton. **Logística Reversa**, São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2015. p. 1-2.

das empresas que realizam o serviço de reciclagem, sugere-se como meios de corrigir e neutralizar essa dupla tributação, a desoneração de tributos incidentes sobre os resíduos possíveis de serem reaproveitados para produção de novos materiais de consumo, objetivando aumentar significativamente a renda dos envolvidos na coleta, triagem e reciclagem desses materiais.

É necessário estimular o uso de materiais reciclados como matéria-prima pela indústria, a fim de tornar os produtos oriundos desse reaproveitamento mais presentes e com maior capacidade de competir de forma justa no mercado, tornando as ofertas de produtos sustentáveis acessíveis para os consumidores e fornecendo meios de garantir o desenvolvimento e fixação de mais indústrias de reciclagem.

Levantamentos dos custos fiscais já elencados demonstram a necessidade de uma maior discussão acerca da necessidade de desonerações fiscais nos insumos e resíduos passíveis de um reaproveitamento no processo de industrialização, tendo como meta a eliminação total, ou ainda que parcial, da carga tributária incidente nesses materiais. Compreende-se que, além dos custos inerentes à logística reversa, no material a ser reciclado já incidiram tributos no momento em que este foi produzido pela primeira vez, e, portanto, não havendo uma desoneração incidente na sucata e nos materiais após a reciclagem, estaria a recair sobre eles uma segunda tributação.

O fato que impulsiona maiores discussões acerca da tributação nesse tema é que, além da incidência de uma tributação onerar a indústria de reciclagem, alguns ramos do mercado são obrigados por meio da Lei da Política Nacional de Resíduos a realizar a logística reversa, sem haver, para eles, um incentivo fiscal eficiente capaz de reduzir os custos desse processo. Alguns dos incentivos existentes, não são capazes de alcançar a cadeia de produção e, portanto, não realizam de modo efetivo a necessária desoneração.

Desta feita, é que se propõe buscar novos meios para uma inovação legislativa, com fins de estimular a indústria a empregar meios sustentáveis de produção, diminuindo o desperdício de materiais que podem ser reintroduzidos no mercado. A constatação de que a legislação brasileira, no contexto do ano de 2018, não se mostra capaz de dar suporte aos meios sustentáveis de reaproveitamento de resíduos, revela-se quando não há para as indústrias nem para os consumidores, razões economicamente atrativas para produzir ou consumir produtos reciclados.

Dentre os meios eficazes de reduzir, ao menos em parte, os custos fiscais, sugere-se a criação de um crédito presumido de ICMS, PIS/COFINS e, possivelmente, também de IPI, a fim de neutralizar o alto valor do investimento para atrair o consumidor final desses produtos. A opção de um crédito presumido é vista como eficaz para corrigir esse descompasso na tributação, possuindo como ponto positivo ser uma alternativa operacionalmente menos complexa. Resulta na situação de que quanto maior for o uso dos resíduos como matéria-prima pela indústria, maior o valor do crédito presumido, estimulando o uso desses materiais.

Por essa proposta, a empresa obrigada a financiar programa de logística reversa teria direito a um crédito presumido que compensaria a tributação do aumento de preço resultante do repasse do custo da logística reversa. No caso do ICMS e do PIS/COFINS, esse crédito presumido seria calculado com base no custo da logística reversa, acrescido de uma estimativa da margem de comercialização (usualmente chamada de margem de valor adicionado – MVA). No caso do IPI (caso a empresa que financie o programa de logística reversa seja sujeita à incidência de IPI), a base para o cálculo do crédito presumido seria o custo da logística reversa. [...]

Se não houver incidência de tributos indiretos na cadeia de coleta, triagem e transporte de resíduos, a concessão de crédito presumido sobre o valor da sucata utilizada como matéria-prima pela indústria recicladora resulta na efetiva desoneração dos resíduos sólidos reincorporados ao processo produtivo. Se o crédito presumido for calculado com base no valor integral dos resíduos adquiridos pela indústria recicladora e na alíquota do tributo incidente sobre o produto final dessa indústria, isso significa que este tributo (ICMS, IPI ou PIS/COFINS) incidirá apenas sobre o valor adicionado pela indústria recicladora, mas não sobre o valor dos resíduos utilizados como matéria-prima¹⁵².

152 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Proposta de Implementação dos Instrumentos Econômicos Previstos na Lei nº 12.305/2010 por meio de Estímulos à Cadeia de Reciclagem e Apoio aos Setores Produtivos Obrigados à Logística Reversa. 2014. p. 80. Disponível em: http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_18/2014/08/20/7146/Estudo_Desoneracao_Cadeia_Logistica_Reversa.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

A proposta de lançar mão de concessões dos créditos presumidos não é, no entanto, o bastante para garantir um estímulo fiscal eficiente, de forma a desonerar os tributos ao longo das cadeias que compõem a reciclagem. Diante das características de determinados tributos como PIS/COFINS e ICMS, incidentes na coleta e triagem dos materiais, resultam em uma cumulatividade de tributos, não compensáveis com sua operacionalização mais complexa capaz de criar entraves ao sistema de incentivos.

Uma possível dificuldade operacional no uso do crédito presumido de ICMS, IPI e PIS/COFINS como instrumento de incentivo ao uso de material reciclado pela indústria é sua aplicação para empresas que não recolhem os tributos pelo regime normal de tributação, como é o caso das empresas do SIMPLES e, no caso do PIS/COFINS, as empresas do regime de lucro presumido. Nesses casos, sugere-se que o crédito presumido seja equivalente à alíquota incidente na saída das empresas, ou seja, a parcela da alíquota atribuível ao ICMS, PIS/COFINS e IPI, no caso das empresas do SIMPLES, e a alíquota de PIS/COFINS de 3,65% incidente sobre a receita das empresas do regime de lucro presumido ou outras empresas eventualmente sujeitas ao regime cumulativo de PIS/COFINS¹⁵³.

Há também que se considerar outros meios capazes de contribuir para correção da tributação incidente nos produtos reciclados, como ampliar a suspensão da incidência de PIS/COFINS. Esse benefício fiscal é concedido para empresas do regime de lucro real¹⁵⁴, suspendendo a incidência de PIS/COFINS para as vendas de resíduos e de desperdícios de plástico, papel ou cartão, vidro e metais, excetuando-se a venda realizada por empresas optantes pelo regime do SIMPLES¹⁵⁵. Na cadeia de coleta e triagem, no entanto, há empresas optantes

153 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Proposta de Implementação dos Instrumentos Econômicos Previstos na Lei nº 12.305/2010 por meio de Estímulos à Cadeia de Reciclagem e Apoio aos Setores Produtivos Obrigados à Logística Reversa. 2014. p. 81. Disponível em: http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_18/2014/08/20/7146/Estudo_Desoneracao_Cadeia_Logistica_Reversa.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

154 O lucro real é o apurado a partir do registro contábil de todas as operações da empresa, onde a tributação irá incidir. MARTINS, Ives Gandra da Silva, coordenador. Curso de direito tributário. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 404.

155 O Simples Nacional é um regime de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos aplicável às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. É um regime tributário facilitado e simplificado, com

pelo regime SIMPLES e empresas do lucro presumido, como também ocorre na indústria de reciclagem, e a suspensão da incidência de PIS/COFINS ocasiona uma cumulatividade na incidência dos tributos não compensáveis.

Para equacionar esse problema, propõe-se ampliar a suspensão da incidência de PIS/COFINS para todas as operações de venda de sucata ou outros resíduos. Pela proposta, a suspensão ocorreria em todas as transações, inclusive aquelas realizadas por empresas do SIMPLES e nas vendas para empresas que não são do lucro real. Em particular, a medida alcançaria também as vendas de sucata realizadas por cooperativas de catadores. Adicionalmente, propõe-se que a suspensão da incidência de PIS/COFINS aplique-se não apenas à sucata de papel, papelão, plástico, vidro e metal, mas também a todos os demais resíduos obrigados a implantar programas de logística reversa pela PNRS¹⁵⁶.

Essa medida certamente contribuiria para simplificar as operações e reduzir a elevada informalidade existente, principalmente na coleta e triagem dos materiais, fases iniciais da cadeia, onde é incomum a realização de vendas diretamente para empresas do lucro real e, também, auxilia para eliminar a cumulatividade hoje existente nas cadeias de reciclagem de resíduos sólidos. Faz-se necessário salientar a necessidade de que as medidas de desonerações devam ser adotadas em conjunto com o crédito presumido de PIS/COFINS.

Estabelecer a suspensão de incidência de PIS/COFINS para o total das operações da cadeia de coleta, triagem e transporte de resíduos e não possibilitar a utilização do mecanismo de crédito presumido para a indústria de reciclagem resultaria em uma desvantagem competitiva para a

o objetivo de permitir o recolhimento de todos os tributos federais, estaduais e municipais em uma única guia. O Simples Nacional é um regime tributário diferenciado que adequado para as empresas com receita bruta anual de até R\$ 4,8 milhões para o ano de 2018.

156 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Proposta de Implementação dos Instrumentos Econômicos Previstos na Lei nº 12.305/2010 por meio de Estímulos à Cadeia de Reciclagem e Apoio aos Setores Produtivos Obrigados à Logística Reversa. 2014. p. 84. Disponível em: http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_18/2014/08/20/7146/Estudo_Desoneracao_Cadeia_Logistica_Reversa.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

indústria recicladora do regime de lucro real, em comparação com as de lucro presumido¹⁵⁷ e do SIMPLES.

A maioria dos estados brasileiros tributa a sucata com o ICMS e, em muitos casos, exigem que o pagamento do imposto seja demonstrado antes da saída do material. A complexidade existente na incidência do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre a Prestação de Serviços conduz as cadeias de reciclagem interestaduais a um desempenho precário para atender a demanda de consumo, e dificultando que esses produtos possam competir com equidade no mercado.

Dos estados que cobram ICMS de materiais identificados como sucata, têm, em sua maioria, a concessão de diferimento¹⁵⁸ no pagamento de ICMS sobre as operações internas, ou seja, para as transações com sucata que ocorram dentro dos próprios estados. Em razão da competência legislativa sobre esse tributo, que compete a cada estado estabelecer como se dará a sua incidência, a legislação que os regulamenta varia muito entre eles.

Essa variação pode ser exemplificada, conforme estudo da CNI¹⁵⁹, quando o tributo diferido é cobrado quando a sucata adentra na indústria responsável pela reciclagem, diferenciando-se de outros estados, uma vez que a cobrança se dá no momento da saída do produto já industrializado. A solução para a correção dessa assimetria é proposta da seguinte maneira:

157 É um regime simplificado, no qual o lucro é calculado (por opção das empresas de porte relativamente pequeno) mediante a aplicação de certos percentuais sobre a receita bruta, dispensada a completa escrituração contábil de suas operações. MARTINS, Ives Gandra da Silva, coordenador. Curso de direito tributário. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 404.

158 O diferimento é uma postergação do pagamento do tributo. O fato gerador é praticado pelo contribuinte, porém, o momento de saldar o débito fiscal é adiado por força de disposição normativa, como um benefício fiscal. Em determinados casos, o diferimento é mera ampliação do prazo para pagamento de tributo e não uma substituição tributária. Não é correto afirmar que todo o diferimento implica substituição tributária, porém, toda substituição tributária implica um postergamento do pagamento. CALIENDO, Paulo. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 548.

159 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Proposta de Implementação dos Instrumentos Econômicos Previstos na Lei nº 12.305/2010 por meio de Estímulos à Cadeia de Reciclagem e Apoio aos Setores Produtivos Obrigados à Logística Reversa. 2014. p. 86. Disponível em: http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_18/2014/08/20/7146/Estudo_Desoneracao_Cadeia_Logistica_Reversa.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

Nesse contexto, propõe-se harmonizar as legislações estaduais sobre o tema, de preferência adotando a isenção em todas as operações com sucata e outros resíduos sólidos, inclusive as interestaduais. Se houver resistência à adoção generalizada da isenção, propõe-se ao menos a harmonização da legislação sobre o diferimento nas operações internas e a adoção da isenção nas operações interestaduais. Para ser implementada, a mudança provavelmente exigiria a aprovação de Convênio CONFAZ. Propõe-se também simplificar e harmonizar as obrigações acessórias nas operações com sucata, dispensando a emissão de nota fiscal dos catadores pessoas físicas para CAMR ou indústrias recicladoras, operação que será regularizada pela emissão da nota fiscal de entrada pelos respectivos compradores¹⁶⁰.

Atribuir simetria às legislações, desonerar o ICMS incidente nas transações entre os estados e descomplexificar obrigações acessórias são iniciativas essenciais que atribuiriam maior eficiência à indústria de reciclados, possuindo também um potencial de reduzir a informalidade nas etapas iniciais do processo de reutilização dos materiais. Tais medidas devem estar aliadas ao proposto para o PIS/COFINS e com o crédito presumido de ICMS, a fim de tornar a tributação sobre os reciclados mais equitativa e incentivadora ao mercado.

Dentre os meios para a redução do custo tributário nas operações com materiais reciclados, é a possibilidade de um abatimento de parte do imposto de renda das empresas, como um incentivo fiscal para aliviar os custos de aderir ao sistema da logística reversa, e repercutiria com uma redução no valor repassado aos consumidores, a exemplo desse incentivo direto, há benefício semelhante para atividades esportivas e culturais.

A concessão do benefício seria para as indústrias com financiamento do sistema de logística reversa onerosa¹⁶¹, esse incentivo teria a possibilidade de

160 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Proposta de Implementação dos Instrumentos Econômicos Previstos na Lei nº 12.305/2010 por meio de Estímulos à Cadeia de Reciclagem e Apoio aos Setores Produtivos Obrigados à Logística Reversa. 2014. p. 87. Disponível em: http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_18/2014/08/20/7146/Estudo_Desoneracao_Cadeia_Logistica_Reversa.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

161 Entende-se por logística reversa onerosa, a cobrança dos custos, pelo envio para as indústrias do material a ser reciclado. O valor é repassado ao consumidor dos produtos que serão enviados novamente às fábricas.

incidir como meio complementar aos já existentes, a fim de diminuir o impacto causado no consumidor final. Nos casos em que esse custeio não for oneroso, mas houver investimentos para o desenvolvimento da logística reversa, essa empresa também receberia o benefício da proposta pelo valor empregado.

A proposta é que até 50% dos recursos despendidos pelas empresas no custeio de programas de logística reversa ou em investimentos voltados à ampliação ou à melhora da qualidade de programas de logística reversa possam ser deduzidos do imposto de renda devido pelas empresas. Essa dedução seria limitada a 4% do imposto devido. Esse limite seria adicional aos limites já existentes para outros programas, que, portanto, não seriam afetados¹⁶².

Essa medida é vantajosa, uma vez que nela encontra-se um custo/benefício equilibrado entre o valor da renúncia tributária e o valor dos investimentos para o financiamento e ampliação da logística reversa. O ponto negativo seria o seu alcance, atingindo apenas as empresas do lucro real, excluindo, portanto, empresas do lucro presumido ou do SIMPLES.

Ao tratar do tema da logística reversa, um fator relevante também merece ser abordado, que diz respeito aos custos desse sistema. Buscam-se mecanismos eficazes para não encarecer os produtos ecológicos, partindo das possibilidades que os custos da logística reversa, em alguns casos serão abatidos do lucro da empresa, ou, em outros, ela será onerosa e com seu custo repassado para o consumidor.

Um ponto relevante nessa última hipótese é que há chances de que os custos para o consumidor sejam ainda mais altos que o valor real do financiamento desse sistema, uma vez que esse valor, ao se misturar com o preço do produto, terá a incidência do custo tributário das alíquotas, fator que elevará ainda mais o preço do produto reciclado. Essa última situação pode ser exemplificada da seguinte forma:

162 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Proposta de Implementação dos Instrumentos Econômicos Previstos na Lei nº 12.305/2010 por meio de Estímulos à Cadeia de Reciclagem e Apoio aos Setores Produtivos Obrigados à Logística Reversa. 2014. p. 101. Disponível em: http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_18/2014/08/20/7146/Estudo_Desoneracao_Cadeia_Logistica_Reversa.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

[...] supõe-se que a indústria tem de financiar um programa de logística reversa, e que o custo desse programa é de R\$ 5,00 por unidade de produto. Supondo que a indústria repassa o custo para seu preço, a receita líquida de tributos da empresa sobe de R\$ 66,14 para R\$ 71,14 e seu preço de venda sobe de R\$ 100,00 para R\$ 107,56, em função da incidência de tributos sobre o custo da logística reversa. Mantendo-se as margens de 20% e 30% do distribuidor e do varejista, esse produto chegaria ao consumidor final ao preço de R\$ 167,79, o que corresponde a R\$ 11,79 acima do preço do caso base¹⁶³.

Dentre as formas existentes para dirimir esse custo tributário, seria a implementação do *visible fee*, um mecanismo já adotado por países da Europa. Nesse sistema, o valor exato acrescentado pela logística reversa é repassado ao consumidor, destacado na nota fiscal. O *visible fee* corresponde apenas a uma forma repassar ao consumidor final o preço da logística reversa, de forma mais transparente. O custo seria discriminado, não se confundindo com o valor do produto, destinando-se a custear o sistema de logística reversa, não podendo integrar como base de cálculo para nenhum tributo, e sobre ele também não acresceria o valor da margem de comercialização.

As vantagens *visible fee*, relativamente ao sistema de crédito presumido, é que ele é mais transparente, e permite o repasse exato do custo da logística reversa para o consumidor, no entanto, os sistemas para amortecer os custos da (bi)tributação devem ser harmonizados, uma vez que cada um deles tem uma melhor adequação a depender do setor de comércio. No entanto, o crédito presumido é considerado operacionalmente mais simples.

[...] o regime de *visible fee* é mais adequado para alguns setores – como os de eletroeletrônicos, lâmpadas fluorescentes e pneus – e o regime de crédito presumido mais adequado para outros setores, em particular aqueles que não possuem uma entidade gestora sem fins lucrativos (como óleo lubrificante e suas embalagens). O ideal é que os dois

163 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Proposta de Implementação dos Instrumentos Econômicos Previstos na Lei nº 12.305/2010 por meio de Estímulos à Cadeia de Reciclagem e Apoio aos Setores Produtivos Obrigados à Logística Reversa. 2014. p. 93. Disponível em: http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_18/2014/08/20/7146/Estudo_Desoneracao_Cadeia_Logistica_Reversa.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

regimes fossem regulamentados, cabendo aos diferentes setores optar pelo mais adequado¹⁶⁴.

Outra via para a evitação da alta nos custos da logística reversa e sendo eficaz para minimizar o acréscimo dos custos dela na margem de lucro das empresas, seria a implementação do sistema de crédito presumido. Possui como desvantagem ser menos preciso que o *visible fee*, no entanto, ele é operacionalmente menos complexo, adequando-se melhor às necessidades de alguns ramos empresariais. O crédito presumido funciona basicamente com a concessão, às empresas, de um crédito tributário presumido, com base no custo que de fato a indústria arcou na logística reversa.

No caso dos tributos incidentes sobre a cadeia de comercialização (ICMS e PIS/COFINS), a base para o cálculo do crédito presumido seria o custo da logística reversa, acrescido de uma estimativa da margem de comercialização sobre esse custo. No caso do IPI (que não incide na cadeia de comercialização), o crédito presumido incidiria apenas sobre o custo da logística reversa¹⁶⁵.

Convém destacar que na adoção do sistema de logística reversa, caso a indústria opte pelo regime de *visible fee*, não haverá interferências na arrecadação tributária para o Estado, uma vez que, esse sistema apenas obsta a incidência tributária no preço dispendido na logística reversa. Igualmente ocorre, com exceção de impactos marginais, com o crédito presumido.

A correção da dupla tributação, com muitos dos seus benefícios expostos, geraria um impacto nas contas do Governo, pois, diante da avaliação feita por meio do estudo da Confederação Nacional da Indústria, esses incentivos

164 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Proposta de Implementação dos Instrumentos Econômicos Previstos na Lei nº 12.305/2010 por meio de Estímulos à Cadeia de Reciclagem e Apoio aos Setores Produtivos Obrigados à Logística Reversa. 2014. p. 23. Disponível em: http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_18/2014/08/20/7146/Estudo_Desoneracao_Cadeia_Logistica_Reversa.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

165 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Proposta de Implementação dos Instrumentos Econômicos Previstos na Lei nº 12.305/2010 por meio de Estímulos à Cadeia de Reciclagem e Apoio aos Setores Produtivos Obrigados à Logística Reversa. 2014. p. 97. Disponível em: http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_18/2014/08/20/7146/Estudo_Desoneracao_Cadeia_Logistica_Reversa.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

resultariam em uma renúncia de receita de tributos, impactando o orçamento público no montante de aproximadamente 3 bilhões de reais por ano.

Considerações finais

Apesar da complexidade que permeia o tema, breve e singelamente abordado neste trabalho e claramente, sem o intento de esgotá-lo, podemos concluir que há sim reincidência tributária na cadeia da reciclagem, o que torna a prática dessa política mais onerosa e atribulada tanto para a indústria quanto para o público consumidor do produto reciclado.

Frente ao inevitável encadeamento existente entre o Direito Tributário e Ambiental, a sobreposição daquele sobre este, ou vice-versa, pode trazer benefícios (aparentemente) imediatos à sociedade e ao Estado, mas que, sob uma perspectiva geral, e considerando a busca pelo equilíbrio que deve perdurar nos diversos ramos do direito e na sociedade, pode trazer males a longo prazo, caso do atravanco à necessidade de promover a sustentabilidade, que abarca, dentre diversas políticas, a estrutura da reciclagem e da logística reversa.

A harmonia que deve angariar os institutos ora debatidos resta, por vezes, faltosa. Porventura, seria mesmo necessária uma reestruturação ambiental tributária? Talvez, a aplicação dos princípios ambientais (já delimitados pelo legislador constituinte de 1988 no art. 225 da CF) harmonizados com sistema tributário, em favor da almejada preservação ambiental, dissuadiria a necessidade de uma reforma constitucional tributária ambiental. O que temos aqui, e de maneira pressurosa, é a imprescindibilidade da compreensão correta do fenômeno que surge ao se utilizar o direito tributário como fundamento ascendente às questões ambientais.

Entrementes, o arquivamento da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 1/2012 demonstra que a perspectiva de isenção de impostos dos produtos feitos a partir de materiais reciclados ainda está longe de concretizar. No entanto, a possibilidade de a mesma ser reapresentada para nova tramitação abre o diálogo entre os três poderes (legislativo, executivo e judiciário) para a prospecção da prevenção, essencial ao Estado de Emergência Ambiental, enquanto é possível.

Referências

BELTRÃO, Irapuã. **Curso de Direito Tributário**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BIRNFELD, Liane Francisca Hüning. **A Extrafiscalidade nos Impostos Brasileiros como Instrumento Jurídico-Econômico de Defesa do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado**. 2013. 299 f. Doutorado em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4234>. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 353, de 14 de abril de 2009**. Altera os arts. 149, 150, 153, 155, 156, 158 e 161 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=430593>. Acesso em: 01 out. 2017.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 1, de 2012**. Altera o art. 150, VI, da Constituição Federal, para instituir imunidade de impostos incidentes sobre produtos elaborados com material reciclado ou reaproveitado. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/104116>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 7462/2017**. Dá nova redação aos arts. 54 e 55 da Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, estabelecendo novos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos e para a elaboração de planos estaduais de resíduos sólidos e de planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2130593>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **PLS 2289/2015**. Prorroga o prazo para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos de que trata o art. 54 da Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555331>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Pesquisa de Informações Básicas Municipais – MUNIC, 2017**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/meio-ambiente/10586-pesquisa-de-informacoes-basicas-municipais.html?edicao=21632&t=o-que-e>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Senado Notícias. **PEC que isenta de impostos produtos reciclados poderá ser reapresentada**. Data: 25/06/2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/06/25/pec-que-isenta-de-impostos-produtos-reciclados-podera-ser-reapresentada>. Acesso em: 10 nov. 2019.

CALIENDO, Paulo. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAÚLA, Bleine Queiroz; CAÚLA, Pauline Queiros; RODRIGUES, Talitha de Carvalho. Uma logística sustentável para a gestão administrativa dos resíduos sólidos. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado; PENTINAT, Susana Borràs. (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 9. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018, p. 5-28. Disponível em: http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2018/03/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional_EB.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Indústria pede desoneração na reciclagem**. Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/cni-sustentabilidade/noticias/industria-pede-desoneracao-na-cadeia-de-reciclagem/>. Acesso em: 12 nov. 2019.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Produtos reciclados são bitributados em R\$ 2,6 bilhões**. Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/cni-sustentabilidade/noticias/produtos-reciclados-sao-bitributados-em-r-26-bilhoes-revela-pesquisa-da-cni/>. Acesso em: 12 nov. 2019.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Proposta de Implementação dos Instrumentos Econômicos Previstos na Lei nº 12.305/2010 por meio**

de Estímulos à Cadeia de Reciclagem e Apoio aos Setores Produtivos Obrigados à Logística Reversa. 2014. Disponível em: http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_18/2014/08/20/7146/Estudo_Desoneracao_Cadeia_Logistica_Reversa.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário.** 7. ed. Saraiva. São Paulo, 2017.

EEA Technical Report N° 17/2011. **Environmental Tax Reform in Europe: opportunities for eco-innovation.** EEA, Copenhagen, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Direito Ambiental Tributário.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

INSTITUTO ETHOS. **Bitributação abocanha R\$ 2,6 bi da cadeia de material reciclado.** Disponível em: <https://www3.ethos.org.br/cedoc/bitributacao-abocanha-r-26-bi-da-cadeia-de-material-reciclado/#.Wc7AK4VOLIV>. Acesso em: 28 set. 2017.

IZIDORO, Cleyton. **Logística Reversa,** São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2015.

MACHADO SEGUNDO, Hugo Brito. **Manual de Direito Tributário.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MANIFESTO EM DEFESA DA REFORMA TRIBUTÁRIA AMBIENTAL – MPF, 2008. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/docs/manifeto-reforma-tributaria>. Acesso em: 27 set. 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, coordenador. **Curso de direito tributário.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SABBAG, Eduardo Manual de. **Direito Tributário.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SIQUEIRA, Lyssandro Norton. **Qual o valor do meio ambiente?** Previsão normativa de parâmetros para a valoração econômica do bem natural impactado pela atividade minerária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de Legislação Tributária.** 2. ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

Saúde e Meio ambiente na Constituição Federal de 1988: a necessidade de um diálogo de ética e responsabilidade na construção de políticas públicas que assegurem qualidade e dignidade de vida para as presentes e futuras gerações

Health and Environment in the Federal Constitution of 1988: the need for a dialogue on ethics and responsibility in the construction of public policies capable of ensuring life quality and dignity for the current and future generations

Ângela Issa Haonat

Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Docente de Programas de Mestrado da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Advogada. Membro Titula, na classe de Juristas, do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Tocantins. Membro da Comissão Científica do Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional.

Resumo: Saúde e meio ambiente são direitos garantidos na Constituição e parte-se da premissa da existência de interconexão entre esses direitos. Não há que se falar em saúde sem a existência de um meio ambiente sadio e equilibrado. O estudo tem por objeto a análise da efetividade do direito à saúde e ao meio ambiente na Constituição Federal de 1988, considerando algumas interfaces entre a saúde e meio ambiente, seja em relação à tutela jurídica, seja em relação à implementação de políticas públicas que assegurem qualidade e dignidade de vida para as presentes e futuras gerações. Adotou-se a como método a revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Saúde; Meio Ambiente; Qualidade de vida.

Abstract: Health and environment are rights guaranteed by the Constitution and an interconnection between such rights is assumed. It is not possible to approach the subject of health without taking into consideration a healthy and balanced environment. The purpose of this study is the analysis of the effectiveness of the right to health and to environment in the Brazilian Federal Constitution of 1988, considering some interfaces between health and environment, whether in relation to the remedy at law, or in relation to the implementation of public policies capable of ensuring life quality and dignity for the current and future generations. The method adopted was the literature review.

Keywords: Health; Environment; Life Quality.

Introdução

A opção de abordar a temática do meio ambiente e saúde na Constituição, deu-se pelo fato de considerar que a questão, ainda que muito debatida no Brasil, ainda não é possível garantir a todos o direito à saúde e à qualidade de vida, conforme estabelecido, ambos, na Constituição. Nesta perspectiva, o trabalho visa repensar o direito à saúde na perspectiva de direitos coletivos *lato sensu*, pois, neste aspecto, o direito à saúde atrela-se umbilicalmente ao direito ao meio ambiente sadio e equilibrado como um direito difuso a que todos indistintamente temos direito de usufruir.

Nesse sentido o trabalho resgata como esses direitos estão garantidos na Constituição, como o déficit de atendimento aos direitos sociais repercutem de forma negativa na efetividade do direito à saúde e ao meio ambiente sadio

e equilibrado e por fim, resgata a importância do movimento da Justiça Ambiental e o princípio de responsabilidade de Hans Jonas.

Saúde e meio ambiente são dois campos de conhecimento multirreferencializados. São interdependentes e demandam estudos e políticas comuns. Ou seja, não há que se falar em direito à saúde diante da inexistência de um meio ambiente sadio e equilibrado.

A temática será tratada sob três premissas, qual seja, os direitos da saúde e meio ambiente na Constituição Federal de 1988, lembrando que, ao mesmo tempo que são direitos fundamentais, de outro lado, possuem em comum a dificuldade (por vários motivos alheios ao direito em si) de sua implementação. A segunda premissa é que as principais ocorrências de danos ao meio ambiente possuem consequências que atingem entre outras coisas, a saúde humana. E como terceira premissa, revisita-se um assunto até recentemente pouco tratado, ou, de pouca visibilidade na área do Direito, que é o Campo da Justiça Ambiental (mais tratada no Brasil no campo da Geografia, sob o aspecto de igualdade espacial).

O conceito de Justiça Ambiental como se irá demonstrar amolda-se ao que se vivencia na crise da saúde. Esse binômio - saúde e meio ambiente - na perspectiva da Justiça Ambiental - nos faz perceber que os danos ambientais não são fenômenos isolados, ao contrário, representam um círculo vicioso, no qual, o impacto e o dano ambiental são propulsores, do aparecimento de novas e o reaparecimento de velhas doenças. Sem perceber que existe essa ligação, qualquer solução ou política isolada não é suficiente para resolver os problemas de saúde ou da salubridade do meio ambiente.

Dessa forma, é imprescindível revisitar o conceito de Justiça Ambiental e a importância da inclusão da temática na construção de políticas de saúde pública, sejam elas preventivas e ou curativas.

1 Direito à Saúde e ao Meio Ambiente na Constituição

A Constituição Federal de 1988, ao institucionalizar os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e ambientais, buscou a superação das desigualdades dentre outros aspectos, aquele que se refere à Justiça Ambiental.

Além de robustecer os direitos de primeira e segunda geração, inovou ao constitucionalizar os direitos de terceira geração, que, embora já reconhecidos em âmbito global, no Brasil, tinham pouca ou quase nenhuma relevância.

Vale lembrar que a defesa dos direitos de terceira geração recebeu a garantia de serem tutelados pelo Ministério Público, posto que sua defesa restou expressa dentre as suas funções institucionais, tal qual previsto na Constituição.

Desse modo, ao Ministério Público, dentre outros legitimados (LACP), incumbe zelar pelos direitos difusos, coletivos e outros direitos - que representam os interesses da sociedade - aqui nominados de direitos de solidariedade. Ou, como elenca Celso Lafer¹⁶⁶, os direitos de terceira dimensão, a exemplo do direito ao desenvolvimento, do direito à paz, do direito ao meio ambiente entre outros direitos.

No mesmo viés, vem o direito à saúde, que reclama uma tutela não apenas no aspecto das demandas individuais, mas, sobretudo, em sua dimensão coletiva. O cenário concernente ao meio ambiente não é diverso. Apesar da proteção constitucional e infraconstitucional, há muita resistência no que tange a implementação da legislação ambiental.

Ao passo que o direito a saúde e ao meio ambiente encontram desafios para sua efetivação e implementação, as transformações sociais e econômicas da sociedade em movimento mais célere nem sempre são compatíveis com a demanda da tutela dos direitos de solidariedade, como é o caso do direito ambiental.

Vale ainda lembrar o alerta do Ministro Herman Benjamin¹⁶⁷ a respeito do legislador constituinte, que, ao tutelar o meio ambiente, estipulou um regime de direitos de filiação antropocêntrica mitigada (com titularidade conferida também às gerações futuras), atrelado a um correspondente conjunto de obrigações ambientais, com beneficiários que vão além da reduzida esfera daquilo que se chama de humanidade.

Retomando os valores impressos na Constituição Federal ao proteger o meio ambiente, pode-se considerar que além da vida em todas as suas formas,

166 LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 6 reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 131.

167 BENJAMIN, Antonio Herman Veras. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 110.

essa proteção estende-se ao direito à saúde (cujo pressuposto é a sadia qualidade de vida), bem como ao que Fiorillo¹⁶⁸ nominou de piso vital mínimo. Isso, ao entender que a sadia qualidade de vida pressupõe a garantia de direitos sociais como - saúde, educação, trabalho, moradia, alimentação entre outros direitos, que compõem o bem ambiental em sua inteireza.

Por seu turno, o direito à saúde, está garantido no art. 196 da Constituição Federal, como “direito de todos e dever do estado, (i) garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e (ii) ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (CF/88, art. 196).

Como infere Santos¹⁶⁹ a primeira parte do art. 196 cuida da conceituação de saúde na esteira da definição da Organização Mundial da Saúde - OMS, um completo bem estar físico, social e psíquico e que funciona como a garantia de políticas públicas que evitem o agravamento à saúde, cuja responsabilidade incumbe ao Estado e à sociedade como um todo, posto que estes, cada qual em sua medida, são responsáveis pelo desenvolvimento econômico e social equilibrado, que contemple a qualidade de vida como um dos meios de garantia do direito de não adoecer.

Na segunda parte do art. 196 - a garantia de acesso universal e igualitário às ações e serviços da saúde, é incumbida ao Sistema Único de Saúde - SUS. E, neste ponto é praticamente impossível de acordo com Santos¹⁷⁰ conceber de forma unânime o que caracteriza a integralidade da assistência. Qual é o padrão adotado? Tudo é para todos? As questões particulares que aportam ao Poder Judiciário terão prevalência? Como atender de forma igualitária as questões atinentes ao atendimento básico, de média e de alta complexidade?

168 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 54.

169 SANTOS, Lenir. A integralidade da assistência à saúde: Qual o padrão que a sociedade irá definir para o País? In: OLIVEIRA, Neilton Araújo de (org.). **Direito Sanitário: Oportuna discussão via coletânea de textos do Blog “Direito Sanitário: Saúde e Cidadania”**. Brasília: ANVISA, CONASEMS, CONASS, 2012. p. 43

170 SANTOS, Lenir. A integralidade da assistência à saúde: Qual o padrão que a sociedade irá definir para o País? In: OLIVEIRA, Neilton Araújo de (org.). **Direito Sanitário: Oportuna discussão via coletânea de textos do Blog “Direito Sanitário: Saúde e Cidadania”**. Brasília: ANVISA, CONASEMS, CONASS, 2012. p. 43-44.

Ora, o direito à saúde, como o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado é direito de todos. Como afirmam por Bieber e Oliveira¹⁷¹, “mais que a caracterização de um direito difuso, a grande inovação está em tornar sujeitos de direitos, aqueles que ainda não nasceram ou não foram concebidos”. E, segundo os autores, o art. 225 ao qualificar o meio ambiente como bem essencial à sadia qualidade de vida, estabelece e qualifica a amplitude do direito e da condição da saúde.

Ora, se o objeto da tutela do meio ambiente vai além do direito da presente geração, alcançando o direito das gerações do porvir, o mesmo raciocínio aplica-se à tutela do direito à saúde - em especial a sua organização e a estruturação das ações e serviços públicos à saúde.

De acordo Bieber e e Oliveira¹⁷² se a finalidade imediata é a garantia do cidadão hoje, não se pode perder de vista que sua finalidade mediata é a saúde das futuras gerações.

Outro ponto comum a se destacar entre meio ambiente e saúde como direitos difusos é a solidariedade. Vale lembrar o art. 3º, I da CF/88

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Ora, a inclusão da solidariedade como objetivo da República Federativa do Brasil, importa reconhecer sua aplicação em todos os âmbitos do Direito. Vale destacar que o princípio da solidariedade no sentido do art. 196 representa a imposição das mesmas responsabilidades a todos os entes federativos, sem considerar suas diferenças demográficas, econômicas, sociais, culturais, incumbindo a todos, a garantia do direito à saúde, nas devidas proporções, conforme estabelecido no regime de competências, organizados em rede

171 BIEBER, Luis Bernardo Delgado; OLIVEIRA, Neilton de Araújo. Ainda o “princípio” da prioridade da prevenção na saúde: A responsabilidade pela saúde das gerações futuras. *In*: OLIVEIRA, Neilton Araújo de (org.). **Direito Sanitário**: Oportuna discussão via coletânea de textos do Blog “Direito Sanitário: Saúde e Cidadania”. Brasília: ANVISA, CONASEMS, CONASS, 2012. p. 119.

172 BIEBER, Luis Bernardo Delgado; OLIVEIRA, Neilton de Araújo. Ainda o “princípio” da prioridade da prevenção na saúde: A responsabilidade pela saúde das gerações futuras. *In*: OLIVEIRA, Neilton Araújo de (org.). **Direito Sanitário**: Oportuna discussão via coletânea de textos do Blog “Direito Sanitário: Saúde e Cidadania”. Brasília: ANVISA, CONASEMS, CONASS, 2012. p. 120.

de atenção à saúde, de forma regionalizada e hierarquizada, quanto à sua complexidade de serviços, tudo conforme lecionado por Santos¹⁷³.

2 Os danos ambientais e seus reflexos na saúde humana

Ao abordar o segundo ponto toma-se como premissa que os danos ambientais em sua maioria provocam consequências na saúde humana, bastando lembrar os efeitos da poluição atmosférica, da contaminação do solo entre outros danos, que serão tratados no terceiro ponto de forma mais amíúde.

Em 2014, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ¹⁷⁴ contabilizou a existência de 392.921 processos judiciais na área de saúde. O que é considerado um número excessivo, mas muito aquém da realidade quando se pensa no acesso à saúde e não ao acesso ao Poder Judiciário para a garantia do direito à saúde, considerando que apenas uma minoria exercita o direito de ação.

E, neste ponto, retomo a questão ambiental e seu entrelaçamento com os aspectos do direito à saúde. Como aponta Pignatti¹⁷⁵ vários fatores ambientais influenciam a saúde, entre eles, o crescimento da população, o desenvolvimento econômico e tecnológico, a pobreza, a industrialização e a urbanização.

Todos esses, potencializados, pela grave crise do deslocamento populacional na atualidade, pelo aspecto da disseminação de patógenos e a existência de ambientes modificados e degradados que favorecem o aparecimento de novas e o reaparecimento de velhas doenças.

Dentre os vários pontos em que se é possível relacionar os fatores de risco ambiental e saúde, percebe-se o elo com a lesão aos direitos sociais que representam o piso vital mínimo, já mencionado em tópico anterior. Nesse sentido destaca-se alguns pontos cuja violação representa ofensa aos direitos

173 SANTOS, Lenir. O princípio da solidariedade no SUS. In: OLIVEIRA, Neilton Araújo de (org.). **Direito Sanitário: Oportuna discussão via coletânea de textos do Blog "Direito Sanitário: Saúde e Cidadania"**. Brasília: ANVISA, CONASEMS, CONASS, 2012. p. 213-214.

174 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Anuário da Justiça em Números**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/9d7f990a5ea5e55f6d32e64c96f0645d.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

175 PIGNATTI, Marta. Saúde e ambiente: as doenças emergentes no Brasil. **Ambiente & Sociedade**, v. VII, n. 1, p. 133-148, jan./jun. 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/asoc/v7n1/23540.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2017.

metaindividuais, seja em caso de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e ainda aos direitos em uma perspectiva individual.

2.1 Água e Saneamento

Nelson Gouveia¹⁷⁶ ao citar Heller lembra que a relação entre saúde e saneamento, não só foi uma das principais precursoras, como atualmente ainda reside no cerne da discussão sobre saúde e meio ambiente. Para o autor esses serviços apresentam nítida relação com a saúde, e, em particular com a saúde infantil, posto que as crianças estão mais sujeitas a sofrer as graves consequências do ambiente não saneado.

De outro lado, Leo Heller¹⁷⁷ ressalta que passados 10 anos da Lei 11.445/2007, que estabelece as diretrizes para o saneamento básico, avançamos muito pouco no Brasil.

Nesse mesmo sentido a OMS¹⁷⁸ informa (dados de 06.03.2017), que a poluição, o uso de água imprópria para o consumo e a falta de saneamento matam 1,7 milhão de crianças por ano, sendo que as causas mais comuns de mortes entre crianças de um mês até cinco anos são diarreia, malária e pneumonia.

2.2 Moradia

Observa-se em nosso dia a dia que o crescimento urbano propalado pela publicidade dos grandes empreendimentos imobiliários e por uma onda de falsa modernização, não se faz acompanhar de investimentos adequados em infraestrutura habitacional. O resultado desse crescimento desordenado e dos desacertos das políticas habitacionais, contribui com o aumento de pessoas vivendo em condições insalubres e sem cobertura de serviços básicos

176 GOUVEIA, Nelson. Saúde e meio ambiente nas cidades: os desafios da saúde ambiental. **Saúde e Sociedade**, v. 8, n. 1, p. 49-61, jan./fev. 1999. p. 54. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12901999000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 maio 2017.

177 BARDANACHVILI, Eliane. Leo Heller: Estamos vivendo um retrocesso enorme, que atrasará o cumprimento do plano de saneamento básico. **Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz**, Saúde e Sustentabilidade, 17 mar. 2017. Disponível em: <http://cee.fiocruz.br/?q=node/529>. Acesso em: 16 maio 2017.

178 POLUIÇÃO e falta de saneamento matam 1,7 milhão de crianças por ano, diz OMS. **ONUBR**, Direitos Humanos, 06 mar. 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/poluiacao-e-falta-de-saneamento-matam-17-milhao-de-criancas-por-ano-diz-oms/>. Acesso em: 17 maio 2017.

essenciais. Outros fatores relacionados à qualidade das habitações, afetam a saúde, como: condições térmicas precárias, umidade, grande adensamento de indivíduos por cômodo, infestações por insetos e roedores, nível de ruído, conforme Gouveia¹⁷⁹ com supedâneo nos dados do *World Resources Institute* - WRI, de 1996. Com efeito, se em 1996 já havia esse cenário, a questão só se agravou com o passar dos anos e o aumento da demanda por moradia.

O Relatório de junho de 2017, do *World Resources*, Rumo a uma Cidade Mais Igualitária, aponta

Existe uma grave insuficiência de moradias urbanas bem localizadas que sejam adequadas, seguras e acessíveis. Estima-se que hoje o *deficit* global de moradia acessível seja de 330 milhões de domicílios urbanos e projeta-se que ele cresça mais de 30%, chegando a 440 milhões de domicílios, ou 1,6 bilhão de pessoas, em 2025.

Considerando que muitos aspectos do direito à saúde e ao meio ambiente sadio e equilibrado decorrem entre outros fatores de uma moradia adequada, conclui-se que são necessários avanços em matéria de política de moradia.

2.3 Resíduos Sólidos

A coleta, a disposição final e o tratamento adequado dos resíduos sólidos são desafios que a PNRS (Política Nacional de Resíduos Sólidos) não conseguiu avançar, pois apesar de ter sido instituída em 2010 muitos municípios ainda não conseguiram implementá-la.

A questão dos resíduos impacta a saúde e o meio ambiente, pois provoca e aumenta o assoreamento de rios, o entupimento de bueiros com consequente aumento de enchentes nas épocas de chuva, a destruição de áreas verdes, mau-cheiro, proliferação de insetos e roedores, todos com graves consequências diretas ou indiretas para a saúde e o meio ambiente

Sem mencionar que na maioria dos aterros sanitários não há tratamento adequado para o chorume (líquido tóxico gerado pela decomposição orgânica

179 GOUVEIA, Nelson. Saúde e meio ambiente nas cidades: os desafios da saúde ambiental. **Saúde e Sociedade**, v. 8, n. 1, p. 49-61, jan./fev. 1999, p. 55. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12901999000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 maio 2017.

do lixo), e resíduos tóxicos podem contaminar o solo e fontes subterrâneas de água, sendo que os gases produzidos no processo de decomposição também são liberados no meio ambiente de forma não controlada¹⁸⁰.

3 Justiça Ambiental, Saúde e Meio Ambiente: uma interlocução necessária

Realça-se a relevância da Justiça Ambiental, lembrando que, no Brasil, os problemas da injustiça ambiental, além daqueles que originariamente foram reconhecidos nos Estados Unidos, acresce-se aqueles que possuem origem nos acidentes ambientais naturais e de causa antropogênica, gerados, nesta última hipótese, tanto pelo empreendedor que descumpre os limites das licenças ambientais já concedidas, quanto pelo Estado que se omite na fiscalização. Acresce-se a esta lista os casos em que o Estado é o responsável direto pela omissão em estabelecer e implantar políticas públicas adequadas, em relação a moradia, trabalho e outros direitos de cunho social¹⁸¹.

Se a definição de justiça ambiental é uma tarefa complexa, a Rede Brasileira de Justiça Ambiental, define a injustiça Ambiental, como o mecanismo pelo qual sociedades desiguais, do ponto de vista econômico e social, destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento às populações de baixa renda, aos grupos raciais discriminados, aos grupos étnicos tradicionais, às populações marginalizadas e vulneráveis¹⁸².

Nesse sentido, imperioso reconhecer que a Justiça Ambiental, representa, uma ressignificação da natureza, fundada no legado de Hans Jonas, o qual adverte [...], “para nós, contemporâneos, em decorrência do direito daqueles

180 GOUVEIA, Nelson. Saúde e meio ambiente nas cidades: os desafios da saúde ambiental. **Saúde e Sociedade**, v. 8, n. 1, p. 49-61, jan./fev. 1999, p. 55-56. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12901999000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 maio 2017.

181 HAONAT, Angela Issa. Justiça Ambiental: uma perspectiva a partir da obra vidas secas. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; BOAS, Marco Anthony Steveson Villas; CARMO, Valter Moura do Carmo (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017, p. 31-32.

182 HAONAT, Angela Issa. Justiça Ambiental: uma perspectiva a partir da obra vidas secas. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; BOAS, Marco Anthony Steveson Villas; CARMO, Valter Moura do Carmo (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017, p. 32.

que virão e cuja existência podemos desde já antecipar, existe um dever como agentes causais, graças ao qual nós assumimos para com eles a responsabilidade por nossos atos cujas dimensões impliquem repercussões de longo prazo”¹⁸³.

E como leciona Silva¹⁸⁴ diante do Princípio da Responsabilidade do indivíduo para com a humanidade, o agir regulado em um caráter imediatista e egocêntrico perde espaço, demandando, por um olhar sobre o Outro - qualquer ser vivo - e, sobre os impactos futuros. O que nos leva a reconhecer, que o Direito assume um novo papel, o de mediador do agir humano, na busca do equilíbrio e integridade do planeta.

Considerações finais

Saúde e meio ambiente como restou demonstrado são interesses inalienáveis, prescritos como direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, de modo que essa garantia se estende à toda coletividade.

Contudo, em que pese o esforço do legislador constituinte em instituí-los como direitos fundamentais ainda não se alcançou de forma plena a efetividade desses direitos. De um lado há um déficit de atendimento ao direito à saúde que é agravado por conta do descumprimento da legislação ambiental.

Com efeito, a persistir esse quadro de inobservância dos padrões de qualidade ambiental, bem como o crescimento desordenado das cidades, tem-se como consequência uma desqualificação da sadia qualidade de vida.

Nesse sentido, mais que a legislação, torna-se imprescindível a conscientização e a educação ambiental como princípio orientador da vida em sociedade, vinculando a todos, poder público e coletividade, para um agir ético e responsável para com esta e as futuras gerações.

183 JONAS, Hans, 2006, p. 91- 92 apud BARRETO, Sônia; GARÇÃO, Elvira Suzi. Homem e natureza: o lugar paradigmático do princípio ético de Hans Jonas na Educação Ambiental. **Pesquisa em Educação Ambiental**, v. 5, n. 1, p. 97-113, 2010, p. 103.

184 SILVA, Marcela Vitoriano. O princípio da solidariedade intergeracional: um olhar do Direito para o futuro. **Veredas do Direito**. Belo Horizonte: Dom Helder, v. 8, n. 16, p. 115-146, jul./dez. 2011, p. 117. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/179/188>. Acesso em: 08 abr. 2019.

Referências

BARRETO, Sônia; GARÇÃO, Elvira Suzi. Homem e natureza: o lugar paradigmático do princípio ético de Hans Jonas na Educação Ambiental. **Pesquisa em Educação Ambiental**, v. 5, n. 1, p. 97-113, 2010.

BENJAMIN, Antonio Herman Veras. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 57-129.

BIEBER, Luis Bernardo Delgado; OLIVEIRA, Neilton de Araújo. Ainda o “princípio” da prioridade da prevenção na saúde: A responsabilidade pela saúde das gerações futuras. *In*: OLIVEIRA, Neilton Araújo de (org.). **Direito Sanitário: Oportuna discussão via coletânea de textos do Blog “Direito Sanitário: Saúde e Cidadania”**. Brasília: ANVISA, CONASEMS, CONASS, 2012. p. 119-120.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Anuário da Justiça em Números**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/9d7f990a5ea5e55f6d32e64c96f0645d.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOUVEIA, Nelson. Saúde e meio ambiente nas cidades: os desafios da saúde ambiental. **Saúde e Sociedade**, v. 8, n. 1, p. 49-61, jan./fev. 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo>.

php?script=sci_arttext&pid=S0104-12901999000100005&lng=en&nrm=iso.
Acesso em: 15 maio 2017.

BARDANACHVILI, Eliane. Leo Heller: Estamos vivendo um retrocesso enorme, que atrasará o cumprimento do plano de saneamento básico. **Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz**, Saúde e Sustentabilidade, 17 mar. 2017. Disponível em: <http://cee.fiocruz.br/?q=node/529>. Acesso em: 16 maio 2017.

HAONAT, Angela Issa. Justiça Ambiental: uma perspectiva a partir da obra vidas secas. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; BOAS, Marco Anthony Steveson Villas; CARMO, Valter Moura do Carmo (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017. p. 29-39.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

POLUIÇÃO e falta de saneamento matam 1,7 milhão de crianças por ano, diz OMS. **ONUBR**, Direitos Humanos, 06 mar. 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/poluicao-e-falta-de-saneamento-matam-17-milhao-de-criancas-por-ano-diz-oms/>. Acesso em: 17 maio 2017.

PIGNATTI, Marta. Saúde e ambiente: as doenças emergentes no Brasil. **Ambiente & Sociedade**, v. VII, n. 1, p. 133-148, jan./jun. 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/asoc/v7n1/23540.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2017.

SANTOS, Lenir. A integralidade da assistência à saúde: Qual o padrão que a sociedade irá definir para o País? In: OLIVEIRA, Neilton Araújo de (org.). **Direito Sanitário**: Oportuna discussão via coletânea de textos do Blog “Direito Sanitário: Saúde e Cidadania”. Brasília: ANVISA, CONASEMS, CONASS, 2012. p. 43-45.

SANTOS, Lenir. O princípio da solidariedade no SUS. In: OLIVEIRA, Neilton Araújo de (org.). **Direito Sanitário**: Oportuna discussão via coletânea de textos do Blog “Direito Sanitário: Saúde e Cidadania”. Brasília: ANVISA, CONASEMS, CONASS, 2012. p. 213-214.

SILVA, Marcela Vitoriano. O princípio da solidariedade intergeracional: um olhar do Direito para o futuro. **Veredas do Direito**. Belo Horizonte: Dom

Helder, v. 8, n. 16, p. 115-146, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/179/188>. Acesso em: 08 abr. 2019.

WORLD RESOURCES INSTITUTE. **Relatório Rumo a uma Cidade mais igualitária**. Enfrentamento da Crise da Habitação Urbana no Sul Global: Moradia Adequada, Segura e Acessível. Junho de 2017. Disponível em: <http://wricidades.org/research/publication/world-resources-report-habitacao>. Acesso em: 20 set. 2017.

Controle de Convencionalidade e efetivação do direito fundamental cultural à consulta substancial das minorias indígenas no caso Belo Monte

Conventionality control and effectiveness of the cultural
fundamental right to indigenous substantial consultation
in the case of Belo Monte

Hian Silva Colaço

Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação Stricto
Sensu em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (Unifor).
Especialista em Direito e Processo Constitucional pela UNIFOR. Integrante
do Grupo de Pesquisa - Cnpq em Direito Constitucional nas Relações
Privadas. Professor. Assistente de Juiz. E-mail: hiancolaco@hotmail.com

Resumo: Objetiva-se analisar os fundamentos contidos, no Acórdão dos Embargos de Declaração, em Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8/PA, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com foco, na aplicação do controle de convencionalidade do Decreto Legislativo nº 788/2005, que, sob parâmetro da Convenção nº 169 da OIT, suspendeu o processo de licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, por não observância ao exercício do direito fundamental cultural à consulta substancial dos povos indígenas. Apresenta-se o novo modelo de tutelar os direitos fundamentais culturais das minorias indígenas, em interconexão com a Teoria do Multiculturalismo de Will Kymlicka, de modo a conceituar e delimitar o modo de exercício do direito fundamental à consulta substancial dos povos indígenas. Para isso, diferencia-se as noções de bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade, exemplificando com o caso Belo Monte a aplicação prática do juízo de compatibilidade vertical entre as normas internas (Decreto Legislativo nº 788/2005) e os tratados internacionais de direitos humanos (Convenção nº 169 da OIT) ou interpretações da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por fim, destacou-se a importância da decisão do caso Belo Monte para a efetivação do direito fundamental cultural à consulta dos povos indígenas, de modo a concretizar o reconhecimento do direito à diferença e inclusão dos povos indígenas nos processos de participação política e tomada de decisões na sociedade.

Palavras-chave: Direito fundamental à consulta dos povos indígenas. Bloco de Constitucionalidade. Controle de convencionalidade. Convenção nº 169 da OIT.

Abstract: This study aims to analyze the grounds contained, in the Judgment of the Embargoes of Declaration, in Civil Appeal nº 2006.39.03.000711-8 / PA, judged by the Federal Regional Court of the 1st Region, with focus on the application of the convention's control of Legislative Decree nº 788 / 2005, which, under the terms of ILO Convention 169, suspended the environmental licensing process of the Belo Monte Hydroelectric Power Plant, due to non-compliance with the fundamental cultural right to substantive consultation of indigenous peoples. The new model of protecting of the fundamental cultural rights of indigenous minorities in interconnection with Will Kymlicka's Theory of Multiculturalism is presented, in order to conceptualize and delimit the way of exercising to the fundamental right to substantive consultation of indigenous peoples. For this, the notions of constitutionality block and control

of conventionality are distinguished, exemplifying with the Belo Monte case the practical application of the judgment of vertical compatibility between the internal norms (Legislative Decree nº 788/2005) and the international treaties of human rights (ILO Convention 169) or interpretations of the Inter-American Court of Human Rights. Finally, the importance of the decision of the Belo Monte case was emphasized for the realization of the fundamental cultural right to the consultation of indigenous peoples, in order to concretize the recognition of the right to the difference and inclusion of indigenous peoples in the processes of political participation and decisions in society.

Keywords: Fundamental Right to the consultation of indigenous peoples. Constitutionality Block. Conventionality control. ILO Convention 169.

Introdução

A medida de concretização dos direitos fundamentais pode ser utilizada como um termômetro do nível de democracia em cada sociedade. A confluência entre o respeito aos direitos fundamentais e a garantia das bases do Estado Democrático de Direito passa pela premissa de reconhecimento de igual dignidade entre todos, como também, pela promoção dos direitos das minorias.

O conceito de minorias não deve se restringir à dimensão numérica, mas a situação de exclusão e estigmatização de um grupo. Nesse sentido, a temática envolvendo o reconhecimento dos direitos fundamentais culturais das minorias e a sua interconexão com a teoria do multiculturalismo apresentada por Will Kymlicka fornece bases para a profunda mudança de paradigma no modo de tutelar os direitos das minorias especialmente dos grupos indígenas. Abandonou-se o modelo integracionista, por uma opção inclusiva e valorizadora do direito à diferença e à autodeterminação.

Diante desse quadro, o direito à consulta dos povos indígenas, quando da adoção de medidas administrativas e/ou legislativas capazes de afetá-los, coloca-se como um direito fundamental cultural expresso, cuja estrutura permite instrumentalizar a proteção de inúmeros outros direitos dos grupos indígenas. O diálogo de fontes entre a normativa constitucional e os tratados internacionais de direitos humanos, dentre eles a Convenção nº 169 da OIT, permite a correta interpretação dos limites e meios de exercer tal direito, de modo a institucionalizar a consulta prévia, livre, consentida e informada.

O dilema envolvendo a efetivação do direito à consulta dos povos indígenas suscita a discussão teórica em torno dos conceitos de bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade. Faz-se imprescindível estabelecer as necessárias distinções entre quais tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil compõe a noção de bloco de constitucionalidade e quais podem servir como parâmetro de controle de convencionalidade.

Diante dessa perspectiva, apresenta-se a decisão dos Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8/PA de sentença que julgou improcedente Ação Civil Pública proposta pelo MPF, para o fim de suspender o processo de licenciamento ambiental da Usina Belo Monte, em razão da não aplicação/inconstitucionalidade do Decreto Legislativo 788/05 que autorizou a implantação da Usina sem oferecer prévia consulta às comunidades indígenas afetadas.

Dessa forma, a análise do acórdão em comento cinge-se à aferição da aplicação do controle de convencionalidade do decreto tendo como parâmetro a Convenção nº 169 da OIT, incorporada com *status* de norma supralegal, de modo a efetivar o direito fundamental cultural à consulta substancial dos povos indígenas.

Apresentam-se como objetivos específicos: a) estabelecer uma interconexão entre o modelo de tutela dos direitos fundamentais culturais das minorias indígenas e a proposta da Teoria do Multiculturalismo desenvolvida por Will Kymlicka; b) apresentar o fundamento, extensão e modo de exercício do direito fundamental cultural à consulta dos povos indígenas; c) delimitar as necessárias distinções entre bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade, tomando por bases a hierarquia dos tratados de direitos humanos incorporados no Brasil; d) aferir a aplicação prática do controle de convencionalidade, no caso da Usina de Belo Monte, como meio de garantir o exercício do direito à consulta substancial dos povos indígenas.

Por fim, objetiva-se, de modo geral, verificar como o controle de convencionalidade pode ser utilizado, na prática, como meio de efetivar o exercício de direitos fundamentais. A metodologia utilizada segue uma abordagem qualitativa, descritiva e exploratória, no que toca aos objetivos; bibliográfica quanto ao tipo; pura, quanto ao manejo dos resultados, colhidos a partir de um estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa teórica.

1 Tutela dos direitos fundamentais culturais das minorias indígenas, no Brasil, em interface com a Teoria do multiculturalismo de Will Kymlicka

Os clássicos direitos humanos correspondem a uma categoria reconhecida supranacionalmente, reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao “homem”. Expressam direitos postulados em bases jusnaturalistas, com forte índole filosófica, os quais prescindem de positivação numa ordem jurídica particular. Corresponderiam ao conjunto de faculdades e instituições os quais, em determinado período histórico, seriam hábeis a concretizar as exigências de liberdade e igualdade humanas as quais deveriam ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos¹⁸⁵.

Essa categoria de direitos exterioriza os princípios basilares sintetizados na ideia de convivência digna, livre e igual entre todos os seres humanos¹⁸⁶ - cujas características capazes de distingui-los são a atemporalidade e a possibilidade de validade universal¹⁸⁷, diferenciando-se dos direitos fundamentais à medida que estes são garantidos jurídico-institucionalmente e limitados na dimensão espaço-tempo.

Nesse sentido, os direitos fundamentais podem ser definidos como direitos cristalizados em normas de estrutura principiológica capazes de fornecer legitimidade ao Estado, ao passo que traduzem em seu bojo a concepção de dignidade humana em cada sociedade. Conquanto, a discussão em torno desses não se restringe ao catálogo constitucional, mas à possibilidade de se verificar a idoneidade do Estado para satisfazer as necessidades dos membros que o compõe¹⁸⁸.

De modo conexo, os direitos fundamentais podem ser vistos, em uma perspectiva dinâmica, como um “termômetro” do grau de democracia e estabilidade das instituições de uma sociedade que respeita reconhece, respeita

185 LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 46-47.

186 LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os Direitos Fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 41.

187 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2008.

188 LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os Direitos Fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 182.

e promove, especialmente, os direitos das minorias. Vislumbra-se nesse aspecto o principal objetivo da teoria dos direitos fundamentais em confluência com as bases de um Estado Democrático de Direito: equalizar os interesses da maioria, protegendo e garantindo o efetivo exercício dos direitos das minorias.

O conceito de minorias passou por várias conformações de acordo com as influências e demandas históricas e as respectivas visões restritiva ou ampla de cada teórico. Diz-se que a proteção internacional das minorias religiosas foi reconhecida por volta dos séculos XVI e XVII, com o Tratado de Westphalia de 1648¹⁸⁹. Contudo, foi a Conferência da Paz, realizada em Paris, no ano de 1919, a qual positivou expressamente a igualdade formal entre todas as pessoas e a necessidade de se garantir segurança às minorias. Quando em 1966, o Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos estabeleceu a proteção das minorias étnicas, linguísticas e religiosas¹⁹⁰.

Vincular o conceito de minoria a um critério meramente objetivo numérico pode gerar inúmeras distorções, pois existem inúmeros grupos os quais, embora majoritários na perspectiva numérica, sofrem intensas estigmatizações e são privados das reais condições de participação política e tomada de decisões na sociedade. Diante disso, “a exclusão social e a falta de participação nas decisões políticas” apresentam-se como os melhores critérios objetivos hábeis a identificar um grupo como minoria, afinal, todo grupo humano cujos integrantes tenham direitos limitados ou não reconhecidos pelo fato de pertencerem a este deve ser tido como minoritário¹⁹¹.

Diante da compreensão acerca das minorias, impõe-se indagar sobre o vínculo existente entre esses grupos e a efetivação de determinados direitos fundamentais especialmente destinados à proteção desses. De modo a

189 REMILLARD, Gil. Les droits des minorités. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 2., 1986, Quebec. *Atas...* Quebec: [s. n.], 5-8 mar. 1986, p. 14.

190 Art. 27 – “Nos Estados em que existam minorias, religiosas ou étnicas, não se negará às pessoas que pertençam às ditas minorias o direito que lhes corresponde, em comum com os demais membros de seu grupo, a ter sua própria vida cultural, a professar e praticar sua própria religião e a empregar o seu próprio idioma” ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto internacional sobre os direitos cívicos e políticos**. Natal: Dhnet, 1966. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.htm>. Acesso em: 24 nov. 2016.

191 LOPES, Ana Maria D’Ávila. Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, v. 45, n. 177, p. 19-29, jan./mar. 2008, p. 20.

acompanhar a histórica divisão dos direitos fundamentais em gerações, proposta por Karel Vasak¹⁹², ressalvadas às pertinentes críticas ao termo “gerações”, identifica-se dentro do contexto do Estado Social de Direito - cuja característica primordial era o intervencionismo estatal na promoção de direitos individuais - a insurgência de direitos de segunda geração (igualdade), dentre os quais se destacaram os sociais, econômicos e culturais. Referidos direitos colocam-se como importantes mecanismos de inclusão, porém os direitos culturais vão além: possuem pretensão de reconhecimento.

Salienta-se que os direitos culturais tutelados, no início do séc. XX, restringiam-se à educação formal, mas ainda assim percebe-se a importância de tal construção teórica para o reconhecimento da fundamentalidade material dos direitos culturais, os quais futuramente teriam seu objeto ampliado em razão da globalização cultural e das contribuições teóricas do multiculturalismo.

Dessa forma, os direitos fundamentais culturais passaram “a se referir a todas as manifestações materiais e imateriais dos diversos grupos humanos”, distintos do direito à educação - direito este social previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988 - positivados expressamente, nos arts. 215 e 216 da CRFB/88¹⁹³, dentre outros dispositivos constitucionais¹⁹⁴.

Ainda que não elencados no Título II (Dos direitos e garantias fundamentais), os direitos culturais são dotados de jusfundamentalidade, afinal, os direitos formalmente fundamentais não se restringem ao título em questão, bem como o §2º, do art. 5º, da CRFB/88, representa uma cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, permitindo a possibilidade

192 VASAK, Karel. **As Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem**. Lisboa: Editora Portuguesa de Livros Técnicos e Científicos, Unesco, 1983.

193 Art. 215, CRFB/88. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.
[...]

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

194 LOPES, Ana Maria D'Ávila. Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, v. 45, n. 177, p. 19-29, jan./mar. 2008 p. 26.

de reconhecimento de direitos não expressos no texto constitucional, mas decorrentes dos princípios ou do regime adotado, assim como dos princípios contidos em tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte.

De modo a exemplificar interface direta entre os direitos fundamentais culturais e a tutela das minorias, o foco do presente estudo concentra-se em torno dos direitos fundamentais culturais das minorias indígenas, povos historicamente estigmatizados, excluídos e impedidos de efetiva participação política e social.

Afirma-se que a Constituição Federal de 1988 representou uma mudança de paradigma na forma de tutelar os direitos fundamentais dos povos indígenas: ao reconhecer a capacidade civil dos índios; abandonar a perspectiva integracionista em favor do reconhecimento do direito à diferença sociocultural dos povos - de modo a acompanhar a construção teórica do multiculturalismo - ; reconhecer a autonomia societária dos grupos e o direito à cidadania híbrida (étnica, nacional e global)¹⁹⁵.

É extremamente vasta a normatização constitucional dos direitos indígenas na CRFB/88, integrando normas relativas aos índios e às comunidades indígenas; sobre titularidade e exploração econômica das terras (art. 176, §1º, CRFB/88); educação e línguas indígenas (art. 210, §2º, CRFB/88); proteção às culturas integrantes do processo civilizatório nacional (art. 215, §1º, CRFB/88); demarcação das terras indígenas (art. 67, ADCT); por fim, legitimidade judicial das comunidades indígenas e proteção da organização social, cultural e territorial (arts. 231 e 232).

Da análise sistemática das normas constitucionais garantidoras dos direitos fundamentais culturais das minorias indígenas, pode-se inferir que o constituinte originário optou, talvez não conscientemente, por uma teoria multiculturalista de proteção das minorias. A Teoria formulada pelo canadense Will Kymlicka¹⁹⁶ desenvolve estudo enfatizando tanto os modelos de Estados multiculturais quanto os direitos especialmente garantidos aos grupos minoritários.

195 BANIWA, Gersem. A conquista da cidadania indígena e o fantasma da tutela no Brasil contemporâneo. In: RAMOS, Alcida Rita (org.). **Constituições nacionais e povos indígenas**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012, p. 206-207.

196 KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural**. Barcelona: Paidós, 1996.

O Estado Brasileiro pode ser enquadrado nos dois modelos de Estados multiculturais propostos por Kymlicka¹⁹⁷, contudo, para efeito da presente discussão, a ideia de Estado multinacional é mais pertinente, no qual coexistem mais de uma nação em razão de determinados processos de convivência involuntária, no caso brasileiro a invasão portuguesa. Para essa concepção, os indígenas seriam tidos como nação originária, enquadrados perfeitamente no conceito restrito de minorias da ONU, que as caracteriza como grupos nacionais com especiais qualidades étnicas, linguísticas ou religiosas.

Seguindo essa perspectiva, Kymlicka¹⁹⁸ propõe uma classificação de 3 (três) modalidades de direitos especialmente reconhecíveis das minorias e necessários a sua inclusão na sociedade, quais sejam: a) direitos de auto-governo: as nações originárias tem direito de se autodeterminar enquanto “povos”; b) direitos especiais de representação: visam incluir as minorias no processo de participação política e de tomada de decisões na sociedade; e c) direitos poliétnicos: destinados a estimular a integração sócio-cultural dos grupos.

Diante dos argumentos trazidos pelo teórico, percebe-se que não há qualquer incompatibilidade entre a proposição multiculturalista e o sistema de proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais dos povos indígenas na ordem jurídica brasileira, pelo contrário, há uma íntima interface entre os princípios que orientam o sistema e a teoria do multiculturalismo proposta por Will Kymlicka.

A Constituição Federal de 1988 elevou como princípio regente de suas relações internacionais, no art. 4º, III, CRFB/88, a “autodeterminação dos povos”. De modo sistemático, tal princípio pode ser utilizado na interpretação do capítulo VIII da CRFB/88¹⁹⁹ destinado exclusivamente a regulamentar os

197 KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996, p. 14.

198 KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996, p. 53.

199 Art. 231, CRFB/88. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

[...]

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, **ouvidas as comunidades afetadas**, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

[...]

direitos dos povos indígenas que prevê em seu art. 231, §3º, CRFB/88 o direito fundamental cultural à consulta dos povos indígenas quando da realização de medida administrativa ou particular capaz de afetar os recursos hídricos e o potencial energético de suas terras.

Esse direito fundamental cultural à consulta alinha-se perfeitamente a ideia de direito especial de representação proposta por Kymlicka, como especificação de um direito dos grupos indígenas à participação substancial nos processos políticos, especialmente em decisões capazes de afetá-los na condição de povos cuja autonomia e autodeterminação exigem reconhecimento dos direitos à informação, à consulta e ao consentimento.

2 Direito fundamental cultural à participação substancial (à consulta) dos povos indígenas e o diálogo de fontes

Restou evidenciado que o reconhecimento dos direitos indígenas, na Constituição Federal de 1988, em interseção com os direitos culturais, ambos como objeto de tutela da teoria dos direitos fundamentais, gerou uma mudança estrutural e política na esfera pública, em razão da opção por tratar a expressão indígena em uma perspectiva multicultural. Há uma fragmentação na sociedade global capaz de gerar desafios aos Estados democráticos quanto ao reconhecimento das minorias, pois, de um lado, tem-se a modernidade ocidental - alimentada por sistemas colidentes - de outro, não há como se eximir do “poli-centrismo cultural” que faz coexistir inúmeras formas de organizações sociais e culturais em uma sociedade global²⁰⁰.

Nesse contexto, a lógica integracionista introduzida pela Convenção nº 107 da Organização Internacional do Trabalho - OIT - que possuía forte carga

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, «ad referendum» do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

[...]Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

200 TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. Cannibalizing epistemes: will modern law protect traditional cultural expressions? In: GRABER, Christoph; BURRINENOVA, Mira (Eds.). **Intellectual property and traditional cultural expressions in a digital environment**. Cheltenham: Edward Elgar, 2008, p. 22-23.

protecionista e paternalista e subtraía a capacidade de autodeterminação dos povos indígenas - foi substituída pelo reconhecimento do direito à diferença dos diferentes povos autóctones com especiais formas de “mundivivência”, vistos, dessa forma, como fator de enriquecimento da sociedade e fortalecimento dos fundamentos da República Federativa do Brasil: quais sejam a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88) e o pluralismo político (art. 1º, V, CRFB/88) que pode ser interpretado extensivamente como pluralismo jurídico.

Conforme exposto, a Constituição Federal de 1988, qualificada como analítica, antecipou-se aos documentos internacionais de direitos humanos e previu expressamente no seu art. 231, §3º, uma especificação do direito fundamental cultural de participação substancial: o direito à consulta dos povos indígenas diante de qualquer ingerência capaz de afetar os recursos hídricos, minerais e energéticos das terras indígenas.

Importa destacar que a relação existente entre o direito à participação substancial e o direito à consulta, a qual também deverá ser substancial, é, respectivamente, de gênero e espécie, pois o direito à consulta é apenas um dos mecanismos que possibilita a efetiva participação dos povos indígenas nos processos de tomada de decisão que os afetem.

O direito fundamental à consulta dos povos indígenas insere-se também como um mecanismo de solução consensual dos conflitos, como uma espécie de mediação entre Estado/Empresas e os povos potencialmente atingidos pelas ações estatais ou particulares²⁰¹. Conquanto, enfatiza-se que os procedimentos de consulta deverão assegurar aos povos indígenas a possibilidade de influir decisiva e efetivamente nas decisões capazes de os atingir²⁰², não se apresentando como uma mera consulta simbólica, mas substancial, apta a fornecer legitimidade às decisões.

Ademais, destaca-se, no que tange ao aspecto estrutural, que esse é um direito fundamental de natureza instrumental, pois permite a defesa de outros direitos substantivos indígenas, dentre eles a proteção das terras, cultura e meio ambiente, assemelhando-se a uma garantia constitucional.

201 FIGUEROA, Isabela. A convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. In: GARZÓN, Biviany (coord.). **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil**. São Paulo: Instituto Socioambiental do Brasil, 2009, p. 41.

202 ANAYA, S. James. **Loa pueblos indígenas en el derecho internacional**. Espanha: Trotta, 2005.

Embora o direito à consulta dos grupos indígenas estivesse expressamente previsto na Constituição, inúmeros problemas interpretativos surgiram em torno do enunciado constitucional. Discutiu-se se a consulta deveria ser prévia a qualquer atividade de impacto ou prévia à autorização do Congresso Nacional, bem como o texto deixou uma lacuna quanto ao meio de exercício desse direito: se é uma mera oitiva e informação ou um complexo processo de participação na construção da decisão.

De modo a satisfazer alguns dos referidos questionamentos e lacunas, por meio do diálogo de fontes entre a normativa constitucional e internacional, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) deu importante contribuição para a afirmação dos direitos fundamentais indígenas com a criação da Convenção nº 169, promulgada, no Brasil, pelo Decreto 5.051/2004. Observa-se as disposições do documento internacional em questão pertinentes à instrumentalização do direito à consulta:

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) **consultar os povos interessados**, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas **medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente**; b) estabelecer os **meios** através dos quais os povos interessados possam **participar livremente**, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na **adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes**; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As **consultas** realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com **boa fé** e de maneira apropriada às circunstâncias, com o **objetivo** de se chegar a um **acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas**.

Art. 15

1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos

abrangem o direito desses povos **a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.**

2. Em situações nas quais o Estado retém a propriedade dos minerais ou dos recursos do subsolo ou direitos a outros recursos existentes nas terras, os governos estabelecerão ou **manterão procedimentos pelos quais consultarão estes povos [...]** (grifou-se).

Da análise da Convenção nº 169 da OIT, percebe-se que se normatizou um verdadeiro direito à participação substancial dos povos indígenas em todos os processos de decisões políticas ou administrativas capazes de afetá-los. Surge uma indagação acerca de qual seriam os limites semânticos do termo “participar”: os índios deveriam apenas ser ouvidos e consultados formalmente ou é necessário o seu consentimento para a tomada de decisão?²⁰³.

A fim de guiar o intérprete que necessitará levar em consideração a existência de um perene diálogo de fontes nacionais e internacionais para extrair a semântica dos dispositivos e a melhor interpretação sistemática e teleológica, apresenta-se a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, da qual o Brasil é signatário, aprovada em setembro de 2007:

Artigo 19 Os Estados celebrarão **consultas e cooperarão de boa fé**, com os povos **indígenas** interessados, por meio de suas instituições representativas para obter seu **consentimento prévio, livre e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem.**

Artigo 32 1. Os povos indígenas têm direito a determinar e elaborar as prioridades e estratégias para o desenvolvimento ou utilização de suas terras ou territórios e outros recursos.

Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa fé com os povos indígenas interessados na condução de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu **consentimento livre e informado, antes de aprovar qualquer projeto que afete as suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação com o desenvolvimento, a utilização ou a exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo.** (grifou-se)

203 RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Ethnicity.org: Global Governance, Indigenous Peoples, and the Right to Prior Consultation in Social Minefields. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 18, n. 1, p. 1-44, Winter, 2010.

Embora sem força vinculante e obrigatória, a Declaração da ONU poderá ser utilizada como parâmetro interpretativo do próprio texto constitucional, quanto à efetivação do direito fundamental cultural à consulta dos povos indígenas. Afinal, o texto da declaração muito se assemelha com o do art. 231, §3º, CRFB/88, porém vai além, é ainda mais específico do que a normativa da Convenção nº 169 da OIT, ao esclarecer que o “consentimento” deve ser “prévio, livre e informado”, sendo aferido obrigatoriamente antes de qualquer adoção de medidas legislativas e/ou administrativas capazes de afetar grupos minoritários indígenas.

Portanto, o direito fundamental à consulta substancial deve compreender um processo qualificado de participação na tomada da decisão capaz de atingir o grupo, garantindo a premissa básica de autodeterminação dos povos indígenas. Assim, a referida consulta deverá ser obrigatoriamente prévia a qualquer ação concreta, medida administrativa ou legislativa, bem como os grupos indígenas deverão ter acesso ao máximo de informações possíveis que lhes possibilite expressar o seu livre consentimento sobre a questão. Finalmente, o consentimento expresso deverá ser efetivamente considerado e balanceado no momento de tomar a decisão, a fim de que os danos ambientais e/ou culturais sejam mitigados.

Com o objetivo de regulamentar o procedimento de consulta prévia aos povos indígenas, de modo a garantir a efetiva participação deles na tomada de decisões, a portaria interministerial nº 35, de 31 de janeiro de 2012, reunindo a Secretaria-Geral da Presidência da República (SG) e o Ministério das Relações Exteriores (MRE), com apoio do Ministério da Justiça, implementou um Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) que avaliou e apresentou propostas de regulamentação da Convenção nº 169 da OIT. O GTI foi encerrado em fevereiro de 2014, mas não se apresentou um documento substancial, apenas ações isoladas.

Afirma-se que o processo de regulamentação²⁰⁴ desse direito fundamental instrumental deverá necessariamente ser amplamente participativo, fruto de

204 Foi desenvolvida uma Rede de Cooperação Alternativa (RCA), juntamente com a Associação Brasileira de Antropologia (ABA) e o Ministério Público Federal (MPF) a fim de formular um conjunto de diretrizes para a regulamentação dos procedimentos de consulta livre, prévia e informada aos povos indígenas. Documento disponível em: https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/Proposta_Diretrizes_CLPI_aos_povos_indigenas.pdf. Acesso em: 25 nov. 2016.

discussões com os próprios grupos indígenas e instituições representativas, oferecendo-lhes informação adequada e oportuna. Por fim, deve ser assegurado o principal objetivo da consulta: a formulação de um acordo vinculante ou obtenção do consentimento dos povos indígenas afetados, sendo os resultados e produtos das consultas elementos motivadores técnicos e políticos da decisão final

3 Bloco de constitucionalidade, Controle de Convencionalidade e a incorporação de Tratados de Direitos Humanos no Brasil

Abordadas as bases teóricas acerca da definição e fundamentação dos direitos fundamentais e sustentada a jusfundamentalidade do direito à consulta dos povos indígenas, foco do presente estudo, passar-se-á para uma análise mais dinâmica da temática, a fim de reunir argumentos jurídicos necessários à apreciação de um aresto judicial que engloba diversos elementos teóricos e práticos envolvendo a efetivação do direito fundamental cultural de consulta aos povos indígenas por meio da aplicação do controle de convencionalidade.

Como forma de contextualização do tema, faz-se imprescindível diferenciar os conceitos de bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade. De inspiração francesa, nos anos 70, quando o Conselho Constitucional elevou a liberdade de associação como “princípio fundamental”, a compreensão em torno do bloco de constitucionalidade o via como um conjunto de normas que serviriam como parâmetro para o controle de constitucionalidade das normas, dentre os quais, à época, era composto pela Constituição Francesa de 1958, o preâmbulo da Constituição de 1946, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República²⁰⁵.

Outrossim, a concepção teórica sobre a ideia de bloco de constitucionalidade²⁰⁶, no Brasil, ganhou força com a Constituição Federal

205 LOPES, Ana Maria D’Ávila. **Os Direitos Fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Fabris, 2001.p. 46.

206 Conceitua-se bloco de constitucionalidade como “o conjunto de normas que, junto com a constituição codificada de um Estado, formam um bloco normativo de nível constitucional”.

de 1988, ao prever, no §2º do art. 5º, a cláusula de abertura material da Constituição, reconhecendo a existências de direitos fundamentais implícitos decorrentes do regime ou dos princípios constitucionais, bem como dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos dos quais o Brasil faça parte. Diante dessa norma constitucional de abertura, afirma-se que a Constituição Federal de 1988 reconheceu a força expansiva da dignidade humana e dos direitos fundamentais sobre todo sistema jurídico²⁰⁷, de modo a confirmar não só a existência de um bloco de constitucionalidade quanto a importância da função interpretadora do Supremo Tribunal Federal na tutela dos direitos fundamentais²⁰⁸.

Discute-se se apenas as normas formal e materialmente constitucionais, ou seja, os tratados de direitos humanos incorporados, no Brasil, sob o rito do §3º, art. 5º, CRFB/88, poderiam compor o bloco de constitucionalidade, ou se todos os tratados de direitos humanos, por força do §2º, art. 5º, CRFB/88, por serem compreendidos como materialmente constitucionais, poderiam compor o bloco e servir como parâmetro de constitucionalidade ou convencionalidade.

Para efeito do presente estudo, impõe-se distinguir os dois institutos. Afinal, as normas que compõe o conhecido bloco de constitucionalidade apenas podem ser parâmetros de controle de constitucionalidade e não de convencionalidade como, diferentemente, propõe Valério Mazzuoli²⁰⁹, que cria, ainda, a ideia de controle de supralegalidade para enquadrar os tratados de direitos humanos incorporados antes da EC nº 45/2004.

Diante disso, percebe-se que as normas constitucionais aprovadas segundo o rito do § 3º, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (aprovação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos de seus respectivos membros), equivalentes a emendas constitucionais

LOPES, Ana Maria D'Ávila; MORAES, Ismael Evangelista Benevides. **Direito constitucional**. 2. ed. Fortaleza: LCR, 2008, p. 25.

207 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 160.

208 LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os Direitos Fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Fabris, 2001.p. 49.

209 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 164-165.

integram o bloco de constitucionalidade, servindo, portanto, de parâmetro para o controle de constitucionalidade.

Mesmo depois do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE 466-343-SP, que estabeleceu as distinções de hierarquias de tratados internacionais as quais versam sobre direitos humanos incorporados antes ou depois da EC nº 45/2004 - a qual instituiu o rito diferenciado de incorporação de tratados de direitos humanos, nos moldes do rito de emendas à constituição - ainda há divisão na doutrina quanto ao status dos tratados internacionais de direitos humanos internalizados sem o procedimento especial, em razão da interpretação do §2º, art. 5º, CRFB/88 e da tentativa de ampliação da noção de bloco de constitucionalidade.

No entanto, prevalece ainda o entendimento confirmado pelo relator do RE 466-343-SP, Ministro Gilmar Mendes, que confirmou a existência de uma hierarquia intermediária de “supralegalidade” dos tratados de direitos humanos internacionalizados de modo diverso do procedimento previsto no §3º, art. 5º, CRFB/88, a confirmar, indiretamente, a aplicação do controle de convencionalidade das normas internas aos tratados internacionais de direitos humanos.

André de Carvalho Ramos²¹⁰ foi um dos primeiros doutrinadores a debater sobre a possibilidade de se estabelecer um juízo de compatibilidade entre as normas internas e os tratados internacionais de direitos humanos, contudo, fora ousado ao propor a possibilidade de o controle de convencionalidade ser aplicado em face de normas constitucionais originárias.

Conceitua-se o controle de convencionalidade como a análise de compatibilidade vertical das normas do direito interno em face do parâmetro dos tratados, em sentido amplo, de direitos humanos em vigor em determinado país, podendo ser exercido na via difusa, por qualquer juiz ou tribunal, ou concentrada (STF)²¹¹.

Afirma-se que os países os quais aderiram ao Pacto de San José da Costa Rica devem adotar a doutrina do controle de convencionalidade, afinal, a

210 CARVALHO RAMOS, André de. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: levando a sério os tratados internacionais de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 104, p. 241-286, 1 jan. 2009, p. 258-259. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857/70465>. Acesso em: 10 abr. 2019.

211 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 23.

Corte Interamericana de Direitos Humanos apresenta-se como um órgão supranacional, cujas decisões devem ser aplicadas com prevalência sobre as decisões nacionais²¹².

Diante disso, percebe-se que o controle de convencionalidade pode ser invocado tanto, quando a norma interna contraria qualquer tratado (gênero) ou convenção (espécie) que verse sobre direitos humanos - ainda que se admita a possibilidade de um controle de convencionalidade tendo como parâmetro a aplicabilidade de um tratado internacional geral (controle de supralegalidade) - como também as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos que fixem a interpretação e aplicação de convenções sobre direitos humanos podem ser utilizadas como parâmetro para o juízo de convencionalidade.

Conforme já exposto, Mazzuoli²¹³ considera a existência de várias formas de controle material de validade da legislação interna de acordo com o parâmetro utilizado. O controle de constitucionalidade seria realizado em razão da verificação de compatibilidade da legislação infraconstitucional em face das normas constitucionais; já o controle de convencionalidade teria como parâmetro necessariamente os tratados de direitos humanos incorporados no rito do §3º, art. 5º, CRFB/88, portanto, normas de hierarquia constitucional. Por fim, os demais tratados incorporados sob outros ritos teriam status “supralegal”, por isso seriam utilizados no controle de supralegalidade.

Contudo, o entendimento do referido autor é isolado e possui contradições lógicas, afinal, normas de hierarquia constitucional integram o bloco de constitucionalidade e servem como parâmetro para o controle de constitucionalidade e não convencionalidade, como é o caso da Convenção de Nova York sobre Pessoas com Deficiência. Por isso, o controle de convencionalidade é regido pela não aplicação de norma interna por ser contrária à Tratado/Convenção que verse sobre direitos humanos ou à interpretação que a Corte Interamericana faz sobre essa Convenção.

Portanto, a Convenção nº 169 da OIT, incorporada ao Brasil, definitivamente pelo Decreto 5.051/2004 - sob o rito de legislação ordinária - que versa sobre

212 SAGUÉS, Nestor Pedro. **El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipo em el ámbito de los derechos económico-sociales**: concordâncias e diferencias com el sistema europeo. Disponível em: <http://www.juridicas.unam-mx>. Acesso em: 28 nov. 2016, p. 384.

213 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 136.

os direitos humanos dos povos indígenas e regulamenta o direito à consulta dos povos indígenas, servirá como parâmetro para eventual controle de convencionalidade da legislação interna. Para tanto, verificar-se-á, na prática, como os magistrados brasileiros vem aplicando o controle de convencionalidade, tomando como base o caso da construção da Usina de Belo Monte.

4 Controle de Convencionalidade aplicado ao caso Belo Monte: Convenção nº 169 da OIT e o direito fundamental à consulta dos povos indígenas

O objetivo central do estudo é analisar os fundamentos contidos, no Acórdão dos Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8/PA, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com foco na aplicação do controle de convencionalidade do Decreto Legislativo nº 788/2005, que, sob parâmetro da Convenção nº 169 da OIT, suspendeu o processo de licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, por não observância ao exercício do direito fundamental cultural à consulta substancial dos povos indígenas. Para fins metodológicos, a análise fática será realizada separadamente à análise jurídica do caso.

4.1 Síntese Fática e fundamentos jurídicos envolvendo a discussão sobre a participação indígena na Construção da Usina de Belo Monte

Ainda que pareça recente a discussão em torno da construção de um dos maiores empreendimentos hidrelétricos do país, data da década de 1970, o projeto de construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. Somente a partir do ano 2000, iniciou-se a fase de realização do Estudo de Impacto Ambiental (EIA). Quando em 2001, o Ministério Público Federal propôs Ação Civil Pública requerendo a suspensão do processo de licenciamento, em razão da ausência de licitação no processo de contratação da FADESP, empresa responsável pelo licenciamento, bem como inexistência de autorização do Congresso Nacional para execução da obra. O MP-PA conseguiu decisão liminar e posterior confirmação nos autos da ACP nº 2001.39.00.005867-6.

Em 2005, o Congresso Nacional aprovou o Decreto Legislativo nº 788/2005, que autorizou a realização da obra e exigiu expressamente a necessidade de consulta posterior às comunidades indígenas afetadas pelo empreendimento. Contudo, o MPF ajuizou Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3.573/DF), perante o STF, com o objetivo de declarar inconstitucional o decreto, em razão da inobservância de consulta prévia aos povos indígenas. A referida ação não foi conhecida pelo STF.

Concomitantemente à realização do processo de licenciamento ambiental, inúmeras Ações Cíveis Públicas foram interpostas, a fim de declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do Decreto nº 788/05 e suspender o licenciamento. Dentre essas destaca-se a ACP nº 18026-35.2011, que foi julgada totalmente improcedente pelo juízo monocrático.

Dessa maneira, fora interposta Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8/PA em face da sentença que julgou improcedentes os pedidos da ACP nº 18026-35.2011. A Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região julgou desprovida a referida apelação, diante da existência de voto divergente.

A título complementar, salienta-se que, nos autos da ACP nº 2006.39.03.000711-8 ajuizada pelo MPF perante a Vara Federal de Altamira-PA, a qual tinha como objeto obstar o processo de licenciamento ambiental, no IBAMA, do empreendimento da Usina de Belo Monte, em razão da suposta nulidade do Decreto Legislativo nº 788/05, o TRF-1ª Região, fora concedida liminar com efeito suspensivo em Agravo de Instrumento a fim de suspender o processo de licenciamento ambiental. Diante disso, a União ajuizou perante o STF pedido de suspensão liminar nº 125. Da análise perfunctória dos autos, a Ministra Ellen Gracie deferiu o pedido, suspendendo a execução do acórdão em parte para permitir ao Ibama a realização de oitivas das comunidades indígenas interessadas e mantendo a realização do EIA e do laudo antropológico. Ressalta-se que a decisão cautelar da Ministra não julgou o mérito envolvendo a legalidade do Decreto.

Todavia, a decisão do STF foi utilizada como forte embasamento jurídico para as razões expostas no julgamento da Apelação Cível. O Acórdão em destaque restou assim ementado:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL.
AUSÊNCIA DE VÍCIOS FORMAIS DO PROCESSO LEGISLATVO QUE

CULMINOU COM A PROMULGAÇÃO DO DECRETO LEGISLATIVO 788/2005 - QUE AUTORIZA O PODER EXECUTIVO A IMPLANTAR O APROVEITAMENTO HIDROELÉTRICO BELO MONTE. INEXISTÊNCIA, POIS, DE OFENSAS ÀS NORMAS FUNDAMENTAIS DOS ARTS. 170, VI, E 231, §3º, AMBAS DA LEI MAIOR.

1. Não se acha inquinado do vício de inconstitucionalidade o Decreto Legislativo 788/2005, que autoriza o Poder Executivo a implantar o Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte [...]

2. O Supremo Tribunal Federal, na sua relevante missão de intérprete maior da Constituição da República, já decidiu inexistir vício de formação no aludido decreto legislativo, por violação ao art. 231, 43º, da Constituição da República, ante a falta de consulta prévia às comunidades afetadas [...]

8. O ato congressual em discussão não se revela, outrossim, ofensivo à Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, cujas normas estabelecem a consulta aos índios sobre medidas legislativas e administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. Isso porque, no caso concreto, a oitiva das comunidades afetadas efetivamente ocorreu, tal como amplamente esclarecido no memorial apresentado pela própria FUNAI e demonstrado por documentos nos autos, uma vez que, em diversos momentos, foram realizadas consultas às comunidades locais, não só indígenas, como também ribeirinhos. E, de outro lado, as normas inscritas em tal convenção não estabelecem que a consulta aos povos deva ser prévia à autorização do Congresso Nacional. [...]

Inconformado com a referida decisão, o MPF interpôs Embargos de Declaração, na Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8/PA, sustentando omissão, no acórdão embargado, por ter o relator olvidado de se pronunciar, especificamente, sobre os dispositivos dos arts. 6º, 7º, 14 e 15 da Convenção 169 da OIT, bem como sobre a incidência do Decreto Legislativo nº 143/2002, norma que incorporou o referido tratado internacional. A análise do aresto em questão, principal foco do presente estudo, cingiu-se a aferição da compatibilidade entre o Decreto Legislativo 788/05 e a previsão contida tanto nos arts. 170, VI e 231, §3º, da CRFB/88, como também nas normas da Convenção nº 169 da OIT.

O relator dos Embargos de Declaração identificou omissão no acórdão embargado quanto à análise do dispositivo contido no art. 15, itens 1 e 2, da Convenção nº 169 da OIT. Afirmou o relator que a “Convenção nº 169 da OIT, cujo texto foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 143/2002” é “norma equiparada às emendas constitucionais”. Identificou que a edição do Decreto pelo Congresso, sem submeter qualquer consulta prévia às comunidades indígenas, viola o art. 15, item 2, da Convenção 169, da OIT, a qual prevê: “os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados”, necessariamente, “antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras”.

Finalmente, o Desembargador relator concluiu somente ser possível ao Congresso autorizar o empreendimento de Belo Monte, após consultar previamente as comunidades indígenas. Portanto, deu parcialmente provimento aos embargos²¹⁴, a fim de suprir omissão apontada e reformar a sentença monocrática, coibindo o IBAMA à prática de qualquer ato administrativo referente ao licenciamento ambiental da Usina de Belo Monte, com fundamento na invalidade material do Decreto Legislativo nº 788/2005, por violação à norma do art. 231, §3º, da CRFB/88, c/c arts. 3º, 6º, 13, 14 e 15 da Convenção nº 169, da OIT. A decisão foi unanimemente acompanhada pelos demais desembargadores.

4.2 Fundamentos da decisão nos ED-AC nº 2006.39.03.000711-8/PA e a aplicação do controle de convencionalidade

Diante da síntese fática e dos argumentos jurídicos apresentados, identificou-se que o cerne da discussão na Ação Civil Pública nº 18026-35.2011 concentrou-se sobre o exercício do direito fundamental cultural à consulta dos povos indígenas, especificamente, em torno de qual seria a

214 Ressalta-se que o STF deferiu liminar, em 27 de agosto de 2012, nos autos da Medida Cautelar na Reclamação 14.404, suspendendo a decisão em análise, por entender que a decisão violou a autoridade da decisão do STF no pedido de suspensão liminar nº 125. A reclamação ainda não foi julgada definitivamente. Disponível a decisão em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/rcl14404.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2016.

melhor interpretação do art. 231, §3º da CRFB/88, levando em consideração todo sistema internacional de proteção das minorias indígenas.

Para tanto, a questão envolvendo o juízo de compatibilidade vertical entre as normas internas e a Convenção nº 169 da OIT, tratado internacional de direitos humanos incorporado ao Brasil pelo rito ordinário, apresentou-se como fundamento jurídico central da problemática. Afinal, buscou-se nas normas da Convenção a solução apta a considerar válida ou não o Decreto Legislativo do Congresso Nacional que autorizou o processo de licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, de modo a demonstrar, ainda que de forma implícita, a utilização do controle de convencionalidade.

Equivocadamente, o Desembargador relator dos Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8/PA, entendeu que a Convenção nº 169 da OIT, incorporada por meio do Decreto Legislativo nº 143/2002, ou seja, antes mesmo da EC nº 45/2004 - que introduziu o §3º, do art. 5º, CRFB/88 - tinha *status* de norma constitucional. Ainda que se possa fundamentar, pela cláusula de abertura material dos direitos fundamentais (art. 5º, §2º, CRFB/88), o *status* de norma materialmente constitucional à referida Convenção, não foi essa a interpretação conferida pelo julgador.

Contudo, o relator acertou ao estabelecer um constante diálogo de fontes entre a interpretação sistemática e finalística da Constituição e o conteúdo da Convenção Internacional, a fim de conseguir a melhor interpretação da norma constitucional que garantia o direito fundamental cultural à consulta das comunidades indígenas afetadas pelas medidas administrativas e/ou legislativas.

De fato, a formal e posterior realização de audiências públicas com as comunidades indígenas não seria capaz de elidir a ausência de consulta prévia no início do empreendimento/obra. Dessa forma, a autorização do processo de licenciamento ambiental, por meio do decreto legislativo do Congresso Nacional, sem realizar qualquer forma de consulta prévia às comunidades diretamente afetadas pela construção da Usina de Belo Monte, feriu frontalmente o direito fundamental dos grupos indígenas de participarem ativamente nos processos políticos de tomada de decisão capazes de afetá-los.

Portanto, dois caminhos convergentes poderiam ser utilizados na fundamentação da decisão em análise, que os acolheu indiretamente. De um lado, o Decreto Legislativo nº 788/05 poderia ter sido declarado inconstitucional,

pela via difusa, tomando-se como parâmetro a interpretação do art. 231, §3º, da CRFB/88, que prevê expressamente o direito fundamental à consulta.

Noutra perspectiva, o Decreto Legislativo nº 788/05 seria submetido ao controle de convencionalidade: juízo de compatibilidade vertical com a previsão contida na Convenção nº 169 da OIT. O decreto em análise poderia ter sido tido como não aplicável, ou seja, ter sua eficácia paralisada, por contrariar expressamente o art. 15 da Convenção 169 da OIT, bem como interpretação da Corte Interamericana acerca da aplicação do direito fundamental à consulta dos povos indígenas.

No julgamento do Caso Povo Saramaka contra Suriname, julgado pela Corte Interamericana em 2008, foi garantida à comunidade indígena Saramaka o direito de ser consultado ativamente consoante seus costumes e tradições. Restou expresso que essa consulta deverá ser realizada antes da realização de qualquer atividade possível de afetá-los, com o objetivo de se chegar a um acordo ou consentimento livre e informado, quando a intervenção for hábil a gerar danos à integridade dos recursos naturais presentes nas terras indígenas. Observa-se um trecho da decisão em destaque:

En el párrafo 133 de la Sentencia la Corte ha aclarado este último punto, al señalar que “al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones”. En los párrafos 133 a 137 la Corte señaló directrices específicas acerca de lo que debe ser materia de consulta, cuándo se debe realizar la consulta, por qué el pueblo Saramaka debe ser consultado y cómo se debe llevar a cabo la consulta. De conformidad con lo anterior, el Estado tiene el deber, desde el inicio de la actividad que se propone, de consultar activamente con el pueblo Saramaka, de buena fe, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, lo cual a su vez requiere que el Estado acepte y brinde información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible. Además, dependiendo del nivel de impacto que tendrá la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento del pueblo Saramaka. El Tribunal enfatizó que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo Saramaka,

el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramaka, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones²¹⁵.

Diante disso, revelam-se duplamente satisfeitas as hipóteses de aplicação do controle de convencionalidade como meio de solução à controvérsia em questão. Afinal, o Decreto Legislativo tanto contraria frontalmente disposição da Convenção da OIT quanto entendimento firmado sobre a interpretação dessa pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A decisão em análise, ainda que tecnicamente mereça ressalvas, por ter unificado a noção de controle de constitucionalidade e de convencionalidade nas razões, materialmente, realizou a correta interpretação do dispositivo constitucional, de modo a efetivar o direito fundamental cultural à consulta substancial dos povos indígenas, conforme os parâmetros internacionais de como essa consulta deve ser procedida: de modo prévio, consentido e informado.

Por fim, importa destacar que o reconhecimento, no caso Belo Monte, do direito à consulta substancial dos povos indígenas implica em uma profunda mudança de paradigma no modo de tutelar os direitos das minorias. Abandonou-se o modelo integracionista em favor do direito à diferença e inclusão desses povos, que também devem ter garantidos todos os meios de participação na sociedade, como imperativo de dignidade e confirmação das bases do Estado Democrático de Direito.

Considerações finais

O grau de efetivação dos direitos fundamentais pode ser utilizado como parâmetro, sob uma perspectiva dinâmica, para medir a estabilidade das instituições democráticas de cada sociedade que reconhece, respeita e promove, especialmente, os direitos das minorias. O conceito de minoria pode ser visto como grupos os quais, independentemente do fator numérico, são privados das reais condições de participação política e tomada de decisão na sociedade.

215 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam**. Sentença. 12 de agosto de 2008. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_esp.pdf. Acesso em: 28 nov. 2016.

Nesse sentido, a efetivação dos direitos fundamentais culturais das minorias indígenas representou uma mudança de paradigma introduzido pela Constituição Federal de 1988, na forma de tutelar os direitos fundamentais indígenas, ao abandonar o projeto integracionista em favor do reconhecimento do direito à inclusão, à diferença e à participação dos povos na sociedade. Da análise sistemática das normas constitucionais garantidoras dos direitos fundamentais culturais das minorias indígenas, identificou-se a aproximação do constituinte originário, ainda que de forma não intencional, com a teoria multiculturalista de proteção das minorias desenvolvida por Will Kymlicka.

De modo a exemplificar a interface entre o multiculturalismo de Kymlicka e os direitos fundamentais culturais das minorias indígenas, evidencia-se a feição do direito fundamental cultural à consulta dos povos indígenas, quando da realização de medidas administrativas e/ou legislativas capazes de afetar os recursos hídricos e o potencial energéticos das terras indígenas. Afinal, o direito à consulta alinha-se a ideia de direito especial de representação formulada por Kymlicka, de modo a enquadrá-lo como uma modalidade do direito à participação dos povos indígenas nos processos políticos e nas decisões capazes de afetá-los na condição de povos cuja autonomia e autodeterminação exigem reconhecimento dos direitos à informação, à consulta (prévia e livre) e ao consentimento.

Por meio do diálogo de fontes entre a normativa constitucional (art. 231, 43º da CRFB/88) e internacional (Convenção nº 169, da OIT e Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas), definiu-se o conceito e o meio de exercício do direito fundamental cultural à consulta dos povos indígenas, que deve ser compreendido como um processo qualificado de participação na tomada da decisão capaz de atingir o grupo, portanto, a consulta deverá ser prévia a qualquer ação concreta, os grupos deverão ter acesso ao máximo de informações possíveis que lhes possibilite expressar de forma livre o consentimento sobre a questão, bem como esse consentimento deverá ser efetivamente considerado e balanceado no momento da decisão.

Tomando como base a análise da Convenção nº 169 da OIT, incorporada ao Brasil, definitivamente, pelo Decreto nº 5.051/2004 - sob o rito de legislação ordinária - que versa sobre os direitos humanos dos povos indígenas e regulamenta o direito à consulta, estabeleceu-se a distinção entre bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade. Delimitou-se

que os tratados de direitos humanos incorporados sobre o rito qualificado de emenda constitucional - conforme o §3º, art. 5º, da CRFB/88 - integram o bloco de constitucionalidade e, portanto, servem como parâmetro para o controle de constitucionalidade. Todavia, os demais tratados de direitos humanos incorporados por meio do rito ordinário, como a Convenção nº 169 da OIT, de hierarquia “supralegal”, servem como parâmetro para o controle de convencionalidade.

Diante da análise fática e jurídica da decisão, nos ED-AC nº 2006.39.03.000711-8/PA, identificou-se que o cerne da discussão era a delimitação do meio de exercício do direito fundamental à consulta dos povos indígenas. Aplicou-se o controle de convencionalidade ao se realizar o juízo de compatibilidade vertical entre o Decreto Legislativo nº 788/05 do Congresso Nacional, que autorizou o processo de licenciamento ambiental da Usina de Belo Monte, e a normativa da Convenção nº 169 da OIT.

Ainda que, tecnicamente, a decisão em exame mereça ressalvas em razão da confusão estabelecida entre as noções de controle de constitucionalidade e convencionalidade, materialmente, os julgadores realizaram a correta interpretação do dispositivo constitucional, de modo a efetivar o direito fundamental cultural à consulta substancial dos povos indígenas, nos moldes internacionais de como essa consulta deveria ter sido procedida: de modo prévio, informado e consentido.

Finalmente, destaca-se a importância, no caso Belo Monte, do reconhecimento do direito fundamental cultural à consulta substancial dos povos indígenas. Pois, a decisão em destaque implementou a mudança de paradigma introduzida pela Constituição Federal de 1988, que abandonou o modelo integracionista em favor do direito à diferença e inclusão dos povos indígenas nos processos de participação política e tomada de decisões.

Referências

ANAYA, S. James. **Loa pueblos indígenas en el derecho internacional**. Espanha: Trotta, 2005.

BANIWA, Gersem. A conquista da cidadania indígena e o fantasma da tutela no Brasil contemporâneo. In: RAMOS, Alcida Rita (org.). **Constituições nacionais e povos indígenas**. Belo Horizonte: UFMG, 2012. p. 206-227.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 788/05**, de 14 de julho de 2005. Autoriza o Poder Executivo a implantar o Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte, localizado em trecho do Rio Xingu, no Estado do Pará, a ser desenvolvido após estudos de viabilidade pela Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobrás. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2005. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2005/decretolegislativo-788-13-julho-2005-537812-publicacaooriginal-30703-pl.html>. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. **ACP nº 2001.39.00.005867-6**. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2016/tabela_de_acompanhamento_belo_monte_atualizada_mar_2016.pdf. Acesso em: 19 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. **Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8/PA**. Quinta Turma. Relator: Desembargador Souza Prudente. Belém, Pará. 13/08/2012. Disponível em: http://www.consultaprevia.org/files/biblioteca/fi_name_archivo.120.pdf. Acesso em: 19 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. **ACP nº 18026-35**. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2017/caso-belo-monte/18026-35-2011-4-01.3900/sentenca_cautelar.pdf. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão Liminar nº 125**. Ministra Ellen Gracie. 12 março 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/sl125.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação 14.404 - DF**. Ministro Ayres Britto. 27 agosto 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/rcl14404.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466.343-SP**. Ministro Ayres Britto. 03 dez. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 19 abr. 2019.

CARVALHO RAMOS, André de. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: levando a sério os tratados internacionais de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 104, p. 241-286, 1 jan. 2009. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857/70465>. Acesso em: 10 abr. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CONVENÇÃO Nº 169 SOBRE POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS. **Convenção nº 169 da OIT**. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf. Acesso em: 19 abr. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam**. Sentença. 12 de agosto de 2008. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_esp.pdf. Acesso em: 28 nov. 2016.

FIGUEROA, Isabela. A convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. In: GARZÓN, Biviany (coord.). **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil**. São Paulo: Instituto Socioambiental do Brasil, 2009. p. 13-48.

KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural**. Barcelona: Paidós, 1996.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os Direitos Fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Fabris, 2001.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, v. 45, n. 177, p. 19-29, jan./mar., 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/160330>. Acesso em: 8 maio 2019.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; MORAES, Ismael Evangelista Benevides. **Direito Constitucional**. 2. ed. Fortaleza: LCR, 2008.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto internacional sobre os direitos civis e políticos**. Natal: Dhnet, 1966. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.htm>. Acesso em: 24 nov. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

REMILLARD, Gil. Les droits des minorités. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 2., 1986, Quebec. **Atas** [...] Quebec: [s. n.], 5-8 mar. 1986. p. 14.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Ethnicity.org: Global Governance, Indigenous Peoples, and the Right to Prior Consultation in Social Minefields. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 18, n. 1, p. 1-44, Winter, 2010.

SAGUÉS, Nestor Pedro. **El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipos em elámbito de losderechos económico-sociales**: concordâncias e diferencias com el sistema europeo. Disponível em: <http://www.juridicas.unam-mx>. Acesso em: 28 nov. 2016.

TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. Cannibalizing epistemes: will modern law protect traditional cultural expressions? *In*:

GRABER, Christoph; BURRINENOVA, Mira (Eds.). **Intellectual property and traditional cultural expressions in a digital environment**. Cheltenham: Edward Elgar, 2008. p. 17-45.

VASAK, Karel. **As Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem**. Lisboa: Editora Portuguesa de Livros Técnicos e Científicos, Unesco, 1983.

**La riforma della disciplina sulla
cittadinanza nell'ordinamento italiano:
un'altra occasione mancata?**

The reform of the citizenship regulation in the italian legal
system: another missed opportunity?

Anna Ciammariconi

Ricercatrice di Diritto pubblico comparato presso la Facoltà di Scienze
politiche dell'Università degli Studi di Teramo.

Sommario: L'articolo ripercorre i vari tentativi di riforma in tema di disciplina sulla cittadinanza nell'ordinamento giuridico italiano. Si sofferma, in particolare, sui più recenti disegni di legge discussi in Parlamento, attraverso i quali si è aperta la strada alla percorribilità dell'ampliamento dell'acquisizione della cittadinanza per "*ius soli*", specie per le cosiddette "seconde generazioni" (sono infatti moltissimi i bambini e i giovani nati e cresciuti in Italia da genitori stranieri). In questo itinerario, appare interessante, inoltre, il dibattito intorno al tentativo di prendere in considerazione – ai fini dell'acquisizione della cittadinanza – la conoscenza della lingua e della cultura italiane (aprendo così ad un non ancora ben definito *ius culturae*).

Parole chiave: cittadinanza italiana; *ius soli*; *ius sanguinis*; *ius culturae*; riforma cittadinanza

Abstract: The present paper recalls the various attempts to reform in the matter of citizenship into the Italian legal system. Particularly, it focuses on the most recent bills presented for debate before Parliament, that have paved the way for the enlargement of the acquisition of citizenship by "*ius soli*", especially for the so-called "second generations" – indeed, there are plenty of children who are born and raised in Italy to foreign parents. On this journey, the debate concerning the attempt to consider – for the acquisition of the Italian citizenship – the knowledge of both Italian language and culture seems to be extremely interesting, since it opens the way for a not yet well defined *ius culturae*.

Keywords: Italian citizenship; *ius soli*; *ius sanguinis*; *ius culturae*; citizenship reform

Introduzione

Il tema della cittadinanza – che, com'è noto, intercetta non solo il profilo relativo allo *status* giuridico del cittadino/*cives*²¹⁶, ma anche quello riguardante

216 La qualificazione della cittadinanza come "*status*" (ossia, secondo la definizione utilizzata da R. Clerici, voce *Cittadinanza*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, III, Torino, 1989, p. 114, "[...] *l'appartenenza di un soggetto a una determinata categoria, caratterizzata da una particolare sfera di capacità*") è diffusa in dottrina: cfr., *ex multis*, R. Quadri, voce *Cittadinanza*, in *Nss. D.I.*, III, Torino, 1967, 315, G. Biscottini, voce *Cittadinanza*, in *Enc. Dir. on line*, Milano, VII, 1960. La definizione di cittadinanza in termini di "*rappporto giuridico*" (ossia di soggezione rispetto allo Stato) non terrebbe conto delle sue molteplici sfumature, sminuendo, invero, il ruolo attivo del cittadino nello Stato.

lo *status* giuridico dello straniero nonché la disciplina sui rifugiati, la regolamentazione del mercato del lavoro, lo Stato sociale, le dinamiche demografiche e le relazioni internazionali – costituisce un tema complesso e articolato. Si tratta, inoltre, di argomento sempre attuale, nella misura in cui ad esso si associano le politiche sul fenomeno migratorio, che – specie nelle epoche più recenti – hanno assunto portata e risonanza particolarmente vaste.

Questo intervento si incentra sul tema della cittadinanza e sul dibattito politico italiano circa la riforma della disciplina di riferimento, lasciando pertanto sullo sfondo la questione, molto dibattuta (specie per via delle dimensioni che il fenomeno migratorio ha via via assunto), dello *status* giuridico dello straniero²¹⁷.

La disciplina sulla cittadinanza, intesa “*in senso stretto*”²¹⁸, è uno di quegli ambiti attraverso cui lo Stato – almeno nella concezione classica – afferma e manifesta in modo evidente la propria *sovranità*. In questa accezione, essere cittadino significa *appartenere* ad una comunità ma anche trovarsi in una situazione giuridica tale da consentirgli di *partecipare* alle decisioni che la stessa assume. In generale, tradizionalmente viene definita “cittadinanza”

217 Limitandoci in questa sede ad una mera ricostruzione diacronica della normativa e senza voler entrare nel pur interessante periodo pre-repubblicano, si può ricordare come la Costituzione italiana sia piuttosto aperta nei confronti del fenomeno migratorio (art. 10). Il legislatore, tuttavia, non ha colto, al momento dell’attuazione del testo del ’48, l’approccio liberale del Costituente, lasciando per lungo tempo alla regolamentazione mediante atti amministrativi gli interventi normativi in tale ambito. La prima legge post-repubblicana risale difatti al 1986 (legge n. 943) – rubricata «Norme in tema di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine» – affrontava solo marginalmente il tema dell’immigrazione. Nell’ultimo decennio del secolo scorso, il dibattito sull’argomento è divenuto particolarmente intenso e ciò si è tradotto nell’adozione quasi frenetica di una serie di atti legislativi. Si pensi alle leggi n. 39 del 1990 (meglio nota come *legge Martelli*) e n. 48 del 1998 (*Turco-Napolitano*), al Testo Unico sull’Immigrazione adottato con d.lgs. n. 286 del 1998, alla legge n. 189 del 2002 (*legge Bossi-Fini*) e al c.d. *pacchetto sicurezza* varato dall’allora Ministro dell’Interno Maroni, con l’adozione delle leggi nn. 125/2008, 160/2008, 94/2009. Tra i più recenti interventi, figurano le leggi nn. 46 e 47 del 2017.

218 G. Biscottini, distingue la cittadinanza “*in senso stretto*”, o formale, intesa come riconoscimento della titolarità di diritti e obblighi del soggetto da parte dello Stato («[...] *nucleo più ristretto di persone che godono di una situazione giuridica particolare e che costituiscono i cittadini in senso stretto*»), rispetto alla c.d. “*cittadinanza in senso lato*”, o sostanziale, formata da chi è assoggettato effettivamente allo Stato e, correlativamente, gode di diritti (quest’ultimo concetto «[...] *pone l’accento sulla soggezione del singolo allo Stato e individua una specificazione di questa*»), voce *Cittadinanza*, in *Enc. dir. on line*, cit..

quella condizione cui l'ordinamento giuridico ricollega la pienezza dei diritti civili e politici del soggetto.

1 Alcuni dati

Al fine di ripercorrere ed analizzare la disciplina italiana, è necessario fare riferimento a qualche dato statistico.

L'Italia è stata per lungo tempo un Paese di emigrazione, almeno fino alla seconda metà degli anni Settanta del Novecento. A partire da quegli anni, si è assistito ad una netta inversione di tendenza, che ha visto l'affermazione di una crescente forza di attrazione del nostro Paese. L'Italia è diventata infatti meta di immigrazione, con flussi sempre crescenti negli anni successivi. I dati dei censimenti mostrano (seppure con tutti i limiti del caso) come la popolazione straniera inizi ad incrementarsi fortemente tra il 1991 ed il 2001 (il decennio in cui l'Italia sperimenta la più forte immigrazione)²¹⁹.

Attualmente, circa l'8% della popolazione è composta da stranieri (con regolare permesso di soggiorno)²²⁰ e negli ultimi anni (2013-2017) la *trend* è in crescita: gli stranieri residenti in Italia sono passati da 4.387.721 nel 2013, a 4.922.085 nel 2014; a 5.014.437 nel 2015; a 5.026.153 nel 2016; ed infine, a 5 047 028 nel 2017, su una popolazione totale di 60 milioni.

Quanto alla provenienza, dai dati Istat (per un periodo di tempo parzialmente diverso, ossia 2012-2015), emerge che la porzione più importante degli immigrati proviene dagli Stati dell'Albania e del Marocco; altrettanto significativo, peraltro, appare anche il numero di persone provenienti dall'Asia (Pakistan, Bangladesh, in passato le Filippine).

In parallelo all'incremento dell'immigrazione straniera, è significativamente cresciuto anche il numero di stranieri che hanno acquisito la cittadinanza italiana: dal 2012, anno in cui 65.000 stranieri hanno acquisito la cittadinanza, si è passati a 100.000 nel 2013; 129.000 nel 2014; nel 2015,

219 C. Bonifazi, S. Strozza, *Le migrazioni internazionali in Europa dagli anni Cinquanta ai giorni nostri*, in N. Acocella, E. Sonnino (cur.), *Movimenti di persone e movimenti di capitali in Europa*, 2003, Bologna, 21-98.

220 Secondo i dati Istat (l'Istituto nazionale di statistica), al 31 dicembre 2016 risiedono in Italia 60.589.445 persone (l'8,3% sono stranieri); i cittadini non comunitari regolarmente presenti in Italia sono 3.714.137.

infine, il numero arriva a 175.000. Si evidenzia che, tra i nuovi cittadini, è sempre crescente il numero di persone provenienti da Paesi non comunitari, e la maggior parte delle persone immigrate rientra nella fascia di età produttiva (30-39 anni; 40-49 anni).

Per quel che concerne le modalità di acquisizione della cittadinanza (sempre facendo riferimento ai dati Istat del periodo 2012-2015) assistiamo alla presenza di un dato importante di acquisizione per *residenza*; tendenzialmente cresce anche la curva dell'acquisizione della cittadinanza per concessione da parte delle pubbliche autorità al ricorrere di determinate circostanze, mentre si riduce il dato di acquisizione per *matrimonio*. Questo aspetto è sintomatico del fatto che iniziano ad essere interessati dall'acquisizione della cittadinanza soprattutto i soggetti nati in Italia, ossia le seconde generazioni. A tale ultimo proposito, il numero di nati da genitori stranieri supera le 70.000 unità (72.472/2008 78.082/2010 79.894/2012 75.067/2014 72.096/2015²²¹) e costituisce circa l'1,5 % degli stranieri residenti in Italia.

2 L'evoluzione del quadro normativo italiano

Alla luce dei dati appena esposti, si possono abbozzare alcune prime considerazioni intorno alla legislazione italiana in materia di cittadinanza.

Quest'ultima, come si vedrà più approfonditamente nel corso della presente trattazione, è sempre rimasta ancorata all'impostazione francese del *Code Napoléon* del 1804 (e del codice civile del Regno di Sardegna del 1838), che opta per lo *ius sanguinis*: l'ordinamento interno ritiene rilevante quale «*legame effettivo [...] indic[e] di un vincolo spirituale fra l'individuo e la società*»²²² il legame familiare; tal modello non ha trovato, di contro, larga applicazione negli ordinamenti di tradizione anglosassone, in cui si predilige il cd. *ius soli*, per il quale prevale il legame con il territorio.

Già il codice civile del Regno d'Italia del 1865²²³, negli artt. da 4 a 15, conteneva i principi informatori posti a fondamento della successiva legge

221 G. Dalla Zuanna, P. Farina, S. Strozza, *Nuovi Italiani*, Bologna, 2009.

222 Cfr. ancora G. Biscottini, voce *Cittadinanza*, in *Enc. Dir. on line*, cit.

223 «Il codice del 1865 prevede che è cittadino, anzitutto, automaticamente, sin dal momento della nascita, “il figlio di padre cittadino” (*ius sanguinis*). Inoltre, sempre automaticamente e sin dal

organica del 13 giugno 1912 n. 555. In particolare, l'art. 4 prevede che la cittadinanza si trasmetta per *ius sanguinis* («[...] è cittadino il figlio di padre cittadino»). Solo nel caso in cui l'ascendente (il padre) abbia perso la cittadinanza, rileva il luogo di nascita o di «[...] dimora abituale», ai fini dell'acquisizione della cittadinanza. Lo straniero può acquisire la cittadinanza a condizione che abbia fissato il proprio domicilio nel Regno (art. 8, c. 2) o per «naturalità», ossia per decreto reale di riconoscimento della naturalizzazione (art. 10).

I principi cardine del codice civile del 1865 in materia di cittadinanza trovano, come anticipato, applicazione anche nella legge del 13 giugno 1912, n. 555. Quest'ultima, oltre a ribadire l'opzione per lo *ius sanguinis*, prevede l'acquisizione della cittadinanza per i figli dei genitori residenti in Italia da almeno 10 anni, dopo un anno dal compimento della maggiore età o dopo il compimento del servizio militare²²⁴, per lo straniero, in determinate circostanze previste dagli artt. 3 e 4 (residenza di 5 anni, svolgimento del servizio militare, servizio in una pubblica amministrazione, antenati cittadini

momento della nascita, è cittadino “il figlio nato nel regno da straniero che vi abbia fissato il suo domicilio da dieci anni”. Se manca il requisito dell'essere il padre domiciliato nel territorio da dieci anni, chi sia nato in Italia da padre straniero può comunque acquistare la cittadinanza manifestando una volontà in tal senso entro un anno dalla maggiore età (criterio della naturalizzazione). Agli immigrati adulti, il codice del 1865 offre due possibilità: la cittadinanza si acquisisce per matrimonio; tale regola peraltro riguarda solo la donna che sposi un italiano (“la donna straniera che si marita a un cittadino, acquista automaticamente la cittadinanza”). Di contro, se invece la donna cittadina italiana sposa uno straniero, è quest'ultima a perdere la cittadinanza acquistando quella del marito. Abbiamo poi l'acquisto della cittadinanza “colla naturalità concessa per legge o per decreto reale”. In questo caso la cittadinanza si estende automaticamente alla moglie e ai figli minori; come nelle ipotesi del matrimonio tra una straniera e un italiano o tra uno straniero e un'italiana, l'ordinamento esclude che la moglie possa avere una cittadinanza diversa da quella del marito». In relazione alla naturalizzazione, una legge del 1906 (n. 207) ad integrazione di quanto disposto dal codice civile, stabilisce che la cittadinanza può essere concessa per decreto reale “allo straniero che abbia [...] sei anni di residenza nel regno”; fino ad allora, si noti, non era previsto alcuno specifico arco di tempo necessario. Il termine è ridotto a tre anni per lo straniero che “abbia sposato una cittadina italiana”».

224 Art. 1, l. n. 555/1912: «[...] È cittadino per nascita: 1. il figlio di padre cittadino; 2. il figlio di madre cittadina se il padre è ignoto o non ha la cittadinanza italiana, né quella di altro Stato, ovvero se il figlio non segue la cittadinanza del padre straniero secondo la legge dello Stato al quale questi appartiene; 3. chi è nato nel Regno se entrambi i genitori o sono ignoti o non hanno la cittadinanza italiana, né quella di altro Stato, ovvero se il figlio non segue la cittadinanza dei genitori stranieri secondo la legge dello Stato al quale questi appartengono. Il figlio di ignoti trovato in Italia si presume fino a prova in contrario nato nel Regno [...]».

per nascita). Di contro, la donna che avesse sposato un cittadino straniero perdeva automaticamente la cittadinanza.

Nonostante il profondo cambiamento istituzionale dovuto all'avvento della Repubblica e all'entrata in vigore della Costituzione del 1948, il legislatore – intervenuto *in subiecta materia* con la legge n. 123 del 1983 – si limita a superare i profili discriminatori tra uomo e donna rilevati dalla Consulta in materia di cittadinanza (censurati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 30 del 1983²²⁵, per violazione degli artt. 3 e 29 Cost.) ma non interviene significativamente sui principi ispiratori della disciplina. Con tale ultima legge, infatti, viene modificata solo la norma che prevede l'acquisizione della cittadinanza tramite matrimonio, estendendola ad entrambi i coniugi, ferma restando la necessità della sussistenza dell'ulteriore requisito oggettivo della residenza (di almeno 6 mesi e sempre dietro istanza dell'interessato).

L'ultimo intervento organico in materia di cittadinanza, attualmente in vigore, è costituito dalla legge del 5 febbraio 1992 n. 91. L'atto normativo in parola viene adottato in un clima di notevole cambiamento: da un lato, l'Italia inizia ad essere sempre più Paese di immigrazione (di lì a breve – giova rammentare – prende avvio il massiccio afflusso migratorio dall'Est Europa); dall'altro, le istanze provenienti dagli italiani all'estero, mosse negli anni Ottanta dall'instabilità politica o economica dei Paesi latino-americani di maggior emigrazione, si fanno via via più numerose. La legge n. 91/1992, recependo solo in parte le esigenze proprie del tempo, si pone nel solco della tradizione e dei principi sanciti dal legislatore con l'intervento del 1912. La

225 Sentenza n. 30 del 1983: «La norma viola palesemente anche l'art. 29 della Costituzione in quanto commina una gravissima disuguaglianza morale, giuridica e politica dei coniugi e pone la donna in uno stato di evidente inferiorità, privandola automaticamente, per il solo fatto del matrimonio, dei diritti del cittadino italiano. Come rileva il giudice a quo, la norma non giova, rispetto all'ordinamento italiano, all'unità familiare voluta dall'art. 29 della Costituzione, ma anzi è ad essa contraria, in quanto potrebbe indurre la donna, per non perdere un impiego per cui sia richiesta la cittadinanza italiana o per non privarsi della protezione giuridica riservata ai cittadini italiani o del diritto ad accedere a cariche ed uffici pubblici, a non compiere l'atto giuridico del matrimonio o a sciogliere questo una volta compiuto. 3. - Pertanto è in contrasto con la Costituzione non dare rilievo alla volontà della donna di conservare l'originaria cittadinanza italiana, salva la discrezionalità del legislatore di disciplinare le relative modalità [...]. «[...] Devesi quindi dichiarare, in riferimento agli artt. 3 e 29 della Costituzione, la illegittimità costituzionale della disposizione di cui al terzo comma dell'art. 10 della legge n. 555 del 1912 nella parte in cui prevede che la donna cittadina, che si marita ad uno straniero, perde, indipendentemente dalla sua volontà, la cittadinanza, sempreché il marito possieda una cittadinanza che per effetto del matrimonio a lei si comunichi [...]».

primazia del criterio dello *ius sanguinis* è affermata già nell'*incipit* della legge stessa, che all'art. 1 esordisce affermando che è «*cittadino italiano per nascita il figlio di padre o madre cittadini*».

Anche l'art. 4 della legge si pone in stretta continuità con la precedente legge del 1912, prevedendo che il discendente del cittadino italiano possa ottenere la cittadinanza qualora si verifichino determinate condizioni, ossia nel caso in cui il padre o la madre o uno degli ascendenti siano stati cittadini per nascita²²⁶. La cittadinanza può essere richiesta dall'interessato quando abbia intrattenuto con il Paese un legame forte (ossia, se presta servizio militare; se svolge impiego pubblico; per i maggiorenni residenti da almeno 2 anni, con istanza da inoltrare entro l'anno dal raggiungimento della maggiore età).

Anche il legislatore del 1992 ha riservato uno spazio molto ristretto all'applicazione del criterio dello *ius soli*, prevedendo condizioni molto stringenti per il ricorso allo stesso (*i.e.* residenza legale ininterrotta dalla nascita al compimento del 18° anno di età sul territorio del Paese e manifestazione della volontà, ai sensi del comma 2 dell'art. 4) e, in via residuale, per evitare i casi di apolidia.

L'ambito di operatività dello *ius soli* è stato reso ancora più angusto dall'indeterminatezza della lettera della legge: in particolare, i presupposti per ottenere la cittadinanza in base allo *ius soli*, la "residenza legale" e "ininterrotta", sono stati oggetto di misure e prassi amministrative per mezzo delle quali si tentato di colmare l'indeterminatezza delle espressioni utilizzate dal legislatore²²⁷. Parimenti, la giurisprudenza ha fornito un'interpretazione elastica dei criteri di cui all'art. 4, c. 2, della legge n. 91/1992, recepita dalle

226 L'art. 4 dispone che: «1. Lo straniero o l'apolide, del quale il padre o la madre o uno degli ascendenti in linea retta di secondo grado sono stati cittadini per nascita, diviene cittadino: a) se presta effettivo servizio militare per lo Stato italiano e dichiara preventivamente di voler acquistare la cittadinanza italiana; b) se assume pubblico impiego alle dipendenze dello Stato, anche all'estero, e dichiara di voler acquistare la cittadinanza italiana; c) se, al raggiungimento della maggiore età, risiede legalmente da almeno due anni nel territorio della Repubblica e dichiara, entro un anno dal raggiungimento, di voler acquistare la cittadinanza italiana. 2. Lo straniero nato in Italia, che vi abbia risieduto legalmente senza interruzioni fino al raggiungimento della maggiore età, diviene cittadino.».

227 Si vedano, per esempio, la circolare del Ministero dell'Interno n. K 69/89 del 18 febbraio 1997, la circolare K. 60.1 del 5 gennaio 2007 e la n. 22/2007 del 7 novembre 2007.

modifiche introdotte dal d.l. n. 69/2013, convertito in legge n. 98/2013. Come chiarito dalla relazione di accompagnamento, l'art. 33 introduce alcune modifiche dirette a semplificare l'accesso alla cittadinanza, colmando alcune lacune della legge del 1992²²⁸. Da un lato, la norma stabilisce che «ai fini di cui all'articolo 4, comma 2, della legge 5 febbraio 1992, n. 91, all'interessato non sono imputabili eventuali inadempimenti riconducibili ai genitori o agli uffici della Pubblica Amministrazione, ed egli può dimostrare il possesso dei requisiti con ogni idonea documentazione» (c. 1); dall'altro, che «gli Ufficiali di Stato Civile sono tenuti nel corso dei sei mesi precedenti il compimento del diciottesimo anno di età a comunicare all'interessato, nella sede di residenza quale risulta all'ufficio, la possibilità di esercitare il diritto di cui al comma 2 del citato articolo 4 della legge n. 91 del 1992 entro il compimento del diciannovesimo anno di età. In mancanza, il diritto può essere esercitato anche oltre tale data» (c. 2).

Anche quest'ultimo intervento normativo, non presentando i tratti dell'organicità, è stato oggetto di critiche da parte servizio studi del Parlamento, per l'eccessiva genericità della sua formulazione.

In definitiva, quindi, la legge del 1992 (e le successive modificazioni) pare ancorata alle istanze proprie della realtà sociale degli inizi del secolo scorso, senza però farsi adeguata interprete di quelle proprie della realtà attuale. Se, da una parte, infatti, sono ancora valorizzati i legami di sangue con il Paese in cui affondano le radici familiari (che pure sono importanti), dall'altra, la legge trascura le (relativamente) nuove esigenze di inclusione e integrazione proprie della società contemporanea che, come dimostrato dai dati relativi alla composizione della popolazione, sta assumendo sempre più un tratto multietnico.

La dottrina, a tal proposito, ha espresso numerose critiche, sostenendo, in particolare, che la legge in questione sia «[...] nata già vecchia ed incapace di

228 La relazione di accompagnamento al d.d.l. AC 1248 di conversione del d.l. n. 69/2013 precisa che l'art. 33 del predetto decreto è finalizzato al recepimento di «[...] un orientamento consolidato da parte della giurisprudenza che riconosce al figlio nato in Italia da genitori stranieri il diritto di acquisire la cittadinanza al compimento della maggiore età, nei casi in cui ci siano inadempimenti di natura amministrativa, a lui non imputabili, da parte dei genitori o degli ufficiali di stato civile o di altri soggetti. In tal modo, la giurisprudenza ha considerato rilevante la sussistenza in concreto dei requisiti per ottenere la cittadinanza da parte del neomaggiorenne nato in Italia da genitori stranieri, documentabili tra l'altro, con certificazioni scolastiche o mediche attestanti la sua presenza in Italia fin dalla nascita e il suo inserimento nel tessuto socio-culturale».

regolare la materia della cittadinanza in maniera consona alla realtà migratoria del nostro Paese che già dagli anni '70 è divenuto meta di un'immigrazione crescente»²²⁹, «strabica [e] sbilanciata»²³⁰ perché privilegia il rapporto di discendenza di cui godono persone da lungo tempo residenti all'estero, mentre si mantiene un atteggiamento di chiusura nei confronti degli immigrati che vivono stabilmente nel territorio dello Stato.

Si tratta di una disciplina per certi versi anacronistica e non più capace di rispondere alla realtà del Paese: l'Italia, infatti, è divenuta non solo terra di immigrazione, ma anche terra di ricongiungimento dell'unità familiare; un Paese in cui le seconde generazioni di stranieri, ormai, sono di fatto parte della società; è un Paese nel quale ci si trova a dover fare i conti non solo con la questione (naturale) dell'immigrazione ma anche a dover porre in essere le migliori condizioni per garantire l'*integrazione*, l'inclusione, la partecipazione attiva di questa importante porzione della popolazione, che non si sente affatto straniera.

Nella prospettiva costituzionalistica, in particolare, la disciplina del 1992 pare non tenere conto della mutata visione del concetto di cittadinanza, fatta propria dalle Costituzioni democratiche del secondo Novecento, che pongono al centro la persona umana e non solo il cittadino. La nuova idea di cittadinanza, rispetto a quella tradizionale – che vedeva il cittadino assoggettato rispetto allo Stato – si fonda su un rapporto basato sul «*radicamento sociale e [sulla] condivisione di un quadro comune di valori fondamentali inglobati nella meta-etica pubblica costituzionale, aperta all'apporto ermeneutico del pluralismo culturale*»²³¹.

L'istituto della cittadinanza, infatti, è letto come «*un aspetto della garanzia delle libertà costituzionali*»²³², e rispetto ad esso lo Stato ha una funzione «*ausiliarice*»²³³ verso il singolo.

229 M. Capesciotti, *Su alcune novità legislative e giurisprudenziali in tema di seconde generazioni dell'immigrazione*, in *Rivista AIC*, 1, 2014.

230 P. Gargiulo, *Le forme della cittadinanza*, Roma, 2012, p. 88 s.

231 A. Rauti, *Lo ius soli in Italia: alla vigilia di una possibile svolta?*, in *Rivista AIC*, 3, 2017.

232 M. Cuniberti, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padova, 1997, p. 121.

233 G. Berti, *Cittadinanza, cittadinanze e diritti fondamentali*, in *Riv. Dir. cost.*, 1997, p. 12.

La stessa giurisprudenza della Corte costituzionale ha riconosciuto il «[...] nuovo volto della cittadinanza, da presupposto di riconoscimento di quei diritti a fine ultimo di tale riconoscimento, quale massimo obiettivo di integrazione della persona nella società»²³⁴.

La percezione di un *deficit* normativo nel nostro Paese (almeno a livello di principi) si ravvisa anche nel fatto che molteplici sono stati, negli anni a seguire l'introduzione della legge, i tentativi di riforma della medesima, taluni di iniziativa governativa, altri parlamentare, altri ancora popolare. Il filo conduttore che unisce tutte le proposte di riforma è l'ampliamento delle condizioni di applicazione del c.d. *ius soli*: per esempio la proposta di legge Turco-Violante n. 1463 del 2001 intendeva introdurre la variante del *doppio ius soli*, ossia l'acquisto della cittadinanza per nascita per il minore nato sul territorio italiano da genitori, i quali, a loro volta (o almeno uno dei due), siano nati(o) in Italia.

Il successivo progetto di legge n. 1607 del 2006 ("d.d.l. Amato")²³⁵ si proponeva di allargare le maglie della cittadinanza agli extracomunitari, affiancando alle categorie tradizionali (in via alternativa) dello *ius soli* e dello *ius sanguinis*, il c.d. *ius domicilii*, quale criterio di acquisizione della cittadinanza «[...] per chi non è nato in Italia ma si trova a vivere nel Paese gli anni decisivi della formazione della sua personalità»²³⁶. Il disegno di legge si proponeva di facilitare l'acquisizione della cittadinanza prevedendo, inoltre, una reale "integrazione linguistica e sociale" degli stranieri (questo profilo, tutt'altro che secondario, veniva tuttavia lasciato indefinito; il regolamento attuativo avrebbe avuto il compito di "riempire" di contenuto questa espressione).

Nelle successive legislature vennero esaminate numerose proposte, tutte indirizzate ad ampliare i criteri di collegamento effettivo tra Stato e persone,

234 S. Penasa, *Verso una "cittadinanza costituzionale"? L'irragionevolezza del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al servizio civile volontario*, in *Rivista AIC*, 3, 2015.

235 Sul "d.d.l. Amato", più nel dettaglio, si rinvia alla trattazione contenuta in G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, p. 113; V. Lippolis, *Il disegno di legge Amato e i requisiti per l'acquisto della cittadinanza: perché non ripensare il sistema della doppia cittadinanza?*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 5 ottobre 2006; L. Melica, *Il d.d.l. Amato di riforma delle norme in materia di cittadinanza. Politiche di inserimento e "lealtà" ai valori costituzionali*, in *Rivista AIC*, 31 ottobre 2006.

236 Relazione di presentazione del d.d.l.

introducendo, ad esempio, accanto allo *ius soli*, lo *ius culturae*, ossia l'acquisizione della cittadinanza a seguito della frequenza di un percorso scolastico²³⁷.

Il fatto che i disegni di riforma della legge siano tutti naufragati dimostra però come il dibattito sulla questione sia sempre stato molto acceso e vivace.

3 I recenti tentativi di riforma Tra Luci e ombre

Nel periodo recente (XVII legislatura, all'esame dell'Assemblea il 23-12-2017) è stato presentato al Parlamento un ulteriore progetto di riforma della disciplina della cittadinanza, il d.d.l. 2092 («Modifiche alla legge 5 febbraio 1992, n. 91, e altre disposizioni in materia di cittadinanza»).

Quest'ultimo si muove nella direzione, già tracciata dalle precedenti proposte di riforma, dell'ampliamento dei criteri per ottenere lo *status civitatis*. Si precisa che la discussione dello stesso davanti alle Camere è stata (prudentemente) sospesa (in vista dello scioglimento delle stesse, essendo giunte a fine legislatura), considerata anche la rilevanza dell'argomento²³⁸. Come le precedenti proposte

237 AC 2431; a tal proposito, si veda A. Schillaci, *La riforma della legge sulla cittadinanza*, in F. Angelini, M. Benvenuti, A. Schillaci, (cur.), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione*, Napoli, 2011, 340.

238 Giova rammentare che le successive elezioni politiche si sono svolte il 4 marzo 2018 e, in seguito a queste, ha preso avvio la XVIII legislatura.

²³ Il diritto di soggiorno permanente è riconosciuto infatti – ai sensi dell'art. 14, d. lgs. n. 30 del 2007 – al cittadino dell'Unione europea e ai suoi familiari, che abbiano soggiornato legalmente e in via continuativa per cinque anni nel territorio nazionale.

Il diritto di soggiorno permanente si perde in ogni caso a seguito di assenze di durata superiore a due anni consecutivi.

²⁴ Il permesso UE per soggiorno di lungo periodo è rilasciato – ai sensi dell'art. 9, d. lgs. n. 286 del 1998 – allo straniero cittadino di Stati non appartenente all'Unione europea, in possesso dei seguenti requisiti:

- titolarità, da almeno cinque anni, di un permesso di soggiorno in corso di validità;
- reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale;
- disponibilità di alloggio che risponda ai requisiti di idoneità previsti dalla legge;
- superamento di un test di conoscenza della lingua italiana.

Tale permesso per soggiorno di lungo periodo non può essere rilasciato agli stranieri pericolosi per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato.

Esso è a tempo indeterminato (e deve essere rilasciato entro 90 giorni dalla richiesta).

Il permesso può essere rilasciato anche ai familiari purché ricorrano determinate condizioni previste dalla legge.

Disposizioni particolari vigono per i titolari di protezione internazionale.

Non hanno diritto al permesso gli stranieri che: a) soggiornino per motivi di studio o formazione professionale; b) soggiornino a titolo di protezione temporanea o per motivi umanitari; c) abbiano

di riforma, infatti, anche il d.d.l. 2092 cerca di rispondere alle esigenze degli stranieri immigrati in Italia, privi di qualsiasi legame “storico” con il nostro Paese, che aspirano ad ottenere lo *status* di cittadino.

Quanto al contenuto, gli elementi più significativi che emergono dal disegno di legge appena richiamato sono, da un lato, l’ampliamento dell’operatività del principio dello *ius soli* e, dall’altro, l’introduzione dello *ius culturae*.

Sotto il primo profilo, viene proposto quale criterio per l’acquisto della cittadinanza l’applicazione di principio “imperfetto” dello *ius soli*; l’art. 1, c. 1, lett. a e b), prevede, infatti, oltre al requisito della nascita sul territorio (da genitori stranieri), la presenza contestuale di ulteriori condizioni, ossia che almeno uno dei genitori sia in possesso del diritto di soggiorno permanente (ai sensi dell’art. 14 d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 30)²³ o del permesso di soggiorno di lungo periodo (almeno cinque anni, *ex art.* 9 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 28)²⁴. Inoltre, detto criterio non opera automaticamente, essendo altresì richiesto che l’aspirante cittadino manifesti la volontà di acquistare la cittadinanza (entro il compimento della maggiore età dell’interessato, la richiesta viene formulata da un genitore o da chi esercita la responsabilità genitoriale all’ufficiale dello stato civile del comune di residenza del minore, da annotare a margine dell’atto di nascita). A correttivo di situazioni di emarginazione e per superare le difficoltà applicative della disciplina, la proposta di legge prevede che ove il genitore (o il responsabile) non abbia reso la dichiarazione di volontà, l’interessato può fare richiesta di acquisto della cittadinanza (all’ufficiale di stato civile), entro due anni dal raggiungimento della maggiore età. In sintesi, siffatta modalità di acquisto della cittadinanza vale (alle prescritte condizioni) per i minori e per i giovani comunque con età non superiore a venti anni. Entro due anni dal raggiungimento della maggiore età l’interessato può rinunciare alla cittadinanza italiana se in possesso di altra cittadinanza.

Rispetto alla disciplina vigente, il d.d.l. (all’art. 1, c. 1, lett. c) introduce, poi, per lo straniero nato in Italia, e residente in Italia, la facoltà di richiedere l’acquisizione della cittadinanza entro il compimento di due anni dalla maggiore età; si segna, pertanto, rispetto alla vigente disciplina, un allungamento del periodo da uno a due anni.

chiesto la protezione internazionale e siano in attesa di una decisione definitiva circa tale richiesta; d) siano titolari di un permesso di soggiorno di breve durata; e) godano di uno status giuridico particolare previsto dalle convenzioni internazionali sulle relazioni diplomatiche.

Il secondo profilo rilevante è costituito dall'introduzione del c.d. *ius culturae* (art. 1, c. 1, lett. *d*), che prevede l'acquisto della cittadinanza italiana, da chi ne faccia espressa richiesta, che abbia compiuto un *iter studiorum* o, comunque, un percorso di carattere culturale tale ad avergli consentito un'(effettiva) integrazione culturale e sociale. Non si tratta, come visto, di una novità in senso assoluto, avendo già altri progetti di legge previsto la possibilità di introduzione di un criterio alternativo (allo *ius sanguinis* ed allo *ius soli*) legato alla dimensione culturale. Il d.d.l. in parola, rispetto ai predetti progetti di legge, ha il merito di aver meglio dettagliato il percorso scolastico che il minore straniero dovrebbe compiere per acquistare la cittadinanza italiana. La norma, infatti, prevede che possa acquistare la cittadinanza «il minore straniero nato in Italia o che vi ha fatto ingresso entro il compimento del dodicesimo anno di età che, ai sensi della normativa vigente, ha frequentato regolarmente, nel territorio nazionale, per almeno cinque anni, uno o più cicli presso istituti appartenenti al sistema nazionale di istruzione o percorsi di istruzione e formazione professionale triennale o quadriennale idonei al conseguimento di una qualifica professionale». Nel caso in cui la frequenza riguardi il corso di istruzione primaria, è altresì necessaria la *conclusione positiva* del corso medesimo. Anche in tale ipotesi è richiesto che venga esplicitata la volontà di integrarsi (anche formalmente) nella comunità, acquisendo la cittadinanza («La cittadinanza si acquista a seguito di una dichiarazione di volontà in tal senso espressa, entro il compimento della maggiore età dell'interessato, da un genitore legalmente residente in Italia o da chi esercita la responsabilità genitoriale, all'ufficiale dello stato civile del comune di residenza, da annotare nel registro dello stato civile. Entro due anni dal raggiungimento della maggiore età, l'interessato può rinunciare alla cittadinanza italiana se in possesso di altra cittadinanza»).

Anche l'acquisizione della cittadinanza per *ius culturae* non costituirebbe quindi un automatismo, essendo sempre necessaria la *dichiarazione di volontà*, mediante la quale si manifesta esplicitamente di voler aderire e integrarsi nel Paese in qualità di cittadino (parimenti, ad esempio, a quanto avviene nell'ordinamento francese).

L'art. 1, c. 1, lett. *e*), infine, disciplina la modalità di acquisizione della cittadinanza per naturalizzazione (ossia per concessione, tramite decreto del Presidente della Repubblica, della cittadinanza, sentito il Consiglio di Stato, su proposta del Ministro dell'Interno). Tale norma prevede che possa

diventare cittadino italiano lo straniero che ha fatto ingresso nel territorio nazionale prima del compimento della maggiore età, ivi legalmente residente da almeno sei anni, che ha *frequentato regolarmente*, nel medesimo territorio, un ciclo scolastico, con il *conseguimento del titolo conclusivo*, presso gli istituti scolastici appartenenti al sistema nazionale di istruzione, ovvero un percorso di istruzione e formazione professionale triennale o quadriennale con il conseguimento di una qualifica professionale.

La naturalizzazione opererebbe, in sostanza, per i minori di età compresa tra i 13 e i 18 anni che entrassero in Italia. Diversamente, per i minori stranieri fino a 12 anni che entrassero in Italia, la cittadinanza verrebbe di fatto riconosciuta per *ius culturae* (con l'unica scriminante della conclusione, positiva, del ciclo di scuola primaria e i cinque anni di frequenza regolare). Si tratta a questo punto di valutare se la discriminazione per età introdotta dal d.d.l. assolva il carattere della *ragionevolezza*: a tal proposito non ci si può esimere dal sollevare – già a questo punto – dubbi sulla ragionevolezza di una discriminazione fondata sull'età di soggetti tutti di minore età. Il rischio che detta norma (se mai effettivamente un giorno entrasse in vigore) venga censurata dalla Corte costituzionale è assai elevato.

Giova rilevare, infine, l'intento agevolativo dell'art. 1, c. 1, lett. f), diretto ad eliminare, per i minori, il contributo della somma di 200 euro (previsto invece dalla legge del 1992), da versare nel momento in cui si procede con l'istanza per elezione, acquisto, riacquisto, rinuncia o concessione della cittadinanza.

Con le elezioni politiche del 2018 e la formazione del primo Governo guidato da Giuseppe Conte, il tema dell'apertura all'acquisizione della cittadinanza per *ius soli* nei confronti delle "seconde generazioni" è stato accantonato per tornare, invece, nell'agenda politica con il secondo Governo Conte, insediatosi nell'estate 2019. Attualmente, infatti, la Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati ha sul tavolo l'esame del testo della riforma sulla cittadinanza: dalle prime reazioni politiche, ci si può aspettare l'apertura di un vivacissimo dibattito sull'argomento, probabilmente non immune al rischio di strumentalizzazioni.

Osservazioni finali

Addivenire a conclusioni definitive in questa fase di sostanziale stallo da parte del legislatore è sicuramente improduttivo. Alcune considerazioni

e qualche rilievo critico possono, tuttavia, farsi alla luce del testo su cui, da ultimo, si è discusso e che costituisce in qualche modo il punto di partenza del futuro dibattito parlamentare. Al di là di una valutazione positiva della complessiva *ratio* estensiva (*rectius*, inclusiva) dei criteri per ottenere lo *status civitatis*, è necessario riflettere su alcune criticità.

Occorre chiedersi se il legislatore abbia preso in considerazione tutte le problematiche necessarie al fine di rispondere efficacemente alle esigenze della realtà italiana, così come mutata nel corso degli anni. La risposta a tale interrogativo appare, invero, molto complessa e implicherebbe valutazioni non solo di ordine giuridico, ma anche politico nonché economico-statistico, tanto sul piano interno quanto su quello internazionale.

Sulla scorta di alcuni *input* provenienti da precedenti proposte di legge e tenendo in considerazione l'esperienza di altri Paesi in cui la presenza di stranieri non solo è più radicata ma anche più antica, il legislatore autoctono avrebbe potuto (o, meglio, potrebbe) forse "osare" di più; si pensi, in particolare, alla possibilità di sperimentare il *doppio ius soli* sulla scorta dell'esperienza francese, e quindi offrire, in una certa misura, una risposta anche alle terze generazioni.

Altri aspetti meriterebbero, per il prossimo futuro, una maggiore attenzione, sia per quanto attiene il *drafting* legislativo che la specificazione dei profili contenutistici. Si fa riferimento, in particolare, al profilo relativo allo *ius culturae* che, nonostante i pregi già segnalati rispetto alle precedenti proposte di legge, rischia di diventare una scatola "vuota" o comunque di difficile definizione. Da un lato, infatti, il d.d.l. su cui si è precedentemente a lungo dibattuto faceva riferimento alla frequenza regolare di un ciclo scolastico complessivo per almeno 5 anni; dall'altro, in caso di scuola primaria, si richiedeva l'esito positivo del ciclo scolastico; e, ancora, su questo discorso si innestava l'aspetto relativo all'acquisizione della cittadinanza per naturalizzazione per quanti, di età compresa tra i 13 e i 18 anni, entrassero in Italia (e in tal caso veniva previsto il conseguimento del titolo di studio). In estrema sintesi, nonostante gli sforzi definitivi, il significato dell'espressione *ius culturae* ancora non è chiaro: sarebbe sufficiente un livello minimo di conoscenze di base (lettura e scrittura) o, più in generale, essa richiederebbe la conoscenza (e la condivisione) di tradizioni, usi, costumi, della storia, dell'ordinamento giuridico?

Si tratta di aspetti da chiarire, e sui quali certamente non giocano un ruolo favorevole i toni aspri che sovente si accompagnano al dibattito politico, al limite della strumentalizzazione del tema.

Un elemento da valorizzare, anche per il dibattito futuro è costituito, invece, dal venir meno della previsione di automatismi: la cittadinanza deve essere sempre richiesta espressamente dall'interessato (o da chi esercita la potestà, in caso di minori) perché, è forse bene ribadirlo, la cittadinanza non è, di per sé, un diritto ma quel particolare *status* cui l'ordinamento giuridico riconnette una serie di diritti e doveri (soprattutto diritti).

Sul versante procedimentale, infine, pesa la profonda divisione delle forze politiche in Parlamento, su un tema, come quello della cittadinanza, che meriterebbe invece un dibattito sereno; giova rammentare a riprova della profonda frizione sull'argomento come poco prima dell'estate 2017, in un clima di tensione istituzionale, contestuale a drammatici sbarchi di migranti dal nord Africa sulle coste siciliane, il Governo in carica si stesse orientando nel senso porre la *questione di fiducia* sul d.d.l. Il rinvio della discussione sul testo ha evitato, peraltro, di "forzare la mano", ricorrendo alla questione di fiducia, e di discutere di questo tema, fortemente divisivo, in un momento meno emergenziale.

La questione sulla cittadinanza, invero, necessita di una larga condivisione politica e di una riflessione maggiore da parte del legislatore, per superare anche i profili di incongruenza e di illegittimità segnalati; riflessione che, come anticipato, ha subito una battuta d'arresto con il cambio di legislatura e l'insediamento del primo Governo Conte, non avendo incluso questi il tema dell'acquisizione della cittadinanza nel c.d. *contratto di governo*.

Il dibattito sullo *ius soli*, nonostante il tentativo di insabbiamento da parte dell'Esecutivo poc'anzi richiamato, è tornato sulla scena politica nazionale dopo un episodio di cronaca che ha visto come protagonisti due ragazzi di 13 anni, Rami Shehata e Adam El Hamami, di origini egiziane il primo e marocchine il secondo, che sono riusciti a sventare un attentato terroristico, salvando i loro compagni di classe. I ragazzi in questione, pur essendo nati in Italia, non hanno ancora acquisito la cittadinanza italiana in ragione della normativa vigente che esclude lo *ius soli*.

È utile qui ricordare che l'art. 9 comma 2, l. 91/1992²³⁹ – *Nuove norme sulla cittadinanza* – prevede la possibilità di acquisizione della cittadinanza *per concessione* allo straniero che abbia reso eminenti servizi all'Italia, ovvero quando ricorra un eccezionale interesse dello Stato. La proposta di concessione della cittadinanza deve essere presentata dal Ministro dell'Interno, di concerto con il Ministro degli Affari Esteri, e avviene con decreto del Presidente della Repubblica, sentito il Consiglio di Stato e previa deliberazione del Consiglio dei Ministri. La procedura prevede inoltre l'acquisizione dei pareri degli Organismi di sicurezza e della Prefettura del luogo di residenza (per i residenti in Italia). L'acquisto della cittadinanza per concessione non è tuttavia automatica, e richiede la dichiarazione di assenso da parte dell'interessato, e il giuramento di fedeltà alla Repubblica dinanzi all'Ufficio Consolare competente (ex art. 10 L. 91/1992).

L'ex Ministro dell'Interno Salvini ha deciso di avviare l'*iter* per la concessione della cittadinanza ai due giovani²⁴⁰, mantenendo ferma la volontà di non apportare modifiche alla normativa vigente sulla cittadinanza, rinviando *sine die* il dibattito sullo *ius soli* e lo *ius culturae*. Al momento non resta che ripartire dai punti fermi del precedente dibattito e vedere cosa sarà in grado di proporre la nuova maggioranza di governo.

239 Con l'entrata in vigore della legge 94/2009 – *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*, sono state apportate modifiche alla legge 91/1992. Nello specifico, si andavano a modificare i termini e i requisiti ex art. 5 L. 91/1992, ai fini dell'acquisizione della cittadinanza tramite matrimonio, portando il requisito della residenza nel territorio della Repubblica da 6 mesi a 2 anni, e prevedendo una riduzione dei termini della metà in presenza di figli nati o adottati dai coniugi. Il c.d. *Pacchetto sicurezza* introduceva altresì modifiche all'art. 9, l. 91/1992, con l'aggiunta dell'art. 9-bis, il quale prevedeva l'obbligo di presentazione di certificazione comprovante il possesso dei requisiti richiesti dalla legge ai fini dell'elezione, acquisto, riacquisto, rinuncia o concessione della cittadinanza, inserendo la previsione del pagamento di un contributo di 200 euro per la presentazione di istanze o dichiarazioni.

240 La concessione della cittadinanza per meriti speciali ai sensi dell'art. 9, c. 2, l. 91/1992 ha dei precedenti: si pensi al caso di Nosheen Ahmad But, di origini pakistane, alla quale è stata concessa la cittadinanza nel 2015 per aver «messo a rischio la propria vita per i principi di integrazione e di convivenza civili del nostro Paese» (comunicato stampa di Palazzo Chigi n. 89/2015), o a quello di Antolij Korol, di origini ucraine, ucciso nel tentativo di sventare una rapina, e al quale è stata concessa la cittadinanza (estesa anche alla famiglia) postuma.

Sentença Constitucional Anencéfala

Acephalous Constitutional Sentence

Francisco Lisboa Rodrigues

Procurador do Município de Fortaleza - Brasil, Mestre e Doutor em Direito Constitucional – UNIFOR, Especialista em Processo Administrativo – UFC e Professor de Direito Constitucional – FATENE

Resumo: Observa-se no exercício de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, na qualidade de Tribunal Constitucional, que nem todas as decisões representam a posição institucional, A confusa metodologia, os critérios de interpretação e a multiplicidade de fundamentos tornaram-se lugar comum nas decisões colegiadas. O resultado é a crescente dificuldade na identificação da *ratio decidendi*, especialmente nas decisões com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes. Utilizando de metodologia baseada em inventário bibliográfico, defende-se que decisões com tais características são “anencéfalas” na medida em que não contribuem para a segurança jurídica, nem deverão ser utilizadas como precedentes, pois carecem de fundamentação adequada.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Sentença constitucional. Fundamentação. Anencefalia.

Abstract: It is observed in the Federal Supreme Court exercise of jurisdiction, in the quality of Constitutional Court, that not all decisions represent the institutional position. The confusing methodology, the criteria of interpretation and the multiplicity of grounds have become commonplace in collegial decisions, The result is the increasing difficulty in identifying the ratio decidendi, especially in decisions with erga omnes and binding effects. Using methodology based on bibliographic inventory, it is argued that decisions with such characteristics are “anencephalic” in so far as they do not contribute to legal certainty, nor should they be used as precedents, because they lack adequate rationale.

Keywords: Federal Supreme Court. Constitutional ruling. Rationale. Anencephaly.

Introdução

A Constituição Federal brasileira, de 1988, em seu artigo 93, inciso IX, consagra a exigência de fundamentação de todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade. Na mesma linha, o artigo 489, inciso II, do Código de Processo Civil, de 2015, estabelece como elementos essenciais da sentença os fundamentos.

A presença de fundamentos nas decisões judiciais possui função variada, destacando-se a de tornar públicas as razões de decidir e possibilitar as

partes o manejo de possível recurso contra a decisão, assim como esta figurar como parâmetro para decisões futuras. Fundamentar, portanto, difere de motivar, significa dar razões que visam a tornar lúcidas a racionalidade das opções interpretativas, viabilizar o seu controle intersubjetivo e a oferecer substrato necessário para formação de precedentes. Para Nelson Nery Junior fundamentar significa o magistrado apresentar razões de fato e de direito que o levaram a um dado convencimento, pelo que revela uma implicação *substancial* e não meramente *formal*²⁴¹. Impende ressaltar, todavia, a despreocupação do autor em distinguir motivação de fundamentação.

O reconhecimento da ambivalência entre os termos *motivo* e *fundamento* na doutrina brasileira, ao menos como prevalecente, direciona a pesquisa a se preocupar com a correlação entre demanda e sentença (ou acórdão). No Art. 93, inciso IX, da Constituição da República brasileira, é dito: *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*, ressaltando a ideia de fundamento. Algo semelhante ocorre no mesmo Art. 93, inciso X: *as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros*, colocando o intérprete no emaranhado linguístico dos significados.

Identificado o problema da nomenclatura (motivação ou fundamentação), surge uma variante desta imprecisão que é o fato da decisão²⁴², quando colegiada, não apresentar os mesmos fundamentos, apesar de ser idêntica na parte dispositiva. E não se trata de decisão por maioria, simplesmente, mas de decisão carente de fundamento(s) institucional(ais), cada julgador lançou mão de critérios próprios que convergirem para uma mesma solução. A esta decisão denomino de *anencéfala*. O quadro exposto exige que se responda às seguintes indagações: uma decisão com múltiplos fundamentos, embora convergentes, possui força vinculante? Está em consonância com o princípio da segurança jurídica? Possibilita a extração da posição institucional da Corte sobre um dado caso concreto?

241 NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 327.

242 Para os fins aqui pretendidos não serão observadas as distinções rígidas entre decisão, sentença, decisão interlocutória, tutelas de urgência e acórdão. Justifica-se tal opção pelo fato de se deter com maior vagar nas decisões do Supremo Tribunal Federal e, ali, nos acórdãos.

Apesar de não se considerar preciosismo distinguir fundamentação de motivação, não será este o foco do trabalho. Ademais, sobre a natureza e a estrutura das sentenças, *locus* epistêmico do debate, seria necessário um espaço maior. Para os fins aqui perseguidos, motivação será entendida como expressão das causas de uma decisão judicial, isto é, uma justificação da sentença judicial. A sentença estará motivada quando devidamente justificada²⁴³.

A via metodológica eleita é baseada em inventário bibliográfico, exploratório e dedutivo, com o fito de demonstrar que decisões *anencéfalas* não são padrões institucionais da Corte, muito menos capaz de oferecer segurança jurídica aos jurisdicionados que não conhece os fundamentos (*ratio decidendi*) do julgado, mas um emaranhado de ideias convergentes ou não e construídas com base em metodologia dispersa. O referencial teórico eleito está entrado nas lições de Michele Taruffo, embora sejam referidos outros autores, inclusive com ideias divergentes ou não.

Na primeira parte do trabalho, breves notas serão apresentadas sobre as previsões (infra)constitucionais sobre o dever de fundamentar, com abordagem perfunctória acerca dos motivos da decisão; no segundo item, a preocupação recairá sobre teorias que buscam explicar os mecanismos da fundamentação no momento do ato mesmo de decidir; na terceira parte, será destacado o dever de fundamentação no Supremo Tribunal Federal e, por fim, será destacada a presença de sentença constitucional anencéfala nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

A existência de tais decisões revela flagrante atentado contra a segurança jurídica e a estabilidade das relações jurídicas.

1 Da previsão (infra)constitucional do dever de fundamentação/motivação no Direito brasileiro

O art. 489, do Código de Processo Civil brasileiro, de 2015, dispõe que são elementos essenciais da sentença i) o relatório, ii) **os fundamentos** e iii) o dispositivo. O mesmo dispositivo legal, em seu § 1º, indica critérios objetivos

243 Sobre o estado do debate, ver por todos: TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Traducción de Lorenzo Córdova Vianello - México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

segundo os quais a decisão judicial não se considera fundamentada.²⁴⁴ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Luiz Arenhat e Daniel Mitidiero²⁴⁵, alertam para o senso comum que aceita ser a decisão fundamentada quando o juiz analisou as provas contidas nos autos, especialmente as produzidas pela parte vencedora. Na verdade, o juiz também deverá expor as razões pelas quais os argumentos da parte vencida não lhe convenceram. A compreensão do dispositivo processual indicado somente poderá ser no sentido de que a motivação da sentença esteja em consonância com os novos contornos do princípio do contraditório. A análise de toda argumentação trazida para o processo pelas partes é inafastável.

O mesmo acontece quando o juiz não oportunizou às partes o devido debate sobre pontos essenciais da decisão. É o caso da declaração incidental de inconstitucionalidade, dita *ex officio*, sem anterior conhecimento das razões das partes sobre o tema, no que se conhece como decisão surpresa²⁴⁶. Caso decida desta forma, o juiz lançou juízo sobre situação existente, unicamente,

244 Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

245 MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil** - São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 2, 2016. p. 455.

246 Por força do art. 10, do Código de Processo Civil, nenhum juiz poderá decidir, em qualquer grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual as partes não tenham se manifestado, ainda nos casos de matéria que deveria conhecer de ofício. Há, portanto, expressa proibição de decisões-surpresa (*Verbot der Überraschungsentscheidungen*). O direito ao contraditório, como decorrência do devido processo legal, é garantia constitucional que não pode ser afastada.

em suas convicções, afastando-se do modelo processual em vigor. Uma motivação, portanto, sobre fatos não construídos dialeticamente no processo.

O dever de fundamentação, no sistema constitucional brasileiro, é um direito/garantia fundamental enquanto manifestação do *due process of law*, não sendo relevante tratar-se de decisão de mérito ou interlocutória. A noção de Estado de Direito como garantidor dos direitos subjetivos do cidadão (Estados Unidos), significando que as instituições políticas e os aparelhos jurídicos devem servir aos direitos individuais²⁴⁷. Não é aleatório lembrar que o poder político, exercido pelo Legislativo, Executivo ou Judiciário, sempre foi alvo de críticas quanto à possível arbitrariedade cometida por aqueles que o exercem. O protagonismo cada dia mais evidente do Judiciário a partir da Segunda Grande Guerra tem ocasionado uma avalanche de teorias e escritos viando a limitação da atividade interpretativa do Judiciário. O dever de fundamentação é um desses limites²⁴⁸.

As Ordenações Filipinas, no Livro III, Título LXVI, n. 7.º, rezavam expressamente o dever do juiz de motivar suas decisões, o que foi seguido pelo art. 232, do Regulamento 737, de 1850²⁴⁹. Disposições semelhantes foram repetidas nos Códigos Processuais de 1939 (art. 118, parágrafo único c/c art. 280, II) e de 1973 (art. 458, II).

A nível constitucional, o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988²⁵⁰, determina o dever de fundamentação das decisões, sob pena de nulidade. Assim, a fundamentação emerge como direito/garantia constitucional do

247 COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 5.

248 O protagonismo do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, foi magistralmente exposto na seguinte obra: SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

249 ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal**. São Paulo: Instituto Philomathico, 1870, v. I, p. 669.

250 “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

jurisdicionado, tanto os que participam efetivamente da relação processual, quanto os terceiros interessados e, ainda, a comunidade jurídica como um todo. As perspectivas sob as quais pode-se observar o instituto são múltiplas, destacando-se sua dupla função: a) função endoprocessual, que permite as partes, terceiros e juízes de hierarquia superior o conhecimento das razões de convencimento do magistrado e, b) função exoprocessual, a permitir o controle da decisão pelo povo que é o titular o poder político numa democracia²⁵¹.

Portanto, fundamentar uma decisão é, racionalmente, expor os motivos que conduziram o julgador no momento de proferir o *decisum*, indicar os aspectos fáticos e jurídicos que o guiaram para a tomada de certa decisão dentre outras ocasionalmente possíveis. Todavia, o magistrado deve “seguir” um caminho, um itinerário lógico para estabelecer sua posição, seu convencimento. Entrementes, este caminho também deve ser claro na decisão para que todos compreendam o(s) “porquê(s)” aquela decisão foi de uma forma e não de outra. É o que será visitado, sinteticamente, no próximo tópico.

2 Das Teorias relacionadas ao dever de fundamentação

Ao fundamentar uma decisão, o autor do texto veiculará, mesmo implicitamente, a metodologia empregada para alcançar a racionalidade e consistência de seus argumentos. Não basta, portanto, dizer que “este é meu convencimento”, necessário se faz esclarecer conexões entre os aspectos fáticos e suas repercussões jurídicas que foram objeto de discussão no processo.

Tais conexões serão aptas ao resultado que pretendem (demonstração dos motivos) quando da adoção de metodologias adequadas de interpretação. Daí a importância de se conhecer, embora rapidamente, algumas das principais teorias sobre o tema. Para o atendimento do objetivo aqui perseguido, serão destacados o silogismo, a tópic e a nova retórica.

251 Para Michele Taruffo, (*La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 407) “, i destinatari della motivazione no siano soltanto le parti, i loro avvocati e il giudice dell’impugnazione, ma anche l’opinione pubblica intesa sia nel suo complesso, sia come opinione del *quisque de populo*. La connotazione política di questo spostamento di prospettiva è evidente: l’ottica ‘privatistica’ del controllo esercitato dalle parti e l’ottica ‘burocratica’ del controllo esercitato dal giudice superiore vanno integrate nell’ottica ‘democratica’ del controllo che deve poter essere esercitato da quello stesso popolo nel cui nome la sentenza viene pronunciata”.

2.1. Teoria do silogismo judicial

O silogismo se apresenta como forma interpretativa que contém três proposições: duas são premissas e uma a conclusão.²⁵² Trata-se de “método” interpretativo com extrema afinidade ao período de supremacia da lei escrita, pouco importando as variações linguísticas ocorrentes. Apesar da lógica e racionalidade, o silogismo sofre as mais variadas e severas críticas, especialmente quando se trata de interpretação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.

Nestes casos, as premissas já são, por si só, objeto de interpretação e postas em confronto com os fatos. A lógica dedutiva impõe o raciocínio segundo o qual a decisão judicial é a consequência das premissas manejadas sem possibilidade de alteração caso sejam mantidas as interpretações das premissas. Consequentemente, a força normativa dos fatos, capaz de modificar o sentido e o alcance de um texto constitucional, dependerá do intérprete para sua operacionalização e presença numa sentença constitucional.

Resta evidente, no silogismo, a consideração quanto a premissas verdadeiras que possibilitam uma conclusão consistente e correspondente à realidade dos fatos (ou à interpretação da realidade dos fatos, sua reconstrução).

2.2. A Tópica

Tomados por empréstimo de Aristóteles, os *topoi* são conceitos e proposições básicas do pensamento jurídico que não são formalmente rigorosos nem

252 Llamaremos teoría del silogismo judicial a la tesis según la cual la decisión judicial es el resultado de la subsunción de unos hechos bajo una norma jurídica. A tenor de la misma la premisa mayor está constituida por la norma jurídica que establece un hecho (caso genérico) debe tener o tiene (según las diferentes formulaciones) determinadas consecuencias jurídicas. La premisa menor es una proposición factual según la cual el hecho (caso individual) ha tenido lugar en un determinado momento y lugar y pertenece a la clase de hechos previstos por la norma que constituye la premisa mayor. La conclusión es la decisión judicial, en la que el caso concreto se vincula a las consecuencias jurídicas establecidas por la norma jurídica. (in ITURRALDE, Victoria. Sobre el silogismo judicial. *Anuario de Filosofía del Derecho VIII*, 1991, p. 239-272. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/142201.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.

podem ser representados por axiomas lógicos, antes são fórmulas variáveis no tempo e no espaço e de reconhecida força persuasiva²⁵³.

Em sua obra, Theodor Viehweg se refere aos juristas romanos, que trabalhavam sem nenhuma sistematicidade. Para ele, a jurisprudência deve construir-se mediante pensamento problemático e a tópica seria o instrumento mais adequado. Com Viehweg, a argumentação é resgatada desde a Antiguidade Clássica e reintroduzida como ferramenta do direito com a finalidade de se atingir a melhor decisão²⁵⁴.

O pensamento problemático se caracteriza pelo enfrentamento de situações (*topoi*) a partir de premissas consideradas verdadeiras pela comunidade e com a utilização de opiniões opostas, construindo-se diálogos sempre com vistas a um pensamento crítico. Assim como o silogismo, na tópica é relevante a veracidade das premissas ou, pelo menos, sua verossimilhança.

2.3. Nova Retórica

No sistema construído por Chaïm Perelman e L. Oldebrechts-Tyeca, o direito não pode ser estanque, inerte, mas dinâmico. Daí a importância do Poder Judiciário na interpretação e aplicação do direito, segundo critérios aceitáveis e distantes da discricionariedade individual dos juizes. Aceitam-se decisões cujos valores considerados sejam harmônicos com o sistema jurídico em vigor, o que nos faz concluir que a teoria de Perelman L. Oldebrechts-Tyeca têm como objeto desvendar a lógica dos juízos de valor.

Visitando as teorias de Gottlob Frege e Kant, Perelman, L. Oldebrechts-Tyeca não satisfeitos com os formalismos destas concepções, trilham caminho mais seguro para distinguir entre os tipos de sociedade e de ideologias, pelo que surge a Nova Retórica. Nesse sentido, o papel desempenhado pelo

253 VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: UNB, 1979. p. 4.

254 Manuel Atienza (**Derecho y argumentación**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001. p. 45) confirma: Viehweg caracteriza la tópica como un ars inveniendi, como uma técnica del pensamiento problemático em la que el centro lo ocupa la noción de topos o lugar común. Ello significa que, para él, lo que importa em la argumentación jurídica no es la ars iudicandi, esto es, la técnica consistente em infrir unas proposiciones de otras [...], sino el ars inveniendi, el descubrimiento y examen de las premisas.

argumento é central: uma vez apresentada a argumentação, o orador busca influenciar seu auditório com vistas a que seu discurso seja adotado²⁵⁵.

Na trilha da nova retórica o Judiciário deverá apresentar argumentos consistentes, segundo a ordem jurídica em vigor, para que as partes processuais, a comunidade jurídica e a sociedade sejam “convencidas” quanto o acerto da decisão e da eleição dos argumentos manejados. A imparcialidade do orador na exposição de seus argumentos e na valoração dos fatos é essencial para o alcance de uma decisão justa.

3 O Supremo Tribunal Federal e o dever de fundamentação

Preliminarmente, uma questão deverá ser abordada. Há quem entenda, com base no art. 97, da Constituição Cidadã (cláusula de reserva de plenário), que as decisões do Supremo Tribunal Federal são determinadas pelo somatório dos votos dos Ministros (maioria absoluta), sendo irrelevante a fundamentação desenvolvida pela Corte quando declara a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de leis ou atos normativos. Não seria adequado falar de unidade institucional e as decisões seriam objetivas²⁵⁶. Portanto, o que interessa é o resultado da decisão, a conclusão, e não os fundamentos da mesma.

O diagnóstico é perfeito, embora não possa ser aplicado à totalidade das decisões. Ademais, não me parece adequado concluir que os Ministros do Supremo Tribunal Federal sejam investidos em alternativas de fundamentar ou não suas decisões na busca de unidade institucional. Numa Corte de precedentes as sentenças devem conter *ratio decidendi* clara, de fácil percepção e leitura e

255 PERELMAN, C.; OLDEBRECHTS-TYECA, L. **Tratado de Argumentação Jurídica**: A nova retórica. Tradução de Vergínia K. Puppi. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 55.

256 Parece ser este o exato entendimento de Virgílio Afonso da Silva (SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, jan. 2009, p. 217. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144/2927>. Acesso em: 23 abr. 2019) ao se referir a deliberação interna e externa, e para quem “o Supremo Tribunal Federal não decide como instituição, mas como a soma dos votos individuais de seus ministros; [...]” a “carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal: como reflexo da inexistência de unidade decisória, as decisões do Supremo Tribunal Federal são publicadas como uma soma, uma “colagem”, de decisões individuais; muitas vezes é extremamente difícil, a partir dessa colagem, desvendar qual foi a real razão de decidir do tribunal em determinados casos, já que, mesmo os ministros que votaram em um mesmo sentido podem tê-lo feito por razões distintas.”

isto por motivo vários. Para citar um exemplo, suficiente verificar o sistema de edição de súmulas vinculantes (art. 103-A, da Constituição Federal de 1988, regulamentada pela Lei nº 11.417/2006) editadas após reiteradas decisões. Ora, reiteradas decisões, para estes fins, demandam *ratio decidendi* perfeitamente delineada, sob pena de não se aplicar a súmula vinculante aos casos futuros que pretende disciplinar. Estaríamos sempre às voltas com *distinguishing*²⁵⁷.

Destarte, a formação do pensamento institucional do STF é de relevância incontestável para a pacificação e harmonia da interpretação constitucional. A partir dessa racionalidade podem os demais órgãos do Poder Judiciário, a Administração Pública, a comunidade jurídica e a sociedade seguir a orientação do Pretório Excelso. O sistema jurídico brasileiro, em várias oportunidades, releva a importância da fundamentação das decisões para os casos futuros. É o caso, por exemplo, das decisões em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Súmula Vinculante, Efeito Vinculante, Improcedência Liminar do Pedido, etc.

Estranhamente, não é o que ocorre no âmbito do Supremo Tribunal Federal²⁵⁸. Sejam decisões tomadas à unanimidade ou por maioria, ressaltando-se os casos em que Ministros acompanham o voto do Relator ou o representativo da divergência, sem alteração de fundamentos, é rotineira a presença de decisões com dispersão de fundamentos²⁵⁹. Portanto, extrair a *ratio decidendi* do julgado é trabalho quase infrutífero, a despeito da

257 Para Luiz Guilherme Marinoni. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais 2010, p. 326-327, o *distinguishing* consiste na técnica utilizada para aferir se o precedente será ou não aplicado a determinado caso. Para tanto, deve-se identificar a sua *ratio decidendi*, a fim de verificar se ela foi formada a partir de fatos idênticos ou distintos dos fatos do caso em julgamento. A distinção, contudo, só pode ser realizada em relação aos fatos materialmente relevantes para o julgamento da causa. Apenas estes fatos, e não aqueles irrelevantes à resolução do caso, podem ser utilizados como fundamento para a não aplicação do precedente.

258 Já tive a oportunidade de me manifestar sobre o descumprimento da Constituição Federal pelos três poderes da União em “Todos contra a Constituição: a revolta dos poderes”, pequeno artigo publicado no site peruano El-Terno, no qual aponto o descompasso entre decisão e Constituição. Disponível em: <http://www.el-terno.com/colaboradores/Francisco-Lisboa-Rodrigues/TODOS-CONTRA-A-CONSTITUICAO-a-revolta-dos-poderes.html>.

259 Para Fábio Carvalho Leite e Marcelo Santini Brando. Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 48, jan./jun. 2016, p. 141, dispersão de fundamentos pode ser definido como a formação de maioria decisória em torno do resultado acerca da (in)constitucionalidade de uma lei ou ato normativo (por exemplo, “julgo procedente o pedido” ou “julgo improcedente o pedido”) independentemente dos fundamentos sustentados pelos ministros em seus votos.

identificação da maioria decisória e do conseqüente resultado. O Judiciário brasileiro padece desse mal *segregatório* e individualista nos órgãos colegiados; a racionalidade decisória, o padrão de fundamento não é perceptível aos olhos mais atentos. A citada *dispersão* ocorre, também, no âmbito dos juízos monocráticos quando decidem causas idênticas por fundamentos distintos, embora possam alcançar o mesmo resultado decisório.

Significa que, lamentavelmente, no sistema brasileiro, as opiniões são mais valiosas em relação ao posicionamento institucional dos Tribunais. Este interessa tangencialmente. Decidir, individualmente, é a regra.

Peço vênua para transcrever incisiva observação de José Rodrigo Rodriguez:²⁶⁰

O caráter opinativo de nossa jurisdição fica mais claro quando examinamos julgamentos colegiados, por exemplo, os do STF, em que vários juízes, ou seja, várias autoridades, devem opinar sobre o mesmo caso. Mesmo nos casos em que há unanimidade no julgamento, ou seja, em que os 11 juízes do STF decidem no mesmo sentido, todos eles fazem questão, especialmente em casos de grande repercussão pública, de externar sua opinião. O resultado disso é um manancial de argumentos, doutrinadores, leis, casos, etc., que torna praticamente impossível reconstituir a argumentação do tribunal de maneira racional e unificada. É possível reconstituir, claramente, estilos de julgar individuais, juiz a juiz, mas não há um padrão claro e discernível para o julgamento da corte tomada como um todo. Tal padrão, de fato, é desnecessário, pois a corte decide por agregação de opiniões sem elaborar uma fundamentação unificada de sua argumentação.

Como dito, quando se trata de Supremo Tribunal Federal, o dever de fundamentação das decisões assume papel ainda mais relevante. O órgão responsável pela defesa da Constituição em vigor no Brasil exerce um

260 RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 82-83.

protagonismo indubitável no cenário nacional ao decidir temas que afetariam, em primeiro momento, as atribuições dos demais Poderes da União²⁶¹.

Conhecido o fato de que o fortalecimento do Poder Judiciário decorre dos processos de democratização e da cultura de judicialização de conflitos presentes nas sociedades emergentes, não se apresentando como casuais dissintonias tópicas, afasta-se, pelo menos como causa única, o subjetivismo judicial. Depositar mais poderes nas mãos do Judiciário também é reconhecer que os Poderes Legislativo e Executivo são responsáveis por excessos e omissões no lidar com a coisa pública e, especialmente, na violação de direitos fundamentais. Surge, neste cenário, a concepção forte de Poder Judiciário.

O individualismo decisório, no meu sentir, recebe alavanca do art. 97, da Constituição brasileira de 1988, quando afirma que a declaração de inconstitucionalidade de ser tomada pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou de seu órgão especial, mas não prevê o modo de se alcançar esta maioria. Padece tal normativo, que institui a cláusula de reserva de plenário, de uma insuficiência semântica ao não indicar, pelo menos, a forma de se chegar à maioria absoluta pela harmonia entre os fundamentos dos votos proferidos.

Não se nega, neste trabalho, a importância e valor dos *dissents*²⁶² para a evolução e o aperfeiçoamento do Direito. A divergência apresentada nos votos vencidos possui relevância inquestionável, inclusive como medida ponderada para evitar arbitrariedades de majorias ocasionais. Também não se afasta a

261 Nos marcos da Revolução Francesa, o papel do juiz era meramente passivo, proibido de interpretar a lei. Era o famoso juiz “boca da lei”. Para Danilo Zolo e Pietro Costa. **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli - São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 25: “Quanto ao poder judiciário tanto nas declarações dos direitos como nos textos constitucionais da França revolucionária, tinha sido objeto de prescrições exclusivamente negativas: os juizes não deviam se intrometer no exercício do poder legislativo e não tinham nenhum poder de suspender a execução das leis. Essa desconfiança que era a consequência do papel desempenhado pelos magistrados no antigo regime fazia do equilíbrio constitucional francês algo profundamente diferente da Inglaterra e dos Estados Unidos”. Portanto, o Poder Judiciário deveria ser submisso ao Poder Legislativo. Semelhantemente, os Federalistas tinham o Poder Judiciário como o menos temível para a Constituição. HAMILTON; MADISON; JAY, **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 458. Formava-se, assim, a concepção fraca de Poder Judiciário.

262 Na Suprema Corte dos Estados Unidos, os dissensos ou votos disidentes são estudados com interesse ímpar, inclusive para verificar possíveis alterações do entendimento da Suprema Corte em casos futuros. Um estudo primoroso é feito em: TUSHNET, Mark. **I dissent**: great opposing opinions in landmark Supreme Court cases. Boston: Beacon, 2008.

liberdade de decidir do juiz. A uniformidade de fundamentos não significa a uniformidade de um certo e determinado entendimento. O que se defende é um alinhamento racional dos fundamentos constantes dos votos que formam a tese vencedora; ter-se ciência dos fundamentos manejados para a tomada de decisão; um mínimo de convergência entre os fundamentos de cada voto.

A questão é mais grave, no entanto.

Além da dispersão de fundamentos, também é verificável um sincretismo metodológico acentuado. Com precisão cirúrgica, Virgílio Afonso da Silva²⁶³ esclarece o estado do debate. As linhas seguintes são baseadas nas ideias do Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Depois de explicar e constatar não ser possível a conciliação entre as teses de Friedrich Müller e Robert Alexy, o autor deixa evidente que na interpretação constitucional não há opção por algum método, mas são eles aplicados complementarmente, falando-se em “conjunto de métodos”. E aponta que se acrescentam as lições de Ernst-Wolfgang Böckenförde, J. J. Gomes Canotilho e Peter Häberle, principalmente, sobre interpretação constitucional²⁶⁴ no debate sobre a metodologia eleita nas decisões judiciais.

Assim, para Virgílio Afonso, sincretismo metodológico seria, exemplificativamente, “a utilização conjunta - ou a ideia de que essa possibilidade existe - da teoria estruturante do direito e do sopesamento de direitos fundamentais.” Portanto, a utilização de parâmetros metodológicos inconciliáveis, de *status* epistêmicos diversos e incompatíveis.

A título de exemplos, podem ser citados os julgamentos do Supremo Tribunal Federal na ADI 3.510 (pesquisa com células-tronco) e a ADPF 132 (união estável homoafetiva). A dispersão de fundamentos e o sincretismo metodológico são claros e percebidos numa simples leitura dos votos²⁶⁵.

Toda essa discussão desemboca no que tenho chamado de sentença constitucional anencéfala. É do que passo a tratar.

263 SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

264 As obras dos autores citados fazem parte das referências do artigo de Virgílio Afonso da Silva.

265 Limitar-me-ei à citação dos julgados, não me detendo à análise de cada voto por fugir à proposta do trabalho.

4 Sentença Constitucional Anencéfala

Considero sentença constitucional anencéfala aquela que é destituída de fundamentação institucional, ou seja, a construída a partir de fundamentos dispersos e que privilegia a visão individual de cada julgador, dificultando julgamentos futuros pelas mesmas razões relevantes. Embora a decisão possa alcançar unanimidade, neste caso não se fala de *ratio decidendi* convergente, semelhante ou idêntica. Cada julgador elege, isoladamente, seus fundamentos, sem a preocupação com a posição institucional da Corte. Consequências desta postura são inevitáveis: a) privilégio de decisões unilaterais (liminares) em detrimento da posição institucional, ferindo de morte o princípio da colegialidade²⁶⁶; b) o não-conhecimento e acatamento da *ratio decidendi* do julgado; c) o comprometimento das decisões futuras em processos idênticos que não utilizarão os fundamentos institucionais relevantes de julgamentos anteriores (já que inexistentes).

Em Artigo publicado em 2017²⁶⁷, tive a oportunidade de analisar decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de cumprimento de pena após decisão condenatória em segunda instância. Restou dito que “Esta tese foi firmada em substituição ao posicionamento exarado no Habeas Corpus n. 84.078-MG, de 2009, que, por sua vez, alterara o precedente exposto no Habeas Corpus n. 71.959-RS, de 1995”, fato que revelou e prestigiou a defesa incansável do Ministro Marco Aurélio quanto a inconstitucionalidade da chamada execução antecipada da pena. A decisão do STF, por maioria, permitiu a execução antecipada da pena, mas não convenceu todos os Ministros quanto a *ratio decidendi*, especialmente os que proferiram os votos vencidos.

Para citar um exemplo, na Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 54/DF, proposta pelo Partido Comunista do Brasil – PC

266 Por princípio da colegialidade entendo que órgãos julgadores de recursos somente podem ser compostos por colegiados ou grupos de magistrados que devem apreciar o mérito das insurgências. Não se admite, portanto, que o relator decida o mérito de qualquer recurso isoladamente. O fundamento primordial é proporcionar o debate e a deliberação entre os juízes que compõem o órgão julgador sobre o tema central, de mérito.

267 Trata-se do texto Presunção de inocência e execução antecipada da pena – de como o Supremo Tribunal Federal julgou o HC 126.292-SP – uma mirada sobre seus fundamentos, originalmente publicado em: SILVA FILHO, Arnaldo Coelho da; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo; OLIVEIRA JÚNIOR, Vicente de Paulo Augusto de. (org.). **O Poder Judiciário em evidência**: estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 411-437.

do B, o Ministro Marco Aurélio, relator do feito, deferiu liminar, no dia 19 de dezembro de 2018, às 14 horas, para,

reconhecendo a harmonia, com a Constituição Federal, do artigo 283 do Código de Processo Penal, determinar a suspensão de execução de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a libertação daqueles que tenham sido presos, ante exame de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos verdadeiramente enquadráveis no artigo 312 do mencionado diploma processual.

No presente feito, o autor pretende (o processo não teve sua apreciação pelo Pleno) a declaração de constitucionalidade o art. 283, do Código de Processo Penal em vigor, por estar em sintonia com o art. 5º, inciso LXII, da Constituição Cidadã, de 1988. O resultado prático da decisão de procedência do pedido seria, segundo o Ministro Relator, o prestígio do princípio da presunção de inocência a admitir o cumprimento da pena somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, isto é, esgotadas todas as instâncias. No provimento liminar restou assentado nos fundamentos:

A via de acesso a este Tribunal, para salvaguarda da liberdade, tem se estreitado sem respaldo constitucional. Em vez de incisivo na tutela de princípio tão caro ao Estado Democrático de Direito, o Supremo vem viabilizando a livre condução do processo persecutório por instâncias inferiores, despedindo-se de papel fundamental.

O quadro reforça ser imprescindível a adoção de postura fidedigna e rigorosa na conformação dos casos autorizadores da custódia antes da preclusão maior da sentença condenatória. Não se pode antecipar a culpa para além dos limites expressos na Lei Maior, quando o próprio processo criminal é afastado do controle do Supremo. Em resumo, suprime-se, simultaneamente, a garantia de recorrer, solto, às instâncias superiores e o direito de vê-la tutelada, a qualquer tempo, por este Tribunal.

Extrai-se da decisão que houve completo desrespeito ao princípio da colegialidade na medida em que contraria decisão anterior, tomada por

maioria, no HC 126.292/SP, de 2016. Ademais, o tema fora decidido, inclusive, sob o manto da repercussão geral²⁶⁸, no ARE 964.246/SP²⁶⁹.

No mesmo dia, nos autos do Pedido de Suspensão 1.188/DF, de autoria do Ministério Público Federal, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, às 19:30 horas, suspendeu os efeitos da decisão liminar do Ministro Marco Aurélio até apreciação da matéria de forma definitiva pelo Colegiado da Corte. Dos fundamentos, consta:

Com efeito, entendo, com a devida *venia*, que o acolhimento da liminar na ADC nº 54 pelo eminente Relator, ainda que por fundamentos diversos, foi de encontro ao entendimento da decisão tomada pela maioria do Tribunal Pleno no julgamento das ADC's nºs 43 e 44, que versavam matéria idêntica.

Destaco que velar pela intangibilidade dos julgados do Tribunal Pleno, ainda que pendentes de decisão definitiva, é um dos desdobramentos naturais da competência regimental da Presidência de cumprir e fazer cumprir o regimento (RSTF, art. 13, III). Logo, a decisão já tomada pela maioria dos membros da Corte deve ser prestigiada pela Presidência.

Os desacordos contidos no julgamento do HC 126.292/SP, extraídos dos votos dos Ministros que participaram da sessão, prosseguiram para além deste

268 Conforme o art. 102, § 3º, da Constituição Federal de 1988, regulamentado pela Lei Federal nº 11.418/2006, a demonstração da repercussão geral da questão constitucional discutida é requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Cabe ao relator do processo apreciar se a questão constitucional não tem relevância em relação às demais, não foi formulada de maneira adequada ou discutida de modo necessário e suficiente ou não se destaca entre as mais significativas. Decide, portanto, as que receberão julgamento pelo Plenário físico. No caso em comento, o Plenário apreciará e decidirá, mais uma vez, a possibilidade de execução da pena após decisão condenatória de segundo grau, em abril de 2019. Para Arruda Alvim (2005, p. 86), “a instituição da repercussão geral envolve a outorga de um poder político ao tribunal que haverá de apreciar as causas marcadas por importância social, econômica, institucional ou jurídica”.

269 O entendimento foi expresso no Tema 925: Possibilidade de a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, comprometer o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não se manifestou a Ministra Rosa Weber.

HC, numa absoluta rebeldia contra o princípio da colegialidade. Evidentemente que os dissensos são relevantes para a evolução jurisprudencial do Direito, para a interpretação da Constituição. Entretanto, não prestigia a segurança jurídica nem a estabilidade das relações jurídicas divergências levadas à categoria de “descontentamento”, “indignação” ou “revolta epistemológica”.

Na esteira do posicionamento do Ministro Marco Aurélio, encontra-se o Ministro Ricardo Lewandowski. Em várias ocasiões, como na Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade 43/DF, exarou seu “descontentamento” com a posição da Corte ao permitir que ocorra execução provisória da pena após decisão condenatória em segunda instância²⁷⁰.

Seguramente, a decisão no HC 126.292/DF, constitui uma sentença constitucional anencéfala no sentido aqui delineado. Não há para a sociedade nenhuma leitura sobre o posicionamento institucional do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. A depender do Ministro Relator, a decisão no HC 126.292/DF será prestigiada ou não.

Considerações finais

A sentença constitucional anencéfala, entendida como aquela de fundamentação dispersa, sem atenção ao pensamento institucional da Corte, é realidade no contexto dos julgados do Supremo Tribunal Federal. A dispersão de fundamentos e o sincretismo metodológico presentes nos votos dos 11 (onze) Ministros, com poucas exceções, atesta a dinâmica do procedimento decisório voltada ao privilégio das posições individuais em detrimento da colegialidade.

A presença de dissensos, votos dissidentes, é corrente numa Corte Constitucional, em órgão colegiados, entretanto, não é exagero afirmar que no Supremo Tribunal Federal temos 11 (onze) Supremos²⁷¹ que decidem

270 Em seu voto, deixou consignado: “Isso posto, defiro a medida cautelar de modo a preservar a presunção de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, no sentido de que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”

271 No ano de 2017, foi publicado no site da Biblioteca Digital da Fundação Getúlio Vargas o livro “Onze Supremos – o Supremo em 2016, onde se destaca a rebeldia dos Ministros em face do posicionamento Plenário. O conjunto de ensaios é apresentado com as seguintes ponderações: “Desde 2002, qualquer um pode sintonizar nas sessões da TV Justiça e acompanhar os votos,

em conformidade com suas “consciências”²⁷² e distantes do princípio da colegialidade. Ao firmarem suas posições com o uso de tal dinâmica, o Supremo Tribunal Federal não constrói decisões com *ratio decidendi* clara, aplicável facilmente ou de identificação rápida. As repercussões negativas são imensas, desde a observância do instituto da repercussão geral até o respeito pelas decisões com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes.

O cenário elaborado nesse contexto promove verdadeira ofensa à segurança jurídica e à estabilidade das relações jurídicas. Os demais órgãos do Poder Judiciário, a Administração Pública, os operadores do Direito, a sociedade enfim, não dispõem de meios para contornar a dificuldade de identificação da *ratio decidendi* de um julgado do Supremo. Encontram-se reféns dos entendimentos isolados e do jogo da distribuição dos processos para ter um mínimo de antecipação, previsibilidade, quanto ao resultado a ser alcançado.

O Supremo Tribunal Federal está descumprindo uma vocação constitucionalmente prevista que é a de ser uma Corte de Precedentes, uma Corte de ápice no sistema do Poder Judiciário brasileiro.

Referências

ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal**. São Paulo: Instituto Philomathico, 1870, v. I.

ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. **Reforma do judiciário**. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier,

argumentos e discussões dos ministros no plenário. Mas essa transparência é insuficiente. Há imagens públicas, há informação, mas ainda falta tradução e análise sobre o comportamento do tribunal. Quais os casos que o tribunal deveria ter decidido, mas não o fez? Quais as implicações políticas de um pedido de vista, de uma mudança de pauta, ou de uma decisão individual liminar? E, fora do tribunal, como as estratégias de diferentes atores têm moldado a pauta e as decisões do Supremo? Quais os efeitos políticos mais amplos de uma mudança aparentemente pequena no regimento interno do tribunal? Quais os outros fatores e preocupações – políticas, sociais, econômicas – estão por trás dos argumentos constitucionais feitos no Supremo Tribunal Federal?”
Onze supremos: o supremo em 2016 / Organizadores: Joaquim Falcão, Diego Wernerck Arguelhes, Felipe Recondo. -- Belo Horizonte, MG: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17959>. Acesso em: 12 out. 2018.

272 Interessante e lúcida análise sobre o tema, encontramos em: STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coord.). São Paulo - Revista dos Tribunais, 2005, p. 80-92.

ATIENZA, Manuel. **Derecho y argumentación**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 02 abr. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 737, de 25 de novembro e 1850**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm. Acesso em: 02 abr. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 02 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43**. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Requerido: Presidente da República. Relator para o Acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, pendente de julgamento. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 13 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 54**. Requerente: Partido Comunista do Brasil – PCB. Requerido: Presidente da República. Relator para o Acórdão: Ministro Marco

Aurélio. Brasília, DF, julgado em 15 de março de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>. Acesso em: 17 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510**. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator para o Acórdão: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, julgado em 29 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em: 22 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário n. 964.246**. Requerente: M. R. D. Requerido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relato para o Acórdão: Ministro Teori Zavascki. Pendente de julgamento. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4966379>. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator para o Acórdão: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, julgado em 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator para o Acórdão: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgado em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pedido de Suspensão n. 1.188**. Requerente: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Presidente. Brasília, DF, julgado em 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SL1188.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2019.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELLHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Org.). **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte, MG: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17959>. Acesso em: 12 out. 2018.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

ITURRALDE, Victoria. Sobre el silogismo judicial. **Anuario de Filosofia del Derecho VIII**, 1991, p. 239-272. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142201.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.

LEITE, Fábio Carvalho; BRANDO, Marcelo Santini. Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 48, jan./jun. 2016. p. 139-166.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 2, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PERELMAN, C.; OLDEBRECHTS-TYECA, L. Tratado de Argumentação Jurídica: **A nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RODRIGUES, Francisco Lisboa. Presunção de inocência e execução antecipada da pena – de como o Supremo Tribunal Federal julgou o HC 126.292-SP – uma mirada sobre seus fundamentos. *In*: SILVA FILHO, Arnaldo Coelho da; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo; OLIVEIRA JÚNIOR, Vicente de Paulo Augusto de. (org.). **O Poder Judiciário em evidência: estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 411-437.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional** - Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, jan. 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144/2927>. Acesso em: 23 abr. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto. decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Traducción de Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: CEDAM, 1975.

TUSHNET, Mark. **I dissent: great opposing opinions in landmark Supreme Court cases**. Boston: Beacon, 2008.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: UNB, 1979.

A dimensão ecológica da Dignidade da Pessoa Humana

The ecological dimension of the dignity
of the human person

Elaine Cristina Sotelo Fachini

Graduada em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. Pós-Graduada em Docência no Ensino Superior pela UNIMAR. Mestranda em Direito na UNIMAR. Atualmente Bolsista PROSUP/CAPES.

Valter Moura do Carmo

Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR; mestrado em Direito Constitucional pela UNIFOR com período sanduíche na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC e doutorado em Direito pela UFSC, tendo realizado o doutorado sanduíche na Universidade de Zaragoza (Espanha) com bolsa do PDSE da CAPES e período de investigação na Universidade Federal da Paraíba - UFPB com bolsa do PROCAD da CAPES. Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade de Marília - UNIMAR com bolsa do PNPd da CAPES. Professor Assistente Doutor da UNIMAR onde leciona nos cursos de graduação em Direito e Medicina, sendo professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito. Diretor de relações institucionais do CONPEDI. Membro da Comissão de Estudo de Identificação e Descrição da ABNT.

Resumo: Consagrado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana atua como fundamento do Estado Democrático de Direito. Porém, objetiva-se, por meio deste artigo, analisar a possibilidade de se reconhecer uma dignidade não apenas ao animal humano, proposto pelo princípio supracitado, mas também às outras espécies, estabelecendo-se a proteção da dignidade animal no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, podendo-se alcançar uma dignidade referente à vida dos animais não-humanos. Sendo assim, justifica-se o presente pela relevância e contemporaneidade da temática, pela busca do direito fundamental a um meio ambiente sadio e equilibrado, em face à dignidade da pessoa humana. Para tanto, utilizaremos a metodologia hipotético-dedutiva, qualitativamente, colhida em bibliografias pertinentes à temática. Conclui-se que o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado é um direito fundamental com status formal, por ter conteúdo imprescindível à dignidade humana, e que a dignidade animal refere-se aos animais como seres dignos de respeito e de direitos. Trata-se de conceber um ser vivo como digno de consideração moral e respeito, de forma que se preencham os requisitos morais para a aferição da dignidade inerente a essa vida.

Palavras-chave: Dignidade Humana. Dignidade Animal. Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Abstract: The principle of the dignity of the human person, which is consecrated in the Article 1, item III, of the Federal Constitution of 1988, acts as the foundation of the Democratic State of Law. However, the objective of this paper is to analyze the possibility of recognizing a dignity not only to the human animal, proposed by the above principle, but also to other species, establishing the protection of animal dignity within the Brazilian legal system, where a dignity regarding the life of nonhuman animals can be achieved. Thus, the present paper is justified by the relevance and contemporaneity of the theme, by the search for the fundamental right to a healthy and balanced environment, in view of the dignity of the human person. For that, we will use the hypothetical-deductive methodology, in a qualitative way and collected in bibliographies pertinent to the theme. It is concluded that the right to a healthy and balanced environment is a fundamental right with formal status, because it has essential content for human dignity, and that animal dignity refers to animals as beings worthy of respect and rights. It is a matter of conceiving a

living being as worthy of moral consideration and respect, in order to meet the moral requirements for gauging the dignity inherent in this life.

Keywords: Human Dignity. Animal Dignity. Brazilian Legal System.

Introdução

Sendo a dignidade da pessoa humana considerada o alicerce dos direitos fundamentais e um princípio constitucional, baseada na justificação moral e na normativa de direitos, e por ser de suma importância ao direito brasileiro, está elencada na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República e é aceita por boa parte da doutrina como sendo o fundamento material dos direitos fundamentais.

Assim, o escopo do presente artigo é averiguar a corrente que defende a dignidade da pessoa humana elencada como um direito fundamental, surgindo daí a ideia da proteção ambiental como garantia dos direitos fundamentais a uma vida digna em um meio ambiente protegido, fazendo-se necessária uma releitura do princípio da dignidade da pessoa humana, frente à perspectiva socioambiental do direito contemporâneo, refletindo sobre um compromisso existencial com os animais não-humanos.

A esses animais, classificados como sencientes, o presente artigo tem por escopo propor o reconhecimento de um valor inerente, para isso, busca-se analisar o processo de reconhecimento da dignidade animal, sendo ela uma inovação dos direitos fundamentais.

Para aferir o que foi exposto, adotaremos a metodologia hipotético-dedutiva, qualitativamente, colhida em bibliografias pertinentes à temática. O estudo ora proposto divide-se em quatro itens, o primeiro sendo de caráter conceitual, no qual se procura conceituar a dignidade da pessoa humana, de como é estabelecida no direito brasileiro, e como deriva-se como um fundamento dos direitos fundamentais da pessoa humana.

O segundo abrange, como uma extensão à própria dignidade humana, de como estabelecer dignidade aos animais, como alguns autores defendem, sendo essa também parte das garantias fundamentais. O terceiro item trata dos direitos dos animais, estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, pretende-se esclarecer e apresentar os fundamentos de inconstitucionalidade da Emenda n. 96/17, sendo ensejados os elementos que configuram que ela viola os limites materiais constitucionais.

Assim, cabe-nos ressaltar que o Direito não deve ser um instrumento de domínio do homem sobre o mundo, mas deve ser visto como uma ferramenta que defenda a vida digna, humana ou não.

1 A Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana está presente na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo aceita por boa parte da doutrina como um fundamento material dos direitos fundamentais.

Conforme afirma Sarlet, que a

[...] íntima e, por assim dizer, indissociável – embora altamente complexa e diversificada – vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais já constitui, por certo, um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo²⁷³.

Já para Barroso²⁷⁴, a dignidade da pessoa humana é considerada o alicerce de todos os direitos verdadeiramente fundamentais. Sendo um valor fundamental e princípio constitucional, baseia a justificação moral e a normativa dos direitos fundamentais.

Essa perspectiva de dignidade humana, segundo Habërle²⁷⁵, adentrou no Direito na metade do século XIX, por intermédio de Proudhon e Lassalle, por meio do movimento trabalhista, no qual a dignidade humana transitou

273 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 27-28.

274 BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. A construção de um Conceito Jurídico à luz da Jurisprudência Mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

275 HABÈRLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang et al (org.). **Dimensões da Dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45-104.

do pensamento puro para a prática jurídica, e, passados os anos, Kant trouxe um conceito de dignidade da pessoa humana que foi e ainda é o norte do respectivo princípio na maioria das constituições, principalmente na busca de um Estado Democrático de Direito.

Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana como:

[...] a qualidade intrínseca reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida²⁷⁶.

Faz-se necessário salientar que, segundo o mesmo autor, as condições mínimas existenciais, expressas na citação acima, são constituídas por variados dados, de acordo com cada sociedade e cada época, e se adequa com o histórico cultural da dignidade da pessoa humana, interagindo com as mudanças culturais e sociais. Pois, as mudanças de comportamento e valores morais tornam-se parte do entendimento da vida humana digna.

Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988, consignou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, tornando-se um elemento do Estado Democrático. Assim, expresso no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 tem-se:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-

276 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 70.

se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III- a dignidade da pessoa humana; [...] ²⁷⁷.

Estando o Estado Democrático fundado na dignidade da pessoa humana, reconhece o valor do homem enquanto ser livre, observando o princípio em favor do ser humano, abrangendo tal princípio não somente os direitos individuais, mas também direitos econômicos, sociais e culturais.

Sobre essa formulação da dignidade da pessoa humana, como princípio, adotado pela Constituição Federal de 1988, ressalta Martins:

Quando cotejada com as Constituições anteriores não deixa de ser uma ruptura paradigmática a solução adotada pelo constituinte na formulação do princípio da dignidade da pessoa humana. A Constituição brasileira de 1988 avançou significativamente rumo à normatividade do princípio quando transformou a dignidade da pessoa humana em valor supremo da ordem jurídica [...] ²⁷⁸.

Nessa senda, destaca também Sarlet:

A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral (que ela, em última análise, não deixa de ter), mas que constitui uma norma jurídico-positiva com status constitucional e, como tal, dotada de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão ética já apontada, em valor jurídico fundamental da comunidade ²⁷⁹.

Porém, não é a previsão constitucional que faz o princípio ser respeitado e efetivado, mas a concretização das condições que tornem possível a plenitude constitucionalmente consagrada. Nesse sentido, ensina Perez, que “*todo*

277 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

278 MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 50.

279 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 111-112.

*depende de que seamos capaces de superar la esclavitud a la letra de la ley escrita y de que, partiendo de los principios, sepamos, a través de una correcta interpretación, cumplir aquellos fines*²⁸⁰.

Assim, a dignidade da pessoa humana é um valor intrínseco do ser humano, mas não exclusivo do ordenamento constitucional brasileiro, pois, dignidade da pessoa humana constitui requisito do ordenamento jurídico constitucional de qualquer Estado Democrático de Direito.

Conforme os ensinamentos de Sarlet:

É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexas dimensão defensiva e prestacional da dignidade²⁸¹.

Afere-se que a dignidade da pessoa humana, como referenciada em nossa constituição, unifica todos os direitos fundamentais. Assim, a dignidade da pessoa humana passa a ter um relevante papel na estrutura constitucional como fonte jurídico/positiva de direitos fundamentais.

Ante o exposto, destaca Sarlet:

[...] a relação entre dignidade e os direitos fundamentais é uma relação sui generis, visto que a dignidade da pessoa assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em regra, uma violação de um direito fundamental (meio ambiente ecologicamente equilibrado) estará veiculada com uma ofensa à dignidade da pessoa²⁸².

Vemos que ambos caminham interligados, como salienta Caçando Trindade, “o direito fundamental a um meio ambiente saudável salvaguarda a

280 PEREZ, Jesus Gonzáles. **La Dignidad de la Persona**. Madrid: Civitas, 1986. p. 20-21.

281 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 47.

282 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 103.

própria vida humana em dois aspectos, o existir (com saúde) e a dignidade da própria existência, com uma qualidade de vida que faça esta valer à pena”²⁸³.

Seguido a visão supra, temos os dizeres de Leite e Carmo:

Em outra, para que o ser humano possa desfrutar de um meio ambiente condizente com a dignidade que se lhe quer atribuir, é preciso inverter a condição em que a natureza teria sido posta pela cultura – de mero ambiente ou meio que circunda o ser humano – e passar a tratá-la como entidade dona de sua própria dignidade e de alguns direitos que seriam inerentes a essa condição²⁸⁴.

Nesse enfoque, a dignidade da pessoa humana, como direito fundamental, adentra a esfera da proteção ambiental, ligando a dignidade e a vida, e reflete uma abertura do valor da condição jurídica de dignidade, abordando o valor inerente apenas ao homem, sob a perspectiva de que outros seres vivos também sejam detentores de dignidade. É o que abordaremos a seguir.

2 A dignidade dos animais, uma evolução dos direitos fundamentais

Estando a dignidade da pessoa humana ligada ao direito fundamental e à ideia da proteção ambiental, como garantia do mesmo, percebemos que “a situação limite a que chegamos está associada de forma direta à postura filosófica de dominação na relação entre ser humano e mundo natural [...]”²⁸⁵, fazendo necessária uma releitura do princípio da dignidade da pessoa humana, frente à perspectiva socioambiental do direito contemporâneo, refletindo sobre um compromisso existencial com os animais não-humanos.

283 CAÇANDO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 76.

284 LEITE, André Olavo; CARMO, Valter Moura do. O Direito de Proteção da Natureza: em Nome de que Dignidade? *In*: CAÇANDO TRINDADE, Antônio Augusto; LEAL, César Barros (coord.). **Respeito à Dignidade da Pessoa Humana**. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2015. p. 47.

285 FELIPE, Sônia T. Liberdade e Autonomia Prática: Fundamentação Ética da Proteção Constitucional dos Animais. *In*: MOLINARO, Carlos Alberto et al (org.). **A Dignidade da Vida e os Direitos Fundamentais para além dos Humanos**: Uma Discussão Necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 56.

A Constituição Federal de 1988, disciplina em seu artigo 225 que:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações²⁸⁶.

No artigo supracitado, vemos claramente que o legislador da Constituição Federal de 1988 inclui a tutela do meio ambiente, dando uma nova dimensão ao direito fundamental à vida e ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Fica claro, no *caput* do artigo, que o mesmo foi feito pelo homem e para servir ao homem. Então, esse dispositivo é um direito fundamental da pessoa humana, para preservar a vida e a dignidade das pessoas, que é o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Porém, a degradação ambiental põe à prova a possibilidade de uma existência digna para todos os seres humanos.

No contexto apresentado, Sarlet²⁸⁷ faz referência a que os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento na dignidade da pessoa humana. Sendo que a proteção ao meio ambiente, no qual se está inserido e dele faz parte, foi concebida para respeitar o processo de desenvolvimento social, para o ser humano desfrutar de uma vida digna.

A expressão “dignidade animal” vem ganhando espaço na doutrina brasileira, embora não com o entendimento de que os animais sejam pessoas. Como sustentado por Barroso, que admite a possibilidade de que os animais tenham um valor intrínseco ou dignidade:

O que poderia ter sido suscitado, isso sim, seria o reconhecimento de dignidade aos animais. Uma dignidade que, naturalmente, não é humana nem deve ser aferida por seu reflexo sobre as pessoas humanas,

286 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

287 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

mas pelo fato de os animais, como seres vivos, terem uma dignidade intrínseca e própria²⁸⁸.

Nesse sentido, conceber um ser vivo como digno de consideração moral e respeito faz parte do processo de avaliação ética, de forma que se preencham os requisitos morais para a aferição da dignidade inerente a esta vida. Para Feijó, existe o binômio dignidade/respeito:

Para que a dignidade seja possível de ser dada a outros seres vivos precisa ser conceituada de forma subjetiva, sendo ampliada através da aceitação do binômio dignidade/respeito. Dizendo que algo é digno de respeito estaremos outorgando dignidade àquilo que merece ser respeitado. O conceito subjetivo de dignidade pode assim ser atrelado ao animal não-humano, entendendo-o como partícipe da biosfera, como ser passível de respeito pelo papel que exerce nesse sistema global devendo ser sua integridade respeitada e defendida²⁸⁹.

O citado autor também entende que o conceito de dignidade pode ser estendido aos animais, desde que compreendamos que participam da biosfera e são merecedores de respeito por seu papel no meio ambiente.

Nesse diapasão, dentre os autores estrangeiros, como Meyer, também se nota essa tendência, o autor afirma que “a ideia de dignidade não é especista, entendendo ser possível pensar uma dignidade simples como atribuída a todos os seres capazes de sentir prazer e dor”²⁹⁰. Nessa avaliação, o termo dignidade, embora tradicionalmente seja interpretado indicando uma superioridade humana sobre as demais espécies, não tem de necessariamente sê-lo, podendo ter seu sentido alterado e evoluído para abarcar todos os seres sencientes.

288 BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. A construção de um Conceito Jurídico à luz da Jurisprudência Mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.118.

289 FEIJÓ, Anamaria. A Dignidade e o Animal Não-Humano. In: MOLINARO, Carlos Alberto *et al* (org.). **A Dignidade da Vida e os Direitos Fundamentais para além dos Humanos**: Uma discussão Necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 142.

290 MEYER, Michael. The simple dignity of sentient life: speciesism and human dignity. **Journal of Social Philosophy**, New York/NY, v. 32, n. 2, p. 115-126, Summer, 2001. p. 124-125. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/0047-2786.00083>. Acesso em: 19 mar. 2019.

Já Cortina²⁹¹, por sua vez, entende que os animais, e a natureza em geral, são seres que merecem apenas a consideração moral. Disso não se quer dizer que os animais possuam direitos ou um valor, pois somente os seres humanos, que integram a comunidade, possuem direitos e deveres naturais recíprocos. Os animais merecem proteção moral, e nós possuímos o dever de concedê-lo.

Contudo, se ainda não reconhecida a existência da dignidade animal, ao menos uma obrigatoriedade de consideração moral e revisão da forma como esses podem e são tratados pelos homens, como nas palavras de Lourenço:

Sob o argumento de que o denominado especismo que confere apenas aos seres humanos o *status* de pessoas não se justifica, vem-se defendendo a concessão de personalidade jurídica aos animais, que passariam a ser pessoas e, logo, sujeitos de direito. A posição, no entanto, é ilógica, uma vez que o estatuto jurídico próprio das pessoas, que titularizam direitos (de cunho patrimonial e extrapatrimonial) e contraem deveres, é incompatível com a essência dos animais. Apesar de inegavelmente merecerem o amparo legal contra tratamentos cruéis, não podem os animais assumir os referidos direitos e deveres, uma vez que são objetos (e não sujeitos) de direitos como, por exemplo, a propriedade. Reconhecer aos animais a condição de pessoas para deixar de lhes aplicar o regime jurídico inerente às pessoas representaria resposta atécnic e superficial. De nada adianta a constantemente sugerida mudança no rótulo se, quanto ao conteúdo, os animais continuarem sendo submetidos às regras jurídicas próprias das coisas, não das pessoas²⁹².

Então, “a natureza e os animais não são sujeitos de direito, mas os seres humanos estão obrigados a não lhes causar danos, porque têm um valor interno, mas relativo à força de outros valores”²⁹³, os seres humanos têm obrigações morais ante aos animais e com o meio ambiente em geral.

291 CORTINA, Adela. **Las Fronteras de La Persona**. El Valor de los Animales, la Dignidad de los Humanos. Madrid: Taurus, 2009.

292 LOURENÇO, Daniel Braga. **Direitos dos Animais: fundamentação e novas perspectivas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 490.

293 CORTINA, Adela. **Las Fronteras de La Persona**. El Valor de los Animales, la Dignidad de los Humanos. Madrid: Taurus, 2009. p. 140.

No mesmo sentido, Moraes, ao tratar dos diálogos das Nações Unidas sobre a Harmonia com a Natureza e a proposta de uma declaração internacional dos direitos da mãe Terra, nos traz o relatório, a preservação ambiental e a ligação dos seres humanos com a natureza, “dentre as conclusões do Relatório de 2014, sobressai a afirmação de que as pessoas devem aspirar a um mundo em que toda atividade humana ocorra em Harmonia com o que oferece a Terra e com reciprocidade, dignidade e respeito pela Natureza”. Explana também que, “durante os diálogos presenciais de 2017, pretendia-se reconsiderar os termos das relações dos seres humanos entre si e também entre eles e o meio ambiente. Há um destaque para reflexão sobre a interdependência existente entre os seres humanos e a Natureza”²⁹⁴.

Em recente julgado no Superior Tribunal de Justiça, temos, em decisão inédita sobre o tema, no julgamento do REsp 1.797.175/SP, com relatório do ministro Og Fernandes, que reconheceu a *dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana* e, ademais disso, atribuiu *dignidade e direitos aos animais não-humanos e à Natureza*, mesmo se tratando de julgado sobre a guarda de animal silvestre. O citado ministro, com argumentos inovadores para a jurisprudência brasileira, trata do tema em questão com relevância a garantir dignidade aos animais não humanos, esclarecendo:

Assim, diante da crise ecológica se faz necessário repensar o conceito kantiniano de dignidade, no intuito de adaptá-lo aos enfrentamentos existenciais contemporâneos, bem como a fim de aproximá-lo das novas configurações morais e culturais impulsionadas pelos valores ecológicos. Nesse contexto, deve-se refletir sobre o conceito kantiano, antropocêntrico e individualista de dignidade humana, ou seja, para incidir também em face dos animais não humanos, bem como de todas as formas de vida em geral, à luz da matriz jusfilosófica biocêntrica (ou ecocêntrica), capaz de reconhecer a teia da vida que permeia as relações entre ser humano e natureza. Inserido neste pensamento é que se faz premente a discussão, principalmente em relação aos animais não humanos, deve-se reformular o conceito de dignidade, objetivando

294 MORAES, Germana de Oliveira. Os Diálogos Das Nações Unidas “Harmonia com a Natureza” e a Proposta de Declaração Internacional dos Direitos da Mãe Terra. **Revista NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 38.2, p. 687- 712, jul./dez. 2018. p. 701; 705. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/39899>. Acesso em: 05 maio 2019.

o reconhecimento de um fim em si mesmo, ou seja, de um valor intrínseco conferido aos seres sensíveis não humanos, que passariam a ter reconhecido o status moral e dividir com o ser humano a mesma comunidade moral²⁹⁵.

Prosseguindo em seu relatório, o ministro Og Fernandes diz a respeito da necessidade de redimensionamento da relação entre ser humano e animais não humanos, referente à sua dignidade:

É necessário sempre sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente é elevado ao nível de valor ético-jurídico fundamental. Essa circunstância indicia que não mais está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que tal proteção da vida em geral seja para viabilizar a vida humana e, acima de tudo, a vida humana com dignidade. A própria ideia de um tratamento não cruel dos animais deve buscar o seu fundamento não mais na dignidade humana ou na compaixão humana, mas sim na própria dignidade inerente às existências dos animais não humanos. Cuida-se de um dever moral²⁹⁶.

Seja como for, o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado é um direito fundamental com status formal (art. 225, caput da CF) e material de cláusula pétrea, porque tem conteúdo imprescindível à dignidade humana²⁹⁷ e dos próprios animais²⁹⁸.

295 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.797.175/2018 – SP**, 2019, p. 8. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1797175_485a1.pdf?Signature=q6g8cpXz6kGVnpW%2Bp8kAEfXxSS4%3D&Expires=1559766833&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=95201f1e51b897d1ad2e6b6c2cbf97e4. Acesso em: 21 maio 2019.

296 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.797.175/2018 – SP**, 2019, p. 9. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1797175_485a1.pdf?Signature=q6g8cpXz6kGVnpW%2Bp8kAEfXxSS4%3D&Expires=1559766833&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=95201f1e51b897d1ad2e6b6c2cbf97e4. Acesso em: 21 maio 2019.

297 BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica Jurídica Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

298 GORDILHO, Heron José de Santana. **Abolicionismo Animal**. Salvador: Evolução, 2018.

3 Os direitos dos animais no ordenamento jurídico brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro, limita-se à tutela dos animais pelo poder público, em função da fauna brasileira. Até o ano de 1991, vigorava no Brasil o Decreto nº 24.645/1934 que em seu artigo 1º dispunha que “*todos os animais existentes no País são tutelados pelo Estado*”. Norma revogada pelo Decreto nº 11/1991, que aprovou a estrutura regimental do Ministério da Justiça e deu outras providências, em especial a revogação de uma série de decretos.

Entretanto, a Constituição Federal de 1988 contém, em seu artigo 225, uma norma que protege os animais, independentemente de sua origem ou classificação. Surgindo também a Lei nº 9.605 de 1998, denominada Lei de Crimes Ambientais, que prevê, em seus artigos, normas de proteção destinadas aos animais em razão de sua proteção constitucional e a Lei nº 11.794, de 2008, que traz uma série de referências aos animais que, não lhes reconhecendo a titularidade de direitos, ao menos, garante uma tutela especial. Com isso, vemos que:

Trata-se, portanto, de direito recente e complexo, do qual decorre também a proteção, inclusive judicial, dos animais. A proteção dos animais constitui uma problemática que só recentemente tem atraído a devida atenção do Direito, não sendo, portanto, possível solucionar os conflitos dela derivados, usando o tradicional silogismo lógico da aplicação de uma lei ao caso concreto. Para estes casos, vem sendo necessário uma argumentação mais rica e capaz de atender as exigências de legitimidade vigentes num Estado Democrático de Direito²⁹⁹.

Também em nosso ordenamento jurídico, os animais são tema de Direito Civil. Estudados sob influência do Direito Romano, em seu artigo 441, §2º, ao regular os vícios redibitórios inerentes, trata os animais como bens semoventes, bem como o artigo 1.442, do mesmo Código, que admite que os animais sejam objeto de penhor agrícola.

299 LOPES, Ana Maria D'Ávila; BENÍCIO, Márcio. Análise da Decisão Judicial sobre a “Briga de Galos” (ADIN nº 1.856/2011). A Partir da Teoria Argumentativa de Neil Maccormick. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**, Salvador/BA, v. 10, n. 20, p. 37-58, set./dez. 2015. p. 39. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/15296>. Acesso em: 05 abr. 2019.

A legislação brasileira também trata os animais como domésticos e silvestres. Os animais silvestres não devem sofrer interferência humana, exceto quando expedida licença ou autorização do órgão responsável. A definição de animal silvestre provém do Decreto Federal n. 24.645/34 e do artigo 29, §3º da Lei nº 9.605/98³⁰⁰, transcrito abaixo:

São espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras.

Já os animais tidos como domésticos são aqueles que possuem uma relação de convivência com os humanos, servindo os mesmos, fazendo companhia, guarda, adorno, fornecendo alimento ou couro, entre outros. São tutelados também pelo Decreto Federal nº 24.645/34, tendo previsão na lei de crimes ambientais, no tocante ao crime de maus-tratos e crueldade, cumprindo à previsão constitucional.

Para o Direito, quem tem a guarda de alguém possui responsabilidades e obrigações, quem possui animais domésticos, também tem as responsabilidades e obrigações que são adquiridas ao tê-lo em casa. Ter a guarda remete a uma conotação de proteção, de amparo, de abrigo e conservação, portanto, o termo mais acertado para a relação jurídica dos seres humanos com esses animais.

Com isso, vemos que, a partir desse arcabouço jurídico, vem se consolidando uma série de entendimentos, demonstrando a abrangência, relevância e complexidade da matéria sobre os direitos dos animais.

4 A Emenda Constitucional 96/2017

Em 6 de junho de 2017 foi publicada a Emenda Constitucional nº 96/17, que, acrescenta o § 7º ao artigo 225 da Constituição Federal de 1988, definindo como não cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que

300 BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 17 maio 2019.

sejam manifestações culturais, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro.

Entretantes, o Congresso Nacional Brasileiro aprovou a Lei nº 13.364/2016, que declara a vaquejada como patrimônio cultural imaterial, em processo legislativo, sem ao menos ouvir o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), órgão competente para realizar estudos científicos e o registro das práticas que integram o patrimônio cultural imaterial do país.

Então, o Procurador Geral da República, através da ADI n. 227.175/2017, busca a declaração da inconstitucionalidade, referente à Emenda Constitucional n. 96/17, e pleiteia a retirada da expressão “Vaquejada” dos artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016, que elevou essa atividade à condição de patrimônio cultural imaterial brasileiro e da expressão, as vaquejadas, do artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.220, de 11 de abril de 2001.

No contexto apresentado, Janot³⁰¹ contesta que o constituinte derivado está diante de uma limitação material, não podendo modificar o texto constitucional para permitir atos cruéis com animais em manifestações culturais.

Em evidente desrespeito à ordem constitucional, o poder constituinte derivado aprovou emenda à Constituição da República incompatível com normas constitucionais que vedam expressamente tratamento cruel aos animais, que protegem o núcleo essencial de direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana, porquanto a emenda legitima práticas totalmente incompatíveis com o dever constitucional e direito fundamental de proteção da fauna, ao rotular, de forma artificiosa, como não cruéis práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam “manifestações culturais” reguladas por lei específica³⁰².

Sendo que normas constitucionais não derivam de um mesmo poder constituinte, mas de dois poderes distintos. O primeiro é o poder constituinte originário, sem limite positivo, a não ser os limites do Direito Natural,

301 JANOT, Rodrigo. ADI n. 227.175/2017. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador/BA, v. 12, n. 3, p. 175-202, set./dez. 2017. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/24399/15025>. Acesso em: 19 mar. 2019.

302 JANOT, Rodrigo. ADI n. 227.175/2017. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador/BA, v. 12, n. 3, p. 175-202, set./dez. 2017, p. 178. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/24399/15025>. Acesso em: 19 mar. 2019.

este elabora a lei fundamental, ao passo que o poder derivado, retira a sua competência das normas estabelecidas pelo poder constituinte originário³⁰³. Nessa vertente, temos, nas palavras de Padilha:

Na qualidade de um direito fundamental, o meio ambiente está abrigado pela Constituição Federal de 1988 por um especial reforço e status jurídico, pois o texto constitucional determina que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, vinculando de forma imediata as entidades públicas e privadas, além de estarem incluídas, ainda, dentre o rol das “cláusulas pétreas” do art. 60, § 4º, o que impede sua supressão pelo Poder Constituinte derivado e as coloca no topo do ordenamento jurídico constitucional³⁰⁴.

Nesse sentido, diante do conflito entre os direitos fundamentais, referente à manifestação cultural e o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, o STF tem utilizado a conciliação entre os princípios ou direitos fundamentais em conflito, concluindo que, o direito ao meio ambiente deve prevalecer frente ao direito à manifestação cultural. Sendo assim, permitir que práticas ofensivas à integridade animal tenha a proteção da CF, por resguardar uma tradição cultural, como na EC n. 96/2017, levaria a um retrocesso constitucional, ante aos precedentes já consolidados no Supremo Tribunal Federal.

Corroborando com esse pensamento, Caúla e Rodrigues, destacam:

Oportuno que o Poder Judiciário atue como o protagonista da medida coercitiva que restabeleça a segurança jurídica e a efetividade da norma constitucional. A Constituição, ao preceituar a harmonia entre os Poderes, conduz ao diálogo de correção. Dito de outra maneira, quando um dos poderes não atinge a máxima responsabilidade a ele inerente caberá uma correção-comando-tarefa que o obrigue a cumpri-la na sua

303 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Constituinte**: Assembleia, Processo, Poder. São Paulo: RT, 1985.

304 PADILHA, Norma Sueli. Compromisso Constitucional da Sustentabilidade Ambiental: Desafios de sua Concretização Frente à Necessidade de Revisão do Ensino Jurídico e Atualização dos Implementadores Judiciais da Normatividade Ambiental. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 730-766, jul./dez. 2011, p. 736-737. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/2169/1770>. Acesso em: 05 abr. 2019.

integralidade. A independência dos Poderes não significa blindagem de eximi-lo de um comando de correção – obrigação de executar suas responsabilidades constitucionais³⁰⁵.

O artigo 60, § 4º, IV da CF estabelece que os direitos fundamentais não podem ser violados por tratar-se de cláusulas pétreas, de modo que a partir de uma interpretação constitucional sistemática, percebe-se facilmente que esta norma viola a vontade do constituinte originário de garantir aos indivíduos a defesa de seu direito fundamental, de um meio ambiente sadio e equilibrado³⁰⁶.

Porquanto, faz-se evidente a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 96/17, pois no artigo 225, §1º, VII da CF/88³⁰⁷ o constituinte originário teve o intento de proibir atos de crueldade contra os animais, preservando assim sua integridade física, como citado:

Com efeito, ao promulgar-se uma emenda constitucional que institucionaliza a prática de atos cruéis contra os animais, o poder constituinte derivado extrapola materialmente seu poder constituinte, de modo que esta norma já nasce derivada, tendo o vício da inconstitucionalidade³⁰⁸.

Nesse ínterim, tanto a Lei nº 13.364/16 e a Lei nº 10.220/01, como a Emenda n. 96 tiveram como objetivo desconstituir o STF como guardião da constituição e modificar a decisão de declarar inconstitucional uma lei que regulamentava a vaquejada, numa violação do princípio da separação dos poderes, incongruente em um Estado de Direito.

Por fim, destaca-se a tendência de entender o conceito de dignidade humana, incluindo os animais, em consideração moral, para serem considerados

305 CAÚLA, Bleine Queiroz; RODRIGUES, Francisco Lisboa. O Estado de Coisas Inconstitucional – transplante da Colômbia para o Brasil – uma interpretação análoga para o direito fundamental ao meio ambiente. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado; PENTINAT, Susana Borràs. (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 10. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018. p. 161. Disponível em: http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2018/04/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-VOL-10_EB.pdf. Acesso em: 20 mar. 2019.

306 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

307 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

308 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 209.

titulares do direito fundamental, e não serem submetidos a práticas cruéis, como a vaquejada.

Considerações finais

Ante as considerações expostas no presente artigo, vemos que a dignidade da pessoa humana está presente na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República e aceita como um dos direitos fundamentais, sendo um valor intrínseco do ser humano.

Assim, um Estado Democrático, fundado na dignidade da pessoa humana, reconhece o valor do homem, enquanto ser livre, observando o princípio em favor do ser humano, abrangendo tal princípio não somente os direitos individuais, mas também direitos econômicos, sociais e culturais.

Observamos que os seres humanos, mesmo diferente de outros seres vivos, também possui semelhanças com eles, em especial os animais sencientes, que possuem uma dignidade inerente ao seu próprio ser, com suas perspectivas, possibilidades e necessidades.

A dignidade animal refere-se aos animais como seres dignos de respeito e de direitos. Trata-se de conceber um ser vivo como digno de consideração moral e respeito, de forma que se preencham os requisitos morais para a aferição da dignidade inerente a esta vida.

O direito ambiental, em sua dimensão subjetiva, constitui-se em um direito fundamental que estabelece direitos e garantias individuais, o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado é um direito fundamental com status formal, por ter conteúdo imprescindível à dignidade humana.

Ao comentarmos a Emenda Constitucional nº 96/17, ficou claro que as emendas constitucionais são obra do poder constituinte derivado, assim sendo, autorizam a declaração de inconstitucionalidade das mesmas. Pois ao promulgar-se uma emenda constitucional que institucionaliza a prática de atos cruéis contra os animais, o poder constituinte derivado extrapola materialmente o poder constituinte, de modo que esta norma já nasce derivada, tendo o vício da inconstitucionalidade.

Por fim, conclui-se que existe, na jurisprudência brasileira, uma tímida tendência de estender o conceito de dignidade humana aos animais.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. A construção de um Conceito Jurídico à luz da Jurisprudência Mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica Jurídica Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 96, de 6 de junho de 2017**. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm. Acesso em: 18 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 17 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.797.175/2018 – SP**. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1797175_485a1.pdf?Signature=q6g8cpXz6kGVnpW%2Bp8kAEfXxSS4%3D&Expires=1559766833&AWSSecretKeyId=AKIARMM5JEAO765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=95201f1e51b897d1ad2e6b6c2cbf97e4. Acesso em: 21 maio 2019.

CAÇANDO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

CAÚLA, Bleine Queiroz; RODRIGUES, Francisco Lisboa. O Estado de Coisas Inconstitucional – transplante da Colômbia para o Brasil – uma interpretação análoga para o direito fundamental ao meio ambiente. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado; PENTINAT, Susana Borràs. (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 10. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018, p. 149-168. Disponível em: http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2018/04/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-VOL-10_EB.pdf. Acesso em: 20 mar. 2019.

CORTINA, Adela. **Las Fronteras de La Persona**. El Valor de los Animales, la Dignidad de los Humanos. Madrid: Taurus, 2009.

FEIJÓ, Anamaria. A Dignidade e o Animal Não-Humano. *In*: MOLINARO, Carlos Alberto *et al* (org.). **A Dignidade da Vida e os Direitos Fundamentais para além dos Humanos**: Uma discussão Necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 127-143.

FELIPE, Sônia T. Liberdade e Autonomia Prática: Fundamentação Ética da Proteção Constitucional dos Animais. *In*: MOLINARO, Carlos Alberto *et al* (org.). **A Dignidade da Vida e os Direitos Fundamentais para além dos Humanos**: Uma Discussão Necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 55-83.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Constituinte**: Assembleia, Processo, Poder. São Paulo: RT, 1985.

GORDILHO, Heron José de Santana. **Abolicionismo Animal**. Salvador: Evolução, 2018.

HABÈRLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang *et al* (org.). **Dimensões da Dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45-104.

JANOT, Rodrigo. ADI n. 227.175/2017. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador/BA, v. 12, n. 3, p. 175-202, set./dez. 2017. Disponível

em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/24399/15025>. Acesso em: 19 mar. 2019.

LEITE, André Olavo; CARMO, Valter Moura do. O Direito de Proteção da Natureza: em Nome de que Dignidade? *In*: CAÇANDO TRINDADE, Antônio Augusto; LEAL, César Barros (coord.). **Respeito à Dignidade da Pessoa Humana**. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2015. p. 43-61.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; BENÍCIO, Márcio. Análise da Decisão Judicial sobre a “Briga de Galos” (ADIN nº 1.856/2011). A Partir da Teoria Argumentativa de Neil MacCormick. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**, Salvador/BA, v. 10, n. 20, p. 37-58, set./dez. 2015. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/15296>. Acesso em: 05 abr. 2019.

LOURENÇO, Daniel Braga. **Direitos dos Animais**: fundamentação e novas perspectivas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana**. Curitiba: Juruá, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEYER, Michael. The simple dignity of sentient life: speciesism and human dignity. **Journal of Social Philosophy**, New York/NY, v. 32, n. 2, p. 115-126, Summer, 2001. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/0047-2786.00083>. Acesso em: 19 mar. 2019.

MORAES, Germana de Oliveira. Os Diálogos Das Nações Unidas “Harmonia com a Natureza” e a Proposta de Declaração Internacional dos Direitos da Mãe Terra. **Revista NOMOS**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 38.2, p. 687- 712, jul./dez. 2018. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/39899>. Acesso em: 05 maio 2019.

PADILHA, Norma Sueli. Compromisso Constitucional da Sustentabilidade Ambiental: Desafios de sua Concretização Frente à Necessidade de Revisão do Ensino Jurídico e Atualização dos Implementadores Judiciais da Normatividade Ambiental. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 730-766, jul./dez. 2011.

Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/2169/1770>.
Acesso em: 05 abr. 2019.

PEREZ, Jesus Gonzáles. **La Dignidad de la Persona**. Madrid: Civitas, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Violência, Segurança Pública e Sistema Prisional: uma visão desde a perspectiva dos Direitos Humanos

Violence, Public Security and Prison System:
a vision from the perspective of human rights

César Barros Leal

Doutor em Direito pela Universidade Nacional Autônoma do México; Pós-doutor em Estudos Latino-americanos (Faculdade de Ciências Políticas e Sociais da UNAM); Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Procurador do Estado do Ceará; Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC); Presidente do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.

Resumo: O autor, após referir diferentes teorias que buscam explicar os fatores da criminalidade, mostra diferentes rostos da violência e faz um estudo sobre as relações entre segurança e direitos humanos; em seguida, trata do papel da polícia e da sociedade neste âmbito; o artigo se debruça sobre o encarceramento em massa, inclusive de pessoas sem sentença, e suas consequências danosas, entre elas a vulneração dos direitos humanos dos encarcerados. Acrescenta o autor que uma política criminal não deve ser medida por leis mais severas ou mais punições; segurança pública e sistema prisional são, afinal, indissociáveis e constituem enormes desafios no mundo contemporâneo, no qual certos valores, como solidariedade, inclusão e paz, devem prevalecer.

Palavras-chave: Fatores da criminalidade. Violência Multiforme. Papel da Polícia. Encarceramento Massivo. Segurança Pública e Sistema Prisional.

Abstract: The author, after referring to different theories that try to explain the factors of the criminality, shows different faces of the violence and makes a study on the relations between security and human rights; then discusses the role of the police and society in this regard; the article focuses on the mass incarceration, including people without sentence, and its harmful consequences, among them the violation of the human rights of prisoners. The author adds that a criminal policy should not be measured by more severe laws or punishments; public security and prison system are, after all, inseparable and constitute enormous challenges in the contemporary world, in which certain values, such as solidarity, inclusion and peace, must prevail.

Keywords: Factors of crime. Multiform Violence. Police Role. Massive Incarceration. Public Security and Prison System.

Introdução

O crime consabidamente não pode ser explicado senão pela conjugação de diferentes fatores, descabendo cogitar-se de teses que apontem para uma predisposição absoluta ou um fator exclusivo apto a gerar a criminalidade (o que não invalida o estudo, sempre atual, das teorias psicológicas, tanto da psicanálise de Sigmund Freud quanto da psicologia individual de Adler, da teoria biotipológica, da lombrosiana, da endocrinológica, assim como das anomalias cromossômicas, dos gêmeos e das famílias criminosas). Tal como costumava afixar Freda Adler, criminóloga e educadora estadunidense,

referindo-se aos EUA, onde a explicação do comportamento criminoso tem sido dominada por teorias sociológicas, como a da anomia de Émile Durkheim, da subcultura de Albert Cohen, da associação diferencial de Sutherland, da oportunidade diferencial de Richard A. Cloward e Lloyd E. Ohlin, da sociedade criminógena de Pinatel ou da conduta desviada de Merton (e muitas outras que busquei entender e ensinar enquanto Professor de Criminologia³⁰⁹), nenhuma teoria sociológica esclarece, já foi dito, por que uma pessoa, nascida numa favela, pertencente a uma família desestruturada, vítima de abusos sexuais e tendo delinquentes como companhia regular, resiste à sedução do crime, enquanto outra, de classe média, moradora de um condomínio de luxo, dispara contra o Presidente de seu país.

É incontroversa a necessidade de um vasto estudo sobre os fatores exógenos, uma temática que interessa a todos nós, submetidos a uma violência inominada, que nos força a viver em permanente tensão (reféns do medo – desse medo do qual precisamente devemos ter medo, na lição de Franklin Delano Roosevelt, em sua posse como 32º Presidente dos Estados Unidos, em 1933 – ante um perigo cada vez mais próximo e assustador), instalando em nossos lares, quando a condição econômica nos autoriza, apetrechos os mais diversos de segurança. Com isso se nutre um negócio milionário, em permanente ascensão, que emprega hoje um contingente superior ao das forças policiais.

Houve um tempo em que podíamos caminhar despreocupados, pelos espaços públicos, no avançado da noite, sem receio de sermos vítimas de um agressor/ladrão. E quando isso se dava, raras vezes resultava em morte, o que se tornou corriqueiro e banal nos tempos atuais, tiranizados pela violência, pela insegurança.

Em Porto, onde ministrei aulas em janeiro deste ano de 2019, na Universidade Portucalense, no Pós-doutorado em Segurança, Políticas públicas e Sistema Carcerário, fiz uma homenagem à segurança perdida, neste século que pode

309 Ensina Antonio Sánchez Galindo, um dos mais respeitados penitenciarietas latino-americanos: “A maneira de síntese podemos dizer que a criminologia é a ciência sintética, causal, explicativa, natural e cultural, das condutas antissociais. Ou, inspirando-se nas ideias de Casanova em sua *Antropología Jurídica*, diremos que a criminologia é a ciência que tem por objeto o estudo da criminalidade e do homem antissocial, em todos seus aspectos, através do tempo e do espaço, de forma comparativa, com o fim de evitar ou intentar diminuir, atenuar ou prevenir o número e a importância das condutas socialmente nocivas” (*Luces y Sombras de la Prisión*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2017. p. 233).

ser qualificado como século do terror, potencializado pelo atentado de 11 de setembro de 2001. Em minhas aulas, assinalo também que a criminalidade, serpente de muitas cabeças, como a Hidra de Lerna, da mitologia grega (cujas cabeças se regeneravam sempre quando eram cortadas), é particularmente agravada pelo domínio das drogas, o mais letal dos males (posto que “os elevados lucros e o poder derivado de sua obtenção lhe proporcionam a mais firme plataforma de apoio ao crime organizado”³¹⁰). Da maconha ao *crack* e às anfetaminas, para citar algumas de um leque que se renova com incrível rapidez, as drogas se disseminam por todos os segmentos da sociedade, enquanto os assaltos, os estupros e os assassinatos se multiplicam. E as balas perdidas ceifam inocentes, numa espiral que parece não ter limites.

1 Os múltiplos rostos da violência

A violência, que na América Latina está entre as mais altas do mundo, com índices inferiores somente aos da África subsaariana, e que se banaliza com a coisificação do homem, é multifacetada e se traduz, verbigracia, na agressão da mulher por seu esposo ou companheiro; no padrasto que estupra a enteada de tenra idade; no latrocida que destrói uma vida em troca de um celular; no jovem que sofre *bullying* na escola; no assédio do atleta pelo médico da equipe de ginástica; nos filhos que permanecem anos em cárcere privado; no policial que espanca, tortura, simula autodefesa e integra grupos de extermínio. Infundáveis, com certeza, são as formas de violência física, moral, psicológica, sexual, racial, econômica e religiosa; é como se o mal se despiesse por inteiro, sem qualquer pudor, revelando-se em sua obscenidade e crueza infinitas.

Ubíqua, a violência se manifesta às escâncaras, a céu aberto, livre, ou entre paredes (do recesso familiar às fábricas e universidades): nas avenidas, nas praças, nas estradas (onde o trânsito aniquila milhares de vidas), nos estádios de futebol, nos presídios (operando acima de sua capacidade), nas instituições que acolhem adolescentes infratores, nas creches e nos abrigos de idosos, em todas as partes enfim, máxime nas grandes metrópoles, à cuja concentração populacional se unem as agruras do contato entre setores profundamente desiguais.

310 SANTELICES, Armando Campos. **Violência Social**. San José, Costa Rica: EUNED – Universidade Estatal à Distância e ILANUD, 2010. p. 78.

Os índices de violência atualizados, em nosso país, podem ser vistos no “Atlas da Violência”, lançado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), uma fundação pública federal vinculada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. O assassinato brutal da vereadora Marielle Franco, de 38 anos, em março de 2018, expõe essa barbárie que nos deixa atônitos e revoltados. Fazendo uso de suas próprias palavras, a propósito da morte de um jovem, de nome Matheus Melo, trucidado quando saía de uma igreja: “Quanto mais vão precisar morrer para que essa guerra acabe?”

Outra forma de violência/criminalidade, aquela praticada por criminosos de terno e gravata, empresários, governantes e políticos corruptos, agindo de modo isolado em grupo, tomou vulto (ou se fez mais evidente) nas últimas décadas, surpreendendo pelo grau de organização e desfaçatez e pelas pessoas envolvidas.

Ao discorrer sobre “Prevenção Criminal, Segurança Pública e Administração da Justiça”, no livro sob o mesmo nome, do qual fui coautor e organizador, afirmei: Na outra ponta, no contexto de uma violência menos visível, silenciosa, responsável por prejuízos incalculáveis ao erário e à sociedade, muito superior à soma de milhares de pequenos ilícitos, os criminosos de colarinho branco dão desfalques milionários, sonegam impostos, efetuam falências e concordatas ardilosas, pactuam licitações fraudulentas, burlam a Previdência, branqueiam dinheiro do tráfico de drogas, praticam a grilagem, malversam o dinheiro público com obras inacabadas, superfaturam compras milionárias, enriquecem ilicitamente no exercício de mandatos eletivos e/ou remetem os lucros de sua atividade corrupta para paraísos fiscais.³¹¹

O que dizer por igual da violência manifestada no aviltamento da vida nas cidades, na concentração fundiária, na marginalização social, na miséria (que não causa, mas potencializa o crime) em que vivem milhões de pessoas (iludidas com programas assistencialistas de cunho político e eleitoreiro), no desemprego, no subemprego, na ineptidão dos cuidados com a saúde e na falta de educação básica, entre outros tantos males que as afligem?

311 BARROS LEAL, César Oliveira de. **Prevenção Criminal, Segurança Pública e Administração da Justiça: Uma Visão do Presente e do Futuro**. Fortaleza: Banco do Nordeste e IBDH, 2006. p. 22.

2 A Segurança Pública e os Direitos Humanos

Os dramas nascidos da criminalidade e da insegurança são utilizados político-ideologicamente pelos arautos da criação de novas figuras delitivas e da severização das sanções penais, críticos acerbos dos direitos humanos que personalizam de maneira grotesca. Quem não escutou frases, pronunciadas por pessoas de diferentes extratos sociais, como: O que têm a dizer sobre isso os direitos humanos? Onde estão/estavam os direitos humanos? Só existem para bandidos, para marginais? Por que não defendem a pena de morte? Disparates como esses, cometidos em rodas de conversação, com foros de verdade, fomentam a desinformação, o preconceito e o estigma.

Leio mensagens que chegam com regularidade ao *site* do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (IBDH), do qual sou presidente. Algumas são encaminhadas por quem encara a violência e a segurança pública como temas eminentemente penais e embutem/transbordam intolerância, rancor e revolta contra os direitos humanos e seus defensores (cresce o contingente dos que, nessa condição, são vítimas de crimes de ódio), responsáveis, na visão zarolha e estereotipada de seus remetentes, pela resistência às ondas de mão dura, à detenção massiva (Inflação carcerária), à criação de novos tipos penais, à implantação da pena capital e a outras propostas de natureza similar que julgam indispensáveis frente ao delito. Triste engano que se reinventa toda vez que um crime grave, de grande repercussão midiática, desperta a primitiva sede de vingança por parte de uma sociedade descrente em suas instituições e na aplicação da justiça.

Entre meus leitores, acaso algum supõe que a política correta seja a tolerância zero (segundo a qual se deve castigar severamente, sem flexibilidade. qualquer infração legal, grave ou não), assentada na teoria das janelas quebradas?

No ano de 1969, Phillip Zimbardo, um psicólogo da Universidade de Stanford, deixou abandonado um carro sem placas no conflitivo Bronx de Nova Iorque e outro, da mesma cor e modelo, no pacífico bairro de Palo Alto, na Califórnia. Em apenas algumas horas o carro estacionado no Bronx havia perdido pneus, motor, rádio e espelhos. Um dia depois os assentos haviam sido destroçados a navalhadas. O automóvel de Palo Alto, ao contrário, permaneceu intacto uma semana e sua destruição não começou senão quando o próprio Zimbardo lhe

quebrou uma janela a marteladas. A partir daí já não era de ninguém e num par de dias teve a mesma sorte que o do Bronx.

James Q. Wilson e George L. Kelling destacaram a moral treze anos depois, em um artigo hoje famoso sobre a importância das janelas quebradas (*Broken Windows*, Atlantic Monthly, março, 1982). Se o vidro da janela de um edifício estiver quebrado e ninguém o reparar, logo estarão quebrados os vidros das demais. A razão, explicam, é que o descuido indica que a ninguém importa. A criminalidade tem em certo sentido uma origem semelhante, já que floresce nos bairros nos quais imperam o desinteresse, a desordem, o lixo, o descuido. Começa por uma janela quebrada e termina em crimes muito sérios³¹².

Ou uma das respostas seria algo semelhante à Lei dos Três Golpes, *Three Strike Law* (no caso de que o réu tenha duas condenações anteriores, deve, pelo próximo delito, ser condenado a 25 anos de reclusão ou pena perpétua), vigente em grande parte dos Estados Unidos, com suas falsas percepções de segurança e altíssimas cifras de envolvidos com a justiça penal, indicativos de uma política que tem exibido, mais recentemente, sinais de enfraquecimento?

Bastante se escreveu sobre esta questão, sempre atual. Alguns pontos (*doses*) devem ser levados em conta na América Latina não só para os programas de política penitenciária, senão também para os de política criminal, com ênfase na prevenção do delito: “a) doses prudentes de justiça penal de excelência, realmente justa, severa nos casos em que corresponda, transparente e distribuída sem impunidade. Isto inclui um uso prudente da prisão, e uma prisão adequada ao modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas; b) doses prudentes de prevenção situacional do delito (controles dos aeroportos, adequada iluminação em determinados lugares, mapeamento do delito, adequada distribuição de efetivos policiais, etcétera); c) doses prudentes de prevenção municipal do delito, com participação das comunidades. Sobre isto há valiosas experiências na América Latina e nos países do Fórum Europeu para a Segurança Urbana; d) controle de variáveis específicas: armas de

312 HARRELL, Rafael Ruiz. *La Ciudad y el Crimen*: Lo Mejor de Rafael Ruiz Harrell, seleção de Alejandro Porte Petit. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010, p. 231-232.

fogo, drogas; e) doses inesgotáveis de justiça social, até lograr uma equitativa distribuição das rendas e o bem-estar em sociedades sem exclusão social”³¹³.

Em muitos congressos internacionais, tenho observado uma mudança de atitudes e a procura de consolidar uma atuação proativa (especialmente em relação a grupos vulneráveis e áreas de risco, através do enfrentamento das desigualdades sociais e econômicas) e uma cultura de valorização da prevenção social, além do respeito incondicionado à lei e aos direitos humanos, algo basilar em políticas públicas coerentes com as garantias constitucionais.

Na Declaração de Doha (13º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção Criminal e Justiça Penal), assim como na reunião preparatória (Santiago de Chile, 5-7 de fevereiro, onde estive presente, como membro da delegação do ILANUD), do 14º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Justiça Penal (Tóquio, 20-27 de abril de 2020), deu-se destaque ao enfrentamento das desigualdades sociais ante a percepção de sua estreita relação com a violência e de sua influência negativa na eficácia e na acessibilidade das instituições de justiça penal³¹⁴.

Tenha-se em conta que direitos humanos e segurança pública não são palavras discrepantes nem antinômicas, visto que ambas olham o indivíduo, sem importar suas características/circunstâncias particulares. Terêncio,

313 CARRANZA, Elías. *Cárcel y Justicia Penal: El Modelo de Derechos y Deberes de las Naciones Unidas*. In: **Seminario Sistemas Penitenciarios y Derechos Humanos**. Memorias del Seminario celebrado en la Ciudad de México en abril de 2007. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal e Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 2007, p. 34-35.

314 Estive em diversos Congressos das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Justiça Penal (Viena, Bangkok, Doha), uma experiência exuberante para os estudiosos das ciências criminais. Sobre eles: “Os Congressos que têm celebrado as Nações Unidas são fóruns abertos de discussão onde confluem participantes dos Estados Membros, expertos de todo o mundo vinculados a estes temas, assim como organizações civis e instituições educativas. Neles se fazem reflexões, se ministram cursos, se organizam oficinas e se detectam prioridades. Derivados desses congressos, os esforços das Nações Unidas para estabelecer regras e normas têm dado frutos sem precedentes, elaborando ideias e diretrizes e criando estândares. Estes Congressos se realizam cada cinco anos e indubitavelmente têm impactado as políticas públicas de justiça penal, assim como os procedimentos e as práticas profissionais em todo o mundo, incluindo as relativas às vítimas do delito e do abuso do poder. Os congressos se têm realizado sem interrupções faz 55 anos. As Declarações adotadas nos congressos são transmitidas através do EDOSOC à Assembleia Geral para sua aprovação.” (MALVIDO, María de la Luz Lima. **Buenas Prácticas en Prevención del Delito y Justicia Penal de México**. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2015, pp. XI y XII).

dramaturgo e poeta romano, que viveu antes de Cristo, já alertava: “Sou homem, nada do que é humano me é indiferente”.

Conquanto, nos termos da Carta Magna, a dignidade humana seja um dos fundamentos da República federativa e a segurança pública (art. 14) consista num dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, a ser exercido para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, persistem contrastes sociais que não ensejam a uma imensa parcela da população viver de forma digna e fruir os benefícios do progresso econômico-tecnológico, o que se alia à insegurança urbana, alimentada pelos altos índices de crimes violentos, a par de uma impunidade³¹⁵ generalizada que dilata, em todas as camadas sociais, a descrença na lei, na polícia e na justiça³¹⁶, as duas últimas em constante tensão.

Para o constitucionalista José Afonso da Silva, não basta a liberdade formalmente reconhecida, porquanto a dignidade da pessoa humana, “como fundamento do Estado Democrático de Direito, reclama condições mínimas de existência, *existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica*. É de lembrar que constitui um desrespeito à dignidade da pessoa humana um sistema de profundas e indecentes desigualdades, uma ordem econômica em que inumeráveis homens e mulheres são torturados pela fome, crianças vivem na inanição, a ponto de milhares morrerem em tenra idade. Não é concebível uma vida com dignidade entre a fome, a miséria e a incultura, pois a liberdade humana com frequência se debilita quando o

315 A demanda social por maior castigo “se baseia na percepção de que os delitos estão aumentando e que a impunidade cresce, somada à sensação de que a ordem social está sendo ameaçada e que não há castigo frente a estas ações. Reaparecem então a penalidade e o controle como instrumentos propícios para manter a responsabilidade nas instituições da justiça criminal, assumindo que é um problema que pertence principalmente a essa órbita de ação.” (BASOMBRI, Carlos; DAMMERT, Lucia. **Seguridad y Populismo Punitivo en América Latina: Lecciones Corroboradas, Constataciones Novedosas y Temas Emergentes**. Wilson Center, Latin American Program, disponível na *web*.)

316 A indignação ante os níveis de impunidade, somada a outros fatores como densidade populacional, pobreza, carência de serviços básicos e exacerbação dos conflitos sociais, tem feito crescer, em diferentes países da América Latina, os índices de violência coletiva, de linchamento. No México, onde estive em outubro de 2018, houve uma elevação dos linchamentos na ordem de 512 por cento nos últimos cinco anos, segundo dados do jornal Excelsior, de 16.10.2018. Um fato que agudiza o fenômeno: os linchadores dificilmente são punidos.

homem cai na extrema necessidade, pois a igualdade e a dignidade da pessoa exigem que se chegue a uma situação social mais humana e mais justa”³¹⁷.

É inadmissível pensar num projeto de sociedade que contemple o binômio segurança-direitos humanos sem fazer frente aos desafios impostos pelos fatores que geram desigualdade (os miseráveis são credores de uma enorme dívida social), bem como pela infância abandonada, pelo consumo e tráfico de drogas (sintéticas ou não) e pela lentidão na administração da justiça. Isso nos faz inferir que a violência não se confronta meramente através de medidas de vigilância e repressivas (com o emprego ou não das forças armadas, uma discussão que emerge de vez em quando), de antagonismo à micro e à macro delinquência, mas, por igual, num sistema integrado, com pautas sociais de inclusão, sendo impossível uma comunidade segura, estável, sem que se ofereçam *erga omnes* as condições elementares de vida, bem-estar e paz pública. De outro modo inexistiria sentido para o próprio Estado.

3 O papel da Polícia e da Sociedade

Quando de segurança pública se cuida, há que perquirir também sobre a polícia que temos e queremos nos dias atuais: Qual a porcentagem necessária de policiais estaduais (civis e militares) e federais? Qual modelo é o mais conveniente? Quais os limites da atividade policial? Qual a relevância da integração das polícias, de uma legislação adequada e de uma otimização material e humana? Deve a polícia ter, além de uma função repressiva e investigativa (a inteligência haveria de ser aperfeiçoada, à luz da opinião uníssona dos especialistas em segurança pública) ou lhe caberia um papel relevante na prevenção e mediação dos conflitos, como sucede em outras latitudes?

Recordo, por sua pertinência, trecho de uma publicação do Partido Ação Nacional (PAN), um dos três principais partidos mexicanos, do qual provieram os presidentes Vicente Fox (2000-2006) e Felipe Calderón Hinojosa (2006-2012): Mais do que um policial reativo e repressivo, precisamos de um policial capaz de atuar proativamente no seio da comunidade a que serve: que

317 SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 222 p. 89-94, abr./jun. 1998. p. 93.

esteja capacitado não apenas para detectar os problemas senão também para agir como árbitro ou mediador quando assim se requeira ³¹⁸.

Afinal, tal como afirmei no painel Prevenção e Repressão à Criminalidade, que integrou a agenda do Simpósio Internacional de Combate à Corrupção – Investigação Criminal: Eficiência e Garantia dos Direitos Fundamentais, realizado em Fortaleza, Ceará, nos dias 5 e 6 de setembro de 2018, organizado pela Polícia Federal, prevenção e repressão são peças essenciais no tabuleiro de xadrez de uma política criminal que, insuficiente ou não, se reclama num território onde predominam a violência e a insegurança.

Lembro-me de um livro imperdível, “El Sentimiento de Inseguridad: Sociología del Temor al Delito”, de Gabriel Kessler, onde o autor afirma que “a insegurança é uma seção cotidiana nos noticiários; a profusão de imagens, a câmara no lugar do fato, a atualização constante do delito nos diários *on line* vão enfiando una trama sem fim de situações, dados e notícias. A preocupação já não parece ser apenas das grandes urbes; pequenas e médias cidades já não estariam à margem do que é qualificado como um flagelo. A insegurança passou a ser um problema público nacional: cada lugar pode assinalar seus ‘focos perigosos’, amalgamando, de forma escandalosamente estigmatizante em certos meios de comunicação, determinados assentamentos precários com delinquência”³¹⁹.

Neste contexto, a inquietude ante a insegurança só cobrar a ação da polícia e um rigor maior em sua seleção e treinamento, assim como a oferta de melhores salários; por outro lado, busca-se conter os abusos por ela cometidos em nome de uma política de (super)mão dura.

Já se disse que não queremos policiais a estimularem o conflito ou a prisão, a comemorarem os números de detenção; queremos os que combatam o crime com competência e seriedade, mas que se antecipem igualmente aos criminosos e saibam orientar as comunidades a impedir suja atuação; queremos policiais que sejam receptivos e façam um trabalho eficaz e de proximidade; não queremos os que sintam saudade dos períodos de arbítrio e sejam adeptos da prisão sem ordem judicial ou da conivência com a tortura,

318 PARTIDO ACCIÓN NACIONAL. **El Partido Acción Nacional: Frente a la Seguridad Ciudadana, la Justicia y los Derechos Humanos.** México: Asamblea Legislativa do Distrito Federal, 2002. p. 57.

319 KESSLER, Gabriel. **El Sentimiento de Inseguridad: Sociología del Temor al Delito.** Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2009, p. 13.

física e psicológica; o que almejamos é formar policiais que valorizem a justiça e a democracia (na opinião de Lord Brice, a fórmula que compreenda todos os tipos de democracia ainda está por ser encontrada, conforme nos lembrou A. Almeida Júnior em “Os Três Pilares da Democracia”, discurso pronunciado para advogados em São Paulo, em 1945). Falo da democracia que, embora não alcance os padrões que queiramos, demanda ingredientes essenciais como liberdades fundamentais, inserção, bem-viver, participação e autoridade. Seria muito? Claro que não; a receita é mais extensa, até porque insere um modelo novo de gestão de segurança pública, que atente para a comunidade (com a qual deve manter e avigorar laços), a ordem pública e a paz social.

O envolvimento da sociedade, de diferentes formas (organizações não-governamentais, comitês de vizinhança, cidades mais seguras), se cobra no moderno conceito de segurança pública e cidadania, com responsabilidade social. Não se pode prescindir da presença firme e solidária dos que aspiram a participar da definição e no monitoramento das políticas públicas, na implementação de programas, práticas e estratégias, conscientes de que a omissão tem, a um longo prazo, um custo exorbitante.

Com a palavra os tenentes coronéis Claudete Lehmkuhl e Luis Roberto de Carlos, autores do artigo “Polícia Contemporânea – Nova Forma de se Pensar e Fazer Segurança Pública”:

Entendemos que a prevenção da criminalidade e o controle da violência dependem de um conjunto de esforços e de integração de diversos órgãos, devendo estes passar a atuar de forma preventiva. A participação da sociedade é indispensável. Cada cidadão tem papel importante nessa prevenção, devendo, de forma organizada, lutar por políticas públicas que elevem a qualidade de vida, por leis mais consentâneas com a realidade atual e pela recuperação de valores fundamentais, hoje tão esquecidos, devido ao individualismo exacerbado, à banalização da violência, à desagregação familiar e ao consumismo desenfreado³²⁰.

320 LEHMKUHL, Claudete; CARLOS, Luís Roberto de. **Polícia Contemporânea – Nova Forma de se Pensar e Fazer Segurança Pública**. Disponível em: <http://www.feneme.org.br/pagina/1000/policia-contemporanea---nova-forma-de-se-pensar-e-fazer-seguranca-publica>. Acesso em: 10 maio 2019.

Algumas linhas depois:

Ter o cidadão como referência para a definição das ações de segurança pública torna as coisas menos simplistas e aumenta o compromisso de todos com a questão. Para tanto, em primeiro lugar, precisamos envolver os cidadãos e suas organizações enquanto sujeitos na definição e construção das ações de segurança pública. Sem o protagonismo da população moradora das áreas de maior ocorrência da violência – seja como vítimas ou causadores da violência – quaisquer alterações que sejam feitas restam limitadas à materialidade e não produzem as transformações subjetivas, necessárias ao convívio cidadão. Com a participação proativa dos grupos sociais mais vulneráveis como protagonistas nas ações de segurança pública se está investindo na construção do capital social e restabelecendo a confiança do cidadão na capacidade de políticas públicas sustentáveis. Esta estratégia tem o potencial para influir diretamente sobre os problemas de segurança local, assim como para captar maior atenção da comunidade que se sente parte do problema e de suas soluções.

A participação e o compromisso crítico com a Segurança Pública passam longe das manifestações do tipo *basta de violência*, ou *queremos justiça* que estamos – infelizmente – acostumados a ver. Significam um mergulho na raiz da questão, recriando as condições para o desenvolvimento da nova cultura da convivência. O investimento deve incidir nas ameaças à segurança das pessoas provenientes da violência e em particular da violência cotidiana, a que surge no interior da família e do bairro. Os cidadãos e cidadãs, as crianças e adolescentes sofrem com ela, como resultado de situações de risco ou das atividades de organizações criminais associadas a delitos de maior complexidade e que podem ser prevenidos ou enfrentados com políticas integrais.

Para que os grupos sociais mais vulnerabilizados tenham aumentado seu compromisso com a coletividade e, por conseguinte, contribuam com a Segurança Pública é indispensável que o Estado assuma de forma clara e eficiente as políticas públicas garantidoras dos Direitos Sociais estabelecidos na legislação. Sem que isso ocorra permanece a animosidade construída historicamente. Dada a enorme distância entre aqueles que gozam das melhores condições de vida possíveis e

a maioria, que está aquém do patamar mínimo estabelecido pelas leis, o Estado, que por muito tempo mostrou-se omissivo a essa defasagem, aparece como adversário desta parcela da população³²¹.

Elías Neuman, eminente criminólogo e vitimólogo argentino, autor de obras de inextinguível valor como “Prisión Abierta” e “El Estado Penal y la Prisión-Muerte”, dizia que não se pode falar de segurança sem redefinir, no campo jurídico e social, a pessoa humana. Ele costumava contar a história do pai que deu a seu filho um quebra-cabeça com o *mapa mundi*; a criança o montou sem dificuldades e o pai, surpreso, lhe perguntou como o fizera. Ele respondeu que havia percebido a existência no verso do quebra-cabeça da figura de um homem e, por essa razão, a fim de montar o mundo, o que singelamente fez foi montar o homem.

4 O encarceramento massivo e seus efeitos adversos

Na América Latina se situam muitas das 50 cidades mais violentas do planeta, sendo os números 1 e 2 deste *ranking* (2017) Los Cabos (México) e Caracas (Venezuela), consoante os relatórios periódicos do Conselho Cidadão para a Segurança Pública e a Justiça Penal (organização mexicana da sociedade civil, surgida em julho de 2002 e que se apresenta como apartidária, laica e independente). Brasil, por exemplo, está em quarto lugar no nível global de encarceramento, com mais de 650.000 reclusos, conforme o sistema GeoPresídios do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), atrás dos Estados Unidos, China e Rússia, e seria alçado ao terceiro posto na hipótese de que fossem incluídas nesta conta as prisões domiciliares e, mais, se milhares de mandados de prisão fossem cumpridos (as cifras são tipicamente brasileiras:

321 LEHMKUHL, Claudete; CARLOS, Luís Roberto de. **Polícia Contemporânea** – Nova Forma de se Pensar e Fazer Segurança Pública. Disponível em: <http://www.feneme.org.br/pagina/1000/policia-contemporanea---nova-forma-de-se-pensar-e-fazer-seguranca-publica>. Acesso em: 10 maio 2019. Os autores destacam, nas conclusões: “alguns pontos relevantes para a implantação e implementação de estratégias essenciais à construção desta nova visão de segurança pública: atuação proativa em detrimento de uma ação reativa; participação comunitária, principalmente de suas lideranças nas ações desenvolvidas pela corporação; atenção voltada para o cidadão tendo por protagonista as comunidades de maior vulnerabilidade social; capacitação de efetivos policiais sob este novo prisma; visão sistêmica de Segurança Pública; integração dos órgãos governamentais, ao nível federal, estadual e municipal.”

fala-se de 300, 400 e 500 mil, ou seja, uma cifra não confiável, mas que nos adverte: seu cumprimento abriria as portas do inferno).

Os centros carcerários, de ordinário saturados, abrigam milhares de presos não condenados, os quais, sem o usufruto do princípio da presunção da inocência³²², aguardam um julgamento que pode arrastar-se por anos e terminar por absolvê-los ou condená-los por um tempo inferior ao da custódia provisória.

Nesses porões nauseabundos da justiça criminal em que se transmudou grande parte de nossas prisões, segregacionistas, promíscuas, dominadas por facções, presos em sua quase totalidade pobres, incapazes de pagarem um advogado que faça viventes seus direitos vigentes (a defensoria pública, não obstante sua excelência, é afetada pela insuficiência numérica), são privados de sua segurança (sua vida “é uma luta diária pela sobrevivência”³²³), de sua identidade social, de sua privacidade, enfim de sua dignidade, um valor histórico-social, um cânone constitucional que jamais deve ser relativizado e que Immanuel Kant assim definiu, na segunda versão de seu imperativo categórico: “Atua de tal maneira que a humanidade em ti e nos outros não seja nunca um meio senão sempre o fim mais elevado.”

Em deplorável coabitação com delinquentes contumazes, reincidentes empedernidos (alguns, há quem o afirme e deles não discordo, seriam irre recuperáveis, terminais), são jogados em ambientes que deveriam proteger sua integridade e promover sua reabilitação, já que a tarefa de ressocializá-los e/ou reinseri-los na sociedade é um dos fins declarados e primordiais da própria pena.

322 Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa (Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 11). Presos condenados têm presunção de inocência e devem ser tratados como inocentes (Regra 111, 2 de Mandela).

323 Em ILANUD; PRI; IIDH. **Uma Resposta às Metas Atuais para os Direitos Humanos dos Centros de Prisão e Detenção das Américas**. Projeto de uma Declaração Interamericana sobre os Direitos e a Atenção das Pessoas Privadas de Liberdade. San José, Costa Rica: Instituto Latino-americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, PRI - Penal Reform International e Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 2001. p. 20.

Considerações finais

Em diversas ocasiões tenho enfatizado que inexistente uma pedra filosofal, uma solução mágica para a violência, sendo esta refreada não somente por meio de medidas repressivas, senão também de ações e políticas públicas preventivas, entre as quais se incluem as reformas das leis penais, processuais penais e de execução da pena, assim como o fortalecimento das Defensorias Públicas (Capítulo XVI), do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Uma política criminal, com planejamento a curto, médio e longo prazo, não pode ser fragmentada e deve estar atenta a todas as vertentes, assim como aos princípios democráticos e aos direitos humanos. No Estado democrático de direito, “vai dirigida a diminuir até níveis toleráveis as cifras de criminalidade, porém não pretende apagar todo vestígio da presença do delito. Pois seu objetivo não é transcendental como no Estado totalitário (criar seu império, manter a pureza da raça, acabar com todo vestígio da burguesia, alcançar os fins do Corão etc.), que justificava, desde diferentes óticas, a necessidade de esmagar o sujeito delincente. No Estado democrático se persegue que todos os cidadãos (na medida do possível) convivam pacificamente e em liberdade, cobrindo suas necessidades materiais e culturais para que toda pessoa possa gozar de sua própria dignidade humana. A luta contra o crime não pode ser empreendida à custa do sacrifício das liberdades e garantias do cidadão, pois o respeito aos direitos fundamentais constitui um de seus princípios de caráter irrenunciável. Por isso sua política criminal é mais difícil de levar a cabo, pois tem que se guiar por um cuidadoso equilíbrio entre a necessária manutenção de alguns mínimos em matéria de Segurança cidadã e o escrupuloso respeito aos direitos humanos de todos os indivíduos, incluídos os delinquentes³²⁴.

Uma política criminal não é medida por mais prisões, mais punições, mais policiais e leis mais severas³²⁵; ela é fundamentalmente uma política social e,

324 JIMÉNEZ, Emiliano Borja. **Curso de Política Criminal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 24-25.

325 Consoante Blackwell, historiador e diplomata, “a solução ao problema de insegurança na região não reside em implementar mais medidas de segurança, mais policiais, mais tropas, ou leis mais fortes contra o delito, senão uma segurança mais inteligente e mais eficaz em um sistema que conte com instituições fortes, transparentes, colaborativas, e uma cultura de respeito ao estado de direito.”. BASOMBRIÓ, Carlos; COLÓN-ROSARIO, Verónica; ZAINO, Christine. Opciones para Mejorar la Seguridad Ciudadana y Responder a la Violencia Juvenil en Centro América. **Woodrow Wilson Center update on the Americas**, Wilson Center, Latin American Program, march 2013.

para ser de pleno eficaz, deve voltar-se também para a economia, a educação e a saúde. Prioridade e estratégia são palavras chave neste processo, e exigem, para sua concretude, um investimento planejado e massivo, material e humano. No *cas d'espèce*, não há nem deveria haver espaço para amadores, posto que crucial para assegurar os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Uma verdade se impõe quanto aos centros penais: eles tendem a ser indissociáveis de qualquer debate/programa que concerna à segurança pública (em palestra ministrada em Belo Horizonte, na década de 90, aduzi que “a segurança e o sistema presidial representam desafios únicos da contemporaneidade; são duas questões relacionadas entre si e que, portanto, não podem ser analisadas de modo estanque”), nomeadamente em decorrência da ação contínua e desvoluta das facções, que se digladiam à cata de afirmação de poder (e praticam, nessa luta insana, toda sorte de extorsões e barbaridades), tendo há muito tempo transposto os limites físicos das unidades, transformadas em quartéis gerais do crime, a partir dos quais seus líderes arrecadam mensalidades de seus membros (aprisionados ou não), fazem ameaças, ditam ordens que atemorizam a coletividade (com realce a alguns residentes em áreas da periferia obrigados a abandonar suas casas), controlam a mais danosa vertente do crime organizado, o tráfico de drogas (local, nacional e internacional), organizam roubo de cargas, assaltos a caixas eletrônicos (que explodem amiúde, ante a ausência, entre outras coisas, de controle da venda de explosivos) e ordenam o assassinato de policiais.

Há que perseguir um novo paradigma, em que os termos *solidariedade, inclusão, paz e direitos humanos*³²⁶ não sejam empregados por quem está a

p. 9. Disponível em: https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Seguridad%20Ciudadana_Violencia%20Juvenil.pdf. Acesso em: 11 maio 2019.

326 Os direitos humanos “amparam a todos os indivíduos sob o princípio de igualdade e não discriminação. Este princípio figura no fundamento da ordem pública nacional e internacional e forma parte do denominado *jus cogens*, ou seja, possui caráter imperativo e determina as ações do Estado e o reconhecimento e exercício dos direitos e das liberdades dos indivíduos.” (RAMÍREZ, Sergio García; BREÑA, Laura Martínez. **Presos y Prisiones: El Sistema Penitenciario desde la Perspectiva de los Derechos Humanos**. México: Universidade Nacional Autónoma do México, Porrúa e Programa Universitario de Derechos Humanos – PUDH, 2014, p. 7) Os mesmos autores acrescentam adiante: “...o Estado participa no que se denomina a ‘garantia coletiva’ dos direitos humanos. Neste sentido, é garante da observância de tais direitos, ao lado de outros Estados vinculados por acordos dessa matéria. Desde o momento em que a comunidade internacional resolve reconhecer extensamente a condição do indivíduo como titular de direitos que devem ser atendidos por aquela comunidade, à luz de costumes, pactos ou tratados, os Estados ingressam

serviço de causas outras, menos legítimas e menos nobres. É vital ter a compreensão de que esses valores/ideais se conquistam com nossa participação, nosso pacto com o desenvolvimento focado no homem. Só assim estaremos aptos a armar um mundo em que o homem resgate sua verdadeira dimensão.

Referências

BARROS LEAL, César Oliveira de. **Prevenção Criminal, Segurança Pública e Administração da Justiça: Uma Visão do Presente e do Futuro**. Fortaleza: Banco do Nordeste e IBDH, 2006.

BASOMBRI, Carlos; COLÓN-ROSARIO, Verónica; ZAINO, Christine. Opciones para Mejorar la Seguridad Ciudadana y Responder a la Violencia Juvenil en Centro América. Woodrow Wilson Center update on the Americas, Wilson Center, Latin American Program, march 2013. Disponível em: https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Seguridad%20Ciudadana_Violencia%20Juvenil.pdf. Acesso em: 11 maio 2019.

CARRANZA, Elías. Cárcel y Justicia Penal: El Modelo de Derechos y Deberes de las Naciones Unidas. *In: Seminario Sistemas Penitenciarios y Derechos Humanos*. Memorias del Seminario celebrado en la Ciudad de México en abril de 2007. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal e Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 2007.

GALINDO, Antonio Sánchez. **Luces y Sombras de la Prisión**. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2017.

HARRELL, Rafael Ruiz. **La Ciudad y el Crimen: Lo Mejor de Rafael Ruiz Harrell, seleção de Alejandro Porte Petit**. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010.

no regime de garantia coletiva... O anterior permite advertir o amplíssimo alcance dos deveres do Estado como garante dos direitos, e justifica o tratamento que damos a este assunto no corpo do presente estudo, ao examinar, sob diversos aspectos, os direitos dos reclusos e os (consequentes) deveres do Estado..." (Idem, p. 16-17).

ILANUD; PRI; IIDH. **Uma Resposta às Metas Atuais para os Direitos Humanos dos Centros de Prisão e Detenção das Américas**. Projeto de uma Declaração Interamericana sobre os Direitos e a Atenção das Pessoas Privadas de Liberdade. San José, Costa Rica: ILANUD - Instituto Latino-americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente; PRI - Penal Reform International; IIDH - Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 2001.

JIMÉNEZ, Emiliano Borja. **Curso de Política Criminal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

KESSLER, Gabriel. **El Sentimiento de Inseguridad: Sociología del Temor al Delito**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2009.

LEHMKUHL, Claudete; CARLOS, Luís Roberto de. **Polícia Contemporânea – Nova Forma de se Pensar e Fazer Segurança Pública**. Disponível em: <http://www.feneme.org.br/pagina/1000/policia-contemporanea---nova-forma-de-se-pensar-e-fazer-seguranca-publica>. Acesso em: 10 maio 2019.

MALVIDO, María de la Luz Lima. **Buenas Prácticas en Prevención del Delito y Justicia Penal de México**. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2015.

PARTIDO ACCIÓN NACIONAL. **El Partido Acción Nacional: Frente a la Seguridad Ciudadana, la Justicia y los Derechos Humanos**. México: Asamblea Legislativa do Distrito Federal, 2002.

RAMÍREZ, Sergio García; BREÑA, Laura Martínez. **Presos y Prisiones: El Sistema Penitenciario desde la Perspectiva de los Derechos Humanos**. México: Universidade Nacional Autónoma do México, Porrúa e Programa Universitário de Direitos Humanos – PUDH, 2014.

SANTELICES, Armando Campos. **Violencia Social**. San José, Costa Rica: EUNED – Universidade Estatal à Distância e ILANUD, 2010.

SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 222 p. 89-94, abr./jun. 1998.

A Tecnologia Assistiva como instrumento de garantia do direito à educação às pessoas com deficiência

Assistive Technology as instrument to assurance of the right to education for people with disabilities

Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier

Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD-UFSC), credenciado na Área de Concentração Direito, Estado e Sociedade, nas linhas de pesquisa Direito Privado, Processo e Sociedade de Informação e Constitucionalismo; Democracia e Organização do Estado. Professor Adjunto no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (CCJ-UFSC), no curso de Direito. Coordenador do Observatório de Direitos da Personalidade e Inovação (ODPI).

Gabriele Aparecida de Souza e Souza

Mestranda em Direito, Estado e Sociedade pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD-UFSC).

Resumo: O presente artigo propõe tratar da chamada “tecnologia assistiva”, “tecnologia de assistência”, “tecnologia de apoio” ou, simplesmente, “TA”. Nele, objetiva-se abordar a relação entre as pessoas com deficiência e a tecnologia e evidenciar a relevância, e, talvez, imprescindibilidade do uso de recursos tecnológicos para garantir a essas pessoas um direito que lhe é fundamental: o direito à educação. Também, deseja-se apontar e analisar as principais barreiras ao educando com deficiência para a concretização desse direito. Para os fins propostos, a metodologia utilizada é, primordialmente, dedutiva, por meio de levantamento bibliográfico, análise de normas correlatas e exame do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357/DF pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Pessoa com Deficiência. Tecnologia Assistiva. Direitos Fundamentais. Educação. Inclusão.

Abstract: The present article proposes dealing with so-called “assistive technology”, “assistive technology”, “assistive technology”, or simply “AT”. It aims to address the relationship between people with disabilities and technology and to highlight the relevance, and perhaps the indispensability, of the use of technological resources to guarantee these people a fundamental right: the right to education. Also, it is desired to point out and analyze the main barriers to the education of the disabled to achieve this right. For the purposes proposed, the methodology used is primarily deductive, through a bibliographical survey, analysis of related norms and examination of the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality No. 5,357 / DF by the Federal Supreme Court.

Keywords: Disabled Person. Assistive Technology. Fundamental Rights. Education. Inclusion.

Introdução

Estudando-se as questões que envolvem as pessoas com deficiência, constata-se constantes violações a seus direitos. Sendo assim, é preciso estar sempre atento às dificuldades enfrentadas por essa camada social, há muito

alvo de discriminação, segregação e marginalização³²⁷; para combater as barreiras que impedem ou dificultam a sua participação na sociedade em igualdade de condições e oportunidades.

Nesse sentido, o presente artigo propõe analisar a chamada “tecnologia assistiva”, “tecnologia de apoio”, “tecnologia de assistência” ou “TA”, como instrumento que possibilita ou facilita o desempenho de atividades cotidianas pelas pessoas com deficiência, que, de outra maneira, seriam muito difíceis ou impossíveis de serem realizadas. Objetiva-se, assim, analisar a relação entre as pessoas com deficiência e a tecnologia; evidenciando a relevância, e, talvez, imprescindibilidade do uso de recursos tecnológicos para garantir a essas pessoas um direito que lhe é fundamental: o direito à educação.

Sobre a educação, ela é, conforme a Constituição da República Federativa do Brasil um direito e um dever do Estado e da família, a ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade³²⁸. E sobre as instituições de ensino, devem ser reconhecidas como ambientes propícios ao convívio com a diversidade, que permitem, assim, a construção e o desenvolvimento de comunidades que pensam nas diferenças como uma virtude própria da democracia.

Para os fins propostos, a metodologia utilizada é, primordialmente, dedutiva, com levantamento bibliográfico e análise de normas referentes à temática estudada, além do exame do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357/DF pelo Supremo Tribunal Federal.

A primeira parte deste trabalho enfrenta o aspecto conceitual, abordando, entre outros, a definição de “tecnologia assistiva”; sua classificação segundo

327 “[...] pode-se, de imediato concluir que inobstante o momento histórico vivido, a realidade das pessoas com deficiência sempre foi perpassada por questões discriminatórias e de segregação, culminando na constante necessidade de uma militância voltada à promoção de inclusão social e respeito a cada um [...]”. SILVEIRA, Thais Becker Henriques. **Uma análise da eficácia das alterações promovidas pela Lei Brasileira de Inclusão no regime da capacidade civil**. Monografia (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, SC, 2017, p. 14. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/182168/Thais%20Becker%20%20Trabalho%20de%20Conclus%C3%A3o%20de%20Curso%20-%202017.2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 31 mar. 2019.

328 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

Tonolli e Bersh³²⁹ ; sua finalidade; e a relação que mantém com os dois outros conceitos, quais sejam “acessibilidade” e “desenho universal”.

A segunda parte versa sobre algumas das barreiras à educação formal da pessoa com deficiência, quais sejam as barreiras arquitetônicas; comunicacionais ou informacionais; instrumentais; metodológicas ou pedagógicas; e atitudinais. Além disso, fala, em breves linhas, sobre a passagem do modelo biomédico para o modelo social – visões existentes sobre a deficiência – e sobre a diferença entre “tecnologia assistiva”, quando voltada a finalidades educacionais, e “tecnologia educacional”.

Por fim, a terceira parte aborda julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357/DF, que entendeu constitucional estender às instituições privadas de ensino o dever de acolher em seus estabelecimentos pessoas com deficiência, promovendo as adaptações necessárias ao seu recebimento, a despeito de exercerem atividade econômica e não poderem cobrar valores diferenciados aos alunos com deficiência pelas adaptações realizadas.

1 “Tecnologia Assistiva”: o que é ?

A palavra *tecnologia* nos remete a um conjunto de processos, métodos, técnicas e ferramentas utilizadas em diversas áreas do conhecimento, tais como arte e educação³³⁰, sendo que muitas são as finalidades do seu uso pelas pessoas, no mundo, da promoção da paz à realização da guerra. Seja qual for essa finalidade, parece-nos que a utilização da tecnologia pelos seres humanos, contudo, tem sempre o seguinte objetivo-essência: permitir ou facilitar o desempenho de determinadas atividades por eles.

Assim é que, no mundo, passamos a percorrer grandes distâncias não mais a pé, mais em nossos automóveis, cada vez mais equipados para nos ajudar em nossos caminhos - inclusive com GPS, para nos mostrar a direção. E também a comunicação entre as pessoas mudou - até um certo aplicativo

329 BERSCH, Rita. **Introdução à Tecnologia Assistiva**. Porto Alegre/RS, 2017, p. 4-11. Disponível em: http://www.assistiva.com.br/Introducao_Tecnologia_Assistiva.pdf. Acesso em: 28 mar. 2019.

330 MICHAELIS. **Vocabulo “tecnologia”**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/tecnologia/>. Acesso em: 30 mar. 2019.

de mensagens instantânea forçou as empresas de telefonia oferecerem menos linhas telefônicas e mais pacotes de dados de internet. Por isso, repetimos: a tecnologia permite ou facilita o desempenho de determinadas atividades pelos seres humanos.

Prosseguindo, a tecnologia e a produção tecnocientífica não estão presentes apenas em produtos como computadores, aumóveis e telefones móveis, que são reconhecidamente tecnológicos. “Sem nos apercebermos utilizamos constantemente ferramentas que foram desenvolvidas para favorecer e simplificar as atividades do cotidiano, [...] uma interminável lista de recursos, que já estão assimilados à nossa rotina”³³¹. A exemplo de “talheres”, “canetas”, “relógio”, entre outros.

Pois bem, quando o que se deseja através do uso de recurso tecnológico é melhorar a funcionalidade de uma pessoa que, de outro modo, estaria impossibilitada de realizar determinada atividade, então temos o que chamamos de “tecnologia assistiva”, “TA”, “tecnologia de assistência” ou “tecnologia de apoio”. Nas palavras de Rocha e Castiglioni, “O conceito de Tecnologia Assistiva tem como eixo centralizador a relação indivíduo e tecnologia, onde a segunda pretende aumentar, manter ou melhorar as habilidades da pessoa com limitações funcionais, em uma relação direta e circunscrita a esta dualidade”³³².

Tonolli e Bersch³³³ classificam as TAS nas seguintes categorias, a partir dos objetivos a que se destinam: a) auxílios para a vida diária e vida prática, como, por exemplo, talheres modificados; b) comunicação aumentativa e alternativa, a exemplo dos vocalizadores; c) recursos de acessibilidade ao computador, como ocorre com a impressão em relevo; d) sistemas de controle de ambiente, como o uso de controle remoto, *exempli gratia*; e) projetos arquitetônicos para acessibilidade, através de adaptações estruturais; f) órteses e próteses,

331 BERSCH, Rita. **Introdução à Tecnologia Assistiva**. Porto Alegre/RS, 2017, p. 2. Disponível em: http://www.assistiva.com.br/Introducao_Tecnologia_Assistiva.pdf. Acesso em: 28 mar. 2019.

332 ROCHA, E.; CASTIGLIONI, M. Reflexões sobre recursos tecnológicos: ajudas técnicas, tecnologia assistiva, tecnologia de assistência e tecnologia de apoio. **Revista de Terapia Ocupacional da Universidade de São Paulo**, v. 16, n. 3, p. 97-104, 1 set. 2005, p. 99. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rto/article/view/13968/15786>. Acesso em: 28 mar. 2019.

333 BERSCH, Rita. **Introdução à Tecnologia Assistiva**. Porto Alegre/RS, 2017, p. 4-11. Disponível em: http://www.assistiva.com.br/Introducao_Tecnologia_Assistiva.pdf. Acesso em: 28 mar. 2019.

confeccionadas, em geral, sob medida; g) adequação postural, por meio, por exemplo, de estabilizadores ortostáticos; h) auxílios de mobilidade, como muletas e andadores; i) auxílios para ampliação da função visual e recursos que traduzem conteúdos visuais em áudio ou informação tátil, com gráficos táteis, por exemplo; j) auxílios para melhorar a função auditiva e recursos utilizados para traduzir os conteúdos de áudio em imagens, texto e língua de sinais, por meio de sistemas com alerta tátil-visual, *exempli gratia*; k) mobilidade em veículos, através de serviços de autoescola para pessoas com deficiência; e l) esporte e lazer, como através de bolas sonoras, em esportes com bola.

Importante salientar que a noção de TA se encontra restrita aos dispositivos, equipamentos e ferramentas utilizados pelas pessoas com deficiência para auxílio nas suas tarefas do dia a dia. Vai além disso. Engloba, também, os processos, estratégias e metodologias com eles relacionados³³⁴, ou seja, inclui o desenvolvimento dos recursos tecnológicos desde a sua concepção.

Ainda, a depender do contexto e âmbito em que é empregada, no Brasil, a expressão “tecnologia assistiva” ganha contornos semelhantes ao de outras nomenclaturas, tais como “tecnologia de apoio” e “ajudas técnicas” – por isso, no presente artigo, utilizamos todas elas como sinônimos, embora existentes nuances entre elas. Nesse rumo de pensamento, Rocha e Castiglioni lecionam:

Várias são as terminologias utilizadas no Brasil para definir o que são os recursos tecnológicos: Tecnologia Assistiva (EUA), Tecnologia de Assistência (CIF/OMS) e Tecnologia de Apoio (Comissão Européia/EUSTAT) e Ajudas Técnicas (Ministério da Saúde)³³⁵.

Prosseguindo no raciocínio, há notícia de que a “tecnologia assistiva” já foi abordada em lei norte-americana datada de 1988, a *Technology-Related Assistance for Individuals With Disabilities Act – Public Law 100-407*, a

334 FILHO, Teófilo Alves Galvão. **Tecnologia Assistiva para uma Escola Inclusiva: Apropriação, Demandas e Perspectivas**. Tese (doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Educação, Salvador, BA, 2009, p. 130. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10563/1/Tese%20Teofilo%20Galvao.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2019.

335 ROCHA, E.; CASTIGLIONI, M. **Reflexões sobre recursos tecnológicos: ajudas técnicas, tecnologia assistiva, tecnologia de assistência e tecnologia de apoio**. *Revista de Terapia Ocupacional da Universidade de São Paulo*, v. 16, n. 3, p. 97-104, 1 set. 2005, p. 98. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rto/article/view/13968/15786>. Acesso em: 28 mar. 2019.

qual alertou, inclusive, para o aspecto econômico-social de garantir o uso de recursos tecnológicos pelas pessoas com deficiência. Em tradução livre, dispôs-se no seu quinto item:

O uso de dispositivos e serviços de tecnologia assistiva por indivíduos com deficiência podem reduzir os custos das deficiências para a sociedade, para os indivíduos com deficiência e para as famílias indivíduos com deficiência, reduzindo os gastos associados à intervenção precoce, educação, reabilitação, saúde, cuidados, transporte, serviços de telecomunicações e outros serviços exigidos por pessoas com deficiência³³⁶.

Dessa maneira, como se pode observar, a tecnologia de apoio não se refere a um conceito propriamente jurídico, sendo ela uma área do conhecimento com característica de interdisciplinaridade³³⁷, que envolve múltiplas necessidades, destaque para as necessidades sociais e econômicas, e que carece de participação de agentes de diversos campos de atuação, como dos estudiosos da área trabalhista, da saúde e da educação.

Na Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão), a tecnologia assistiva, ou ajuda técnica, foi expressamente abarcada e definida em seu artigo 3º, inciso III, senão vejamos:

Art. 3º, III - tecnologia assistiva ou ajuda técnica: produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social³³⁸.

336 GOVINFO. **Public Law 100-407** – Technology-Related Assistance for Individuals With Disabilities Act of 1988. Online. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-102/pdf/STATUTE-102-Pg1044.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2019.

337 CORDE. **Tecnologia Assistiva**. Brasília, 2009. Disponível em: <https://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/livro-tecnologia-assistiva.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2019.

338 BRASIL. **Lei Federal nº 13.146**, de 6 de julho de 2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.

É exatamente o que já vimos até aqui.

Contudo, vista a definição acima, não é possível deixar de relacioná-la a duas outras: a de “acessibilidade” e a de “desenho universal”, respectivamente dispostas nos incisos I e II, do mesmo artigo 3º. Isso porque de nada adiante existirem tecnologias em prol das pessoas com deficiência se elas não puderem dispor de tais instrumentos, com autonomia e segurança. Também, se desejamos realmente a inclusão social das pessoas com deficiência, é preciso cuidar para que a tecnologia assistiva não reforce a existência de incapacidade individual e aprofunde, ainda mais, a segregação e a discriminação – por essa razão, deve-se optar, sempre que possível, pela concepção de produtos, ambientes, programas e serviços que possam ser utilizados por todas as pessoas, independentemente de adaptações ou de projetos específicos.

Nessa linha de pensamento, Lima:

A distinção entre as tecnologias convencionais e assistivas poderá se tornar menos distinta se o conceito de *desing* universal começar a ser incorporado no processo de desenvolvimento de projetos das tecnologias convencionais e que resultarão produtos mais acessíveis a um maior número de pessoas, em especial para as pessoas com necessidades especiais. O ideal é a convergência das duas tecnologias, a assistiva e a convencional, em uma única tecnologia acessível a todos³³⁹.

Acrescente-se a isso que, em prol de sua autonomia, de sua autodeterminação da vontade e de sua própria dignidade, o uso da tecnologia pelas pessoas com deficiência é, para elas, um direito, mas é também uma faculdade. Quer dizer, elas não são obrigadas a contar com o auxílio de equipamentos que auxiliem em suas atividades cotidianas se assim não desejarem.

Temos, assim, por importante estudar esta temática (tecnologia assistiva), considerando que este é um dos instrumentos pelo qual os direitos fundamentais das pessoas com deficiência (como, tratado adiante, o direito à educação) podem

339 LIMA, Claudia Regina Uchôa de. **Acessibilidade Tecnológica e Pedagógica na Apropriação das Tecnologias de Informação e Comunicação por Pessoas com Necessidades Educacionais Especiais**. Tese (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Educação, Porto Alegre, 2003. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/3709/000391527.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 mar. 2019.

ser efetivados. Para Barroso, “Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social”³⁴⁰.

2 (Sobre algumas) barreiras à educação formal da pessoa com deficiência

Consoante a CRFB/88, a educação é direito de todos, contudo ainda muitas são as barreiras à inclusão das pessoas com deficiência no sistema de ensino. Por quê?

Bem, primeiramente, lembremos que, a camada social formada pelas pessoas com deficiência tem sido, muito comumente, alvo de segregação e de marginalização.

De fato, há, na história da humanidade, períodos em que as pessoas com deficiência eram simplesmente ignoradas pelas suas próprias famílias, e outros, nos quais eram tratadas tal como heróis, sobreviventes de um acidente orgânico ou como oportunidades de se expressar compaixão³⁴¹.

Silveira conta que foi a partir do advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que se iniciou um profundo e amplo debate acerca de direitos fundamentais e que, embora não tenham sido expressamente mencionadas garantias a direitos das pessoas com deficiência, a referida Declaração tutelou o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana³⁴².

340 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 221.

341 FERREIRA, Patrícia Fortes Attademo; SOUZA, Gabriele Aparecida de Souza e. A pessoa com deficiência segundo as constituições brasileiras de ontem e de hoje: políticas públicas, direitos e garantias fundamentais. **Revista Via Iuris**, Colombia: Fundación Universitaria Los Libertadores, n. 20, p. 29-50, ene./jun. 2016. Disponível em: <https://www.redalyc.org/html/2739/273949068003/>. Acesso em: 29 mar. 2019.

342 SILVEIRA, Thais Becker Henriques. **Uma análise da eficácia das alterações promovidas pela Lei Brasileira de Inclusão no regime da capacidade civil**. Monografia (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, SC, 2017. p. 20. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/182168/Thais%20Becker%20>

De fato, até hoje, tem-se lutado para que o modelo biomédico da deficiência dê lugar ao modelo social, a despeito de críticas a também a este último. Nas palavras de Barbosa, enquanto “O Modelo Biomédico reforça as dificuldades sociais, a discriminação e a falta de controle sobre as próprias vidas enfrentadas pelas pessoas com deficiência”, o modelo social tem entre os seus elementos “ a consideração das pessoas com deficiência como um grupo socialmente oprimido e a distinção entre as deficiências que estas pessoas têm e a opressão que elas experimentam”³⁴³.

Pois bem, a Lei Brasileira de Inclusão define como barreira “qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa” com deficiência³⁴⁴, de modo que, a partir disso, ela não consegue exercer seu direito – o rol trazido pelo dispositivo que define o vocábulo “barreiras” é exemplificativo e, assim, implícito está o direito, com fundo constitucional, à educação.

E, dentre os obstáculos verificados, Valença fala sobre a presença de barreiras arquitetônicas, senão vejamos:

[...] analisando-se o último Censo Escolar realizado, pode-se concluir pela presença de diversas barreiras arquitetônicas nas escolas brasileiras, tendo em vista que foi identificado que, das 183.375 escolas da educação básico existentes no país, apenas 28% possuem dependências acessíveis e somente 35% possuem sanitários adaptados³⁴⁵.

-%20Trabalho%20de%20Conclus%C3%A3o%20de%20Curso%20-%202017.2.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 31 mar. 2019.

343 BARBOSA, Adriana. Silva. **Tecnologia assistiva e seus usuários**: automóveis adaptados no Brasil. Tese (doutorado) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências, Campinas, SP, 2018. Disponível em: http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/333020/1/Barbosa_AdrianaSilva_D.pdf. Acesso em: 30 mar. 2019.

344 BRASIL. **Lei Federal nº 13.146**, de 6 de julho de 2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.

345 VALENÇA, Bruna Costa. **O direito fundamental à educação**: as barreiras à inclusão do educando com deficiência no sistema regular de ensino e a (in)eficácia social da legislação brasileira. Monografia (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, SC, 2017. p. 54. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/182154/TCC%20-%20Bruna%20Costa%20Valen%C3%A7a.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 mar. 2019.

Além disso, o Manual de Acessibilidade Espacial das Escolas, publicado pelo Ministério da Educação, destacou, entre os problemas mais comuns de acessibilidade nas instituições de ensino os seguintes: inexistência de calçada com rebaixamento, junto à faixa de pedestre, o que impossibilita a travessia de pessoas em cadeira de rodas; escolas localizadas em ruas muito inclinadas, o que impede o acesso a pé de pessoas com deficiência motora; ausência de vagas para pessoas com deficiência nesse estacionamento ou vagas distantes da porta da escola; colocação de balcões de atendimento difíceis de encontrar e/ou muito altos para o uso das crianças e de pessoas em cadeira de rodas; instalação de bebedouros que não permitem que pessoas em cadeira de rodas, crianças pequenas ou pessoas de baixa estatura o utilizem, pois são muito altos, de difícil manuseio e sem espaço para aproximação de cadeira de rodas; disposição de escolas em locais com mais de um andar e sem rampas, apenas escadas³⁴⁶.

Há também barreiras comunicacionais ou informacionais, descritas no Estatuto da Pessoa com Deficiência como “qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação”³⁴⁷. Nesse contexto, apontou-se, por exemplo, a ausência de contraste de cor entre pisos, paredes e móveis dificultam a circulação de pessoas com baixa visão; a falta de placas com letras em relevo ou escritas em Braille; e a inexistência de telefone público com amplificador de sinal para pessoas com audição reduzida³⁴⁸.

Prosseguindo, embora o Estatuto da Pessoa com Deficiência não disponha expressamente a classificação das barreiras em “instrumentais”, Valença conta a sua existência nas instituições de ensino brasileiras, devendo tais barreiras

346 BRASIL. **Manual de Acessibilidade Espacial para Escolas**: O direito à escola acessível! Brasília, 2009, pp. 32, 34, 36, 38 e 40. Disponível em: <http://www.plataformadoletramento.org.br/guia-de-mediacao-de-leitura-acessivel-e-inclusiva/arquivos/ManualAcessibilidadeEspacialEscolas.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

347 BRASIL. **Lei Federal nº 13.146**, de 6 de julho de 2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.

348 BRASIL. **Manual de Acessibilidade Espacial para Escolas**: O direito à escola acessível! Brasília, 2009, p. 36. Disponível em: <http://www.plataformadoletramento.org.br/guia-de-mediacao-de-leitura-acessivel-e-inclusiva/arquivos/ManualAcessibilidadeEspacialEscolas.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

serem “entendidas como os obstáculos que impedem a acessibilidade das ferramentas utilizadas em sala de aula e nos demais ambientes escolares”. São empecilhos consubstanciados, por exemplo, na ausência de livros disponíveis em Braille para uso dos alunos cegos e na falta de computadores com sintetizador de voz para os discentes com limitações na fala³⁴⁹.

Quando se trata de barreiras que impedem ou dificultam à pessoa com deficiência o exercício do direito à educação, não se pode esquecer (para combatê-las) das barreiras metodológicas ou pedagógicas, que, embora também não componham classificação expressa da Lei Brasileira de Inclusão, estão relacionadas, entre outros, a obstáculos presentes nos métodos e técnicas de estudo; na ausência de aulas e avaliações adaptadas, sem que se observe a diversidade que compõe os grupos de alunos; e na falta de preparação dos docentes para o atendimento adequado das necessidades educativas de discentes com deficiência.

Nessa toada, Valença leciona: “Formar o docente na perspectiva inclusiva consiste em dar um novo significado à sua função, a da escola, a do ensino e a das práticas pedagógicas recorrentes do contexto excludente da nossa educação”³⁵⁰. Assim, é preciso reconhecer as instituições de ensino como ambientes propícios ao convívio com a diversidade, que permitem a construção e o desenvolvimento de uma sociedade que pensa nas diferenças, na pluralidade, como uma de suas virtudes.

Ainda dentre os obstáculos à educação formal das pessoas com deficiência estão as barreiras atitudinais, que envolvem o comportamento da sociedade diante desses indivíduos e das limitações impostas por suas condições físicas e/ou cognitivas.

349 VALENÇA, Bruna Costa. **O direito fundamental à educação: as barreiras à inclusão do educando com deficiência no sistema regular de ensino e a (in)eficácia social da legislação brasileira.** Monografia (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, SC, 2017. p. 55-56. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/182154/TCC%20-%20Bruna%20Costa%20Valen%C3%A7a.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 mar. 2019.

350 VALENÇA, Bruna Costa. **O direito fundamental à educação: as barreiras à inclusão do educando com deficiência no sistema regular de ensino e a (in)eficácia social da legislação brasileira.** Monografia (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, SC, 2017. p. 58. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/182154/TCC%20-%20Bruna%20Costa%20Valen%C3%A7a.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 mar. 2019.

Pode-se dizer que as barreiras atitudinais são os preconceitos perpetrados contra as pessoas com deficiência através da disseminação de uma visão discriminatório acerca destas, frutos, sobretudo, de uma sequência de estereótipos negativos a que foram submetidas no decorrer da história³⁵¹.

Dessa forma, as barreiras atitudinais aludem, invariavelmente, sobre a mentalidade social formada sobre o que é deficiência, quem são as pessoas com deficiência, quais os direitos que a elas devem ser garantidos e quais devem ser as medidas a serem tomadas para a promoção de sua inclusão na sociedade.

Mas, em tratando o presente artigo do uso da tecnologia como ferramenta para a promoção de uma educação inclusiva, não esqueçamos, nem por lapso, das “barreiras tecnológicas”, descritas na alínea “f” do artigo 3º, inciso IV, da Lei nº 13.146/2015, pois, afinal, são elas que as dificultam ou impedem o acesso das pessoas com deficiência às tecnologias.

Para Lima, a presença da deficiência, por si só, não impede a utilização das tecnologias de informação e de comunicação por educadores e pessoas com deficiência, “mas sim a falta de conhecimento dos benefícios potenciais e de disponibilidade da tecnologia adequada, de formação e de apoio”. Além disso, a autora nos lembra que, embora seja preferível a opção por um desenho universal, “os pressupostos de acessibilidade não são os mesmos para todos os indivíduos”³⁵².

A título de ilustração:

As tecnologias da Internet e da telefonia através das mensagens de texto permitem atualmente, inclusive com o uso de ajudas técnicas adequadas, a comunicação direta e instantânea entre pessoas com

351 SILVEIRA, Thais Becker Henriques. **Uma análise da eficácia das alterações promovidas pela Lei Brasileira de Inclusão no regime da capacidade civil**. Monografia (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, SC, 2017. p. 22. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/182168/Thais%20Becker%20-%20Trabalho%20de%20Conclus%C3%A3o%20de%20Curso%20-%202017.2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 31 mar. 2019.

352 LIMA, Claudia Regina Uchôa de. **Acessibilidade Tecnológica e Pedagógica na Apropriação das Tecnologias de Informação e Comunicação por Pessoas com Necessidades Educacionais Especiais**. Tese (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Educação, Porto Alegre, 2003. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/3709/000391527.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 mar. 2019.

deficiências sensoriais distintas. Pode ocorrer, por exemplo, que uma delas seja cega e a outra surda, e essa comunicação pode se realizar mediante o idioma que essas pessoas optem em utilizar, sendo desnecessário conhecimentos sobre Braille ou sobre língua de sinais para tanto. Devido a isso, pode-se considerar que o maior obstáculo enfrentado pelas pessoas com deficiência nos dias atuais, quando a informação é caracterizada como uma riqueza, está no acesso a ela e, conseqüentemente, a aspectos importantes relacionados à informação, tais como: a educação, o trabalho e o lazer³⁵³.

Por fim, não é demais ressaltar que o uso da tecnologia nos ambientes educacionais interessa a todos, inclusive aos discentes que não possuem deficiência. Nesse rumo de pensamento, cumpre-nos diferenciar a “tecnologia assistiva” voltada a finalidades educacionais da “tecnologia educacional” em si. Enquanto a primeira cuida de romper obstáculos sensoriais, motores ou cognitivos, que impedem ou dificultam o acesso do aluno (e do educador, por que não?) com deficiência ao processo de aprendizagem; o segundo é direcionado a qualquer pessoa que, no contexto educacional, utilize de recursos tecnológicos³⁵⁴.

3 Do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357/Distrito Federal

Em 2015, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) propôs ação perante o Supremo Tribunal Federal questionando a constitucionalidade do § 1º do artigo 28, bem como do *caput* do artigo 30, ambos da Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão) – trata-se da ADI nº 5.357/Distrito Federal³⁵⁵, da qual falaremos neste item.

353 TORRES, Elisabeth Fátima; MAZZONI, Alberto Angel; MELLO, Anahi Guedes de. Nem toda pessoa cega lê em Braille nem toda pessoa surda se comunica em língua de sinais. **Revista Educação e Pesquisa**, São Paulo, v. 33, n. 2, p. 369-386, maio/ago. 2007. p. 372. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ep/v33n2/a13v33n2.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2019.

354 BERSCH, Rita. **Introdução à Tecnologia Assistiva**. Porto Alegre/RS, 2017. p. 12. Disponível em: http://www.assistiva.com.br/Introducao_Tecnologia_Assistiva.pdf. Acesso em: 28 mar. 2019.

355 STF. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.357 Distrito Federal**. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/>

Mas, primeiramente, vide-se os dispositivos combatidos na referida ADI:

Art. 28, § 1º. Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do **caput** deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações.

Art. 30. Nos processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos pelas instituições de ensino superior e de educação profissional e tecnológica, públicas e privadas, devem ser adotadas as seguintes medidas:

I - atendimento preferencial à pessoa com deficiência nas dependências das Instituições de Ensino Superior (IES) e nos serviços;

II - disponibilização de formulário de inscrição de exames com campos específicos para que o candidato com deficiência informe os recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva necessários para sua participação;

III - disponibilização de provas em formatos acessíveis para atendimento às necessidades específicas do candidato com deficiência;

IV - disponibilização de recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva adequados, previamente solicitados e escolhidos pelo candidato com deficiência;

V - dilação de tempo, conforme demanda apresentada pelo candidato com deficiência, tanto na realização de exame para seleção quanto nas atividades acadêmicas, mediante prévia solicitação e comprovação da necessidade;

VI - adoção de critérios de avaliação das provas escritas, discursivas ou de redação que considerem a singularidade linguística da pessoa com deficiência, no domínio da modalidade escrita da língua portuguesa;

VII - tradução completa do edital e de suas retificações em Libras³⁵⁶.

jsp/ consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4818214.
Acesso em: 28 mar. 2019.

356 BRASIL. **Lei Federal nº 13.146**, de 6 de julho de 2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República,

Os pedidos da CONFENEN: liminarmente, a então Requerente na ação constitucional postulou a suspensão da eficácia dos dispositivos combatidos; e, no mérito, vindicou a confirmação da liminar antes postulada, declarando-se a inconstitucionalidade do artigo 28, § 1º; e do artigo 30, *caput*; ambos da Lei nº 13.146/2015.

Pois bem, para a referida Confederação, os dispositivos impugnados, estendendo às instituições privadas de ensino a obrigação de prestar serviços educacionais às pessoas com deficiência e de promover as adaptações necessárias ao seu acolhimento, tornariam por demais oneroso o exercício das atividades nesses estabelecimentos, o que poderia, inclusive, acarretar o encerramento de muitos deles.

Isso porque, certamente, tais determinações implicam em forte elevação de seus custos operacionais e, assim, no aumento do valor das mensalidades referentes a todos os alunos indistintamente, eis que vedada a cobrança exclusiva a seus beneficiários diretos, vide-se a parte final do § 1º do artigo 28, da Lei nº 13.146/2015.

Além disso, com essas determinações, a Confederação aventou entre os seus argumentos a imprevisibilidade e insegurança com que as instituições privadas de ensino deverão lidar de um ano letivo para o outro, uma vez que não conseguirão prever a quantidade de pessoas com deficiência que efetivamente buscarão matrícula em suas respectivas instalações, nem adiantar quais serão as adaptações necessárias para atendê-las, dado o sem-número de naturezas e graus de deficiências possíveis.

Assim é que, segundo a CONFENEN, as obrigações impostas, elencadas nos artigos mencionados, ferem, o direito à propriedade privada e sua função social; a liberdade de aprender e de ensinar; a livre iniciativa; o princípio da razoabilidade, entre outros; sendo o atendimento às pessoas com deficiência um dever exclusivo do Estado, facultada às instituições particulares a matrícula de pessoas com deficiência.

Embora fortes as razões trazidas na exordial da ADI 5.357, em março de 2016, a ação foi julgada improcedente, mantidos incólumes, por maioria de votos, os artigos contestados. Eis que, nos moldes do voto do Relator, Ministro

[2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.

Edson Fachin, ponderou-se que, afora a questão referente à inclusão das pessoas com deficiência, em si, a discussão em comento envolvia (e envolve), também, o direito de todos os cidadãos, incluindo aqueles que não possuem deficiência, de conviver em uma comunidade plural, corolário da democracia.

E assentou-se:

A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV³⁵⁷.

No mesmo voto, ressaltou-se, ainda, que o direito à educação das pessoas com deficiência decorre, dentre outros, de compromisso assumido pelo Brasil junto à comunidade internacional quando incorporou ao ordenamento jurídico pátrio, por meio da aprovação do Decreto Legislativo nº 186/2008, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, a qual foi internalizada posteriormente mediante o Decreto nº 6.949/2009.

Quanto ao dever de que instituições de ensino privadas acolham pessoas com deficiências em seus estabelecimentos, a despeito de exercerem atividade econômica, o Ministro asseverou: “o princípio da solidariedade justifica a possibilidade de se exigir da sociedade, incluindo-se os prestadores de serviços públicos, esforços para assegurar a máxima efetividade da Constituição”³⁵⁸.

Assim, respeitadas as opiniões divergentes, temos que a responsabilidade pela inclusão das pessoas com deficiência deve ser compartilhada entre Poder Público e toda a sociedade, incluindo, observada a razoabilidade, a disponibilização de tecnologias assistivas aos seus discentes, uma vez que a diversidade, como já dito, é corolário da democracia. Vide-se, nessa esteira, o artigo 8º da Lei nº 13.146/2015 dispõe:

357 STF. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.357 Distrito Federal**. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4818214>. Acesso em: 28 mar. 2019. p. 3.

358 STF. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.357 Distrito Federal**. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4818214>. Acesso em: 28 mar. 2019. p. 36.

Art. 8º **É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.** (grifo nosso)

Cabe lembrar: no tocante à realização, promoção de pesquisa, desenvolvimento, disponibilização e emprego de tecnologias assistivas, direcionadas à inclusão social das pessoas com deficiência, este foi um compromisso assumido pelo Brasil perante a comunidade internacional e incorporado no ordenamento jurídico pátrio com *status* de emenda constitucional, conforme os dispositivos respectivos:

1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a: [...]

g) Realizar ou promover a pesquisa e o desenvolvimento, bem como a disponibilidade e o emprego de novas tecnologias, inclusive as tecnologias da informação e comunicação, ajudas técnicas para locomoção, dispositivos e tecnologias assistivas, adequados a pessoas com deficiência, dando prioridade a tecnologias de custo acessível;

h) Propiciar informação acessível para as pessoas com deficiência a respeito de ajudas técnicas para locomoção, dispositivos e tecnologias assistivas, incluindo novas tecnologias bem como outras formas de assistência, serviços de apoio e instalações;

[...] ³⁵⁹.

359 BRASIL. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencaoopessoascomdeficiencia.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

Inclusive, nas palavras de Feijó, “Além de propor e trazer um conceito universal de pessoa com deficiência, esta Convenção reforça a necessidade da aplicação de políticas públicas estatais que concretizem os seus princípios gerais previstos no seu art. 3º”³⁶⁰, dentre as quais se encontram aquelas relacionadas ao desenvolvimento de tecnologias de apoio.

Também, embora, nos termos do artigo 209 da Constituição Federal, o ensino seja livre à iniciativa privada, não corre (deve correr) frouxo o andamento de suas atividades - os estabelecimentos prestadores de serviços educacionais estão sujeitos à autorização e avaliação do Poder Público, também devendo tomar medidas em prol de uma educação inclusiva.

Ainda assim, no Manual de Acessibilidade Espacial para Escolas indica-se dentre os problemas mais comuns encontrados nas instituições de ensino a inexistência de espaços adequados para armazenar equipamentos de tecnologia assistiva³⁶¹. Por que? Para Valença, “Diversas barreiras obstaculizam o acesso e a permanência do educando com deficiência na escola regular, de modo que se conclui que não é a legislação que falta, mas sim, a sua aplicação efetiva na sociedade”³⁶².

Dessa maneira, entendem-se necessárias as buscas por mecanismos que tornem efetivas as normas direcionadas para a inclusão social e, assim, dignificação, das pessoas com deficiência, sendo que o uso da tecnologia assistiva tem contribuído com essa finalidade.

360 FEIJÓ, Alexsandro Rahbani Aragão. Os Efeitos da Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito de Acessibilidade da Pessoa com Deficiência no Brasil e em Portugal. In: MIRANDA, Jorge (coord.); HOLANDA, Ana Paula Araújo; CAÚLA, Bleine Queiroz; ARRUDA, Gerardo Clesio Maia; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 3, tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2015. p. 284. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.3-Tomo-I-versa%CC%83o-brasileira.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2019.

361 BRASIL. **Manual de Acessibilidade Espacial para Escolas**: O direito à escola acessível! Brasília, 2009. p. 46. Disponível em: <http://www.plataformadoletramento.org.br/guia-de-mediacao-de-leitura-acessivel-e-inclusiva/arquivos/ManualAcessibilidadeEspacialEscolas.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

362 VALENÇA, Bruna Costa. **O direito fundamental à educação**: as barreiras à inclusão do educando com deficiência no sistema regular de ensino e a (in)eficácia social da legislação brasileira. Monografia (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, SC, 2017. p. 67. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/182154/TCC%20-%20Bruna%20Costa%20Valen%C3%A7a.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 mar. 2019.

Considerações finais

A tecnologia pode ser usada para diversos fins, entre eles para auxiliar ou permitir a realização de atividades cotidianas por pessoas que possuam alguma deficiência – quando, então, é chamada de “tecnologia assistiva”, expressão que engloba, além dos equipamentos tecnológicos, em si, os processos, estratégias e metodologias com eles relacionados, desde a sua concepção.

Nesse sentido, a tecnologia pode, verdadeiramente, ser uma aliada no processo de ensino e aprendizagem de alunos com deficiência, tornando possível a concretização do direito fundamental à educação para essas pessoas, tanto através de ferramentas palpáveis a disponibilização de livros em Braille para discentes cegos quanto de mudanças metodológicas voltadas ao atendimento de educandos com autismo, apenas para exemplificar.

Prosseguindo, examinando julgado da ADI nº 5.357/DF, tem-se que, a despeito de exercerem atividade econômica, as instituições privadas de ensino, assim como o Poder Público, devem envidar esforços no sentido de acolher as pessoas com deficiência, promovendo, se for o caso, adaptações em suas estruturas físicas e mesmo ajustes pedagógicos.

Isso porque viver em uma sociedade democrática pressupõe conviver com a diversidade e pluralidade de seu povo, com suas diversas ideias e características. Assim, é responsabilidade de todos (Poder Público e sociedade) promover ambientes propícios ao acolhimento das pessoas com deficiência, entre os quais os ambientes escolares, permitindo o desenvolvimento de suas habilidades pessoais e sociais.

Ainda existem, contudo, diversas barreiras que dificultam ou impedem o exercício pleno do direito à educação por esses indivíduos, as quais vão desde obstáculos arquitetônicos à ausência de capacitação dos educadores para formar esses discentes numa perspectiva inclusiva; desde a falta de materiais didáticos adaptados à segregação desses alunos por seus colegas de classe.

É urgente combater essas e outras barreiras, que obstaculizam, grandemente, a convivência das pessoas com deficiência em sociedade, impactando, inclusive, em sua vida escolar. O uso da tecnologia assistiva, como vimos neste artigo, pode colaborar para isso, ao viabilizar igualdade de oportunidades e condições a esses indivíduos, para que vivam em comunidade com mais segurança e autonomia.

Referências

BARBOSA, Adriana. Silva. **Tecnologia assistiva e seus usuários: automóveis adaptados no Brasil.** Tese (doutorado) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências, Campinas, SP, 2018. Disponível em: http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/333020/1/Barbosa_AdrianaSilva_D.pdf. Acesso em: 30 mar. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERSCH, Rita. **Introdução à Tecnologia Assistiva.** Porto Alegre/RS, 2017. Disponível em: http://www.assistiva.com.br/Introducao_Tecnologia_Assistiva.pdf. Acesso em: 28 mar. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.146, de 6 de julho de 2015,** que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. **Direito à educação: subsídios para a gestão dos sistemas educacionais: orientações gerais e marcos legais.** Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me000422.pdf>. Acesso em 30 mar. 2019.

BRASIL. **Manual de Acessibilidade Espacial para Escolas: O direito à escola acessível!** Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.plataformadoletramento.org.br/guia-de-mediacao-de-leitura-acessivel-e-inclusiva/arquivos/ManualAcessibilidadeEspacialEscolas.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencaopessoascomdeficiencia.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

CORDE. **Tecnologia Assitiva**. Brasília, 2009. Disponível em: <https://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/livro-tecnologia-assistiva.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2019.

FEIJÓ, Aleksandro Rahbani Aragão. Os Efeitos da Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito de Acessibilidade da Pessoa com Deficiência no Brasil e em Portugal. *In*: MIRANDA, Jorge (coord.); HOLANDA, Ana Paula Araújo; CAÚLA, Bleine Queiroz; ARRUDA, Gerardo Clesio Maia; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 3, tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2015. p. 273-293. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.3-Tomo-I-versa%CC%83o-brasileira.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2019.

FERREIRA, Patrícia Fortes Attademo; SOUZA, Gabriele Aparecida de Souza e. A pessoa com deficiência segundo as constituições brasileiras de ontem e de hoje: políticas públicas, direitos e garantias fundamentais. **Revista Via Iuris**, Colombia: Fundación Universitaria Los Libertadores, n. 20, p. 29-50, ene./jun. 2016. Disponível em: <https://www.redalyc.org/html/2739/273949068003/>. Acesso em: 29 mar. 2019.

FILHO, Teófilo Alves Galvão. **Tecnologia Assistiva para uma Escola Inclusiva**: Apropriação, Demandas e Perspectivas. Tese (doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Educação, Salvador, BA, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10563/1/Tese%20Teofilo%20Galvao.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2019.

GOVINFO. **Public Law 100-407** – Technology-Related Assistance for Individuals With Disabilities Act of 1988. Online. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-102/pdf/STATUTE-102-Pg1044.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2019.

LIMA, Claudia Regina Uchôa de. **Acessibilidade Tecnológica e Pedagógica na Apropriação das Tecnologias de Informação e Comunicação por**

Pessoas com Necessidades Educacionais Especiais. Tese (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Educação, Porto Alegre, 2003. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/3709/000391527.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 mar. 2019.

MICHAELIS (online). **Vocábulo “tecnologia”.** Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/tecnologia/>. Acesso em: 30 mar. 2019.

ROCHA, E.; CASTIGLIONI, M. Reflexões sobre recursos tecnológicos: ajudas técnicas, tecnologia assistiva, tecnologia de assistência e tecnologia de apoio. **Revista de Terapia Ocupacional da Universidade de São Paulo**, v. 16, n. 3, p. 97-104, 1 set. 2005. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rto/article/view/13968/15786>. Acesso em: 28 mar. 2019.

SDH-PR/SNPD. **Cartilha do Censo 2010 – Pessoas com Deficiência.** Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/cartilha-censo-2010-pessoas-com-deficiencia-reduzido.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2019.

SEDPcD. **Relatório mundial sobre a deficiência / World Health Organization, The World Bank ; tradução Lexicus Serviços Lingüísticos.** São Paulo, 2012. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44575/9788564047020_por.pdf;jsessionid=E0114B6CE0E66A1617B34883AA87E535?sequence=4. Acesso em: 30 mar. 2019.

SILVEIRA, Thais Becker Henriques. **Uma análise da eficácia das alterações promovidas pela Lei Brasileira de Inclusão no regime da capacidade civil.** Monografia (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, SC, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/182168/Thais%20Becker%20-%20Trabalho%20de%20Conclus%C3%A3o%20de%20Curso%20-%2017.2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 31 mar. 2019.

STF. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.357 Distrito Federal.** Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/>

ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4818214. Acesso em: 28 mar. 2019.

TORRES, Elisabeth Fátima; MAZZONI, Alberto Angel; MELLO, Anahi Guedes de. Nem toda pessoa cega lê em Braille nem toda pessoa surda se comunica em língua de sinais. **Revista Educação e Pesquisa**, São Paulo, v. 33, n. 2, p. 369-386, maio/ago. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ep/v33n2/a13v33n2.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2019.

VALENÇA, Bruna Costa. **O direito fundamental à educação**: as barreiras à inclusão do educando com deficiência no sistema regular de ensino e a (in)eficácia social da legislação brasileira. Monografia (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, SC, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/182154/TCC%20-%20Bruna%20Costa%20Valen%C3%A7a.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 mar. 2019.

Direito laboral desmantelado

Labour law scrapped

Marcelo Ribeiro Uchôa

Professor Doutor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), advogado sócio de Uchôa Advogados Associados.

E-mail: marceloruchoa@gmail.com.

Inocência Rodrigues Uchôa

Juiz do Trabalho aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região e advogado sócio de Uchôa Advogados Associados. E-mail: ir.uchoa@uol.com.br

Resumo: A Reforma Trabalhista brasileira (Lei n. 13.467/2017), aprovada no país por recomendação de um governo cuja assunção às funções somente se materializou devido a esdrúxulo impeachment aplicado à ex-presidente Dilma Rousseff, golpeou a essência do direito trabalhista nacional, pondo em xeque o futuro da Justiça laboral. As mudanças converteram o Brasil de estado de bem-estar social a estado liberal, a contragosto de seu povo. Tais reformas aplicadas à dinâmica trabalhista brasileira seguem requisitos impostos pelo mercado financeiro, possuindo raízes em políticas especulativas de *Wall Street*, cujos impactos, no Brasil, se dão, não apenas em prejuízo direto para trabalhadoras e trabalhadores, bem assim como para sindicatos laborais profissionais e para a Justiça do Trabalho, diretamente. O presente texto analisa essa conjuntura, através de pesquisa bibliográfica, qualitativa e explicativa.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Brasil. Desmantelamento. Direito do Trabalho.

Abstract: The Brazilian 2017 labour reform (Law 13.467/2017) – introduced in Congress by a government of questionable legitimacy, which ascended to power in 2016 following an unconventional impeachment process against former President Dilma Rousseff – was a blow against the essence of Brazilian Labour Law, so grave it could jeopardise indeed the future of labour courts. The changes have been converted Brazil from a welfare state to a liberal state, at the expense of its citizens. The labour reform sought to fulfil the demands of financial markets over labour dynamics, going hand-in-hand with speculative practices of Wall Street. In Brazil, their direct negative impact will be felt by workers, unions and most likely, labour courts themselves. The present work provides an assessment of this new reality, through a bibliographic, qualitative and exploratory research.

Keywords: Labour reform. Brazil. Scrapped. Labour Law.

Introdução

O Direito do Trabalho é um conjunto de normas e princípios resultantes do acumulado de experiências vividas e de lutas travadas ao longo dos séculos por empregados e empregadores em suas relações laborais cotidianas, sendo expressão do estágio civilizatório atingido pela humanidade ou por uma determinada nação em determinado momento de sua história. Tem como

princípio básico a proteção do obreiro, na lógica universalmente reconhecida segundo a qual é aquele a parte mais vulnerável no âmbito da relação laboral. Assim regras de conduta social, ainda que emanadas do Estado, em tese somente poderiam constituir-se como regra trabalhista se sintonizadas com o princípio da proteção.

A lógica do Direito do Trabalho no Brasil e em todo o mundo democrático repousa neste princípio social da proteção que trabalha, como decorrência do direito humano à vida digna, impondo-se limites à tendência natural de exploração do trabalho pelo capital, feroz, se se voltar ao início do sistema de produção capitalista ou a antes dele. Como instrumentos de preservação da ordem jurídica, o direito e o sistema judiciário trabalhista procuram cumprir a promessa de manter íntegra a modernidade que o estágio civilizatório alcançou, estabelecendo sanções às ações deletérias contra o obreiro, em sua condição de sujeito de direitos. As normas trabalhistas, por sua vez, enquanto categoria jurídica de direitos humanos, devem ser entendidas como irrenunciáveis, indisponíveis e tuteladas pela cláusula do não retrocesso: a anterior dominação bruta ou servil agora superada pela igualdade no direito, pela equidade no trato e pela liberdade.

A redemocratização do país e os movimentos populares e sindicais que lhe sucederam lograram conquistar a implantação de uma prestigiada Assembleia Nacional Constituinte em 1988, em cujos mandamentos mais elevados da Carta Política dela resultante foram incluídos os princípios doutrinários trabalhistas acima referidos, os quais, ascendidos à categoria de direitos fundamentais constitucionais, adquiriram o *status* de regras pétreas.

Já no primeiro artigo a Constituição Federal de 1988 definiu o país como um Estado Democrático de Direito que tem como princípios fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, em seguida estabelecendo como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, num desenvolvimento que erradique a pobreza e a marginalização, e que reduza as desigualdades sociais e regionais. E no que concerne aos direitos e garantias fundamentais, garantiu aos trabalhadores o direito ao trabalho, à previdência social, à liberdade e à autonomia sindicais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social. Um elenco que não deixa dúvida quanto à importância de tais normativos para a vida democrática nacional.

Não bastasse, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) estabeleceu em seu artigo oitavo, que na ausência de disposições legais ou contratuais, as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho³⁶³ decidirão, conforme a questão, de acordo com a jurisprudência, por analogia, por equidade ou por outros princípios e normas de direito, principalmente os do Direito do Trabalho, e, se for o caso, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Ou seja, o sistema jurídico constitucional e legal brasileiro não deixa qualquer dúvida quanto à principalidade do regramento relativo às relações de trabalho e sindicais, alçado à condição de direitos sociais fundamentais, portanto, conferindo-lhes natureza de matéria de ordem pública, razão pela qual será ilegítima e inconstitucional (formal e materialmente) qualquer tentativa de modificá-lo - ainda mais pela via da lei ordinária -, mormente quando o objetivo é flexibilizar, desconstruir ou suprimir direito, ou praticar qualquer outra forma de retrocesso social. É o caso da Lei n. 13.467/2017, conhecida Reforma Trabalhista.

1 Neoliberalismo, reforma trabalhista e Justiça do Trabalho

Segundo se vem observando no Brasil, a performática estratégia utilizada para destituir a presidenta Dilma Rousseff do mandato legitimamente conquistado nas urnas em 2014, sem qualquer razão jurídica que então respaldasse tal medida extrema, em especial para substituí-la por um séquito de políticos implicados em corrupção e outros crimes contra a administração pública, foi pouco frente aos gravíssimos danos que, em seguida, passaram a ser perpetrados contra o país e seu povo, suas instituições, recursos naturais, conquistas históricas, e, mais especialmente, contra o núcleo normativo de proteção dos seus trabalhadores.

363 O Poder Judiciário brasileiro tem como órgão máximo o Supremo Tribunal Federal (art. 92 da Constituição Federal), sendo a Justiça do Trabalho um dos seus órgãos estruturais, com competência para processar e julgar as demandas surgidas no importante e complexo mundo do trabalho: relações laborais propriamente, atividades sindicais ou outros conflitos do setor (art. 114 da Constituição Federal).

Para garantir continuidade à frente do Estado brasileiro o governo de assalto endossou dois documentos vitais à sua aceitação pelo mercado, o *Uma ponte para o futuro*³⁶⁴, em 2015, e *A travessia social*³⁶⁵, em 2016, ambos libelos de defesa de um liberalismo nu e cru, seguindo a didática prevista pelo *Consenso de Washington*³⁶⁶, tanto na forma pela qual analisavam a morfologia do Estado brasileiro, como pelas soluções que propunham para a saída da então alardeada “grande crise nacional”³⁶⁷. Em dois momentos distintos, o documento *A travessia social* foi taxativo ao apontar que:

O Estado brasileiro expandiu demasiadamente as suas atribuições e acabou desabando sob seu próprio peso. Em qualquer horizonte razoável, o Estado terá que renunciar a funções de que hoje se ocupa, e terá mesmo que amputar partes de sua arquitetura;³⁶⁸

O Estado brasileiro chegou ao seu limite. É um Estado exclusivamente caro tendo em vista a qualidade da política pública e a elevada carga tributária. Absorvendo mais de 40% da renda nacional, o Brasil foi muito além de todos os países emergentes, dos Estados Unidos e da

364 FUG. Fundação Ulisses Guimarães. **Uma ponte para o futuro**, 29 out. 2015. Disponível em: <https://www.fundacaoulisses.org.br/wp-content/uploads/2016/11/UMA-PONTE-PARA-O-FUTURO.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2018.

365 FUG. Fundação Ulisses Guimarães. *A travessia social – Uma ponte para o futuro*. VEJA. PMDB lança programa de governo, 30 abr. 2016. Disponível em: https://complemento.veja.abril.com.br/pdf/travessia%20social%20-%20pmdb_livreto_pnte_para_o_futuro.pdf. Acesso em: 31 dez. 2018.

366 “o guião orientador da chamada *globalização*, que deve entender-se, a meu ver, como a *política de globalização neoliberal*, apostada na imposição de um *mercado único de capitais à escala mundial*, que permita consolidar a supremacia do *capital financeiro sobre o capital produtivo*”. Cf. NUNES, António Avelãs. **Os trabalhadores e a crise do capitalismo**. Lisboa: Página a Página, 2015, p. 59.

367 Nada de estranhar a intermitente tentativa de investida neoliberal no Brasil, se se considerar que, há anos, Noam Chomsky já alertava que “*documentos de alto nível descreve a principal ameaça a esses interesses, particularmente na América Latina, como sendo os “regimes nacionalistas” e “radicais” sensíveis à pressão popular pela “melhoria imediata do baixo nível de vida das massas” e por um desenvolvimento voltado ao atendimento das necessidades do país. Essas tendências conflitam com a exigência de “um clima político e econômico propício para o investimento privado”, com a adequada repatriação dos lucros e a “proteção de nossas matérias-primas” – nossas, ainda que localizadas em outro país*”. Cf. CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas?** Neoliberalismo e ordem global. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 2002, p. 23.

368 FUG. Fundação Ulisses Guimarães. **A travessia social – Uma ponte para o futuro**, cit, p. 5

grande maioria dos países desenvolvidos. No mundo ideal, certamente seria bom tentar alguma reversão³⁶⁹.

Com efeito, sob as premissas de que o Estado brasileiro era excessivamente pesado e ineficiente e de que *“as economias modernas de mercado precisam de um Estado ativo e também moderno”*³⁷⁰ propugnaram a implantação de um “estado moderno”, capaz de *“distribuir os incentivos corretos para a iniciativa privada”*³⁷¹, ressaltando que *“os motores para o novo crescimento, com conseqüente aumento de emprego e da renda, são o investimento privado e as exportações”*³⁷². E, como saída para a crise, introduziram um rearranjo orçamentário alicerçado em medidas até então impensáveis, como o fim das vinculações constitucionais para as despesas (investimentos) de saúde e educação, a desindexação do valor dos benefícios sociais ao salário mínimo e o aumento da idade para aposentadoria³⁷³, sem qualquer pudor declarando que *“o Estado deve transferir para o setor privado tudo o que for possível em matéria de infraestrutura”*³⁷⁴. Trocando-se em miúdos, a nova ótica seria privatizar, privatizar e privatizar.

Não somente isso. Em poucas linhas, o programa *Uma ponte para o futuro* expressou ser fundamental *“i) na área trabalhista, permitir que as convenções coletivas prevaleçam sobre as normas legais, salvo quanto aos direitos básicos”*³⁷⁵, sugerindo, através de uma lógica indiscutivelmente de favorecimento ao setor privado, uma alteração profunda nos fundamentos da Consolidação das Leis do Trabalho³⁷⁶, pressupondo protagonismo de decisões eventualmente devastadoras para o mundo laboral brasileiro.

369 FUG. Fundação Ulisses Guimarães. **A travessia social – Uma ponte para o futuro**, cit, p. 7.

370 FUG. Fundação Ulisses Guimarães. **Uma ponte para o futuro**, 29 out. 2015, cit, p. 4.

371 FUG. Fundação Ulisses Guimarães. **Uma ponte para o futuro**, 29 out. 2015, cit, p. 4.

372 FUG. Fundação Ulisses Guimarães. **A travessia social – Uma ponte para o futuro**, cit, p. 8.

373 FUG. Fundação Ulisses Guimarães. **Uma ponte para o futuro**, 29 out. 2015, cit, p. 17, p. 9-11.

374 FUG. Fundação Ulisses Guimarães. **A travessia social – Uma ponte para o futuro**, cit, p. 17.

375 FUG. Fundação Ulisses Guimarães. **Uma ponte para o futuro**, 29 out. 2015, cit, p. 19.

376 *“Como mostrou o relatório do Fórum Econômico Mundial, nosso ambiente de negócios não é favorável e vem deteriorando-se com o tempo. Recriar um ambiente econômico estimulante para o setor privado deve ser a orientação de uma política correta de crescimento. Tudo isto supõe a ação do Estado. Temos que viabilizar a participação mais efetiva e predominante do setor privado na construção e operação de infraestrutura, em modelos de negócio que respeitem a lógica das decisões econômicas*

Ao argumento da necessidade de retomada do crescimento econômico com estímulo à produção e à sucessiva geração de empregos o ideário econômico infligido apontou claramente para uma forte modificação na legislação trabalhista em desfavor da classe trabalhadora, via endosso da estratégia do negociado sobre o legislado ou da desconstrução de outros institutos fundamentais ao direito laboral. Como remédio econômico, respondeu positivamente aos mandachuvas da FIESP e senhores de *Wall Street*, apostando na individualização da contratação laboral diretamente entre empresa e empregado, afastando, ao máximo, a classe obreira da proteção de seu sindicato, deixando a parte mais vulnerável da relação laboral literalmente nas mãos gananciosas do empresariado.

O *establishment* neoliberal nunca disfarçou que a flexibilização das leis trabalhistas era uma de suas ambições motrizes. É que sendo o neoliberalismo a vitória do capitalismo financeiro sobre o capitalismo produtivo, portanto, do capitalismo rígido sobre o especulativo sobre o capitalismo pensado como moderador de uma sociedade desigual³⁷⁷, não há como reservar-se espaço para empregos convencionais. Um capitalismo de agiotagem, resolvido à base de juros e mais juros, não precisa de trabalhadores e, muito menos, de normas legais ou convencionais que, por um lado, lhes beneficiem, por

privadas, sem intervenções que distorçam os incentivos de mercado, inclusive respeitando o realismo tarifário. Em segundo lugar, o Estado deve cooperar com o setor privado..." Cf. FUG. Fundação Ulisses Guimarães. **Uma ponte para o futuro**, 29 out. 2015, cit, p. 17.

377 O capitalismo é o sistema econômico da desigualdade. David Harvey é direto quando comenta sobre um aprendizado necessário a todo movimento revolucionário juvenil: "A primeira lição que precisa aprender é que um capitalismo ético, sem exploração e socialmente justo que beneficie a todos é impossível. Contradiz a própria natureza do capital." Cf. HARVEY, David. **O enigma do capital e as crises do capitalismo**. Tradução de João Alexandre Peschanski. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 193.

Já Thomas Piketty, de forma mais analítica, leciona:

"A lição geral de minha pesquisa é que a evolução dinâmica de uma economia de mercado e de propriedade privada, deixada à própria sorte, contém forças de convergência importantes, ligadas sobretudo à difusão do conhecimento e das qualificações, mas também forças de divergências vigorosas e potencialmente ameaçadoras para nossas sociedades democráticas e para os valores de justiça social sobre os quais elas se fundam.

A desigualdade $r > g$ faz com que os patrimônios originados no passado se recapitalizem mais rápido do que a progressão da produção e dos salários. Essa desigualdade exprime uma contradição lógica fundamental. O empresário tende inevitavelmente a se transformar em rentista e a dominar cada vez mais aqueles que só possuem sua força de trabalho. Uma vez constituído, o capital se reproduz sozinho, mais rápido do que cresce a produção. O passado devora o futuro." Cf. PIKETTY, Thomas. **O Capital no século XXI**. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 555.

outro, obstaculizem o itinerário da usura. Subempregos, trabalhos precários e relações informais são condições inerentes à subsistência do sistema neoliberal.

Nesse sentido, o sindicato é uma pedra no sapato do prócer neoliberal: luta pela melhoria de condições de trabalho, inclusa a majoração de salários, para sua categoria; persegue avanços no cardápio normativo-laboral em benefício obreiro em geral, implicando em estabelecimento de um mínimo de segurança social ao desenvolvimento econômico; empodera politicamente a classe trabalhadora na negociação coletiva. E se o sonho do neoliberalismo é um mercado autorregulável ou sem regras prefixadas que lhes tolham a volúpia financista, permeado de relações laborais aptas a serem descartadas toda vez que a diminuição da mais-valia incida negativamente no caixa da empresa, é óbvio que o sindicato nunca foi, nem será, instituição bem-vinda às aspirações dos donos do mercado. Trata-se, ao contrário, de figura a apartar-se do jogo³⁷⁸, sendo a individualização da contratação e o monopólio do manejo das alterações contratuais apenas duas das muitas táticas utilizadas pelo neoliberalismo para impulsionar a desagregação sindical.

Bem preleciona Avelãs Nunes³⁷⁹ quando defende que não há política de distribuição de lucros que se compare a uma convenção coletiva de trabalho, porque o resultado (da convenção coletiva) não é um conjunto de penduricalhos filantrópicos distribuídos pelo patronato aos servos de suas empresas, mas um rol de garantias com previsão de busca pré-definida pela categoria profissional, via de regra, mobilizadas pela campanha salarial, e, posteriormente, conquistadas a fórceps pelo sindicato, no desenrolar da negociação coletiva. A ação do sindicato é a antítese do sonho neoliberal, porque a um só tempo desenvolve, via contratação coletiva, um caminho oposto ao da individualização da negociação; promove a conquista de garantias mais consistentes para os obreiros de sua base; conscientiza a categoria para a luta em torno da manutenção de direitos e de novas conquistas; e estimula o sentimento de solidariedade de classe.

378 Comentando sobre a guerra aberta por Hayek contra os sindicatos, Avelãs Nunes registra colocação de Gottfried Haberler, para quem:

“o poder das organizações operárias cresceu até um ponto em que os sindicatos começam a ser incompatíveis com a economia de livre empresa. [...] Se se quer preservar o sistema de livre empresa, [...] será necessário mudar as actuais políticas salariais e reduzir o poder monopolístico dos sindicatos operários”. Cf. NUNES, António Avelãs. **Os trabalhadores e a crise do capitalismo**, cit, p. 40.

379 NUNES, António Avelãs. **Os trabalhadores e a crise do capitalismo**, cit, p. 85.

Por conseguinte, nesse quadro de guerra ao Direito do trabalho como ciência jurídica autônoma e de despreço ao próprio mundo do trabalho, a depreciação da Justiça do Trabalho é uma consequência natural, em verdade, um corolário, inobstante seja a mesma um dos mais importantes poderes da República e venha, há sete décadas, cumprindo o relevante papel de conciliar as díspares e complexas relações entre o empresariado nacional e seus trabalhadores.

Não se trata de ideia ou proposição nova, já que nos governos neoliberais de Fernando Henrique Cardoso, no final da década de 90, velhos atores da política já cobravam uma radical coerência no sistema, que se é neoliberal e adota o estado mínimo como norte, não pode excetuá-lo relativamente ao judiciário trabalhista e suas leis de regência, que devem ser substancialmente diminuídos, flexibilizados ou simplesmente extirpados. Naquela ocasião, o desmonte foi impedido em razão da imensa repercussão negativa que causou no seio da comunidade jurídica e na sociedade como um todo, tendo os próprios magistrados do trabalho, sob o comando de sua associação nacional (ANAMATRA)³⁸⁰, realizado inédito movimento grevista que terminou por evitar o que seria um gravíssimo retrocesso para o mundo das relações laborais. Da mesma forma, relativamente à subsunção do legislado sobre o negociado, que de tão violenta contra a classe trabalhadora não logrou reunir força suficiente para ser aprovada no parlamento nacional, sendo finalmente por este desautorizada.

Mas havendo ambiência política para realizar intervenções de tamanha dimensão, por suposto havê-lo-á também para o atendimento de outras velhas demandas de setores empresariais mais radicais, como a terceirização sem limites, a redução ou eliminação da multa do FGTS por rescisão injusta do contrato laboral, o banco de horas sem regulação adequada de modo a permitir o não pagamento da sobrejornada, a flexibilização das regras para contratação de mão de obra (com o conseqüente aumento do trabalho intermitente, da pejetização e do autônomo empregado), o fim da responsabilidade subsidiária do poder público, e, claro, a criminalização da atividade sindical e do direito de greve.

Parte dessas pretensões foi contemplada na malsinada reforma da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), mas a polêmica persiste. Em entrevista ao jornal Estado de Minas, importante voz não empresarial manifestou-se

380 Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho.

publicamente em desfavor da Justiça do Trabalho, sugerindo a necessidade de incorporação da Justiça laboral à Justiça Federal comum. A ex-ministra e ex-corregedora nacional do Superior Tribunal de Justiça-STJ, Eliana Calmon, afirmou que a Justiça do Trabalho foi aparelhada pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e que

isso começou a acontecer no momento em que houve aquela ideia de acabar com a Justiça do Trabalho e isso ia contra os interesses do sindicalismo, porque o grande e fiel escudeiro do sindicalismo é a Justiça do Trabalho. Eles viram que nenhum país civilizado tem uma Justiça do Trabalho. Então, começaram a criar conflitos e a largar o maior número de processos.³⁸¹

Estupezatos com a afrontosa declaração, ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho) e COLEPRECOR (Colégio de Presidentes e Corregedores da Justiça do Trabalho) emitiram Nota Pública classificando como “mentirosa” a afirmação de que a Justiça do Trabalho estaria “aparelhada” e que

as declarações da Sra. Eliana Calmon, emitidas de forma irrefletida e desrespeitosa causam perplexidade, ora pela total desconexão com a realidade – a Alemanha e a Inglaterra, p. ex., possuem Justiça do Trabalho como ramo judiciário autônomo (e supostamente são países civilizados), ora pelos seus próprios termos, representando agressão gratuita e leviana à dignidade das instituições judiciais trabalhistas e à seriedade e profissionalismo de todos os Juízes do Trabalho brasileiros, independentemente das suas respectivas visões do mundo e do Direito. A diversidade de pensamento no âmbito de um ramo do Judiciário não pode placitar críticas irresponsáveis e preconceituosas, como as de hoje, sob pena de agredir a própria independência técnica dos magistrados.³⁸²

381 Cf. SAMOR, Geraldo. “A JUSTIÇA do Trabalho foi aparelhada pelo PT”, diz Eliana Calmon. **Estado de Minas**. EM. 16 jul. 2018. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2018/07/16/internas_economia,973634/a-justica-do-trabalho-foi-aparelhada-pelo-pt-diz-eliana-calmon.shtml. Acesso em: 31 dez. 2018.

382 CRÍTICAS de Eliana Calmon à Justiça do Trabalho causam polêmica com magistrados. **Migalhas**. 18 jul. 2018. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI283970,61044-Criticas+de+Eliana+Calmon+a+Justica+do+Trabalho+causam+polemica+com>. Acesso em: 31 dez. 2018.

Conscientes de que a discussão pode se intensificar, o que é preocupante, ANAMATRA e AJUFE³⁸³ emitiram notas de desaprovação da pretendida fusão.³⁸⁴ Por sua vez, a AMATRA 1 (representante dos magistrados do trabalho do Rio de Janeiro), também em nota, reputou esdrúxula e despropositada a ideia da fusão, declarando inexistir qualquer iniciativa dos poderes judiciário e legislativo nesse sentido, e que movimentos como esse rendem ensejo ao enfraquecimento da Justiça do Trabalho “*que há décadas presta um serviço de excelência aos cidadãos brasileiros, equilibrando as relações entre o capital e o trabalho*”.³⁸⁵

Em verdade, a proposta (velha) de extinção da Justiça do Trabalho, agora repaginada sob a forma de fusão com a Justiça Federal comum, não passa de um eufemismo para torpedear ainda mais o sistema brasileiro de proteção do trabalhador, já tão golpeado pela recente reforma trabalhista. Seria o golpe mortal de um ambicioso projeto de desconstrução do direito do trabalho positivado do Brasil, e que pode, no limite, render influência negativa em todo o direito do trabalho mundial, tamanho o grau de importância conquistado por nosso país no cenário trabalhista internacional, intensificado especialmente nos anos dos governos dos presidentes Lula da Silva e Dilma Rousseff, quando, sem desfavorecer os interesses do capital, os valores do trabalho receberam atenção e maior destaque.

De todo modo, falar em fusão de dois ramos do judiciário federal do porte das justiças do trabalho e federal comum é não dominar por completo a disparidade de missões e a complexidade dos instrumentos que cada qual utiliza para realizar seus objetivos. Como ressaltado pelo Juiz Rodrigo Trindade, em artigo sobre o tema, “*Exército e Marinha são também órgãos federais, mas ninguém cogita de unificá-los. Afinal, contam com missões e*

383 Associação dos Juizes Federais do Brasil.

384 CRÍTICAS de Eliana Calmon à Justiça do Trabalho causam polêmica com magistrados. **Migalhas**. 18 jul. 2018. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI283970,61044-Criticas+de+Eliana+Calmon+a+Justica+do+Trabalho+causam+polemica+com>. Acesso em: 31 dez. 2018.

385 **NOTA PÚBLICA: AMATRA1 repudia rumores de fusão da Justiça do Trabalho com a Justiça Federal**, 19 jul. 2018. In AMATRA 1. Disponível em: <http://www.amatra1.com.br/noticias/nota-publica-amatra-1-repudia-rumores-de-fusao-da-justica-do-trabalho-com-a-justica-federal/>. Acesso em: 31 dez. 2018.

*instrumentos diferentes, apesar de serem constituídos por corpo profissional de formação muito semelhante*³⁸⁶.

Lembra o jurista que situação semelhante vivem os órgãos judicantes, pois a federal lida essencialmente com questões tributárias e da administração pública, tendo praticamente um único cliente, a União, com os privilégios próprios da prevalência do interesse público, enquanto os trabalhistas exercem sua jurisdição em demandas de natureza privada, a partir de normas profundamente individualizadas de cada contrato laboral, e usando uma infinidade de regras legais, contratuais ou de convenções e acordos coletivos, diferenças que se refletem também nas estruturas, no número de tribunais, varas, processos, magistrados e servidores.

No final de 2017 a Associação Juizes para a Democracia (AJD) promoveu jornada trabalhista com o objetivo de discutir sobre as alterações da Lei n. 13.467/2017 e suas consequências para as relações laborais. As conclusões não foram nada alentadoras. Segundo a AJD:

A Reforma Trabalhista é o maior ataque dirigido aos direitos sociais desde a instituição do Estado Democrático de Direito. Reformar, neste contexto, não significa fazer alguma mudança pontual e necessária, mas sim, demolir todo o sistema de direitos sociais preconizado na Constituição Federal de 1988. Apenas um governo que não teve seu programa submetido ao voto popular poderia tomar tal medida com tamanha rapidez.

As justificativas de melhor produtividade e redução de custos apenas são eufemismos para dizer que a classe trabalhadora será submetida a condições piores de trabalho. Da mesma forma, haverá exposição a uma maior probabilidade de ocorrência de acidentes de trabalho, uma vez que haverá prorrogação excessiva de jornada e intensificação do ritmo de trabalho. Os salários menores e os direitos reduzidos gerarão ainda a fragmentação da classe trabalhadora, que passará a estar assistida por sindicatos cada vez mais fracos. De fato, de acordo com a nova sistemática, o sindicato não apenas perde a contribuição sindical

386 **FUSÃO do Judiciário da União: gourmetizaram o nonsense**, 19 jul. 2018. Publicações. Artigos. Disponível em: <https://www.amatra13.org.br/artigos/fusao-do-judiciario-da-uniao-gourmetizaram-o-nonsense/>. Acesso em: 31 dez. 2018.

como perde também a possibilidade de intervir de modo adequado nas relações de trabalho, ou seja, de ser capaz de pressionar o capital para obter melhores condições do que aquelas previstas em lei.

Como se não bastasse, a Reforma Trabalhista apresenta um componente muito perverso em se tratando de recortes de gênero e classe, já que as mulheres, e em especial as mulheres negras, são as primeiras a perder postos de trabalho e a submeterem-se a situações mais intensas de precarização.

Nos momentos de crise é sempre a classe trabalhadora a primeira a ser sacrificada. Retiram-se as garantias e flexibilizam-se os direitos, sem que estejam garantidos o emprego e a subsistência. A Reforma Trabalhista nada mais é do que uma faceta dessa moeda³⁸⁷.

O fato é que a Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista) golpeou ferozmente a essência do direito trabalhista do Brasil, com vistas a desconstituir os principais instrumentos de equilíbrio do sistema, que, adotado desde 1943 com a edição da CLT, até então conseguia manter um minimamente razoável equilíbrio na relação, a um só tempo, dialética e contraditória entre os interesses do capital e do trabalho em território nacional, inclusive pela ação da Justiça do Trabalho, que, em termos gerais, sempre foi reconhecida como o braço do Judiciário do país mais efetivo na pacificação dos conflitos demandados.

Indefectivelmente, atropelado pelo golpe que destituiu a presidenta Dilma Vana Rousseff em 2016, o sistema viu-se imediatamente às voltas com súbita e violenta intervenção claramente destinada a desconstruir seus princípios fundamentais, suprimir direitos e modificar *in pejus* alguns outros, mesmo que adotados por todos os países do mundo civilizado e consagrados nos tratados internacionais e Convenções da OIT, dos quais o Brasil é signatário. Não é demais afirmar que muitas dessas disposições buscam de fato conferir *status* de subcidadania à classe trabalhadora, como, por exemplo, na delimitação dos direitos de personalidade, na parametrização do dano moral, no trabalho da mulher gestante em local insalubre, na dificuldade do acesso à Justiça, do benefício da gratuidade processual, ou da realização de perícias necessárias.

387 TESES da I Jornada Trabalhista da Associação Juizes para a Democracia. *AJD*. 26 jul. 2018. Disponível em: <http://ajd.org.br/teses-da-i-jornada-trabalhista-da-associacao-juizes-para-democracia/>. Acesso em: 31 dez. 2018.

A título exemplificativo elenca-se outros aspectos da reforma que são atentatórios a direitos ou a princípios fundantes do direito trabalhista: a) terceirização da atividade fim da empresa b) mudança no conceito de grupo econômico, c) fim da ultratividade das cláusulas das convenções coletivas, d) modificação reducionista no conceito de remuneração, e) fragilização da atividade sindical pela supressão da contribuição prevista em lei, f) homologação de acordos que representam renúncia a direitos indisponíveis (arts. 477B e 507B, da CLT), g) quitação trabalhista na empresa, sem acompanhamento sindical; h) declaração anual de quitação de direitos; i) prática de horas extras habituais ou além do limite de duas horas diárias; j) banco de horas como estratégia de gestão para sonegar o respectivo pagamento; l) trabalho intermitente com regras atentatórias à dignidade humana; m) não remuneração de jornada itinerante; n) aplicação de multa à testemunha, etc.

Não por acaso instituições e personalidades do ramo criticaram a malsinada lei da reforma, sendo uma das mais significativas a manifestação de 17 ministros do Tribunal Superior do Trabalho, que, em carta ao presidente do Senado Federal antes de sua aprovação, alertaram-no para os danos que a medida traria aos trabalhadores e às relações de trabalho no país.³⁸⁸

Também a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que, respondendo à consulta formulada por entidades sindicais nacionais, confirmou que artigos da reforma violam convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, em especial a Convenção 154, segundo a qual um projeto de lei que modifica substancialmente regras trabalhistas não deve ser aprovado sem que sejam precedidas de consultas aos trabalhadores e empregadores, com acompanhamento de órgãos de governo, previsão também constante dos Verbetes 1075, 1081 e 1082, do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT.³⁸⁹ Na ocasião, a diretora do Departamento de Normas Internacionais do Trabalho alertou para o poder vinculante das Convenções da OIT sobre os estados-membros da organização, cuja jurisprudência sobre

388 **17 MINISTROS do TST assinam documento contra reforma trabalhista**, 25 mai. 2017. Consultor Jurídico. CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-25/17-ministros-tst-assinam-documento-reforma-trabalhista>. Acesso em: 31 dez. 2018.

389 TESES da I Jornada Trabalhista da Associação Juizes para a Democracia. **AJD**. 26 jul. 2018. p. 4. Disponível em: <http://ajd.org.br/teses-da-i-jornada-trabalhista-da-associacao-juizes-para-democracia/>. Acesso em: 31 dez. 2018.

liberdade sindical constitui-se direito consuetudinário internacional cujo desrespeito (por exemplo, o rebaixamento das proteções estabelecidas nas Convenções) é considerado atentatório à própria Constituição da OIT.³⁹⁰

Nesse sentido, a Lei n. 13.467/2017 configura-se também afrontosa à Convenção 154 e à jurisprudência vinculante da OIT, não podendo ser aplicada sem que incorra o país em grave desrespeito Direito Internacional do Trabalho.

Considerações finais

Todo governo golpista é antidemocrático e essencialmente ruim. Um golpe neoliberal, por sua vez, representa desastrosas repercussões para o meio econômico e social, porque implica em retrocessos graves nos direitos civis e políticos, além de um vil regresso a condições laborais mais precárias do estágio histórico anterior que já se havia por superado. Não tem sido diferente com a destituição da presidenta Dilma Rousseff, cujo golpe se configurou em enorme desequilíbrio nas relações laborais e no sistema jurídico que lhe dava sustentação, sempre em desfavor das classes trabalhadoras, já sentido pelas camadas populares (desguarnecidas da proteção sindical), tanto que despertado, no país, o crescimento e chegada ao poder do fascismo, movimento cuja história outrora já demonstrou massificar em momentos de semelhante desestabilização institucional.

Referências

17 MINISTROS do TST assinam documento contra reforma trabalhista. **Consultor Jurídico** (CONJUR), 25 maio 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-25/17-ministros-tst-assinam-documento-reforma-trabalhista>. Acesso em: 31 dez. 2018.

390 TESES da I Jornada Trabalhista da Associação Juizes para a Democracia. **AJD**. 26 jul. 2018. 4. Disponível em: <http://ajd.org.br/teses-da-i-jornada-trabalhista-da-associacao-juizes-para-democracia/>. Acesso em: 31 dez. 2018.

17 MINISTROS do TST assinam documento contra reforma trabalhista. (Íntegra). **Consultor Jurídico** (CONJUR). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/trabalhista-reforma-tst.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em: 12 maio 2019.

CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas?** Neoliberalismo e ordem global. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 2002.

CRÍTICAS de Eliana Calmon à Justiça do Trabalho causam polêmica com magistrados. **Migalhas**. 18 jul. 2018. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI283970,61044-Criticas+de+Eliana+Calmon+a+Justica+do+Trabalho+causam+polemica+com>. Acesso em: 31 dez. 2018.

FUG. Fundação Ulisses Guimarães. A travessia social – Uma ponte para o futuro. **VEJA**. PMDB lança programa de governo, 30 abr. 2016. Disponível em: https://complemento.veja.abril.com.br/pdf/travessia%20social%20-%20pmdb_livreto_pnte_para_o_futuro.pdf. Acesso em: 31 dez. 2018.

FUG. Fundação Ulisses Guimarães. **Uma ponte para o futuro**, 29 out. 2015. Disponível em: <https://www.fundacaoullysses.org.br/wp-content/uploads/2016/11/UMA-PONTE-PARA-O-FUTURO.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2016.

FUSÃO do Judiciário da União: gourmetizaram o nonsense, 19 jul. 2018. Publicações. Artigos. Disponível em: <https://www.amatra13.org.br/artigos/fusao-do-judiciario-da-uniao-gourmetizaram-o-nonsense/>. Acesso em: 30 jul. 2018.

HARVEY, David. **O enigma do capital e as crises do capitalismo**. Tradução de João Alexandre Peschanski. São Paulo: Boitempo, 2014.

NOTA PÚBLICA: AMATRA1 repudia rumores de fusão da Justiça do Trabalho com a Justiça Federal, 19 jul. 2018. AMATRA 1. Disponível em: <http://www.amatra1.com.br/noticias/nota-publica-amatra-1-repudia-rumores-de-fusao-da-justica-do-trabalho-com-a-justica-federal/>. Acesso em: 30 jul. 2018.

NUNES, António Avelãs. **Os trabalhadores e a crise do capitalismo**. Lisboa: Ed. Página a Página, 2015.

OIT classifica reforma trabalhista brasileira como violadora de direitos, 28 maio 2018. Consultor Jurídico. CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-29/brasil-entra-lista-suja-oit-causa-reforma-trabalhista>. Acesso em 31 dez. 2018.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no século XXI**. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

REFORMA Trabalhista como forma de precarização do Direito dos Trabalhadores. Publicação Oficial da AJD - Associação Juízes para a Democracia, ano 17, n. 76, jan./mar. 2018.

SAMOR, Geraldo. “A JUSTIÇA do Trabalho foi aparelhada pelo PT”, diz Eliana Calmon. **Estado de Minas**. EM. 16 jul. 2018. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2018/07/16/internas_economia,973634/a-justica-do-trabalho-foi-aparelhada-pelo-pt-diz-eliana-calmon.shtml. Acesso em: 31 dez. 2018.

TESES da I Jornada Trabalhista da Associação Juízes para a Democracia. **AJD**. 26 jul. 2018. Disponível em: <http://ajd.org.br/teses-da-i-jornada-trabalhista-da-associacao-juizes-para-democracia/>. Acesso em: 31 dez. 2018.

