

CJP
INSTITUTO DE CIÊNCIAS
JURÍDICO-POLÍTICAS

CIDP
CENTRO DE INVESTIGAÇÃO
DE DIREITO PÚBLICO



Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional

Volume 14

JORGE MIRANDA | CARLA AMADO GOMES
ANABELA COSTA LEÃO
(Coordenadores)

BEATRIZ SOUZA COSTA | BLEINE QUEIROZ CAÚLA
VALTER MOURA DO CARMO
(Organizadores)



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA



Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional

E-BOOK INTERNACIONAL VOLUME 14

**Desenvolvimento Socioambiental e Econômico:
o diálogo para um Planeta em crise**

Homenagem à Reitora Fátima Maria Fernandes Veras



**JORGE MIRANDA
CARLA AMADO GOMES
ANABELA COSTA LEÃO**
(Coordenadores)

**BEATRIZ SOUZA COSTA
BLEINE QUEIROZ CAÚLA
VALTER MOURA DO CARMO**
(Organizadores)

**Instituto de Ciências Jurídico-Políticas
Centro de Investigação de Direito Público**

www.icjp.pt | icjp@fd.ulisboa.pt



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa

-

Outubro de 2022

ISBN: 978-989-8722-58-4

-

Imagem da capa:

Artista Sérgio Helle

(Instagram @sergiohelle)

Revisão gramatical:

Mônica Zappalenti

Revisão ABTN:

Bleine Queiroz Caúla

Valter Moura do Carmo

-

Produzido por:

OH! Multimédia

mail@oh-multimedia.com

Comissão Científica

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

Paulo de Bessa Antunes – UNIRIO

Roberta Teles – Universidade de Fortaleza

Rodrigo Martiniano Ayres Lins – ABRADep

Rômulo Guilherme Leitão – Universidade de Fortaleza

Rubén Miranda Gonçalves – Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Susana Borràs Pentinat – Universitat Rovira i Virgili

Valério de Oliveira Mazzuoli – UFMT

Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Wagner Menezes – USP

[Ir para o índice](#)

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 ações 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>.

Organizadoras

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

Professora do curso de Direito da Universidade de Fortaleza – Graduação em Direito. Doutora em Direito – linha Estratégia Global para o Desenvolvimento Sustentável (Universitat Rovira i Virgili, Tarragona – Catalunha, Espanha), reconhecido pela Universidade de Marília – UNIMAR (2021). Líder do Grupo de Pesquisa do CNPq vinculado à Universidade de Fortaleza – *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional* e editora dos volumes 1 a 22 das obras publicadas. Pesquisadora do Grupo Transdisciplinar de Estudos e Pesquisas Institucionais – GTeia (Universidade Federal do Ceará). Coordenadora Acadêmica do CONCED. Mediadora e Conciliadora do CNJ. Advogada agraciada com o V Prêmio Innovare, 2008. 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; Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional. E-mail: bleinequeiroz@yahoo.com.br. ORCID: <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 colaborador do mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins - UFT, em convênio com a ESMAT. Professor da graduação em Direito da FADAT. Membro do Conselho Fiscal do CONPEDI. Membro da Comissão de Estudo de Identificação e Descrição da ABNT.

Grupo de Pesquisa CNPq

Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional

Linhas de pesquisa:

1) Gestão criativa de conflitos

Coordenadora: Dayse Braga Martins (UNIFOR)

2) Direito constitucional multiportas

Coordenador: Francisco Lisboa Rodrigues (FATENE)

3) Direitos Humanos, Estado e Cidadania

Coordenadora: Carolina Hissa (ESUP-FGV)

4) Direito, moda e sustentabilidade

Coordenadora: Dayana Nayara Alves (UNINASSAU)

5) Inteligência artificial, direito e dignidade

Coordenador: Hian Colaço (FBUNI)

6) Direitos sociais, orçamento público e concretização de direitos

Coordenadora: Simone Aguiar (UNIFOR)

7) Análise Jurídica da Economia para uma Revolução Verde

*Coordenadores: Ângela Haonat (UFT); Bleine Queiroz (UNIFOR)
e Sócrates Oliveira (UFC)*

8) Democracia participativa, transparência e direito à informação

Coordenadoras: Anna Carolina Alencar (UNIFOR) e Bleine Queiroz (UNIFOR)

[Ir para o índice](#)



**9) Next Generation EU e Plano Nacional de Ripresa e Resiliência:
uma perspectiva interdisciplinar**

*Coordenadora: Anna Ciammariconi (Università degli Studi di Teramo
– Facoltà di Scienze Politiche)*

10) Direito Eleitoral Internacional

Coordenadora Jéssica Teles de Almeida (Universidade Estadual do Piauí)

[Ir para o índice](#)

Autores

Anna Ciammariconi

Ricercatrice di Diritto pubblico comparato presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università degli Studi di Teramo. Coordenadora da linha de pesquisa "Next Generation EU e Plano Nacional de Ripresa e Resiliência: uma perspectiva interdisciplinar" do Grupo de Pesquisa do CNPq vinculado à UNIFOR – Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional.

Ângela Issa Haonat

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. 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 titular na classe de Juristas, do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Tocantins. Membro da Comissão Científica do Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional. Coordenadora da linha de pesquisa "Análise Jurídica da Economia para uma Revolução Verde" do Grupo de Pesquisa do CNPq vinculado à UNIFOR – Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional.

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. Líder do Grupo de Pesquisa do CNPq vinculado à UNIFOR – Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional.



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.

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.

Elaine Cristina Sotelo Fachini

Graduada em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. Pós-Graduada em Docência no Ensino Superior pela UNIMAR. Mestrado em Direito na UNIMAR. Foi bolsista PROSUP/CAPES.

Francisco Lisboa Rodrigues

Procurador do Município de Fortaleza – Brasil. Mestre e Doutor em Direito Constitucional – UNIFOR. Especialista em Processo Administrativo – UFC. Professor de Direito Constitucional – FATENE. Coordenador da linha de pesquisa “Direito constitucional multiportas” do Grupo de Pesquisa do CNPq vinculado à UNIFOR – Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional.

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).

[Ir para o índice](#)

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. Coordenador da linha de pesquisa “Inteligência artificial, direito e dignidade” do Grupo de Pesquisa do CNPq vinculado à UNIFOR – Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional. E-mail: hiancolaco@hotmail.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

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.

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).



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).

Sócrates Costa Oliveira

Advogado. Mestrando em Direito - Universidade Federal do Ceará. Pesquisador do Grupo de Pesquisa do CNPq vinculado à UNIFOR – Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional- da linha de pesquisa “Análise Jurídica da Economia para uma Revolução Verde”. 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/UFSC); Pós-graduado em Direito e Processo Tributário na UNIFOR; Graduado em Direito na Universidade de Fortaleza; Intercambista na Universidade de Lisboa – FDUL.

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. Professor visitante do mestrado

[Ir para o índice](#)

do em Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido- UFERSA. Professor colaborador do mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins- UFT em parceria com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense- ESMAT. Membro do Conselho Fiscal do CONPEDI. Membro da Comissão de Estudo de Identificação e Descrição da ABNT. Editor-adjunto da Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Sócio da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência- SBPC (desde 2005). Membro do Grupo de Pesquisa da UFSC “Governo eletrônico, inclusão digital e sociedade do conhecimento” (desde 2012). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito e Novas Tecnologias.



*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

Graduada em Direito – Universidade de Fortaleza

Poema escrito em abril de 2019.

Ir para o índice

Sumário

19 Prefácio

Paulo Affonso Leme Machado

25 Apresentação

Bleine Queiroz Caúla

28 Homenagem à Reitora Fátima Maria Fernandes Veras

Christina César Praça Brasil

Artigos palestrantes brasileiros e estrangeiros

34 Eficiência energética e sustentabilidade

Carla Amado Gomes

**50 (Bi)tributação dos produtos reciclados no Brasil:
uma logística inversa?**

Bleine Queiroz Caúla, Midred Cavalcante Barreto
e Sócrates Costa Oliveira

**87 Controle de Convencionalidade e efetivação do
direito fundamental cultural à consulta substancial
das minorias indígenas no caso Belo Monte**

Hian Silva Colaço

**127 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**

Ângela Issa Haonat



- 145** La riforma della disciplina sulla cittadinanza nell'ordinamento italiano: un'altra occasione mancata?
Anna Ciammariconi
- 167** Sentença Constitucional Anencéfala
Francisco Lisboa Rodrigues
- 196** A Dimensão Ecológica da Dignidade da Pessoa Humana
Elaine Cristina Sotelo Fachini e Valter Moura do Carmo
- 224** Violência, Segurança Pública e Sistema Prisional: uma visão desde a perspectiva dos Direitos Humanos
César Barros Leal
- 248** A tecnologia assistiva como instrumento de garantia do direito à educação às pessoas com deficiência
Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier e
Gabriele Aparecida de Souza e Souza
- 278** Direito laboral desmantelado
Marcelo Ribeiro Uchôa e Inocência Rodrigues Uchôa

Prefácio

PAULO AFFONSO LEME MACHADO¹

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 prefaciar a publicação – **Diálogo ambiental, constitucional e internacional – volume 14**.

Este volume tem o atraente subtítulo *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.

1 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.



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 vênia 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 re-

gulamentam. 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 promovam 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*, 2ª. 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 cha-

mados 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 postular 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, debatê-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 ecopolítica 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).

Fevereiro, 2022.

[Ir para o índice](#)

Apresentação

BLEINE QUEIROZ CAÚLA

COORDENADORA CIENTÍFICA

O projeto acadêmico Seminário Internacional Diálogo ACI renova o compromisso científico, a promoção da iniciação à pesquisa e a qualidade metodológica dos artigos publicados. Em comemoração dos 10 anos foi criado o Grupo de Pesquisa no CNPq vinculado à Universidade de Fortaleza. Iniciamos com 10 linhas: Gestão criativa de conflitos – Coordenadora Dayse Braga Martins (UNIFOR); Direito constitucional multiportas – Coordenador Francisco Lisboa Rodrigues (FATENE); Direitos humanos, Estado e cidadania – Coordenadora Carolina Hissa (ESUP-FGV); Direito, moda e sustentabilidade – Coordenadora Dayana Nayara Alves (UNINASSAU); Inteligência artificial, direito e dignidade – Coordenador Hian Colaço (FBUNI); Direitos sociais, orçamento público e concretização de direitos – Coordenadora Simone Aguiar (UNIFOR); Análise Jurídica da Economia para uma Revolução Verde – Coordenadores Ângela Haonant (UFT); Bleine Queiroz (UNIFOR) e Sócrates Oliveira (UFC); Democracia participativa, transparência e direito à informação – Coordenadoras Anna Carolina Alencar (UNIFOR) e Bleine Queiroz (UNIFOR); Next Generation EU e Plano Nacional de Ripresa e Resiliência: uma perspectiva interdisciplinar – Coordenadora Anna Ciammariconi (Università degli Studi di Teramo – Facoltà di Scienze Politiche); Direito Eleitoral Internacional – Coordenadora Jéssica Teles de Almeida (Universidade Estadual do Piauí).

[Ir para o índice](#)



O Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional completou quinze edições no ano de 2019, percorrendo cidades brasileiras como Fortaleza, Belém, Belo Horizonte, Brasília, Marília, Palmas e Rio de Janeiro; e as cidades estrangeiras: Braga, Lisboa e Porto (Portugal); Santiago de Compostela, Sevilla e Tarragona (Espanha), Quito (Equador) e Teramo (Itália). O XVI Diálogo ACI terá a temática Recursos energéticos e soberania – uma perspectiva interdisciplinar. Será realizado na Università degli Studi di Teramo – Facoltà di Scienze Politiche (Teramo, Itália) e na Universidad Complutense de Madrid (Espanha), nos dias 21 e 23 de junho de 2022; dias 15 e 16 de setembro de 2022 na Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

São editorados dois livros a cada edição do evento: um volume de artigos apresentados e outro de artigos dos palestrantes e autores convidados. No Brasil, a publicação é impressa e disponibilizada no site www.dialogoaci.com com acesso gratuito. A publicação em e-book internacional pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa tem como madrinha a Professora Carla Amado Gomes, coordenadora acadêmica do Diálogo ACI. Seu entusiasmo e visão continental permitiram a ampliação do universo à leitura dos textos acadêmicos produzidos em todas as edições do Seminário. Uma incansável defensora do “notável percurso do Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional”.

O XI Diálogo ACI elegeu o tema “Desenvolvimento Socioambiental e Econômico: o diálogo para um Planeta em crise”. Foi acolhido pela Escola Superior Dom Helder Câmara –ESDHC, no Brasil; e pela Universidade do Porto – UP, em Portugal, nos meses de setembro e novembro de 2017. Rendemos nossos agradecimentos as professoras Beatriz Costa, Marta Chantal Ribeiro e Anabela Costa Leão, pela impecável organização do evento. O volume 14 compila os artigos dos palestrantes da edição do evento. Momento em que rendemos os agradecimentos aos autores titulares de saber acadêmico.

[Ir para o índice](#)

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.

O e-book internacional Diálogo ACI – volume 14 traz uma homenagem à Sra. Fátima Maria Fernandes Veras, primeira mulher a exercer o cargo de Magnífica Reitora da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, sucedendo seu amigo Carlos Alberto Batista Mendes de Sousa. Ambos têm formação na área da saúde. No decorrer da caminhada acadêmica optaram pela dedicação à administração superior. A doutora Fátima Veras é também professora, médica, mãe, avó. É o exemplo de que a mulher pode e deve conquistar seu espaço profissional. Sua gestão é marcada pelo momento de transição tecnológica e transformação do ensino superior.

Boa leitura!

Lisboa, julho de 2022.



Homenagem à Reitora Fátima Maria Fernandes Veras

CHRISTINA CÉSAR PRAÇA BRASIL

DIRETORA DE PÓS-GRADUAÇÃO
DA UNIVERSIDADE DE FORTALEZA

Não vou escrever o óbvio!

Não precisa dizer tudo o que a Dra. Fátima Veras já fez e continua fazendo, nem que foi a primeira mulher a ocupar o cargo de Reitora na Universidade de Fortaleza (Unifor) e a segunda a exercer esta função no Estado do Ceará.

O que eu vou falar aqui é o que só aqueles mais próximos conhecem.

A primeira memória que tenho dela foi no dia da minha colação de grau. Era julho de 1995, no Ginásio Paulo Sarasate, em Fortaleza, Ceará. Nesse dia, eu concluía a graduação em Fonoaudiologia e ela era a Diretora do Centro de Ciências da Saúde da Unifor. A ocasião era festiva e ela compunha a mesa de autoridades, da qual cada membro se levantava para entregar os méritos acadêmicos e bolsas Yolanda Queiroz aos concludentes agraciados. Eis que fui receber a minha bolsa e, no exato momento, o flagrante de uma fotografia registrou o olhar da Dra. Fátima para mim, que recebia o certificado das mãos do Prof. Martônio Coelho. Tive acesso a essa foto e aquele olhar firme e maternal me marcou de forma muito profunda.

[Ir para o índice](#)

Seguimos nossos rumos e, em 1999, eu a reencontrei na Unifor quando fui convidada a substituir uma professora que se afastava para fazer mestrado. O olhar era o mesmo, inconfundível, firme, maternal e analítico, tudo ao mesmo tempo. Deu-me as boas-vindas e as orientações sobre suas expectativas em relação ao que eu precisaria realizar, com clareza e honestidade. Aliás, destaque-se que essas são características muito fortes nela. Desse momento até hoje, já se foram 23 anos de trabalho em parceria. Escrevemos e reescrevemos muitas histórias na Universidade, estabelecemos uma amizade verdadeira e sincera com muito profissionalismo, e apoiamo-nos mutuamente. Meus filhos nasceram e os dela cresceram, vieram seus netos. Celebramos a vida todos os anos, confraternizamos com as amigas. Ensinamos e aprendemos juntas... Sim, e MUITO!

Ela vive a Universidade como extensão do seu lar, mas sabe perfeitamente diferenciar seus papéis, pois é esposa, mãe, avó, amiga, chefe, médica, professora, reitora e muito mais. Sempre digo que ela é multifuncional. E isso também aprendi com ela.

Ela tem uma perspicácia impressionante, atenta a tudo, com visão analítica aguçada e raciocínio rápido. Seu dinamismo sempre foi fonte de inspiração para as pessoas que a cercam e as equipes que comandou.

Ela iniciou suas atividades na Unifor em 1978, como diretora do Núcleo de Atenção Médica Integrada (NAMI), que ainda estava em fase de implantação. Foi convidada a exercer essa função logo que retornou a Fortaleza, após concluir a residência médica em Infectologia, feita no Hospital Estadual São Sebastião de Doenças Infecciosas, no Rio de Janeiro. Segundo o ex-reitor Prof. Carlos Batista Mendes de Sousa, ela chegou para a primeira entrevista bem magrinha, de macacão e “tamanco”. Ele olhou para aquela “menina”, já sabendo da sua competência, mas o as-



pecto jovem e despojado, o fez questionar a escolha. Em pouco tempo, ela logo mostrou a que veio, fez uma verdadeira revolução e alavancou o status do NAMI, tornando-o, em poucos anos, um Centro de Saúde de referência em atenção primária e secundária, na cidade de Fortaleza. Fez trabalhos intensivos para promover a saúde e cuidar da comunidade do Dendê. Isto lhe rendeu muitos afilhados e uma legião de admiradores.

Após 13 anos no NAMI, em 1991, passou a ser Diretora do Centro de Ciências da Saúde (CCS) da Unifor e foi lá que nos reencontramos, como eu já contei. Mas o que eu ainda não disse é que, de professora, ela me convidou a exercer o cargo de Coordenadora do Curso de Fonoaudiologia em 2001. A partir daí, mais um capítulo de 9 anos da nossa jornada foi escrito. Muitas experiências, transformações, invenções criativas, mudanças curriculares e projetos concretizados.

Em 2008, em uma tarde comum, quando vivíamos um dos momentos de transformação da gestão da Universidade, eis que ela adentrou uma sala em que eu e a Profa. Rita Moura trabalhávamos em um projeto, e nos revelou que acabara de ser convidada a ser a Vice-Reitora de Ensino de Graduação (VREGRAD). Ficamos muito felizes com a notícia, mas a segunda parte da conversa trouxe para mim uma grande surpresa—acompanhá-la como sua assessora para o novo desafio. Imediatamente, eu disse SIM. E lá fomos nós, com a imagem de Nossa Senhora de Fátima e a Bíblia em nossos braços para nos abençoar e guiar. A fé e a religiosidade também fazem parte do seu repertório de vida. Na VREGRAD, mais projetos e novos cursos de graduação foram criados em vários Centros de Ciências da Universidade.

Com menos de um ano na VREGRAD, em março de 2009, foi eleita Reitora e, já preparando a festa de despedida da minha chefe, mais uma vez aquela frase: “Chris, fecha aí a porta”. Claro que eu atendi. Novamen-

te, tive a honra de ser convidada a acompanhá-la na sua jornada como sua chefe de gabinete. Pegamos a Santinha e a Bíblia e lá fomos nós outra vez. E, rapidamente, passaram-se 12 anos de muitas descobertas, aprendizados e realizações.

Ao longo dos anos na Reitoria, ela tem contribuído de forma determinante para profissionalizar a gestão e alcançar a excelência da Universidade em todos os aspectos. Enfrentou a pandemia da COVID-19, capitaneando com toda maestria um grande time e uma Universidade que saíram vitoriosos. Durante a pandemia, não havia dia nem hora para estarmos trabalhando para amenizar o cenário e oferecer o melhor aos nossos alunos, professores e colaboradores. Havia, sim, compromisso, amor e muita dedicação. O pulso da nossa reitora nos manteve unidos e nos fortalecemos ainda mais nesse período. Os desafios foram e são muitos, mas perseverança e objetivos bem estabelecidos sempre ajudaram a nossa personagem, pois funcionam para ela como uma bússola.

Em agosto de 2021, um novo momento da Universidade me levou a assumir a Diretoria de Pós-Graduação e, apesar da mudança de setor, nossos trabalhos e missões continuam entrelaçados, pois ela foi e sempre será para mim uma inspiração.

Dra. Fátima nasceu em Guaraciaba do Norte, terra pela qual tem especial carinho. De vez em quando, volta lá para visitar a família e os amigos. Em suas conversas sobre a cidade natal, podemos sentir até os cheiros e os sabores da tangerina da serra, da jaboticaba, ver as cores da região e o frio da água da casa de sua avó. Mas de Guaraciaba do Norte, ela ganhou o mundo, teve experiências em renomadas Universidades, como Harvard, Stanford, Sorbonne, Coimbra, Flórida e outras, sempre buscando estabelecer parcerias, redes, trazer o melhor para a Unifor e levar a Unifor para o mundo. E assim aconteceu!



Agora, em 2022, ao fazermos essa retrospectiva, vemos que a Universidade de Fortaleza, sob a gestão da Dra. Fátima, ampliou seus horizontes, pois as questões de internacionalização e de qualidade relacionadas ao ensino são cada vez mais fortalecidas.

Hoje, a Dra. Fátima não usa mais o “tamanco” que tanto chamou a atenção do Dr. Carlos Batista, mas guarda no coração e nas atitudes toda a sua garra, luz e determinação, mantendo fortes a fé e a raiz dos seus valores.

A ela, todo o meu carinho, respeito e profunda admiração!

[Ir para o índice](#)



ARTIGOS DE PALESTRANTES

[Ir para o índice](#)



Eficiência energética e sustentabilidade

Energy Efficiency and Sustainability

CARLA AMADO GOMES

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.

Palavras-chave: Eficiência Energética; Ambiente; Descarbonização.

[Ir para o índice](#)

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.

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);

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

- 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;
- 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 re-freamento 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

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



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

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.



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.

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, consequentemente, 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

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*.

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 *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 decrescimento⁷. Note-se que mesmo presumindo 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 ener-

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

gética 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 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 substitu-

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*, nº 56, 2013, p. 526 segs.



ção 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 fóssil (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 efici-

ência 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 —, regresamos 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-mes-tras: - 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 fi-

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

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



nais dos anos 1960, a pegada ecológica da Humanidade duplicou; em que, desde os anos 1980 excedemos a biocapacidade 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

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_over-shoot_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.

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”. Parafrazeando 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.

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



(Bi)tributação dos produtos reciclados no Brasil: uma logística inversa?¹

Double Taxation of Recycled Products
in Brazil: a reverse logistics?

BLEINE QUEIROZ CAÚLA
MIDRED CAVALCANTE BARRETO
SÓCRATES COSTA OLIVEIRA

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

¹ A ordem da autoria segue o critério meramente alfabético. Todas as ideias foram concatenadas pelas duas autoras.

[Ir para o índice](#)

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 reciclados².

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

2 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.

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	5570	3053	2506
Até 5000	1235	697	563
De 5001 a 10000	1215	597	483
De 10001 a 20000	1352	690	550
De 20001 a 50 000	1103	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 5000	77	46	42
De 5001 a 10 000	80	30	24
De 10 001 a 20 000	106	51	45
De 20 001 a 50 000	115	69	66
De 50 001 a 100 000	45	31	31
De 100 001 a 500 000	23	14	14
Mais de 500 000	4	3	3



Nordeste	1 794	652	434
Até 5 000	233	76	53
De 5 001 a 10 000	358	94	55
De 10 001 a 20 000	563	209	140
De 20 001 a 50 000	455	183	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	1668	944	859
Até 5 000	369	190	168
De 5 001 a 10 000	389	196	185
De 10 001 a 20 000	362	194	174
De 20 001 a 50 000	289	175	159
De 50 001 a 100 000	113	78	68
De 100 001 a 500 000	128	95	90
Mais de 500 000	18	16	15
Sul	1191	940	793
Até 5 000	421	315	252
De 5 001 a 10 000	274	211	175
De 10 001 a 20 000	226	184	161
De 20 001 a 50 000	163	140	124
De 50 001 a 100 000	55	45	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	135	70	48
De 5 001 a 10 000	114	66	44
De 10 001 a 20 000	95	52	30
De 20 001 a 50 000	81	54	43
De 50 001 a 100 000	20	15	15
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

Ir para o índice

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 municipalidades³.

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.

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



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 Rodrigues⁴ o sistema de logística reversa:

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.

4 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, Suzana 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.

No entanto, as autoras⁵ 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?”⁶. 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.

Para Rubens Gomes de Sousa⁷ 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

5 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, Suzana 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.

6 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.

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



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 coletividade⁸.

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,

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

assim, em “Reforma Tributária Ambiental”. A PEC (Proposta de Emenda à Constituição) nº 353/2009⁹ 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.¹⁰.

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.

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

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



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*¹¹, movimento 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 equilibrado¹².

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

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

12 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.

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 diversos¹³. 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 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

¹³ MACHADO SEGUNDO, Hugo Brito. **Manual de Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 105.



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, II¹⁴.

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 Beltrão¹⁵

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

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

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 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 encontradiço 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, entrevendo-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 material¹⁶.

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

16 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.



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 Real¹⁷ há a suspensão na incidência do PIS/COFINS, o que não ocorre quando a venda é realizada por empresas sob o regime do Simples Nacional¹⁸ e do Lucro Presumido¹⁹.

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

17 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.

18 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.

19 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.

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 reversa²⁰ 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.

20 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.



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 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-prima²¹.

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

21 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.

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/COFINS²².

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 real²³, 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 SIMPLES²⁴. Na cadeia de coleta e triagem, no entanto, há empresas

22 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.

23 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.

24 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 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.



optantes 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 PNRS²⁵.

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 as in-

25 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.

dústria de reciclagem resultaria em uma desvantagem competitiva para a indústria recicladora do regime de lucro real, em comparação com as de lucro presumido²⁶ 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 diferimento²⁷ 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.

26 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.

27 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.



Essa variação pode ser exemplificada, conforme estudo da CNI²⁸, 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:

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 compradores²⁹.

28 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.

29 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.

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 onerosa³⁰, esse incentivo teria a possibilidade de 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

30 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.



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 afetados³¹.

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:

31 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 base³².

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

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



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 regimes fossem regulamentados, cabendo aos diferentes setores optar pelo mais adequado³³.

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

33 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.

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 reversa³⁴.

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 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

34 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.



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 avanço 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=oque-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, Suzana Borràs. (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo Am-**

biental, 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-desonera-cao-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_Desonerao_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 Nº 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/ce->



[doc/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/manifesto-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.

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

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 mode-



lo 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

[Ir para o índice](#)

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 filosófi-



ca, 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 jurídicos¹.

Essa categoria de direitos exterioriza os princípios basilares sintetizados na ideia de convivência digna, livre e igual entre todos os seres humanos² - cujas características capazes de distingui-los são a atemporalidade e a possibilidade de validade universal³, 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 compõe⁴.

De modo conexo, os direitos fundamentais podem ser vistos, em uma perspectiva dinâmica, como um “termômetro” do grau de democracia e

1 LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 46-47.

2 LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os Direitos Fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 41.

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2008.

4 LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os Direitos Fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 182.

estabilidade das instituições de uma sociedade que respeita reconhece, respeita 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 1648⁵. 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 Civis e Políticos estabeleceu a proteção das minorias étnicas, linguísticas e religiosas⁶.

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

5 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.

6 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 civis e políticos**. Natal: Dhnet, 1966. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.htm>. Acesso em: 24 nov. 2016.



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 minoritário⁷.

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 acompanhar a histórica divisão dos direitos fundamentais em gerações, proposta por Karel Vasak⁸, 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

7 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.

8 VASAK, Karel. **As Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem**. Lisboa: Editora Portuguesa de Livros Técnicos e Científicos, Unesco, 1983.

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/88⁹, dentre outros dispositivos constitucionais¹⁰.

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 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.

9 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:

[...]

10 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.



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)¹¹.

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 Kymlicka¹² desenvolve estudo enfatizando tanto os modelos de Estados multiculturais quanto os direitos especialmente garantidos aos grupos minoritários.

O Estado Brasileiro pode ser enquadrado nos dois modelos de Estados multiculturais propostos por Kymlicka¹³, contudo, para efeito da presente

11 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.

12 KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural**. Barcelona: Paidós, 1996.

13 KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural**. Barcelona: Paidós, 1996, p. 14.

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, Kymlicka¹⁴ 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 utiliza-

14 KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural**. Barcelona: Paidós, 1996, p. 53.



do na interpretação do capítulo VIII da CRFB/88¹⁵ destinado exclusivamente a regulamentar os 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.

15 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.

[...]

§ 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.

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 “policentrismo cultural” que faz coexistir inúmeras formas de organizações sociais e culturais em uma sociedade global¹⁶.

Nesse contexto, a lógica integracionista introduzida pela Convenção nº 107 da Organização Internacional do Trabalho- OIT- que possuía forte carga 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.

16 TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. Cannibalizing epistemes: will modern law protect traditional cultural expressions? In: GRABER, Christoph; BURRINENO-VA, Mira (Eds.). **Intellectual property and traditional cultural expressions in a digital environment**. Cheltenham: Edward Elgar, 2008, p. 22-23.



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 particulares¹⁷. 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 atingir¹⁸, 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.

17 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.

18 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 admi-**



- nistrativos 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 se-

Ir para o índice

mânticos do termo “participar”: os índios deveriam apenas ser ouvidos e consultados formalmente ou é necessário o seu consentimento para a tomada de decisão?¹⁹.

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 cooperação 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**

19 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.



e outros recursos, particularmente em relação com o desenvolvimento, a utilização ou a exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo. (grifou-se)

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

[Ir para o índice](#)

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 regulamentação²⁰ desse direito fundamental instrumental deverá necessariamente ser amplamente participativo, fruto de 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 di-

20 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.socio-ambiental.org/files/file/PIB_institucional/Proposta_Diretrizes_CLPI_aos_povos_indigenas.pdf. Acesso em: 25 nov. 2016.



versos 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 República²¹.

Outrossim, a concepção teórica sobre a ideia de bloco de constitucionalidade²², no Brasil, ganhou força com a Constituição Federal 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, afirmou-se que a Constituição Federal de 1988 reconheceu a força expansiva da dignidade humana e dos direitos fundamentais sobre todo sistema jurí-

21 LOPES, Ana Maria D’Ávila. **Os Direitos Fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Fabris, 2001.p. 46.

22 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”. LOPES, Ana Maria D’Ávila; MORAES, Ismael Evangelista Benevides. **Direito constitucional**. 2. ed. Fortaleza: LCR, 2008, p. 25.

dico²³, 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 fundamentais²⁴.

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 Mazzuoli²⁵, que cria, ainda, a ideia de controle de suprallegalidade 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 integram o bloco de constitucionalidade, servindo, portanto, de parâmetro para o controle de constitucionalidade.

23 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 160.

24 LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os Direitos Fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Fabris, 2001.p. 49.

25 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 164-165.



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 Ramos²⁶ 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

26 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.

determinado país, podendo ser exercido na via difusa, por qualquer juiz ou tribunal, ou concentrada (STF)²⁷.

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 Corte Interamericana de Direitos Humanos apresenta-se como um órgão supranacional, cujas decisões devem ser aplicadas com prevalência sobre as decisões nacionais²⁸.

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, Mazzuoli²⁹ 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

27 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 23.

28 SAGUÉS, Nestor Pedro. **El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipos 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.

29 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 136.



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 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

[Ir para o índice](#)

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

[Ir para o índice](#)

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 embargos³⁰, 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 melhor interpretação do art. 231, §3º da CRFB/88, levando em consideração todo sistema internacional de proteção das minorias indígenas.

30 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/rc14404.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2016.



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 tradiciones³¹.

31 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS 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.

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.

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 con-

ceito 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.

Ir para o índice

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 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.

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.

**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

**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.

[Ir para o índice](#)

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.

[Ir para o índice](#)

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 Lafer¹, 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 Benjamin² 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.

1 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.

2 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.



Retomando os valores impressos na Constituição Federal ao proteger o meio ambiente, pode-se considerar que além da vida em todas as suas formas, essa proteção estende-se ao direito à saúde (cujo pressuposto é a sadia qualidade de vida), bem como ao que Fiorillo³ 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 Santos⁴ 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 agravo 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.

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

4 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

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 Santos⁵ conceber de forma unanime 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?

Ora, o direito à saúde, como o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado é direito de todos. Como afirmam por Bieber e Oliveira⁶, “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.

5 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.

6 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.



De acordo Bieber e e Oliveira⁷ 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 de atenção à saúde, de forma regionalizada e hierarquizada, quanto à sua complexidade de serviços, tudo conforme lecionado por Santos⁸.

7 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.

8 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.

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- CNJ⁹ 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 Pignatti¹⁰ 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.

9 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.

10 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.



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 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 Gouveia¹¹ 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 Heller¹² 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 OMS¹³ informa (dados de 06.03.2017), que a poluição, o uso de água imprópria para o consumo e a falta de sanea-

11 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.

12 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.

13 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.

mento 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 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 Gouveia¹⁴ 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

14 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.



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 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 controlada¹⁵.

15 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.

3. JUSTIÇA AMBIENTAL, SAÚDE E MEIO AMBIENTE UMA INTER-LOCUÇÃO 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 descumpra 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 social¹⁶.

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 vulneráveis¹⁷.

Nesse sentido, imperioso reconhecer que a Justiça Ambiental, representa, uma ressignificação da natureza, fundada no legado de Hans Jo-

16 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.

17 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.



nas, o qual adverte [...], “para nós, contemporâneos, em decorrência do direito daqueles 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”¹⁸.

E como leciona Silva¹⁹ diante do Princípio da Responsabilidade do indivíduo para com a humanidade, o agir regulado em um caráter imediato 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 atendi-

18 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.

19 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.

mento 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.

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.

Ir para o índice

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

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*¹, ma anche quello

¹ 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 “*rapporto giuridico*” (ossia di soggezione rispetto allo Stato) non terrebbe conto delle sue molteplici sfumature, sminuendo, invece, il ruolo attivo del cittadino nello Stato.

riguardante 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 straniero².

La disciplina sulla cittadinanza, intesa “*in senso stretto*”³, è uno di quegli ambiti attraverso cui lo Stato – almeno nella concezione classica – af-

2 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.

3 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..



ferma 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” 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)⁴.

Attualmente, circa l’8% della popolazione è composta da stranieri (con regolare permesso di soggiorno)⁵ e negli ultimi anni (2013-2017) il *trend* è in crescita: gli stranieri residenti in Italia sono passati da 4.387.721 nel

4 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.

5 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.

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, 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 72.096/2015⁶) e costituisce circa l'1,5 % degli stranieri residenti in Italia.

6 G. Dalla Zuanna, P. Farina, S. Strozza, *Nuovi Italiani*, Bologna, 2009.



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*»⁷ 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 1865⁸, negli artt. da 4 a 15, conteneva i principi informativi posti a fondamento della successiva

7 Cfr. ancora G. Biscottini, voce *Cittadinanza*, in *Enc. Dir. on line*, cit.

8 «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 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*”».

legge 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 militare⁹, 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 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

⁹ 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 [...]».



Consulta in materia di cittadinanza (censurati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 30 del 1983¹⁰, 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,

10 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 [...]».

si pone nel solco della tradizione e dei principi sanciti dal legislatore con l'intervento del 1912. La 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 nascita¹¹. 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.

11 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.».



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 tentò di colmare l'indeterminatezza delle espressioni utilizzate dal legislatore¹². Parimenti, la giurisprudenza ha fornito un'interpretazione elastica dei criteri di cui all'art. 4, c. 2, della legge n. 91/1992, recepita dalle 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 1992¹³. 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).

¹² 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.

¹³ 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».

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 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»¹⁴, «strabica [e] sbilanciata»¹⁵ 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

14 M. Capesciotti, *Su alcune novità legislative e giurisprudenziali in tema di seconde generazioni dell'immigrazione*, in *Rivista AIC*, 1, 2014.

15 P. Gargiulo, *Le forme della cittadinanza*, Roma, 2012, p. 88 s.



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*»¹⁶.

L'istituto della cittadinanza, infatti, è letto come «*un aspetto della garanzia delle libertà costituzionali*»¹⁷, e rispetto ad esso lo Stato ha una funzione «*ausiliarice*»¹⁸ verso il singolo.

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»¹⁹.

16 A. Rauti, *Lo ius soli in Italia: alla vigilia di una possibile svolta?*, in *Rivista AIC*, 3, 2017.

17 M. Cuniberti, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padova, 1997, p. 121.

18 G. Berti, *Cittadinanza, cittadinanze e diritti fondamentali*, in *Riv. Dir. cost.*, 1997, p. 12.

19 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.

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")²⁰ 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»²¹. 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).

20 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.

21 Relazione di presentazione del d.d.l.



Nelle successive legislature vennero esaminate numerose proposte, tutte indirizzate ad ampliare i criteri di collegamento effettivo tra Stato e persone, introducendo, ad esempio, accanto allo *ius soli*, lo *ius culturae*, ossia l'acquisizione della cittadinanza a seguito della frequenza di un percorso scolastico²².

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'argomento²³. Come le precedenti proposte 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.

22 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.

23 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.

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)²⁴ o del permesso di soggiorno di lungo periodo (almeno cinque anni, ex art. 9 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 28)²⁵. 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

24 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.

25 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 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.



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.

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 resi-



dente 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. assolve 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 po-

litiche, 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 specifica-



zione 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. 91/1992²⁶ – *Nuove norme sulla cittadinanza* – prevede la possibilità di acquisizione della cittadinan-

26 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.



za *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 giovani²⁷, 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.

27 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

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.

[Ir para o índice](#)

**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

[Ir para o índice](#)

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*¹. 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 decisão², 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

1 JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do processo na constituição federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 327.

2 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.



convergiem 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?

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 justificada³.

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

3 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.

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 segundo os quais a decisão judicial não se considera fundamentada.⁴ Luiz

4 Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I- o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa 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.



Guilherme Marinoni, Sérgio Luiz Arenhat e Daniel Mitidiero⁵, 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 surpresa⁶. Caso decida desta forma, o juiz lançou juízo sobre situação existente, unicamente, 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 f law*, não sendo relevante tratar-se de decisão de mérito

5 MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**- São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 2, 2016. p. 455.

6 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.

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 individuais⁷. 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 viandando a limitação da atividade interpretativa do Judiciário. O dever de fundamentação é um desses limites⁸.

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 1850⁹. 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 1988¹⁰, determina o dever de fundamentação das decisões, sob

7 COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 5.

8 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.

9 ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal**. São Paulo: Instituto Philomathico, 1870, v. I, p. 669.

10 “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)”



pena de nulidade. Assim, a fundamentação emerge como direito/garantia constitucional do 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 democracia¹¹.

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.

11 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. 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 tópica e a nova retórica.

2.1. Teoria do silogismo judicial

O silogismo se apresenta como forma interpretativa que contem três proposições: duas são premissas e uma a conclusão.¹² 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

12 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/descarga/articulo/142201.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.



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 podem ser representados por axiomas lógicos, antes são fórmulas variáveis no tempo e no espaço e de reconhecida força persuasiva¹³.

Em sua obra, Theodor Viehweg se refere aos jurisconsultos 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

¹³ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: UNB, 1979. p. 4.

desde a Antiguidade Clássica e reintroduzida como ferramenta do direito com a finalidade de se atingir a melhor decisão¹⁴.

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 juízes. 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, trilharam 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

14 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 infringir 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 adotado¹⁵.

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 objetivas¹⁶. Portanto, o que interessa é o resultado da decisão, a conclusão, e não os fundamentos da mesma.

15 PERELMAN, C.; OLDEBRECHTS-TYECA, L. **Tratado de Argumentação Jurídica: A nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 55.

16 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.”

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 isto por motivos 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*¹⁷.

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.

17 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.



Estranhamente, não é o que ocorre no âmbito do Supremo Tribunal Federal¹⁸. Sejam decisões tomadas à unanimidade ou por maioria, ressalvando-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 fundamentos¹⁹. Portanto, extrair a *ratio decidendi* do julgado é trabalho quase infrutífero, a despeito da identificação da maioria decisória e do consequente 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 vênia para transcrever incisiva observação de José Rodrigo Rodriguez:²⁰

O caráter opinativo de nossa jurisdição fica mais claro quando examinamos julgamentos colegiados, por exemplo,

18 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>.

19 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.

20 RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 82-83.

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 protagonismo indubitável no cenário nacional ao decidir temas que afetariam, em primeiro momento, as atribuições dos demais Poderes da União²¹.

21 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 juízes 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.



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*²² 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 maiorias ocasionais. Também não se afasta a liberdade de decidir do juiz. A uniformidade de

22 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.

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 Silva²³ 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 constitucional²⁴ 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.

23 SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

24 As obras dos autores citados fazem parte das referências do artigo de Virgílio Afonso da Silva.



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 votos²⁵.

Toda essa discussão desemboca no que tenho chamado de sentença constitucional anencéfala. É do que passo a tratar.

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 colegialidade²⁶; 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).

25 Limitar-me-ei à citação dos julgados, não me detendo à análise de cada voto por fugir à proposta do trabalho.

26 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.

Em Artigo publicado em 2017²⁷, 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 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

27 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.



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

[Ir para o índice](#)

por maioria, no HC 126.292/SP, de 2016. Ademais, o tema fora decidido, inclusive, sob o manto da repercussão geral²⁸, no ARE 964.246/SP²⁹.

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.

28 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”.

29 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.



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 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 instância³⁰.

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.

30 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.”

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) Supremos³¹ que decidem em conformidade com suas “consciências”³² 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.

31 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, 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.

32 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.



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, 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.

Ir para o índice

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/l5869impresao.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

Ir para o índice

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/download/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 JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**. São Paulo: Editora 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
VALTER MOURA DO CARMO

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

[Ir para o índice](#)

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.

[Ir para o índice](#)

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 contemporâneo¹.

Já para Barroso², a dignidade da pessoa humana é considerada o alicerce de todos os direitos verdadeiramente fundamentais. Sendo um va-

1 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.

2 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.



lor fundamental e princípio constitucional, baseia a justificação moral e a normativa dos direitos fundamentais.

Essa perspectiva de dignidade humana, segundo Habêrle³, 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 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 vida⁴.

3 HABÊRLE, 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.

4 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.

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-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III- a dignidade da pessoa humana; [...]⁵.

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

5 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.



1988 avançou significativamente rumo à normatividade do princípio quando transformou a dignidade da pessoa humana em valor supremo da ordem jurídica [...] ⁶.

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 ⁷.

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 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”* ⁸.

Assim, a dignidade da pessoa humana é um valor intrínseco do ser humano, mas não exclusivo do ordenamento constitucional brasileiro,

6 MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 50.

7 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 111-112.

8 PEREZ, Jesus Gonzáles. **La Dignidad de la Persona**. Madrid: Civitas, 1986. p. 20-21.

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 conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade⁹.

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 pessoa¹⁰.

9 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.

10 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.



Vemos que ambos caminham interligados, como salienta Caçando Trindade, “o direito fundamental a um meio ambiente saudável salvaguarda a 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”¹¹.

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 condição¹².

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, perce-

11 CAÇANDO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direitos Humanos e Meio Ambiente:** paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 76.

12 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, 2015. p. 47.

bemos 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 [...]”¹³, 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.

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 gerações¹⁴.

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.

13 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.

14 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.



No contexto apresentado, Sarlet¹⁵ 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, mas pelo fato de os animais, como seres vivos, terem uma dignidade intrínseca e própria¹⁶.

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

15 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.

16 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.

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 defendida¹⁷.

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”¹⁸. 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.

Já Cortina¹⁹, 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

17 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.

18 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.

19 CORTINA, Adela. **Las Fronteras de La Persona**. El Valor de los Animales, la Dignidad de los Humanos. Madrid: Taurus, 2009.



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 atécnica 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 pessoas²⁰.

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

20 LOURENÇO, Daniel Braga. **Direitos dos Animais**: fundamentação e novas perspectivas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 490.

valor interno, mas relativo à força de outros valores”²¹, os seres humanos têm obrigações morais ante aos animais e com o meio ambiente em geral.

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”²².

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:

21 CORTINA, Adela. **Las Fronteras de La Persona**. El Valor de los Animales, la Dignidad de los Humanos. Madrid: Taurus, 2009. p. 140.

22 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.



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 o reconhecimento de um fim em si mesmo, ou seja, de um valor intrínseco conferido aos seres sensitivos não humanos, que passariam a ter reconhecido o status moral e dividir com o ser humano a mesma comunidade moral²³.

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:

23 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.

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. Cuidar-se de um dever moral²⁴.

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 pétreia, porque tem conteúdo imprescindível à dignidade humana²⁵ e dos próprios animais²⁶.

24 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.

25 BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica Jurídica Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

26 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

[Ir para o índice](#)

as exigências de legitimidade vigentes num Estado Democrático de Direito²⁷.

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.

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 9.605/98²⁸, 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

27 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.

28 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.



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 sejam manifestações culturais, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro.

Entrementes, 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.

[Ir para o índice](#)

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 “Va-quejada” 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, Janot²⁹ 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 específica³⁰.

Sendo que normas constitucionais não derivam de um mesmo poder constituinte, mas de dois poderes distintos. O primeiro é o poder

29 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.

30 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.



constituente originário, sem limite positivo, a não ser os limites do Direito Natural, este elabora a lei fundamental, ao passo que o poder derivado, retira a sua competência das normas estabelecidas pelo poder constituente originário³¹. 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 constitucional³².

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

31 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Constituinte**: Assembleia, Processo, Poder. São Paulo: RT, 1985.

32 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.

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 integralidade. A independência dos Poderes não significa blindagem de eximi-lo de um comando de correção – obrigação de executar suas responsabilidades constitucionais³³.

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 equilibrado³⁴.

33 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, Suzana 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.

34 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.



Porquanto, faz-se evidente a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 96/17, pois no artigo 225, §1º, VII da CF/88³⁵ 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 inconstitucionalidade³⁶.

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 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

35 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.

36 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 209.

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/l9605.htm. Acesso em: 17 maio 2019.

Ir para o índice

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&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&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, Suzana Borrás (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.

Ir para o índice

MARTINS, Flademir 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

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.

[Ir para o índice](#)

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 endocrino-



lógica, assim como das anomalias cromossômicas, dos gêmeos e das famílias criminosas). Tal como costumava afiançar 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 Pinatell ou da conduta desviada de Merton (e muitas outras que busquei entender e ensinar enquanto Professor de Criminologia¹), 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.

1 Ensina Antonio Sánchez Galindo, um dos mais respeitados penitenciariistas 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).

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 ser qualificado como século do terror, potencializado pelo atentado de 11 de setembro de 2001. Em minhas aulas, assinala 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”²). 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, verbigrá-

2 SANTELICES, Armando Campos. **Violencia Social**. San José, Costa Rica: EUNED – Universidade Estatal à Distância e ILANUD, 2010. p. 78.



cia, 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 despisse 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.

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: “Quantos 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 evi-

dente) 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.³

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 eleitoral), no desemprego, no subemprego, na ineptidão dos cuidados com a saúde e na falta de educação básica, entre outros tantos males que as afligem?

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

³ 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.



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

[Ir para o índice](#)

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 sérios⁴.

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?

⁴ 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.



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 fogo, drogas; e) doses inesgotáveis de justiça social, até lograr uma equitativa distribuição das rendas e o bem-estar em sociedades sem exclusão social”⁵.

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

5 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.

(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 penal⁶.

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, 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

6 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. Nelles 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).



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 impunidade⁷ generalizada que dilata, em todas as camadas sociais, a descrença na lei, na polícia e na justiça⁸, 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 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”⁹.

7 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.” (BASOMBRIO, 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*.)

8 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.

9 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.

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 esteja capacitado não apenas para detectar os problemas senão também para agir como árbitro ou mediador quando assim se requiera¹⁰.

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* vai 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”¹¹.

10 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.

11 KESSLER, Gabriel. **El Sentimiento de Inseguridad**. Sociología del Temor al Delito. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2009, p. 13.

Neste contexto, a inquietude ante a insegurança sói 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 sua 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 convivência com a tortura, 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 desenfreado¹².

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

12 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.

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 população¹³.

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

13 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.”

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: 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 inocência¹⁴, 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 transmutou 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”¹⁵), de sua identidade social, de sua privacidade, enfim de sua dignidade, um valor histórico-social, um cânone constitucio-

14 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).

15 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.



nal 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 irrecuperáveis, 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.

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 delinquente. 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 delinquentes¹⁶.

Uma política criminal não é medida por mais prisões, mais punições, mais policiais e leis mais severas¹⁷; ela é fundamentalmente uma política social e, 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 segu-

16 JIMÉNEZ, Emiliano Borja. **Curso de Política Criminal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 24-25.

17 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. p. 9. Disponível em: https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Seguridad%20Ciudadana_Violencia%20Juvenil.pdf. Acesso em: 11 maio 2019.



rança 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 desenvolta 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*¹⁸ não sejam empregados por quem está a serviço de causas outras, menos legítimas e menos nobres.

18 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 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).

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.

BASOMBRIO, 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.



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; BRÉÑA, Laura Martínez. **Presos y Prisiones:** El Sistema Penitenciario desde la Perspectiva de los Derechos Humanos. México: Universidade Nacional Autônoma 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
GABRIELE APARECIDA DE SOUZA E SOUZA**

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

[Ir para o índice](#)

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 marginalização¹; 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 Federal da República Federativa do Brasil um direito e um dever do Estado e da família, a ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade². 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.

1 “[...] 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.

2 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.

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 Tonolli e Bersh³; 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.

3 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.



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 educação⁴, 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 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, automóveis 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”⁵. A exemplo de “talheres”, “canetas”, “relógio”, entre outros.

4 MICHAELIS. **Vocábulo “tecnologia”**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/tecnologia/>. Acesso em: 30 mar. 2019.

5 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.

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”⁶.

Tonolli e Bersch⁷ 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, 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

6 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.

7 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.



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 relacionados⁸, 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)⁹.

8 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.

9 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.

Proseguindo 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 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 deficiência¹⁰.

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 interdisciplinaridade¹¹, 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 Brasileira de Inclusão (nº 13.146/2015), a tecnologia assistiva, ou ajuda técnica, foi expressamente abarcada e definida em seu artigo 3º, inciso III, senão vejamos:

10 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.

11 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.



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 social¹².

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

12 BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. 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.

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 todos¹³.

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 ser efetivados. Para Barroso, “Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social”¹⁴.

13 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.

14 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.



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 compaixão¹⁵.

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 humana¹⁶.

15 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.

16 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-%20Trabalho%20de%20Conclus%C3%A3o%20de%20Curso%20-%202017.2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 31 mar. 2019.

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”¹⁷.

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 deficiência¹⁸, 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 arquitetô-

17 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.

18 BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. 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.



nicas 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 adaptados¹⁹.

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 escadas²⁰.

Há também barreiras comunicacionais ou informacionais, descritas no Estatuto da Pessoa com Deficiência como “qualquer entrave, obstáculo, ati-

19 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.

20 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.plataforma-doletramento.org.br/guia-de-mediacao-de-leitura-acessivel-e-inclusiva/arquivos/ManualAcessibilidadeEspacialEscolas.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

tude 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”²¹. 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 reduzida²².

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 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 fala²³.

21 BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. 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.

22 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.

23 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.



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”²⁴. 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 cognitiva.

Pode-se dizer que as barreiras atitudinais são os preconceitos perpetrados contra as pessoas com deficiência através da disseminação de uma visão discriminatório acerca des-

24 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.

tas, frutos, sobretudo, de uma sequência de estereótipos negativos a que foram submetidas no decorrer da história²⁵.

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”²⁶.

25 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-%2017.2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 31 mar. 2019.

26 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 Grand e 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.



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 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 lazer²⁷.

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 tecnológicos²⁸.

27 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.

28 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.

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 Brasileira de Inclusão (nº 13.146/2015) – trata-se da ADI nº 5.357/Distrito Federal²⁹, da qual falaremos neste item.

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;

29 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.



- 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 Libras³⁰.

Os pedidos da CONFENEN: liminarmente, a então Requerente na ação constitucional postulou a suspensão da eficácia dos dispositivos

30 BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. 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.

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 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 IV³¹.

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.

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **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.

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”³².

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:

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)

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.357 Distrito Federal**. Relator: Ministro Edson Fachin. p. 36. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4818214>. Acesso em: 28 mar. 2019.



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. Seguem, *in verbis*, 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;

[...] ³³.

33 BRASIL. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencaoopessoacomdeficiencia.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”³⁴, 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 assistiva³⁵. 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”³⁶.

34 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, 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.

35 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.

36 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.



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 que o uso da tecnologia assistiva tem contribuído com essa finalidade.

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**: auto-móveis 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 nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). 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/convencaoopessoascomdeficiencia.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

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.

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, 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). **Vocabulário “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 capacida-**

de 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-%202017.2.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
INOCÊNCIO RODRIGUES UCHÔA

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.

[Ir para o índice](#)

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 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 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 Trabalho¹ 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 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).



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.

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*², em 2015, e *A travessia social*³, em 2016, ambos libelos de defesa de um liberalismo nu e cru, seguindo a didática prevista pelo *Consenso de Washington*⁴, tanto na forma pela qual analisavam a morfologia do Estado brasileiro, como pelas soluções que propunham para

2 FUG. Fundação Ulisses Guimarães. **Uma ponte para o futuro**, 29 out. 2015. Disponível em: <https://www.fundacaoulysses.org.br/wp-content/uploads/2016/11/UMA-PONTE-PARA-O-FUTURO.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2018.

3 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.

4 “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.

a saída da então alardeada “grande crise nacional”⁵. 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;⁶

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 grande maioria dos países desenvolvidos. No mundo ideal, certamente seria bom tentar alguma reversão⁷.

Com efeito, sob as premissas de que o Estado brasileiro era excessivamente pesado e ineficiente e de que “*as economias modernas de*

5 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.

6 FUG. Fundação Ulisses Guimarães. **A travessia social** – Uma ponte para o futuro, cit, p. 5

7 FUG. Fundação Ulisses Guimarães. **A travessia social** – Uma ponte para o futuro, cit, p. 7.



*mercado precisam de um Estado ativo e também moderno*⁸ propug-
naram a implantação de um “estado moderno”, capaz de “*distribuir os
incentivos corretos para a iniciativa privada*”⁹, ressaltando que “*os mo-
tores para o novo crescimento, com conseqüente aumento de emprego
e da renda, são o investimento privado e as exportações*”¹⁰. E, como saí-
da para a crise, introduziram um rearranjo orçamentário alicerçado em
medidas até então impensáveis, como o fim das vinculações constitu-
cionais para as despesas (investimentos) de saúde e educação, a desin-
dexação do valor dos benefícios sociais ao salário mínimo e o aumento
da idade para aposentadoria¹¹, sem qualquer pudor declarando que “*o
Estado deve transferir para o setor privado tudo o que for possível em
matéria de infraestrutura*”¹². 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*”¹³, sugerindo, através de uma lógica indis-

8 FUG. Fundação Ulisses Guimarães. **Uma ponte para o futuro**, 29 out. 2015, cit, p. 4.

9 FUG. Fundação Ulisses Guimarães. **Uma ponte para o futuro**, 29 out. 2015, cit, p. 4.

10 FUG. Fundação Ulisses Guimarães. **A travessia social** – Uma ponte para o futu-
ro. cit, p. 8.

11 FUG. Fundação Ulisses Guimarães. **Uma ponte para o futuro**, 29 out. 2015, cit.
p. 17, p. 9-11.

12 FUG. Fundação Ulisses Guimarães. **A travessia social** – Uma ponte para o futu-
ro. cit, p. 17.

13 FUG. Fundação Ulisses Guimarães. **Uma ponte para o futuro**, 29 out. 2015,
cit, p. 19.

cutivelmente de favorecimento ao setor privado, uma alteração profunda nos fundamentos da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁴, presumindo protagonismo de decisões eventualmente devastadoras para o mundo laboral brasileiro.

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 mandachucas 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 especulativo sobre o capitalismo

14 “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 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.



pensado como moderador de uma sociedade desigual¹⁵, 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 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-

15 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.

-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 jogo¹⁶, 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 Nunes¹⁷ 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.

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,

16 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.

17 NUNES, António Avelãs. **Os trabalhadores e a crise do capitalismo**, cit. p. 85.



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)¹⁸, 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 consequente

18 Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho.

aumento do trabalho intermitente, da pejotização 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 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.¹⁹

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

19 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.



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.²⁰

Conscientes de que a discussão pode se intensificar, o que é preocupante, ANAMATRA e AJUFE²¹ emitiram notas de desaprovação da pretendida fusão.²² 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

20 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+causa+m+polemica+com>. Acesso em: 31 dez. 2018.

21 Associação dos Juízes Federais do Brasil.

22 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+causa+m+polemica+com>. Acesso em: 31 dez. 2018.

*“que há décadas presta um serviço de excelência aos cidadãos brasileiros, equilibrando as relações entre o capital e o trabalho”.*²³

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 instrumentos diferentes, apesar de serem constituídos por corpo profissional de formação muito semelhante”*²⁴.

Lembra o jurista que situação semelhante vivem os órgãos judicantes, pois a federal lida essencialmente com questões tributárias e da adminis-

23 **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.

24 **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.



tração pública, tendo praticamente um único cliente, a União, com os privilégios próprios da prevalência do interesse público, enquanto os trabalhadores 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 Juízes 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 como perde também a possibilidade de

[Ir para o índice](#)

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 moeda²⁵.

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* al-

25 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.



guns 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.

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 mal-sinada 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.²⁶

26 **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.

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.²⁷ 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 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.²⁸

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

27 TESES da I Jornada Trabalhista da Associação Juízes para a Democracia. **AJD**. 26 jul. 2018. p. 4. Disponível em: <http://ajd.org.br/teses-da-i-jornada-trabalhista-da-associao-juizes-para-democracia/>. Acesso em: 31 dez. 2018.

28 TESES da I Jornada Trabalhista da Associação Juízes para a Democracia. **AJD**. 26 jul. 2018. 4. 4. Disponível em: <http://ajd.org.br/teses-da-i-jornada-trabalhista-da-associao-juizes-para-democracia/>. Acesso em: 31 dez. 2018.



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.

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

Ir para o índice

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/l13467.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.fundacaoulisses.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 Juizes 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 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.

