



Direitos Humanos e Desenvolvimento: diálogos contemporâneos

Vol. II

Adriana Castelo Branco de Siqueira
Auricelia do Nascimento Melo
Enoque Feitosa Sobreira Filho
Gustavo Barbosa de Mesquita Batista

Orgs.



edufpi

Adriana Castelo Branco de Siqueira
Auricelia do Nascimento Melo
Enoque Feitosa Sobreira Filho
Gustavo Barbosa de Mesquita Batista
Orgs.

Direitos Humanos e Desenvolvimento: diálogos contemporâneos

Vol. II



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ



Reitor

Gildásio Guedes Fernandes

Vice-Reitor

Viriato Campelo

Superintendente de Comunicação Social

Samantha Viana Castelo Branco Rocha Carvalho

Diretor da EDUFPI

Cleber de Deus Pereira da Silva

EDUFPI - Conselho Editorial

Cleber de Deus Pereira da Silva (presidente)

Cleber Ranieri Ribas de Almeida

Gustavo Fortes Said

Nelson Juliano Cardoso Matos

Nelson Nery Costa

Viriato Campelo

Wilson Seraine da Silva Filho

Projeto Gráfico. Capa. Diagramação.

Renan da Silva Marques

Newcom Mídia

FICHA CATALOGRÁFICA
Universidade Federal do Piauí
Biblioteca Comunitária Jornalista Carlos Castello Branco
Divisão de Representação da Informação

D598 Direitos humanos e desenvolvimento : diálogos contemporâneos : vol. II / organizadores, Adriana Castelo Branco de Siqueira ... [et al.]. – Teresina : EDUFPI, 2024. 540 p.

ISBN 978-65-5904-309-5 (Veiculação: Digital)

1. Direito. 2. Direitos Humanos. 3. Desenvolvimento. 4. Humanidade. 5. Bem-estar. I. Siqueira, Adriana Castelo Branco de.

CDD 340

Bibliotecária: Francisca das Chagas Dias Leite - CRB3/1004



Editora da Universidade Federal do Piauí – EDUFPI
Campus Universitário Ministro Petrônio Portella
CEP: 64049-550 - Bairro Ininga - Teresina - PI – Brasil



AUTORES

Adriana Castelo Branco de Siqueira

Pós-doutora em Direito pela UFPB, Doutora em Direito pela UFPB. Mestre em Direito pela UFPE. Professora Associada da UFPI. Professora do Mestrado Profissional em Gestão Pública da UFPI. Professora da graduação da UFPI. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Criminologia, Direitos Humanos e Arte - CNPq. Pesquisadora, atuando com os temas criminologia, dignidade, violência, idoso, direitos humanos, meio ambiente.

Auricélia do Nascimento Melo

Pós-doutora em Direito e Desenvolvimento-UFPB, Doutora em Direito Constitucional – UNIFOR. Mestre em Direito Constitucional UNIFOR. Especialista em Direito Previdenciário e Docência do Ensino Superior. Professora Adjunta da UESPI. Professora da Pós-Graduação e da Graduação. Membro do IBERC.

Alex Taveira dos Santos

Doutorando e Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela ESA-PB, Especialista em Direito Tributário pelo IBET - PB (Instituto Brasileiro de Estudos Tributários). Professor do Departamento de Ciências Jurídicas da UFPB e do Curso de Direito da Faculdade Internacional da Paraíba - FPB. Atua como Professor convidado de Direito Tributário em diversas Pós-Graduações *Lato Sensu*. Professor do IBET e Advogado.

Ana Paula Basso

Professora da graduação e da pós-graduação stricto sensu do Centro de Ciências Jurídicas, da UFPB. Possui graduação em Direito, doutorado em “Dottorato di Ricerca in Diritto Tributario Europeo - ALMA MATER STUDIORUM Università di Bologna” e doutorado em “Derecho Tributario Europeo (Interuniversitario) pela Universidade de Castilla-La Mancha”. Vice coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Ciências jurídicas da UFPB. Professora visitante da Universidade de Liaoning.

Carla Carolina Vasconcelos Dias

Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), pós-graduada em Direito Penal pela Faculdade Damásio, Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídica (PPGCJ) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Cassandra Maria Duarte Guimarães

Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Mestre em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) UFPB. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Delegada-Geral Adjunta da Polícia Civil da Paraíba.

Damião Benilson Gomes de Melo

Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestre em Filosofia (PPGCJ-UFPB). Especializando no curso de Pós-Graduação em Docência do Instituto Federal de Minas Gerais – Campus Avançado Arcos (IFMG-Arcos). Especializando no curso de Pós-Graduação em Neurociência e Aprendizagem (Uninter). Especialista em Direito Processual Civil (Unipê). Especialista em Metodologia do Ensino de Língua Portuguesa (Intervale). Licenciado em Letras (Uninter). Graduado em Direito pelo Instituto de Educação Superior da Paraíba (IESP). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional da Paraíba (OAB-PB).

Daniel Guedes de Araújo

Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ-UFPB). Mestre em Direito, na área de concentração “processo e garantias de direito na constituição” pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (PPGD-UFRN). Especialista em Direito e Processo do Trabalho (FESP-ESMAT). Especialista em Mediação e Arbitragem (UNIPÊ). Graduado pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Professor no Curso de Direito das disciplinas de Teoria Geral do Processo, Métodos Consensuais de Resolução de Conflito, Recursos no Processo Civil e Direito Previdenciário na Faculdade Católica da Paraíba, desde 2011.

Enoque Feitosa Sobreira Filho

Pós-doutor em Filosofia pela UFSC, Doutor em Direito pela UFPE, Doutor em Filosofia pela UFPE/UFPB/UFRN. Professor do Programa de Pós-graduação e da graduação da UFPB.). Professor visitante na Universidade Eduardo Mondlane (Moçambique), Coordenador do Núcleo de Pesquisa “Marxismo, Realismo, Teoria e Filosofia do Direito”. Membro efetivo de várias associações científicas nacionais e internacionais, dentre elas, a Strikes and Social Conflicts International Association - SSCIA; da Associação Nacional de Pós-Graduação em Filosofia - ANPOF; da Associação Brasileira de Filosofia do Direito - ABRAFI, do IVR - Internationale Vereinigung für Rechts und Sozialphilosophie (IVR).

Gustavo Barbosa de Mesquita Batista

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE), Professor de Direito Penal do CCJ/UFPB e dos Programas de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do CCJ/UFPB e em Direitos Humanos do NCDH/PPGDH/UFPB. Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado da UFPB. Vice-Coordenador do Grupo de Pesquisa Política Criminal, Sistema Penitenciário e Direitos Humanos - GPOC-UFPB.

Heverton Felinto Pedrosa de Melo

Doutorando em Ciências Jurídicas pelo PPGCJ da Universidade Federal da Paraíba e Mestre em Gestão Pública e Cooperação Internacional pela Universidade Federal da Paraíba.

Igor Barbosa Beserra Gonçalves Maciel

Doutorando pelo PPGCJ/UFPB. Mestre em Direito pelo mesmo programa e graduado em Direito pelo CCJ/UFPB. Advogado. Juiz Leigo do Tribunal de Justiça da Paraíba.

Italão Ramos Galvão

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES-UNITA) e Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ-UFPB). Advogado.

Jackson Santos Pereira

Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Pós-graduado em Direito Público – *lato sensu* – pelo Gran Centro Universitário. Bacharel em Direito e licenciado em Letras - Português (ambos pela Universidade Estadual da Paraíba). Analista previdenciário-jurídico do Instituto de Previdência do Município de João Pessoa.

Joana Araújo Bezerra de Araújo

Mestranda em Ciências Jurídicas pela UFPB. Especialista em Direitos Humanos, Econômicos e Sociais. Membro do Grupo de Pesquisa Análise de Estruturas de Violência e Direito da UFPB. Assessora Jurídica no Ministério Público do Estado da Paraíba.

José Cezario de Almeida

Doutorando em Ciências Jurídicas do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Docente do Ensino Superior da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Campus de Cajazeiras.

José Serafim da Costa Neto

Mestre em Direito Constitucional – UFRN. Especialista em Direito Público – PUC/MG. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública – FCV. Docente Substituto da UFRN.

Leiliane Dantas Lima Aguiar de Melo

Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba e Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela FIP.

Maria Clara Farias de Lira

Advogada (OAB/AL 17.555); Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba- PPGCJ (UFPB).

Maria Clara Fernandes Silva

Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Maryny Dyellen Barbosa Alves Brandão

Doutoranda em Ciências Jurídicas pela UFPB. Mestre em Dinâmicas Territoriais e Cultura pela UNEAL. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Especialista em Contabilidade e Planejamento Tributário pela UNEAL. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UCDB. Professora da UNEAL. Advogada. Conselheira da OAB Subseção Arapiraca/AL.

Manoel Victor Meira Lima Vidal

Engenheiro Ambiental. Mestre em Ambiente e Desenvolvimento - PRODEMA. Analista Ambiental da Comissão de Análise de Estudos de Impactos Ambientais - CAEIA, da Sudema. João Pessoa-PB.

Moisés Saraiva de Luna

Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB).

Narbal de Marsillac Fontes

Possui graduação em Direito e Ciências Sociais, mestrado e doutorado em Filosofia. Pós-Doutorado em Filosofia e em Direito. Professor visitante da Université Laval, Québec, Canada e no Massachusetts Institute of Technology (MIT). Professor associado do Departamento de Filosofia da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Leciona na pós-graduação em Filosofia e em Ciências Jurídicas.

Rainner Amaral Rolim Carneiro Marques Lima

Mestranda em Direito Econômico pela UFPB. Especialista em Advocacia Tributária e Direito Digital, Compliance e Proteção de Dados. Oficial de Registro Civil e Tabelião de Notas no Estado da Paraíba.

Werton Magalhães Costa

Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB).

Yanara Pessoa Leal

Advogada. Mestranda em Ciências Jurídicas - UFPB. Assessora Jurídica da Sudema. João Pessoa-PB.

PREFÁCIO

A coletânea de artigos que compõe o livro Direitos Humanos e Desenvolvimento: diálogos contemporâneos, em seu segundo volume, conta com trabalhos originados da Disciplina Seminário de Pesquisa I, conduzida pelos dedicados professores Enoque Sobreira Filho e Adriana Castelo Branco de Siqueira, na supervisão do estágio pós-doutoral da professora Auricelia Melo. A compilação apresenta temas atuais e contemporâneos e se inclui dentre as iniciativas do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, que sempre estimula e incentiva a produção nas mais variadas linhas de pesquisa.

O livro constitui-se num ponto importante de sistematização e produção de conhecimento advindo de vários profissionais e tem como objetivo aprofundar temas essenciais que ensejam debate na comunidade jurídica, oferecendo análises profundas e perspicazes sobre como os direitos humanos são fundamentais para o verdadeiro progresso humano.

O desenvolvimento, em sua essência, deve ser medido não apenas em termos de crescimento econômico, mas também pelo bem-estar e pela realização dos direitos de todas as pessoas, como contemplado no artigo dos professores Enoque Sobreira Filho e Auricelia Melo. Esta obra explica como os direitos humanos não são apenas um componente, mas sim o alicerce sobre o qual o desenvolvimento sustentável deve ser construído, essa afirmação vem à baila nos artigos de José Serafim, Maria Clara Fernandes e Maryny Dyellen, além de densa ponderação do professor Narbal e Moisés Luna.

Os capítulos deste livro exploram uma ampla gama de questões, desde a importância da proteção da pessoa idosa, no trabalho das professoras Adriana Siqueira e Auricélia, além de explicar o direito dos cuidadores no trabalho da Leiliane Dantas. A necessidade de realçar a educação e cultura como instrumentos de paz e a proteção dos direitos das minorias, dos povos indígenas e das comunidades marginalizadas, estão contidos nos artigos dos autores Heverton Felinto e Maria Clara Fernandes. Outro tema que chama atenção para uma reflexão é o escrito da professora Ana Paula e Alex Taveira que reflete sobre extrafiscalidade e cultura.

Os autores oferecem insights valiosos sobre como promover uma abordagem inclusiva e participativa para o desenvolvimento, garantindo que ninguém seja deixado para trás. Nesse sentido, o livro serve como um chamado à ação, instando os leitores a se engajarem ativamente na promoção de uma sociedade mais justa e equitativa para todos. Essas temáticas são analisadas, nos trabalhos de Yanara e Manoel Victor, e ainda com o professor Werton que trata de cidadania, direitos e jurisdição, assim como no artigo da Rainer, ao contribuir com a reflexão sobre a extinção dos ofícios de cidadania.

À medida que navegamos por um mundo marcado por desigualdades persistentes, crises humanitárias e desafios globais cada vez mais complexos, é mais importante do que nunca lembrar que os direitos humanos são universais, inalienáveis e indispensáveis. São temas bem trabalhados nos artigos de Joana Araújo, José Cezário, Jackson Santos e ainda do professor Gustavo Batista e Cassandra Duarte.

O livro ainda contempla artigos valorosos, destacando o contributo de vários autores, como se pode vislumbrar nos artigos de Carla Carolina e Damião Melo. Cite-se ainda, na coletânea, temas muito instigantes do ponto de vista técnico como o que é abordado por Igor Maciel e Itallo Galvão, além de questões relevantes como o artigo dos professores Daniel Guedes e Gustavo Batista ao analisarem a contradição performativa no preâmbulo da Constituição.

Sem dúvidas, o livro *Direitos Humanos e Desenvolvimento: diálogos contemporâneos*, é uma obra de referência para os estudiosos do tema e todos os operadores do Direito que reconheçam na pesquisa uma ferramenta grandiosa para a cultura jurídica. A obra tem plena capacidade para inspirar e habilitar os leitores a se tornarem autores de modificação de seus próprios contextos, ponto importante para que possamos caminhar rumo a um futuro onde o desenvolvimento, tão trabalhado ao longo dos textos, seja verdadeiramente humano em sua essência.

Os organizadores.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I

A ABORDAGEM DA LIBERDADE DE AMARTYA SEN NA ANÁLISE DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA EM RELAÇÃO AO DESENVOLVIMENTO HUMANO..... 17

Auricelia do Nascimento Melo

Enoque Feitosa Sobreira Filho

CAPÍTULO II

EXTRAFISCALIDADE E CULTURA: UM ESTUDO SOBRE A CONDECINE E SEU IMPACTO NA PROMOÇÃO DA CINEMATOGRAFIA NACIONAL..... 39

Alex Taveira dos Santos

Ana Paula Basso

CAPÍTULO III

20 ANOS DO ESTATUTO DA PESSOA IDOSA: ANÁLISE DA VIOLÊNCIA E SEU IMPACTO NAS POLÍTICAS DE ENVELHECIMENTO..... 69

Adriana Castelo Branco de Siqueira

Auricelia do Nascimento Melo

CAPÍTULO IV

"A CALÚNIA DE APELES" DE SANDRO BOTTICELLI E A PRISÃO PROVISÓRIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE À LUZ DO OBJETIVO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL 16.....	93
---	-----------

Carla Carolina Vasconcelos Dias

CAPÍTULO V

PODER, FORÇA E COERCITIVIDADE: A CRÍTICA DA VIOLÊNCIA COMO FUNDAMENTO DO DIREITO E DO PODER ESTATAL NA PERSPECTIVA DE WALTER BENJAMIN.....	111
---	------------

Cassandra Maria Duarte Guimarães
Gustavo Barbosa de Mesquita Batista

CAPÍTULO VI

O DESAFIO DE APLICAR A TEORIA DE RAWLS: UM BREVE ESTUDO DO IMPACTO SOBRE OS DIREITOS HUMANOS E O DESENVOLVIMENTO.....	141
--	------------

Damião Benilson Gomes de Melo

CAPÍTULO VII

O TRILHO SOBRE O TREM E A CONTRADIÇÃO PERFORMATIVA NO TRECHO "SOB A PROTEÇÃO DE DEUS" PARA A FUNDAÇÃO DO ESTADO LAICO BRASILEIRO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 167	167
--	------------

Daniel Guedes de Araújo
Gustavo Barbosa de Mesquita Batista

CAPÍTULO VIII

EDUCAÇÃO E CULTURA COMO INSTRUMENTO DE PAZ NAS ESCOLAS.....	189
--	------------

Heverton Felinto Pedrosa de Mélo

CAPÍTULO IX

**REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA SOBRE O CONSUMO
COMO VETOR DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO..... 215**

Igor Barbosa Beserra Gonçalves Maciel

CAPÍTULO X

**A HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS E
CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS
APROVADOS ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL 45..... 239**

Itallo Ramos Galvão

CAPÍTULO XI

**VIOLAÇÃO OU DIREITO FUNDAMENTAL: A PENA DE
MORTE PREVISTA NO ART. 5º, XLVII, "A", DA CONSTITUIÇÃO
BRASILEIRA DE 1988, AO LUME DO CANDEEIRO DO DIREITO
POSITIVO..... 261**

Jackson Santos Pereira

CAPÍTULO XII

**ABUSO DE POSIÇÃO DE VULNERABILIDADE: UMA QUESTÃO
DE DILIGÊNCIA NECESSÁRIA..... 281**

Joana Araújo Bezerra de Araújo

CAPÍTULO XIII

**ENCARCERAMENTO EM MASSA E A SUPERLOTAÇÃO
PRISIONAL NO BRASIL: PREMISSAS VIOLADORAS DE
DIREITOS HUMANOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DOS
APRISIONADOS..... 307**

José Cezario de Almeida

CAPÍTULO XIV

O DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO SOCIOAMBIENTAL SUSTENTÁVEL: ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO ECOLÓGICA..... 333

José Serafim da Costa Neto

CAPÍTULO XV

A INTENSIFICAÇÃO DA BUSCA PELA GARANTIA DOS DIREITOS DOS CUIDADORES FAMILIARES NO CENÁRIO PÓS-PANDEMIA..... 357

Leiliane Dantas Lima Aguiar de Melo

CAPÍTULO XVI

APLICAÇÃO DE METODOLOGIAS ATIVAS E INOVAÇÃO NA FORMAÇÃO DE PROFISSIONAIS DO DIREITO PARA A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS..... 375

Maria Clara Farias de Lira

CAPÍTULO XVII

O GARIMPO ILEGAL E O EXTERMÍNIO DOS POVOS INDÍGENAS YANOMAMI..... 397

Maria Clara Fernandes Silva

CAPÍTULO XVIII

O DESASTRE SOCIOAMBIENTAL DE MACEIÓ/AL CAUSADO PELA EXTRAÇÃO DO SAL-GEMA E A VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO..... 415

Maryny Dyellen Barbosa Alves Brand

CAPÍTULO XIX

A (IN)EFETIVIDADE DOS DISCURSOS DE CRIAÇÃO DE NOVOS SUJEITOS DE DIREITO EM BUSCA DA JUSTIÇA AMBIENTAL: Alguns aportes necessários	443
--	------------

Moisés Saraiva de Luna

Narbal de Marsillac Fontes

CAPÍTULO XX

EXTINÇÃO DOS OFÍCIOS DE CIDADANIA: UM RETORNO À INVISIBILIDADE?.....	479
---	------------

Rainner Amaral Rolim Carneiro Marques Lima

CAPÍTULO XXI

CIDADANIA, DIREITOS E JURISDIÇÃO.....	503
--	------------

Werton Magalhães Costa

CAPÍTULO XXII

ENERGIAS RENOVÁVEIS NO ESTADO DA PARAÍBA: CONTEXTUALIZAÇÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL E PRINCIPAIS DESAFIOS SOCIAMBIENTAIS.....	519
--	------------

Yanara Pessoal Leal

Manoel Victor Meira Lima Vidal

CAPÍTULO I

A ABORDAGEM DA LIBERDADE DE AMARTYA SEN NA ANÁLISE DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA EM RELAÇÃO AO DESENVOLVIMENTO HUMANO

Auricelia do Nascimento Melo¹
Enoque Feitosa Sobreira Filho²

RESUMO

O artigo teve como objetivo analisar o Benefício de Prestação Continuada à luz da teoria de Amartya Sen, especificamente em sua obra Desenvolvimento como liberdade. A problemática envolvida tratou sobre a necessidade de majorar o critério de acesso ao benefício para $\frac{1}{2}$ salário mínimo de renda *per capita* do grupo familiar, permitindo assim a abrangência de um número maior de pessoas, como meio de prover a dignidade humana. Atualmente o critério objetivo de comprovação da renda *per capita* igual ou inferior a $\frac{1}{4}$ de salário mínimo, exclui grande parte de pessoas que fazem jus ao benefício. A metodologia empregada na pesquisa foi de uma abordagem qualitativa, dada a compatibilidade com os objetivos pretendidos e quanto

-
- 1 Pós-doutora em Direito e Desenvolvimento pela UFPB, Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR, professora Adjunta da Universidade Estadual do Piauí.
 - 2 Pós-doutor em Filosofia pela UFSC, Doutor em Direito pela UFPE, Doutor em Filosofia pela UFPE/UFPB/UFRN. Professor do Programa de Pós-graduação e da Graduação da UFPB.

à tipologia, foi bibliográfica e documental. No que se refere ao método do procedimento, será comparativo e hipotético-dedutivo. A abordagem qualitativa diz respeito ao levantamento de informações que permita ver o objeto de estudo em sua complexidade, nas suas múltiplas características e relações, já que diz respeito a um benefício assistencial, com o condão de assegurar a dignidade humana, proporcionando um mínimo vital. Como resultado verificou-se que a majoração do critério para ter acesso ao benefício é perfeitamente compatível com discussões doutrinárias e legislativas e isso possibilitará o acesso a um maior número de pessoas hipossuficientes, perfazendo assim a dignidade humana e contribuindo para o desenvolvimento.

Palavras-chave: Desenvolvimento humano. Benefício. Dignidade humana.

1 INTRODUÇÃO

A Assistência Social, constitui um dos tripés da Seguridade Social e conforme dispõe a Constituição Federal e será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social. Deste modo, a Assistência Social, como parte do tripé da Seguridade Social, também possui o propósito de seguir objetivos que tratam da construção de uma sociedade mais justa e solidária, para assegurar o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades, além de promover o bem de todos, sem distinção de qualquer natureza.

Tendo por base os ensinamentos de Amartya Sen, na sua obra Desenvolvimento como Liberdade, o artigo tem como objetivo verificar como o benefício de prestação continuada, que é um benefício assistencial, pode proporcionar a idosos e pessoas com deficiência o mínimo existencial, por consequência assegurar a dignidade humana, por meio da concessão de um salário mínimo mensal.

Para realizar um recorte na pesquisa e traçar o percurso metodológico será utilizado como base a obra de Amartya Sen, em especial, as liberdades substantivas e as instrumentais abordadas no livro Desenvolvimento

como Liberdade, por serem essas que mais estão relacionadas à Assistência Social.

Para Sen (2010), considerar o desenvolvimento como expansão das liberdades substantivas, orienta a ação para os fins que tornam o desenvolvimento algo importante, mais do que para os meios que desempenhem papéis de relevo. E dessa maneira, empreender melhorias que primem pelo bem-estar e contemplação das liberdades substantivas. A pobreza como privação de capacidades citada no capítulo IV do livro discorre sobre a inadequação de renda e conseqüentemente a condição de vida pobre, a qual irá privar as pessoas de capacidades.

O autor explica que a relação entre a pobreza como insuficiência de potencialidades e modicidade de rendimento é íntima, e existe nos dois sentidos. O rendimento é, sem dúvida, um meio importante para as potencialidades. Estas, por sua vez, alargam a capacidade da pessoa ser mais produtiva e obter mais rendimento.

Assim, gerando privações individuais, entre comunidades e familiares, o que leva a violação de sua liberdade, pois a pobreza viola substancialmente a liberdade, inibindo a capacidade de se levar uma vida com bem-estar.

O benefício referente à Assistência Social está inserido na Seguridade Social, que compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinado a assegurar os direitos relativos à previdência, à saúde e à assistência social, conforme preceitua a Constituição Federal, em seu artigo 194. A Seguridade Social, estada na solidariedade social, desponta como uma política de Estado que visa atender a essas necessidades sociais, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No Brasil a Assistência Social está disciplinada pela Lei 8.742/93, que especifica uma política para atender a quem dela precisar. Segundo o seu artigo primeiro, a assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é política de seguridade social não contributiva, que provê os mínimos

sociais. Realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, visa garantir o atendimento às necessidades básicas da pessoa humana.

O ponto importante a ser esclarecido é que a Assistência Social constitui um subsistema, que ao lado do direito à saúde e do direito à previdência social formam o sistema de seguridade social, onde a saúde é direito de todos, a previdência é contributiva e a assistência social é para quem dela necessitar.

A relevância da pesquisa consiste em ressaltar que a Constituição de 88 consagra no seu artigo 3º, como objetivos fundamentais da República, construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, o que constata por parte do legislador uma perspectiva inovadora de garantias e liberdades, onde configura uma preocupação com a questão da desigualdade em todas as suas formas de manifestação.

Assim está disposto na Constituição no seu artigo 203, inciso V: - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. Essa lei cita pela Constituição é a Lei 8.742/93, que especifica no artigo 20 que o benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

A mesma lei acima mencionada, define o que é família para efeitos de concessão do Benefício de Prestação Continuada no seu § 1º, que diz: “para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto”.

Seguindo o texto legal, já no seu parágrafo (§ 3º), cita que observados os demais critérios de elegibilidade definidos nesta Lei, terão direito ao benefício financeiro de que trata o caput deste artigo a pessoa com deficiência ou a pessoa idosa com renda familiar mensal per capita igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. Essa redação foi atualizada no ano de 2021.

Assim, o artigo será estruturado em 3 tópicos, onde o primeiro trata dos requisitos que são necessários para ter acesso ao benefício. O segundo ponto especificará como ocorre a pertinência da obra de Amartya Sen, como o Benefício de Prestação Continuada, destacando aspectos importantes.

Dando seguimento ao trabalho, será abordado o tópico que trata o benefício de prestação continuada como forma de garantir a dignidade humana e o mínimo existencial, seguido da metodologia empregada na confecção do artigo, após serão realizadas as considerações finais.

2 OS REQUISITOS PARA TER ACESSO AO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

O Benefício de Prestação Continuada é concedido ao idoso a partir dos 65 anos e à pessoa com deficiência, que não seja segurado de nenhum outro sistema de previdência social, incluindo-se nesse rol os indígenas e o estrangeiro naturalizado e domiciliado no país, que não possua apoio previdenciário em seu local de naturalização. (Ibrahim, 2016).

Para solicitar o benefício assistencial, Martinez (2014, p. 1251) leciona que “[...] O pedido será apresentado nos Postos do Seguro Social do INSS, conforme formulário próprio, embora se possa solicitá-lo por requerimento escrito”.

Além, este benefício possui como data de início a de quando pleiteou a sua concessão na via administrativa e se nela for indeferida, e precisar se utilizar da via judicial, a data de início deve retroceder à quando foi consta-

tado que o requerente já cumpria com as formalidades para seu recebimento. (Castro; Lazzari, 2016).

Por ser um benefício que não depende de contribuição, a pessoa que o recebe faz jus a um salário mínimo mensal, sem direito ao décimo terceiro salário, podendo, ainda, a sua concessão, conforme versa Santos (2018, p. 113), “[...] ser cumulada com assistência médica, pensão especial de natureza indenizatória e bolsa decorrente de contrato de aprendizagem.”. De forma complementar, sabe-se que a acumulação de benefícios é vedada quando se trata de benefício assistencial, mesmo que se trate de seguro desemprego.

A única exceção à regra é quanto aos benefícios de assistência médica e a pensão especial que possua natureza de indenização. (Castro; Lazzari, 2016). O referido benefício foi regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social, que estipulou a sua concessão para a pessoa que comprove possuir deficiência ou para a pessoa idosa, desde que estes indivíduos comprovem também não possuir meios para prover a sua manutenção ou de tê-la provida por sua família. (Brasil, 1993).

Ele ainda pode ser concedido a mais de uma pessoa da família, porém, deve haver o atendimento aos requisitos obrigatórios previstos na LOAS. Bem como, nas palavras de Mendes (2016, p. 199), o benefício “[...] é provisório (deve ser revisto a cada dois anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem) e personalíssimo (extingue-se com a morte de seu titular, não sendo convertido em pensão por morte).

Diante da realidade brasileira que atualmente assola o país, destaca-se a seguinte pergunta: Por que não elevar esse critério de renda per capita para $\frac{1}{2}$ salário mínimo? O aumento do valor da renda, permitiria incluir um número maior de pessoas para receber o benefício e assim promover a dignidade e melhor subsistência?

Essa é uma necessidade, visto que, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve

ser interpretado de modo a amparar irrestritamente o cidadão social e economicamente vulnerável.

A limitação do valor da renda per capita familiar, não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.

O assunto do critério de miserabilidade para concessão do BPC já esteve em análise pelo STF, quando a questão foi finalmente decidida pela Suprema Corte no julgamento dos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963, julgados conjuntamente em 17 e 18 de abril de 2013. Por maioria de votos, o STF pronunciou a inconstitucionalidade material incidental do §3º, do artigo 20, da Lei 8.742/93, que prevê o critério legal da renda per capita familiar inferior a 1/4 do salário mínimo para a caracterização da miserabilidade.

Porém, o legislativo não fez a alteração na Lei e muitas vezes o judiciário analisa, mediante a apreciação de cada caso, sendo que durante a pandemia da COVID, chegou a ser confeccionada a Lei considerou o limite de até 1/2 salário mínimo, o que logo depois foi revogado e a atual redação atualizada da Lei 8.742, no seu artigo 20, §3º, que diz: “Observados os demais critérios de elegibilidade definidos nesta Lei, terão direito ao benefício financeiro de que trata o caput deste artigo a pessoa com deficiência ou a pessoa idosa com renda familiar mensal per capita igual ou inferior a 1/4 do salário mínimo”.

Atualmente encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei PL 1624/2022, de autoria do deputado Ivan Valente do PSOL, que eleva o critério de renda do BPC para 1/2 salário mínimo.

Amartya Sen explica, então, a visão de que o desenvolvimento é o componente central que visa promover soluções para superação desses problemas (SEN, 2010, p. 9).

Dessa forma, verifica-se que:

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. A despeito de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas — talvez até mesmo à maioria (SEN, 2020, p. 16-17). (grifo nosso)

Para Sen (2010), as liberdades não são apenas o fim primordial do desenvolvimento, contam-se também entre os meios principais. O autor explica que as liberdades políticas (sob a forma de livre expressão e eleições) ajudam a promover a segurança econômica. As oportunidades sociais (sob a forma de serviços de educação e de saúde) facilitam a participação econômica.

E ainda delibera que os dispositivos econômicos (sob a forma de oportunidade de participar no comércio e na produção) podem ajudar a gerar tanto a riqueza pessoal como os recursos públicos destinados a serviços sociais. As liberdades de diferentes espécies podem reforçar-se umas às outras.

3 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E A PERTINÊNCIA COM A TEORIA DE AMARTYA SEN EM SUA OBRA DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE

A assistência social compõe, juntamente com os outros subsistemas de saúde e previdência social, o sistema de seguridade social, que foi legitimada como direito para o enfrentamento da pobreza, alcançando, ao decorrer da elaboração de sua lei orgânica, consistência teórica para ultrapassar seu perfil assistencialista e obter status definitivo de política (TORRES; RAMIRES, 2011, p.3).

No ano de 2006, foi publicada a Norma Operacional Básica dos Recursos Humanos, com o objetivo de regulamentar a gestão do trabalho no Sistema Único de Assistência Social e definir os princípios e diretrizes a serem observados pelos trabalhadores, gestores, conselheiros e os operadores da assistência social.

O atendimento inicial para as pessoas que procuram esse benefício assistencial se dá através dos CRAS (Centros de Referência de Assistência Social), que é uma unidade pública estatal de base territorial, localizada em áreas de vulnerabilidade social. A proteção social especial se manifesta na responsabilidade de assegurar condições dignas de vida, especialmente aos idosos a partir de 65 anos que não contribuíram com o INSS, ou pessoas com deficiência que não tenham condições de se manter, ou suas famílias não tenham condição de prover-lhes o sustento.

Segundo Sen (2010), supõe-se que a abordagem da comparação de renda é um modo mais “prático” de chegar às diferenças interpessoais de vantagens. Estas vantagens são difíceis de se sustentarem, uma vez que as questões de desigualdades de renda não são suficientes para medir a pobreza. E que a diminuição de desigualdades econômicas está no melhoramento de oportunidades ligadas aos investimentos e financiamentos em saúde, educação, subsídios ligados ao emprego, divisão de recursos e oportunizar capacidades que estimulem a erradicação da pobreza.

A necessidade de rever o critério de renda per capita, na atual situação em o país se encontra é uma discussão profícua, pois durante a pandemia, no ano de 2021, foi elevada a renda per capita para $\frac{1}{2}$ salário mínimo, o que foi revisto em 2022, através de medida provisória, retornando o valor para $\frac{1}{4}$ de salário mínimo.

Nesse ponto, Sen(2010), explica que verifica-se que a análise do desenvolvimento requer uma compreensão integrada dos papéis respectivos dessas diferentes instituições e suas interações. [...] Este estudo foi

uma tentativa de compreender e investigar essa estrutura inter-relacionada e de extrair lições para o desenvolvimento dessa ampla perspectiva. (SEN, 2010, p.378).

Assim, da maneira como o autor menciona, a perspectiva de liberdade está arraigada em distintas formas, ou seja, as liberdades instrumentais, tais como a liberdade política, a liberdade econômica, as oportunidades sociais. Por sua vez, apresentam interconexões e se complementam. Devido aos aspectos apresentados, o autor afirma que há diferentes formas de privação de liberdade como a fome, a falta de educação, ausência de saneamento básico, desemprego, segurança social, discriminação racial e sexual, violação dos direitos humanos e privação da cidadania.

Com o aumento da renda per capita para que o idoso e a pessoa com deficiência que não tenha condições de trabalhar, verifica-se o alcance da provisão que se chama de mínimo existencial, como explica o autor do projeto de Lei 1624/2022, deputado Ivan Valente: “considera-se, no entanto, que o critério de renda de até 1/4 do salário mínimo por pessoa não se sustenta do ponto de vista da proteção social”. Para o deputado, a flexibilização existente desconsidera uma avaliação contextual da deficiência, “ferindo a necessidade de avaliação individual da situação social de cada requerente”.

É importante ainda destacar que a lei obriga a atualização dos beneficiários do programa de dois em dois anos, para garantir a efetividade dos beneficiários; identificar e promover a rede de serviços a ser oferecida aos beneficiários e suas famílias de modo a potencializar os efeitos positivos do programa e retirar a pessoa da necessidade de recebimento e, por último, corrigir distorções na sua concessão e manutenção junto aos elegíveis.

Podem ocorrer mortes ou recuperações físicas e, nesses casos, o responsável deve procurar o INSS para declarar o cancelamento do BPC. A revisão bienal é realizada pelas Secretarias Estaduais e Municipais de Assistência Social, junto com o INSS. Tanto as Secretarias Estaduais e Municipais de Assistência Social quanto o Centro de Referência Social (CRAS) –

(Casas das Famílias) são órgãos acessíveis para requerimento de orientação aos beneficiários e suas famílias.

De acordo com Barros e Carvalho (2006), existem quatro tipos principais de políticas para a redução da pobreza e desigualdade. A primeira visa à elevação da renda dos mais pobres com base em aumentos na produtividade do trabalho (incluindo os programas de educação e capacitação profissional, por um lado, e a oferta de microcrédito, assistência técnica e outros serviços para melhoria da qualidade dos postos de trabalho e a produtividade do trabalhador, por outro).

Os autores especificam que o segundo tipo de políticas públicas, busca garantir oportunidades de trabalho para os desempregados e desalentados, como a intermediação de mão-de-obra e iniciativas que eliminem os impedimentos à criação de novos postos de trabalho – vide a flexibilização da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Em terceiro lugar, encontram-se as políticas que modificam os termos de troca, tanto as que elevem a remuneração do trabalho quanto as que reduzam o custo da cesta básica (programas de subsídios e redução de impostos sobre os bens constituintes da cesta básica). Em quarto lugar posicionam-se as transferências governamentais (incluindo o Programa Bolsa Família, o Salário Família, o Seguro Desemprego, o Abono Salarial e o Benefício de Prestação Continuada, como exemplos).

Barros e Carvalho (2006), citam que ao investigar o impacto do aumento da cobertura do Programa BPC, se identifica o quarto tipo acima referido de política de redução da pobreza e desigualdade. A ampliação da cobertura do BPC aumentaria a renda média dos grupos em análise (de idosos e de idosos pobres ainda não atendidos), afetando assim a pobreza e a desigualdade destes grupos.

Porém é importante esclarecer que segundo IPEA (2021)³, após julho de 2019, observam-se que as trajetórias de concessões e indeferimentos

3 PAIVA, Andrea Barreto de; PINHEIRO, Marina Brito. BPC em disputa: como alterações regulatórias recentes se refletem no acesso ao benefício. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA 2021.

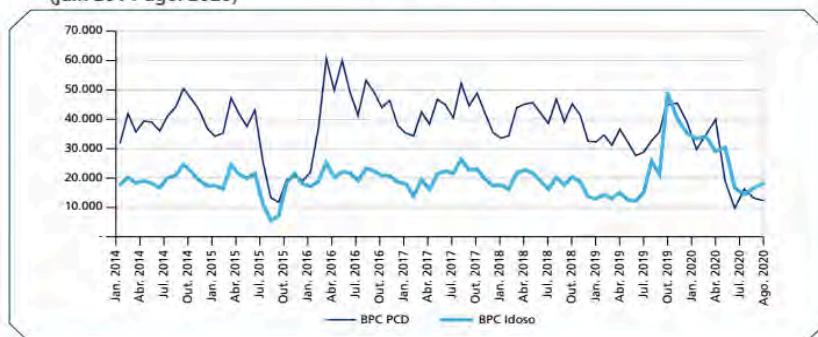
de BPC Idoso continuaram com o mesmo comportamento, tendo ambos aumentado o volume tanto de concessão quanto de indeferimento, e apresentaram quedas simultâneas no final do ano.

Entretanto, o mesmo não aconteceu com os resultados dos despachos de BPC PCD: as curvas se descolaram completamente nesse período, tendo os indeferimentos aumentado visivelmente a partir de agosto de 2019 e as concessões reduzido.

Assim, de acordo com o gráfico abaixo⁴, o percentual médio mensal de benefícios voltados a PCDs indeferidos no período de agosto a dezembro de 2019 em relação aos despachos foi muito superior ao observado, por exemplo, no ano de 2018.

Nesse ano, a média de indeferimentos em relação aos despachos de BPC PCD foi de 66%; entre agosto e dezembro de 2019, os indeferimentos representaram 74% dos despachos de BPC PCD. Por outro lado, este percentual médio mensal de indeferimentos praticamente não se alterou na comparação dos dois períodos quanto se trata de BPC Idoso: mudou de 34% para 35%.

Trajetória mensal dos despachos do BPC segundo espécie de benefício (jan. 2014-ago. 2020)



Fonte: Suíbe (dados enviados por CGEDA/SRGP/SPREV/SEPRT/Ministério da Economia).
Elaboração das autoras.

4 Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA 2021.

4 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA COMO FORMA DE GARANTIR A DIGNIDADE HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL

O Benefício de Prestação Continuada (BPC) é o único benefício constitucional da assistência social, mantido com recursos do Fundo Nacional de Assistência Social e operado pelo INSS. Criado em 1996, ele substituiu e ampliou a antiga Renda Mensal Vitalícia, de 1974, passando a ser não contributivo e a pagar o valor de um salário mínimo a idosos acima de 65 anos e pessoas com deficiência com impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial de longo prazo, com renda familiar per capita de até um quarto do salário mínimo.

Desde a implementação do BPC, o acesso ao benefício vinha registrando importante ampliação, notadamente, pelas alterações nos critérios centrais para concessão – como a diminuição da idade mínima para idosos, alargamento do conceito que embasa a caracterização e avaliação da deficiência e flexibilização do critério de renda decorrente do crescente processo de judicialização do benefício. Contudo, principalmente a partir de 2016, diversas medidas vêm sendo tomadas para reverter essa ampliação e restringir a concessão do benefício.

Entre os novos procedimentos adotados está a obrigatoriedade de inscrição do requerente no CadÚnico de Programas Sociais do Governo Federal, exigência feita também para os já beneficiários, sob o risco de cancelamento do benefício. Foi instituído também a responsabilidade do beneficiário pela atualização do cadastro a cada dois anos.

A esse respeito, a Nota Técnica nº 31 do Ipea, de 2016, expôs a preocupação com a tendência de responsabilização dos beneficiários posta pelo Decreto, no que tange aos procedimentos exigidos para acesso e manutenção do BPC. Isso por dois motivos centrais: as limitações sociais e de mobilidade dos beneficiários e suas famílias e as dificuldades das estruturas operacionais da política de assistência social em cumprir os prazos e procedimentos para efetuar o cadastramento.

Um nítido indício dessas dificuldades foi o baixo número de inscrições de beneficiários do BPC registrados no CadÚnico após a exigência do referido decreto, o que levou a sucessivas prorrogações de prazo. Inicialmente previsto para 2017, o prazo final foi adiado por duas vezes e agora atende a um escalonamento de acordo à data de aniversário do beneficiário, e que seguirá até meados de 2020.

Outro ponto a destacar para explicar a redução do número de pessoas que conseguem o benefício está a mudança no modelo de atendimento – no qual o novo fluxo de atendimento e processamento das demandas delineado pelo projeto “INSS Digital” está ancorado na redução do quadro de servidores do INSS e, portanto, na redução do atendimento presencial e na priorização do acesso digital – certamente tem impactos não desprezíveis, principalmente, para o público do BPC, que é marcado por uma dupla vulnerabilidade.

O desenho do programa parece não ter levado em consideração o público mais vulnerabilizado socialmente, prática que vem sendo observada na instituição do Estado de bem-estar digital em outros países. Em artigo que trata do desafio da inclusão no processo de digitalização da proteção social, Melchiori (2019) menciona que estudos sobre a automação da proteção social em diversos países apontam para fato de a digitalização da proteção social estar ocorrendo sem o envolvimento dos indivíduos mais vulneráveis no desenho dos sistemas, o que dificulta a antecipação e incorporação no design de serviços dos problemas e das situações reais da vida das pessoas.

Ou seja, o acesso ao INSS Digital é mais complexo para essa população. Além disso, os atendimentos presenciais sempre foram importantes para a concessão deste tipo de benefício. Isso porque os momentos de escuta qualificada destes requerentes por parte dos servidores do INSS aumentam as chances de solicitarem adequadamente o benefício ao qual têm direito, obtendo maior compreensão de quais documentos são necessários, quais as etapas do processo de análise dos pedidos e como acompanhá-los.

Nesse sentido, o desenho deste processo transformação digital do INSS, ancorado na redução do quadro de servidores do instituto e, portanto, na desumanização deste modelo de atendimento, pode provocar o aumento da intermediação para o acesso ao instituto, seja ela buscada no mercado privado ou em equipamentos do Centro de Referência de Assistência Social (CRAS), tornando mais penoso o processo para o acesso ao benefício.

Ou ainda, é possível que os requerimentos preenchidos pelos potenciais beneficiários sem qualquer auxílio acabem por gerar, futuramente, mais indeferimentos ou, até mesmo, mais judicializações.

Além de todas as dificuldades de acesso ao benefício, a população destinatária do benefício deve estar dentro do perfil que a lei determina como critério que é a questão do $\frac{1}{4}$ de salário mínimo que deve ser comprovado na renda per capita familiar, o que limita o número de pessoas a ter acesso ao benefício.

A necessidade de aumentar o requisito de renda per capita $\frac{1}{2}$ salário mínimo já está em um projeto de Lei 1624/2022, de autoria do Deputado Ivan Valente que tem o seguinte teor:

PL/ 1624/2022: Altera a Lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 14.176 de 22 de junho de 2021, para estabelecer critério de $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo de renda familiar per capita para acesso ao benefício de prestação continuada e parâmetros para avaliação social por vídeo conferência.

Como bem aponta Amartya Sen (2010), em sua obra, a privação de liberdades está presente em diversos problemas que continuam existindo e aumentando: pessoas em situação de grave insegurança alimentar, falta de acesso a água tratada ou saneamento básico, desigualdade educacional, evasão escolar para muitos que não possuem suporte econômico e estrutural em suas moradias, trabalhadores em informalidade ainda maior, pessoas em situação de rua enfrentando as adversidades do frio e da fome,

entre tantas outras situações que geram restrições, totais ou parciais, na liberdade das pessoas de interagir na vida social, econômica e política de suas comunidades.

Sem a participação das pessoas não é possível gerar resultados de desenvolvimento por meio de crescimento econômico e muito menos de desenvolvimento humano. Portanto, a liberdade (ou o enfoque das capacidades) tem, como importância avaliatória, ser o fim primordial e meio principal do desenvolvimento e não apenas um fim em si mesmo (SEN, 2010, p. 25).

Daí a relevância do estudo, tanto do ponto de vista jurídico, como social, pois o Brasil, como um Estado Social deve assegurar o mínimo existencial para pessoas que não podem manter-se, ou suas famílias não puderem mantê-las, para proporcionar uma dignidade enquanto ela viver, pois que fique claro, o Benefício de Prestação Continuada, como benefício assistencial, é impessoal e intransferível, não deixa pensão por morte e nem dá direito a décimo terceiro, pois estas características são de benefício previdenciário. Essa determinação está precisamente no Decreto 6.214/2007, em seu artigo 23: “O Benefício de Prestação Continuada é intransferível, não gerando direito à pensão por morte aos herdeiros ou sucessores”.

Quanto ao tipo de rendimento utilizado no cálculo da renda familiar para acessar o BPC, são computados todos os rendimentos de trabalho e de outras fontes (aposentadoria, pensões alimentícias, benefícios previdenciários, programas sociais, etc.) de todos os membros do grupo familiar. A exceção é no caso do BPC idoso: se já existir um membro da família que recebe BPC idoso, a renda deste BPC não será contada no cálculo da renda familiar per capita mensal do outro idoso que está no mesmo grupo familiar.

Assim, quando já há uma pessoa que recebe o BPC e outro membro da família entra com o pedido para também recebê-lo, a análise, a análise da renda familiar per capita que será feita para esse novo requerimento irá considerar quatro cenários.

Quadro 1: Tipos de rendimentos para cálculo da renda *per capita* familiar para concessão de BPC adicional ao grupo familiar.

	NOVO REQUERENTE DO GRUPO FAMILIAR	MEMBROS DA FAMÍLIA QUE JÁ RECEBE O BPC	RENDA DO BPC NO CÁLCULO DA RPC	TIPOS DE RENDIMENTOS UTILIZADO NO CÁLCULO DA RPC
Caso 1	IDOSO	IDOSO	Não computa	Rendimento proveniente de trabalho (formal ou não)
Caso 2	PESSOA COM DEFICIÊNCIA	IDOSO	Computa	Outras fontes de rendimentos <ul style="list-style-type: none"> • Aposentadorias e pensões (privadas e públicas) • Pensões Alimentícias • Renda Mensal Vitalícia • Rendimentos auferidos do patrimônio (que incluem aplicações financeiras e aluguéis) • Programas sociais • Comissões
Caso 3	IDOSO	PESSOA COM DEFICIÊNCIA	Computa	
Caso 4	PESSOA COM DEFICIÊNCIA	PESSOA COM DEFICIÊNCIA	Computa	

Elaboração: SAGI/DM, a partir dos critérios estabelecidos no Decreto nº 6.214 de 2007.

Importante explicar que no caso de pessoa com deficiência, o requerente deve apresentar todos os documentos médicos disponíveis para subsidiar a avaliação médica e social da deficiência e do grau de limitação.

Esta avaliação é conjunta, realizada por médicos peritos e assistentes sociais do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) com base na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF)⁵. Para análise de renda, o INSS consulta cadastros específicos para obter informações sobre a existência de benefício previdenciário, emprego e renda do requerente ou beneficiário e dos integrantes da família.

Cabe destacar que a negativa por parte da Administração Pública para a concessão do BPC vem sendo questionada judicialmente por parte de pessoas que pleiteiam o benefício, seja por não concordarem com os crité-

5 Critérios de acordo com o Decreto 6214 de 2007.

rios legais, seja porque discordam da avaliação feita sobre a documentação enviada. Em novembro de 2019⁶, dentre os 4,6 milhões de benefícios pagos, 492 mil (10,7%) eram de concessão judicial e, portanto, com possível flexibilização dos critérios de elegibilidade do BPC.

Outro dado importante é que segundo os dados do IBGE, no Censo de 2010, 6,7% da população brasileira reporta ter alguma deficiência, sendo que 15% deste público vivem em situação de pobreza, segundo os critérios do BPC.

5 METODOLOGIA E LEVANTAMENTO DE DADOS

Para alcançar os objetivos propostos, o percurso a ser seguido será a por meio de uma pesquisa que adotou uma abordagem qualitativa, dada a compatibilidade com os objetivos pretendidos e quanto à tipologia, será bibliográfica e documental. No que se refere ao método do procedimento, será comparativo e hipotético-dedutivo.

A abordagem qualitativa diz respeito ao levantamento de informações que permita ver o objeto de estudo em sua complexidade, nas suas múltiplas características e relações, já que diz respeito a um benefício assistencial, com o condão de assegurar a dignidade humana, proporcionando um mínimo vital.

A análise bibliográfica será realizada através dos autores que permeiam um estudo embasado no assunto e será relacionado o estudo do aumento do critério da renda per capita para o Benefício de Prestação Continuada, à obra de Amartya Sen, Desenvolvimento como Liberdade.

As fontes de pesquisas serão a legislação, doutrina, jurisprudência para conferir-se a fundamentação teórica à pesquisa, além de relatórios verificados junto ao anuário do INSS e demais documentos que contenham informações e disposições sobre o Benefício de Prestação Continuada.

A análise documental será realizada para mostrar através dos documentos legislativos (Constituição Federal, Projetos de Lei, Leis e Decre-

6 Instituto Nacional do Seguro Social INSS-folha do mês de novembro de 2019.

tos), isso demonstrará como a legislação ao longo dos anos, evoluiu, como pode-se citar, o Estatuto do Idoso (Lei 10.741), que ao ser aprovado colocava como patamar de pessoa idosa, pessoas a partir de 70 anos e hoje, precisamente, a partir do ano de 2022, alterou a idade para 60 anos.

É importante que se estabeleça que a análise documental difere da análise bibliográfica, segundo Gil (2008), pois o pesquisador se vale de materiais que ainda não receberam tratamento analítico, que podem ser reelaborados conforme o objetivo da pesquisa.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho tratou de fundamentar a majoração do critério de acesso ao Benefício de Prestação Continuada, como maneira de proporcionar o ingresso de um número maior de pessoas hipossuficientes para receber o benefício. A fundamentação para o aumento de seu com base na obra de Amartya Sen, Desenvolvimento como Liberdade.

O autor explica que a relação entre a pobreza como insuficiência de potencialidades e modicidade de rendimento é íntima, e existe nos dois sentidos. O rendimento é, sem dúvida, um meio importante para as potencialidades. Estas, por sua vez, alargam a capacidade da pessoa ser mais produtiva e obter mais rendimento.

Para o autor o objetivo do desenvolvimento é expandir as liberdades humanas, Sen (2010), argumenta que o desenvolvimento deve ser entendido como a expansão das liberdades humanas, em vez de apenas o crescimento econômico ou a melhoria do padrão de vida. As liberdades incluem coisas como acesso à educação, saúde, emprego, alimentação, água potável e saneamento.

O BPC é um benefício de grande relevância no campo da proteção social brasileira, que garante aos idosos e pessoas com deficiência, que vivem em situação de miserabilidade, uma renda de cidadania de 1 salário mínimo. A trajetória de concessão do BPC foi permeada por um incremento de

concessões viabilizadas judicialmente, que geram passivos ao poder público e perda de capacidade de planejamento do BPC como um todo.

É neste contexto que importantes alterações foram observadas nos últimos anos, como aprimoramento de processos e transformações digitais, bem como alterações no ordenamento legal do benefício. É importante que os aprimoramentos, consigam balancear os avanços na gestão com a garantia e manutenção de direitos. Como discutido, aprimoramentos como os trazidos pela incorporação do CadÚnico como instrumento de gestão do BPC, a adoção do INSS Digital e os procedimentos de revisão, avançam pontos importantes relacionados ao acesso ao benefício e à eficiência estatal, mas trazem pontos de atenção que ou trouxeram ou podem trazer prejuízos aos cidadãos elegíveis.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ângela. **O mínimo existencial e a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares**. 2009. 149 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado). Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2009.

BRASIL. **Lei nº 8.742, de 7 de Dezembro de 1993**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm. Acesso em: 19/10/2022.

BARROS, R. P.; CARVALHO, M. **A efetividade do salário mínimo como um instrumento para reduzir a pobreza e a desigualdade no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 2006.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 21. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: . Acesso em: 03 set 2021.

COSTA, BLS. **Reflexões sobre as mudanças no Benefício de Prestação Continuada (BPC): a obrigatoriedade de inscrição no Cadastro Único e a experiência do município de Niterói.** Trabalho de Conclusão de Curso. Graduação em Serviço Social. Universidade Federal Fluminense. Niterói: UFF, 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 1624/22.** Projeto de Lei estabelece novo critério de renda para o BPC. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/893553-projeto-estabelece-novo-criterio-de-renda-para-concessao-do-bpc/>. Acesso em 19/10/22.

GUEDES, Gilvan Ramalho; ARAÚJO, Tania Fortunato. **Impacto do Aumento da Cobertura do Programa Benefício de Prestação Continuada (BPC) sobre a Pobreza e a Desigualdade entre o Grupo de Idosos e os Elegíveis não Atendidos.** Trabalho apresentado no XII Encontro Regional de Economia (ANPEC Nordeste). Revista Econômica do Nordeste, v.40, n.1, jan-mar 2009.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**, 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

IBGE-INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira.** Rio de Janeiro: IBGE, 2019.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Releitura dos dados de pessoas com deficiência no Censo Demográfico 2010 à luz das recomendações do Grupo de Washington**, 2018.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 22. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

JACCOUD, L; MESQUITA, AC; PAIVA, A. **O Benefício de Prestação Continuada na reforma da previdência: contribuições para o debate.** *Texto para discussão 2301*. Brasília: IPEA, 2017.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2014.

MEDEIROS, M; SAWAYA NETO, M; GRANJA, F. **A distribuição das transferências, público-alvo e cobertura do benefício de prestação continuada (BPC)**. *Texto para discussão 1.416*. Brasília: Ipea, 2009.

MEDEIROS, M; GRANJA, F; SAWAYA NETO, M. **Mudança no conceito de família do Benefício de Prestação Continuada**. *Texto para discussão 1.411*. Brasília: Ipea, 2009b.

MELCHIORI, C. **Digitalização da proteção social: o desafio da inclusão**. In: NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR (Ed.). Pesquisa Sobre o Uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros: TIC domicílios 2019. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020.

REDE BRASIL ATUAL (08 jan. 2020). **Disponível em:** <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2020/01/em-um-ano-bolsonaro-excluiu-1-milhao-de-familias-do-bolsa-familia/Acesso> em 22/10/22.

SANTOS, Erico Sanches Ferreira dos. **Manual de direito previdenciário**. Curitiba: Intersaberes, 2021. (Série Estudos Jurídicos: Direito Empresarial e Econômico). Disponível em: . Acesso em: 27 ago. 2021.

SENNA, MCM; COSTA, BLS. **Famílias e Assistência Social: reflexões sobre o BPC e o PBF**. *Revista Em Pauta*, n.42, 2018.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

VAITSMAN, Jeni; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa. **Benefício de Prestação Continuada (BPC) para pessoas com deficiência: barreiras de acesso e lacunas intersetoriais**. *Ciênc. saúde coletiva*. Rio de Janeiro, v. 22, n. 11, p. 3527-3536, Nov. 2017. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017021103527&lng=en&nrm=iso. Acesso em 07 jan. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/1413-812320172211.20042017>.

CAPÍTULO II

EXTRAFISCALIDADE E CULTURA: UM ESTUDO SOBRE A CONDECINE E SEU IMPACTO NA PROMOÇÃO DA CINEMATOGRAFIA NACIONAL

Alex Taveira dos Santos⁷
Ana Paula Basso⁸

-
- 7 Doutorando e Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela ESA-PB, Especialista em Direito Tributário pelo IBET - PB (Instituto Brasileiro de Estudos Tributários), Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÉ. Foi aluno de Mobilidade Acadêmica na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC-PT). Atualmente é Professor do Departamento de Ciências Jurídicas da UFPB e do Curso de Direito da Faculdade Internacional da Paraíba - FPB. Atua como Professor convidado de Direito Tributário em diversas Pós-Graduações *Lato Sensu*. Foi Julgador Administrativo junto ao Conselho de Recursos Fiscais da SEFAZ/PB (2020-2022). Foi Presidente (2020-2021) e Vice-Presidente (2021-2022) da Comissão de Estudos Tributários da OAB/PB. Professor do IBET e Advogado. E-mail: alexaveirads@hotmail.com
- 8 Professora da graduação e da pós-graduação stricto sensu do Centro de Ciências Jurídicas, da UFPB. Possui graduação em Direito, doutorado em “Dottorato di Ricerca in Diritto Tributario Europeo - ALMA MATER STUDIORUM Università di Bologna” e doutorado em “Derecho Tributario Europeo (Interuniversitario) pela Universidade de Castilla-La Mancha”. É Vice coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Ciências jurídicas da UFPB. É professora visitante da Universidade de Liaoning. É líder do Grupo de Pesquisa Estudos de Direito Tributário e suas repercussões socioeconômicas (GPEDTRS/UFPB/CAPES/CNPQ). Foi bolsista das Cortes de Castilla-La Mancha, na Espanha. Realizou pesquisas no Centro Internacional de Estudios Fiscales (UCLM) e no Departamento Jurídico de Direito Tributário Antonio Cicu, da “Università di Bologna”. Participou de eventos de âmbito internacional a convite do “Centro Internacional de Estudios Fiscales” e da “Scuola Europea di Alti Studi Tributari”. Foi coordenadora da Unidade Acadêmica de Ciências Sociais, da UFCG e editora da Revista Direito e Desenvolvimento. E-mail: ana.paula.basso@academico.ufpb.br

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 é considerada dirigente, assim entendida como àquela que estabelece programas e os meios pelos quais esses objetivos sejam alcançados. Faz parte das prescrições constitucionais a garantia do direito à vida, do direito social ao trabalho, do direito à liberdade e, não menos importante, o direito à cultura. Dessa forma, a lei das leis preconiza que o Estado garanta a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiando e incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais. A cinematografia constitui-se em um produto cultural, merecendo especial atenção por parte do poder público, sobretudo o seu fomento, pois a um só tempo permite a promoção à cultura e também o direito social ao lazer. A forma como o Estado visa implementar seus objetivos pode ocorrer de variadas maneiras, todavia é comum o uso da técnica de indução para incentivar as condutas que deseja ver concretizadas, mormente com o emprego de tributos extrafiscais. Com esse objetivo, em 2001, através da Medida Provisória 2.228-1, foi criada a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional – CONDECINE. Essa pesquisa indagou e buscou responder se tal contribuição é constitucional e/ou capaz de promover o atingimento dos objetivos constitucionais que se propôs. Para responder tais questionamentos, a pesquisa realizada foi qualitativa, do tipo bibliográfica e documental, o método é o hipotético-dedutivo. Concluiu-se que a referida CIDE é constitucional e contribui para o atingimento dos objetivos traçados de promoção da cultura através da cinematografia brasileira.

Palavras-chave: Extrafiscalidade. CONDECINE. Intervenção no domínio econômico.

1 INTRODUÇÃO

No atual cenário sociopolítico quando se fala de extrafiscalidade tributária é comum associar o tema à proteção do meio ambiente, dos tributos verdes, de como o Estado pode utilizar a tributação como um mecanismo promotor do desenvolvimento sustentável. Em que pese a

importância do tema, dos importantes debates já travados sobre o assunto, não é apenas para atingir esse objetivo que a extrafiscalidade serve. Assim como a CF/88 prescreve que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, prescreve também que todos têm direito de liberdade, direito a vida, ao trabalho, ao lazer e a cultura.

Definimos cultura como toda manifestação artística, cultural, intelectual e social criada artificialmente pelo homem. Dentre todas essas manifestações culturais, a cinematografia (cinema), que será analisada de forma mais detida neste trabalho, merece uma especial atenção pelo seu caráter de efetivação de direito a cultura e direito social ao lazer a um só tempo. Considerada a sétima arte, pois reúne todas as outras em si, o cinema integra a vida cotidiana dos brasileiros e representa economicamente uma parcela expressiva de recursos.

Em que pese essa importância relatada, os direitos sociais e culturais apenas circunscritos no plano normativo não garantem, *per si*, a plena efetivação de suas normas no plano intersubjetivo. É preciso que o Estado faça uso de instrumentos que possam garantir a efetividade e aplicabilidade de tais preceitos, seja pela aplicação de sanções ao seu descumprimento, seja pela adoção de incentivos e técnicas de indução que levem os sujeitos a adotarem o comportamento desejado.

Por esta razão, a lei das leis, como regra de estrutura que é, prescreve as formas e os instrumentos que poderão ser utilizados para o atingir objetivos e programas. Dentre eles o tributo, que é importante instrumento de arrecadação do Estado, na sua função fiscal, mas que pode ser empregado em sua função extrafiscal, perseguindo objetivos outros que não a arrecadação.

É nesse panorama que entram em cena as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, conhecidas como CIDE's, espécies de tributos, instrumentos para o Estado intervir na economia dentro do campo da indução. A sua previsão está no artigo 149 da CF/88 e estas

exações são caracterizadas pelas finalidades que buscam atingir e pela aplicação vinculada dos seus recursos aos objetivos que levaram sua criação. Alguns autores defendem a ideia de que a CIDE só deve ser utilizada para atingimentos de fins econômicos e não sociais ou culturais. Veremos se isso procede.

Em 2001, através da Medida Provisória 2.228-1, foi criada a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional – CONDECINE, uma contribuição de intervenção no domínio econômico que visa fomentar o cinema nacional. Neste mesmo instrumento fora criada a ANCINE – Agência Nacional do Cinema, autarquia especial, cujos objetivos são promover a cultura nacional e a língua portuguesa mediante o estímulo ao desenvolvimento da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional em sua área de atuação, aumentar a competitividade da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional por meio do fomento à produção, à distribuição e à exibição nos diversos segmentos de mercado, promover a auto-sustentabilidade da indústria cinematográfica nacional visando o aumento da produção e da exibição das obras cinematográficas brasileiras e etc. É bem verdade que a partir da criação da ANCINE o cinema nacional alavancou, de tal sorte que hoje é possível verificar que em cartaz nos cinemas não apenas títulos estrangeiros.

Esses objetivos parecem se coadunarem com a promoção do direito à cultura, ao lazer, mas não apenas isso, prometem estimular o desenvolvimento econômico na medida em que pretende aumentar a parcela de participação da cinematografia brasileira no mercado nacional e global. Até o ano de 2016, os valores arrecadados com a CONDECINE eram remetidos diretamente para a ANCINE como fonte de receita para sua atuação, mas a partir da Lei 11.437/2006, que revogou o inciso I do Art. 11 da referida MP, as receitas auferidas com a cobrança da CONDECINE são remetidas para um fundo específico, o FUNCINES – Fundo de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional, que é gerido

pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM e financia os programas estabelecidos pela ANCINE.

O presente artigo analisará se a CONDECINE, tal como criada, cumpre os requisitos de constitucionalidade estabelecidos pela norma de estrutura, a CF/88, e, por outro lado, perquirir se esta CIDE é capaz de promover o atingimento dos objetivos constitucionais que se propôs. Para responder tais questionamentos, a pesquisa será qualitativa, do tipo bibliográfica, fazendo-se a adequada revisão de literatura, valendo-se do método hipotético-dedutivo para construir as conclusões.

2 A CINEMATOGRAFIA (CINEMA) COMO ELEMENTO ECONÔMICO, SOCIAL E CULTURAL NA CF/88

A Constituição Federal brasileira preconiza que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes de nossa cultura, definindo patrimônio cultural brasileiro como sendo àquele constituído dos bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, desde que portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver. (SILVA, 2013, p. 303)

Na seção dedicada a cultura, a lei das leis dispõe com firmeza como deve ser tratado o tema, vejamos o que está prescrito nos artigos 215 e 216:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

[..]

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:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. (BRASIL, 1988)

O cinema é uma forma de representação cultural onde se reproduz por meio de uma tela imagens sequenciadas captadas por câmeras especializadas onde são imortalizadas as criações humanas. Essa forma de expressão e criação artística, como se pode ver dos artigos mencionados, deve ser garantido pelo Estado a todos. Não apenas pelo fato de ser uma manifestação cultural, mas também porque o cinema é fonte de lazer para os apreciadores desta arte. Como fonte de lazer também deve ser incentivado pelo Estado em razão de estar garantido nos termos do Art. 6º da CF/88 o direito social ao lazer, vejamos:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Sob o prisma econômico é inegável reconhecer os vultosos valores movimentados pela indústria cinematográfica hodiernamente. No entanto, esses maiores volumes de capitais envolvidos nesta operação são percebidos pela indústria internacional, sobretudo a Hollywoodiana. Há não muito tempo atrás era comum em salas e espaços de cinema com diversos títulos em cartaz para o público não conter nenhum filme brasileiro. A

realidade vem mudando bastante, sobretudo com a criação da ANCINE – Agência Nacional do Cinema e da PRODECINE - Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional.

Nessa senda, a Constituição Federal prescreve no artigo 174, no título da ordem econômica, que o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica, na condição de agente normativo e regulador, atribuindo tal papel ao poder público, juntamente com a população, os quais devem promover e proteger nosso patrimônio cultural, por meio de vigilância, registros, preservação, entre outras. Com isso, fica evidenciado que a Carta Magna despende amplos meios de proteção a nosso patrimônio cultural, pelo que, conseqüentemente, tem-se que a atividade cinematográfica encontra respaldo legislativo para ser desenvolvida e amparada.

Obedecendo aos postulados constitucionais editou-se a Medida Provisória 2.228-1 de 2001 criando a ANCINE, autarquia federal em regime especial, uma agência reguladora que tem como alguns de seus objetivos promover a cultura nacional e a língua portuguesa mediante o estímulo ao desenvolvimento da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional em sua área de atuação e aumentar a competitividade da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional por meio do fomento à produção, à distribuição e à exibição nos diversos segmentos de mercado.

Ora, quando o Estado quebra a neutralidade e decide agir para que os seus objetivos sejam alcançados, no presente caso, fomentando e promovendo o desenvolvimento da indústria cinematográfica para que possa competir com a indústria estrangeira estamos diante de uma das modalidades de intervenção do Estado na economia. Qual a melhor forma de intervir? Quais os efeitos que tal intervenção provoca no mercado? Veremos a seguir.

3 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA ATRAVÉS DA TÉCNICA DE INDUÇÃO

É imperioso para a análise a ser desenvolvida que se realize uma distinção conceitual inicial entre a forma de atuação do Estado e as atividades do Estado que consistem em uma intervenção econômica, haja vista que a primeira é gênero da qual a segunda é espécie. Neste ínterim, considera-se atuação do Estado aquela exercida com o fito de dar cumprimento ao que lhe determina a Carta Magna, seja através da distribuição de competências, seja pela forma de exercício da soberania através das instituições, o que se convencionou chamar de Dirigismo Estatal.

Por outro lado, a atividade de intervenção no domínio econômico, em sentido estrito do termo, consiste numa espécie desta atuação mais ampla, como o nome é propositivo, “intervenção”, em sua semântica mais comum, carrega o conteúdo de uma ação de intromissão, de invadir uma área na qual não se pertence originalmente.

A parte da Constituição Federal que prevê esse mecanismo de atuação do Estado para intervenção na economia passou a ser tratada como a ‘Constituição Econômica’ pela doutrina de relevo (BERCOVICI, 2004, p. 209). Para José Afonso da Silva, “a Constituição Econômica está lastreada no conjunto de artigos da Constituição Federal que contém os direitos que legitimam a atuação dos sujeitos econômicos, o conteúdo e os limites destes, bem como a responsabilidade inerente ao exercício da atividade econômica” (SILVA, 2013, p. 764).

Enquanto que para Canotilho a Constituição Econômica é o conjunto de disposições constitucionais que dizem respeito à conformação da ordem fundamental na economia (CANOTILHO, 1996, p. 7-17). Moncada discorre que atualmente a Constituição Econômica é existente em todos os sistemas jurídico-econômicos. Nas Constituições que possuem conteúdos programáticos muito acentuados, do tipo socialista ou mais genericamente de caráter intervencionista, os princípios fundamentais da organização

econômica quedam-se claramente expressos nos textos constitucionais (MONCADA, 2012, p. 15).

O arquétipo constitucional brasileiro é diretivo, de onde se percebe que a política econômica e a Constituição Econômica se alinham em seus objetivos. Deste modo, a característica essencial da atual Constituição Econômica, uma vez que as “disposições econômicas sempre existiram nos textos, é a previsão de uma ordem econômica programática, estabelecendo uma Constituição Econômica diretiva, no bojo de uma Constituição Dirigente” (BERCOVICI, 2004, p. 34).

Verificada que a teoria da Constituição econômica se adequa aos ditames do projeto de desenvolvimento estabelecido na Carta Magna de 1988, passa-se a analisar as formas de intervenção do Estado no domínio econômico. É necessário estabelecer um parâmetro seguro entre o que seria intervenção direta do Estado e intervenção indireta para melhor compreender como a tributação atua sobre a economia.

Tratar das maneiras de intervenção do Estado no domínio econômico convém estabelecer a premissa constante na semântica da palavra ‘intervenção’. No dicionário Aurélio esse vocábulo significa interferir, ou seja, intrometer-se em um assunto que não lhe é próprio. Assim sendo, quando se alude a intervenção do Estado nos domínios econômicos é porque ele irá interferir em uma atividade para a qual não é o seu fim próprio (HORVATH, 2009). Neste mesmo sentido é a opinião de Eros Grau (GRAU, 2002, p. 130):

Intervenção indica, em sentido forte (isto é, na conotação mais vigorosa), no caso, atuação estatal na área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, ação do Estado, tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Em outros termos, teremos que a intervenção conota atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito; atuação estatal, ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido lato.

A forma “estrito senso” de intervenção se mostra a mais adequada, sem desmerecer as outras existentes. A doutrina subdivide em categorias de intervenção das mais variadas formas. Uma das mais célebres é a classificação proposta por Eros Grau, segundo a qual podem ser de três formas: i) Intervenção por absorção; ii) intervenção por direção; e iii) intervenção por indução (GRAU, 2002, p. 130). Faz-se um corte metodológico, passando-se a análise da intervenção por indução que é a de interesse para a investigação proposta.

A intervenção através da técnica da indução é a ferramenta mais utilizada pelo Estado hodiernamente. Esse modelo se caracteriza por conter normas dispositivas. A partir dessas normas dispositivas, os agentes econômicos fazem um juízo de valor sobre a decisão que tomarão, com base em estímulos e desestímulos concedidos pelo Estado.

Essa forma de intervenção incide sobre a formação da vontade do agente econômico, oferecendo caminhos mais vantajosos para quem opta por trilhar o caminho desejado pelo Estado, desestimulando o agente a seguir pela senda desaconselhada pelo legislador. Segundo Schoueri, “o Estado abre mão do seu poder de dar ordens, substituindo-o por seu poder econômico, com efeito equivalente. A distinção entre as normas de direção e de indução se dá a partir do grau de liberdade do administrado.” (SCHOUERI, 2005, p. 46)

Idealmente essas normas são despidas de cogência, estabelecendo um convite que, se aceito pelo agente econômico, se converte em benefícios, caso o sujeito decida trilhar o caminho inverso do estabelecido pelo legislador ele deixa de ser beneficiado e seguirá em posição de desvantagem em relação aos concorrentes que aderiram. O destinatário poderá livremente optar por não aceitar o benefício que o Estado lhe estende e não sofrerá nenhuma sanção por isso. Frisa-se, nenhuma sanção.

Com isso não se quer dizer que não haja prejuízo para o destinatário caso não aceite, pois se assim não fosse não se poderia falar de indução.

Esse é efeito dúplice da indução, caso o sujeito não aceite o caminho mais fácil sugerido, o Estado poderá atribuir uma série de barreiras que visem desestimular a prática de outra conduta que não aquela desejada pelo ente tributante (BASSO e ARARIPE, 2017, p.62). Um excelente exemplo disso é o que ocorre com os tributos. Se o agente econômico adere ao comportamento induzido pelo Estado ele economiza tributos, caso não ele continuará a pagar e ficará mais onerado em relação ao seu concorrente. A isso chamamos de extrafiscalidade, quando o tributo persegue outros objetivos que não a mera arrecadação para os cofres públicos.

4 EXTRAFISCALIDADE TRIBUTÁRIA POR MEIO DAS CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Demonstrado o caráter constitucional do direito à cultura e ao lazer da atividade cinematográfica no Brasil, bem como estabelecida a devida conexão econômica do tema e de como a lei das leis determina que o Estado promova e incentive este setor, passou-se a analisar os meios de que dispõe o poder público de realizar tais incentivos. Retratou-se a intervenção por indução como meio mais adequado para que o Estado passe a interferir em temas que originalmente não lhe pertencem e discorreremos sobre a utilização de tributos como ferramentas do dirigismo Estatal para atingir certas finalidades que a Magna Carta considerou relevante, ou seja, como mecanismo de intervenção.

Desse modo, o tributo pode assumir duas funções no ordenamento jurídico nacional: a função fiscal e a função extrafiscal. “Compreende a função fiscal, àquela que visa abastecer os cofres públicos para que o Estado possa custear as suas despesas e cumprir os seus objetivos fins” (BASSO, 2011, p. 67). Já a função extrafiscal se dá quando a cobrança dos tributos persegue objetivos diversos da mera arrecadação de recursos para os cofres públicos. Uma das maneiras mais comuns de utilização da função

extrafiscal do tributo é como meio de intervenção do Estado na Economia. Paulo de Barros Carvalho leciona que não há uma divisão estanque entre tributo extrafiscal e fiscal.

O Estado frequentemente se utiliza desta forma de intervenção na economia utilizando da tributação, induzindo comportamentos, seja para incentivar condutas, seja para reprimi-las. A forma de utilização dos mecanismos fiscais para nortear um comportamento que se quer ver efetivado se dá pela indução tributária. Adilson Rodrigues Pires, citado por André Elali, alerta que “o distanciamento da tributação em face da neutralidade induz o estímulo ao exercício de determinadas atividades privadas necessitadas de recursos e de incentivo governamental para se desenvolverem” (ELALI, 2007, p 39).

Carlos Peralta (PERALTA, 2015, p.4) discorrendo sobre a necessidade de esverdeamento do sistema tributário, elucida a diferença entre fiscalidade e extrafiscalidade:

Trata-se de tributos ordinários, com uma finalidade predominantemente arrecadadora, mas que em algum dos seus elementos percebe-se um efeito extrafiscal com caráter ecológico. Esse tipo de tributação compreende tanto o uso de incentivos e benefícios fiscais com o intuito de estimular a proteção ambiental, como também os tributos fiscais que de maneira secundária ou indireta contemplam problemas de caráter ambiental, como seria o caso, por exemplo, da vinculação de receitas para finalidades ambientais.

Já para Heleno Taveira Torres, o papel promocional dos instrumentos fiscais consiste em “servir como medida para impulsionar ações ou corretivos de distorções do sistema econômico, visando a atingir certos benefícios, cujo alcance poderia ser tanto ou mais dispendioso, em vista de planejamentos públicos previamente motivados” (TORRES, 2014, p. 302).

Nas lições de Paulo de Barros Carvalho, encontramos a advertência de que não pode haver um tributo que seja apenas fiscal e outro só extrafiscal, as duas funções convivem como faces da mesma moeda, “[...] não existe [...] entidade tributária que se possa dizer pura, no sentido de realizar tão-só a fiscalidade ou, unicamente a extrafiscalidade. Os dois objetivos convivem harmônicos, na mesma figura impositiva, sendo apenas lícito verificar que, por vezes, um predomina sobre o outro” (CARVALHO, 2014, p. 249).

O caráter fiscal do tributo concorre com o caráter extrafiscal – este como um instrumento de intervenção estatal no meio social e na economia privada (BECKER, 2007, p. 623). Cientes de essas funções andam juntas, embora uma se manifeste em maior grau de que a outra em algumas espécies tributárias, pode-se então dizer que o tributo possui caráter fiscal quando o seu objetivo precípua seja arrecadar receita para os cofres do Estado. Enquanto que a função extrafiscal, ficará mais evidenciada nas espécies em que o fim arrecadatório seja menos relevante do que o objetivo que possui o Estado em utilizar a tributação como instrumento de intervenção na economia.

Segundo Greco, a extrafiscalidade é “a utilização da norma tributária com o intuito de provocar certos comportamentos como resposta a impulsos (sentidos como benefícios ou não pelo destinatário) veiculados pela própria norma” (GRECO, 2001, p. 149). De forma cirúrgica, Luiz Eduardo Schoueri enfatiza que a expressão “extrafiscalidade” refere-se tanto a um gênero quanto a uma espécie. A espécie seria o caso de atuação por indução sobre a economia. O gênero, por ser mais abrangente, engloba além das normas extrafiscais em sentido restrito, aquelas que não possuem razões fiscais, relacionadas à política social (SCHOUERI, 2005, p. 32-33).

Portanto, para além de caminharem juntas a fiscalidade e a extrafiscalidade, esta última é um gênero que podemos dividir em espécies, dentro das quais a indução sobre a economia é uma espécie de extrema importância para as funções do Estado. É a partir dela que o Estado

utiliza a tributação para os fins de intervenção no domínio econômico. Quando o Estado deseja fortalecer o mercado interno, ele eleva as suas alíquotas do imposto de importação, tornando desvantajoso para os agentes econômicos, naquele momento, importar produtos/serviços. De outra banda, quando se verifica que a procura é maior do que a oferta e que isto está causando distorções na economia, o país reduz as suas alíquotas de importação para que o produto estrangeiro adentre no país e promova a oxigenação dos preços. A partir dessa sistemática simples, percebe-se como a tributação é capaz de induzir comportamento dos agentes econômicos.

É a partir dessas enunciações que se pretende realizar a análise da Medida Provisória 2.228-1 que criou uma espécie de contribuição interventiva, a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional – CONDECINE, visando promover o desenvolvimento da cinematografia no Brasil através do aumento da competitividade das produções culturais brasileiras. Esse instrumento obedece aos mandamentos constitucionais para sua instituição como CIDE? Qual a sua regra-matriz incidência? Há referibilidade? O produto da sua arrecadação está sendo destinado para o objetivo para o qual fora criado? Em última análise, com base nesta exação é possível atingir os motivos que ensejaram a sua criação? O cinema brasileiro está sendo promovido? Essas e outras perguntas serão respondidas no tópico a seguir.

5 CONDECINE: ANÁLISE DE SUA CONSTITUCIONALIDADE E DO SEU PAPEL NA PROMOÇÃO DA CINEMATOGRAFIA BRASILEIRA

Em 2001, através da Medida Provisória 2.228-1, foi criada a figura tributária da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional – CONDECINE, incidente sobre a veiculação, a produção, o licenciamento e a distribuição de obras cinematográficas e

videofonográficas com fins comerciais, por segmento de mercado a que forem destinadas, sobre a prestação de serviços que se utilizem de meios que possam, efetiva ou potencialmente, distribuir conteúdos audiovisuais nos termos da lei que dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado e da veiculação ou distribuição de obra audiovisual publicitária incluída em programação internacional, nos casos em que existir participação direta de agência de publicidade nacional, sendo tributada nos mesmos valores atribuídos quando da veiculação incluída em programação nacional. (BRASIL, 2001)

Um dos principais objetivos da contribuição criada é subsidiar e fomentar a cinematografia brasileira, dando cumprimento aos objetivos estabelecidos pela agência reguladora criada pela mesma medida, a agência nacional do cinema – ANCINE, bem como efetivar a política nacional do cinema. No artigo 5º da MP temos o dispositivo de criação da Agência:

Art. 5º. Fica criada a Agência Nacional do Cinema - ANCINE, autarquia especial, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, observado o disposto no art. 62 desta Medida Provisória, órgão de fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica, dotada de autonomia administrativa e financeira. (BRASIL, 2001)

A ANCINE têm como objetivos principais promover a cultura nacional e a língua portuguesa mediante o estímulo ao desenvolvimento da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional em sua área de atuação, promover a integração programática, econômica e financeira de atividades governamentais relacionadas à indústria cinematográfica e videofonográfica, aumentar a competitividade da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional por meio do fomento à produção, à distribuição e à exibição nos diversos segmentos de mercado, promover a auto-sustentabilidade da indústria cinematográfica nacional visando o

aumento da produção e da exibição das obras cinematográficas brasileiras, estimular a diversificação da produção cinematográfica e videofonográfica nacional e o fortalecimento da produção independente e das produções regionais com vistas ao incremento de sua oferta e à melhoria permanente de seus padrões de qualidade, estimular a universalização do acesso às obras cinematográficas e videofonográficas, em especial as nacionais, dentre outros.

Percebe-se pelo conteúdo de seus objetivos de que há uma atuação do Estado voltada para a concretização do direito à cultura nacional, da garantia do direito social ao lazer e, de forma muito marcada, do interesse econômico pelo seguimento em razão das altas cifras que ele movimenta. Esses objetivos devem atender ao que a MP chamou de Política Nacional do Cinema:

Art. 2º. A política nacional do cinema terá por base os seguintes princípios gerais:

I - promoção da cultura nacional e da língua portuguesa mediante o estímulo ao desenvolvimento da indústria cinematográfica e audiovisual nacional;

II - garantia da presença de obras cinematográficas e videofonográficas nacionais nos diversos segmentos de mercado;

III - programação e distribuição de obras audiovisuais de qualquer origem nos meios eletrônicos de comunicação de massa sob obrigatória e exclusiva responsabilidade, inclusive editorial, de empresas brasileiras, qualificadas na forma do § 1º do art. 1º da Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, com a redação dada por esta Lei.

IV - respeito ao direito autoral sobre obras audiovisuais nacionais e estrangeiras. (BRASIL, 2001)

Para essa política possa ser concretizada, e seus objetivos implementados, a ANCINE necessita de recursos financeiros. Eis a justificativa para a criação da contribuição de intervenção no domínio econômico CONDECINE. É importante destacar que os valores arrecadados com esta exação são

destinados a um fundo, o FUNCINES – Fundo de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional, que é constituído sob a forma de condomínio fechado, sem personalidade jurídica, e administrados por instituição financeira autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou por agências e bancos de desenvolvimento. É importante consignar ainda que a disciplina, fiscalização, constituição e o funcionamento ficarão sob a competência da Comissão de Valores Mobiliários – CVM. E os recursos captados pelos FUNCINES serão aplicados, na forma do regulamento, em projetos e programas que, atendendo aos critérios e diretrizes estabelecidos pela ANCINE, serão destinados a financiar:

Art. 43 [...]

I - projetos de produção de obras audiovisuais brasileiras independentes realizadas por empresas produtoras brasileiras;

II - construção, reforma e recuperação das salas de exibição de propriedade de empresas brasileiras;

III - aquisição de ações de empresas brasileiras para produção, comercialização, distribuição e exibição de obras audiovisuais brasileiras de produção independente, bem como para prestação de serviços de infraestrutura cinematográficos e audiovisuais;

IV - projetos de comercialização e distribuição de obras audiovisuais cinematográficas brasileiras de produção independente realizados por empresas brasileiras;

V - projetos de infraestrutura realizados por empresas brasileiras. (BRASIL, 2001)

Uma das características mais importantes acerca da CIDE é que deve ter o produto da sua arrecadação vinculada ao motivo que ensejou a sua criação, é um tributo de receitas vinculadas. Por esta razão, o Art. 43 da Medida Provisória é imprescindível para o exame de sua constitucionalidade. No entanto, esse não é o único elemento que deve ser analisado a fim de aferirmos se a CONDECINE é constitucional.

5.1 (In)constitucionalidade da CONDECINE

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu o arquétipo dos tributos prescrevendo em pormenores os requisitos e elementos para sua criação. Quando se tratou das CIDE's, em seu artigo 149, ficou estabelecido que a competência é exclusiva da União, que esse tributo não será cobrado de receitas decorrentes de exportações, que incidirão sobre a importação, podendo ter alíquotas ad valorem ou específicas e, por último, a lei definirá as hipóteses em que a CIDE incidirá uma única vez. Como se pode ver a lei das leis, norma de estrutura que é, traçou exatamente o que a espécie precisa obedecer.

Além dos requisitos estabelecidos no Art. 149, a CONDECINE deva atender outros critérios, tais como ter as suas receitas vinculadas, guardar compatibilidade com o objetivo proposto no Art. 170 da CF/88, já que se funda no domínio econômico. No entanto, há autores que entendem que há a necessidade de Lei Complementar para disciplinar a forma como devem ser instituídas as CIDE's e de que essa adequação à Ordem Econômica é restrita, não se estendendo à ordem social ou cultural. A partir desses elementos enfrentaremos uma a uma as alegações de inconstitucionalidade com base no que prescreve a Medida Provisória 2.228-1 de 2001.

Com relação as regras do Art. 149, a CONDECINE preenche todos os requisitos estabelecidos na Carta Magna de 1988. O Artigo 139 da MP revela que não incidirá a CONDECINE nas a exportação de obras cinematográficas e videofonográficas brasileiras e a programação brasileira transmitida para o exterior, incidindo, no entanto, nas importações como prescreve o parágrafo único do Art. 32 da MP. As alíquotas também obedecem aos requisitos constitucionais. Com relação a vinculação das receitas, o Art. 43, já exposto alhures, não deixam dúvidas de que a receita será revertida para o atingimento dos objetivos do PRODECINE - Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional.

Sobre a exigência de Lei Complementar para dispor sobre as formas de criação das CIDE's, vejamos o posicionamento de Érico Hack, acompanhando o entendimento de Hugo de Brito Machado Segundo:

A última corrente parece ter melhor fundamento. As contribuições possuem um sistema de validação finalístico, diferente dos tributos com sistema de validação condicional. O CTN é uma lei com disposições adequadas aos tributos de validação condicional. Seria necessário, para atender ao Art. 149, CF (que determina a aplicação do art. 146, III), que se editasse lei complementar destinada a regulamentar a instituição e incidência dos tributos validados finalisticamente, pois a disciplina de tais tributos ainda se encontra apenas na doutrina, não existindo limites positivados para os mesmos. (HACK, 2008, p. 93-94)

Em que pese o respeito a opinião dos insignes tributaristas, discordamos. Inclusive o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre a controvérsia em questão e se pronunciou pela constitucionalidade da espécie tributária, discordando do posicionamento propalado por Machado Segundo, bem como de Schoueri. Prevalecendo, neste caso, o entendimento de GRECO, segundo a qual não é necessária a Lei Complementar. Vejamos um trecho de uma das decisões:

As contribuições do art. 149, C.F. - contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas - posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, C.F., isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, C.F., decorrente de "outras fontes", é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: C.F., art. 154, I, ex vi do disposto no art. 195, § 4º. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base impositível e contribuintes: C.F., art. 146, III, a. (BRASÍLIA, STF, 2013)

Acertada, portanto, a decisão do STF. Como descrito acima, a CF/88 recepcionou o CTN como Lei Complementar, devendo a CIDE-Royalties se submeter aos seus comandos, sendo desnecessária a sua instituição por meio de lei complementar, bem como de outra lei complementar para regular a matéria. Superada esta ideia, passemos a discorrer sobre a necessidade de intervenção estrita nos termos dos incisos do Art. 170 da CF/88.

Há quem questione se é possível a criação de uma CIDE com vistas a buscar finalidades que não seja estritamente econômica, mas não é esse o posicionamento da doutrina majoritária. Os que criticam as CIDE's com base em vício de competência, alegam que a referida exação é desprovida de finalidade econômica prescrita pela CF/88, recaindo pelos caminhos da inconstitucionalidade. Como descreve Estevão Horvath:

[...] intervenção no domínio econômico, esta é possível desde que seja destinada a preservar ou alcançar os objetivos gerais descritos no art. 3º ou os princípios particulares relacionados no art. 170. Assim, não é qualquer intervenção que autoriza a instituição de contribuição, mas aquela interferência efetuada no 'domínio econômico'. (HORVATH, 2005, p. 124-125)

André Ramos Tavares considera que a justiça social, fazendo-se aqui um comparativo com o capítulo da “Ordem Social” da CF/88, tem o condão exigir intervenção na ordem econômica, indo de encontro a argumentação minoritária da doutrina que entende só haver intervenção para assegurar os princípios do art. 170, vejamos:

A justiça social, em síntese, deve ser adotada como um dos princípios de finalidade comunitarista expressos na Constituição de 1988 a interferir no contexto da ordem econômica, visando ao implemento das condições de vida de todos até um patamar de dignidade e satisfação, com o que o caráter da justiça é-lhe intrínseco. (TAVARES, 2006, p. 131)

Da mesma forma que a ordem social, a ordem cultural também merece destaque para o seu viés econômico. Outrossim, a cinematografia brasileira não só se atém ao cumprimento do direito à cultura, mas ao direito social ao lazer, ao direito econômico quando enxergado o seu potencial de gerar riquezas e empregos, justificando-se, portanto, o seu caráter econômico. O que torna plenamente possível a adoção de uma figura como a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico para incentivar a cinema nacional.

Como já devidamente demonstrado, a CONDECINE cumpre todos os requisitos constitucionais, logo a espécie tributária criada pela Medida Provisória 2.228-1 de 2001 é constitucional, sobretudo sob o aspecto formal. Se fosse necessária a lei complementar, como advogam alguns doutrinadores, a MP estaria viciada desde o processo legislativo, já que Medida Provisória não pode versar sobre matéria reservada à lei complementar na forma do Art. 62, §1º, inciso III da CF/88. Não apenas esse argumento foi superado como também a possibilidade de edição de CIDE para atingir objetivos indiretamente conectados com o domínio econômico. As receitas auferidas são revertidas para a finalidade para a qual foi criada. Resta saber se todo esse esforço é capaz de estimular a cinematografia ou apenas fonte de receita para o Estado.

5.2 Extrafiscalidade a serviço da cultura: (in)efetividade da CONDECINE na promoção da cinematografia nacional

A extrafiscalidade é uma das dimensões do tributo. Uma excelente forma de intervenção do Estado na economia, buscando atingir objetivos outros que não a arrecadação através do mecanismo da indução. A indução é uma excelente ferramenta usada pelo poder público quando pretende exigir dos administrados certa forma de agir. Estimulando certos comportamentos ou desestimulando a prática de outros. O tributo serve muito bem a este fim.

Como visto, a União editou a Medida Provisória 2.228-1 de 2001, criando a CONDECINE - Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional com o objetivo de potencializar a produção do cinema brasileiro, fomentando a competitividade dos filmes brasileiros em detrimento dos bluckbusters⁹ americanos e estrangeiros. Ampliando o acesso à cultura, ao lazer e permitindo a inserção do cinema nacional no panorama econômico. Feita a análise dos pressupostos de sua constitucionalidade, resta saber se a CONDECINE é ou não efetiva. Para isso vamos analisar o Anuário Estatístico do Cinema Brasileiro.

O Anuário Estatístico do Cinema Brasileiro, publicado pela ANCINE – Agência Nacional do Cinema, é uma publicação que reúne os dados anuais sobre diferentes elementos da cadeia produtiva do audiovisual. É uma produção da Secretaria de Políticas Regulatórias – SRG, estando em sua décima edição e constitui uma ferramenta eficaz para a preservação da memória de dados do mercado de cinema no Brasil. Serve, ainda, como instrumento para a avaliação e condução das políticas públicas voltadas para o setor. Neste trabalho, utilizaremos este importante mapeamento para saber se o cinema nacional tem ou não crescido com a criação da CONDECINE.

A partir desse primeiro gráfico, analisaremos a evolução do mercado cinematográfico entre os anos de 2012 a 2021 (BRASIL, ANCINE, 2021, p. 7), vejamos:

9 O termo “bluckbuster” designa um filme produzido de forma singular, gozando de alta popularidade e poder de obter sucesso financeiro.

Tabela 1 – Panorama do mercado cinematográfico (2012 – 2021)

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019 ^a	2020	2021
Público	146.598.376	149.518.269	155.612.992	173.022.827	184.327.360	181.226.407	163.454.506	177.719.156	39.437.397	52.267.327
Renda (R\$)	1.614.022.222,83	1.753.200.571,83	1.955.943.572,99	2.351.590.807,48	2.599.327.627,64	2.717.664.734,65	2.458.271.967,93	2.809.994.859,75	628.681.961,71	913.669.052,93
Títulos lançados	326	397	393	455	458	463	472	452	174	309
Preço Médio do Ingresso (R\$)	11,01	11,73	12,57	13,59	14,10	15,00	15,04	15,81	15,94	17,48
Salas de exibição	2.517	2.678	2.833	3.005	3.160	3.223	3.347	3.507	1.860	3.266
Público dos títulos brasileiros	15.654.862	27.789.804	19.060.705	22.500.563	30.413.839	17.358.513	24.239.873	24.052.777	8.558.642	911.091
Renda dos títulos brasileiros (R\$)	158.105.660,79	297.072.056,07	221.887.005,60	277.813.274,29	362.780.504,93	240.767.677,76	290.102.953,00	328.444.023,33	131.413.379,29	15.691.240,42
Títulos brasileiros lançados	83	129	114	133	142	160	183	169	59	129
Participação de público dos filmes brasileiros	10,7%	18,6%	12,2%	13,0%	16,5%	9,6%	14,8%	13,5%	21,7%	1,7%

Fonte: BRASIL, ANCINE, 2021, p. 9

A partir desses dados, percebe-se que entre os anos de 2012 a 2021 o número de títulos brasileiros lançados é crescente, com exceção entre 2019-2021 em razão da pandemia da COVID-19, pulando de 83 títulos para 169. De mais a mais, percebe-se que o público também vem crescendo, sendo em 2012 o percentual de 10,7% os que assistiram títulos brasileiros e em 2019 expressivos 21,3% para um total de público quase equivalentes. A partir dessas observações podemos considerar alguns pontos: o primeiro é que a participação das obras brasileiras apresentadas ao longo dos anos cresceu, pois foi incentivado pelo Estado. Em segundo lugar, houve uma maior participação dos brasileiros assistindo a estas produções, o que nos leva a crer que também houve uma elevação da implementação do direito ao lazer.

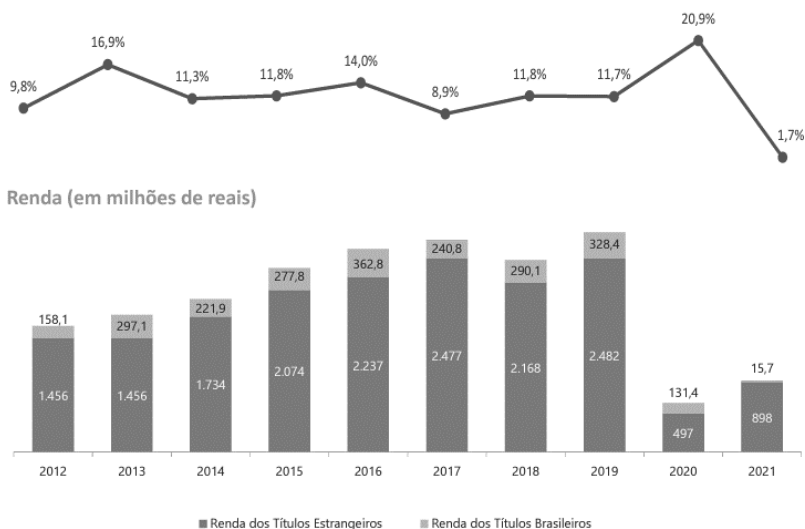
De outro lado, analisando a parte econômica, percebemos que a renda auferida com os títulos brasileiros em comparação a renda total da cinematografia, há uma variação de aproximadamente 9% a 12%, entre os anos de 2012 e 2019. No entanto, se observarmos a evolução das rendas com títulos brasileiros entre os anos de 2012 a 2019 perceberemos que mais que dobrou. Também houve um crescimento no número de sala de

cinema entre 2012 e 2019, pulando de 2.517 para 3.507. Isso denota que os objetivos estabelecidos pela ANCINE no art. 6º da MP vem sendo atingido.

Neste outro gráfico, podemos observar um dado relevante. A participação e crescimento dos filmes brasileiros acompanham o crescimento dos blockbusters americanos, na medida em que a CONDECINE é cobrada e arrecadada pelos títulos apresentados, fomentando em igual medida o cinema nacional, vejamos:

Gráfico 1 – Evolução do público das salas de exibição (2012 – 2021)

Participação de Renda dos Títulos Brasileiros



Fonte: BRASIL, ANCINE, 2021, p. 9

Quando maior a renda dos títulos estrangeiros, maior a arrecadação da CONDECINE e, portanto, maior também a participação do cinema brasileiro. Esse dado pode ser confrontado com o quadro da ANCINE de recolhimentos da CONDECINE, vejamos:

Tabela 2 – Valores Arrecadados com a CONDECINE (2012 - 2019)

Valor Total Arrecadado							
2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
6.360.115,14	13.687.156,23	9.233.345,75	9.658.238,94	20.327.679,43	16.326.527,26	19.987.609,31	27.618.668,00
80.720.719,73	105.196.186,96	93.577.791,19	102.177.996,13	107.010.972,90	93.782.080,59	92.330.665,10	88.835.654,23
819.589.679,96	889.452.316,48	877.845.153,88	949.951.061,83	1.097.386.782,55	1.022.786.941,61	970.748.657,67	943.877.060,27
53.174,11	140.873,15	134.183,66	112.623,23	345.686,05	458.697,59	1.068.463,24	1.003.944,81
906.723.688,94	1.008.476.532,81	980.790.473,87	1.061.899.920,12	1.225.071.120,93	1.133.354.247,05	1.084.135.395,33	1.061.335.327,31

Fonte: BRASIL, ANCINE, 2023, p. 9

De acordo com a tabela de arrecadação do Governo Federal, a arrecadação da CONDECINE pulou de R\$ 906.723.688,94 (Novecentos e seis milhões, setecentos e vinte e três mil, seiscentos e oitenta e oito reais e noventa e quatro centavos) para R\$ 1.061.335.327,31 (Um bilhão, sessenta e um milhões, trezentos e trinta e cinco mil, trezentos e vinte e sete reais e trinta e um centavos). Foi um crescimento bastante expressivo, que repercutiu diretamente nas estatísticas do cinema brasileiro e sua participação no mercado.

A partir desses dados e considerações realizadas, nos parece crível que a CONDECINE se mostra eficaz no cumprimento do seu desígnio extrafiscal de fomento ao desenvolvimento da cinematografia brasileira. Longe de querer exaurir a matéria ou mesmo de trazer análises pormenorizadas sobre as estatísticas, essa pesquisa objetiva tão somente trazer luzes ao tema muito criticado que são as CIDE's, que em grande medida acabam por serem rotuladas como meros instrumentos arrecadatórios em decorrência da sanha do fisco de sempre arrecadas mais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo investigar a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional – CONDECINE, criada por meio da Medida Provisória 2.228-1 de 2021, questionando se esta exação obedece aos requisitos constitucionais para sua criação

e, se da forma como disposta, é capaz de promover o atingimento dos objetivos constitucionais de fomento da cultura, do direito social ao lazer e da potencialização da competitividade econômica do cinema nacional. Para responder tais questionamentos, realizou-se uma pesquisa qualitativa, do tipo bibliográfica e documental, analisando os escritos doutrinários já produzidos sobre o tema, documentos produzidos pela ANCINE, aplicando-se o método hipotético-dedutivo para obtenção das presentes considerações.

Em um primeiro momento, demonstrou-se a importância da cinematografia na implementação e difusão dos direitos culturais, do cinema como elemento de promoção do direito social ao lazer e da vertente econômica desempenhada pela indústria cinematográfica hodierna. Como objetivos que o Estado busca ver implementados, passou-se a análise dos instrumentos de sua intervenção no domínio econômico, intervenção porque não é habitual a sua atuação nesta seara, pois do contrário seria uma ação direta.

Sendo assim, considerou-se que o Estado utiliza instrumentos de indução para estimular certos comportamentos dos agentes, intervindo, sendo a indução tributária uma das mais usuais. No campo da extrafiscalidade, que é quando o tributo é utilizado para uma outra finalidade que não arrecadatória, há considerável manifestação dessa indução. No entanto, qual espécie tributária é a mais adequada? Uma espécie de tributo chamada de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE é o instrumento ideal para atender esses interesses. Prevista no Art. 149 da CF/88 essa contribuição tem requisitos que lhe são próprios, trazidos na moldura constitucional pela lei das leis: competência exclusiva da união, não incide sobre receitas decorrentes de exportação, incide na importação, tem o produto da sua arrecadação vinculado ao objetivo para o qual foi criada.

Passamos a analisar se a CONDECINE preenche os requisitos estabelecidos na Carta Magna. Concluiu-se que a referida CIDE é

constitucional. No entanto, apesar de constitucional perquiriu-se se a CONDECINE, tal como proposta contribui ou não para o atingimento dos objetivos traçados, de promover a cultura nacional e a língua portuguesa mediante o estímulo ao desenvolvimento da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional em sua área de atuação, de promover a integração programática, econômica e financeira de atividades governamentais relacionadas à indústria cinematográfica e videofonográfica e de aumentar a competitividade da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional por meio do fomento à produção, à distribuição e à exibição nos diversos segmentos de mercado.

Para realizar essa análise, fora usado o Anuário Estatístico do Cinema Brasileiro 2021, documento produzido pela ANCINE. Destacando-se dois gráficos básicos, o primeiro que faz uma evolução estatística entre os anos de 2012 a 2021, levando em conta número de títulos de obras brasileiras, número de pessoas que assistiram aos filmes produzidos, tanto geral como dos filmes nacionais, a receita decorrente dos filmes por ano, em geral e a de títulos apenas brasileiros. O segundo gráfico retrata a renda auferida com os títulos exibidos, tanto geral como os brasileiros, dos anos de 2012 a 2021. Para a nossa análise, desprezamos os anos de 2020 e 2021 justamente por serem os anos mais afetados pela pandemia do COVID-19, não servindo para a análise proposta.

Para confrontar com esses dados, pegamos a tabela de arrecadação da CONDECINE dos anos de 2006 a 2022, mas usando apenas os valores referentes aos anos de 2012 – 2019. Feito esse recorte, chegou-se as seguintes conclusões: Há um nítido crescimento da indústria cinematográfica brasileira no número de títulos produzidos por ano, uma elevação da arrecadação com os filmes brasileiros, da ampliação do número de salas de exposição dos títulos, tudo isso contribui significativamente para a ampliação do direito à cultura, ao lazer e também crescimento econômico, na medida que cresce a competitividade dos filmes nacionais com os estrangeiros, os blackbusters.

Conclui-se ainda que quanto maior a exposição dos filmes estrangeiros no Brasil maior será a arrecadação da CONDECINE, crescendo também a participação do cinema nacional, pois maior será a injeção de recursos para potencializar o desenvolvimento econômico do segmento. Dessa forma, concluímos que a CONDECINE é eficaz para promover o desenvolvimento da indústria cinematográfica nacional, mas não só isso, para potencializar o acesso à cultura e o direito social ao lazer. No relatório é possível visualizar que o número de brasileiros que assistiram filmes nacionais em 2019 é mais que o dobro dos que assistiram em 2012. Isso denota um maior desenvolvimento e maior acesso a esses bens.

Assim sendo, longe de querer esgotar o tema, mas trazer provocações, confirmou-se a hipótese estabelecida, de que a CONDECINE se mostra um instrumento indutor dos objetivos constitucionais e não se trata de mero incremento de receita para os cofres do poder público, ainda que haja arrecadação considerável.

REFERÊNCIAS

BASSO, Ana Paula. Caráter extrafiscal da tributação na implementação do direito ao meio ambiente saudável. **Revista Direito e Desenvolvimento**, a.2, n.3, janeiro/junho, 2011.

BASSO, Ana Paula; ARARIPE, Aline Bona de Alencar. **Análise da tributação ambiental sob o prisma do princípio da proporcionalidade**. In: CONPEDI/Portugal, 2017, UMinho, Anais, Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/pi88duoz/3g3ub73j/GYIbKT986xV6ZSRt.pdf>>. Acessado em 26 de fev. de 2023 as 21:45h.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 4.ed. São Paulo: Noeses, 2007.

BERCOVICI, Gilberto e MASSONETO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Económica. **Boletim De Ciências Económicas XLIX (2006)**, pp. 57-77.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente**: Atualidade de Weimar, Rio de Janeiro, Azougue Editorial, 2004.

BRASIL, ANCINE – Agência Nacional do Cinema. **Anuário Estatístico do Cinema Brasileiro. ISSN 2358-5536, 2021**. Disponível em <<https://www.gov.br/ancine/pt-br/oca/publicacoes/arquivos.pdf/anuario-2021.pdf>>. Acessado em 15 de novembro de 2022 as 16:05h.

BRASIL, ANCINE – Agência Nacional do Cinema. CONDECINE – **Valores Arrecadados em Reais (2006 – 2022). Publicado em 25/05/2023**. Disponível em <<https://www.gov.br/ancine/pt-br/oca/recursos-publicos/arquivos.pdf/condecine-valores-arrecadados-2006-a-2022.pdf>>. Acessado em 29 de março de 2023 as 23:45h.

_____, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 15 de julho de 2023 as 21:58h.

_____, **Medida Provisória nº 2.228-1 de 2001**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2228-1.htm>. Acessado em 20 de outubro de 2022 as 11:50h.

_____, **Recurso Extraordinário 396266** – Proveniente do Estado de Santa Catarina Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97323/false>>. Acessado em 05 de novembro de 2022 as 16:45h.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 26. ed. São Paulo, 2014.

ELALI, André. **Tributação e Regulação Econômica**. Um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais. São Paulo: MP Editora, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Ordem econômica na Constituição de 1988**, 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO, Marco Aurélio. **Contribuição de intervenção no domínio econômico e figuras afins**. São Paulo: Dialética, 2001.

HACK, Érico. **CIDE – Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico**.

HORVATH, Estevão. **Contribuições de intervenção no domínio econômico**. São Paulo: Dialética, 2009.

MONCADA, Luiz S. Cabral de. **Direito Econômico**. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NABAIS, José Casalta. Tributos com fins ambientais. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 16, n. 80, p. 253-283, 2008. Disponível em: <<http://icjp.pt/sites/default/files/media/722-1115.pdf>>. Acessado em 15 de fev. de 2023 as 16:35h.

PERALTA, Carlos E. Tributação ambiental no Brasil. Reflexões para esverdear o sistema tributário brasileiro. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 3, n. 3, 2015. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/view/15589/11800>>. Acessado em 27 de fev. de 2023 as 02:40h.

SCHOUERI, Luiz Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2.ed., São Paulo: Editora Método, 2006.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira**. São Paulo: RT, 2014.

CAPÍTULO III

OS 20 ANOS DO ESTATUTO DA PESSOA IDOSA: ANÁLISE DA VIOLÊNCIA E SEU IMPACTO NAS POLÍTICAS DE ENVELHECIMENTO.

Adriana Castelo Branco de Siqueira¹⁰
Auricelia do Nascimento Melo¹¹

RESUMO

O objetivo deste estudo consistiu em analisar a problemática da violência contra os idosos à luz dos direitos humanos, especialmente no contexto dos 20 anos de existência do Estatuto da Pessoa Idosa. A questão central que permeou esta pesquisa é a imperatividade de não subestimar o desafio do envelhecimento e a necessidade de ajustes culturais e econômicos que as necessidades das nações realizam para enfrentar um futuro que já se faz presente. Para atingir esse objetivo, empregamos uma metodologia que incluiu a análise de artigos científicos, literatura especializada, dados estatísticos oficiais, específicos e estudo de casos relevantes. Os resultados

10 Pós-doutora em Direito pela UFPB. Doutora em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela UFPB. Professora Associada da UFPB. Professora do Mestrado em Gestão Pública da UFPI. Coordenadora do Grupo de Criminologia e Direitos Humanos da UFPI.

11 Professora Adjunta da Universidade Estadual do Piauí-UESPI. Pós-doutora em Direito pela UFPB. Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR. Mediadora Judicial, Membro do IBERC.

revelaram que o envelhecimento é abordado de maneira multifacetada, sendo visto como uma virtude e uma fonte de experiência. No entanto, ao mesmo tempo, destacou-se a gravidade da questão da violência contra os idosos, manifestando-se de diversas formas. Diante desse cenário, torna-se premente a necessidade de implementar políticas públicas adequadas que garantam a proteção integral dos idosos, reconhecendo a importância de uma sociedade que valoriza e respeita seus cidadãos mais velhos.

Palavras-chave: Estatuto da Pessoa Idosa. Violência. Direitos Humanos.

1 INTRODUÇÃO

A ocorrência crescente de violência contra pessoas idosas é uma realidade nos dias de hoje, exigindo atenção especial do Estado e a implementação de políticas públicas mais abrangentes para garantir uma proteção mais eficaz a essa parcela da população. Estudos mostram que a violência contra os idosos é uma característica enraizada nas relações de poder, bem como em considerações de diferença e dominação dentro desse grupo etário.

Neste contexto, compreende-se a violência contra pessoas idosas como qualquer ação ou omissão que resulte em lesão, morte, sofrimento físico, sexual, psicológico, moral ou patrimonial.

Este trabalho tem como objetivo analisar a problemática da violência contra os idosos sob a perspectiva dos direitos humanos, com foco no Estatuto do Idoso. A análise enfatiza a necessidade de consideração do envelhecimento como um tema incontornável e a importância da adaptação cultural e econômica que os países devem empreender para enfrentar um presente que já vivenciamos como futuro.

A metodologia empregada abrange a análise de artigos científicos, revisão da doutrina atual, consulta a dados estatísticos oficiais, pesquisa de relevância relevante e análise de casos emblemáticos. Isso nos permitirá

uma compreensão mais aprofundada da questão e, esperançosamente, contribuirá para o desenvolvimento de medidas mais eficazes na prevenção e combate à violência contra pessoas idosas.

O trabalho será desenvolvido em quatro pontos, iniciando pela questão do envelhecimento no Brasil e no mundo no cenário atual. A seguir se discorrerá sobre a violência estrutural e institucional, ilustrando com o estudo de casos concretos. Logo a seguir será tratado sobre o Estatuto do Idoso, destacando a importância dessa legislação como um cenário de acolhimento aos idosos e análise de suas vulnerabilidades.

De igual relevância o último item abordará as políticas públicas voltadas aos idosos como meio de prover a dignidade humana. Como resultado da pesquisa será avaliado como a velhice será tratada dentro das necessidades do Estado e a necessidade de viabilizar uma política de maior proteção à pessoa idosa.

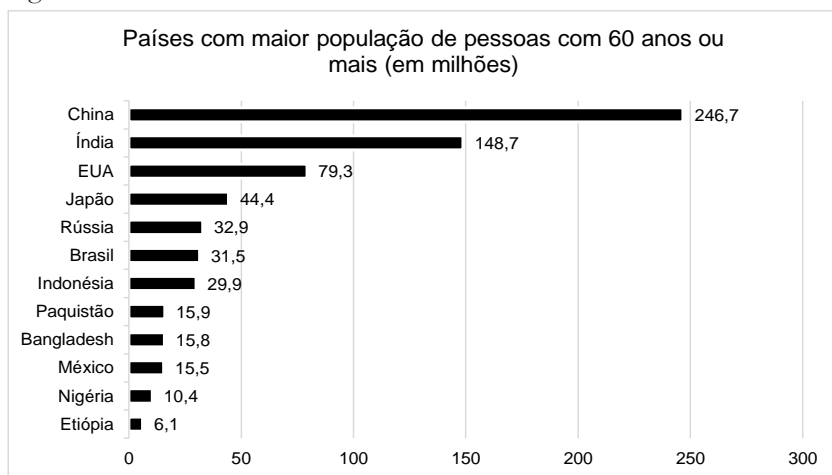
Nas sociedades antigas, a velhice, a exemplo de ser uma virtude, base de experiência contrasta muito com a atual realidade em que a demanda de violência contra idosos é algo grave, que se manifesta de diversas maneiras e é necessário a adoção de políticas públicas para que se tenha efetiva proteção em favor das pessoas idosas.

2 O BRASIL E OS DADOS DO ENVELHECIMENTO: UM COMPARATIVO COM O CENÁRIO NACIONAL

Avanços científicos e tecnológicos promovem hoje benefícios à saúde e longevidade humanas. A conscientização desse fator por alguns, tem propiciado que cada vez mais jovens e adultos cuidem da saúde para uma maior longevidade ativa, isto é, almeja-se viver mais e com saúde física e mental. Entretanto, ainda se nota que grande parcela da população não sabe como conviver com os idosos, gerando muito preconceito, discriminação e violência.

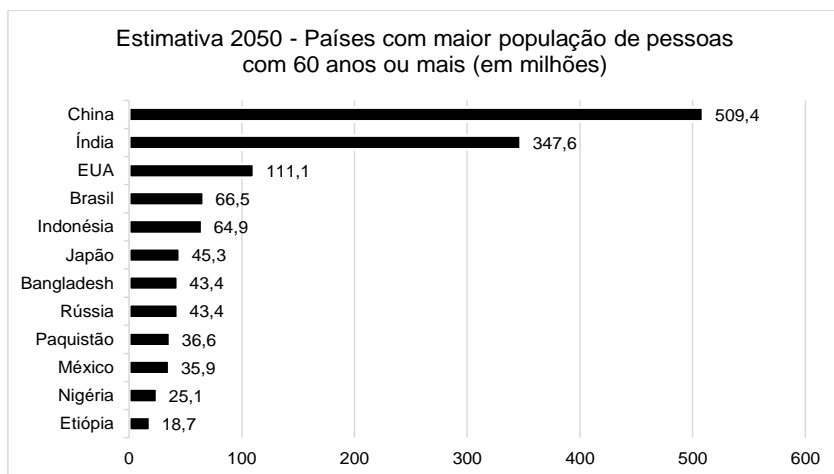
Segundo dados da ONU – Organização das Nações Unidas, a população mundial hoje chega a marca de 8 milhões de habitantes, sendo a masculina em torno de 4.064.934.402 (representando 50,5%) e a feminina em torno de 3.991.536.854 (representando 49,5%), com a expectativa de que, em 2037, o número de habitantes do planeta atinja 9 bilhões, e entre os mais populosos estão China (1.426.000.000 e Índia (1.412.000.000), sendo o Brasil o sexto mais populoso, com a média de 215.000.000 milhões de habitantes (ONU, 2022).

Já a população de idosos no mundo hoje é de 1,1 bilhão de idosos em 2022 e os 12 países com maior quantidade de pessoas de 60 anos ou mais de idade são, por ordem decrescente, China (264,7 milhões), Índia (148,7 milhões), EUA (79,3 milhões), Japão (44,4 milhões), Rússia (32,9 milhões), Brasil em 6º lugar com 31,5 milhões, Indonésia (29,9 milhões), Paquistão (15,9 milhões), Bangladesh (15,8 milhões), México (15,5 milhões), Nigéria (10,4 milhões) Indonésia (29,9 milhões) (PORTAL DO ENVELHECIMENTO E LONGEVIVER, 2022), como se pode observar no gráfico a seguir:



Fonte: Elaborado pelas autoras a partir de dados do Portal do Envelhecimento e Longevidade (2022).

Estima-se que, em razão da dinâmica demográfica diferenciada nos diversos países, a quantidade de idosos e ordem nacional devem se modificar ao longo do século XXI, e em 2050, essa quantidade global de idosos deve alcançar 2,1 bilhões de pessoas com 60 anos e mais de idade e não haverá alteração na ordem dos 3 primeiros lugares: China (509,4 milhões), Índia (347,6 milhões) e EUA (111,1 milhões). A Indonésia (com 64,9 milhões) pula para o 5º lugar e o Brasil fica em 4º lugar em 2050 com 66,5 milhões de idosos. O Japão (45,3 milhões) cai para o 6º lugar e a Rússia (43,4 milhões) cai para o 8º lugar. Bangladesh (43,4 milhões) sobe para 7º lugar e em seguida aparecem Paquistão (36,6 milhões), México (35,9 milhões), Nigéria (25,1 milhões) e Etiópia (18,7 milhões) (PORTAL DO ENVELHECIMENTO E LONGEVIVER, 2022), como se nota no gráfico abaixo:



Fonte: Elaborado pelas autoras a partir de dados do Portal do Envelhecimento e Longeviver (2022).

Vale ressaltar que o aumento da população traz consigo a ampliação do impacto ambiental do desenvolvimento econômico, através do aumen-

to da renda per capita impulsionando a produção e o consumo insustentáveis (ONU, 2022).

O cenário mundial não é dos mais atraentes, em razão das guerras, fome e desastres climáticos que atingem toda a terra, e com o mundo passando por várias crises, os direitos dos idosos devem ser vistos como uma das pautas fundamentais da sociedade.

Portanto, diante de todo esse cenário, não se pode ignorar o tema do envelhecimento e a adaptação cultural e econômica que os países devem passar para um futuro que hoje já se vivencia, um futuro saudável.

O envelhecimento primeiro passa pelo campo cultural. Quem diz “quando” ou “com que idade” se “estar velho” é a sociedade, e quem hoje em determinado país é considerado idoso, amanhã pode não o ser, pois depende de todo um contexto cultural, que pode ser reflexo normativo, e também temporal ou etário, vale dizer que, a Organização Mundial de Saúde (OMS, 2015), seguindo essa linha, determinou que considera, para os países em desenvolvimento, idosas as pessoas com 60 (sessenta) anos ou mais, e para os países desenvolvidos, aquelas com 65 (sessenta) anos ou mais.

Entretanto, em razão da longevidade da população, a OMS passou a classificar o envelhecimento em quatro fases: a) meia-idade – pessoas com idade entre 45 a 59 anos; b) idoso - pessoas com idade entre 60 a 74 anos; c) ancião - pessoas com idade entre 75 a 90 anos; d) velhice extrema - pessoas com idade superior a 90 anos (OMS, 2015).

O “olhar cultural” é também determinativo sobre “quem é idoso”. Antigamente, ainda quando o homem era nômade e vivia em comunidades tribais, em virtude das condições ambientais, e num panorama escasso de ciência e tecnologia, sabe-se que o homem vivia menos, e por essa razão, o envelhecimento era precoce, e a velhice marcada logo muito cedo, entre os 35-40 anos, caracterizada pela falta de vigor físico, e por outros sinais como cabelos brancos, pele enrugada, dentre outros.

Dessa forma, os menos desprovidos desse vigor físicos, que não mais suportassem os deslocamentos das tribos nômades, eram deixados para trás, e começa a significação de idoso como ser inválido e imprestável que deve ser eliminado.

Entretanto, em algumas sociedades, embora existisse certa dualidade de pensamento sobre o conceito de velhice e de idoso, sabe-se que o mesmo era visto com respeito e como ser humano dotado de sabedoria devido à sua vivência. Na Grécia antiga tinha-se o governo e domínio exercido pelos idosos (a gerontocracia), onde a figura do mais velho era vista como honra. Em Esparta, destacou-se a Gerúsia, espécie de conselho deliberativo, formado por 28 homens experientes, sábios, todos com mais de 60 anos. E em Roma, o Senado, a “Assembleia dos Anciãos” que representava o conselho político formado pelos patrícios, também representando a vivência e sapiência dos mais velhos (Beauvoir, 2018).

Alguns países, como Japão e China, culturalmente a velhice é um processo que representa virtudes, amadurecimento, sabedoria. No Japão, a posição de prestígio dos membros mais velhos, que são tratados com consideração e respeito pelos filhos, netos e toda a sociedade, estão vinculadas à tradição familiar, baseados na solidariedade, na hierarquia e valorização dos vínculos familiares, onde a devoção filial é um elevado preceito ético (Pinto; Neri; 2012). Também na China os idosos são tratados com respeito em virtude de sua maturidade, experiência e sabedoria, seguindo uma tradição familiar e social baseada na dignidade, honra e respeito aos mais velhos (Beauvoir, 2018).

Nesse século marcado pela falta de “valores”, de respeito pelo outro, o ser humano precisa ter como primeiro passo o reconhecimento da situação de envelhecimento como algo natural e digno que atinge a todos a partir do nascimento.

Contudo, hoje, com o aumento da população idosa e conseqüente redução da população jovem, problemas como o acesso à saúde de qualidade

e a estabilidade do sistema previdenciário público no Brasil têm se tornado um desafio ainda maior para esse grupo populacional: o idoso, que sofre muitas vezes calado vários tipos de violência, inclusive a menos veiculada, a violência institucional.

3 A VIOLÊNCIA ESTRUTURAL E INSTITUCIONAL: ESTUDO DE CASOS

A violência faz parte da trajetória humana desde épocas remotas. Mas o que se entende por violência?

A Organização Mundial de Saúde – OMS, que tem como um de seus objetivos garantir e desenvolver o nível de saúde dos povos, define violência como:

[...] o uso intencional da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação (OMS, 2002, p.27).

Assim, por violência entende-se a força física real ou psicológica, expressas contra si ou contra outro, que possam resultar em danos físicos ou psicológicos, lesões ou morte.

Os idosos, enquanto grupo de pessoas que precisam de maior atenção, são vítimas das mais variadas formas de violência, seja física, psicológica, patrimonial, estrutural ou institucional.

Nesse sentido, visando preservar a saúde mental e física do idoso, bem como o respeito a essa categoria através da educação e de ações, a OMS identificou os seguintes tipos de violências: abuso físico ou maus-tratos físicos; abuso ou maus-tratos psicológicos; a negligência; a autonegligência; o abandono; abuso financeiro e o abuso sexual (OMS, 2022).

Embora a violência contra o idoso seja expressa através das mais variadas formas, enfatizar-se-á, neste artigo as categorias estrutural e institucional.

Por violência estrutural entende-se “a que se fundamenta na organização da sociedade e na cultura” (Minayo, 2005), em se tratando do idoso o estigma cultural de “imprestável”, “inútil”. Necessita-se urgentemente da nova visão do envelhecimento como processo natural, e do idoso, ou adulto maior, na nova significação, como pessoa cidadã e digna de respeito.

E a essa violência podem somar-se a violência verbal, quando palavras que denigrem a imagem do idoso enquanto pessoa, tais como “velho imprestável”, “velho inútil”, “velho que só serve para dar trabalho” e outros xingamentos são proferidos; a violência física, quando seguidos aos xingamentos são praticados atos violentos que lesionam fisicamente ou podem levar à morte o idoso; e a violência psicológica, a que atinge a saúde mental do idoso, pelo simples fato de escutar tais xingamentos muitas vezes por entes familiares.

Por violência institucional, assim é a definição do Ministério da Saúde:

Violência institucional é aquela exercida nos ou pelos próprios serviços públicos, por ação ou omissão. Pode incluir desde a dimensão mais ampla da falta de acesso à má qualidade dos serviços. Abrange abusos cometidos em virtude das relações de poder desiguais entre usuários e profissionais dentro das instituições, até por uma noção mais restrita de dano físico intencional. Esta violência pode ser identificada de várias formas: peregrinação por diversos serviços até receber atendimento; falta de escuta e tempo para a clientela; frieza, rispidez, falta de atenção, negligência; maus tratos dos profissionais para com os usuários, motivados por discriminação, abrangendo questões de raça, idade, opção sexual, gênero, deficiência física, doença mental; [...] diagnósticos imprecisos, acompanhados de prescrição de medicamentos inapropriados ou ineficazes, desprezando ou mascarando os efeitos da violência (OMS, 2002, p. 21-22).

Na mesma perspectiva soma-se o entendimento de Minayo (2005, p.14), para quem a violência institucional se reflete na “aplicação ou omissão na gestão das políticas sociais pelo Estado e pelas instituições de assistência”.

Dessa forma, apesar de uma gama de legislações que visam a proteção do idoso, faz-se necessário também que o Estado seja o “exemplo” da efetividade ou cumprimento normativo, para não tornar-se agente ativo de violência contra o adulto maior.

Mas, não é o que acontece de fato. Muitas são as denúncias contra as instituições que deveriam resguardar os direitos dos idosos. A mídia noticia muitos casos de idosos que sofrem violência em asilos ou casas de longa permanência para idosos, hospitais, clínicas, onde a má qualidade dos serviços ali prestados reflete, primeiramente, a violência institucional, da qual decorrem as várias outras espécies, como negligência, maus-tratos, abusos, violência psicológica, dentre outras.

Nesse sentido, elegeram-se três casos que demonstram as formas de violência citadas. O primeiro caso é de um idoso de 85 anos, que faleceu na Unidade de Pronto Atendimento (UPA) Santana, em Ponta Grossa, na região dos Campos Gerais do Paraná, final de maio de 2022. O idoso passou seis dias aguardando por uma vaga para ser transferido ao leito hospitalar, e o seu quadro de saúde foi agravando, e devido à demora e precariedade do serviço, veio a óbito (G1, GLOBO, 2022).

Verifica-se aqui a violência institucional, onde o descaso com a saúde é frequente, refletindo-se na má qualidade e na omissão do serviço público, na falta de atenção ao paciente, na negligência, e também a violência estrutural, onde o outro “idoso” é visto como “ser humano descartável, “que já viveu o que tinha de viver”, em total menosprezo à idade, à pessoa.

O segundo caso, ocorrido em meados de junho de 2021, é o de um idoso de 80 anos, que já se encontrava acamado há mais de um ano e meio, e que teve de ir de maca, levado pelos familiares, ao banco, no

Piauí, durante o período crítico da pandemia, para fazer a prova de vida obrigatória para beneficiários do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Antes de ser levado à agência, um parente do idoso informou que por diversas vezes tentou realizar o procedimento, sem que tivesse que levá-lo, mas não conseguiu. Segundo o familiar, o banco informou que o idoso acamado teria que ir pessoalmente provar que estava vivo. Ainda segundo a família, o banco disponibilizou uma ambulância para levar o homem, mas ele teve que ir de maca até a porta da agência quando chegou ao local (G1, GLOBO, 2022).

Sabe-se que na pandemia, aglomerações de pessoas idosas se formaram em filas nas agências bancárias para realizarem a tão “importante” prova de vida. No Centro de Teresina, capital do Piauí, a Vigilância Sanitária e a Polícia Militar foram acionadas com o objetivo de notificar os bancos e tentar controlar a aglomeração, garantindo distanciamento entre os clientes (G1, GLOBO, 2022).

Percebe-se, assim, o retrato do descaso com o idoso, categoria que deveria estar sendo preservada na pandemia, pois um dos grupos de risco de contrair a doença, estava sendo era exposta à aglomeração, sujeitando-se a passar pela humilhação do enfrentamento de filas extensas, para garantir um direito que lhe assiste. Mais uma vez o desprezo com o adulto maior, reflexo da violência estrutural, onde o idoso não tem importância, e institucional, onde a burocracia estatal, a falta de políticas públicas adequadas, bem como normas burocratizadas, dificulta o bem-estar social. Espera-se que as regras sobre a prova de vida do INSS que entraram em vigor no ano corrente de 2023 possam, efetivamente, melhorar e/ou amenizar tais tipos de violências sofridas pelo adulto maior.

O terceiro caso, por sua vez, é de uma idosa de 88 anos que, em 2016, foi estuprada dentro do hospital por um enfermeiro enquanto estava internada na Unidade de Terapia Intensiva (UTI), em Goiânia. Segundo consta, o hospital cometeu negligência ao contratar o enfermeiro que já possuía

extensa ficha criminal com passagens por crimes sexuais. Segundo as investigações, a idosa foi internada na UTI após sentir dores abdominais. Ela informou que no dia 9 de abril de 2016, estava no quarto, e à espera da visita dos netos, quando pediu aos técnicos de enfermagem que trocassem sua fralda. Porém, uma técnica saiu da sala e deixou apenas um técnico no local, o que a deixou incomodada. A paciente, que era enfermeira por profissão, entendeu que a situação era inadequada e disse que o enfermeiro praticou atos libidinosos contra a vontade dela, apesar de ter pedido para que parasse (G1, GLOBO, 2022).

O último caso denota, além da violência institucional, expressa na negligência, quando da contratação de pessoa acusada de crimes sexuais e na falta de atenção devida, a violência física e a psicológica sofrida pela paciente com o estupro, revelando tanto o desprezo com a idade e o gênero, numa expressão cultural de desvalorização da mulher idosa.

4 O ESTATUTO DA PESSOA IDOSA: CENÁRIO DE ACOLHIMENTO AOS IDOSOS E ANÁLISE DE SUAS VULNERABILIDADES

O envelhecimento é consequência natural da vida, dessa maneira, a sociedade necessita preparar uma estrutura e organização para trabalhar com essas pessoas à medida que a idade avança. Para isso, existem os direitos dos idosos, que visam proteger esses indivíduos, reconhecendo os seus direitos humanos e a sua importância para construção de uma sociedade mais sábia e inclusiva.

Esses direitos, além de possuírem um caráter protetivo, preservam a qualidade de vida da população idosa e possibilitam que essas pessoas exerçam a plena cidadania.

Preocupada em proteger os indivíduos, independentemente da idade, a Constituição de 1988 impulsionada pela consciência da necessidade social cuidou de proteger a população da terceira idade e o fez de forma

expressa e bem específica no seu artigo 230: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Como se não bastasse, no corpo do texto da Magna Carta, observa-se que os idosos estão protegidos em vários outros artigos. Logo no seu primeiro Título, em seus princípios fundamentais já protege os idosos, pois é garantida a cidadania e a dignidade da pessoa humana (Art. 1º). Além disso, em seu artigo 3º, preconiza como objetivo fundamental promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No seu artigo 5º, XLVIII, determina que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”, aos idosos que por ventura tiverem que cumprir pena, protegendo, assim, pelo princípio da individualização da pena, que os direitos e garantias fundamentais e coletivos da Lei Maior sejam respeitados.

Outro direito garantido aos idosos diz respeito à aposentadoria, conforme previsto no artigo 7º, XXIV, não esquecendo a Lei Fundamental de tornar facultativo o voto, em relação aos direitos políticos, às pessoas maiores de 70 anos. (artigo 14º, § 1, inciso II, alínea “b”). A Magna Carta, em respeito à dignidade humana, reconhece ainda os direitos do idoso ao recepcionar o Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/2003 no seu artigo 2º:

O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

E, ainda, a Constituição Federal preceitua que “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social e tem por objetivos: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice” (Art. 203, I), proporcionando a garantia de um salário mínimo ao idoso, que comprove não possuir meios de prover à própria manutenção, ou de tê-la provido por sua família (Art. 203, V).

Conforme a Constituição, o Estado prestará assistência judicial integral e gratuita, através da Defensoria Pública, aos idosos que comprovarem insuficiência de recurso, (Art. 134). Para o constituinte, o papel da família é imprescindível para a vida do idoso, pois se entende que ele é a base da sociedade e por isso merece a permanente tutela estatal. Para isso o Estado assegurará a assistência ao idoso, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações familiares, como preceitua o artigo 226, garantindo a proteção especial do Estado.

A Constituição cidadã, por questão jus-social, resgatou a valorização do idoso cuja matéria mereceu espaço específico, nos moldes do artigo 230, quando atribui a responsabilidade à família, à sociedade e ao próprio Estado sobre “o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” e determinou expressamente que “os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares”.

Resta enfatizar que os idosos devem ser acolhidos por todos os instrumentos assegurados à assistência dedicada ao ser humano, ao cidadão, sem qualquer distinção. Observa-se que, com essas determinações, os idosos já deveriam ter seus direitos respeitados e resguardados, mas a realidade brasileira não é essa, tanto é desvalorizada a condição do idoso que foi necessária a edição de uma lei – 10.471/93 – para produzir um Estatuto do Idoso a fim de detalhar e criar mecanismos para tornar eficaz a concretização desses direitos na idade avançada do ser humano.

O Estatuto do Idoso é o nome dado para a Lei Federal nº 10.471/2003, cujo objetivo é regular os direitos e garantias assegurados às pessoas idosas. O próprio Estatuto do Idosos entende que pessoa idosa é toda aquela com idade igual ou superior a 60 anos, importa mencionar que este também é o conceito estabelecido pela Organização Mundial de Saúde.

A lei cinge-se a tratar sobre questões relacionadas à família, saúde, discriminação e violência contra o idoso. O objetivo é a persecução de princípios e direitos fundamentais à vida humana, principalmente a garantia da dignidade humana, metaprincípio presente na Carta Constitucional brasileira.

O envelhecimento é uma característica humana, enfatize-se que o Estatuto torna o envelhecimento um direito personalíssimo¹², ou seja, sua proteção é um direito social. Essa proclamação faz com a sociedade seja obrigada a garantir a efetivação desse direito de forma digna, enquanto já existe a obrigação do Estado de realizar a efetivação de políticas que contribuam para a garantia deles.

12 O CEDIVIDA explica em que pese o fato de a língua portuguesa possuir denominadores comuns empregados, em sua grande maioria no masculino, muitas vezes a designação linguística correta não é empática e inclusiva à diversidade de gênero. A palavra 'idoso', por exemplo, é usada para designar qualquer pessoa com mais de 60 anos, indiferente se homem ou mulher. Mas isso é correto considerando uma realidade como a nossa, em que a maior parte da população idosa é composta por mulheres?

O peso demográfico deve ser considerado para buscar maior atenção das políticas públicas para mulheres idosas, as quais padecem em maior número diante de tantas violências e negligências acometidas. A expressão 'pessoa idosa' é muito mais abrangente, pois valoriza a pessoa em primeiro lugar, indiferente do gênero, sob a proteção do princípio universal da Dignidade da Pessoa Humana.

A recomendação de substituição semântica em busca da neutralidade de gênero é para coibir generalismos, consagrando a individualidade de cada um. A adoção da expressão 'pessoa idosa' é um compromisso de inclusão que fazemos como forma de pacificação social e respeito, por meio de uma campanha defendida pelo Conselho Nacional dos Direitos do Idoso (CNDI), o qual também passou a se chamar Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa, assim como o Estatuto do Idoso, o qual, a partir de julho deste ano, passa a se chamar Estatuto da Pessoa Idosa.

Com a aprovação da Lei 14.423, no dia 25 de julho de 2022, toda a legislação vigente nacional substituiu a palavra idoso e idosos por pessoa idosa e pessoas idosas em todos os textos oficiais, na perspectiva de refletir a importância da pessoa idosa para a sociedade.

Alguns pontos que merecem destaque dentro dos direitos da pessoa idosa, cite-se o atendimento preferencial, esse direito assegura que pessoas idosas sejam atendidas com prioridade em hospitais, cinemas, teatros, lojas, ou em outros locais congêneres. Em emergências de saúde, a prioridade de atendimento depende da avaliação médica em relação à gravidade do caso. Ainda, o Estatuto garante que esse idoso tenha um acompanhante em tempo integral, desde que apta para a permanência no local. Esses direitos estão descritos no artigo 3º da Lei 10.741/03, o Estatuto do Idoso:

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar à pessoa idosa, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º A garantia de prioridade compreende:

I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população;

II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas;

III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à pessoa idosa;

IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio da pessoa idosa com as demais gerações;

V – priorização do atendimento da pessoa idosa por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência;

VI – capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços às pessoas idosas;

VII – estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento;

VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais.

IX – prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda.

Outro ponto importante como direito da pessoa idosa são os medicamentos gratuitos, devem ser fornecidos sem custo, principalmente os de uso contínuo. Para ter acesso a esse benefício, é preciso ir até uma Farmácia Popular ou farmácias conveniadas com o Programa e levar um documento com foto, CPF e a receita médica dentro do prazo de validade.

Em relação ao transporte público, apesar de ser assegurado, esse direito fica dependente de cada município. Isso porque a obrigatoriedade da passagem gratuita do transporte público é a partir dos 65 anos. Porém, essa idade pode variar entre 60 a 65 anos, ficando pendente a cada município decidir isso. Consulte o site da Prefeitura da sua cidade e confirme qual a idade mínima.

Também de acordo com a lei, a pessoa idosa tem direito à isenção do pagamento de IPTU, a partir dos 60 anos, pessoas que sejam aposentadas e que tenham apenas um imóvel e com renda de até dois salários mínimos, estão isentas do pagamento do imposto. Para solicitar o benefício é necessário verificar o setor da prefeitura, ou pesquisar se esse serviço já está disponível no site da prefeitura da cidade.

De acordo com a disposição do Estatuto, idosos que apresentarem não ter renda suficiente para se sustentar, podem solicitar pensão alimentícia a um filho. O não pagamento pode levar à prisão. Porém, caso esse filho comprove não ter condições de pagar a pensão, o idoso pode solicitar o benefício assistencial no valor de um salário mínimo.

Em relação a tramitação de processos na justiça, outro direito previsto na legislação, é preciso fazer uma prova de idade e solicitar a uma autoridade jurídica competente. Atualmente, há dois tipos de prioridades: 60+ e 80+, sendo que a mais alta prioridade é para as pessoas com mais de 80 anos, desde 2017.

5 AS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS AOS IDOSOS COMO MEIO DE PROVER A DIGNIDADE HUMANA

O envelhecimento da população é uma reposta em diversos fatores, especialmente em relação à saúde. Em países em desenvolvimento como o Brasil, essa transmutação demográfica se deve mais às tecnologias em saúde. Segundo dados do INSPER¹³, nos dias atuais, 15% dos brasileiros têm mais de 60 anos, e 20% de zero a 14 anos. Em 20 anos, essa proporção deverá se inverter, pois, como se sabe, essa população mais velha precisa de atendimento de saúde e assistência.

A pesquisa aponta que menos de 1% dos médicos se especializa em geriatria e gerontologia. Também faltam leitos hospitalares de longa permanência, normalmente ocupados por pessoas com mais de 65 anos com doenças crônicas e cuidados por limitações em atividades da vida diária. Apenas 36% dos municípios têm instituições de longa permanência, em sua ampla maioria de administração privada.

No Brasil, já aconteceram alguns avanços na elaboração de políticas sociais voltadas aos idosos; dentre as quais pode-se citar a Política Nacional do Idoso (1994); a Política Nacional de Saúde do Idoso (1999); o Estatuto do Idoso (2003); a Política Nacional de Assistência Social (2004); a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa (2006), além dos direitos conquistados pela Constituição Federal em 1988.

A política pública, segundo Pereira (2008), compõe-se de atividades formais (regras estabelecidas) e informais (negociações, diálogos) adotadas em um contexto de relações de poder e destinadas a resolver, sem violência, conflitos em torno de questões que envolvem assuntos públicos.

Dentro dessa conjuntura de envelhecimento da população e aumento da expectativa de vida, os programas e políticas de envelhecimento ativo reconhecem a necessidade de estimular e equilibrar responsabilidade pes-

13 Disponível em: <https://www.insper.edu.br/noticias/dois-desafios-para-o-sus-o-envelhecimento-da-populacao-e-a-falta-de-financiamento/>, acesso em 01/02/2023.

soal (cuidado consigo mesmo), locais e ambientes amistosos para a faixa etária e solidariedade entre gerações. As famílias e os indivíduos precisam planejar e se preparar para a velhice, e precisam se esforçar pessoalmente para adotar uma postura de práticas saudáveis em todas as fases da vida. Existe uma necessidade de discutir isso no dia a dia dos lares, pois as pessoas idosas necessitam de acolhimento e muitas delas auxiliam o orçamento doméstico.

Ao mesmo tempo, é necessário que os ambientes de apoio façam com que as opções saudáveis mais acessíveis, já que existem boas razões econômicas para se implementar programas e políticas que promovam o envelhecimento ativo, em termos de aumento de participação e redução de custos com cuidados.

As pessoas que se mantêm saudáveis conforme envelhecem enfrentam menos problemas para continuar a trabalhar, isso é evidente na realidade atual, essas pessoas tem a possibilidade de manterem-se ativas por muito mais tempo.

Na atualidade, a inclinação para se aposentar cedo em países industrializados é, em grande parte, o resultado de políticas que incentivaram a aposentadoria precoce, agora com as diversas reformas da previdência que aconteceram no Brasil e em outros países, essa aposentadoria vem se prolongando cada vez mais.

Na proporção em que as populações envelhecem, haverá mais pressão para que as políticas públicas mudem, especificamente, porque mais indivíduos estão atingindo a chamada terceira idade, gozando de boa saúde, ou seja, ainda aptos para o trabalho. Isso ajuda a compensar os crescentes custos com pensões e aposentadorias, assim como os custos com assistência médica e social.

Já em relação às despesas públicas, cada vez maiores com assistência médica, alguns dados disponíveis indicam que a velhice em si não está associada ao aumento das despesas médicas. O que encarece os gastos são

as deficiências e a saúde precárias, normalmente associadas à velhice. Se as pessoas envelhecerem com uma saúde melhor, as despesas médicas, não acrescentarão um déficit tão amplo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise abrangente realizada ao longo deste estudo sobre a violência contra pessoas idosas, é inegável a urgência de medidas efetivas para combater e prevenir esse efeito. Os 20 anos de existência do Estatuto da Pessoa Idosa servem como um marco importante, mas também destacam a necessidade contínua de adaptação e aprimoramento das políticas públicas que visam proteger essa parcela da população.

A violência contra pessoas idosas é um problema complexo e multifacetado que requer uma abordagem multidisciplinar e coordenada. Os dados estatísticos oficiais, a revisão e a análise de casos nos oferecem um panorama preocupante das diversas formas de violência que afetam os idosos, abrangendo desde abusos financeiros e financeiros até abusos psicológicos e morais.

Nesse sentido, é crucial enfatizar a importância da conscientização pública sobre essa questão e a necessidade de promover uma mudança cultural que valorize e respeite os direitos e a dignidade das pessoas idosas. Além disso, a cooperação entre governos, instituições, organizações da sociedade civil e a academia é essencial para criar estratégias de prevenção e intervenção.

O envelhecimento é uma realidade que já se faz presente no mundo, e a adaptação cultural e econômica para esse novo cenário é inadiável. Portanto, à medida que avançamos, é imperativo que os países continuem a investir em políticas e programas que promovam o envelhecimento ativo, o bem-estar e a inclusão social dos idosos.

A pesquisa realizada destacou a importância de considerar a violência contra pessoas idosas como uma violação dos direitos humanos e reforçar

a necessidade de ação imediata. O futuro, exige hoje um compromisso renovado com a proteção e o respeito aos direitos das pessoas idosas, e é responsabilidade de todos nós trabalharmos juntos para construir uma sociedade mais justa e inclusiva para todas as gerações.

REFERÊNCIAS

AMOURI, Jamyle. Hospital é condenado a indenizar em R\$ 120 mil idosa que foi estuprada por enfermeiro dentro de UTI, em Goiânia.

GLOBO, G1, 01. set. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2022/09/01/hospital-e-condenado-a-indenizar-em-r-120-mil-familia-de-idosa-que-foi-estuprada-por-enfermeiro-dentro-de-uti-em-goiania.ghml>. Acesso em: 26 out. 2022.

BEAUVOIR, Simone de. **A velhice**. Rio de Janeiro, Ed. Nova Fronteira, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Senado, 2014.

_____. Lei nº 8742/93. **Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências**. Brasília, Senado, 2014.

CEDIVIDA. **Centro de Direitos à vida da pessoa idosa**. Disponível em: <https://cedivida.org.br/legislacao/legislacao-e-direitos/estatuto-do-idoso-da-pessoa-idosa/>. Acesso em 02/02/2023.

IBRAHIM, F. Z. **Curso de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

DOSO MORRE EM UPA APÓS ESPERAR SEIS DIAS POR LEITO HOSPITALAR, DIZ FAMÍLIA. **GLOBO, G1 RPC Ponta Grossa**, Campos Gerais e Sul, 31 maio 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/campos-gerais-sul/noticia/2022/05/31/idoso-morre-em-upa-apos-esperar-seis-dias-por-leito-hospitalar-em-ponta-grossa-diz-familia.ghml>. Acesso em: 6 jun. 2022.

IDOSO VAI DE MACA AO BANCO PARA FAZER “PROVA DE VIDA” DO INSS. **UOL**, São Paulo, 9 jun.2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2021/06/09/idoso-vai-de-maca-ao-banco-apresentar-prova-de-vida-do-inss-no-piaui.htm#:~:text=Um%20apostado%20de%2080%20anos,desde%20o%20in%C3%A-Dcio%20deste%20m%C3%AAs> . Acesso em: 9 jun. 2021.

KERTZMAN, I. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Violência contra idosos: o avesso do respeito à experiência e à sabedoria**. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2005.

OMS. Organização Mundial de Saúde. **Resumo - Relatório mundial de envelhecimento e saúde. WHO, 2015**. Disponível em: <http://who.int>. Acesso em: 22 out. 2022.

OMS. Organização Mundial de Saúde. **Relatório mundial sobre a violência**. Editado por Etienne G. Krug, Linda L. Dahlberg, James A. Mercy, Anthony B. Zwi e Rafael Lozano. Genebra, 2002.

ONU. Organização das Nações Unidas. População mundial atinge 8 bilhões de habitantes em 2022. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2022/11/1805342#:~:text=Popula%C3%A7%C3%A3o%20mundial%20atinge%208%20bilh%C3%B5es%20de%20pessoas%20%7C%20ONU%20News>. Acesso em 22 dez. 2022.

PEREIRA, P. A. P. **Discussões conceituais sobre política social como política pública e direito de cidadania**. In. Política Social no Capitalismo: Tendências Contemporâneas. São Paulo: Cortez, 2008.

PINTO, Meyre Eiras de Barros; NERI, Anita Liberalesso. Discutindo Mitos, Desvendando Sentidos: velhice, dependência e cuidado segundo jovens, adultos e idosos de origem japonesa. **In: Cuidar de Idosos no contexto da família: questões sociológicas e sociais**. Orgs. Anita Liberalesso Neri [et al.]. Campinas, SP: Ed. Alínea, 3. ed., 2012.

PORTAL DO ENVELHECIMENTO E LONGEVIVER. **Os 12 países com maior quantidade de idosos no século XXI**. Disponível em: <https://www.portaldoenvelhecimento.com.br/os-12-paises-com-maior-quantidade-de-idosos-no-seculo-xxi>. Acesso em: 7 jan. 2023.

CAPÍTULO IV

“A CALÚNIA DE APELES” DE SANDRO BOTTICELLI E A PRISÃO PROVISÓRIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE À LUZ DO OBJETIVO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL 16

Carla Carolina Vasconcelos Dias¹⁴

RESUMO

Analisar o Direito por meio da Arte pode auxiliar em uma melhor apreensão sobre temas árduos como a aplicação do instituto da prisão provisória no Direito Processual Penal. Utilizando a obra do pintor italiano Sandro Botticelli, “A calúnia de Apeles”, pretendeu-se discorrer sobre a aplicação da punição antes do julgamento. Para a análise, considerou-se o ODS 16 da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável (Paz, Justiça e Instituições Eficazes), especificamente a meta 16.3, bem como a legislação processual penal respectiva e a jurisprudência do STF quanto à execução provisória da pena. Averiguou-se números disponibilizados pela Depen nos anos de 2018 e 2022, constatando uma diminuição de 25% no percentual de presos provisórios entre o período. Para o devido cumprimento do ODS deve-se atentar à aplicação das políticas criminais como a audiência de custódia e as medidas cautelares diversas da prisão.

Palavras-chave: Prisão Provisória. ODS 16. Direito e arte. Botticelli.

¹⁴ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídica (PPGCJ) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). ccarolinadias@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Pensar o Direito através da Arte é um convite à sensibilização necessária das ciências jurídicas que há muito vinha sendo esquecida. A lei enquanto norma, por si só, não existe sem a atuação humana, visto que dessa é causa e consequência. Nesse sentido, muito se debate a respeito da relação posta entre o Direito e a Cultura; entendendo, aqui, a Arte como uma manifestação específica da Cultura. Fato é que esses conhecimentos se entrelaçam de alguma forma em algum momento, gerando uma via de influência recíproca.

De modo específico para o Direito, a área criminal é, talvez, a mais provocativa na arte, por remeter a temas preciosos como a vida e a liberdade. Não à toa as histórias de crime se sobressaem em diversas obras, sendo a arte visual uma das modalidades artísticas que muito acrescenta nesse estudo. Isso porque pinturas, fotografias, desenhos, artes iconográficas no geral, revelam contextos de uma forma direta e acessível¹⁵, através da própria formação da imagem.

Percebe-se que, no que tange ao entendimento primitivo, o uso de desenhos, a exemplo da arte rupestre, demonstra ser a imagem uma forma eficaz na tentativa de representar situações, reais ou imaginárias. Além de retratar os acontecimentos, ampliando o alcance dos casos, a arte serve ainda como um importante meio de denúncia. Sobretudo, no que diz respeito ao direito, as violações cometidas no sistema de justiça e suas consequências sociais. Um exemplo disso é a pintura “A colônia de Apeles” (1494), reprodução de obra perdida do artista grego Apeles pelo pintor renascentista Sandro Botticelli.

A obra retrata uma alegoria do sistema de Justiça, revelando o momento de apresentação do denunciado ao julgador, que se encontram ladeados por personagens representativos de sentimentos e valores humanos que influenciariam na decisão. Ao analisar a imagem, percebe-se que antes de

15 Com as devidas adaptações e uso de técnicas específicas para pessoas com deficiência visual.

ser devidamente julgado e averiguada possível inocência, o denunciado já sofre uma punição. Isso pode ser constatado pelo modo como o acusado se apresenta: arrastado no chão, puxado pelos cabelos, seminu, de mãos unidas pedindo clemência e com o semblante que revela sofrimento.

Nesse ponto, é possível relacionar a pintura de Botticelli ao instituto da prisão provisória no processo penal, uma vez que essa antecede a sentença penal condenatória. Ou seja, o indivíduo sofre a punição antes de ser definitivamente declarado culpado pelo ato delituoso supostamente cometido.

A luz da obra de Botticelli, o que se pretende neste trabalho é averiguar o contexto da prisão provisória para o indivíduo no Brasil, levando em consideração a observação ou não do Objetivo 16 da Agenda 2030 sobre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas – ONU, que diz respeito a “Paz, Justiça e Instituições Eficazes”. Para tanto, valer-se-á de uma abordagem quali-quantitativa, tendo em vista que dados levantados pelo Departamento Penitenciário Nacional, e uso dos métodos descritivo, exploratório e bibliográfico.

Trata-se de um tema relevante, tanto para o meio acadêmico, por propiciar debates e pesquisas capazes de interferir na realidade social; quanto para a prática do sistema penal, vez que se necessita identificar os pontos cruciais para realizar reformas eficazes.

2 A CALÚNIA DE APELES

Para tudo há um limite que é perigoso ultrapassar; porque uma vez ultrapassado, não dá para voltar atrás.

Fiodor Dostoiéuski, “Crime e Castigo”

Para pensar no valor de uma obra artística, reporta-se ao que disse Leonardo da Vinci: “a arte diz o indizível, exprime o inexprimível, traduz o intraduzível” (FRANGE, apud BARBOSA 2007, p.38). Entendendo a

Arte como uma manifestação específica da Cultura, quando essa dialoga com o Direito, acaba por conclamar necessidades, desejos e intenções dos sujeitos. Sobre essa relação, Humberto Cunha Filho (2020) defende que a Cultura e o Direito são conhecimentos dependentes e complementares.

Marianna Chaves e Raphael Carneiro Arnaud Neto (2016) enfatizam que a Arte pode servir como uma arma poderosa a serviço dos Direitos Humanos. Isso porque, mediante os movimentos artísticos, quem produz a arte pode revelar denúncias e ampliar as mobilizações de resistência aos atos antidemocráticos e violadores de direitos fundamentais.

Segundo Lucinda Siqueira Chaves (2010), as imagens e artefatos visuais se ressignificam a depender do contexto em que se situam os autores, bem como os observadores, o que possibilita múltiplas interpretações. Nesse contexto, se pretende atentar para a obra de Botticelli no Brasil em 2023 e compreendê-la sob a luz do instituto da prisão provisória.

“A Calúnia de Apeles” (1494) está exposta na *Galleria degli Uffizi*, em Florença, na Itália, e se trata de uma reprodução, dentre várias, da imagem originalmente pintada por Apeles de Cós, perdida em razão do tempo e das guerras, mas descrita minuciosamente pelo escritor greco-romano Luciano de Samósata, no século II após o início da era cristã (PINZANI, 2016).

Apeles de Cós foi um dos mais importantes pintores da Grécia Antiga, segundo consta na *Naturalis Historia*, enciclopédia escrita por Plínio, o velho (23/24-79 a.C.). O pintor foi vítima, falsamente, de conspirar contra o então rei do Egito, Ptolemeu IV (221-203 a.C.), e diante da situação caluniosa que quase lhe levou à morte, mais tarde, veio a pintar uma obra a retratando. Alessandro Pinzani (2016) explica que, por meio da descrição de Luciano e, posteriormente, do arquiteto e teórico da arte, Leon Battista Alberti, vários artistas buscaram reproduzir a imagem pintada por Apeles.

Dentre os que assim fizeram, está o pintor italiano Sandro Botticelli, apelido de *Alessandro di Mariano di Vanni Filipepi*, autor de grandes clássicos da pintura renascentista do século XV, tais quais “O nascimento de Vênus”,

de 1483, e “A primavera”, de 1482. Retratando a seu modo a imagem de Apeles descrita por Luciano, Botticelli recriou a cena emblemática protagonizada por figuras que personificam valores e sentimentos humanos diante de um julgamento por calúnia.

A pintura, feita a partir da técnica tempera sobre madeira, apresenta um homem (a “Inocência”) seminu, arrastado pelos cabelos por uma bela figura feminina (a “Calúnia”), levada pelo braço por um homem de preto segurando uma tocha (o “Rancor”), enquanto duas outras figuras trançam seus cabelos (a “Fraude” ou “Dolo” e a “Inveja”), até o rei e julgador. Esse, por estar acompanhado e dando ouvidos a outras duas personagens (a “Suspeita” e a “Ignorância”), está representado com orelhas de burro. Oposta ao rei está a figura da “Verdade”, despida tanto quanto o homem apresentado, e apontando para o céu, em uma alusão à Justiça Divina. Ainda, vê-se a imagem de uma mulher de preto e maltrapilha, sendo a única a olhar para a “Verdade” e por isso representaria o “Remorso”.



Sandro Botticelli: A calúnia de Apeles, 1494.

Quando Apeles elaborou a obra retratada por Botticelli, ele transmitiu o sentimento de denúncia e indignação pelo julgamento do qual foi alvo ao ser caluniado. Trata-se de uma manifestação que pode colaborar com o entendimento do mundo jurídico, pois a arte ilustra e desperta sensações e sentimentos que sozinhas, por vezes, as palavras não comportariam. Sobre o assunto, o escritor Alberto Manguel (2021) diz que as palavras emprestam significados, mas eles vão além e ultrapassam os alcances da linguagem escrita. Dessa forma, a arte pode ajudar a esclarecer e expressar esses significados.

3 A PRISÃO PRVISÓRIA

Ao observar a pintura de Botticelli, percebe-se que uma espécie de punição é aplicada antes mesmo de o indivíduo ser julgado, no ato de apresentação ao juiz. Seria uma punição social e moral acarretada pela própria denúncia. Esse argumento pode ser verificado pela imagem do homem sendo arrastado como um objeto e, vulnerabilizado pela situação, acaba por juntar as mãos em sinal de clemência.

Situação semelhante se observa no caso da prisão provisória, em que a privação da liberdade se dá antes do julgamento, sem sentença penal condenatória. Essa situação só deveria ocorrer em casos excepcionais, considerando que a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º, inciso LVII estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

O Código de Processo Penal (1941), no seu artigo 311 e seguintes, prevê como medida cautelar a prisão preventiva¹⁶, bem como a Lei nº

16 Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria

7.960 de 1989, estabelece os requisitos da prisão temporária¹⁷. A prisão

e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o). (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - (revogado). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

17 Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;

preventiva não possui um prazo determinado, é cabível tanto na fase de investigação preliminar quanto na fase judicial e tem como pressuposto garantir a ordem pública, a ordem econômica, assegurar a aplicação da lei penal, e quando for conveniente à instrução criminal. A prisão temporária, por sua vez, como o termo já insinua, deve obedecer ao prazo legal determinado de cinco a trinta dias, além de ser admissível apenas durante a fase de investigação visando assegurar sua eficácia, sobretudo a coleta de elementos informativos e provas cautelares.

Tanto a preventiva quanto a temporária são espécies de prisões provisórias legalmente concebidas. Entretanto, para Aury Lopes Jr. (2019), o julgador deverá ponderar a necessidade de uma prisão provisória ante a gravidade da suposta conduta delituosa, tendo em vista o processo de estigmatização pelo qual o acusado passa, correndo o risco de se tornar uma antecipação de pena e violar o princípio da presunção de inocência previsto na Constituição Federal.

Ricardo Jacobsen Gloeckner (2018) alerta que numa acepção autoritária, o Código de Processo Penal – CPP opera de modo a decretar a prisão do acusado durante o processo. Isso porque enquanto o rol de cabimento de prisões provisórias se alargou no tempo, o benefício de liberdade provisória teve suas hipóteses de cabimento diminuídas.

A legislação penal processual, apesar das modificações realizadas, é uma codificação da década de 1940, pensada sob influência do regime fascista italiano (CHOUKR, 2017). O CPP não foi concebido à luz dos princípios democráticos da Constituição Federal de 1988, e a ruptura com a ordem constitucional anterior não foi o bastante para provocar uma reforma que o adequasse (GLOECNER, 2018).

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016)

Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, ação global encampada pela Organização das Nações Unidas em 2015, em que se elegeu 17 objetivos para promover e garantir a qualidade de vida às próximas geração, determinou como o Objetivo 16, relativo à Paz, Justiça e Instituições Eficazes, “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”¹⁸ (UN, 2015, p. 25/35, tradução nossa).

No tocante à prisão provisória, a ODS 16 desenvolve a meta 16.3 que preconiza, a nível nacional, “fortalecer o Estado de Direito e garantir o acesso à justiça às pessoas envolvidas em conflitos, especialmente àquelas que se encontram em situação de vulnerabilidade”. Um dos indicadores proposto pela ONU para averiguar o cumprimento do ODS é, precisamente, a proporção de presos sem sentença em relação ao total da população prisional (BRASIL, 2019).

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (BRASIL, 2018) correspondente ao período de julho a dezembro de 2018, elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional – Depen, estavam cumprindo pena no Brasil 725.332 pessoas. Desse total, 242.133 pessoas estavam cumprindo prisão provisória, ou seja, sem julgamento, o que corresponde a 33,3% do total de presos no país. O número é maior do que os apenados que estavam cumprindo pena em regime semiaberto, que somam 126.060 pessoas.

Averiguando os dados disponíveis referentes ao ano de 2019 no mesmo período (julho a dezembro), tem-se que o sistema carcerário continha o total de 748.009 pessoas custodiadas, sendo 222.558 presas provisoriamente (BRASIL, 2019). Esse número corresponde a 29,7% do conjunto do sistema, logo, em comparação com os dados de 2018 houve uma queda.

18 “Promote peaceful and inclusive societies for sustainable development, provide access to justice for all and build effective, accountable and inclusive institutions at all levels”.

No ano de 2020, tinha-se um total de 667.541 custodiados, sendo 215.255 provisoriamente (BRASIL, 2020). Um ano depois, em 2021, o número de apenados subiu um pouco para 669.916, mas houve um decréscimo na quantidade de pessoas presas provisoriamente, para 193.962 (BRASIL, 2021).

Em 2022, analisando os números do mesmo período, qual seja, julho a dezembro, tem-se um total de pessoas custodiadas de 642.638, sendo 180.346 em prisão provisória (BRASIL, 2022). Os dados não permitem afirmar de maneira peremptória, quanto a esse ponto, que a meta 16.3 está sendo cumprida. Mas se consegue constatar uma diminuição no número de presos provisórios entre 2018 e 2019, precisamente uma queda de 3%, e nos anos subsequente, indicando uma tendência a diminuição desse número até dezembro do ano de 2022. É um percentual de 25% em 5 anos, de 242.133 para 180.346 pessoas provisoriamente.

Quanto ao assunto, faz-se importante mencionar o papel dos Tribunais, mormente a polêmica em torno da viabilidade ou não da execução provisória da pena privativa de liberdade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF. Essa possibilidade é mais uma anuência para uma prisão provisória; a diferença, nesse caso, consiste na existência de decisão, porém não revestida pela condição definitiva da coisa julgada.

No julgamento do HC 84.078/MG, em 2009, o Plenário decidiu pela impossibilidade da execução provisória da pena de prisão antes do trânsito em julgado, ainda que pendente recurso sem efeito suspensivo. Em 2016, ao julgar o HC 126.292/SP, a Corte mudou o entendimento, e passou a permitir o cumprimento provisório da pena após o segundo grau de jurisdição. Até que, em 2019, mais uma vez o Supremo Tribunal enfrentou o tema nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de números 43, 44 e 54, retomando a posição de 2009 pela impossibilidade da antecipação da prisão.

Submeter uma pessoa à restrição de liberdade, retirá-la do meio em que vive, sem o devido julgamento que ponha em prática os princípios

e garantias fundamentais é uma violação não só ao próprio custodiado, como também à sociedade. Considerando que o Sistema Penitenciário Brasileiro não está adequado a promover uma ressocialização, o indivíduo é depositado em um meio muitas vezes mais agressivo do que a própria conduta desviante cometida.

Inclusive, em 2015 o STF reconheceu que o sistema carcerário brasileiro consistia um “estado de coisas inconstitucional”, no julgamento da ADPF nº 347. Isso significa que o Tribunal admitiu que a população prisional sofre a violação massiva de direitos fundamentais, muito embora o Sistema Penal esteja revestido por um discurso democrático.

Há uma forma de atuação seletiva no sistema, elegendo como seu público-alvo a população socioeconômica deficitária e criminalizando grupos que já se encontram em situação de vulnerabilidade social. Em um futuro desenvolvimento deste trabalho, caberia uma contextualização de questões atinentes à criminologia, como a Teoria do Etiquetamento (*labelling approach*) e os processos de criminalização, que ajudariam a entender a lógica do sistema penal, bem como sobre a função ressocializadora da pena de prisão.

Dito isso, ao observar a pintura “A calúnia de Apeles” de Botticelli, pode-se refletir sobre o impacto que uma punição antes do julgamento é capaz de causar no indivíduo. Ao vulnerabilizar a condição humana, o próprio processo já é, em si, uma punição, gerando estigmas que não se reparam. A inserção no sistema carcerário, além da superlotação que já é um grande problema, leva o indivíduo, por diversas vezes réu primário, a se vincular às facções criminosas de forma definitiva.

Sendo assim, percebe-se como a prisão provisória, como uma antecipação da pena, deve ser aplicada com cautela, pois, como bem retrata Botticelli em sua pintura, o julgador corre o risco de dar ouvidos à “Suspeita” e a “Ignorância”. Portanto, a realidade do processo penal brasileiro, sobretudo o instituto da prisão provisória, requer importante

atenção e atuação dos Poderes Públicos, para que o ODS 16 seja realmente cumprido. Para tanto, observa-se que é importante a prática adequada das políticas criminais como a audiência de custódia, as medidas cautelares diversas da prisão constantes nos artigos 319 e seguintes do Código de Processo Penal, além dos institutos despenalizadores da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/89).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O uso da Arte no estudo do Direito pode propiciar análises e compreensões mais sensíveis às suas árduas questões. Sendo assim, é possível analisar o instituto da prisão provisória sob a luz da obra de Sandro Botticelli, “A calúnia de Apeles”. Tanto a prisão provisória, quanto a pintura fazem referência à antecipação de uma punição; é dizer, a punição que precede o julgamento, sem decisão condenatória.

A pintura de Apeles exprime a vulnerabilidade pela qual um ser humano é exposto quando denunciado, sofrendo penalização antes do devido julgamento. Em uma alusão aos personagens da obra, a antecipação da pena causa sofrimento sem igual ao indivíduo, que se vê arrastado e seminu, envolvido pelas calúnias, suspeita, ignorância, rancor, fraude e distante da verdade que só é encarada pelo remorso.

Apesar de ser um instituto legal, a prisão provisória deve ser aplicada com cautela, tendo em vista o princípio constitucional da presunção de inocência. Nessa esteira, durante a última década, o STF oscilou sua posição quanto ao cumprimento antecipado da pena de prisão, que diverge da prisão provisória por possuir uma decisão condenatória. Desde 2019 a Corte fixou o entendimento pela sua impossibilidade.

O número elevado de presos provisórios no Brasil é um aspecto a ser observado no cumprimento do ODS 16 da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Especificamente quanto à meta 16.3,

que diz respeito à promoção de sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, o acesso à justiça para todos e a construção de instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis, e tem como um dos seus indicadores a proporção de presos sem sentença em relação ao total da população prisional.

Ao analisar o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias disponibilizado pelo Depen, verifica-se que de julho a dezembro de 2018 para o mesmo período de 2023, houve uma diminuição geral de pessoas custodiadas, sendo um decréscimo de 25% no total de presos provisórios. A informação não é suficiente para confirmar o cumprimento da ODS 16, mas já pode sugerir alguma mudança na tendência de encarcerar antes da sentença penal condenatória transitada em julgado.

Além do mais, é preciso atentar que o Código de Processo Penal ainda é uma codificação redigida sob a influência do código fascista italiano, e com o passar dos anos aumentou o cabimento das prisões provisórias, enquanto diminuiu as possibilidades de liberdade provisória. No mesmo sentido, as constantes mudanças da Suprema Corte quanto à execução provisória da pena não promoveu o esteio necessário para o tratamento da questão.

Para que o cumprimento do ODS 16 possa evoluir, há de se atentar à aplicação adequada da audiência de custódia, bem como das medidas cautelares diversas da prisão. Um olhar humanizado sobre o tema é importante, pois uma prisão sem o devido julgamento não impacta somente o indivíduo sujeito ao cárcere, mas toda sociedade. Considerando que uma das funções da pena é a ressocialização do apenado, submeter uma pessoa, muitas vezes ré primária, ao convívio penitenciário, onde ficará exposta às influências de criminosos habituais e facções é, a bem da verdade, sentenciar um futuro sem a oportunidade de experienciar uma vida digna.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Departamento Penitenciário Nacional – Depen. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: período de julho a dezembro de 2019.** Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>>. Acesso em: 15 ago. 2023.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Departamento Penitenciário Nacional – Depen. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: período de julho a dezembro de 2020.** Disponível em: <<https://app.powerbi.com/w?r=eyJrIjoizTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJlLTllOWItZjYwY2ExZjBiMWNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 15 ago. 2023.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Departamento Penitenciário Nacional – Depen. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: período de julho a dezembro de 2021.** Disponível em: <<https://app.powerbi.com/w?r=eyJrIjoioWYwMDdlNmItMDNkOC00Y2RmLWVhYyNjQ0OTUwYTUwNDk5IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 15 ago. 2023.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN). **Levantamento de Informações Penitenciárias: período de julho a dezembro de 2022.** Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-divulga-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referente-ao-segundo-semester-de-2022>>. Acesso em: 15 ago. 2023.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília. J. em 7 de nov. de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 16 ago. 2023.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 34**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília. J. em 17 de mar. de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2042710>>. Acesso em: 16 ago. 2023.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus n. 84.078**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília. J. em 5 de fev. de 2009. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 16 ago. 2023.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus n. 126.292**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília. J. em 17 de fev. de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 16 ago. 2023.

BARBOSA, Ana Mae. **Inquietações e mudanças no Ensino da Arte**. 3ª. Ed. São Paulo: Cortez. 2007.

BOTTICELLI, Sandro. **A calúnia de Apeles**. 1494. Tempera sobre madeira, 91 x 62 centímetros. Galleria degli Uffizi, Florença, Itália.

CHAVES, Lucinda Siqueira. **O Direito além das Palavras: um estudo da produção de imagens no âmbito jurídico**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 125-142, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n%2051.13.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2023.

CHAVES, Marianna; ARNAUD NETO, Raphael. Carneiro. **Direito e arte: uma simbiose necessária para uma construção mais humanista e crítica dos juristas**. Revista Jurídica Luso-Brasileira, v. 3, p. 1061-1075, 2016. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4549>>. Acesso em: 3 ago. 2023.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma global do Código de Processo Penal: Uma refundação garantista?**. Revista do Ministério Público do Estado de Goiás, Goiânia, ano XXI, n. 34, p. 21-34, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_13/2Artigo3_final_Layout%201.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2023.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Teoria dos direitos culturais: fundamentos e finalidades**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2ª ed., 2020.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, vol. 1**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 1ª ed., 2018.

MANGUEL, Alberto. **Encaixotando minha biblioteca: uma elegia e dez digressões**. Tradução: Jorio Dauster. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

PINZANI, Alessandro. **Alegoria e Política nos *Capitoli de Maquiavel***. PERI. v. 08, n. 02, 2016. p. 37-65. Disponível em:< <https://ojs.sites.ufsc.br/index.php/peri/article/view/1855> >. Acesso em: 3 ago. 2023.

UNITED NATIONS - UN. Resolution 70/1. Resolution adopted by the General Assembly on 25 Sept. 2015. **Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development**. New York: UN, 2015. Disponível em: <<https://undocs.org/A/RES/70/1>> Acesso em: 7 ago. 2023.

CAPÍTULO V

PODER, FORÇA E COERCITIVIDADE: A CRÍTICA DA VIOLÊNCIA COMO FUNDAMENTO DO DIREITO E DO ESTADO NA PERSPECTIVA DE WALTER BENJAMIN

Cassandra Maria Duarte Guimarães¹⁹
Gustavo Barbosa de M. Batista²⁰

RESUMO

Neste texto, tem-se como objetivo desenvolver reflexões sobre ensaio Para a Crítica da Violência de Walter Benjamin notadamente quanto aos conceitos de violência, poder, força e coercitividade como fundamento do Direito e do Estado, a partir da polissemia linguística epistemológica que o autor usa para imbricar e ao mesmo tempo definir tais estruturas, fundamentando-se centralmente na busca por soluções alternativas não-violentas para a resolução de conflitos que é concretizada operacionalmente pelo Direito. Nessa perspectiva, observa-se especialmente a crítica que

19 Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Mestre em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) UFPB. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Delegada-Geral Adjunta da Polícia Civil da Paraíba. Contato: cassandramariapc@gmail.com.

20 Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE), Professor de Direito Penal do CCJ/UFPB e dos Programas de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do CCJ/UFPB e em Direitos Humanos do NCDH/PPGDH/UFPB. Vice-Coordenador do Grupo de Pesquisa Política Criminal, Sistema Penitenciário e Direitos Humanos - GPOC-UFPB. Contato: gustavobm.batista@gmail.com.

Benjamin desenvolve sobre o paradigma fundacional ao ordenamento do Direito, principalmente nos usos das construções categóricas jus-filosóficas Direito Natural e Direito Positivo. O estudo é conduzido sobre o exame do contexto social e histórico que influenciou a escrita benjaminiana quanto ao uso da violência enquanto poder e sua correlação com o Direito e o Estado para a compreensão de possíveis respostas para a seguinte questão: a regulamentação dos interesses humanos em conflitos pode prescindir dos meios violentos? Metodologicamente, o artigo é conduzido por uma abordagem qualitativa, valendo-se das técnicas de pesquisa de documentação indireta por meio de levantamento documental e bibliográfico. Nesse sentido, faz-se cruzamento com as escritas: Da violência, de Hannah Arendt; Justiça como retribuição: da razão e da emoção na construção do conceito de justiça, de Tércio Sampaio Ferraz Júnior; e A força da não violência, de Judith Butler. O estudo torna-se relevante ao se refletir sobre o uso das terminologias força/poder/violência enquanto critério de coercitividade e como um dos alicerces da aplicação do Direito e que, majoritariamente, como alerta Hannah Arendt, são usados sem as devidas definições enquanto fenômenos distintos e diferentes entre si, considerando as perspectivas históricas.

Palavras-chave: Walter Benjamin; violência; coercitividade; direito.

1 INTRODUÇÃO

“(…) saber orientar-se numa cidade não significa muito. No entanto, perder-se numa cidade, como alguém se perde numa floresta, requer instrução. Neste caso, o nome das ruas deve soar para aquele que se perde como o estalar do graveto seco ao ser pisado, e as vielas do centro da cidade devem refletir as horas do dia tão nitidamente quanto um desfiladeiro.” (Benjamin, 1993, p. 73).

Walter Benjamin, no ano de 1921, escreveu o texto *Zur Kritik der Gewalt*, cuja tradução mais usual para o português foi Para a Crítica da Violência, que trata da busca por uma delimitação da atuação da violência na sociedade e suas relações com o Direito e com o Estado.

O texto é considerado hermético e de difícil leitura pela polissemia epistemológica das alegorias que é usada pelo autor para construir as suas reflexões a respeito do conceito de violência, uma vez que utiliza a imbricação linguística e filológica das palavras para a reflexão dos conceitos delimitados em si e, simultaneamente, com a sua prática na sociedade nas relações com o Direito e com o Estado.

Assim, o termo violência, em toda a obra, está atrelado aos conceitos de poder, força e coercitividade enquanto estruturas que fundamentam o Direito e o Estado. Hannah Arendt, Giorgio Agamben, Jacques Derrida e Judith Butler são exemplos de pensadores de escol do século XX e XXI que usaram como inspiração essa obra de Benjamin, revelando a importância e atualidade dos temas tratados no texto.

Especificamente, neste estudo, envolvendo a avaliação do ensaio *Para a Crítica da Violência*, centralmente busca-se desenvolver reflexões sobre a construção dos conceitos violência, poder, força e coercitividade enquanto sustentação do Direito e do Estado, observando-se o uso da polissemia linguística epistemológica para interligar e, ao mesmo tempo, definir tais estruturas, e questionando-se se haveria soluções alternativas não-violentas para a resolução de conflitos concretizada operacionalmente pelo Direito.

Benjamin tece uma crítica contundente ao arranjo político estatal e suas instituições como Polícia, Força Militar e Parlamento, mas é em face do ordenamento do Direito, principalmente no fundamento jus-filosófico nas construções categóricas do Direito Natural e Direito Positivo, que o exame crítico se desenvolve quanto à sua instituição e sustentação pela categoria violência. Desse modo, o artigo é conduzido sobre o exame do contexto social e histórico que influenciou a escrita benjaminiana quanto ao uso da violência enquanto poder e sua correlação com o Direito e o Estado para a compreensão de possíveis respostas para a seguinte questão: a regulamentação dos interesses humanos em conflitos pode prescindir dos meios violentos?

Metodologicamente, esta pesquisa é conduzida por uma abordagem qualitativa, valendo-se das técnicas de pesquisa de documentação indireta por meio de levantamentos documental e bibliográfico. Nesse sentido, faz-se o cruzamento com as escritas: Da Violência, de Hannah Arendt; Justiça como Retribuição: da razão e da emoção na construção do conceito de justiça, de Tércio Sampaio Ferraz Júnior; e A Força da Não Violência, de Judith Butler.

O estudo torna-se relevante ao nesse se refletir sobre o uso das terminologias força/poder/violência enquanto critério de coercitividade como um dos alicerces da aplicação do Direito e que, majoritariamente, como alerta Hannah Arendt, são usadas sem as devidas definições enquanto fenômenos distintos e diferentes entre si, considerando-se as perspectivas históricas.

A pesquisa desenvolve-se e está estruturada nesta seção introdutória, seguida por 5 (cinco) seções principais, finalizando-se com a seção voltada para a apresentação da conclusão e referências. No que diz respeito às seções principais, estas se encontram assim divididas: 2. Walter Benjamin: traços biográficos de um perdido que na linguagem encontrava os seus caminhos, que trata das informações biográficas do autor, do contexto social e histórico que o envolvia, além dos caminhos reflexivos linguísticos que influenciam toda a obra de Benjamin, inclusive o texto principal da análise deste estudo. 3. Para a crítica da violência, que aborda especificamente o texto em si e os desdobramentos iniciais com as estruturas do conceito de violência e a relação com o Direito e com o Estado enquanto atuação de força e coercitividade; 4. Dupla função da violência: instituição e manutenção do direito, tratando das funções da violência e a formulação do questionamento central de Benjamin quanto à possibilidade de resolução de conflitos em sociedade por outros meios que não os violentos; 5. Quanto ao uso limite das funções da violência, em que se especificam os caminhos fronteiraços que o direito e o poder estatal utilizam das funções

da violência para mantê-la com exclusividade enquanto fundamento original e manutenção do próprio direito e do poder.

É importante destacar que as obras *Da Violência*, de Hannah Arendt; *Justiça como Retribuição: da razão e da emoção na construção do conceito*, de justiça de Tércio Sampaio Ferraz Júnior; e *A Força da Não Violência*, de Judith Butler fazem pontos de reflexão com *A crítica da Violência* durante todo o desenvolvimento do artigo.

2 WALTER BENJAMIN: TRAÇOS BIOGRÁFICOS DE UM PERDIDO QUE NA LINGUAGEM ENCONTRA OS SEUS CAMINHOS

Walter Benedix Schönflies Benjamin nasceu em 15 de julho de 1892 na cidade de Berlim na Alemanha e faleceu em 27 de setembro de 1940 em Portbou na Espanha como um exilado em fuga pelos desdobramentos da Segunda Guerra Mundial e em meio às perseguições nazistas aos judeus. Benjamin era um judeu messiânico²¹ alemão, ensaísta, crítico literário, tradutor, filósofo, com atuação nas artes, história, sociologia e direito.

O pensamento de Walter Benjamin, desde muito jovem, transitava pela crítica ao progresso e à modernidade, especialmente, considerando o contexto da ruptura geracional em que o autor estava inserido, posto que era advindo de uma família de judeus, pequenos burgueses assimilados²² pela sociedade alemã com relação à cultura, trabalho e política, muitas vezes chegando a ocultar e negar a identidade judia (Tosold, 2016), praticando a religião judaica mais liberal e menos ortodoxa. Esse rompimento com a

21 A influência do judaísmo messiânico conduziu as concepções teóricas reflexivas de Benjamin, que se aproximava “da tradição teológica”, antes de tudo judaica, mas também cristã; em contrapartida, seu pensamento mantém uma distância crítica importante com relação à religião e ao religioso, no sentido etimológico da palavra, de *religio*, de re-ligação ou integração do homem com o mundo, isto é, com a aceitação do sofrimento e da morte por meio do reconhecimento de um sentido transcendente.” (Sousa, 2014, p. 102).

22 Sobre a experiência de uma jovem judia de família assimilada na Alemanha nas primeiras décadas do século XX, recomenda-se a leitura da obra de Hannah Arendt: *Rahel Varnhagen: a vida de uma judia alemã na época do romantismo*, publicada em 1954.

geração dos pais surgiu como uma rebeldia religiosa e prática e, também, atingiu outras figuras proeminentes do século XX, como Franz Kafka, e foi fundamental para a contribuição precoce, que tornou Benjamin um constructo de uma personalidade intelectual anticapitalista e antifascista (Querido, 2022, 3'37").

O filósofo teve uma vida marcada pela marginalidade, inicialmente pelo pensamento profundo e crítico, fundamentado pela rebeldia e vigor da ideia de criança, adolescência e juventude²³, que remete sempre ao começo de cada jornada, depois pelos malogros nas empreitadas laborais acadêmicas, especialmente ao ter a sua tese de livre-docência "Origem do Drama Barroco Alemão", não analisada pelo Departamento de Estética da Universidade de Frankfurt, com o veredicto preliminar de reprovação.

Essa experiência contribuiria mais ainda para o pensamento limítrofe e crítico de Benjamin, que não conseguiu percorrer o caminho natural que os colegas e pares tinham trilhado, pois ficou impedido de ser professor e de desenvolver uma carreira acadêmica. Assim, Benjamin, que originalmente era um pensador antimoderno, anti-burguês e antiprogressista com fundamento no anticapitalismo, muito tempo depois, já na vida adulta, tornar-se-ia um Marxista, como um caminho de atuação das suas reflexões (Querido, 2022).

As suas principais obras são: Crítica de arte no romantismo alemão (1919): tese de Doutorado; Origem do drama barroco alemão (1925): tese de habilitação não apresentada ao Departamento de Estética da Universidade de Frankfurt; A obra de arte na era da sua reprodutibilidade técnica (1936); Teses sobre o conceito de História (1940); e Paris, Capital do século XIX.

Hannah Arendt classifica Benjamin "como um pescador de pérolas que desce ao fundo do mar, não para escavá-lo e trazê-lo à luz, mas

23 O pensamento de Walter Benjamin sobre as reflexões dos conceitos de idealismo e libertação na criança e na juventude pode ser observado nos ensaios: a Vida dos Estudantes e Infância em Berlim por volta de 1900.

para extrair o rico e o estranho, as pérolas e o coral das profundezas, e trazê-los à superfície, esse pensar sonda as profundezas do passado [...]” (Arendt, 1977, p. 176). E o caminho essencial usado por esse autor para concretizar as críticas sobre o linearismo racional burguês, calcado no progresso e no capitalismo da sua época, foi a linguagem, a qual possuiu domínio diferenciado observado nas suas obras, muitas vezes vistas como enigmáticas, pela alegoria e hermetismo linguístico (Sousa, 2014). Essa ferramenta se performa em um substrato polissêmico filológico epistemológico que, aliado a outras características do autor, conduzirá suas teorias e ensaios para uma discussão sempre profunda e clássica das questões por ele abordadas.

Uma consulta aos artigos: Dois poemas de Friedrich Hölderlin, Sobre a linguagem em geral e sobre a linguagem do homem e A tarefa do tradutor revela justamente o caráter da profunda capacidade reflexiva de combinar o significado e a construção semântica das palavras. Assim, em Dois poemas, Benjamin, com o intuito de apreciar o desenvolvimento artístico do poeta alemão romântico Hölderlin, constrói o termo *das Gedichtete* a partir do participio passado do verbo *dichten*, que significa “dizer com intensidade”, “compor obra literária”. *Das Gedichtete* foi traduzido para o português por poetificado, aquilo que “está na origem do poema, preexiste a ele e nele se realiza”, realizando também a verdade da obra poética de ordem intelectual e intuitiva (Benjamin, 2021, p. 14-15).

Da mesma forma, em Sobre a linguagem, por meio das reflexões e usos das palavras, Walter vai criar conteúdo para os termos *Medium* e *Mittel*, que em português tem a mesma tradução de meio, contudo, para Benjamin, *mittel* tem atribuição de instrumento, ou seja, literalmente meio para chegar a determinado fim, e o termo *medium* é o meio enquanto matéria, conteúdo, ambiente e modo de comunicação, não é instrumento para um fim externo. Especificamente, esses termos têm significado recorrente na obra benjaminiana, e em especial também o texto Para a crítica da violência, centro da discussão neste estudo.

Para concluir os exemplos, com a maquinaria reflexiva polissêmica de Benjamin, tem-se o texto *A tarefa do tradutor*, em que o autor descreve e pondera um dos seus ofícios, e também conceitua a expressão *Überleben* com a junção de três substantivos do alemão, tratando da sobrevida, sobrevivência enquanto “continuação da vida da obra para além de sua produção e da vida do autor”, que para o português foi usado um neologismo “pervivência” (Benjamin, 2021, p. 104). Benjamin, no mesmo artigo, também vai conceituar a ideia de traduzibilidade como uma característica contida em obras de arte que conecta intimamente o original e a tradução na forma de transmitir comunicação e sobrevida, “pervivência”, à obra de arte (Benjamin, 2021, p. 104-107).

Feito este périplo sobre a densidade linguística do autor, considerando-se a intimidade e a afinidade com a língua alemã e com a linguagem em geral, é importante destacar que o uso da polissemia linguística de Walter Benjamin é uma ferramenta de reflexão epistemológica sobre o conteúdo tratado por ele. Santos (2015) observa que, necessariamente, o método benjaminiano não detém sem si um sistema filosófico, mas sim que: “toda sua reflexão toma a forma do ensaio ou fragmento – quando não se trata da citação ... pura e simples, com passagens retiradas de contexto e colocadas a serviço de sua própria dinâmica” (Santos, 2015, p. 226), é o que se verifica fortemente no ensaio *Para a crítica da violência*, em que as ferramentas reflexivas de Walter Benjamin se conectam para tratar de violência, poder e direito.

3 PARA A CRÍTICA DA VIOLÊNCIA

Após algumas informações sobre as características teóricas de Walter Benjamin, vislumbra-se o ensaio *Para a Crítica da Violência*, de 1921, escrito com 29 anos e em um contexto na vida da Alemanha no pós-Primeira Guerra Mundial. O escrito deixa pistas quanto ao ambiente

da sua produção e a conjuntura político-social que a Europa ocidental e, especialmente o país natal de Benjamin atravessavam.

A conjuntura política e social aliada a própria trajetória intelectual do autor conduz às inspirações de Benjamin para a escrita do artigo, como nos informa Querido (2022) ao citar a aproximação de Benjamin com a experiência da práxis de um anarco-sindicalista francês Georges Sorel (1847-1922), que trabalhava com exclusividade para o sindicalismo revolucionário francês e tornou-se teórico, escrevendo sobre a violência política e o movimento grevista em diversos textos reunidos em um livro denominado *Reflexions sur la violence*.

Simultaneamente, em um passado recente à escrita do ensaio de Benjamin, a Alemanha tinha vivido acontecimentos marcantes, como a derrubada do Império e o início da República em novembro de 1918, que, em um mesmo dia, a saber, 9 de novembro, foi proclamada 2 (duas) vezes. O período foi marcado por disputas políticas internas, entre os partidos de direita e esquerda, e o fim da Primeira Guerra, que mostravam uma sociedade alemã caótica. Especificamente, em se tratando do Parlamentarismo adotado e os tumultos sociais, tem-se a figura de Friedrich Ebert (1871-1925), chanceler do Reich, que tinha a missão de pacificar a grave situação, cuja solução encontrada foi um acordo junto ao Comando do Exército, onde ordenou a repressão dos tumultos pelos militares, que, no início de 1919, resultaram no assassinato de vários civis revolucionários, inclusive Rosa Luxemburgo (Benjamin, 2021, p. 137).

Entre outras questões, é sobre esse arcabouço histórico, social, político e teórico que se desenvolve a escrita do ensaio *Zur Kritik der Gewalt*, “Para a crítica da violência”, publicado na revista *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* em 1921. O artigo anuncia a partir do seu título a polissemia epistemológica das alegorias e hermetismos do autor, exigindo atenção e paciência do leitor, e que este acolha a possibilidade de uma compreensão maturada em leituras e releituras na busca de uma aplicabilidade paulatina e

mediata, seguindo a orientação dada por Jeanne Marie Gagnebin (Benjamin, 2021, p. 7) na apresentação do livro *Escritos sobre Mito e Linguagem*, em cuja publicação brasileira *Para a crítica da violência* se encontra como último ensaio. A avaliação crítica tratada por Benjamin remete ao conceito de *Kritik*, e “é empregado aqui no sentido kantiano de ‘delimitação dos limites’, segundo a etimologia grega do verbo *krinein* - ‘separar’, ‘distinguir’, ‘delimitar’ [...]” (Benjamin, 2021, p. 121).

Por sua vez, a nota explicativa de Gagnedin sobre o termo *gewalt* já informa sobre o domínio da palavra e dos usos do conceito de linguagem com características marcantes do autor. O termo *gewalt* do título do ensaio *Para a crítica da violência*, por si só, já possui um conteúdo construído a partir dos vários usos que o termo apresenta na língua alemã, e se observa que *gewalt* tem origem no verbo arcaico *walten*: “imperar”, “reinar”, “ter poder sobre”, atualmente usado para questões religiosas. Inicialmente, *gewalt* indica potestas, o poder político e a dominação, ou seja, “autoridade ou poder do Estado”. O uso cotidiano da expressão, a partir do século XVI até atualmente, orienta quanto à força, especificamente, ao excesso de força (*vis*, em latim) que acompanha como ameaça o exercício do poder, e à violência. O título já foi traduzido para o português por “Crítica da violência - Crítica do poder” e “Para uma crítica do poder como violência” (Benjamin, 2021, p. 121-122).

Aqui, consideram-se as múltiplas acepções da palavra *gewalt*, que remete para a junção e atravessamento dos conceitos poder, violência, força e coercitividade, que permearão a reflexão de Benjamin no ensaio, e imediatamente se observa o caráter redutor da tradução pura do título: *Para a crítica da violência*, uma vez que Benjamin não considera os termos poder e violência isoladamente como sinônimos ou que o texto trata com um viés cêntrico sobre a violência na acepção da palavra usualmente compreendida atualmente no Brasil.

Assim, um dos conceitos do termo violência mais absorvido atualmente no Brasil refere-se ao que consta do Relatório Mundial sobre

Violência e Saúde, da Organização Mundial da Saúde (OMS), publicado em 2002, que informa que se trata do “uso intencional da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha a possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação.” (Schraiber; D’Oliveira; Couto, 2006, p. 114).

Notadamente, no ensaio de Benjamin, essa modalidade da violência, observada no conceito acima, também está incluída no problema, mas o autor, com o seu substrato polissêmico filológico conteudista enquanto epistemologia busca refletir sobre as diferentes possibilidades de atuação da violência, questionada na sua dinâmica, a saber, a violência que é poder, que é violência, que é força, que é coercitividade, que é Direito, que é Estado, sendo estes também conceitos diversos que se convergem para formar uma estrutura única de atuação teórica e estrutural, enquanto instrumento do Direito e do Estado na sociedade europeia observada por Benjamin, ou seja, o título informa que o texto vai tratar das estruturas de atuação do poder, do direito, da violência, da coercitividade e da força na sociedade.

Ainda sobre a questão dos conceitos dos termos violência, poder e força enquanto atuação distinta e imbricada na sociedade, é importante visitar o texto *Da Violência*, de Hannah Arendt, escrito em 1969, sobre o contexto da Guerra Fria, do progresso tecnológico que conduziu às bombas atômicas e seus efeitos, da luta do movimento negro contra as estruturas racistas e coloniais e movimento civil dos estudantes universitários americanos contra a guerra do Vietnã. Da violência acompanha o desdobramento reflexivo da questão polissêmica dos conceitos e do caminho teórico de Benjamin, uma vez que a autora diz que violência é distinta de poder, força ou autoridade, e não devem ser tratados como categoria única, afirmando ainda a seguinte ideia:

“([...] O emprego correto dessas palavras é uma questão não apenas de lógica gramatical, como também de perspectiva histórica”). Usá-las apenas como sinônimos não apenas indica uma certa cegueira para as diferentes linguísticas, o que já seria suficiente sério, mas já tem por vezes resultado em uma certa ignorância daquilo que a correspondem. [...] e que a questão política mais crucial, é e sempre foi, a questão: quem governa quem? Poder, força, autoridade, violência – nada mais são do que palavras a indicar os meios pelos quais o homem governa o homem; [...]. (Arendt, 2004 [1969/1970], p. 27).

A autora também observa, assim como Benjamin, que a violência/poder é da ordem dos meios e dos objetos, mas a sua aplicação e o questionamento principal, dado que ela/ele necessita de instrumentos para se materializar, como a revolução tecnológica e as bombas atômicas nos conflitos armados, estão no cuidado para que os fins não se sujeitem aos meios, que os justificam e que são indispensáveis para o seu alcance, posto que, quando os resultados fogem do controle do planejado, pela própria atuação dos meios em si, o elemento arbitrariedade é adicionado à discussão, e o descontrole passa a ser explicado como caso fortuito, sem responsabilidades definidas. (Arendt, 2004[1969/1970]).

Esse desdobramento não é objeto do que Benjamin procura em Para a crítica da violência, e, no início do ensaio, o autor informa, metodologicamente, que o seu *locus* de atuação está na apresentação da violência, poder, força e coercitividade nas suas relações com o direito e a justiça. Contudo, mesmo partindo de enfrentamentos diferentes, Arendt (2004[1969/1970]), como se retomasse um diálogo com o ensaio benjaminiano, diz que, na obscuridade dos problemas da violência, há um consenso político, acompanhado de um pensamento acadêmico acanhado de que a “violência nada mais é do que a mais flagrante manifestação de poder” (Arendt (2004[1969/1970], p. 22).

E para enfrentar essa questão redutora, a autora conceitua o poder como a habilidade do homem de agir em comum acordo dentro de um

grupo, nunca se manifestando em um ato isolado. A força é a energia liberada naturalmente ou socialmente, que é confundida com violência, quando significa meio de coerção. Vigor é uma energia individual ligada à qualidade de ser forte. E a violência, originariamente, é a multiplicação do vigor, usualmente colocada como meio para manifestação do poder (Arendt, 2004[1969/1970]).

Essas definições auxiliam de certa maneira a complexidade do caminho de Para a Crítica da Violência, no qual, em um ato linguístico inicial e depois teoricamente, Benjamin compreendeu, quase 50 (cinquenta) anos antes da escrita de Arendt, as diferenças e delimitações de tais conceitos e as implicações das suas conexões. Então, considerando o pensar benjaminiano da atuação dessas estruturas nas relações com o Direito, posto que a violência somente se ativa, enquanto sentido mais forte, quando interfere nas relações éticas, isto é, do dever ser, Benjamin reflete que se o direito é da ordem dos sentidos entre meios e fins, então a questão central é saber se a violência é instrumento para fins justos ou fins injustos, ou seja, o direito por meio da violência se exercita somente nos fins justos. Ocorre que o autor já mostra a superficialidade da discussão sobre o uso da violência, poder, força e coercitividade pelo direito para fins justos ou injustos, posto que, na verdade, a questão mais profunda está justamente no uso pelo direito dessas estruturas mesmo e somente para fins justos, afastando a ideia instrumental da violência e colocando-a como o próprio conteúdo questionável em si (Benjamin, 2021, p. 122-123).

Sobre esse aspecto, Benjamin questiona a ideia filosófica do direito natural para quem a violência, poder político, força e coercitividade é um produto da natureza e seu questionamento principal está no uso abusivo da violência para fins injustos, ou seja, o uso adequado da violência para fins justos está em conformidade com a ideia da natureza e com o direito natural.

Nesse momento, o autor mais uma vez se vale da técnica de polissemia linguística epistemológica, citando Espinosa para afirmar que, na teoria

do contrato social com fundamento no direito natural, o indivíduo originariamente exerce *de jure* todo e qualquer poder que *de facto* possui e, desta feita, conjugando com a *doxa* fundamentada na ideia evolucionista de Charles Darwin, infere que a violência é o “meio originário e o único adequado para todos os fins vitais da natureza.” (Benjamin, 2021, p. 123). Benjamin considera essa conexão perigosa e simplista, posto que, de pronto, conclui-se, seguindo o raciocínio acima, que o direito naturalmente está representado na violência que se adequa aos fins naturais (Benjamin, 2021, p. 123).

Em contraposição ao uso da violência no contexto do direito natural, Benjamin traz a violência, poder político, força e coercitividade no cenário do direito positivo, que advêm não de um dado natural, mas sim de uma construção histórica, podendo-se, desta forma, fazer avaliação dos meios, independentemente dos fins, e, assim, garantir estes pela justificação daqueles.

Aparentemente, o leitor desatento pode ser induzido pela condução de Benjamin que, com o direito positivo, existe a possibilidade de um uso mais adequado da violência, e talvez por essa ideia de construção histórica no fundamento da teoria positiva do direito e por ser a substância material do ordenamento jurídico ocidental, que o autor escolhe os desdobramentos do direito positivo e violência para o desenvolvimento do exame contido no ensaio, posto que essa teoria busca a justiça dos fins, procedendo à crítica sobre os meios, no fundamento de uma distinção entre tipos de violência, construída historicamente, sendo ela sancionada ou não sancionada (Benjamin, 2021, p. 124-125).

No direito positivo, a violência sancionada é a violência conforme o direito, e a violência não sancionada é a não conforme o direito. Para o autor, essa perspectiva não enfrenta um questionamento central sobre a natureza da violência, contudo, a diferenciação é compreendida e garante

fundamento ao próprio arcabouço do direito positivo, e sobre esse argumento faz a sua apreciação, alertando que “se o critério que o direito positivo estabelece para a conformidade ao direito da violência só pode ser analisado segundo seu sentido, então a esfera da sua aplicação deve ser criticada segundo seu valor” (Benjamin, 2021, p. 125), e desse modo, a operação de enfrentamento especulativo teórico está fora da filosofia do direito e só é possível na reflexão histórico-filosófica.

Ora, se a reflexão do valor da violência não é da ordem da jus-filosofia do direito positivo, também a distinção entre violência sancionada e não sancionada certamente não está no fundamento do direito natural, para o qual a violência é natural, e, portanto, aceita, se está conectada a fins justos, e não aceita, se ligada a fins injustos.

Na operação do direito positivo, a violência necessita de uma busca identitária pela sua procedência histórica, capaz de legitimar a sua conformidade ao direito, na medida em que a sua legitimação se manifesta na submissão sem resistência a seus fins. Trabalhando, ainda, sobre a antinomia entre direito natural e positivo, e considerando uma classificação hipotética da violência, Benjamin (2021, p. 125) informa que, se os fins prescindem dessa origem histórica, são fins naturais, e se advêm do fundamento histórico, são fins de direito.

A atuação do direito positivo, enquanto fundamento filosófico, procura garantir com exclusividade o uso da violência para os fins de direito, afastando os fins naturais, isto é “[...] esta ordenação jurídica empenha-se em erigir, em todos os domínios em que os fins dos indivíduos só podem ser adequadamente alcançados por meio da violência, fins de direito que apenas o poder jurídico pode desse modo realizar” (Benjamin, 2021, p. 126), inclusive, adentrando a alçada dos fins naturais, de tal modo que, mesmo estes, quando assim considerados, devem convergir para os fins de direito, quando buscados por meio da graduação da violência.

Aqui, faz-se inevitável a semelhança da reflexão benjaminiana sobre o direito e a máxima usada por Barreto (1951, p. 168), ao analisar a construção histórica do direito, inferindo que: “*Serpens nisi serpentem comederit, non fit draco*, isto é serpe que não devora serpe, não se faz dragão; a força que não vence a força não se faz direito; o direito é a força, que matou a própria força”.

Benjamin reflete que a exclusividade do uso da violência pelo direito tem a intenção de garantir menos os fins de direito e mais o próprio direito, sendo a possibilidade de exercício da violência fora do direito, nas relações entre os indivíduos, perigosa, não em relação ao que ela intenta, mas tão somente pela mera existência fora do direito. Ferraz Júnior (2009) chega a uma conclusão semelhante em um texto sobre a justiça como retribuição, no qual cita Burkert, informando que há 2 (dois) modelos de retribuição, quais sejam: um horizontal que busca a:

[...] equiparação de uma pretensão e de uma contrapretensão, baseado na negociação e no princípio da reciprocidade que se apresenta no dar e no receber... e um modelo vertical fixado em uma hierarquia a ser protegida e mantida, retribuindo agressivamente uma ameaça agressiva (Ferraz Júnior, 2009, p. 234).

Contudo, o exercício dessa retribuição é concretizado no encadeamento dos 2 (dois) modelos, de tal modo que o modelo horizontal, para se afirmar e se materializar, necessita e se submete ao modelo vertical, isto é, a equiparação, negociação e reciprocidade no substrato se fundamenta na agressividade hierárquica do mais forte.

Esse sequenciamento imbricado dos modelos vertical/horizontal pode ser lido como reflexo do direito natural/direito positivo na reflexão no raciocínio desenvolvido por Benjamin, que observa, na verdade, uma camuflagem na canônica oposição jus-filosófica entre a dualidade

direito natural/direito positivo, ou modelo vertical/modelo horizontal de redistribuição da justiça de Burkert analisado por Ferraz Júnior. Este, inclusive, no seu trabalho, infere que os usos da maquinaria de um modelo por outro tem ligação direta com as tribulações vividas para a construção do próprio conceito de justiça (Ferraz Júnior, 2009).

Isto posto, compreende-se que a camuflagem observada por Benjamin se configura na centralidade do que o ensaio discute, isto é, tanto o direito natural como o direito positivo utilizam da violência, poder político, força e coercitividade como ponto nevrálgico da sua sustentação e legitimação. Butler (2022, p. 109), sobre essa conclusão, afirma que a violência fica menos “chocante”, porque “a violência legal renomeia constantemente seu próprio caráter violento como coerção justificável ou força legítima”.

Benjamin reforça o argumento do perigo do uso da violência externa ao âmbito do direito, que pode inclusive seduzir o povo, tanto pela ideia de prescindir do direito quanto pelo fascínio em torno de quem dela faz uso, o que, segundo o autor, assevera a ameaça ao direito, citando como exemplo “o grande criminoso”, desenvolvido na obra Crime e Castigo, do escritor russo Fiódor Dostoiévski, em que o criminoso e sua atuação violenta fascina a multidão (Benjamin, 2021, p. 127).

4 DUPLA FUNÇÃO DA VIOLÊNCIA: INSTITUIÇÃO E MANUTENÇÃO DO DIREITO

Simultaneamente, o texto Para a Crítica da Violência exemplifica na luta de classes e no direito de greve dos trabalhadores o disfarce que o direito utiliza quanto à ameaça da violência que não é sua exclusividade. Observando a atuação dos trabalhadores e a percepção da luta de classes no direito de greve na Europa do seu tempo, mais especificamente nos fatos que aconteciam na França e na teoria de Georges Sorel, Benjamin (2021) afirma que o Estado, por meio do Direito outorgou à classe

trabalhadora o direito à uma violência/poder, contido no direito de greve, e só o fez porque não tinha mais como furtar-se da situação. Para o autor, a concessão feita tem origem no temor das desvantagens comuns, uma vez que o Direito busca inibir a violência que ele receia encarar, isto é, anteriormente ao direito de greve, os operários imediatamente seguiam com a sabotagem nas fábricas.

Mesmo assim, sobre essa concessão, o autor alerta que não foi a violência/poder que o Estado concedeu às classes trabalhadoras, mas somente um direito de afastar-se da violência/poder desempenhada indiretamente pelo patrão. Trata, portanto, a situação com indiferença. (Benjamin, 2021, p. 128-129). Esse direito concedido, para Benjamin, é fundamentado em forma de extorsão, posto que, no direito de greve, os trabalhadores podem negar as suas responsabilidades laborais, deixando-as suspensas, mas, de base, condicionam-se ao seu retorno, logo que certas circunstâncias sejam alcançadas.

É o uso do direito de greve que, por meio da violência, busca alcançar determinados fins (Benjamin, 2021). A permissão concedida pelo Estado, descrita acima, é antagonônica, ao que Benjamin trará no texto como o conceito de greve geral revolucionária, sendo esta nunca reconhecida pelo Estado, e sempre tratada por este como um abuso, e, nesse sentido, o que o ente estatal ataca é a possibilidade que a greve geral revolucionária, ao empregar a violência, consiga estabelecer e alterar as relações de direito.

As observações de Georges Sorel, sobre greve geral política, em que o fundamento das suas convicções é fortalecer “o poder do estado”, que mantém a sua força e reforça a passagem do poder de privilegiados para privilegiados, se opõem se à greve geral proletária, que, por sua vez, é a base do conceito de greve geral revolucionária de Benjamin. A greve geral operária tem como intuito eliminar o poder do Estado e quer subverter uma ordem de eliminar a coerção estatal de modo anarquista, e não apenas uma intransigência superficial que retoma o trabalho com modificações localizadas nas condições de trabalho (Benjamin, 2021, p 141-143).

Nesse momento, Benjamin aponta para o substrato que a sua investigação procura expor em relação à violência, e suas conexões estruturais com o poder político estatal e o direito. O autor constrói 2 (duas) funções da violência, a saber: instituição do direito, que é a violência que persegue determinados fins naturais e, logo após, confirma o reconhecimento dessas novas relações como um novo “direito”, independentemente da longevidade das relações; e manutenção do direito, que é a aplicação da violência como meio para fins de direito, isto é, mantém e assegura o direito.

Para desenvolver a sua reflexão, o autor faz uma distinção sobre a violência predatória, sendo esta somente um instrumento para incorporar o que se deseja com imediatidade, mas não é nesse âmbito superficial de força por força que as funções da violência operam; assim, o direito de greve concedido pelo Estado é fundamentado no uso da violência na função de manutenção do direito, confirmando o seu *status* de poder, já a greve geral revolucionária, pela possibilidade dos não acordos e da exclusão da chantagem que reativa a suspensão da violência do patrão, é baseada na função da violência de instituir o direito, conectando o receio do Estado e do direito sobre essa possibilidade.

A violência na função de instituição do direito também se apresenta no direito de guerra: mesmo que neste, inicialmente, vislumbre-se a violência predatória da busca imediata em alcançar os fins almejados, ao final da guerra, sempre se ritualiza uma celebração de paz que confirma o reconhecimento das relações decorrentes da nova situação política, que também é um novo direito. E, assim, mesmo com os medos da função instituidora, no caso da guerra para os Estados e da greve revolucionária para as classes, tanto o poder político como o direito são forçados a reconhecerem a força da instituição trazida pela violência.

5 QUANTO AO USO LIMITE DAS FUNÇÕES DA VIOLÊNCIA

Benjamin aponta que mesmo dentro dessa estrutura descrita dos usos do direito e poder político sobre o monopólio da violência, há situações limítrofes e complexas para a sustentação da arquitetura estatal, que flertam com o seu próprio alicerce. 2 (duas) instituições do Estado moderno são colocadas em lupa, sendo elas: o militarismo e a polícia, posto que a primeira guarda ligação direta com o uso da violência instituidora do direito, pois é o agente primordial da materialização da guerra e da busca dos fins naturais, mas também lhe é suposto a aplicação da violência como meio para alcançar fins de direito, a exemplo da submissão dos cidadãos à lei que obriga a prestação do serviço militar.

A polícia, por sua vez, tem atribuição principal de aplicar a violência, poder, coercitividade, força para assegurar fins de direito, mas, na Alemanha de Benjamin, também tinha competência para decidir sobre medidas e sua aplicação (emissão de decretos como pretensão de direitos), o que converge para o sentido de instituição de novo direito. O autor observa que as 2 (duas) funções têm restrições, uma vez que a função da violência instauradora reivindica uma vitória precedente, e a função da violência mantenedora é limitada para não propor novos fins; contudo, a já complexa duplicidade do uso simultâneo das funções da violência pela polícia, que a torna *locus* indecoroso, é potencializada pela suspensão dos limites dessas 2 (duas) funções (Benjamin, 2021).

Nesse fundamento teórico, os fins da violência policial necessariamente não guardarão conexão com os fins da violência do direito. O uso da polícia pelo Estado, que será sempre sobre o pretexto de “por razões de segurança”, não se fundamenta em uma decisão fixada no tempo e no espaço, que permite avaliações críticas, e mesmo sendo uma instituição comum a todos os Estados, é desencaixada e deformada a sua existência em um estado democrático, onde os poderes são separados, sendo mais

compreensível essa existência em uma monarquia absoluta, onde as funções dos poderes executivo e legislativo estão reunidas em uma única fonte que é o soberano (Benjamin, 2021, p. 136).

A crítica à atuação das 2 (duas) instituições não é fácil, pois se confunde com a própria crítica de toda a violência de direito – violência legal ou executiva (Benjamin, 2021, p. 132). Censurar o militarismo somente sob o ponto de mais liberdade, sem refletir sobre o projeto de uma ordem superior para a liberdade, é recusar o reconhecimento que em sociedade há imposições sobre o indivíduo, e se não se insurge sobre a ordenação total de direito, rebate isoladamente leis ou práticas de direito, que este protegerá com sua força e poder, pois o *status quo* e o porvir, mesmo decorrentes de uma possível ameaça, pertencem ao ordenamento do direito. Aqui se encontra o fundamento do direito, que está no monopólio da violência, e Benjamin fala sobre o “domínio das penas”, especificamente na pena de morte, desenvolvendo o exercício reflexivo que comprova esse fundamento.

A crítica sobre a pena de morte, para Benjamin não se refere a uma lei ou medida punitiva isoladamente, pois tal punição é a materialização principiológica de que o poder sobre a vida e a morte é a forma primitiva e suprema de violência/poder, e, no âmbito do ordenamento do direito, ao ser exercitada/o, é o fortalecimento do próprio direito que se concretiza. Para Benjamin (2021, p. 134), aí se localiza “algo de podre no direito”, pois os objetivos prometidos se afastam da realidade das funções.

E, mais uma vez, recorrem-se às considerações de Ferraz Júnior (2009), mais precisamente quanto aos modelos vertical/horizontal de redistribuição de justiça, para apontar que, também a partir da sua reflexão, conclui-se que toda discussão filosófica que prepondera em Aristóteles sobre a razão proporcional e harmônica da justiça (modelo horizontal), pressupõe a Lei, enquanto “garantia recíproca do justo”, que, por sua vez, deriva de uma espécie de disposição hierárquica e esbarra na aplicação da pena de morte, “típica retribuição vertical” (Ferraz Júnior, 2009, p. 237),

vista por Platão como um saneamento do mal, não uma vingança, e sim uma purificação. Porém, tal cálculo disfarça o uso da “agressão, violência, sob forma de uma pseudo-retribuição horizontal” (Ferraz Júnior, 2009, p. 238), e o uso da purificação pela pena de morte encobre a irracionalidade da retribuição vertical, substrato da harmonia retributiva horizontal (Ferraz Júnior, 2009, p. 238).

Existem meios não-violentos para a resolução dos conflitos: os meios-puros benjaminianos. Benjamin conduz a discussão ao ápice da sua investigação, ao afirmar que, se toda a violência como meio é instauradora ou mantenedora do direito, então se conclui que a violência está no fundamento do problema do direito em geral, e faz a seguinte questão: existiria outros meios, não-violentos, para a regulamentação dos interesses humanos em conflito, ou a resolução não violenta de conflitos é um princípio possível? (Benjamin, 2021, p. 136-138).

A resposta para ele não pode estar no acordo de vontade entre as partes validado pelo direito, isto é, o contrato jurídico, pois, em última *ratio*, mesmo ao ser firmado por vontade livre e espontânea e de maneira pacífica, o contrato pressupõe uma violência/coercitividade na forma de sanção, caso haja um rompimento por uma das partes. A violência também está no fundamento do contrato (desfecho) e na origem, uma vez que o poder que assegura o contrato é violento.

Ferraz Júnior (2009), ainda envolto nos problemas com o conceito de justiça, informa que Hobbes olhava a justiça relacionada à ciência dos contratos, que depende da existência da sociedade civil e, portanto, do Leviatã. Sem o Estado, não existem as retribuições horizontais e, sem a Lei, não há lugar para o justo ou o injusto, que os distingue e os define. Assim, a lei positiva encontra no direito racional regras de equilíbrio, e por precisar do Estado, fundamento do contrato civil, também, aqui, na origem da horizontalidade do argumento da justiça, a retribuição vertical é decisiva. A validade dos pactos só começa com a constituição de um poder

civil suficiente para compelir os homens a respeitá-los, ou seja, é a mesma violência/poder/coercitividade/força que Benjamin critica. Este conclui, então, que a violência está no fundamento do direito natural ou positivo, assim como Ferraz Júnior o faz para a justiça moderna.

A construção de Benjamin quanto à crítica da violência, enquanto fundamento do direito, afirma que, em se tratando do “campo das forças”, conhecido tanto pelo direito natural como pelo direito positivo, não há saída para o questionamento teórico da violência do direito, que trabalha sobre o dogma, ora de que fins básicos podem ser alcançados por meios justificados, ora de que meios justificados podem ser aplicados para fins justos, que fundamentalmente está apoiado e são solucionados pela violência. Sob essa égide, Benjamin critica toda a discussão jus-filosófica dos princípios fundamentais do direito político moderno, que é o lugar por excelência da política moderna, da legitimidade e da justificação do poder e do direito (Goyard-Fabre, 1999).

Benjamin aponta ainda que o fenômeno original dessa violência, que inaugura e instaura o direito, nasce com a demarcação de fronteiras, na busca da paz, que fundamentou todas as guerras míticas. Por meio das guerras, busca-se assegurar a paz nas fronteiras; independentemente da força e privilégios do vencedor, que pode ser muito superior ao derrotado, direitos iguais serão concedidos, que são as originárias linhas que não podem ser transpassadas, ou seja, continua não podendo ser transgredida como direito igual para os 2 (dois) lados. Benjamin (2021) cita a ambiguidade demoníaca descrita por Anatole France de uma lei que proíbe igualmente as pessoas de dormir debaixo das pontes; essa proibição vale igualmente para pobres e ricos. E, assim, mostra que o que a violência faz, ao instaurar o direito, é garantir muito mais que a “paz”, ou seja, o poder (Benjamin, 2021, p. 148-149), e, em um círculo vicioso, direito, violência e poder caminham inclusive em todas as etapas da formação do Estado Moderno, passando pela monarquia, absolutismo, estados-nações e o estado democrático de

direito. O fundamento do Direito e do Estado de início e desfecho está na violência (poder/coercitividade/força), que a usa como solução nos critérios para fins justos ou meios justificados.

E, sobre tal conclusão, Benjamin faz a pergunta central do seu trabalho sobre um além-violência para a resolução dos conflitos, traçando possíveis respostas, ao eleger o diálogo como um caminho-resposta para a questão proposta, pois o diálogo é definido como “técnica de civilidade no entendimento”, e justamente sobre essa maquinaria, que é sinônimo da compreensão mútua e está na ordem da linguagem, que o polissêmico Benjamin acredita ser um campo inacessível para a violência, sendo possível inclusive a sua exclusão. Os meios não-violentos para a resolução dos conflitos são considerados por Benjamin como meios puros com soluções mediatas, e, exemplificando os meios de entendimento sem violência na história dos Estados, o autor aponta o fazer dos diplomatas, que tem por atribuição principal demover os conflitos de seus países, sem contratos e pacificamente.

Partindo dessa questão, Butler (2021), no livro *A força da não violência*, retoma as reflexões benjaminianas sobre outro prisma para pensar sobre a resposta à resolução dos conflitos que não por meios violentos, entendendo a complexidade de que o poder e o direito agem em um esquema institucional e reiterado de violência que legitima escolha de inclusão e exclusões sociais. As autorizações legitimadas das práticas estruturais de violência reiteram e reafirmam essa mesma violência que será oponível pela criação de um aparato jurídico de leis, que, por sua vez, deve proteger da violência, ao mesmo tempo que assegura as estruturas de poder e direito.

A reflexão de Butler (2021, p. 143), observando as “numerosas atrocidades e mortes sem sentidos” do século XXI, sobretudo as questões imigratórias, o conflito Israel-Palestina, o preconceito racial, contra as mulheres e população *queer*, que culminam em mortes trágicas, conduz para a ambientação concreta da necropolítica, conceito desenvolvido por

Achille Mbembe, que coloca o poder soberano e as estruturas correlatas com o funcionamento de “matar ou deixar viver” enquanto constituição dos “limites da soberania, seus atributos fundamentais” (Mbembe, 2018, p. 5 *apud* Chaveiro; Almeida, 2020, p. 104), atualizando, assim, o conceito de biopolítica de Michel Foucault, que “desvela o controle social que se realiza através da política do direito de vida e do direito de morte das pessoas” (Chaveiro; Almeida, 2020, p. 104), isto é, após o embrião do Estado moderno nascer, marcado pela atuação da biopolítica, chega-se à fase histórica da necropolítica da humanidade, com eliminações e extermínios, pelos mais variados motivos, mas que se utilizam das mesmas estruturas reflexivas – violência, poder, coercitividade, direito – tratadas por Benjamin.

Butler (2021) desconfia do projeto da proteção das autoridades em face da construção das vulnerabilidades, que pode reproduzir um “poder paternalista e dá autoridade a agências reguladoras com limitações e interesses próprios.” (Butler (2021, p. 143), posto que é algo similar ao mostrado por Benjamin quanto ao poder e o direito que monopolizam a violência para manter um padrão de poder e estrutura, inclusive contra a própria violência. Butler se conecta com o desenvolvimento de uma rede que não necessite utilizar as estruturas oficiais de violência para o enfrentamento das tragédias das populações vulneráveis atuais, que são da ordem dos conflitos, citados por Benjamin. A autora fundamenta o uso de meios não violentos para a resolução dos conflitos na prática de uma associação com força que se manifesta em “alianças solidárias de resistências e persistências” que recusa os meios violentos estruturais e se abstém de uma ação ou de um serviço igual ao romper de relações, como a desobediência civil e greve de fome, que escapa do exercício da violência legal, e, portanto, está fora da “liberdade que o regime jurídico existente não prevê em seus termos.” (Butler (2021, p. 154). O além meio-violento para a resolução dos conflitos foge das regras das estruturas de violência, poder e direito, e trata-se, portanto, de um exercício de um direito extralegal.

6 CONCLUSÃO

Caminhar com o pensamento de Walter Benjamin é perder-se, quando é suposto e fácil encontrar-se; portanto, o questionamento da resolução dos conflitos para o além-violência, ou mais precisamente sobre a solução do direito, produz tanto reflexões e caminhos, como os trazidos por Butler na sua força da não violência quanto à continuidade clássica e atual do questionamento que perturba ao não se ter uma resposta pronta, uma vez que trata da complexidade de conceitos – violência, poder, coercitividade e direito – distintos e inter-relacionados, que às vezes são frequentados sem o cuidado devido, como informado por Arendt (2004[1969/1970]).

A resposta de Benjamin para a violência enquanto instituidora e mantenedora do direito e do poder, que fundamenta e mantém também o próprio direito em toda a sua tradição jus-filosófica moderna, na construção dos princípios filosóficos do direito moderno e do estado democrático de direito, observado também por Sampaio Jr nos modelos horizontal/vertical de fundamento da justiça, é voltada para a atuação da linguagem e o diálogo que, por excelência, conseguem excluir os meios violentos da sua arquitetura do direito, do Estado e do poder.

Na conjuntura das inquietações benjaminianas, outra questão importante de ser destacada, observando-se as reflexões de Butler (2021), é que a análise da violência permite compreender o fenômeno do controle social nas suas várias matrizes, tanto na ideia de biopolítica de Foucault, quanto, principalmente, na materialização da necropolítica de Mbembe, que se inscrevem nas hipóteses de poder-corpo e se integram na governamentalidade das populações e determinam a institucionalidade da violência.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. **Da Violência**. Tradução de Maria Claudia Drummond. [S.l.: s.n.], 2004[1969/1970]. Disponível em: <http://pavio.net/download/textos/ARENDDT,%20Hannah.%20Da%20Viol%C3%A4ncia.pdf>. Acesso em: 8 set. 2023.
- ARENDDT, Hannah. **Rahel Varnhagen**: a vida de uma judia alemã na época do romantismo. Tradução de Antônio Trânsito e Gernot Kludasch. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994[1954].
- ARENDDT, Hannah. **Homens em tempos sombrios**. São Paulo: Cia. das Letras, 1987.
- BARRETO, Tobias. Idéia do Direito. *In*: **Estudos de Direito**. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1951.
- BENJAMIN, Walter. A Vida dos Estudantes. *In*: BENJAMIN, Walter. **Documentos de cultura, documentos de barbárie**. São Paulo: Editora Cultrix, 1986. Disponível em: https://www.academia.edu/39692374/Benjamin_A_vida_dos_estudantes. Acesso em: 8 set. 2023.
- BENJAMIN, Walter. **Obras Escolhidas II**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- BENJAMIN, Walter. Infância em Berlim por volta de 1900. *In*: BENJAMIN, Walter. **Obras Escolhidas II**: rua de mão única. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995. p. 71-142.
- BENJAMIN, Walter. **Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921)**. 2. reimpr. Organizaao, apresentaao e notas de Jeanne Marie Gagnebin. Traduao de susana Kampff Lages e Ernani Chaves. São Paulo: Duas Cidades; Editora 34, 2021. 176 p. (Coleao Espírito Crítico).
- BUTLER, Judith. A força da não violência: um vínculo ético-político. Traduao de Heci Regina Candiani. Prefácio de Carla Rodrigues. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2021.

CHAVEIRO, Eguimar Felício; ALMEIDA, Rosivaldo Pereira de. Educação Necropolítica: personalidade autoritária, violência e escolarização de jovens pobres no Brasil. **Atâtôt**, Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos da UEG, Anápolis-GO, v. 1, n. 2, p. 102-117, jul.-dez. 2020. Disponível em: <https://www.revista.ueg.br/index.php/atatot/article/view/10988>. Acesso em: 11 set. 2023.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Justiça como retribuição: da razão e da emoção na construção do conceito de justiça. *In*: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 231-247. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4178736/mod_folder/content/0/3%20%20Tercio%20Sampaio%20-%20Justica%20como%20retribuicao%20-%20raz%C3%A3o%20e%20emoc%C3%A3o.pdf?forcedownload=1#:~:text=A%20justi%C3%A7a%20divina%20%C3%A9%20uma,o%20Bem%20como%20ordem%20divina. Acesso em: 31 ago. 2023.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Ensino superior).

QUERIDO, Fabio Mascaro. Quem foi Walter Benjamin? **TV Boitempo** [Canal no YouTube], 15 de jul. de 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/h?app=desktop&si=IMEJ5N25TFaiY4J3&v=v8AD34zYs88&feature=youtu.be>. Acesso em: 8 set. 2023.

SANTOS, Sandro Vinicius Sales dos. Walter Benjamin e a experiência infantil: contribuições para a educação infantil. **Pro-Posições**, [S.l.], v. 26, n. 2 (77), p. 223-239, maio/ago. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pp/a/g558jZr8XPDpMcNqTLCXFv/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 8 set. 2023.

SCHRAIBER, Lília Blima; D'OLIVEIRA, Ana Flávia P. L.; COUTO, Márcia Thereza. Violência e saúde: estudos científicos recentes. **Rev Saúde Pública**, São Paulo, v. 40, n. esp., p. 112-120, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/DNPkpYFGWCHtGRK7G46gk3D/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 8 set. 2023.

SOUSA, Rui Bragado. Walter Benjamin e a teoria messiânica da história. **Revista Urutágua**, acadêmica multidisciplinar, DCS/UEM, Maringá-PR, n. 29, p. 99-115, nov. 2013/abr. 2014. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/Urutagua/article/view/18449>. Acesso em: 8 set. 2023.

TOSOLD, Léa. Epistemologias situadas: leituras feministas sobre *Rabel Varnhagen*, de Hannah Arendt. *Tr: SEMINÁRIO DISCENTE*, 6., Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade de São Paulo, 2016, São Paulo. **Anais [...]**. São Paulo: USP, 2016. Disponível em: <https://sdpscp.ffch.usp.br/sites/sdpscp.ffch.usp.br/files/inline-files/1622-2086-1-PB.pdf>. Acesso em: 8 set. 2023.

CAPÍTULO VI

O DESAFIO DE APLICAR A TEORIA DE RAWLS: UM BREVE ESTUDO DO IMPACTO SOBRE OS DIREITOS HUMANOS E O DESENVOLVIMENTO

Damião Benilson Gomes de Melo²⁴

RESUMO

O objeto deste artigo será refletir sobre a dificuldade de aplicação da teoria da justiça de John Rawls e o impacto que ela tem no contexto dos direitos humanos e desenvolvimento. Será visto que Bentham defendeu o utilitarismo com base na busca da maior felicidade para o maior número de pessoas, mas sua teoria foi criticada por priorizar o individualismo moral sobre o direito e a justiça. Rawls, por outro lado, propôs uma justiça como equidade (justice as fairness), na qual há dois princípios de justiça que, se aplicados, podem garantir uma distribuição igualitária dos benefícios sociais. O problema está em saber se a teoria enfrenta alguma dificuldade prática ao lidar com desigualdades específicas. A hipótese é positiva. Conforme será

24 Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestre em Filosofia (PPGCJ-UFPB). Especializando no curso de Pós-Graduação em Docência do Instituto Federal de Minas Gerais – Campus Avançado Arcos (IFMG-Arcos). Especializando no curso de Pós-Graduação em Neurociência e Aprendizagem (Uninter). Especialista em Direito Processual Civil (Unipê). Especialista em Metodologia do Ensino de Língua Portuguesa (Intervale). Licenciado em Letras (Uninter). Graduado em Direito pelo Instituto de Educação Superior da Paraíba (IESP). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional da Paraíba (OAB-PB).

exposto, a teoria de Rawls é incapaz de promover uma defesa substancial em matéria de direitos humanos e desenvolvimento. Embora o autor tenha reformulado o campo da teoria ética, seu postulado não oferece uma solução abrangente para as complexas questões de desigualdade e desenvolvimento da atualidade. Portanto, a discussão que propusemos aqui ressalta da importância de se considerar diferentes perspectivas ao abordar essas questões cruciais para uma defesa de direitos humanos. O método de pesquisa será bibliográfico com estratégia dialética, pois visa realizar um estudo de natureza teórica sobre o tema em questão. O objeto de pesquisa terá caráter qualitativo, dada a utilização subjetiva de referenciais teóricos para promoção e articulação entre os mais diversos conceitos, e se justifica pela vontade de realizar um estudo que contribua com as discussões atuais em direitos humanos e desenvolvimento.

Palavras-chave: Teoria da justiça. Inaplicabilidade. Direitos humanos e desenvolvimento.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho procura refletir sobre a dificuldade de aplicação da teoria da justiça de John Rawls no contexto dos direitos humanos e desenvolvimento. Rawls é um jurista e filósofo norte-americano que por longas décadas se dedicou à formulação de uma doutrina que desse conta da realidade e que pudesse ser usada para garantir o bem-estar das pessoas. Sua proposta ousada e ambiciosa, construída sob retalhos, será utilizada aqui como referencial teórico para balizar uma discussão acerca do impacto da teoria atualmente.

O objetivo geral visa analisar o padrão de justiça do autor e discutir sua relevância para o mundo atual. Como objetivos específicos, pretende-se apontar as noções elementares da teoria, fundados nos dois princípios da justiça, e refletir sobre os problemas práticos que a teoria possui, dadas as complexidades das relações no mundo real. A questão de fundo está em conectar os postulados da teoria com uma discussão em matéria de direitos

humanos e desenvolvimento, analisando o impacto social e o desafio que a teoria representa.

Para fins de organização e composição, esta pesquisa utilizará o método bibliográfico, podendo valer-se, ainda que incidentalmente, de dados empíricos para melhor expressão e compreensão dos conceitos ora expostos. A divisão será feita em quatro seções. A primeira, constitui-se como um esboço preliminar que introduz o tema e o caminho percorrido durante a pesquisa científica. Na segunda, tenta-se fazer uma intersecção da teoria de Rawls com os direitos humanos a fim de acampar a pertinência temática ora discutida e a relevância da nossa discussão.

Na segunda, trabalha-se com as críticas dirigidas por Bentham às limitações do direito natural para o sistema jurídico, bem como expõe o princípio da máxima felicidade como base fundamental da ética utilitarista e as razões que levaram a uma proposta de reformulação das teorias morais, mais tarde, por uma teoria alternativa e que pretendeu ser superior ao utilitarismo, capaz de resolver os problemas mais comuns da sociedade a partir de dois princípios de justiça.

A terceira seção é dedicada a breves comentários sobre o direito humano ao desenvolvimento. Aponta-se para um problema que existe no tocante à efetividade das normas de direitos humanos e o papel delas na assunção do desenvolvimento enquanto direito inalienável do ser humano. Analisa-se a posição do Brasil e as dificuldades de aplicação da teoria da justiça de John Rawls e o impacto disso na concretização e efetivação do direito humano ao desenvolvimento. Já na conclusão, apresenta-se uma visão particular acerca do tema, momento em que se assume uma posição crítica sobre a inaplicabilidade da teoria de Rawls. Discorrem-se os motivos.

O marco teórico inclui “*A Theory of Justice*” (RAWLS, 1999), “*The Principles of Morals and Legislation*” (BENTHAM, 1781), “*On Liberty*” (MILL, 1859), “*Utilitarianism*” (MILL, 1867), “O discurso jurídico como justificação: uma análise marxista do direito a partir da relação entre

verdade e interpretação” (FEITOSA, 2009) e “Da intransponibilidade entre descrição e prescrição: um ensaio sobre pragmatismo e direito” (FREITAS, FEITOSA, 2017).

Este estudo consiste em uma discussão teórica sobre a compreensão do pensamento de Rawls e a repercussão disso sobre direitos humanos e desenvolvimento, bem como explora quais as razões que o levaram a atribuir um tom definitivo à sua teoria, apresentando-a como solução para os problemas mais básicos da sociedade. O autor afirma que a sua teoria poderá fortalecer as relações coletivas em um Estado democrático de direito se aplicada corretamente por todos os indivíduos. O que seguirá são algumas observações a respeito das dificuldades que encontramos em termos de justiça social, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto.

2 A INTERSECÇÃO DA TEORIA DE RAWLS COM OS DIREITOS HUMANOS

Quando Lynn Hunt (2016) escreveu “A Invenção dos Direitos Humanos: uma história”, ela iniciou sua obra com uma afirmação bastante interessante: “Às vezes grandes textos surgem da escrita sob pressão” (HUNT, 2016, p. 13). É assim que muitos se sentem quando presenciam a violação dos direitos fundamentais. É claro que a frase de Lynn expressa a proclamação duradoura dos direitos humanos, retratada por uma célebre citação de Thomas Jefferson, escrita em meados de 1776: “Consideramos estas verdades autoevidentes: que todos os homens são criados iguais, dotados pelo seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre estes estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade” (BOYD, 1950, p. 423).

A frase de Jefferson dá boas razões para se refletir sobre os acontecimentos atuais. Sem muito esforço, é possível perceber que uma política de direitos humanos, não apenas atinente à promoção e conservação dos direitos básicos, mas também aqueles que estão relacionados a uma

concretização material na vida das pessoas, é vista por alguns como uma política progressista.

A defesa dos direitos humanos é “guião emancipatório” do próprio desenvolvimento da sociedade (SANTOS, 1997, p. 105) e da justiça social como aspecto importante de transformação da sociedade (MELO; FREIRE, 2020, p. 61). É por isso que a teoria de Rawls parte de uma concepção de justiça que se está diretamente relacionada às questões e comportamentos quotidianos, porquanto, são aspectos que não podem ser definidos ou explicados fora de um “consenso original” (MELO, 2020, p. 11).

Nela, propõe-se um método que vai além de uma simples noção de certo ou errado e considera que cada indivíduo possui sua própria ideia de justiça: “*I have tried to set forth a theory that enables us to understand and to assess these feelings about the primacy of justice*” (RAWLS, 1999, p. 513). O autor visa garantir por meio de regras morais objetivas a determinação de quando as instituições políticas serão justas e equitativas para todos (RAWLS, 1999, pp. 3-46).

Nesse sistema de pesos e contrapesos, a análise da garantia e da efetividade dos seus postulados perpassa a mera descrição teórica e se desloca para a análise da prescrição jurídica enquanto tal, pois estão intrinsecamente ligados ao que Rawls classifica como um senso coletivo e intuitivo de justiça. Essa intuição, de que fala o autor (RAWLS, 1999, p. 79), será a base do seu modelo (neo)contratualista para todas as sociedades democráticas. Logo, entende-se que ‘direitos humanos e desenvolvimento’ são conceitos atrelados à própria definição do que é justo ou injusto, segundo os ditames da Era Moderna.

Importa salientar que os direitos humanos, por suas próprias particularidades, possuem uma abordagem controversa tanto no campo das discussões filosóficas, quanto nos embates jurídicos. (Cf. ERNST; HEILINGER (orgs.), *The Philosophy of Human Rights: Contemporary*

Controversies, 2012). Em teoria do direito, por exemplo, é comum se questionar a juridicidade de direitos autodeclarados universais. Como o pilar da sua existência são os espécimes do direito natural, a crítica que muitos autores lhe dirigem é quanto à (im)possibilidade de existir direitos que antecedem à própria lei.

Não resta dúvida acerca do pensamento contemporâneo sobre os ‘direitos humanos e o desenvolvimento’, seja ele humano, social ou econômico. Sob todos esses aspectos, é inegável a influência dos pensadores modernistas no surgimento desses direitos. Essa perspectiva também foi observada por Amartya Kumar Sen, na obra “Desenvolvimento como Liberdade” (SEN, 2010) — ver especialmente o Capítulo 3. Já do ponto de vista teleológico, no que tange à efetivação desses direitos — voltando para a contemporaneidade — Rawls entende ela depende de uma compreensão/definição socialmente estabelecida e aceita por todos, o que torna a concretização desses direitos um problema recorrente.

A busca pela definição da justiça é um problema antigo, basta ler o diálogo de Sócrates com Céfalo no livro “A República” (PLATÃO, [427-347 a.C.] 2001, pp. 8-10) ou folhear o Livro V, da “Ética a Nicômacos” (ARISTÓTELES, [384-322 a.C.] 1983, 1132 a, p. 125). O leitor chegará à conclusão de que milhares de anos se passaram sem que a humanidade formule um consenso do que é justiça. De acordo com Feitosa (2009), “o conceito de justo afasta o problema da universalidade e supera-o pela via da contingência, colocando os seguintes problemas: justo é o que é momentaneamente aceito pela maioria? É o que é aceito por todos?” (FEITOSA, 2009, pp. 108-109).

Ao caminhar por essa contingência de que nos fala o autor, percebe-se que a definição de justiça é algo meramente interpretativo, que além de depender das circunstâncias e do contexto de cada caso, ainda pode sofrer uma alteração em decorrência do tempo e do lugar. A transitoriedade do conceito, em matéria prescritiva, impossibilita a formulação e aplicação de um conceito universal do que é bom e justo.

Freitas e Feitosa (2017, p. 162) buscaram uma compreensão em torno da tensão que existe entre uma descrição ontológica dos acontecimentos, o fenômeno jurídico em si, e a prescrição axiológica de como ele deveria ser expresso, abordando a confusão teórica que se faz entre essas duas distintas instâncias.

Em virtude das limitações que se impõem e da interseccionalidade que há, torna-se impraticável o viés teórico que tenta alçar à justiça um *status* de universalidade. E isso nos remete a outro problema: se ela não pode ser universal, então podemos considerá-la como uma aceitação pela maioria? Neste sentido, Rawls estabelece os parâmetros de um acordo coletivo que se perfectibiliza pelo consenso a partir de uma formação substancial e originária.

Veja-se que, embora Rawls ou qualquer teórico tenham emancipado uma definição de justiça, as reflexões em torno do assunto levaram a humanidade a conquistas significativas, isso porque o uso da razão na tentativa de explicar os fenômenos da natureza — uma prática dos pensadores da Grécia Antiga — possibilitou um impulso às primeiras transformações sociais. A necessidade de lidar com a dor e a angústia, por exemplo, nos levou à busca da felicidade em diferentes aspectos e contextos.

Apesar de ser um conceito amplo e com diversos sentidos e ramificações, a felicidade de que se fala aqui não é aquela que a psicologia lida todos os dias. A abordagem conceitual que se dá baseia-se na máxima utilitarista do bem-estar, que parte de uma busca coletiva imparcial, sem quaisquer interferências metafísicas, baseadas apenas na própria consciência interseccionada com a moral do consequencialismo (KYMLICKA, 2006, p. 12-13).

A ponte que se constrói visa compreender, ainda que brevemente, como essas lições filosóficas influenciaram de modo decisivo a gênese de *A Theory of Justice*, em 1971. Rawls não foi o primeiro teórico a formular

uma teoria da justiça, mas seu pioneirismo está no estabelecimento de uma discussão em torno de um problema atual e persistente, com a intenção de resolvê-lo. Esse desejo do autor é evidente em toda a sua obra.

Ao mesmo tempo, em que denuncia e reclama das falhas do sistema utilitarista, ainda vigente na sociedade, Rawls apresenta sua teoria como superior ao consequencialismo, indicando que ela se constitui como uma alternativa prática à sua aplicação (RAWLS, 1997, XXII). Ao considerá-lo tecnicamente insuficiente para responder aos problemas mais atuais, principalmente no que diz respeito à concepção principiológica universal da justiça, o que o autor propõe é o estabelecimento de parâmetros que ele considerados adequados para uma prática de justiça.

Embora esses postulados de Rawls estejam voltados para a estrutura básica da sociedade norte-americana, ele acredita que sua teoria permite que qualquer sociedade possa praticá-la, desde que ela almeje a promoção da igualdade e da liberdade como fundamento de uma democracia constitucional — ver Capítulo 1 de *A Theory of Justice* (RAWLS, 1999). Segundo ele, isso é possível porque a defesa de uma “justiça como equidade” parte da elaboração de dois princípios da justiça, fundado em um sistema de preferências que tem como base a alegoria de um novo contrato social (Cf. RAWLS, 1999, p. 3-46).

3 DA CRÍTICA DE BENTHAM À PROPOSTA DE RAWLS

É crível dizer que o alicerce da crítica utilitarista ao direito natural funda-se na ideia de um “contrato original” pelo qual os súditos deviam obedecer aos soberanos (Cf. *An Introduction of the Principles of Morals and Legislation* (BENTHAM [1781] 2000, pp. 14-134). Bentham a construiu sobre uma base, na qual é possível julgar se determinado comportamento humano é certo ou errado enquanto se promove ou retrai a maior felicidade para todos (BENTHAM, 1839, pp. 27-28).

Necessariamente, o princípio da utilidade define o que é reto — não para o indivíduo, mas para toda a comunidade: “*In case of collision and contest, happiness of each party being equal, prefer the happiness of the greater to that of the lesser number*” (MILL, 1867, p. 25). Ou seja, leva-se em conta o interesse comum enquanto soma geral dos anseios coletivos daqueles que compõem a ordem social (BACQUE, 1976, p.123). Para os utilitaristas, não há qualquer interesse pela falácia do direito natural (VÁSQUEZ, 1984, p. 276).

Ao considerar a felicidade geral como a expressão do bem, não se excluía da teoria a ideia de que cada indivíduo possa buscar a sua própria felicidade. No livro “*The Principles of Morals and Legislation*”, Bentham defendeu que a função do legislador é harmonizar os interesses públicos e privados, coincidindo os interesses particulares com os interesses gerais. É assim que ele justifica o “princípio da utilidade” na criação das leis penais, por exemplo.

Já para as leis civis, se defendia a observância de quatro finalidades: (i) subsistência, (ii) abundância, (iii) segurança e (iv) igualdade. Nota-se, portanto, que a teoria utilitarista não tinha qualquer apreço pela liberdade individual. Talvez este seja um dos motivos pelos quais a sua teoria tenha precisado dos precisos ajustes de Mill. Apesar disso, Rawls atribui o pioneirismo utilitarista a dois outros britânicos: Hutcheson e Shaftesbury:

*We may follow him in assuming, somewhat arbitrarily, that it begins with Shaftesbury's *An Inquiry Concerning Virtue and Merit* (1711) and Hutcheson's *An Inquiry Concerning Moral Good and Evil* (1725). Hutcheson seems to have been the first to state clearly the principle of utility (RAWLS, 1999, p. 20).*

Como se vê, a teoria utilitarista de Bentham afirma que o certo ou errado é determinado por aquilo que promove ou não a maior felicidade para o maior número de pessoas. No entanto, essa teoria tem uma grande

lacuna: ela afirma que os indivíduos devem procurar a todo custo seu próprio prazer. Isso significa que, na prática, o legislador também deverá buscar o seu próprio prazer, colocando os interesses públicos em segundo plano. Por exemplo: um legislador poderia aprovar leis que beneficiassem seus próprios interesses econômicos, ainda que elas fossem prejudiciais ao interesse público.

Da mesma forma, o legislador poderia aprovar leis que restringissem os direitos de um grupo minoritário, ainda que isso fosse contrário ao interesse geral da população. Esse comportamento beneficiaria uma classe, em detrimento de outras. A existência dessa lacuna permite que se possa violar os direitos humanos e prejudicar o desenvolvimento da própria sociedade. Assim, o utilitarismo de Bentham falha por confiar demais — uma presunção um tanto ingênua — de que um legislador será supervisionado pela democracia e, por conta disso, não extrapolará os limites do seu poder. Talvez as instituições democráticas da época não fossem tão complexas como as de hoje e essa fiscalização fosse mais fácil.

Ainda assim, os argumentos de Bentham serviram como crítica a outras teorias éticas. Ao afirmar que a felicidade geral é o *summum bonum*, ele pareceu antecipar os pensamentos de Marx, que também advogava contra as morais sentimentais e ascéticas. Para este, tais morais serviam apenas para legitimar os interesses da classe governante, sendo o produto de um regime aristocrático. A moral do sacrifício, que era ensinada por alguns, não era questão de erro, mas uma forma de querer que outrem se sacrifique por eles, dizia.

Bentham defendeu a ordem moral como sendo o resultado do equilíbrio de interesses, e que somente o “princípio da utilidade” poderia proporcionar um critério entre a moral e a legislação, lançando os alicerces que mais tarde seria a base do socialismo.

Melo (2020, p. 36) afirma que, ao perceber que parte da teoria benthamiana resultava de uma problemática de como a humanidade devia

viver e o que devia fazer para alcançar o bem e a justiça — sendo o bem supremo da vida uma questão que se debatia desde a antiguidade — Mill declarou que “a vida justa deve-se pautar na busca da felicidade, não só a própria em si, mas a de todos aqueles cujo bem-estar possa ser afetado pela nossa conduta [...]” (MELO, 2020, p. 36). Essa é uma forma nova e diferente de ver e entender a moral.

Com o surgimento da filosofia analítica, na virada do século XX, muitas teorias serão influenciadas pelas postulações de Russell e de Wittgenstein (RIBEIRO, 2007, p. 3). É neste cenário que surgirão novos pensadores. Eles retomarão conceitos já consagrados pelo empirismo do século XIX para suscitar uma onda de debates contemporâneos em torno de diversos temas. Dentre as várias correntes, podemos citar o positivismo lógico.

Seus defensores rejeitavam a aplicação de toda e qualquer forma de metafísica como elemento normativo para a elaboração de teorias, a exemplo de Kelsen (1998, VII), que eliminou completamente os elementos normativos para construir a base da sua “Teoria Pura do Direito”, na qual nos apresentou uma ideia emoldurada do direito a partir de uma concepção científica.

Contudo, a criação de um elemento objetivo na concepção de um direito “puro” não impediu Kelsen de se deparar com um problema filosófico a respeito da moral. Ele não tinha como prever qualquer orientação positiva para o intérprete da lei, pois é impossível sustentar uma orientação moral a partir de uma teoria científica do direito. Ele mesmo reconheceu que não há como estabelecer padrões morais normativos (KELSEN, 1998, p. 42).

Significa dizer que embora a norma tenha elementos objetivos para uma adequada interpretação – sobretudo do ponto de vista moral — a complexa e infinita diversidade de casos levará o julgador a interpretações que não estão previstas e que encontrarão fundamento na sua própria concepção de justiça. É o que se vê hoje no atual cenário do Poder Judiciário brasileiro, principalmente nos julgados da Suprema Corte.

O que se percebe é que os juízes parecem decidir de acordo com seus próprios critérios subjetivos — e não conforme o direito positivado — o que dá margem a um voluntarismo judicial (BEZERRA NETO, 2019, p. 23-24), muito embora não seja possível estabelecer na norma uma definição do que possamos entender por justiça. Carece à decisão judicial o fazer de duas grandes travessias: da narrativa do caso à aplicação da norma concreta (BEZERRA NETO, 2017).

É com a publicação dos estudos de Rawls, na segunda metade do século XX, que a teoria utilitária é reconduzida ao ápice das discussões contemporâneas. O paradigma inaugurado pelo autor no livro *A Theory of Justice* representa o reflorescimento da teoria política normativa, o que provoca debates intensos e imprevisíveis até hoje.

Rawls reformulou o pensamento moral do passado — em que se subordinava a ética à justiça. Sua teoria é algo completamente diferente do que se defendia até então. Já no prefácio da obra se percebe claramente como a *justice as fairness* é apresentada: como uma modificação e alternativa à ética utilitária:

We sometimes forget that the great utilitarians, Hume and Adam Smith, Bentham and Mill, were social theorists and economists of the first rank; and the moral doctrine they worked out was framed to meet the needs of their wider interests and to fit into a comprehensive scheme. Those who criticized them often did so on a much narrower front. They pointed out the obscurities of the principle of utility and noted the apparent incongruities between many of its implications and our moral sentiments. But they failed, I believe, to construct a workable and systematic moral conception to oppose it. The outcome is that we often seem forced to choose between utilitarianism and intuitionism. Most likely we finally settle upon a variant of the utility principle circumscribed and restricted in certain ad hoc ways by intuitionistic constraints.

Rawls defende que a justiça é a primeira virtude das instituições sociais. Portanto, ela é prioritária à utilidade — enquanto para os utilitaristas a utilidade é prioritária à justiça.

Segundo ele, as desigualdades sociais e econômicas só serão justificadas na sociedade se elas forem vantajosas para os menos favorecidos. Ele propõe então o chamado “véu da ignorância” como experimento mental no qual os indivíduos escolhem as regras de uma sociedade sem saber qual será a posição social ou econômica que ocuparão. Retorna-se à concepção do homem como finalidade da justiça, baseado na concepção dos princípios da justiça.

Ou seja, na visão de Rawls a humanidade deixa de ser mero meio — pois não se trata mais de teorizar ‘o que é’, mas o que ‘deve ser’ — para, a partir de uma concepção normativa moral, e não mais descritiva, abandonar uma concepção de justiça que tinha como base o critério da utilidade para o alcance dos interesses coletivos. Passa-se a admitir uma ideia pública de justiça (RAWLS, 1999, p. 173).

Os princípios de justiça da teoria rawlsiana estão fundados na igualdade de oportunidades e no princípio da diferença. No entanto, quando se trata da aplicação dessa teoria no contexto das injustiças sociais, surgem desafios e críticas dos mais diversos pensadores. No intuito de superá-las, Rawls promove uma série de modificações, sendo a última delas publicada na edição revisada de *A Theory of Justice*, em 1999.

4 O DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DUDHC) são dois documentos fundamentais que estabelecem os direitos humanos universais. Ambas as declarações compartilham o princípio fundamental de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. (Cf. DUDH, 2018, artigo 1º).

A DUDH, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, é um marco na história dos direitos humanos, pois representa a primeira vez que os direitos humanos foram formalmente protegidos em um documento internacional. Por outro lado, a DUDHC foi uma das primeiras declarações de direitos humanos, proclamada durante a Revolução Francesa, em 1789. Ela estabeleceu os princípios fundamentais de liberdade, igualdade e fraternidade.

A simetria entre as duas declarações pode ser vista na forma como ambas enfatizam a igualdade e a liberdade como direitos humanos fundamentais. Isso cria um “eco” entre elas, refletindo a continuidade e a universalidade desses princípios ao longo da história. A promessa de direitos humanos universais continua sendo um ideal que guia muitas das nossas sociedades hoje.

Na concepção de Hunt (2016, p. 19), há pelo menos três qualidades encadeadas que justificam a existência desses direitos: (i) eles são naturais, ou seja, inerentes a todos os seres humanos; (ii) iguais, sem distinção entre direitos e pessoas; e (iii) humanos, para que todas as pessoas, em qualquer lugar do mundo, possam usufruí-los apenas por deterem o *status* de seres humanos.

Embora haja diversas controvérsias sobre isso, principalmente acampadas por Ronald Dworkin, nos furtaremos do detalhamento dessas críticas para evitar o prolongamento da nossa discussão. Saiba-se, contudo, que o conceito de direitos humanos não é pacífico; além de tudo, é polêmico. A rigor, uma das críticas a proclamação desses direitos é a falta de coercibilidade em caso de descumprimento (POSNER, 2012).

De acordo com Eric Posner, o Direito Internacional dos Direitos Humanos está em declínio (POSNER, 2012, p. 20). Isso nos leva a voltar o nosso olhar para o Brasil, pois mesmo diante de todos os esforços empreendidos nos últimos anos, o país continua distante das metas globais de desenvolvimento. As nuances do abismo socioeconômico podem

ser facilmente vistas. Como nos ensina Feitosa (2020, p. 46): “[...] uma concepção de cidadania e desenvolvimento historicamente situados, só adquire potencial heurístico se o for enquanto reconhecer indivíduos reais, em situações materiais de vida”.

Até pouco tempo, o Brasil viveu um empreendimento de esforço diário para que os direitos sociais, caros à história, não fossem preteridos ou diminuídos por interesses pessoais ou egoístas a partir da implementação de políticas que tinham como intuito desmontar ou tornar irrelevante o papel de uma justiça social. O brasileiro experimentou um retrocesso sob escalas históricas, e isso resultou no aumento da desigualdade e até em um certo desprezo pelas instituições democráticas do país.

Posner (2014) escreveu no *The Guardian* que apesar de o Brasil aparecer como uma das maiores democracias políticas que respeita os direitos humanos, na prática, isso não acontece. Precisamos então “[...] compreender o fenômeno jurídico, numa perspectiva que dê conta da premência de materializar direitos, implica em perceber que seu ponto de partida não pode se limitar ao sujeito imaginado pela concepção liberal das revoluções do século XIX” (FEITOSA, 2020, p. 46).

Nos anos 2000, cerca de 191 países se uniram em prol da “Declaração do Milênio”, documento que reunia os chamados “Objetivos de Desenvolvimento do Milênio” (ODM) — uma coletânea de oito metas para melhorar a qualidade de vida das pessoas em todo o planeta até o final de 2015. Elas estavam pautadas no desenvolvimento humano sustentável e nas medidas de anticorrupção.

Esses objetivos foram impulsionados no Brasil a partir de 2004, através do “Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento” (PNUD) e do “Movimento Nacional pela Cidadania e Solidariedade” — responsável pela campanha “Nós Podemos: 8 Jeitos de Mudar o Mundo”. Destaque-se aqui que a Paraíba foi o primeiro estado da federação brasileira a assumir publicamente o compromisso com esse Pacto Global (DEMENTSHUK, 2012).

Posteriormente, diante das novas tendências de crescimento global, os “Objetivos do Milênio” deram lugar à outra cooperação internacional: os 17 “Objetivos de Desenvolvimento Sustentável” (ODS) — uma visão de direitos humanos para o futuro compartilhada por 193 nações. Atualmente esses objetivos integram a “Agenda 2030” do Pacto Global para o desenvolvimento social e econômico das Nações Unidas. Um compromisso também assumido pelo Brasil.

Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (COSTA, 2019) parte da desigualdade de resultados é determinada pelo esforço individual, enquanto outra parte é consequência de fatores que estão fora do controle dos indivíduos, como a condição familiar e características passíveis de discriminação (raça, gênero, nacionalidade, etc.).

Já para Flávia Piovesan, há uma “[...] exigência contemporânea de igualdade substantiva e real e não meramente formal” (PIOVESAN, 2009, p. 183), uma vez que a igualdade formal, por ser genérica, se reduz à fórmula de que “todos são iguais perante a lei”, e somente isso não é suficiente para se alcançar o desenvolvimento da sociedade.

Apesar de o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 se expressar como uma norma de eficácia plena, o desenvolvimento e a distribuição de renda ainda são desiguais no Brasil, o que justifica uma busca por meios eficazes para a concretização dos direitos humanos em todo o território nacional, sobretudo nas regiões mais carentes da presença efetiva dos direitos humanos.

Embora a previsão do *caput* do art. 5º da CF/1988 represente a incorporação no direito interno das normas da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), ela sozinha não é capaz de concretizar direitos substantivos. O direito como mera garantia formal torna-se um instrumento para o cometimento de injustiças sociais (FEITOSA, 2020, p. 47).

Ao estabelecer um número reduzido de liberdades básicas, Rawls se distanciou das práticas concretas de justiça, imprescindíveis para a

defesa dos direitos humanos e para o desenvolvimento social, político e econômico de uma nação. Assim, é possível entender que *justice as fairness* enquanto teoria política falha como ferramenta de proteção e consolidação dos direitos humanos, pois o seu caráter utópico impede que a teoria seja aplicável no atual contexto das democracias constitucionais, contrariando as aspirações do autor, principalmente por conta das tensões dialéticas existentes, segundo as lições de Boaventura (SANTOS, 1997, p. 105-106).

Veja-se que Rawls não considerou algumas das condições peculiares que Nussbaum (2013, p. 351), posteriormente, teve a sensibilidade de notar, como “incapacidades físicas, velhice, características típicas de cada sexo e fatores afins são fontes particularmente sérias de deficiências de capacidades por estarem fora do controle das pessoas afetadas”. Todas essas situações externas impedem que a ficção do “véu da ignorância” seja utilizada como meio imparcial para conferir efetividade a uma “justiça como equidade”.

Nesse ponto, o fenômeno jurídico está em compreender que o ponto de partida da igualdade não pode se limitar a uma visão isolada do indivíduo, como imaginam os teóricos liberais e segundo a teoria do próprio Rawls, “porque ver o sujeito de direito como indivíduo [...] e não como resultado histórico, constitui num erro metodológico de imaginar uma suposta produção desse indivíduo fora da coletividade” (FEITOSA, 2020, p. 48).

Como exemplo histórico de combate desse tipo de desigualdade, veja-se a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 23, de 21 de junho de 1967, promulgada pelo Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969, magistralmente citado por Pompeu e Araújo (2019, p. 178). Esta Convenção estabelece no artigo I, item 1, que discriminação racial é:

[...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o recebimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político-econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública. (POMPEU; ARAÚJO, 2019, p. 178).

Ainda segundo Pompeu e Araújo (2019, p. 178), a partir da assinatura deste documento “os Estados assumem o compromisso de favorecer, quando cabível, organizações e movimento multirraciais, além de outros meios capazes de extinguir as barreiras entre raças e desestimular o que possa reforçar a divisão racial (Artigo II, item 1, alínea “e”) (BRASIL, 1969). Este é um exemplo claro da “desigualdade de resultados” existente, o que torna parte dos postulados de *A Theory of Justice* impraticável na realidade brasileira.

Para Boaventura Santos, as condições que elevam os direitos humanos a uma política progressista e emancipatória são afetadas pelas tensões dialéticas da atualidade, problemas estes que levaram a uma crise provocada por “problemas que a modernidade ocidental atualmente defronta” (SANTOS, 1997, p. 106). Daí a necessidade de adotar medidas resolutas e significativas para a concretização substantiva do direito humano ao desenvolvimento, algo que Rawls, apesar de tantas reformulações, não foi capaz de assegurar. Naturalmente, estamos nos referindo ao direito humano à igualdade sob o prisma do desenvolvimento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de controversa, *A Theory of Justice* foi recepcionada como uma das mais notáveis obras filosóficas do século XX, responsável por guinar os estudos sobre ética e justiça. Os estudos de Rawls nos oferece

a possibilidade de integração entre o sentimento moral e as liberdades públicas e individuais, ainda que teoricamente. Sua teoria é considerada como uma versão moderna do “contrato social”, que se perfectibiliza por meio de um contrato ideal entre as pessoas.

Para ele, a justiça como equidade se justifica pela expressão de um acordo coletivo entre as pessoas sobre os princípios fundamentais da justiça, estabelecido sob um “véu da ignorância” por agentes livres, racionais e iguais, que abstraem sua posição socioeconômica particular para estabelecer regras justas que serão seguidas por todos. Essas pessoas ignoram o que o futuro possa lhes reservar e se abstém do desejo de favorecer seus próprios interesses. Assim, elas são capazes de chegar a um pacto fundado em preceitos necessariamente justos.

Não há dúvida de que a ideia de estado da natureza, formulada a partir de uma situação imaginária, do ser humano vivendo em estado puro, pré-social, bem como o conceito de um pacto ou contrato (acordo político-social), tenham uma natureza contratualista na obra de Rawls. Sua teoria parte de um idealismo moral, mas a concepção de que agentes racionais decidem segundo os seus interesses, francamente, podemos afirmar que é uma inspiração utilitarista — aquele mesmo sistema moral que ele se opôs.

A sintetização desses conceitos somente foi possível porque o sistema elaborado por Rawls não se funda em critérios, mas em procedimentos. Isso resulta em uma teoria pluralista que compreende que a sociedade é composta por uma série de elementos heterogêneos, possibilitando que um primeiro e mais importante princípio seja satisfeito antes de qualquer outro.

De fato, alguns autores reconhecem na teoria rawlsiana uma “concepção moderna de contrato social” que está dissociada do utilitarismo ao considerar que as pessoas em condições de igualdade — como está proposto — não aceitariam princípios que podem exigir que alguns sejam sacrificados para que então se realize uma soma de vantagens para todos.

Inegavelmente, os argumentos utilizados por ele em *A Theory of Justice* mostram com clareza seu rompimento com o ideal utilitarista, principalmente quando considera, mediante fundamentos válidos, que a ética utilitária não atribui um valor real aos direitos individuais e à liberdade, mas apenas um valor instrumental — algo duramente criticado na sua obra.

Em síntese, todo o seu trabalho intelectual se mostra indispensável para os estudos contemporâneos de teoria da justiça, principalmente por lidar com dificuldades atuais da humanidade. A partir de uma idealização da justiça, por dois princípios gerais e norteadores, Rawls estabelece os parâmetros para a busca e efetivação da justiça social.

Ao longo deste artigo restou evidenciado que os estudos de Rawls partem de preceitos válidos e dedutíveis para uma tomada de decisão, mas por uma fragilidade teórica, eles acabam se tornando incapazes de proteger os direitos humanos e o desenvolvimento em uma sociedade democrática e plural.

A obra de Rawls é uma marca indelével no campo do pensamento e um verdadeiro confronto à teoria utilitarista. Contudo, sua teoria não oferece uma explicação plausível, sistemática, alternativa e superior ao utilitarismo dominante da tradição anglo-saxã.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Liane Maria Santiago Cavalcante e POMPEU, Gina Vidal Marcílio. Dignidade humana e combate ao racismo ambiental: acordo regional de Escazú e Programa E-Carroceiros, em Fortaleza, Ceará. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJ]L**, Joaçaba, v. 21, n. 1, p. 169-190, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espaco_juridico/article/view/20090/14484>. Acesso em: 01 jan 2021.

ARISTÓTELES (384-322 a.C.). *Metafísica: Livro I e II; Ética a Nicômaco*, Coleção Os pensadores, v. 2, Poética, seleção de textos de José Américo Motta Pessanha, 2.ed., São Paulo: Nova Cultural, 1983, p. 125.

BACQUE, Jorge A. **Derecho, filosofía y lenguaje**. Buenos Aires: Astrea, 1976. xvi, 235p. (Colección mayor. Filosofía y derecho, 3). p.123.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**, São Paulo: Editora Abril, 2004.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction of the Principles of Morals and Legislation**, Kitchener: Batoche Books, 2000.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais os limites dos juízes**. São Paulo: Noeses, 2017.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **Voluntarismo judicial: quais são as regras do jogo?** Conjur, Revista Eletrônica, vol. 56, n. 29 (2019), pp. 23-24. Disponível em: <https://b9b6.short.gy/Vai6SU>. Acesso: 08 ago 2023

BOYD, Julian P., ed., **The Papers of Thomas Jefferson**, 31 vols. Princeton: Princeton University Press, 1950-), vol. 1 (1760-1766), p. 423.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO: REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. BRASÍLIA, DF: SENADO FEDERAL, 1988.

CENTRO DE ESTUDOS ESTRATÉGICOS DA FIOCRUZ (CEE-FIOCRUZ). **Desigualdade bate recorde no Brasil, mostra estudo da FGV**, 22 de Agosto de 2019. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=Desigualdade-bate-recorde-no-Brasil>. Acesso: 28 ago 2023.

COSTA, Sérgio. Desigualdades, interdependência e políticas sociais no Brasil. *In*: PIRES, Roberto Rocha C. (Org.). **Implementando desigualdades: reprodução de desigualdades na implementação de políticas públicas**. Rio de Janeiro: IPEA, 2019, 730 p.

DE MELO, Damião Benilson Gomes. **Ética utilitária e justiça em John Rawls: liberdade e garantia dos direitos individuais como um problema de Filosofia Prática**. 2020. 134 fls. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes (CCHLA) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, João Pessoa: UFPB, 2020.

DEMENTSHUK, Márcia. Pacto Global recebe 10 adesões: Sistema Correio e a Fundação Solidariedade promoveram o ingresso de instituições e empresas em JP. **Jornal Correio da Paraíba**, João Pessoa, ano LIX, ed. 24 de novembro de 2012, Política, Seção A2, p. 1. Disponível em: <http://www.odmbrasil.gov.br/arquivos/24-11-2012-correio-da-paraiba> Acesso em: 25 ago 2023.

ERNST, Gerhard; HEILINGER, Jan-Christoph. **The Philosophy of Human Rights: Contemporary Controversies**, Berlin, Boston: De Gruyter, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1515/9783110263886>. Acesso: 13 ago 2023

POSNER, Eric. **O Crepúsculo do Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Tradução de André Karam Trindade. São Paulo: Saraiva, 2012.

FEITOSA, Enoque. Amartia Sem crítico da teoria da justiça rawlsiana. **Problemata: Revista Internacional de Filosofia**, vol. 11, n. 5 (2020), pp. 49-59. Disponível em: doi: <http://dx.doi.org/10.7443/problemata.v11i5.52674>. Acesso em: 29 dez 2020.

FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque. **Da Intransponibilidade entre Descrição e Prescrição: Um Ensaio Sobre Pragmatismo e Direito**. *Problemata: R. Intern. Fil.* v. 8. n. 3 (2017), p. 160-171.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. Tradução de Rosaura Eichenberg. 1ª ed., Curitiba, Paraná: A Página, 2012, pp. 13-34.

JEFFERSON, Thomas. **The Papers of Thomas Jefferson**, vol. 1, Princeton, NJ: Princeton University Press, 1950, pp. 309-433.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. Tradução de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 42.

KYMLICKA, Will. **Contemporary Political Philosophy: An introduction**, Second Edition. New Youk: Oxford University Press, 2001.

MELO, Benilson; FREIRE, José Roberto de Araújo; FEITOSA, Enoque. **Amartia Sen, leitor de Rawls: uma crítica à teoria da justiça enquanto prioridade da liberdade formal (por um novo fundamento da dignidade humana, da autonomia e da justiça)** In: SALVETTI, Ésio Francisco; BORBA, Janine Taís Homem Echevarria (Orgs.) Estudos Sobre Amartya Sen, vol. 7: Anais do III Seminário Internacional Sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen. Porto Alegre, RS: Editora Fí, 2019, pp. 140-157.

MELO, Benilson; FREIRE, José Roberto de Araújo. Amartia Sen, leitor de Rawls: uma crítica à teoria da justiça enquanto prioridade da liberdade formal (por um novo fundamento da dignidade humana, da autonomia e da justiça). **Problemata: Revista Internacional de Filosofia**, vol. 11, n. 5 (2020), pp. 60-78. Disponível em: [doi:http://dx.doi.org/10.7443/problemata.v11n5.52674](http://dx.doi.org/10.7443/problemata.v11n5.52674). Acesso em: 29 dez 2020.

MILL, John Stuart. **Utilitarianism**. Third edition. London, 1867.

NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. Tradução: Susana Castro. São Paulo: WMF: Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. **Kant, Rawls e o fundamento da teoria da justiça**. Disponível em: <http://www.geocities.ws/nythamar/rawls1.html>. Acesso: 08 ago 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)**. 30ª ed. Genebra: UNESCO, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução nº. 41/128, de 4 de dezembro de 1986. **Declaração sobre o direito ao desenvolvimento**. Nova Iorque, 04 de dezembro de 1986. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-de-senvolvimento.html>. Acesso: 02 ago 2023.

ODS 10: Redução das Desigualdades. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles. Meta 10.3 da ONU. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods10.html>. Acesso: 29 ago 2023.

PLATÃO (427-347 a.C.). **A República**. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. 9ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, pp. 8-9.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 183-193.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**, rev. ed., Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**, rev. ed., Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, 538 p.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pissetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, 708 p.

RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**, by: Erin Kelly. Cambridge, Massachusetts, London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 1981.

RIBEIRO, Henrique Jales. **Bertrand Russell e a Filosofia Analítica no século XX**. Revista Filosófica de Coimbra, vol. 16, nº. 31, 2007, Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, Instituto de Estudos Filosóficos, pp. 3-70. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/34068>. Acesso: 30 ago 2023.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova**, São Paulo, n. 39, p. 105-124, 1997. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451997000100007>. Acesso: 05 set 2023.

SIQUEIRA, Adriana Castelo Branco de; SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa. **Direitos humanos e desenvolvimento: diálogos contemporâneos**, Teresina: EDUFPI, 2023. 404 p.

THE GUARDIAN. **The case against human rights**, December 04th, 2014. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2014/dec/04/-sp-case-against-human-rights>. Acesso: 01 ago 2023.

VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. Barcelona: Grupo Editorial Crítica, 1984, p. 21; pp. 261-278.

CAPÍTULO VII

O TRILHO SOBRE O TREM E A CONTRADIÇÃO PERFORMATIVA NO TRECHO “SOB A PROTEÇÃO DE DEUS” PARA A FUNDAÇÃO DO ESTADO LAICO BRASILEIRO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Daniel Guedes de Araújo²⁵ 26
Gustavo Barbosa de Mesquita Batista²⁷

[...]
Vou depressa
Vou correndo
Vou na toda
Que só levo
Pouca gente
Pouca gente
Pouca gente...
(Manuel Bandeira: Trem de Ferro, 1936)

-
- 25 Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ-UFPB). Mestre em Direito, na área de concentração “processo e garantias de direito na constituição” pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (PPGD-UFRN). Especialista em Direito e Processo do Trabalho (FESP-ESMAT). Especialista em Mediação e Arbitragem (UNIPÉ). Graduado pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÉ). Professor no Curso de Direito das disciplinas de Teoria Geral do Processo, Métodos Consensuais de Resolução de Conflito, Recursos no Processo Civil e Direito Previdenciário na Faculdade Católica da Paraíba, desde 2011.
- 26 Aprovado no processo seletivo de 2023, conforme edital n.º 05/2022/PPGCJ, vinculado à linha de pesquisa 2: inclusão social, proteção e defesa dos direitos humanos, com o projeto de pesquisa intitulado: “Sacrifício vivo docente e estado de exceção: saúde mental e adestramento biopolítico dos professores da rede de ensino superior privada no pós-pandemia”, sob a orientação do Prof. Dr. Gustavo Batista.
- 27 Coordenador e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB).

RESUMO

O estudo em descortino examinou fundamentos de votos de dois ministros do STF: o primeiro deles, ainda no início dos anos 90, enfrentando possível incompatibilidade constitucional por omissão da constituição acreana com a constituição federal, por não reproduzir a expressão “sob a proteção de DEUS” em seu texto, com base no preâmbulo da constituição federal; o segundo, já nos anos 10 do milênio em curso, utilizou-se do reforço argumentativo, justo aquele contido no preâmbulo, para a análise da compatibilidade, ou não, de lei instituidora de gratuidade de transporte público para pessoas com deficiência. A fim de obter, dentro de uma quadra dogmática, uma resposta sobre a força normativa, ou não, do preâmbulo da Constituição, empreendeu-se uma pesquisa bibliográfica à luz da teoria liberal, potencial informadora da jurisdição constitucional, no Brasil, em harmonia com o pensamento do constitucionalista brasileiro Leonardo Martins, visando à plena harmonia do ordenamento jurídico interno. Ao mesmo tempo, lançou-se um olhar para J. L. Austin (1911-1960) de modo a entender aspectos de sua teoria da linguagem como respaldo para a apontada contradição performativa no preâmbulo. Afinal, teria o texto do preâmbulo da constituição brasileira natureza jurídica de parâmetro de controle de leis e demais atos normativos, o que dependeria do reconhecimento de sua força normativa, ou o seu conteúdo estaria gravado apenas de densidade política relevante para a constituição do Estado brasileiro em 1988 no contexto de ruptura com a ditadura civil-militar que durou 25 anos?

Palavras-Chave: Liberdade. Preâmbulo. Contradição performativa. Jurisdição constitucional

1 INTRODUÇÃO

A constituição é documento que brota da terra. Nascente de águas que viabilizam sua existência, a constituição depende da atuação política do povo que se movimenta como titular do poder que a cria. O chão dessa luta política envolve discussões preparatórias da legitimação jurídica do uso da força e, no Estado Liberal, ressalta-se a vocação limitadora do poder do Estado. Na modernidade, esse preparado de terra e de água envolve sempre

uma mistura de intenções **(i)** de instituir o próprio Estado (perspectiva estática) e **(ii)** de consolidar direitos (perspectiva dinâmica) do povo que o cria.

A constituição também é locomotiva que corre sobre trilhos. Seu traçado envolve preparação dos caminhos para a instalação da engrenagem fixa por onde o trem seguirá. Ao desbravar caminhos novos, não parece mecanicamente viável produzir qualquer sentido de futuro se a locomotiva dirigida puder descarrilar e invadir a paisagem em cujo cenário os passageiros são parte da própria estrutura veicular pesada que se move. A existência dos trilhos precede a existência do trem, senão, no mínimo, o seu funcionamento. O processo histórico no contexto do qual o contrato político resolve delinear percursos pro futuro (aspecto dinâmico) depende da existência do documento (dimensão estática). A fixação dos trilhos no chão (aspecto estático) possibilita a experiência constitucional e o embarque na locomotiva para seguir em frente (sentido dinâmico). Não há, portanto, movimento do trem sem a fixação prévia dos trilhos, ao mesmo tempo em que não se cogita o movimento do trilho e a paralisação/fixação do trem em seu lugar, numa inversão estrutural – e de sentido.

Seja a alegoria da constituição como documento que brota da terra, ou, locomotiva que roda sobre trilhos, a seiva que lhe dá vida percorre o caminho traçado pela interação – nem sempre justa e representativa – dos “fatores reais de poder”, assim denominados por Lassale (1825-1864). Dessa percepção, avança-se aos movimentos constitucionais, sobretudo a partir do século XX, de modo a possibilitar à própria constituição investir-se da “força normativa” em todos os seus dispositivos, conforme Hesse (1919-2005), e, assim, ampliar o seu conteúdo e a eficácia de suas normas.

A constituição é, portanto, o ato jurídico fundante do Estado, sociedade politicamente organizada, na confluência dos elementos que o sustentam: povo, (ou povos), território, governo. Sua construção, segundo se extrai do constitucionalismo democrático, depende de uma Assembleia Nacional Constituinte, colegiado supremo formado pelo resultado da

soma de vontades de seus representados. A legitimidade instaurada para o exercício de poderes pelo Estado desenvolve-se na esteira dos mandatos temporários de governantes, da alternância de poder, evidenciada nas legislaturas temporárias, independentemente da forma assumida pelo Estado, se federal ou unitário.

Em síntese, a constituição pode ser comparada a uma locomotiva aterrada, no sentido de que se assenta em base histórico-política, mas em movimento constante rumo ao desenvolvimento e consolidação de direitos. Disso depende, obviamente, a pré-existência de um traçado que lhe imponha um avanço perene no horizonte da efetivação dos direitos fundamentais.

A essa evidência, o estudo acerca do preâmbulo, segmento estrutural formal da Carta Política de um país revela-se sempre atual. Quando utilizado para fundamentar restrições à liberdade de indivíduos no Estado democrático, o preâmbulo desafia contestações à sua força normativa. Não se autoriza interromper o avanço planejado no âmbito do próprio Estado desde a sua fundação. O traçado planejado para a locomotiva passa (ou pode vir a passar) por reformas, reinterpretações, além de estar disponível à democracia para reconsiderações no campo da Política que permitam a consecução de seus objetivos renovados.

Por isso, à luz da rigidez do processo constitucional brasileiro, convém apreciar esse texto de abertura que promulgou a constituição federal de 1988. O objetivo central é buscar fundamentos na literatura especializada que dialoguem acerca de sua natureza jurídica e de sua densidade normativa. Os votos do ministro Carlos Velloso e da ministra Cármen Lúcia, ambos do Supremo Tribunal Federal, servirão de base para a análise do que tem entendido aquela Corte, uma vez que revelaram, em leitura preliminar, sentidos diversos ao tratarem do assunto no exercício da jurisdição constitucional.

Nessa trajetória, o desafio será compreender o trecho ‘sob a proteção de Deus’ no conteúdo da fala política do preâmbulo enquanto elemento

norteador do traçado constitucional. Esse debate é vivo porque o texto é vivo. É também interessante, fecundo, sobretudo no momento em que o atravessamento metafísico tonifica as relações sociais, agitando-as. A representação discursiva pode, nesses termos, propor-se indutiva da construção de muros e da ostensividade de símbolos constrangedores de cidadãos livres não integrantes de nenhum segmento religioso, bem como aos direitos de liberdade religiosa de cidadãos no Estado laico brasileiro, limitando-os.

Para tanto, a base de reflexão para a discussão proposta envolverá **(i)** a teoria liberal dos direitos fundamentais e **(ii)** a teoria da linguagem de J. L. Austin (1911-1960). Num Estado laico, as chamadas liberdades negativas oponíveis contra o Estado parecem revelar que, “sob a proteção de Deus”, promulgou-se uma constituição brasileira em 1988. O que se pretende, então, é investigar se esse elemento presente no enunciado que inaugura a constituição teria o poder de negar o sentido do próprio conteúdo de direitos inaugurado pela diretriz do Estado laico, performando – linguística e contraditoriamente – a garantia de liberdade de professar, ou não, crença, ou credo, na divindade sob cuja proteção o documento foi tornado existente.

O trilho sobre o trem é a alegoria a ser examinada no transcurso da reflexão: como pode o elemento estático (trilho) submeter à imobilização o elemento dinâmico (locomotiva) cuja existência móvel depende da pré-existência do próprio trilho?

Afinal, é de se destacar como problemática, no sentido dialético do termo, utilizar trecho do preâmbulo da constituição como apanágio limitador da liberdade religiosa e de (não) crença de parte da população, considerando como parcela majoritária da sociedade brasileira aquela formada por adeptos da cristandade, esvaziando de sentido os demais elementos com carga principiológica ali presentes. E a contradição performativa enxergada como presente na questionada normatividade do preâmbulo tampouco deve assegurar que a invocação da proteção de

Deus legitime restrição de direitos no Estado brasileiro, o que adiante se pretende examinar.

2 DIGRESSÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO PREÂMBULO

Os movimentos constitucionais da modernidade balizaram o modo técnico de como as constituições republicanas do Ocidente foram redigidas: da constituição americana de 1789 às constituições portuguesas, passando pelas edições imperial e republicanas do Brasil, há sempre um código de abertura chamado de preâmbulo, de conteúdo indiscutivelmente político e simbólico – embora de normatividade questionável – e o próprio texto da constituição normativa que se segue.

Naquele segmento estrutural, apenas as constituições de 1891 e de 1937 não trouxeram o chamado elemento teocrático em sua nota de abertura. O que se apura como provável razão para a referida omissão é, no primeiro caso, a influência positivista²⁸; no segundo, a própria formação de Getúlio Vargas e a ventania autoritária e eugenista que circundavam a política na América e na Europa com a 2ª guerra mundial²⁹.

Na constituição federal de 1988, parece estar evidente em seu texto uma função de ruptura com a experiência autoritária do passado. Da contribuição de Habermas³⁰, ao tratar sobre a acepção de constituição como

28 O positivismo era uma corrente filosófica que enfatizava a ciência, o progresso e a secularização da sociedade, desencorajando a interferência da religião na esfera pública e nos assuntos do Estado. No contexto da Constituição de 1891, intelectuais como Rui Barbosa defendiam a separação entre Igreja e Estado.

29 O historiador brasileiro Boris Fausto escreve sobre a história do Brasil no século XX. Seu livro “Getúlio Vargas: O poder e o sorriso” aborda a vida e a carreira política de Vargas, incluindo o período do Estado Novo e a Constituição de 1937, ressaltando a influência das aspirações socialistas-utópicas que enfrentavam o argumento deísta, e, portanto, metafísico, que daria sustentação à ideia autoritária capitalista, na berlinda das discussões sobre o modelo político – e de produção – que deveria prevalecer nas nações daquele período.

30 Em sua obra clássica “Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e ‘Procedimental’

um instrumento de representação cultural autônoma do seu povo, surge a ideia de que essas notas de abertura podem servir de pontes no tempo, promovendo conexões com a história e diálogo entre gerações.

Na clássica obra do referido autor, sugere-se que os preâmbulos demandam flexibilidade interpretativa, por entender que o seu conteúdo não poder ser enxergado como uma declaração rígida e imutável, mas como guias que podem se adaptar às mudanças sociais e culturais ao longo do tempo.

Nessa perspectiva, sua contribuição a respeito do assunto parece indicar que não haveria problema situar o conteúdo do preâmbulo de uma constituição num espaço de reflexão móvel. No entanto, a junção dos elementos presentes nessa nota de abertura, especificamente, da constituição federal de 1988, precisa de um olhar mais específico. O chamamento ao divino e o registro de sua proteção na execução da tarefa de elaborar e promulgar o texto final cria uma espécie de interdição insuperável do elemento deíctico, o qual, por definição, é insujeito a ressignificações, senão no plano filosófico. Isso porque, no plano sintático, como locução prepositiva causal, a expressão “sob a proteção de Deus” introduz uma justificativa para as ações ou propósitos mencionados no preâmbulo, indicando que o Brasil nascente se põe sob a proteção divina com base nessa crença, ou convicção.

O problema pode parecer banal se tomado o olhar na direção do que se entende por constituição cultural. Todavia, há quem sustente a tese de que o conteúdo do preâmbulo tem eficácia normativa direta³¹:

da Constituição” (publicada originalmente em alemão como “Verfassungslehre als Kulturwissenschaft”), o autor sugere que os preâmbulos exigem flexibilidade interpretativa, por entender que o seu conteúdo não poder ser enxergado como uma declaração rígida e imutável, mas como guias que podem se adaptar às mudanças sociais e culturais ao longo do tempo.

31 MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. t. II. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 210-211.

O preâmbulo é parte integrante da Constituição, com todas as suas consequências. Dela não se distingue nem pela origem, nem pelo sentido, nem pelo instrumento em que se contém. Distingue-se (ou pode distinguir-se) apenas pela sua eficácia ou pelo papel que desempenha. O preâmbulo dimana do órgão constituinte, tal como as disposições ou preceitos; é aprovado nas mesmas condições e o acto de aprovação possui a mesma estrutura e o mesmo sentido jurídico. Nem deixaria de ser estranho que, estando depositado num mesmo documento e inserido numa mesma unidade, fosse subtraído ao seu influxo ou fosse considerado despidendo para a sua compreensão. Tudo quanto resulte do exercício do poder constituinte - seja preâmbulo, sejam preceitos constitucionais - e conste da Constituição em sentido instrumental, tudo é Constituição em sentido formal.

Tal normatividade elevaria a percepção do preâmbulo ao patamar de (virtual) parâmetro de controle constitucional de leis e atos normativos. Nesses termos, o Estado laico criado sob a proteção de Deus ensejaria, segundo essa corrente, a compreensão razoável de uma incompatibilidade interna de normas desde a promulgação do texto original da constituição.

Assim, parece que a tese da irrelevância jurídica assente na dogmática constitucional brasileira vigora. Segundo esse entendimento, o texto preambular proclama limitadas diretrizes ao universo da política e funciona, portanto, como mero auxiliar na aplicação de efetivas normas constitucionais. É nesse sentido que o STF tem-no utilizado ao julgar ações e recursos de sua competência³².

32 STF, DJ 08 ago. 2003, ADIn 2.076-5/AC, Rel. Min. Carlos Velloso: “CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. – Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II. - Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente”.

Nada obstante, o conteúdo relativo aos direitos sociais e políticos dos cidadãos pontificados nesse segmento pode até ser alçado à condição de princípio na situação de o texto de corpo da constituição não possua norma capaz de confirmá-lo quanto a sua eficácia, restando-lhe, nos demais casos, o papel de chave hermenêutico-integrativa (SILVA, 2005)³³. Não é forçoso admitir, desse modo, que o preâmbulo não poderia ser compreendido como parte da constituição em sentido material, senão exclusivamente formal, justamente por constar do documento.

De qualquer maneira, a despeito da produção acerca do tema, a discussão segue ainda viva quanto a sua força simbólica, já que irrigada pelo dissenso jurídico-político comum às democracias. Numa tentativa de entender sua interferência potencial no exercício da jurisdição constitucional, é importante apreciar os votos do Ministro Carlos Velloso e da Ministra Cármen Lúcia, em momentos – e em processos – diferentes da história constitucional recente.

Sob o ponto de vista da linguagem, a seu turno, é possível refletir sobre a contradição performativa anunciada no título do presente artigo, utilizando a alegoria construída linhas acima. Nesse espaço de diálogo, pretende-se conectar as teorias **(i)** da linguagem e a **(ii)** liberal dos direitos fundamentais como contribuição final pretendida.

3 O TRILHO SOBRE O TREM: A PROTEÇÃO DE DEUS PARA CRIAR O ESTADO LAICO

Como referido acima, apenas as constituições de 1891 e de 1934 não carregaram o elemento teocrático às notas de abertura respectivas. Em todas as demais constituições brasileiras, inclusive na de 1988, há – como houve – sempre a menção a Deus no texto preambular, impressa na referência à decisão constituinte originária de representação da vontade do povo “sob a proteção de Deus”.

33 SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005.

Convém refletir, nesse sentido, que, ao longo da história, a noção de povo como bloco monolítico, entidade mítica, já não mais se sustenta na dimensão unidirecional. Tal realidade se mostra por meio das múltiplas aspirações assentadas na diversidade cultural presente na sociedade brasileira, cuja força expansiva e, ao mesmo tempo, (des)agregadora, constrói-se nos ajuntamentos partidários, nas igrejas e por meio de influenciadores da opinião pública. Disso resulta que a teoria da soberania popular se renova num *continuum* para contemplar e incluir na ordem constitucional a diversidade de existências:

Esse chamado complexo de forças plurais influencia e participa, desde a origem, (d)o exercício do poder constituinte. A ideia de grandeza pluralística atribuída ao povo como titular do poder no constitucionalismo democrático concebida por Haberle, já citado aqui, reforça o manejo de sensibilidades políticas nos momentos preconstituintes e no procedimento constituinte (BARROSO, 2023, p. 1855).

Nesse sentido, para criar o Estado laico, a invocação à proteção de Deus precisa ser examinada numa perspectiva histórica, com o propósito de vedar a interdição de direitos por força da linguagem empregada, retirando o deísmo do lugar de *standard* compulsório de crença a todos os cidadãos.

A força simbólica da invocação coaduna-se àquela percepção já discutida adrede ao contexto de ruptura com o regime antidemocrático superado. Os debates travados previamente à elaboração final do texto constitucional construíram o cenário de restauração da democracia. Pavimentar um regime democrático, nesse sentido, corresponde a elaborar, formalmente, um texto constitutivo que assegure sua permanência como opção política. A fixidez que se pretende dar ao modelo democrático é garantida de acordo com a estabilidade do trilho em cuja linha o trem desbravará novos caminhos. Nada obstante a isso, a locomotiva tem que avançar (*rectius*: movimentar-se) desapegada do plano estático para atender toda a gente titular de direitos que a pôs em movimento – e em expansão.

A investigação sobre o deslocamento de sentido revelado na alegoria do trilho sobre o trem revela-se na seguinte ideia: se a constituição brasileira de 1988 é também uma Carta Política afirmativa de direitos, a proteção de Deus presente na declaração preambular, conjuntamente com os demais elementos textuais ali deduzidos, seriam os trilhos da ordem constitucional democrática nascente. Ao mesmo tempo, os enunciados normativos do texto resultante da promulgação, chamado aqui de constituição normativa, seriam a locomotiva e seus vagões. Aquela seção, a do preâmbulo, destinada à fixidez; essa última, à mobilidade das transformações, das inclusões e rearranjos. Àquela, a natureza de uma fotografia, de um arremate textual simbólico e histórico consignado (plano estático); essa última, a dos vagões, uma dimensão de filme com roteiro aberto a mudanças (plano dinâmico).

O marcador do multiculturalismo estaria expresso em cada vagão. Assim, novas paisagens e composições seriam, no plano histórico, adequáveis às transformações sociais e à evolução de sentidos construídos com base em nova realidade alcançada, ou desejada. Obviamente, a garantia da natureza móvel de qualquer trem depende da saúde dos trilhos por onde anda. Nesse sentido, o segmento textual “sob a proteção de Deus” não pode ser fator de risco, ou patologia limitante à mobilidade constitucional rumo à ampliação de direitos de quem quer que seja. O conserto da engrenagem que se apresente necessário pode inclusive exigir a retirada de um vagão dos trilhos, pode sugerir uma inversão na ordem das conexões entre um e outro. Todavia, não parece obedecer ao plano lógico inverter a posição entre locomotiva e trilho, uma vez que a relação mobilidade-fixidez é permanente e imutável. Não se cogita arrancar do chão os trilhos, emancipando-o ao movimento autônomo, para sujeitar a locomotiva à condenação e à inservibilidade estática.

Dito isso, não parece atender a parâmetros mínimos de ordenação razoável supor que o “sob a proteção de Deus”, elemento pertencente ao plano estático dos trilhos, e, portanto, ao plano documental e histórico-

cultural, seja projetada uma autoridade vinculante do exercício das liberdades democráticas, ocupando, assim, o lugar do próprio trem, este sim, móvel e prospectivamente ligado à efetivação de (novos) direitos e à manutenção do regime democrático.

Portanto, o trilho (preâmbulo com seus elementos) jamais poderá ocupar, nesse sentido, nem o lugar, nem o *status* da constituição normativa, instrumento vivo que se desloca no tempo, que se altera na história, mas, sempre, comprometido com a evolução dos marcos civilizatórios e a ampliação de garantias destinadas ao cidadão sob seu regime.

4 LIBERDADE E LINGUAGEM: REFLEXÕES TEÓRICAS

Avançando rumo às considerações acerca dos marcos teóricos relevantes à discussão, é necessário reforçar a ideia em torno da inexistência de caráter normativo autônomo ao preâmbulo com reflexos no sentido atribuído pela linguagem, sobretudo quando se está diante do exercício da jurisdição constitucional pelo STF.

À luz da teoria liberal dos direitos fundamentais, a fixação de um rígido parâmetro de controle é o ponto de partida para o exame da constitucionalidade de leis e atos normativos, aí compreendidas também às normas de decisão (que são objeto desse controle).

Sendo assim, a percepção de uma eventual força normativa autônoma do preâmbulo implicaria uma litigiosidade latente calcada no d(t)eísmo³⁴, a se considerar a decantada pluralidade de correntes filosóficas observada no tecido social brasileiro, bem como poderia fazer eclodir uma litigância como resultado dos discursos antagônicos que são postos no debate

34 O deísmo e o teísmo são conceitos filosóficos e religiosos que tratam da crença em Deus, ou em uma força divina, mas diferem em como essa crença é entendida e interpretada. Embora esses conceitos não sejam tradicionalmente abordados no campo do direito, eles podem ser relevantes em discussões sobre liberdade religiosa e laicidade do Estado, cujo enfrentamento não se constitui exatamente o objeto de discussão, nesse caso.

democrático, sempre que a ideia vencida despersonalizasse sujeitos de direito no Estado democrático.

Seria preocupante, à luz dessa teoria, imaginar que a intervenção do Estado no exercício dos direitos de liberdade de um não-deísta (ou não-teísta) materializado no seu poder se manifestar, ou nortear-se na construção de suas relações, estaria justificada constitucionalmente (se o preâmbulo fosse considerado parâmetro de controle de constitucionalidade).

A propósito de buscar entender os contornos definidores da ideia de liberdade, destaca-se que a realização do livre desenvolvimento da personalidade apoia-se num *status negativus* como “efeito original de obrigar o Estado a uma abstenção, tendo o titular uma pretensão de resistir à intervenção do Estado”, ressaltando que a ideia de liberdade sempre foi, em primeira linha, “liberdade *de* ou *contra* certas coerções.” (MARTINS, 2012, p. 49)

Pensar no risco potencial de que a presença do elemento teocrático no texto de abertura da constituição poderia respaldar, formal e substancialmente, leis e comportamentos castradores do livre desenvolvimento da personalidade humana é suficiente para fomentar a revisita periódica ao tema.

Nessa perspectiva, o titular da liberdade tem, contra o Estado, um direito de resistência, do que resulta ampla área de proteção às manifestações do ser-no-mundo, a comportamentos e disposições de vontade³⁵. Ao mesmo tempo, comina a esse mesmo Estado um ônus argumentativo aumentado sempre que a possibilidade de restrição/interdição/intervenção no comportamento compreendido dentro da área de proteção dessa liberdade possa vir a se efetivar. Esse cuidado ressalta a centralidade do direito de resistência frente ao Estado quando se trata de uma liberdade sujeita à vigília do Estado-Juiz.

35 Martins ressalta que a faculdade específica do direito fundamental à liberdade tem a autonomia como elemento central da integridade da personalidade ou identidade construída pelo próprio titular do direito (p. 49).

A opção textual da Assembleia constitutiva da República Federativa do Brasil, em 1988, nesses termos, detém importância semântica indiscutível quando retrata a fotografia do signo deístico sob cujo amparo o Estado se funda. Por outro lado, a laicidade instituída pela liberdade religiosa igualmente ressalta a determinação da ordem constitucional nascente preordenada a resguardar o Estado da influência sociopolítica das igrejas, sem apoio ou discriminação dirigido a qualquer credo, separando, assim, a esfera jurídico-política da normatividade religiosa institucionalizada.

A par dessa discussão, o exame da compatibilidade constitucional dos mais variados objetos de controle com o próprio texto da Carta constitucional sempre teria como possibilidade de enfrentamento a menção à proteção a Deus presente na nota de abertura ali revelada. A resistência a essa hipotética intervenção estatal consagraria a preservação da própria liberdade de quem quer que fosse o titular, mas não sem luta.

A primeira indicação de um caminho de solução para essa controvérsia, portanto, passa pela reforço do caráter não-normativo do preâmbulo, de modo a confirmar a carência de normatividade de seu texto, excluindo-o do universo exclusivo pertencente a normas que constituem parâmetros de controle de constitucionalidade.

Todavia, não parece suficiente demonstrar tal aspecto estritamente cultural e histórico do preâmbulo. É também importante refletir, quanto à linguagem, o potencial excludente do amparo constitucional que decorre da opção textual do constituinte ao registrar a referida locução prepositiva “sob a proteção de Deus” no texto do preâmbulo.

Como anteriormente discutido, o preâmbulo está inserido dentro da ideia documental, formal, dentro da perspectiva normativa revelada na unidade do texto constitucional. Se assim o é, os sentidos atribuíveis aos elementos que o compõem decorrem do caráter ritual de inauguração do novo Estado democrático brasileiro. Tal característica ritual se expande a outros quadrantes do corpo constitucional, a exemplo dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), responsável disciplinar

confirmações da opção pelo regime presidencialista, entre outras medidas, além das intersecções quanto à vigência e validade de normas na transição para a democracia.

Ao refletir a perspectiva de Austin, entende-se que a linguagem poderia constituir-se veículo de performance, ou ela própria poderia performar conteúdos. Ao mesmo tempo, a performance também veicula contradições. Em sua análise, os atos que possuem esse caráter ritual estão sujeitos ao fracasso, grupo no qual estão incluídos todos os atos convencionais. E a constituição de um Estado se nos parece o mais eloquente exemplo de um ato convencional: a um só tempo traz à existência jurídica o próprio Estado e, ainda, positiva os direitos fundamentais de seus cidadãos.

Mas como sustentar o acerto da ideia de fracasso como o destino [inexorável] final dos atos convencionais? Justamente na ideia performativa da linguagem. Dá-se aqui o exemplo de uma contradição performativa na escolha do nome atribuído ao Museu do Amanhã³⁶, equipamento museológico da cidade do Rio de Janeiro. Ora, se se trata aquela instituição de um museu, é razoável supor um espaço de curadoria e repositório de imagens, artefatos e de experiências datados na história. O recurso retórico e midiático utilizado para usar a expressão museu do amanhã não desfazem, sob o ponto de vista da linguagem empregada, a contradição performativa inerente, uma vez que um equipamento dessa natureza reúne aqueles elementos mencionados historicamente datados, vinculado ao propósito de guarda e preservação de memória, com ou sem objetivo de lucro. Daí porque o museu do amanhã é um experimento vernacular que demonstra caso típico de contradição performativa no uso da linguagem.

36 O Museu do Amanhã é um museu de ciência e tecnologia localizado na cidade do Rio de Janeiro, Brasil. Foi inaugurado em dezembro de 2015 como parte do projeto de revitalização da região portuária da cidade, em preparação para os Jogos Olímpicos de 2016. O museu se destaca por sua arquitetura inovadora e por sua abordagem única para explorar questões relacionadas ao futuro da humanidade, à sustentabilidade e às mudanças climáticas. Fonte: <https://muscudoamanha.org.br/pt-br/sobre-o-museu> - Acesso em 4.set.2023.

De igual sorte, poderíamos refletir acerca da criação do Estado laico “sob a proteção de Deus” como outro exemplo de contradição performativa da linguagem. A diferença que se pretende destacar é o conteúdo político afirmativo da expressão que pode, diferentemente do exemplo do museu, sugerir a criação de plataformas políticas assentadas na exclusão da diversidade religiosa e das correntes que defendem ser a matéria predecessora da ideia. E isso tudo sem muita sutileza do intérprete da “sociedade aberta” propugnada por Hâberle. A linguagem escrita é, nesse caso, o principal veículo da ideia. Como tal, ela sujeita os indivíduos a sua potência criadora, ou destruidora. É inclusive possível que, mesmo ante o empenho dedicado à tarefa de conter o seu ímpeto aniquilador, ela, a linguagem, exerça de tal modo relevante a sua força que nenhum ato de censura impediria a devastação por ela provocada (BUTLER, 2021)³⁷.

A construção teórica de que os atos convencionais são de natureza ritual é também enfrentada por Butler. Segundo a autora, a força de ilocução³⁸ do ato de fala só pode ser compreendida mediante a identificação da “situação total” em que expresso o ato. Todavia, quando a coordenada de tempo em que o enunciado for expresso (no caso do preâmbulo da constituição de 1988, sua elaboração remete àquele ano) excede essa instância, retrospectiva e/ou prospectivamente, aí teremos uma impossibilidade de apreensão de seu conteúdo, já que o futuro, relativamente ao marco temporal referido naquele momento, não poderia ser mapeado estruturalmente.

Dito de outro modo, a historicidade do texto preambular, de natureza ritual, transborda de si em direção ao passado (ruptura da ordem constitucional pretérita), como também na direção do porvir através de invocações e de uma projeção de permanência e de sua estabilidade relativa ao conteúdo.

37 BUTLER, Judith. **Discurso de ódio: uma política do performativo**. Trad. Roberta Fabbri Viscardi. São Paulo: Unesp, 2021.

38 Atos ilocucionários, segundo Austin, “fazem o que dizem no momento em que dizem”. (...) O ato de fala ilocucionário é, ele próprio, o feito que dele deriva. (BUTLER, 2021, p. 31).

O componente irônico dessa análise está em que esse conteúdo da locução prepositiva “sob a proteção de Deus”, mesmo sem força normativa, pode estar na origem da construção de muitos discursos de ódio contemporâneos³⁹, embora esse seja um assunto para outro momento.

5 VOTO DO MINISTRO CARLOS VELOSO NA ADI 2.076-5/AC

Na construção de seu voto na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Min. Carlos Velloso, apreciando a compatibilidade constitucional da opção da Assembleia Constituinte do Acre por não reproduzir textualmente o trecho “sob a proteção de Deus” naquela Carta Política estadual, entendeu que o preâmbulo não tem relevância jurídica capaz de tornar sua replicação obrigatória na fundação constitucional dos estados federados.

Apoiou-se, para tanto, nos escólios de Horta e de Miranda, no sentido de afirmar a função limitada à orientação política e axiológica dessa introdução presente nas constituições instauradoras de estados democráticos pelo mundo.

Desenvolve, nesse sentido, a ideia de uma constituição total, dotada, essa sim, de força normativa, independentemente de existência formal autônoma em relação ao texto da constituição.

Desse raciocínio, é possível construir a aderência à ideia de parâmetro de controle de constitucionalidade como centro da análise pelo eminente ministro relator. Inspirado no constitucionalista português Jorge Miranda, já citado aqui, assevera que o preâmbulo goza de relevância jurídica. Entretanto, o ministro relator da ADI entende que a tarefa de análise da constitucionalidade de quaisquer leis ou atos normativos (objetos

³⁹ O espectro de seu alcance não distingue os planos físico e simbólico da exclusão do outro, ou de sua destruição. Para Butler (2021), a sobrevivência linguística supõe que certo tipo de sobrevivência ocorre na linguagem e os discursos de ódio se referem a isso. Ao afirmar que a linguagem fere ou que palavras machucam veem-se combinados vocabulários no plano físico e no plano linguístico.

potenciais de controle) não se pode valer do preâmbulo como **parâmetro** desse dito controle.

Assim, resgatando a ideia de constituição total, ainda que trecho do preâmbulo da CRFB não seja (ou não fosse) reproduzido pelas assembleias dos estados (entes federados de 2.º grau), nenhum prejuízo adviria no sentido de retirar do alcance do mandamento esculpido pela Carta Política a insígnia “sob a proteção de Deus”.

Parece-nos que a referida ADI teve seu pedido julgado improcedente dada a inconsistência do argumento autoral no sentido de propor uma ideologização teísta fulcrada numa omissão constitucional da menção à “proteção de Deus” na apresentação da constituição acreana.

Como anteriormente discutido, convém acrescentar à análise do voto a ideia de que o preâmbulo do texto constitucional carrega forte inclinação axiológica cuja disposição semântica revela uma ruptura com o *status quo*, em razão da qual, no caso brasileiro, todos os enunciados programáticos e valorativos ali construídos pretendem, por densidade política indiscutível, sepultar um regime ditatorial sob o qual direitos e garantias fundamentais foram solapados por quase 25 anos.

Por fim, a dispensabilidade da reprodução *ipsis litteris* do texto consagrado no preâmbulo da CRFFB na constituição acreana em nada compromete a densidade **política** do texto-paradigma, repise-se, uma vez que toda a federação, aí incluídos os entes federados de menor grau, “renasceram”, na quadra histórica-constitucional, sob a proteção de Deus, em harmonia com a ideia de constituição total.

6 VOTO DA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA NA ADI 2649-DF

Diferente análise deve ser levada a efeito relativamente ao voto da eminente ministra Cármen Lúcia, relatora da ação de controle indicada, acerca da compatibilidade, ou não, com a CRFB, de lei instituidora de

política pública a favor de pessoas com deficiência que regulamentou a gratuidade no transporte público.

Ali, a ministra valeu-se de argumentação jurídica consistente sobre a própria natureza do Estado brasileiro, cujos fundamentos e objetivos insculpidos na CRFB determinam (força normativa consolidada no debate da literatura) a solidariedade como um dos mandamentos nucleares do sistema constitucional vigente.

A opção de trazer à baila o reforço argumentativo do preâmbulo da constituição em nada interfere na percepção de sua relevância estritamente política para o contexto sob análise. Apoiou-se, para tanto, no escólio de Kelsen (1881-1973) e reafirmou a natureza do preâmbulo como a seção onde se exprime o conteúdo político, moral e religioso que uma constituição tende a promover. A conduta humana escapa, de outro lado, do alcance regulador das disposições ali enunciadas, dado o seu caráter não normatizador.

Suscita Schmitt (1888-1985), para quem o preâmbulo pode ser considerado parte integrante da ordem jurídica constitucional, servindo, assim, como chave hermenêutica para conferir significado às normas que compõem a ordem jurídica vigente.

Na sequência, ao suscitar o entendimento de Afonso da Silva, a ministra revela que os valores supremos explicitados no preâmbulo permitem afirmar, no corpo normativo da própria constituição, o princípio da solidariedade.

7 CONCLUSÃO

Como seção enunciativa dos valores e, sobretudo, do norte-balizador para a construção de uma sociedade sob uma constituição democrática, o preâmbulo goza de relevância política, afirmada na história precedentemente encerrada, ao tempo em que possui *status* de paradigma

exclusivamente político, ao considerarmos a dogmática a que se curva a jurisdição constitucional no exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos na ordem jurídica brasileira.

Ao mesmo tempo, o raciocínio jurídico para a construção dos votos em sede de controle de constitucionalidade não está desautorizado a discorrer sobre o conteúdo densamente político do preâmbulo a fim de robustecer a argumentação jurídica necessária para conferir segurança jurídica na análise de dado objeto de controle submetido àquela corte.

De outro lado, a linguagem utilizada na redação do texto constitucional, compreendida em seu aspecto performático, pode vicejar contradições como aquela presente na alegoria do trilho sobre o trem. Não parece razoável, sob o ponto de vista estritamente da linguagem, constituir-se um Estado laico “sob a proteção de Deus”, vez que a opção de separar religião e política na (re)fundação do Estado constitucional não comporta truísmos excludentes de nenhum indivíduo sob o manto da Carta Política de 1988, quer seja adepto da cristandade, ou de qualquer outra agremiação religiosa, tampouco os não crentes.

Por fim, a tentativa de harmonizar o caráter normativo contido na expressão “sob a proteção de Deus” enunciada no preâmbulo da constituição federal com os textos normativos a seguir desenvolvidos em seu corpo implicaria coadunarmos com uma contradição performativa. E a explicação está na construção proposta no trabalho: se o trem (constituição normativa) avança na direção de desenvolver e conduzir o Estado e respaldar a liberdade como princípio formador da sociedade plural brasileira sobre trilhos (preâmbulo), o fundamento metafísico não poderia, na dimensão da linguagem, criar um Estado laico.

REFERÊNCIAS

AUSTIN, J. L. **Quando dizer é fazer. Palavras e ação.** Trad. Danilo M. S. Filho. Porto Alegre: Artes Médicas: 1990.

BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e Filosofia da Linguagem.** 12. ed. São Paulo: Huicitec, 2006.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2649-DF.** Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 8 de maio de 2008. Disponível em: [<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.076-5/AC.** Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado em 15 de agosto de 2002. Disponível em: [<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>]

BUTLER, Judith. **Discurso de ódio: uma política do performativo.** Trad. Roberta Fabbri Viscardi. São Paulo: Unesp, 2021

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

FAUSTO, Boris. **Getúlio Vargas: o poder e o sorriso.** São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

FONSECA, Pedro Cezar Dutra. **Positivismo, trabalhismo, populismo: a ideologia das elites gaúchas.** Ensaios FEE, Porto Alegre, vol. 14, n° 2, 1993

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 1997

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** São Paulo. Martins Fontes, 2000.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** Trad. Walter Stöner. 3. ed., Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** T. II. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983

SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade.** Trad. Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución.** Trad. Francisco Ayala. Madri: Alianza Editorial, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2005

CAPÍTULO VIII

EDUCAÇÃO E CULTURA COMO INSTRUMENTO DE PAZ NAS ESCOLAS

Heverton Felinto Pedrosa de Mélo⁴⁰

RESUMO

A Constituição da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura prevê em seu preâmbulo que a ampla difusão da cultura, e da educação da humanidade para a justiça, para a liberdade e para a paz são indispensáveis para a dignidade do homem. Nesse contexto, considerando a violência ocorrida no âmbito das escolas nos últimos meses, a presente pesquisa se concentra em analisar a utilização da “educação” e da “cultura” como ferramentas de fomento à cultura de paz e não violência, além da promoção da cidadania de todos aqueles que compõem a comunidade escolar. Para isso, em relação aos aspectos metodológicos, este estudo se caracteriza como uma pesquisa descritiva, de natureza qualitativa. No que se refere aos procedimentos técnicos de coleta e tratamento dos dados, serão realizados por meio da documentação indireta, mediante a pesquisa bibliográfica e documental. Na pesquisa bibliográfica serão utilizados livros, doutrinas, periódicos, revistas e demais materiais, em meio físico ou eletrônico, brasileiros e internacionais sobre o tema aqui estudado. Por fim, conclui-se pela compreensão da paz como um direito humano, nota-

40 Doutorando em Ciências Jurídicas pelo PPGCJ da Universidade Federal da Paraíba e Mestre em Gestão Pública e Cooperação Internacional pela Universidade Federal da Paraíba. E-mail: hevertonmelo.adv@gmail.com.

se que a comunidade escolar precisa ter seus direitos humanos protegidos. Para isso, podemos utilizar como ferramentas a utilização da educação e da cultura, conforme demonstrado. Entretanto, embora este artigo tenha revelado uma série de medidas de prevenção e proteção à violência escolar, restou demonstrada a necessidade de uma efetiva e correta aplicação dos normativos produzidos pelos órgãos competentes, diante do número crescente de casos de violência escolar.

Palavras-chave: Violência nas escolas; Educação; Cultura; Paz.

1 INTRODUÇÃO

O ano de 2023 não tem sido fácil para membros da comunidade escolar. E aqui me refiro não só aos alunos, mas também aos seus pais, professores, coordenadores, diretores. Isto porque, a cada dia, vem crescendo a ocorrência de práticas de violências cometidas no âmbito das escolas, que envolvem até mortes de profissionais e diversas pessoas gravemente feridas.

Nesse contexto, a presente pesquisa se concentra em descrever os principais normativos elaborados pelas Nações Unidas, em especial a UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, sobre o fomento da cultura de paz no âmbito das escolas. Aliado a isso, também é destacado como a educação e a cultura podem ser utilizadas como verdadeiras ferramentas que previnem a violência escolar e o *bullying*, que, por sua vez, violam o direito fundamental à educação por não garantirem um ambiente seguro de aprendizagem às crianças e adolescentes.

Partindo desses pressupostos, este estudo tem como objetivo analisar a utilização da educação e da cultura como ferramentas para fomentar a cultura de paz e não violência nas escolas, com foco na aplicação prática dessas “ferramentas”. Visa, portanto, responder à seguinte pergunta orientadora: De que forma a educação e a cultura podem ser utilizadas para fomentar a cultura de paz nas escolas? A hipótese aqui levantada é

que atualmente existem alguns normativos e orientações específicas que tratam sobre a cultura de paz nas escolas, porém estas não estão sendo bem aplicadas e/ou fiscalizadas regularmente, tornando vulnerável a garantia dos direitos humanos dos membros da comunidade escolar.

Já no que se refere aos aspectos metodológicos, este estudo se caracteriza como uma pesquisa descritiva, de natureza qualitativa. Em relação aos procedimentos técnicos de coleta e tratamento dos dados, estes serão realizados por meio da documentação indireta, mediante a pesquisa bibliográfica e documental. Na pesquisa bibliográfica foram utilizados livros, doutrinas, periódicos, revistas e demais materiais, em meio físico ou eletrônico, brasileiros e internacionais sobre o tema aqui estudado. Em relação à pesquisa documental analisou-se as legislações vigentes (internacional, regional e doméstica), relatórios, manuais, guias e documentos de órgãos governamentais e não governamentais, que tratem do direito à cultura de paz, sobretudo no ambiente escolar.

Pretende-se com este estudo, portanto, contribuir para o campo teórico, social e prático da educação para a paz nas escolas, tomando como base a perspectiva dos instrumentos de proteção das Nações Unidas. A contribuição teórica da presente pesquisa consistirá na consolidação do campo de estudo sobre o direito à cultura de paz, através da revisão narrativa da literatura e da discussão de diversos conceitos práticos sobre o tema.

Já no campo social este estudo se traduz em possíveis reflexões que visem a garantia da igualdade e da proteção dos direitos humanos no contexto escolar, produzindo um ambiente de aprendizagem verdadeiramente seguro, face aos diversos tipos de violência que vêm assolando este cenário diariamente. Isto porque, conforme aponta Zluhan e Raitz (2014, p. 34), “o conceito de igualdade não significa que todos tenham de ter as mesmas características físicas, intelectuais ou psicológicas, tampouco os mesmos hábitos e costumes”, mas todas as existentes precisam ser respeitadas. No campo prático esta pesquisa contribuirá em nível de conhecimento para os

operadores do direito em geral, acadêmicos e demais pessoas interessadas pela temática aqui trabalhada.

Estruturada em três partes, esta pesquisa compreende a presente introdução (seção 1) e mais duas seções desenvolvidas de maneira lógica e sequencial, demonstrando o delineamento do estudo proposto, a saber: educação e cultura como instrumento de paz nas escolas (seção 2) e as considerações finais (seção 3).

2 EDUCAÇÃO E CULTURA COMO INSTRUMENTO DE PAZ NAS ESCOLAS

2.1 Marcos normativos aplicáveis

“A escola constitui-se como uma das mais importantes organizações sociais que constrói, por meio das relações que se estabelecem no seu interior, inúmeros princípios concernentes a uma sociedade mais justa e igualitária” (ZLUHAN; RAITZ, p. 32). Entretanto, no atual contexto, estamos em uma escala crescente de diversas violências ocorridas no contexto escolar, que requer uma atenção especial de toda a população, visando a garantia de uma convivência saudável entre os integrantes deste grupo. Nesse contexto, como ponto de partida, vale a pena nos debruçarmos sobre os principais normativos internacionais das Nações Unidas, que são aplicáveis e versam sobre o direito à educação.

O preâmbulo da Constituição da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO, 1945, p. 2) prevê que “a ampla difusão da cultura, e da educação da humanidade para a justiça, para a liberdade e para a paz são indispensáveis para a dignidade do homem, constituindo um dever sagrado, que todas as nações devem observar”. Além disso, também deve ser evidenciado o propósito da UNESCO contido em seu artigo I, da referida Constituição, a saber:

Artigo I - Propósitos e funções 1. O propósito da Organização é contribuir para a paz e para a segurança, **promovendo colaboração entre as nações através da educação, da ciência e da cultura**, para fortalecer o respeito universal pela justiça, pelo estado de direito, e pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, que são afirmados para os povos do mundo pela Carta das Nações Unidas, sem distinção de raça, sexo, idioma ou religião (UNESCO, 1945, p. 2). (grifo nosso)

Sendo assim, nota-se a partir da leitura do dispositivo acima, que a educação e a cultura são ferramentas reconhecidas mundialmente como ferramentas que contribuem para a paz e segurança das nações. Por sua vez, o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) reconhece que “a dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Outro marco normativo importante da Organização das Nações Unidas foi a construção da Agenda 2030, que contém os 17 (dezesete) Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS's), que podem ser caracterizadas como verdadeiras metas mundiais a serem alcançadas até o ano de 2030. Dentre eles, destaca-se o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 4 (ODS 4), que prevê uma “educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todas e todos” (ONU, 2015). O tema da cultura de paz no ODS 4 é fortalecido nas metas 4.7 e 4.a, *in verbis*:

4.7 Até 2030, garantir que todos os alunos adquiram conhecimentos e habilidades necessárias para promover o desenvolvimento sustentável, inclusive, entre outros, por meio da educação para o desenvolvimento sustentável e estilos de vida sustentáveis, direitos humanos, igualdade de gênero, **promoção de uma cultura de paz e não violência**, cidadania global e valorização da diversidade cultural e da contribuição da cultura para o desenvolvimento sustentável

4.a Construir e melhorar instalações físicas para educação, apropriadas para crianças e sensíveis às deficiências e ao gênero, e que **proporcionem ambientes de aprendizagem seguros e não violentos**, inclusivos e eficazes para todos (ONU, 2015). (grifo nosso)

Vale destacar, assim, que “a educação é a prioridade número um da UNESCO porque se trata de um direito humano básico e é o alicerce para a construção da paz e a impulsão do desenvolvimento sustentável” (UNESCO, 2019, p. 3). Nesse contexto, o presente artigo se concentra em estudar a promoção da paz no âmbito das escolas, através da educação e cultura que devem ser fomentadas nestes ambientes.

O primeiro passo é entender que a “violência escolar envolve: a violência física, que inclui os castigos físicos; a violência psicológica, que inclui o abuso verbal; a violência sexual, que inclui o estupro e o assédio; e o *bullying*, que inclui *cyberbullying*” (UNESCO, 2019, p. 8). Em todas essas situações devemos saber como agir, de modo a fortalecer uma cultura de paz dentro das unidades escolares.

Figura 1 – Tipos de violência escolar



Fonte: UNESCO, 2019.

É importante destacar que que a violência escolar também pode acontecer em diversos ambientes educacionais que ultrapassam as paredes das escolas, como o trajeto casa-escola, dentro da própria casa, no âmbito da comunidade e também no ciberespaço (ambiente virtual). Como consequência, temos crianças que faltam as aulas, que tiram notas baixas e que até abandonam a escola por conta da violência sofrida nesse ambiente educacional. Sem falar, ainda, que “a violência escolar e o *bullying* afetam a saúde física, mental e emocional de crianças e adolescentes” (UNESCO, 2019).

Outro ponto que merece ser discutido é a necessidade de identificação dos grupos mais vulneráveis e propensos à prática violência escolar. Isto porque surge a necessidade de tratamento prioritário destes integrantes. Dessa forma, cumpre trazer à baila que:

Todas as crianças e adolescentes estão sujeitos a sofrer violência escolar e *bullying*, no entanto, as que se encontram em situação de vulnerabilidade são mais propensas a se tornarem alvos devido a fatores como a pobreza, status social associado à etnia, deficiências, diferenças linguísticas ou culturais, migração ou deslocamento, ou por serem órfãs ou provenientes de famílias afetadas pelo HIV. Evidências (que incluem o estudo abaixo realizado pelo UNICEF, em 2016) sugerem que a aparência física, como a obesidade ou magreza excessiva, também é um desencadeador do *bullying* (UNESCO, 2019, p. 17).

Logo, tais situações mais propensas a se tornarem alvos da violência escolar devem ser vistas como prioridade pela comunidade escolar, quais sejam:

Figura 2 – Situações mais propensas a se tornarem alvos da violência escolar



Fonte: UNESCO, 2019.

Aqui, vale destacar que a própria Carta da ONU assume uma perspectiva no qual “os direitos humanos são para todos, sem distinção de raça, etnia, sexo, idioma, religião, opinião política, nacionalidade, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição”, justificando a criação de ações promoção e garantia dos direitos humanos dessa população vítima de violência escolar (BORGES, 2015, p 227). Além disso, a própria educação em direitos humanos se torna uma ferramenta imprescindível para a mudança dessa realidade vivenciada.

Parte-se do pressuposto de que a educação em direitos humanos, definida como uma prática de socialização cultural, cognitiva e de formação para a cidadania, guiada pela construção de uma cultura de respeito aos direitos humanos e de desenvolvimento pleno da pessoa, assume a tarefa fundamental de formação de cidadãos aptos a respeitarem

os valores da interculturalidade (multiculturalismo emancipatório), isto é, indivíduos que, orientados pelo reconhecimento e respeito da diversidade cultural, fomentam a construção de uma sociedade cosmopolita pautada por um Direito Público da Humanidade, articulando os conceitos da interculturalidade, do cosmopolitismo e da educação em direitos humanos no contexto da consecução da paz (SILVINO; BORGES, 2021, p. 122).

Aliado a isso, seguindo os preceitos defendidos pela própria UNESCO na busca da paz nas escolas, aponta-se que todos os membros da comunidade escolar devem aprender e praticar 06 (seis) princípios básicos, quais sejam: 1) respeitar a vida; 2) rejeitar a violência; 3) ser generoso; 4) ouvir para compreender; 5) preservar o planeta, e 6) redescobrir a solidariedade (DISKIN; ROIZMAN, 2021), detalhados a seguir. Vale ressaltar, ainda, que os referidos pilares integram o “Manifesto 2000 por uma Cultura de Paz e Não Violência”, escritos por um grupo de ganhadores do Prêmio Nobel da Paz no ano de 2002 (DISKIN; ROIZMAN, 2021).

Quadro 1 – Pilares para uma cultura de paz nas escolas

PILARES	PRÁTICA RELACIONADA
1) respeitar a vida	Em todas suas formas, sem nenhum tipo de discriminação.
2) rejeitar a violência	Praticar ativamente a não violência, o que significa repelir a violência em qualquer uma de suas formas (física, sexual, psicológica, econômica e social) em particular em relação aos mais fracos e vulneráveis, como crianças e adolescentes.
3) ser generoso	Compartilhar tempo e recursos materiais cultivando a generosidade a fim de eliminar a exclusão, a injustiça e a opressão política e econômica.
4) ouvir para compreender	Defender a liberdade de expressão e a diversidade cultural privilegiando sempre a escuta e o diálogo, sem ceder a fanatismos, nem à maledicência e à rejeição ao próximo.

5) preservar o planeta	Promover um consumo responsável e um modelo de desenvolvimento que considere a importância de todas as formas de vida e o equilíbrio dos recursos naturais do planeta.
6) redescobrir a solidariedade	Contribuir para o desenvolvimento das comunidades propiciando a plena participação das mulheres e o respeito aos princípios democráticos para criar novas formas de solidariedade.

Fonte: Adaptado de DISKIN; ROIZMAN (2021).

Nesse cenário destaca-se que o grande desafio para a promoção da paz nas escolas “consiste em encontrar os meios para transformar definitivamente atitudes, valores e comportamentos, a fim de promover a paz e a justiça social, a segurança e a solução não violenta de conflitos” (DISKIN; ROIZMAN, 2021, p. 12). E é exatamente isso que esse artigo se propõe a analisar: práticas de educação e cultura para a paz no ambiente escolar. Afinal, bebendo da fonte de Zluhan e Raitz (2014, p. 32) temos a seguinte premissa:

Se considerar-se que a escola é um espaço de circulação de culturas, diferenças e singularidades, deve-se garantir que os direitos humanos se transformem na base das relações e que a falta de entendimento, a ausência de escuta do outro, a destruição, a morte, amplamente divulgadas pelos adultos e pela mídia, se transformem em objeto de diálogo e reflexão (ZLUHAN; RAITZ, 2014, p. 32).

Nesse sentido, devemos compreender que o ambiente escolar, diverso e plural como é, deve garantir e proporcionar ambientes propícios ao respeito aos direitos humanos de toda a comunidade escolar, que, por sua vez, não se restringe apenas aos alunos. Portanto, na seção a seguir a educação e a cultura serão tratadas como verdadeiras ferramentas de promoção dessa cultura de paz no ambiente escolar.

2.2 Ferramentas de promoção de paz nas escolas: a educação e a cultura

No contexto internacional, “a educação, por um lado, é reiteradamente reconhecida como um direito humano. Por outro, é pensada como um instrumento de formação em direitos humanos, formação esta fundamentada nos valores assumidos pela ONU”, principalmente para alcançar o projeto da construção de paz entre as nações (BORGES, 2015, p. 220).

Foi justamente com essa ideia de promoção e proteção dos direitos humanos dos membros da comunidade escolar que a UNESCO apresentou em 2019 seis ações prioritárias para combater a violência escolar e o *bullying*. As referidas ações elaboradas visam a construção de um ambiente de aprendizagem seguro e inclusivo, através das seguintes práticas:

Quadro 2 – Ações para a construção de um ambiente escolar seguro e inclusivo

AÇÕES	PRÁTICAS RELACIONADAS
1. Fortalecer a liderança e compromisso para eliminar a violência escolar e o <i>bullying</i>	<p>→ Implementar e colocar em prática uma legislação nacional abrangente para proteger as crianças e adolescentes da violência escolar e do <i>bullying</i>, incluindo leis que proíbam o castigo físico nas escolas.</p> <p>→ Alocar recursos humanos e financeiros adequados para a implementação efetiva em todos os níveis e suporte para todos os responsáveis pela implementação de leis e políticas, tais as autoridades educativas e funcionários locais.</p> <p>→ Desenvolver e implementar políticas e códigos de conduta para funcionários de escola e estudantes para prevenir e combater a violência escolar e o <i>bullying</i> nos âmbitos local, nacional e escolar.</p>

<p>2. Promover a conscientização sobre a violência contra as crianças, os benefícios das escolas sem violência e o impacto prejudicial da violência escolar e do <i>bullying</i></p>	<p>→ Promover a conscientização entre formuladores de políticas, profissionais da educação e outros funcionários, pais, crianças e adolescentes sobre a violência contra as crianças e o impacto negativo da violência escolar e do <i>bullying</i>.</p> <p>→ Promover abordagens não violentas para a gestão e disciplina de sala de aula.</p> <p>→ Implementar intervenções para mudar as atitudes e normas sociais que condenam ou perpetuam a violência contra as crianças e adolescentes.</p> <p>→ Educar os formuladores de política, professores, pais, crianças e adolescentes sobre o <i>cyberbullying</i> e as medidas que podem ser adotadas para preveni-lo e combatê-lo.</p>
<p>3. Estabelecer parcerias, incluindo a participação de crianças e adolescentes para combater a violência escolar e o <i>bullying</i></p>	<p>→ Estabelecer colaborações interdisciplinares para prevenir e combater a violência escolar e o <i>bullying</i>.</p> <p>→ Desenvolver e implementar programas nacionais que identificam os papéis de todos os setores interessados, em todos os níveis.</p> <p>→ Trabalhar com crianças e adolescentes como parceiros iguais no planejamento e implementação de ações para reduzir a violência escolar e o <i>bullying</i>, também por meio da capacitação e estabelecimento de estruturas apropriadas para facilitar sua participação formal na gestão escolar.</p> <p>→ Trabalhar em parcerias com pais e comunidades para garantir seu apoio a medidas que previnam e combatam a violência escolar e o <i>bullying</i>.</p>

<p>4. Capacitar a equipe educacional e os estudantes a prevenir e combater a violência escolar e o <i>bullying</i></p>	<p>→ Fornecer treinamento e apoio aos gestores e comitês de gestão escolar, diretores, professores e outros funcionários, para que possam prevenir, identificar e combater a violência escolar e o <i>bullying</i>.</p> <p>→ Garantir que o treinamento dos professores inclua abordagens positivas, não violentas e que aborde gênero desde a gestão e a disciplina em sala de aula.</p> <p>→ Identificar oportunidades para lidar com a questão da violência e do <i>bullying</i>, promover a não violência e desenvolver conhecimento, atitudes e habilidades relativas a isso dentro do currículo escolar e fornecer aos professores acesso à informação, recursos e materiais de apoio.</p> <p>→ Construir a capacidade de crianças e adolescentes de reconhecer, prevenir e responder à violência e ao <i>bullying</i>, incluindo a construção de conhecimento, valores e habilidades necessárias.</p>
<p>5. Estabelecer sistemas para denunciar a violência escolar e o <i>bullying</i> e fornecer suporte e serviços</p>	<p>→ Estabelecer mecanismos de denúncia e reclamação seguros, confidenciais, amigável às crianças e que levem em consideração o gênero, de forma a possibilitar que vítimas e testemunhas denunciem a violência e o <i>bullying</i> de forma segura e sem medo de repressão, e assegurar que todas as crianças e adolescentes saibam da existência desses mecanismos.</p> <p>→ Fornecer orientação segura, confidencial, amigável às crianças e que leve em conta o gênero e outros serviços de apoio para as vítimas, agressores e testemunhas.</p>

<p>6. Fortalecer a liderança e compromisso para eliminar a violência escolar e o <i>bullying</i></p>	<p>→ Chegar a um consenso com relação a um conjunto considerável e válido de indicadores e metodologias sólidas de dados que possibilitem relatórios consistentes e garantam estimativas sobre a prevalência da violência escolar e do <i>bullying</i> sejam confiáveis e internacionalmente comparáveis.</p> <p>→ Fortalecer a pesquisa sobre a natureza e causas da violência e do <i>bullying</i>.</p> <p>→ Fortalecer o monitoramento do <i>bullying</i> em países onde ele tem sido menos vigiado até a presente data.</p> <p>→ Investir em monitoramento e avaliação da efetividade, eficiência e impacto das intervenções.</p>
---	---

Fonte: Adaptado de UNESCO (2019).

No próprio “Manifesto 2000: por uma Cultura de Paz” há também um conjunto de ferramentas voltadas à cultura de paz nas escolas, que se utilizam de ferramentas da educação e da cultura, tais como o cinema, filmes, livros, músicas e sites, contação de histórias, culinária, dinâmicas de grupo, figuras de heroínas e heróis da paz, jogos cooperativos, leitura, teatro e jogos dramáticos (DISKIN; ROIZMAN, 2021).

Outro projeto liderado pela UNESCO no Brasil, almejando a paz nas escolas, foi o “Programa Abrindo Espaços: educação e cultura para a paz”. Nessa política pública implantada, as escolas públicas eram abertas no fim de semana, para a prática de atividades que combinavam elementos de inclusão social, cultura e educação. Assim, “ao ampliar o acesso a atividades de lazer, cultura e esporte, cria oportunidades para que os jovens exercitem valores como a não-violência, a liberdade de opinião e o respeito mútuo, fortalecendo suas noções de pertencimento ao grupo social” (UNESCO, 2008, p. 11).

A própria Assembleia Geral das Nações Unidas já reconhece o dia 16 de maio como o dia internacional da convivência em paz, fomentando as nações para criarem mecanismos de promoção da paz e comportamentos solidários. A UNESCO também defende uma educação sem violência, que envolva todos os membros da comunidade escolar (pais, alunos, professores, coordenadores pedagógicos, gestores, dentre outros), produzindo um ambiente intercultural onde haja uma conexão dos atores, que devem aprender a viver juntos. Além disso, também é importante a utilização da educação na prevenção de conflitos, permitindo que todos tenham um ambiente escolar sadio, respeitoso e sem conflitos. Dessa forma:

Vista pelo ângulo da não violência, a Educação é para: Aprender sobre nossos direitos, responsabilidades e obrigações; Aprender a viver juntos, respeitando nossas diferenças e similaridades; Desenvolver o aprendizado baseado na cooperação, baseado no diálogo e na compreensão intercultural; Ajudar as crianças a encontrar soluções não violentas para resolverem seus conflitos, experimentarem conflitos utilizando maneiras construtivas de mediação e estratégias de resolução; Promover a valores e atitudes de não violência: autonomia, responsabilidade, cooperação, criatividade e solidariedade; Capacitar estudantes a construir juntos, com seus colegas, seus próprios ideais de paz (PLANETA PAZ, 2018, p. 1).

Para Borges (2015, p. 228), a educação promove “o desenvolvimento da personalidade humana”, que, tendo como referência os propósitos das Nações Unidas, deve fortalecer o respeito aos direitos humanos e a manutenção da paz. A autora ainda complementa que “aos pais cabe a escolha do tipo de educação para os seus filhos, colocando-se para a família a responsabilidade de participar do processo educativo”, reiterando esse papel educativo como responsabilidade de todos aqueles que compõem o ambiente da comunidade escolar, ultrapassando, assim, as paredes da escola (BORGES, 2015, p. 228).

Ademais, não podemos esquecer da importância da educação em direitos humanos, que reconhece todos os cidadãos como titulares de direitos e deveres, conforme já abordado neste estudo. Se faz necessário “um processo educativo, dinâmico, contínuo e permanente, fundamentado no conceito de paz positiva e na perspectiva criativa do conflito, como elementos significantes e definidores”, que através de enfoques socioafetivos e problematizantes, possam “desenvolver um novo tipo de cultura, a cultura de paz” (DUPRET, 2002, p. 92).

Nesse sentido, a educação desempenha um papel preponderante na construção de atitudes e valores de uma cultura de paz e não violência em jovens e crianças. Não só a sala de aula como todo o universo da escola pode se transformar em espaço de afeto e de acolhimento, em lugar privilegiado para superações dentro da contundente realidade de desamor, desigualdades e violências, onde o jovem e a criança possam encontrar um adulto de referência ou um tutor. A partir da interação afetiva entre eles, o jovem passa a reelaborar sua realidade de sofrimento e a reparar os ferimentos da vida, despertando, ao mesmo tempo, sua resiliência (DISKIN; ROIZMAN, 2021, p. 17).

No que se refere à cultura, as crianças e adolescentes que convivem no ambiente escolar devem praticar atividades culturais e esportivas para se sentirem integrantes daquela comunidade. Isso faz com que haja a criação de vínculos sociais, que podem estar associados à construção de valores e ao respeito coletivo. Logo, criar atividades culturais em locais que carecem de cultura, como acontece na maioria das periferias brasileiras, distanciam os jovens da violência. Nesse sentido, a participação destes em “oficinas de teatro, artesanato, música, dança e outras tantas atividades lúdicas abre horizontes, fortalece a autoestima e é capaz de ajudar o jovem a descobrir um novo sentimento de pertencimento”, que envolve a sua escola e a sua comunidade (UNESCO, 2008, p. 16).

Figura 3 – Grupos de percussão do Colégio Estadual Guadalajara (RJ)



Fonte: UNESCO, 2008.

O “Programa Abrindo Espaços: educação e cultura para a paz” foi uma ação de sucesso realizado pela UNESCO, que reservou à criança o direito de brincar e ao jovem o direito de participar de diversas atividades, pertencentes a um universo cultural totalmente inédito. Destaca-se “os depoimentos dos vários atores envolvidos no programa confirmam seu caráter inclusivo e também seu papel no resgate desta importante condição da vida humana: o bem-estar e a felicidade” (UNESCO, 2008, p. 23). E acima de tudo também teve o condão de promover verdadeiras mudanças no que toca a prevenção da violência e a promoção da paz nos ambientes escolares.

Dupret (2002, p. 91.) aponta que “a cultura da paz está pautada em valores humanos que precisam ser colocados em prática, a fim de

passarem do estado de intenção para o exercício da ação, transformando-se, concretamente, em atos”. Assim, tais valores (éticos, morais e estéticos) nos fazem despertar para manifestações de respeito recíprocas.

Partindo desses pressupostos e da descrição de alguns programas de promoção de paz exitosos, vale a pena refletirmos sobre o nosso contexto atual nas escolas. Isso porque, mesmo com a quantidade de ferramentas disponíveis a fim de evitar a propagação da cultura da violência, identifica-se que a garantia dos direitos humanos aos membros das comunidades escolares ainda é vulnerável.

Recentemente, no Brasil, enfrentamos diversas situações de violência escolar que ganharam notoriedade nacional. Tivemos casos como o que aconteceu em março deste ano em uma escola estadual em São Paulo, onde “um aluno de 13 anos de idade, que cursa o oitavo ano na escola. Quatro professoras e um aluno foram esfaqueados. Uma das professoras, Elisabete Tenreiro, de 71 (setenta e um) anos, teve uma parada cardíaca e morreu no Hospital Universitário” (G1, 2023, p. 1). Dias após este ataque, tivemos outro caso em que “um aluno de 15 anos tentou atacar colegas com golpes de faca dentro da escola municipal Manoel Cícero, na Gávea, na Zona Sul do Rio de Janeiro” (CORREIO BRAZILIENSE, 2023, p. 1).

E, a partir disso, surge a reflexão sobre a causa de tais acontecimentos: as políticas públicas para a promoção de paz nas escolas não estão sendo corretamente aplicadas e/ou fiscalizadas, ou o problema seria a carência ou mal formulação destas? Dupret (2002, p. 91) aponta que devemos agir para “prevenir os conflitos potencialmente violentos e reconstruir a paz e a confiança entre pessoas”. Para ela, “tal missão estende-se às escolas, instituições e outros locais de trabalho por todo o mundo, bem como aos parlamentos e centros de comunicação, a lares e associações”. Ou seja, devemos identificar quais medidas de prevenção à violência estão sendo tomadas no âmbito das escolas, ou até mesmo se as medidas já existentes estão sendo aplicadas de forma correta.

Para Diskin e Roizman (2021, p. 13) é preciso:

(...) oferecer subsídios para que cada indivíduo respeite a vida e a dignidade do outro, sem discriminação; rejeite a violência em todas as suas formas; cultive a generosidade; defenda a liberdade de expressão e a diversidade cultural; pratique o consumo responsável, e adote atitudes que levem em conta a importância de todas as formas de vida e o equilíbrio dos recursos naturais do planeta. É preciso, ainda, propiciar a igualdade de gênero e o respeito aos princípios democráticos, a fim de criar formas de empatia e solidariedade, tão essenciais no mundo em que vivemos” (DISKIN; ROIZMAN, 2021, p. 13).

Aqui, merece destaque o papel do “professor protagonista” que atuará na qualidade de mediador, visando favorecer a construção/reconstrução do conhecimento, dos significados que são transmitidos pelo grupo cultural, por intermédio das reflexões, das práticas sociais e de metodologias ativas de ensino-aprendizagem (ZLUHAN; RAITZ, 2014). Também não podemos esquecer das atribuições típicas do Poder Público no que toca à resolução dos problemas sociais, não podendo ficar inerte frente à esses tipos violências escolares.

A propósito, estando preocupado com a situação de violência nas escolas, o Senado Federal (2023, p. 1), através da a Comissão de Segurança Pública (CSP), está tentando, atualmente, “buscar alternativas para frear o crescimento dos ataques às escolas”, pois há, notoriamente:

O crescimento assustador de casos de ataques às escolas brasileiras — sendo oito somente nos primeiros três meses deste ano — disparou alerta para a urgência de ações múltiplas no enfrentamento da situação. No Senado, os parlamentares querem entender o porquê do aumento de registros e o que pode ser feito para coibir esses atos, especialmente a partir da atuação legislativa (SENADO FEDERAL, 2023, p. 1).

Inclusive, o próprio Senado Federal (2023) entende pela necessidade de aplicações de medidas preventivas em contexto multidisciplinar, que envolve o trabalho do Poder Público, em conjunto com as empresas de rádio e televisão (que têm alterado a forma de abordar a divulgação de tais fatos, como omitindo o nome dos agressores, por exemplo), assim como através da aplicabilidade de políticas públicas dentro das escolas, incluindo a oferta da prestação de serviços de psicologia e de serviços sociais no âmbito das redes públicas (SENADO FEDERAL, 2023).

Ou seja, se trata de um problema de toda a sociedade (coletivo), de forma que “a escola e seus atores necessitam pensar sobre essa realidade social repleta de fragilidades, que precisam ser expostas e refletidas, a fim de que se possam implantar projetos e programas que estendam pontes entre as milhares de ilhas egocêntricas” (ZLUHAN; RAITZ, 2014, p. 38-39).

Nesse sentido, tendo o cidadão (independentemente de integrar a comunidade escolar) como protagonista neste cenário de conflito social, vale ressaltar o conceito de cidadania democrática, ativa e planetária, trazido no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos produzido pelo Ministério dos Direitos Humanos em 2018, a fim de fortalecer a atuação e engajamento social neste problema que vem sido evidenciado cada vez mais, a saber:

O processo de construção da concepção de uma cidadania planetária e do exercício da cidadania ativa requer, necessariamente, a formação de cidadãos(ãs) conscientes de seus direitos e deveres, protagonistas da materialidade das normas e pactos que os(as) protegem, reconhecendo o princípio normativo da dignidade humana, englobando a solidariedade internacional e o compromisso com outros povos e nações. Além disso, propõe a formação de cada cidadão(ã) como sujeito de direitos, capaz de exercitar o controle democrático das ações do Estado (BRASIL, 2018, p. 10).

Assim, devemos compreender que a violência ocorrida no âmbito escolar é um problema social que vai além do muro das escolas, devendo ser identificado de forma prévia (caráter preventivo) e resolvido através de uma equipe multidisciplinar que atue em conjunto com todos os atores integrantes da comunidade escolar, e não só os alunos. Afinal, conforme afirma Borges (2015), há um reconhecimento internacional do direito à educação a todos, que engloba desde o ensino básico até os estudos superiores, incorporado na legislação brasileira tanto em nossa Constituição Federal, quanto na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996).

Não podemos esquecer que “as propostas pedagógicas que orientam a cultura da paz, do respeito e da equidade devem ser implantadas inter e transdisciplinarmente, integrando os planejamentos de todas as disciplinas”, sobretudo no atual contexto tecnológico que vivemos. Assim, é imprescindível que tais métodos sejam “imbricados nos objetivos conceituais, procedimentais e atitudinais de cada disciplina” (ZLUHAN; RAITZ, 2014, p. 42). Por fim, conforme já tratado neste estudo, é imperioso reforçar que cultura e a educação podem ser ferramentas bastante exitosas para a promoção da paz no contexto escolar, mas que necessitam de capacitação dos profissionais que atuam na frente do contexto escolar, sobretudo de temas que tratem de valores da cidadania, de garantia e proteção dos direitos humanos, alinhados aos compromissos educacionais⁴¹.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa visou demonstrar de que forma a educação e a cultura podem ser utilizadas para fomentar a cultura de paz nas escolas, sob

41 A mediação escolar, por exemplo, é um instrumento prevenção e resolução de conflitos, porém há uma grande dificuldade em encontrar profissionais regularmente capacitados para aplica-la no contexto escolar.

o enfoque dos instrumentos de proteção das Nações Unidas. Destacou-se, assim, os documentos produzidos pela UNESCO que versam sobre a inclusão social, a proteção aos direitos humanos e a redução de violência com foco na escola, no jovem e na comunidade.

O estudo revelou que, mesmo com alguns instrumentos internacionais importantes, que inclusive foram incorporados pelo Brasil, recentemente as escolas estão sendo palco de constantes atos de violência, que envolve ataques violentos e até mortes. Partindo desse pressuposto, o presente artigo identificou a necessidade de implementação de políticas públicas preventivas, que devem contar com o apoio de uma equipe multidisciplinar e também dos pais dos alunos, formando uma verdadeira rede de apoio.

Destacou-se a necessidade de capacitação dos profissionais de educação, sobretudo os professores, tendo em vista seu papel de protagonismo no processo de ensino-aprendizagem. O mesmo, inclusive, pode se utilizar das metodologias ativas para trabalhar de forma multi e interdisciplinar ferramentas de combate à violência no contexto escolar, que garantam aspectos de proteção aos direitos humanos.

Ademais, houve um destaque para a educação e cultura como verdadeiras ferramentas de promoção da paz nas escolas. O programa “Abrindo Espaços: educação e cultura para a paz”, criado pela UNESCO, foi um exemplo disto. Propiciar um ambiente respeitoso, onde haja uma conexão entre os membros da comunidade escolar e com o foco na educação dos direitos, é medida que se impõe. Este cenário, inclusive, pode ser moldado através de estratégias culturais e educacionais, de caráter integrativo entre as crianças e os jovens, que promovam a conscientização destes sobre a violência, os tornando verdadeiros protagonistas.

Assim, é preciso que a população e os órgãos integrantes da Administração Pública enfrentem esse problema público tão relevante, que está afetando o dia a dia dos nossos estudantes, que são o futuro da nossa nação. Nossa sociedade precisa fortalecer o elo dos compromissos

educacionais, permitindo, inclusive, que a promoção da educação em direitos humanos chegue em todas as salas de aula do nosso país.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/educacao-em-direitos-humanos/DIAGRMAOPNEDH.pdf>. Acesso em: 05 set. 2023.

BORGES, Maria Creusa. O Direito à Educação na Normativa Internacional de Proteção dos Direitos Humanos e sua Regulação no Ordenamento Jurídico Nacional: Análise Preliminar a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *In*: BEÇAK, Rubens; VIÑA, Jordi Garcia (Orgs.). **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI – Direito Constitucional e Direitos Humanos**. Madrid: Ediciones Laborum, v. 1, n. 3, 2015, p. 219-234. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3405>. Acesso em: 01 ago. 2023.

BORGES, Maria Creusa; SILVINO, Ângelo José Menezes Silvino. Educação em Direitos Humanos, Cosmopolitismo e Interculturalidade: a configuração de um direito público da humanidade como instrumento da paz. *In*: GUERRA, Sidney (Org.). **Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ**. Rio de Janeiro: UFRJ, v. 4, n. 1, 2021, p. 120-137. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/inter/article/view/41616>. Acesso em: 03 jun. 2023.

CORREIO BRAZILIENSE. **Aluno de 15 anos ataca colegas com faca em escola no Rio de Janeiro**. *Correio Braziliense*. 2023. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/euestudante/2023/03/5083504-aluno-de-15-anos-ataca-colegas-com-faca-em-escola-no-rio-de-janeiro.html>. Acesso em: 3 jul. 2023.

DISKIN, Lia; ROIZMAN, Laura Gorresio. **Paz, como se faz?: semeando a cultura de paz nas escolas**. 4. ed. São Paulo: Palas Athena; Brasília: UNESCO, 2021. 230 p.

DUPRET, Leila. **Cultura de paz e ações socioeducativas: desafios para a escola contemporânea**. *Psicologia Escolar e Educacional*, v. 6, n. 1, p. 91–96, jun. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pee/a/qN7SbH7nMvtndmg7qvtcJLL/#>. Acesso em: 03 jun. 2023.

G1. Vídeo mostra aluno esfaqueando professora dentro de sala de aula de escola estadual em SP. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2023/03/27/aluno-esfaqueou-professora-dentro-de-sala-de-aula-de-escola-estadual-em-sp.ghtml>. Acesso em: 2 set. 2023.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 14 abr. 2023.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil: ODS 4 - Educação de qualidade**. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/4>. Acesso em: 27 maio 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA - UNESCO. **Educação sobre o Holocausto e para a prevenção do genocídio: guia de políticas**. [S. l.: s. n.], 2019. 63 p. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000370911>. Acesso em: 27 maio 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA - UNESCO. [Constituição (1945)]. **Constituição da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura**. [S. l.: s. n.], 1945. 12 p. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000147273>. Acesso em: 27 maio 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA - UNESCO. **Violência escolar e bullying: relatório sobre a situação mundial.** Brasília: UNESCO, 2019. 54 p. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000368092>. Acesso em: 24 maio 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA - UNESCO. **Abrindo espaços: guia passo a passo para a implantação do Programa Abrindo Espaços: educação e cultura para a paz.** Brasília: UNESCO, Fundação Vale, 2008. 93 p.

PLANETA PAZ. **Cultura De Paz No Brasil.** 2018. Disponível em: <http://www.planetapaz.com.br/cultura-de-paz-no-brasil/#:~:text=Vista%20pelo%20%C3%A2ngulo%20da%20n%C3%A3o,di%C3%A1logo%20e%20na%20compreens%C3%A3o%20intercultural>. Acesso em: 2 jun. 2023.

SENADO FEDERAL. **Comissão debate alternativas para frear o crescimento dos ataques às escolas.** Agência Senado. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/04/19/comissao-debate-alternativas-para-frear-o-crescimento-dos-ataques-as-escolas>. Acesso em: 3 ago. 2023.

ZLUHAN, M. R.; RAITZ, T. R. (2014). **A educação em direitos humanos para amenizar os conflitos no cotidiano das escolas.** Revista Brasileira De Estudos Pedagógicos, 95(239), 31–54.

CAPÍTULO IX

REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA SOBRE O CONSUMO COMO VETOR DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Igor Barbosa Beserra Gonçalves Maciel⁴²

RESUMO

É sabido que o Brasil é um estado fiscal e tem como uma das principais fontes de receita a arrecadação tributária, ou seja, a partir da cobrança de tributos. Ocorre que o presente modelo de tributação recai, sobretudo, sobre o consumo e isso tem gerado intensos debates ao longo dos anos. Contudo, atualmente, as discussões evoluíram, havendo duas propostas de emenda à constituição em tramitação avançada nas Casas Legislativas, as quais objetivam reduzir a tributação sobre o consumo e outras questões. Nesse sentido, questiona-se: a redução da carga tributária sobre o consumo poderá viabilizar o desenvolvimento do Brasil? Hipoteticamente, tem-se que com a redução da carga tributária sobre o consumo haverá o fomento do comércio, face ao aumento do poder de compra dos brasileiros, especialmente, da classe média e dos desfavorecidos. Através do método de abordagem hipotético-dedutivo, de procedimental explicativo e da técnica de pesquisa bibliográfica-documental, objetiva-se: apresentar o atual modelo

42 Doutorando pelo PPCGJ/UFPB. Mestre em Direito pelo mesmo programa e graduado em Direito pelo CCJ/UFPB. Advogado. Juiz Leigo do Tribunal de Justiça da Paraíba. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/6972681167643769>.

de tributação, com destaque para a tributação sobre consumo. Em seguida, tratar das propostas de emenda à constituição, sintetizando os principais pontos relacionados ao consumo. Posteriormente, abordar a redução da carga tributária sobre o consumo como vetor do desenvolvimento econômico. Por fim, apresentar as considerações finais sobre a presente temática.

Palavras-chave: Carga tributária. Redução sobre o consumo. Desenvolvimento econômico.

1 INTRODUÇÃO

A atuação do Estado brasileiro no exercício de atividades econômicas é limitada posto que, consoante assentado no art. 173 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a regra é a liberdade do exercício da atividade econômica pelos particulares, cabendo ao Estado a atuação direta tão somente quando indispensável à segurança nacional ou haver relevante interesse coletivo.

Nesse sentido, para o custeio de suas atividades, o Estado acaba se valendo de outras formas para auferir receita, entre as quais, tem-se a cobrança de tributos. Com isso, o Brasil é considerado um estado fiscal, já que a principal fonte de receita é a arrecadação tributária, ou seja, a partir da cobrança de tributos o país aufere recursos para a consecução de suas atividades ordinárias.

A cobrança de tributos não é, contudo, de forma aleatória, mas sim de forma sistematiza pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Essa, por sua vez, trouxe no Título VI o Sistema Tributário Nacional, em que fora disposto princípios, limitações ao poder de tributar, distribuída a competência, elencadas as espécies tributárias, partilhamento de receita e entre outras questões.

Em relação às espécies tributárias, com CRFB/88 houve ampliação dessas, tendo em vista que até então o Código Tributário Nacional (CTN)

dispunha em seu art. 5º apenas três espécies: impostos, taxas e contribuições de melhoria e, desde 1988, as contribuições sociais e os empréstimos compulsórios integraram o novo rol.

Ressalta-se que apesar de haver apenas cinco espécies tributárias, na prática observa-se que o número de tributos, notadamente, os impostos são bem maiores, havendo tipos específicos para cada ente, na forma da competência estabelecida pela Carta Magna para cada um.

Entre estas atividades objeto da tributação, a que mais se destaca é a atividade comercial, seja na produção, seja no fornecimento de produtos, seja na execução de serviços, uma vez que face a liberdade do exercício econômico pelos particulares, e mais, a redução da atividade do Estado àquelas com importância coletiva, é sobre o consumo *lato sensu* que o presente modelo de tributação recai.

Segundo dados do Impostômetro (2023), o atual modelo de tributação no Brasil faz com que os trabalhadores brasileiros trabalhem 147 (cento e quarenta e sete) dias por ano só para pagar impostos. Mesmo tendo havido uma redução do número de dias, nos últimos anos, nota-se que, desde 2010, mais de um terço do ano calendário do trabalhador é destinado para o funcionamento do Estado.

Em razão disso, tem sido gerado intensos debates ao longo dos anos, pois ao passo em que o Estado brasileiro precisa auferir receita para ser capaz de exercer suas atividades constitucionalmente estabelecidas, como fornecer educação, segurança, saúde, entre outras para todos, não pode tributar as relações privadas de tal sorte a conferir à tributação caráter confiscatório e ser obstáculo ao exercício empresarial, afinal, o tributo não consiste em sanção.

Nesse contexto, atualmente, as discussões sobre a tributação no Brasil evoluíram, havendo duas propostas de emenda à constituição em tramitação avançada nas Casas Legislativas, PEC 45/2019 e PEC 11/2020, as quais objetivam simplificar e reduzir a tributação sobremodo quanto ao

consumo, reestabelecer o poder de compra dos indivíduos e fomentar a economia.

Nesse sentido, este trabalho traz como problema o seguinte questionamento: a redução da carga tributária sobre o consumo poderá viabilizar o desenvolvimento do Brasil? Hipoteticamente, tem-se que com a redução da carga tributária sobre o consumo haverá o fomento do comércio, face ao aumento do poder de compra dos brasileiros, especialmente, da classe média e dos desfavorecidos.

No primeiro momento, apresentar-se-á o atual modelo de tributação, com destaque para a tributação sobre consumo, destacando-se o imposto sobre serviço de qualquer natureza (ISS) e o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviço de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS); em seguida, tratar-se-á das propostas de emenda PEC 45/2019 e PEC 110/2019, à constituição em avançada tramitação perante as Casas Legislativas, Câmara Federal e Senado Federal, sintetizando os principais pontos relacionados ao consumo; posteriormente, abordar-se-á a redução da carga tributária sobre o consumo como vetor do desenvolvimento econômico, através do impulsionamento da indústria, da geração de emprego e de renda, mas também a preocupação em equalizar a arrecadação com as atividades estatais; por fim, apresentar-se-á as considerações finais sobre a presente temática.

Para responder ao problema asseverado e verificar à hipótese, adotar-se-á o método de abordagem hipotético-dedutivo, de procedimental explicativo e da técnica de pesquisa bibliográfica-documental.

2 TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO NO BRASIL

O Sistema Tributário Nacional brasileiro encontra-se disciplinado no Título VI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

(CRFB/88), que traz em seu capítulo primeiro os princípios gerais, as limitações ao poder de tributar, os impostos a serem instituídos e cobrados por cada ente federativo, a repartição de receita. Com a CRFB/88, além dos impostos, das taxas e das contribuições de melhoria, já previstos no Código Tributário Nacional (CTN), dois outros tipos tributários surgiram, quais sejam, contribuições sociais e empréstimos compulsórios.

A base constitucional do sistema tributário brasileiro trouxe esperança de futuro, contudo, não afastou a sua complexidade, tendo o Carvalho (2015, p. 240) arrazoado:

O sistema tributário brasileiro surgiu no âmago desse processo empírico onde o direito aparece e comparece como autêntico produtor de cultura, acumulando-se no seu historicismo para projetar o entusiasmo de uma sociedade que olha para o futuro e pretende vê-lo com a consciência de suas conquistas e com a força de seu espírito. Sua configuração jurídica reflete bem a complexidade das instituições básicas de um Estado igualmente complexo.

Em virtude de todas as conquistas e direitos assentados na CRFB/88, os quais fazem da Carta Magna um texto dirigente, analítico, ainda, ser o Brasil um Estado Fiscal que tem como principal fonte de geração de receita para o custeio de suas atividades a arrecadação tributária, já que a sua atuação no mercado, na forma de agente econômico, é limitada apenas aos casos de segurança nacional e de interesse coletivo, na forma do art. 173 da CRFB/88, pode-se afirmar que o sistema tributário é, de fato, produtor de cultura e projetor da esperança de futuro do país.

Face ao elevado número de previsões, de direitos, de garantias, esculpidos na Carta Magna de 1988, o sistema também é bastante complexo e tornou-se objeto de grande destaque, já que para a concretização daqueles, é imperioso um sistema de custeio eficaz e equilibrado. Isso porque, paralelamente aos fins arrecadatórios, a tributação acaba gerando impactos

diretos na economia e cria distorções, que não podem ser desprezadas (SCHOUERI, 2023).

Desse modo, o sistema tributário e, por sua vez, a carga tributária não pode ser pesada de forma a engessar a iniciativa privada, entretantes, no Brasil...

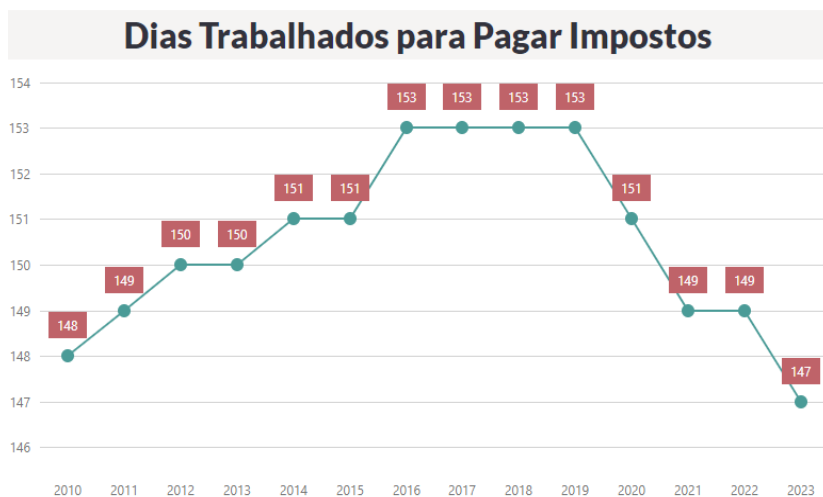
Além de bastante elevada nossa carga tributária é crescente. A cada dia se eleva um tributo ou se cria um tributo novo e a arrecadação, assim, tem batido sucessivos recordes. Não obstante não há dinheiro para obras importantes. As estradas, especialmente no Nordeste, estão sem a necessária manutenção, praticamente destruídas. O sistema penitenciário superlotado. As universidades federais minguando, enquanto cresce a olhos vistos o sistema de ensino superior particular. Parece que os recursos arrecadados são utilizados apenas para o pagamento de juros, ou escorrem pelo ralo da corrupção (MACHADO, 2014, p. 25).

Apesar do trecho acima citado ter sido proferido por Machado no ano de 2014, hoje persiste o inconformismo como a elevada carga tributária e o sentimento de que os recursos arrecadados não estão sendo utilizados corretamente.

Em verdade, não raras vezes, escuta-se a população questionando sobre a elevada carga tributária e a destinação de toda a receita. Contudo, quanto à utilização dos recursos auferidos, é de se considerar que diz respeito ao aspecto político, de mérito ou demérito administrativo, não sendo assim objeto do presente estudo. Lado outro, em relação à arrecadação tributária, o papel dos tributos e, mormente, o impacto da tributação sobre o consumo e a vida dos brasileiros, constata-se perfunctoriamente que é bastante elevada e disfuncional, principalmente, quando comparado com outros Estados Nacionais.

Atualmente, segundo dados coletados pelo Impostômetro (2023) da Federação das Associações Comerciais do Estado de São Paulo, o brasileiro trabalha 147 (cento e quarenta e sete) dias no ano para adimplir com os tributos cobrados pelo país. Isto é, mais de um terço do ano é destinado ao custeio de tributos.

Gráfico 1 – Dias trabalhados para pagar impostos



Fonte: Impostômetro, 2023.

Entre as principais causas do expressivo número de dias trabalhado no ano para o pagamento de tributos, tem-se a cobrança do imposto sobre a renda e sobre o consumo. Em relação ao imposto de renda, salienta-se:

Há quase cem anos, o imposto de renda vem sendo cobrado no Brasil, representando uma importante fonte de receita para o Estado. Ao longo desse período, notadamente, após o ano de 1996, quando o IR passou a ser cobrado pelo sistema monetário atual, a correção da tabela ocorreu muito aquém da taxa de inflação no país (MACIEL; OLIVEIRA, 2016).

Segundo o Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil (2023), atualmente, a média de defasagem é de 148,10% (cento e quarenta e oito por cento e dez décimos de por cento). Caso houvesse a correção da tabela com base na inflação oficial, estariam isentos todos aqueles que percebem R\$ 4.683,95. Apesar disso, as faixas de incidência do imposto de renda vigente possuem a base de cálculo distribuída da seguinte forma: isenção até R\$ 2.112,00; alíquota de 7,5% entre R\$ 2.112,01 até R\$ 2.826,65; alíquota de 15% entre R\$ 2.826,66 até R\$ 3.751,05; alíquota de 22,5% R\$ 3.751,06 até R\$ 4.664,68; alíquota de 27,5% acima de R\$ 4.664,68 (BRASIL, 2023).

Outro fator decisivo para a elevada carga tributária no país e, por conseguinte, o expressivo número de dias trabalhados para adimplir com os tributos são os impostos sobre o consumo. Entre esses, a incidência majoritária é dos impostos sobre serviço de qualquer natureza (ISS) e dos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviço de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), já que possuem as maiores alíquotas e base de cálculo. Todavia, fora estes, sobre o consumo também incide o programa de integração social (PIS), a contribuição para o financiamento da seguridade social (COFINS), bem como dependendo da natureza do produto e/ou serviço, o imposto sobre produto industrializado (IPI), o imposto sobre importação (II).

Segundo o impostômetro (2023), até 10 de setembro de 2023, a arrecadação de ICMS e ISS já superou R\$ 478 bilhões de reais, quantia essa maior que o arrecadado com o imposto de renda, que, no mesmo período, já superou os R\$ 355 bilhões. A tributação sobre o consumo é ainda maior, quando acrescidos todos os impostos da cadeia de consumo em si, a exemplo do PIS, COFINS, IPI, entre outros.

Gráfico 2 – Arrecadação por tributos. Estadual. ICMS.



Fonte: Impostômetro, 2023.

Gráfico 3 – Arrecadação por tributos. Municipal. ISS.



Fonte: Impostômetro, 2023.

Desse modo, é inegável que a incidência de vários tributos sobre o consumo acaba afetando o valor dos produtos e dos serviços, especialmente, que no Brasil o modelo vigente é de a tributação ocorrer por dentro, isto é, os impostos estão inseridos ao longo de toda a cadeia produtiva, integrando, com isso, o valor do produto ou do serviço, já que não incide apenas no momento da aquisição pelos consumidores.

Para Machado (2014), a tributação por dentro consiste em uma tributação oculta ou disfarçada, em que não se obedece a todas as normas e todos os princípios constitucionais tributários, quando da instituição e cobrança dessa dentro do valor dos bens ou dos serviços prestados pelo Estado ou por suas empresas. Sem dúvida, a forma como é calculada a tributação sobre o consumo acaba elevando o ônus dos consumidores.

Afora isso, também há de se considerar que a existência de várias normas tributárias no país acaba aumentando o tempo gasto pelas empresas para o cumprimento dos deveres instrumentais. Afinal, só em relação aos principais impostos sobre o consumo, ICMS e ISS, respectivamente, há 27 e 5.568 legislações, tornando impossível uma empresa acompanhar qualitativamente todas as alterações tributárias e gerando custos de trabalho. Isso acaba gerando um custo para as empresas brasileiras e consumidores, posto que as primeiras levam cerca de 1.958 horas para pagar tributos, ao passo em a média de 190 países pesquisados é de 206 horas, segundo relatório o Banco Mundial (WORLD BANK, 2019).

Não obstante a existência de vários tributos e da elevada carga tributária no Brasil, Carvalho (2015, p. 242-243) aponta que o problema não está no sistema tributário em si:

Devemos reconhecer, por outro lado, que a carga tributária é excessiva, sufocando setores da economia e afetando a competitividade de nossos produtos, além de vários outros desvios que não escapariam à atenção de um observador pouco exigente do cotidiano. Entretanto, sob pena de um erro histórico irreparável, essas anomalias não podem ser atribuídas ao sistema, que em si mesmo é

bom, capaz de propiciar arrecadações vultosas aos cofres do Poder Público, que está preparado para operar de muitas maneiras diferentes, entres elas e até nessas linhas que são tidas como inequívocas distorções. Em suma, creio que o sistema tributário nacional possa ser acionado de formas positivas, levando-se às últimas consequências diretrizes constitucionais que estão aí, à nossa frente, e, por uma série de razões, não foram ainda mobilizadas [...] Eis um ponto de real interesse para o programa de uma reforma constitucional, que envolve diretamente o bom funcionamento das instituições, garantindo o contribuinte e o próprio Estado-administração contra excessos que a Carta Magna esteve longe de conceber e de autorizar.

Nesse sentido, para o bom funcionamento, é preciso que a tributação considere mais do que a função arrecadatória, posto que possui outras funções, principalmente, no âmbito econômico, para qual os tributos, à luz da teoria da tributação ótima, ao passo em que arrecada o suficiente, devem distribuir riquezas ao menor custo e proporcionar: eficiência econômica – não interferir nos recursos dos agentes econômicos; simplicidade administrativa – deve ser de fácil administração; flexibilidade – reagir às alterações econômicas com facilidade; responsabilidade política – ser transparente; e, equânime – deve considerar as diferenças de cada contribuinte (SCHOUERI, 2023).

Ocorre que, principalmente na tributação sobre o consumo, a realidade demonstra que a tributação tem focado na arrecadação, o que impacta diretamente o mercado e a capacidade de consumo dos brasileiros, já prejudicados pela defasagem da tabela da base de cálculo do imposto de renda e, mais ainda, pela exagerada tributação sobre o consumo e a forma como esta é calculada, ou seja, integrando o valor dos produtos e dos serviços indistintamente da capacidade contributiva do consumidor, que seja pobre, seja rico, pagam os mesmos tributos.

Destarte, é inegável o impacto da tributação sobre o consumo no Brasil, o que acaba elevando os custos de vida dos brasileiros, notadamente, que gastam mais de um terço do ano para adimplir com a tributação. Isso

tem gerado questionamentos por parte dos juristas, do Poder Legislativo e do Poder Executivo, havendo propostas para aprimoramento do sistema tributário em andamento no país.

3 REFORMA TRIBUTÁRIA E O IMPACTO SOBRE O CONSUMO

As primeiras propostas de reforma tributária no país começaram a ser propostas na década de 1990, com fito de aprimorar o sistema e minimizar a carga tributária, bem como simplificar o sistema face aos inúmeros tributos existentes. Todavia, tão somente em 2019 fora que as discussões conseguiram força política para avançarem (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2023).

A complexidade do sistema e a elevada carga tributária ficam evidentes quando observada a existência de inúmeros impostos, que recaem, especialmente, no consumo. Entre os principais tributos, têm-se o ICMS e o ISS, que correspondem a boa parte da arrecadação estatal, haja vista a possibilidade de os Estados e os Municípios, no exercício de sua competência, cobrarem estes impostos das mais diversas atividades, abrangendo em larga escala o consumo.

Ao analisar o atual modelo tributário, em que há 27 legislações de ICMS e mais de 5 mil de ISS, percebe que o país tem um sistema tributário extremamente complexo, ao ponto de em atenção aos dados do Tesouro Nacional, asseverar que os produtos e os serviços produzidos e comercializados no país possuem um percentual de quase 34% (trinta e quatro por cento), dentro de seu valor agregado apenas de tributos, tendo em vista que sobre os produtos e os serviços produzidos, comumente incidem imposto sobre circulação de bens e mercadorias (ICMS) ou o imposto sobre serviço (ISS) e outros mais (TESOURO NACIONAL, 2022).

Desse modo, a tributação acaba impactado não só o consumo e a liberdade individual, mas também o desenvolvimento do Brasil em si,

quando dimensionado o impacto das obrigações tributárias, quer de pagar, quer dos deveres instrumentais.

Nesse contexto, encontram-se em tramitação perante as Casas Legislativas duas propostas de emenda à Constituição Federal de 1988. A primeira delas é a PEC nº 45/2019/CD, que, em síntese, objetiva: a criação de um imposto sobre bens e serviço único para todo país; unificação alíquotas em todo território nacional; distribuição receitas entre os entes na proporção ao saldo líquido entre débito e créditos do imposto arrecadado; estabelecimento de forma de transição entre o modelo tributário vigente e o proposto; vedação a concessão de benefícios fiscais.

E, a segunda, é a PEC nº 110/2019/SF, a qual também visa: a instituição de imposto sobre operações de bens e serviços (IBS); criação de um imposto sobre bens e serviços específicos (ISS); extinção da CSLL e incorporação ao imposto de renda; adoção de tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte; definição de critérios para devolução de tributos incidentes sobre serviços e bens de família de baixa renda; restrição à concessão de subsídio, de isenção, de redução, de concessão de crédito e de anistia; entre outras questões.

Gráfico 4 – Reforma tributária. Entenda a proposta.

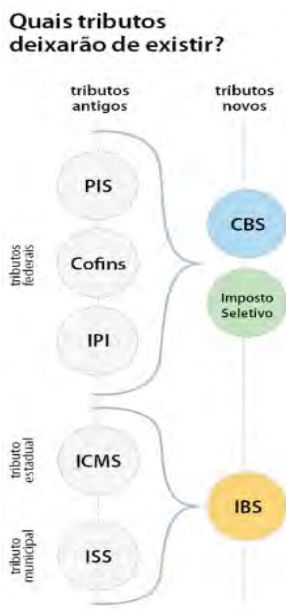
Cinco tributos em um



Fonte: Câmara dos Deputados.

Após a tramitação perante a Câmara Federal, a proposta da PEC 45/2019 segue em discussão no Senado Federal e, juntamente, com a PEC 110/2019, caminha para a aprovação da criação do IBS, que abrangerá o ICMS e ISS, o CBS e Imposto Seletivo como resultado da junção do PIS, Cofins e IPI.

Gráfico 5 – Quais tributos deixarão de existir?



Fonte: Agência Senado

Com a junção dos tributos, através da criação do imposto de valor agregado dual (IVA), perfectibilizado no IBS e no CBS, além da simplificação, haverá a redução da carga tributária sobre o consumo tendo em vista ser este o principal foco das duas propostas acima referidas, mas ainda assim permanecerá elevado quando comparado com outros países. Segundo a

Instituição Fiscal Independente (2023), estima-se que a tributação sobre o consumo, especificamente, pelo IVA dual fique entre 20% e 30%.

Nesse mote, muito embora as reformas já demonstrem um avanço, é preciso considerar a necessidade de utilização dos tributos em sintonia com a equidade, simplicidade, elasticidade, redução de custos, eficiência, segurança jurídica, entre outros, mormente a imprescindibilidade de correção das distorções atuais:

Há muito é demandada, no Brasil, uma reforma tributária que corrija as distorções do sistema tributário nacional vigente e sirva de plataforma para a dinamização da economia brasileira a partir de seus efeitos positivos no aumento da produtividade, do emprego, do produto, da competitividade e da eficiência. Um sistema tributário justo e eficiente é caracterizado por alguns princípios universais, consagrados e consensuais (Instituição Fiscal Independente, 2023, p. 16)

Caso as propostas não tragam em seu cerne as correções que a tributação sobre o consumo precisa para fomentar a produtividade, o emprego, o consumo, permanecerá com o modelo irracional e, assim, levando os contribuintes, principalmente, os assalariados ao estado de apropriação de renda, deixando-os, apenas com a “tanga”, segundo Becker (2004).

4 REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA SOBRE O CONSUMO COMO VETOR DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Conforme já asseverado, a tributação sobre o consumo no Brasil é expressiva, impactado diretamente os trabalhadores, que acabam dedicando boa parte do ano para financiar o atual modelo de arrecadação.

Pensar na redução da carga tributária e, portanto, no aumento do poder de compra dos consumidores, proporcionará o bem-estar e viabilizará o

fomento da economia e do Estado, sobretudo, quando comparado com outros países de elevada carga tributária, o Brasil continua tendo os piores índices de retorno de bem-estar social:

Entre os 30 países com a maior carga tributária, o Brasil CONTINUA SENDO o que proporciona o pior retorno dos valores arrecadados em prol do bem estar bem-estar da sociedade; - A Irlanda, seguida pelos Estados Unidos, Suíça, Coreia do Sul e Austrália, são os países que melhor fazem aplicação dos tributos arrecadados, em termos de melhoria da qualidade de vida de seus cidadãos; - Também tivemos como destaque, a Irlanda, que no último estudo figurava em 5º lugar e agora aparece na liderança, como o país que, mesmo com uma carga tributária não tão elevada, consegue dar à população, serviços públicos de qualidade. - O Brasil, com arrecadação altíssima e péssimo retorno desses valores, como último colocado, fica atrás, inclusive, de países da América do Sul, como Uruguai (12º) e Argentina (20º) (OLENIKE *et al*, 2018).

Dentro de contexto, faz-se necessário pensar na redução da carga tributária como sendo vetor para o desenvolvimento econômico, em suas diversas expressões, como a seara política, cultural, social, política (FEITOSA, 2012). Isso porque, a Constituição Federal de 1988 trouxe um grande programa de ações por parte do Estado, que só poderá concretizar quando equilibrar a arrecadação com as necessidades estatais e sem tolher os direitos dos contribuintes.

Sobre a perspectiva de uma sociedade capitalista e consumista, como é a brasileira, a partir do aumento da capacidade econômica individual, possibilitar-se-á a criação e a distribuição de oportunidades para toda coletividade. E essa não compete só ao setor privado, mas igualmente ao Estado, no tocante ao aspecto do desenvolvimento econômico, uma vez que não se pode querer oportunidade se não a conhece (DOWORKIN, 2019).

Para gerar oportunidades, todavia, não basta assentar direitos, o Estado deve agir para promovê-las. É o caso do Brasil:

Os valores abrigados no sistema jurídico devem determinar a ação estatal de modo que o Estado atue não apenas como instituição que reconhece formalmente os direitos. O papel do Estado brasileiro é promover de modo pleno, factível e válido cada um dos valores albergados no sistema constitucional, de modo que prevaleça a materialidade axiológica que orienta a racionalidade solidária, cada vez mais exigida, especialmente no contexto atual em que se vive a intensificação das crises socioeconômicas com a eclosão da crise sanitária da COVID-19 (ARAÚJO, 2021, p. 464).

No âmbito tributário, mais do que o assentamento de garantias, a exemplos dos inúmeros princípios constitucionais e disposições no CTN, é preciso efetivá-las. Nesse sentido, a reforma tributária sobre o consumo, para ser eficaz, deve ter como ponto de partida a perspectiva otimista da tributação, em que se conjuga eficiência econômica, simplicidade administrativa, flexibilidade, responsabilidade política e equânime (SCHOUERI, 2023), já que:

[...] o pressuposto de todo tributo deve ser um fato presuntivo de riqueza, esse fator deverá revelar uma capacidade econômica que justifique a incidência tributária (capacidade contributiva). É de se atentar que essa determinação, de pressuposição de fato que demonstre capacidade de contribuir se deriva do próprio ordenamento jurídico. Pois bem, para compreender a relevância da capacidade econômica enquanto pressuposto para a capacidade jurídica de contribuir para os custos do Estado, deve-se entender seu vínculo profundo com direitos fundamentais (BERNARDES; ELÓI, 17-18).

Sob o prisma da compreensão da capacidade contributiva, um recente exemplo do efeito tributário na relação de consumo no Brasil foi a redução

do IPI sobre os veículos automotivos realizada pelo Governo Federal, para entre outros, setor de veículos de baixa cilindradas e com valor inferior a R\$ 120 mil reais. Esses tiveram desconto no valor final de 1,5% a 10,79% (SCHAUN, 2023). A consequência, foi o aquecimento do mercado que estava lento, passando o setor a registrar alta nos licenciamentos no ano de aproximadamente 11,3% (ANFAVEA, 2023).

No tocante aos impactos com a arrecadação tributária, quando da redução da carga tributária, por consequência lógica, reduz-se a receita. Todavia, segundo a Carta Conjunta do IPEA, caso aprovadas as propostas em andamento, haverá um impacto positivo para maioria dos municípios (82%) e os estados (60%), posto que com a elevação do PIB ampliarão o percentual a ser obtido com a partilha das receitas tributárias (GOBETTI; MONTEIRO, 2023).

Assim, nota-se que a tributação, principalmente, sobre o consumo precisa ter conexão com a capacidade contribuição, mas não só isso, que seja compreendida a partir do viés otimista da tributação, para gerar oportunidades para os contribuintes, viabilizar o consumo, a manutenção de empregos, melhorar os níveis de bem-estar, equilibrar as receitas e, por tanto, possibilitar o desenvolvimento econômico plural.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo tributário vigente no Brasil tem sido objeto de debates desde a década de 90, após a instituição pela Constituição Federal de 1988. Contudo, mais recente fora que as discussões e a possibilidade alterações avançaram, através das PECs 45/2019/CD e 110/2019/SF.

Atualmente, muito se questiona a elevada carga tributária, principalmente, sobre o consumo. Com razão, pois, na forma posta, apesar de existir apenas cinco espécies tributárias, há muitos impostos, uma vez que a União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios detêm compe-

tência para instituí-los e cobrá-los tendo como fato gerador as mais diversas situações legalmente estabelecidas.

Os impostos são majoritariamente sobre o consumo, havendo ICMS, ISS, IPI, CSLL, PIS, II, entre outros, que somados e calculados dentro da cadeia de produção acabam reduzindo o poder de consumo da população, bem com exige que mais de um terço do ano calendário seja destinado ao pagamento de tributos.

Nesse sentido, as reformas tributárias postas pretendem simplificar o atual modelo com a criação de um IVA dual, que seria perfectibilizado por meio do IBS e da CBS, cuja abrangência passa a ser nacional. Afora a facilitação pela redução das legislações, espera-se a redução da carga tributária. Contudo, para além do assentamento de direitos nos termos normativos, é preciso efetivá-los.

Para tal, deve-se pensar na redução da carga tributária como sendo vetor para o desenvolvimento econômico, em suas diversas expressões, é um dos caminhos, mormente um grande programa de ações por parte do Estado, que só poderá concretizar quando equilibrar a arrecadação com as necessidades estatais e sem tolher os direitos dos contribuintes.

Desse modo, é fundamental que as reformas tributárias em andamento adotem como ponto de partida a visão ótima do tributo, com fito de elevar a produtividade, gerar emprego, fomentar o consumo, gerar segurança, eficiência tributária, especialmente, no âmbito com consumo, de modo que a redução da carga tributária seja vetor de desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

ANFAVEA. **Resultados de agosto e janeiro a agosto de 2023.** Set.2023. Ed. 448. Disponível em: <https://anfavea.com.br/carta-digital/2023/setembro/#p=3>. Acesso em: 09 set. 2023.

ARAÚJO, J.M.; CLARK, G.; PINTO, J. B. M. . Do subdesenvolvimento periférico a um desenvolvimento integrado aos direitos humanos. **Revista Veredas do Direito**. v. 19, p. 311-333, 2022.

BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval tributário**. 2. ed. 1 reimpressão. São Paulo: LEJUS, 2004.

BERNARDES, Flávio Couto; ELÓI, Pilar de Souza e Paula Coutinho. **Afinal, o que são tributos sobre o consumo?** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a1028301bbff33a4>. Acesso em: 03 set. 2023.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em: 07 set. 23.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07 set. 23.

BRASIL. Receita Federal. **Tributação de 2023**. Tabelas de incidência e deduções para cálculo do imposto sobre a renda das pessoas físicas (IRPF) em 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/meu-imposto-de-renda/tabelas/2023>. Acesso em: 09 set. 2023.

BRASIL. TESOUREIRO NACIONAL. **Carga tributária bruta do Governo Geral chega a 33,90% do PIB em 2021**. Disponível em: <https://www.gov.br/tesouronacional/pt-br/noticias/carga-tributaria-bruta-do-governo-geral-chega-a-33-90-do-pib-em-2021> Acesso em: 18 jan. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de emenda à Constituição nº 45, de 2019**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1728369&filename=PEC%2045/2019. Acesso em: 20 jan. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Reforma tributária**: o que está em discussão. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/reforma-tributaria-o-que-esta-em-discussao/index.html>. Acesso em: 02 set. 2023.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: linguagem e método. 6 ed. São Paulo: Noeses, 2015.

DWORKIN, Ronald. Um Estado Liberal pode Patrocinar a Arte? *In*: DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípios**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 329-347.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Direito econômico da energia e direito econômico do desenvolvimento. Superando a Visão Tradicional. *In*: FEITOSA, M. L. P. de A. M.; PEREIRA, M. M. F.; (Org.). **Direito econômico da energia e do desenvolvimento**: ensaios interdisciplinares. São Paulo: Conceito, 2012.

GOBETTI, Sérgio Wulff; MONTEIRO, Priscila Kaiser. Impactos redistributivos da reforma tributária: estimativas atualizadas. *In*: **IPEA**. Carta de conjuntura. Número 60. Nota de conjuntura 18. 3º Trimestre de 2023. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/wp-content/uploads/2023/08/230828_reforma_tributaria_cc_60_nota_18.pdf. Acesso em: 07 set. 2023.

INSTITUIÇÃO FISCAL INDEPENDENTE. **Relatório de acompanhamento fiscal**. 2023, nº 79. Disponível em: <https://abre.ai/iSoD>. Acesso em: 11 set. 2023.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MACIEL, Igor Barbosa Beserra Gonçalves; OLIVEIRA, Bruno Bastos de. A defasagem na tabela de cálculo do imposto sobre a renda pessoa física: uma afronta às limitações ao poder de tributar e ao desenvolvimento econômico e social. *In: Revista de Direito Tributário e Financeiro*, e-ISSN: 2526-0138, Curitiba, v. 2. n. 2. p. 141- 159. Jul/Dez. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitotributario/article/download/1340/pdf>. Acesso em: 11 set. 2023.

OLENIKE, João Eloi; AMARAL, Gilberto Luiz do; AMARAL, Letícia Mary Fernandes do. **Estudo sobre carga tributária/PIB X IDH**. Cálculo do IRBES (Índice de Retorno de Bem Estar À Sociedade). Edição: maio 2018. Disponível em: <http://ibpt.impostometro.s3.amazonaws.com/Arquivos/ESTUDO+CARGA+TRIBUT%C3%81RIA-PIB+X+IDH++IRBES+-+2018.pdf>. Acesso em: 01 set. 2023.

SCHAUN, André. **Qual é o impacto econômico do novo incentivo à indústria para carros populares**. *In: Portal Auto Esporte, Seu Bolso*. 2023. Disponível em: <https://autoesporte.globo.com/seu-bolso/noticia/2023/05/qual-o-impacto-economico-do-novo-incentivo-a-industria-para-carros-populares.ghtml>. Acesso em: 08 set. 2023.

SCHOUERI, Luís E. **Direito tributário**. Disponível em: Minha Biblioteca, 12th edição. Editora Saraiva, 2023.

SENADO FEDERAL. **Proposta de emenda à Constituição nº 110, de 2019**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7977850&ts=1674175504789> . Acesso em: 21 ago. 2023.

SENADO FEDERAL. **Senadores já discutem mudanças na reforma tributária**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/07/24/senadores-ja-discutem-mudancas-na-reforma-tributaria>. Acesso em: 08 set. 2023.

SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **A defasagem na correção da tabela do imposto de renda da pessoa física.** Brasília-DF, 2023.

Disponível em: https://www.sindifisconacional.org.br/wp-content/uploads/2023/01/Defasagem_IR_1996_a_2022_Janeiro_2023_10_01_IPCA_IBGE_Revisado-1.pdf. Acesso em: 10 set. 2023.

WORLD BANK. BANK. **Doing Business 2019.** Disponível em:

https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf. Acesso em: 04 set. 2023.

CAPÍTULO X

A HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS APROVADOS ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL 45

Itallo Ramos Galvão⁴³

RESUMO

O Brasil internalizou diversos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos sob a égide da CRFB/1988, todavia a hierarquia destes no ordenamento jurídico interno sempre foi alvo de debates nos tribunais e na doutrina, estes debates tomaram um rumo importante quando houve a promulgação da EC 45/2004, que, dentre outros efeitos, adicionou o §3º ao Artigo 5º da CRFB/1988, dispondo que os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos terão equivalência de Emenda Constitucional, caso sejam aprovados pelo rito e quórum exigidos. Todavia, a norma foi silente quanto à sua abrangência temporal e isso levantou uma questão importante que serviu como problema de pesquisa: Os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos promulgados antes da EC 45/2004 têm hierarquia constitucional? Para a resposta do problema, o objetivo geral do artigo foi analisar criticamente o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia

43 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES-UNITA) e Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ-UFPB). Advogado.

dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos promulgados antes da EC 45/2004 no ordenamento jurídico brasileiro, para se atingir esse objetivo, o desenvolvimento da pesquisa foi dividido em tópicos, o primeiro deles trata sobre a mudança constitucional de 1988 e suas características gerais, subdividindo-se para elucidar a recepção dos Tratados e Convenções sobre Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, antes e depois da EC 45/2004. O segundo tópico é dedicado à análise do tratamento que os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos promulgados antes da EC 45/2004, sendo subdividido em dois para analisar, primeiramente, a tese da Supralegalidade, que é o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal e no segundo momento, analisar a tese da Constitucionalidade. Em aspectos metodológicos, a pesquisa foi uma análise crítica pelo método comparativo qualitativo dos elementos gerais das teses da Supralegalidade e da Constitucionalidade, as técnicas de pesquisa utilizadas foram a bibliográfica e a documental, se valendo de artigos científicos, teses, dissertações, livros e acórdãos para a compreensão dos objetos a serem comparados e discutidos. A conclusão atingida pela pesquisa é de que a tese da Constitucionalidade dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos promulgados antes da EC 45/2004 é a mais lógica e mais adequada à interpretação sistemática da CRFB/1988 e seus princípios.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Emenda Constitucional 45; Tratados e Convenções; Supralegalidade; Constitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988 teve um cenário desafiador em seu nascimento e promulgação. Tendo sido promulgada após uma Ditadura Militar que permaneceu 21 anos no governo, o cenário brasileiro apresentava acentuação da desigualdade social, além de grave crise econômica (VICENTINO; DORIGO, 2010).

Após a ditadura, a pauta de Direitos Humanos ganhou evidência e a CRFB/1988, visando garantir os Direitos Fundamentais, a CRFB/1988

recebeu mecanismos para abertura aos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos dos quais o Brasil fosse signatário (UPRIM-NY, 2011).

Em matéria de recepção de Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, no ano de 2004, a CRFB/1988 recebeu a Emenda Constitucional nº 45 - EC 45/2004, que acrescentou o parágrafo 3º no seu artigo 5º⁴⁴, dispondo que Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos terão equivalência de Emenda Constitucional, após aprovação nas casas legislativas (BRASIL, 1988; LEITE, 2006; SARLET, 2011a).

A entrada do referido parágrafo na CRFB/1988 rendeu uma série de discussões e análises do impacto dessa regra, sendo propostas também, uma série de soluções para esse impasse (GALINDO, 2005; LEITE, 2006; MAZZUOLI, 2008; PIOVESAN, 2008; SARLET, 2011a).

Um dos questionamentos levantados, se refere à situação dos tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos e que foram incorporados ao ordenamento jurídico interno antes da EC 45/2004: Esses tratados e convenções têm equivalência constitucional?

Para tal, o objetivo geral deste artigo é analisar, criticamente, o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal – STF sobre a hierarquia dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos promulgados antes da EC 45/2004 no ordenamento jurídico brasileiro.

Para se atingir o objetivo geral, alguns objetivos específicos foram percorridos, o primeiro deles é elucidar as mudanças gerais provocadas pelo advento da CRFB/1988, em matéria de Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, o segundo objetivo específico foi compreender como esses documentos internacionais eram recepiona-

44 Nestes termos: § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

dos antes da EC 45/2004 e o que mudou após a promulgação da referida Emenda Constitucional e o terceiro foi elucidar as teses da Supralegalidade e da Constitucionalidade dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos promulgados antes da EC 45/2004, bem como, o posicionamento do STF sobre o tema.

Por fim, este artigo é uma análise realizada pelo método comparativo qualitativo, com o fim de analisar, criticamente, os elementos gerais das teses da Supralegalidade e da Constitucionalidade (MARCONI; LAKATOS, 2003; GOMES; MAZZUOLI, 2009).

As técnicas de pesquisa foram bibliográfica e documental, para tal, foram pesquisados artigos científicos, teses, dissertações e acórdãos sobre o tema, visando a construção de novos pontos de vista, contudo, sem intenção de exaurir a extensa discussão do tema (MARCONI; LAKATOS, 2003).

2 MUDANÇA CONSTITUCIONAL DE 1988 E SUAS CARACTERÍSTICAS GERAIS

Após o fim da ditadura militar no Brasil em 1985, além da redemocratização, o Brasil passou a discutir mudanças na área constitucional, esse processo culminou em 1988, na promulgação da atual Constituição do Brasil (BRASIL, 1988; VICENTINO; DORIGO, 2010; UPRIMNY, 2011; NEGRÃO; RIBEIRO, 2021).

A CRFB/1988 deu início ao que seria uma característica replicada nas demais Constituições sul-americanas, que é a tendência a ratificar e receber na ordem jurídica interna, os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, ainda, lhe conferindo um tratamento diferenciado dado sua especialidade, por vezes em igualdade ou até, em alguns casos, acima da Constituição (ABREGÚ, 2004; PIOVESAN, 2008; UPRIMNY, 2011; TEIXEIRA; SPAREMBERGER, 2016; GUSSOLI, 2019).

Essa característica visava não apenas um fortalecimento democrático, mas também, para demonstrar para a comunidade internacional a superação das práticas de supressão de direitos por motivação estritamente política (PIOVESAN, 2008; MONTARGIL et al, 2016).

2.1 A recepção dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos na CRFB/1988 antes da EC 45/2004

Sobre a modalidade de recepção desses compromissos na ordem jurídica interna, há de se observar que existem aspectos técnico-legislativos de cada país, que são específicos para definir a posição desses compromissos na esfera jurídica interna (AYALA CORAO, 2002; ABREGÚ, 2004).

Na CRFB/1988, antes da entrada da EC 45/2004, os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos entravam na ordem jurídica interna via Decretos Presidenciais, após aprovação pelo Congresso, em obediência aos artigos 49, I⁴⁵ e 84, VIII⁴⁶ da CRFB/1988, como exemplos, podemos citar o Decreto nº 40/1991 (Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985), o Decreto nº 678/1992 (Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969) e o Decreto nº 3.087/1999 (Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional de 1993) (LEITE, 2006; BORGES; JACOBUCCI, 2021).

Todavia, o texto original da CRFB/1988 não explicitou a posição ocupada pelos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos recepcionados na ordem jurídica brasileira e se limitou a mencionar no parágrafo 1º do Artigo 5º⁴⁷, que os Direitos e Garantias constitucionais terão

45 Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

46 Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

47 Nestes termos: § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

aplicação imediata e no parágrafo 2º do Artigo 5º⁴⁸, de forma geral, que os estes direitos e garantias não excluem outros decorrentes de acordos internacionais que o Brasil se comprometa (BRASIL, 1988; GALINDO, 2005; NEGRÃO; RIBEIRO, 2021).

Para Cançado Trindade (1999), que elaborou e propôs a inclusão do referido parágrafo na CRFB/1988, este teria, em conjunto com o parágrafo 1º do Artigo 5º da CRFB/1988, a intenção de colocar os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos em nível de equivalência com a Constituição, o que também é defendido por Piovesan (2008), sendo ainda defendido em alguns entendimentos no âmbito do STF (BRASIL, 2008), como veremos em maiores detalhes adiante.

As discussões sobre a posição que os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos ocupavam no ordenamento jurídico se intensificaram quando o STF analisou o HC 72.131 em 1995, de acordo com Galindo (2005, p. 122):

Esse quadro começou a mudar de maneira marcante após ter sido submetido ao Supremo Tribunal Federal questões relativas principalmente à possibilidade da prisão por dívidas no Brasil em face da Convenção Americana de Direitos Humanos e, posteriormente, do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos. [...] O julgamento do caso pelo Supremo Tribunal Federal intensificou o debate sobre a estatura hierárquica dos tratados de direitos humanos.

No âmbito do STF, o atual entendimento sobre a posição hierárquica dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos foi definido em 2008 quando a tese da Supralegalidade foi firmada, sobre essa tese, trataremos em mais detalhes no terceiro tópico deste artigo.

48 Nestes termos: § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

2.2 A recepção dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos na CRFB/1988 depois da EC 45/2004

O advento da EC 45/2004, dentre outras mudanças, contemplou um novo *status* para Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

A referida emenda constitucional acresceu o parágrafo 3º ao Artigo 5º⁴⁹ da CRFB/1988, estabelecendo que Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, desde que aprovados na Câmara dos Deputados e no Senado, terão equivalência de Emenda Constitucional (BRASIL, 1988; LEITE, 2006; SARLET, 2011a; MELO; BONATO, 2017).

A despeito do novo parágrafo, a entrada de Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, ainda se dá através da promulgação de Decretos Presidenciais, mesmo que aprovados pelo rito do parágrafo supramencionado (LEITE, 2006).

Como exemplos de Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos aprovados após a promulgação do parágrafo 3º do Artigo 5º da CRFB/1988, temos o Decreto nº 6.949/2009 (Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo) e o Decreto nº 10.932/2022 (Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância) (BORGES; JACOBUCCI, 2021).

Assim, apesar de estarem expressos em Decretos, esses Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos são considerados normas constitucionais pela sua especialidade, ou seja, pelo aspecto material (MELO; BONATO, 2017).

Nesse sentido de aspecto material, Sarlet (2011b, p. 80) dispõe que estes são “[...] direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem

49 Nestes termos: § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

cem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando em seu catálogo.’’

Contudo, segundo o mesmo autor (2011a) há que se considerar uma separação do campo material e do formal, linha que é também seguida, majoritariamente, pelo STF (BRASIL, 2008).

3 CRÍTICAS AO TRATAMENTO DA EC 45/2004 PARA OS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS PROMULGADOS ANTES DA EMENDA

Embora a EC 45/2004, ao acrescentar o parágrafo 3º ao Artigo 5º da CRFB/1988, tenha consagrado uma posição destacada no ordenamento jurídico para os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, o legislador deixou a redação do parágrafo omissa no que se refere à abrangência temporal da regra ali contida, levantando a questão se os documentos supramencionados anteriormente promulgados teriam valor diferente dos que fossem aprovados após a EC 45/2004 (FONTENELE, 2007).

Sobre a hierarquia dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos aprovados antes da promulgação da EC 45/2004, trataremos pelo menos, das duas correntes doutrinárias principais nos subtópicos seguintes, sendo elas a Supralegalidade e a Constitucionalidade.

3.1 Sobre a supralegalidade dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos

No que pese a redação do parágrafo 3º do Artigo 5º da CRFB/1988, o atual entendimento do STF e de uma parcela da doutrina é de que os Tratados e Convenções internacionais sobre Direitos Humanos cuja aprovação seja anterior à EC 45/2004 teriam caráter supralegal, ou seja, sua posição

no ordenamento jurídico está acima de demais leis ordinárias, mas abaixo, apenas, da CRFB/1988 (BRASIL, 2008; PIOVESAN, 2008; RAMOS, 2009; SARLET, 2011a; MAUÉS, 2013; CALDAS, A., 2017; BORGES; JACOBUCI, 2021; NEGRÃO; RIBEIRO, 2021).

Em defesa da tese de suprallegalidade dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos anteriores à EC 45/2004, o Ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, proferiu voto no Recurso Extraordinário 349.703-1/RS, onde dispôs o seguinte:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de suprallegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, **diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de suprallegalidade.**

Em outros termos, **os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico.** Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. (BRASIL, 2008, p. 727). **(Grifo nosso)**

Ainda, o mesmo ministro, tratando a respeito do parágrafo 3º do Artigo 5º da CRFB/1988, dá a seguinte interpretação:

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente (sic) de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais. (BRASIL, 2008, p. 717)

Em termos práticos, o entendimento acima descrito, sobre a abrangência temporal do parágrafo 3º do Artigo 5º da CRFB/1988, teve o condão de suprir uma omissão do texto constitucional que, embora quisesse assegurar a hierarquia constitucional dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos anteriores à EC 45/2004, não explicitou tal abrangência, possibilitando o assentamento da tese da Supralegalidade.

Logo, trata-se de uma interpretação literal do texto constitucional que, embora tenha sido predominante, não foi unânime no julgamento do Recurso Extraordinário 349.703-1/RS, com destaque para o voto do, agora, ex-ministro do STF, Celso de Mello, que proferiu voto pela hierarquia constitucional dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos anteriores à EC 45/2004 (BRASIL, 2008; CALDAS, R., 2013).

Sobre as razões para esse entendimento ter sido adotado pelo STF, Maués (2013) aponta três razões que valem o destaque:

- a) a supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, consubstanciada na possibilidade de controle de constitucionalidade inclusive dos diplomas internacionais;
- b) o risco de uma ampliação inadequada da expressão “direitos humanos”, que permitiria uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna;
- c) o entendimento que a inclusão do parágrafo 3º do artigo 5º implicou reconhecer que os tratados ratificados pelo Brasil antes da EC nº 45 não podem ser comparados às normas constitucionais. (ps. 218-219)

Apesar de ser o entendimento emanado em precedente do STF e seguido pelos demais Tribunais brasileiros, o tema da posição hierárquica dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos promulgados antes de 2004 ainda é alvo de uma série de debates entre, pelo menos, quatro correntes doutrinárias sendo elas: legalidade, supralegalidade (adotada pelo STF), constitucionalidade e supraconstitucionalidade (GOMES; MAZZUOLI, 2009).

Não é a proposta deste artigo examinar cada uma dessas correntes, todavia, passaremos a demonstrar a corrente que acreditamos melhor dialogar com a posição hierárquica dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos promulgados antes de 2004, que é a da Constitucionalidade.

3.2 Sobre as discussões da hierarquia constitucional dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos promulgados antes de 2004

Já na regência da CRFB/1988 e antes da promulgação da EC 45/2004, alguns importantes Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, promulgados tanto pela Organização dos Estados Americanos – OEA e pela Organização das Nações Unidas – ONU, foram ratificados e recepcionados na ordem jurídica interna brasileira.

Como exemplos, podemos citar: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994, entre outros (PIOVESAN, 2008; BORGES; JACOBUCCI, 2021).

Sobre esses Tratados e Convenções internacionais sobre Direitos Humanos promulgados antes da EC 45/2004, Cançado Trindade (1999) defende a hierarquia constitucional daqueles nos seguintes termos:

O propósito do disposto nos parágrafos 2 e 1 do artigo 5 da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional. [...] Desde a promulgação da atual Constituição, a normativa dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é Parte tem efetivamente nível constitucional, e entendimento em contrário requer demonstração. (ps. 67-68)

Desta forma, a entrada do parágrafo 3º no Artigo 5º da CRFB/1988, teria o intuito único de reforçar, desta vez expressamente, a hierarquia constitucional dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, que já estaria consagrada pelo parágrafo 2º do Artigo 5º da CRFB/1988 (PIOVESAN, 2008; MELO; BONATO, 2017).

Nesse sentido, vale destacar ao menos três razões que Piovesan (2013) elenca para considerar os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos promulgados antes da EC 45/2004 como sendo detentores de hierarquia constitucional, sendo elas:

- a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional;
- b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos;
- c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; (p.129)

Sobre a primeira, é importante considerar que essa interpretação sistemática ainda vai além dos parágrafos citados pela autora, tendo em vista que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, descritos no artigo 1º da CRFB/1988 é a Dignidade da Pessoa Humana (BRASIL, 1988) protegida até por documentos como os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, autorizados a produzir efeitos imediatos no Brasil pela norma do parágrafo 2º (CANÇADO TRINDADE, 1999).

Ainda, sobre a segunda razão, esta pode ser interpretada como sendo derivada do princípio da máxima proteção dos Direitos Humanos e da prioridade destes (DANTAS, 2012). E por serem considerados como equivalentes à Constituição, segundo essa corrente doutrinária, estariam aplicados aos Direitos Humanos também o princípio constitucional da aplicabilidade imediata (PIOVESAN, 1996).

Ademais, é importante frisarmos a terceira, posto que se trata de um argumento central para a defesa da tese da hierarquia constitucional dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos promulgados antes da EC 45/2004, que trata dos anacronismos (CANÇADO TRINDADE, 1999; PIOVESAN, 2008, 2013).

O anacronismo a ser evitado consiste no tratamento diferente dado a documentos interdependentes entre si, por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 que foi internalizada antes da EC 45/2004, no atual entendimento do STF, tem valor supralegal. Todavia, se um protocolo adicional derivado daquele fosse criado e ratificado pelo Brasil, votado internamente pelo rito do parágrafo 3º do Artigo 5º da CRFB/1988 e aprovado, este receberia a posição de Emenda Constitucional.

Nisto consiste o anacronismo judicial, um documento principal tendo posição hierárquica inferior no ordenamento jurídico enquanto um protocolo adicional derivado do primeiro, ter a possibilidade de ser posto em posição mais elevada no ordenamento jurídico interno (PIOVESAN, 2008, 2013).

Além disto, Piovesan (2013) tratando acerca do procedimento realizado para recepção dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos antes da EC 45/2004, dispôs nestes termos:

Observe-se que os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004 contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, inclusive, o quorum (sic) dos três quintos dos membros em cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, mas em um único turno de votação em cada Casa, uma vez que o procedimento de dois turnos não era tampouco previsto. (p. 128)

Primeiramente, é importante elucidar a questão da votação em dois turnos, citada pela autora como sendo inexistente àquele tempo.

Essa afirmação se refere ao procedimento específico de internalização dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos antes da EC 45/2004 que, apesar destes serem recepcionados com *status* de norma materialmente constitucional, tinham votações por maioria simples, embora na prática tenha contado com grande adesão dos parlamentares, conforme a autora. Todavia, os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos não estavam sujeitos ao procedimento de votação das Emendas Constitucionais, o qual já era previsto a votação em dois turnos com um quórum de três quintos de cada Casa Legislativa (BRASIL, 1988; SARLET, 2011a).

Entrando em detalhes do exposto acima, significa dizer que os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos recepcionados antes da EC 45/2004 tiveram suas votações pelas regras constitucionais ao tempo de sua aprovação, para terem hierarquia constitucional no Brasil, ou seja, tratam-se de “atos legislativos perfeitos” (FONTENELE, 2007, p. 108) cuja EC 45/2004 não retirou esse *status* constitucional.

Por fim, no âmbito do STF, no que pese ter sido o entendimento vencido no Recurso Extraordinário 349.703-1/RS (BRASIL, 2008; CALDAS, R., 2013), é importante destacar as considerações do, atualmente, ex-ministro do STF, Celso de Mello, endossando o entendimento de que os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos recepcionados antes da EC 45/2004 têm hierarquia constitucional. O referido ex-ministro assim dispôs sobre o tema:

[...] **as convenções internacionais de direitos humanos** celebradas **antes** do advento da EC nº 45/2004, **pois**, quanto a elas, **incide o § 2º** do art. 5º da Constituição, **que lhes confere** natureza **materialmente** constitucional, **promovendo** sua integração **e fazendo** com que se subsumam **à noção mesma** de bloco de constitucionalidade. **(Grifos do autor)** (BRASIL, 2008, p. 822)

Assim, demonstra-se que o tema é extremamente controverso, tanto no âmbito do STF, quanto na doutrina especializada.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo levantamento realizado entre as principais correntes doutrinárias sobre o objeto da pesquisa, é razoável concluir pela hierarquia constitucional dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos promulgados antes da EC 45/2004.

O primeiro ponto dessas conclusões se dedica ao parágrafo 3º do Artigo 5º da CRFB/1988. Como explicado no desenvolvimento deste artigo, o já mencionado parágrafo teve a intenção de reforçar os parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo e, ainda, pacificar as discussões acerca da posição no ordenamento jurídico brasileiro dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, todavia, a redação daquele foi omissa a respeito da abrangência temporal desta regra.

Embora a redação do parágrafo 3º não tenha sido a mais adequada, o entendimento firmado sobre ele é bem menos adequado.

Sua intenção de reafirmar o caráter e a posição constitucionais desses Tratados e Convenções, já adquiridos pelos parágrafos 1º e 2º do Artigo 5º da CRFB/1988, foram transformadas, pelo entendimento da supralegalidade, num empecilho a esse reconhecimento constitucional e um rebaixamento dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos promulgados antes da EC 45/2004 na ordem jurídica brasileira.

Desta maneira, ao retirar a posição de equivalência constitucional dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos promulgados antes da EC 45/2004, o entendimento da supralegalidade destes cuidou, apenas, de estabelecer um processo mais restrito e lento ao reconhecimento e proteção dos Direitos Humanos no Brasil, algo que, numa interpretação sistemática da CRFB/1988, fere as bases democráticas do país.

O segundo ponto que concluímos é que a tese da supralegalidade, no que pese ter a intenção de garantir posição destacada no ordenamento jurídico interno aos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos promulgados antes da EC 45/2004, cria uma situação juridicamente anacrônica, uma verdadeira ilogicidade.

Alguns desses documentos, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, por exemplo, são fontes de extrema importância para o nosso ordenamento jurídico, em matéria de Direitos Humanos. Frise-se também que dela decorrem outros Tratados, Convenções e Protocolos que poderiam ter hierarquia constitucional em detrimento do documento basilar que estaria posto abaixo da Constituição Federal, pelo entendimento desta tese.

Ainda, o catálogo de Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal, por força expressa dos parágrafos 1º e 2º do Artigo 5º da CRFB/1988, está aberto a coexistir com novos direitos, os quais o Brasil se compromete a viabilizar perante a comunidade internacional de países e isto não necessariamente implicaria uma afronta à CRFB/1988, vez que esses documentos internacionais têm mecanismos próprios de controle, são analisados e votados internamente para que não haja incompatibilidades com o disposto na Carta Magna, sendo possível também, a reserva de um país no momento da ratificação, quanto a algum artigo ou alínea que se revele incompatível com a ordem jurídica.

Logo, a tese da supralegalidade dos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos internalizados antes da EC 45/2004 padece de lógica clara, adequada e razoável em relação ao que a CRFB/1988 já previa desde o seu texto original, bem como aos seus princípios norteadores.

Por fim, a tese da Constitucionalidade dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos promulgados antes da EC 45/2004 se revela como sendo a mais adequada à situação objeto deste artigo.

As razões para essa conclusão residem na própria leitura sistemática da CRFB/1988, para além dos parágrafos 1º e 2º do Artigo 5º, podemos

citar o Artigo 1º, inciso III⁵⁰ e o Artigo 4º, inciso II⁵¹. Ademais, a ordem democrática reinstalada e protegida pela promulgação da CRFB/1988 tem como um de seus pilares os Direitos Humanos, nas palavras de Flávia Piovesan (2019, p. 69): “Não há direitos humanos sem democracia, tampouco democracia sem direitos humanos.”.

Assim, uma revisão do entendimento da Supralegalidade por parte do STF, seria muito desejável para o fortalecimento da proteção dos Direitos Humanos, bem como do regime democrático no Brasil, especialmente num contexto onde discursos contra os Direitos Humanos têm voltado a ganhar adeptos.

REFERÊNCIAS

ABREGÚ, Martín. La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción. In: ABREGÚ, Martín et al, (org.). **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**. 1. ed. Buenos Aires-ARG: Editores del Puerto, 2004. cap. Introducción, p. 3-31. ISBN 987-9120-24-8

AYALA CORAO, Carlos M. La Jerarquía Constitucional de los Tratados Relativos a Derechos Humanos y sus Consecuencias. *In: Derecho internacional de los derechos humanos: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: [s. n.], 2002. p. 37-88.

BORGES, André Luiz Machado; JACOBUCCI, Fabrizio. A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos em perspectiva: reflexos das diferentes hierarquias no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Ciências do Estado**, v. 6, n. 2, p. 1-20, 2021.

50 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;

51 Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos;

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de Outubro de 1988**, Brasília – DF. Disponível em: <https://bit.ly/3iPSLHW>. Acesso em: 11 de dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 349.703-1/RS**, Brasília-DF, 2008.

CALDAS, Alyne Mendes. TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS: supralegalidade ou constitucionalidade?. **Revista do Curso de Direito | UFMA**, [S. l.], v. 2, n. 4, p. 78–109, 2017.

CALDAS, Roberto de Figueiredo. O Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade no Brasil. **Anuario de derecho constitucional latinoamericano**, n. 13, 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 36, p. 27, 1999.

DANTAS, Carla. Direito de Petição do Indivíduo no Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos. **SUR-Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 9, p. 17, 2012.

FONTENELE, Alysson Maia. **Incorporação e aplicabilidade dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos no direito brasileiro à luz dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. 2007.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O § 3º do art. 5º da Constituição Federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, n. 6, p. 121-132, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional?. **Revista de Direito**, v. 12, n. 15, 2009.

GUSSOLI, Felipe Klein. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba-PR, v. 6, n. 3, p. 703-747, set./dez. 2019.

LEITE, Simírame Pereira. Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos na constituição de 1988 após a emenda constitucional nº. 45. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 7, n. 77, 2006.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo-SP: Editora Atlas S.A., 2003. 311 p. ISBN 85-224-3397-6.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 10, n. 18, p. 215-235, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes**. Tese de Doutorado em Direito. Porto Alegre (RS): Universidade Federal do Rio Grande do Sul/Faculdade de Direito, 2008.

MELO, Juliane Andréa de Mendes Hey; BONATO, Ariadne da Silveira. Cláusula de abertura dos direitos fundamentais e status hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v. 5, n. 9, p. 274-305, 2017.

MONTARGIL, Stephanie. et al. Privação dos Direitos Humanos na ditadura militar brasileira: o papel da Comissão Nacional da Verdade e o resgate da identidade dos presos políticos. **Caderno de Graduação - Ciências Humanas e Sociais - UNIT - SERGIPE**, [S. l.], v. 3, n. 3, p. 87, 2016.

NEGRÃO, Sofia Sewnarine; RIBEIRO, Cristina Figueiredo Terezo. A incorporação de direitos e garantias individuais: Uma análise da Assembleia Nacional Constituinte à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos. **Revista de Direitos Humanos em Perspectiva**, v. 7, n. 2, p. 92-108, 2022.

PIOVESAN, Flávia. O direito internacional dos direitos humanos e a redefinição da cidadania no Brasil. **Justiça e democracia: revista semestral de informação e debate**, n. 2, p. 109-118, 1996.

PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. **O novo constitucionalismo moderno na era pós-positivista. Homenagem a Paulo Bonavides**, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional** – 14. ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 9. ed. atual. São Paulo-SP: Saraiva Educação, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 104, p. 241-286, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. **Espaço Jurídico: Journal of Law**, v. 12, n. 2, p. 325-344, 2011a.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011b.

TEIXEIRA, João Paulo Allain; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Neoconstitucionalismo Europeu e Novo Constitucionalismo Latino-americano: Um diálogo possível?. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 3, n. 1, p. 52-70, 2016.

UPRIMNY, Rodrigo. The Recent Transformations of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges. **Texas Law Review** - Vol.89. ps. 1587-1609. 2011.

VANOSI, Jorge R. Los tratados internacionales ante la reforma de 1994. In: ABREGÚ, Martín et al, (org.). **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**. 1. ed. Buenos Aires-ARG: Editores del Puerto, 2004. Parte I, p. 105-113. ISBN 987-9120-24-8

VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História Geral e do Brasil**. 1. ed. São Paulo-SP: Scipione, 2010. 832 p.

CAPÍTULO XI

VIOLAÇÃO OU DIREITO FUNDAMENTAL: A PENA DE MORTE PREVISTA NO ART. 5º, XLVII, “A”, DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988, AO LUME DO CANDEIEIRO DO DIREITO POSITIVO

Jackson Santos Pereira⁵²

RESUMO

A previsão da pena de morte prevista no art. 5º, XLVII, “a”, da Constituição brasileira de 1988 delimita o objeto deste trabalho que foi uma indagação sobre o caráter da pena de morte ser uma violação ou direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse enfoque, teve-se como objetivo debater criticamente o “*locus*” da pena de morte na Constituição brasileira, demonstrando a importância da proteção da vida como direito fundamental do homem e como forma de respeito ao supraprincípio da dignidade da pessoa humana. Utilizou-se como metodologia a abordagem qualitativa e como procedimento técnico o estudo bibliográfico, valendo-se do método indutivo para propositura das justificativas que fundamentam esse dualismo hermenêutico. Para tanto, trabalhou-se a possibilidade da aplicação excepcional da pena de morte, executada por fuzilamento no Brasil,

52 Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Pós-graduado em Direito Público – lato sensu – pelo Gran Centro Universitário. Bacharel em Direito e licenciado em Letras - Português (ambos pela Universidade Estadual da Paraíba). Analista previdenciário-jurídico do Instituto de Previdência do Município de João Pessoa.

prevista na parte especial do Código Penal Militar brasileiro, relacionando alguns conceitos teóricos, à luz do Direito positivo, apresentando-se as ideias antagônicas que possuem uma possível justificativa dessa pena estar inserta na parte que trata dos direitos fundamentais na Constituição brasileira, e, realizou-se uma análise lógico-científica do fundamento de validade dessa norma no contexto constitucional. A partir de uma conclusão lógica, tentou-se mostrar que sem o direito à vida, não há como o Direito defender a liberdade, a propriedade, a igualdade, entre outros direitos fundamentais. E ao que parece, a defesa da nação parece ser a justificante da violação à vida do cidadão pela Constituição. Demonstrou-se que a Constituição brasileira ao adotar os direitos fundamentais como cláusulas pétreas enrijeceu o sistema para defendê-lo, ademais, o sistema jurídico se apresenta como sistema de defesa da sociedade, mas, uma defesa errônea pode gerar uma desproteção, ou ainda, aparentar uma realidade que afronta a segurança e sentido dos direitos fundamentais. Concluiu-se que no campo de proteção da dignidade da pessoa humana a função dos direitos fundamentais é manter a operacionalidade do sistema social através da defesa do indivíduo na sua relação com o Estado.

Palavras-chave: Constituição brasileira de 1988. Direito positivo. Pena de morte. Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana.

1 INTRODUÇÃO

A significação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro reflete a ideologia da sociedade político-jurídica implantada na Constituição brasileira de 1988. Percebe-se imanente a seletividade na escolha dos valores que irão conduzir a sociedade civilizada nessa Constituição, pois do ponto de vista puramente histórico, os juízos efetivos dos fenômenos culturais devem ser interpretados tendo como critério básico o seu contexto próprio, sem contemplar particularmente a época em que vivemos.

Nesse sentido, entender a construção teórico-semântica dos direitos fundamentais determinados positivamente pelo Estado brasileiro permite uma reflexão sobre o porquê de existir a pena de morte no art. 5º, da

Constituição brasileira de 1988, onde consta um rol não exaustivo daqueles direitos considerados fundamentais ao ser humano. Hodiernamente, compreende-se que os direitos fundamentais tentam, em sentido amplo, minimizar os efeitos cruéis e supressores do Direito positivo imposto pelo Estado, prevalecendo-se da proteção do supraprincípio da dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, este trabalho tem como objeto uma crítica sobre o caráter da pena de morte ser uma violação ou direito fundamental na Constituição brasileira de 1988. Seria o artigo 5º, o local adequado a pena de morte no Brasil? Ora, em um país que zela pela proteção da dignidade da pessoa humana, justifica-se inserir esse tipo de pena que viola o bem mais precioso do ser humano, ou seja, a própria vida? Dessa forma, tem-se como objetivo debater criticamente o “*locus*” da pena de morte na Constituição brasileira de 1988, demonstrando a importância da proteção da vida como direito fundamental do homem.

Diante disso, por meio de uma abordagem qualitativa e tendo como procedimento técnico o estudo bibliográfico, será utilizado o método indutivo, compreendendo-o como sendo aquele “processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas” (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 86).

Trata-se de uma investigação hermenêutica do art. 5º, XLVII, “a”, da Constituição brasileira de 1988, tendo como foco o debate sobre a permissão da pena de morte no Brasil, mesmo como exceção, mas inserida na parte da Constituição que aborda os direitos e deveres individuais e coletivos, essencialmente, os direitos fundamentais.

Ademais, a previsão em parte especial do Código Penal Militar brasileiro traz a execução dessa pena por fuzilamento sendo elevada em nível constitucional a denominação de cláusulas pétreas que produzem um paradoxo quanto à função dos direitos fundamentais na sociedade.

Nesse aspecto, este trabalho é dividido nas seguintes partes, a dizer: a primeira trará a apresentação do tema em debate, ou seja, a possibilidade da aplicação excepcional da pena de morte no Brasil relacionando alguns conceitos teóricos, à luz do Direito positivo, pertinentes a este entendimento; na segunda, apresentar-se-ão as ideias antitéticas que fundamentam a questão dessa pena estar inserida na parte que trata dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988; na terceira, será realizada uma análise lógico-científica do fundamento de validade dessa norma no contexto constitucional, e, por último, serão traçadas as considerações finais.

2 A PENA DE MORTE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988, AO LUME DO CANDEEIRO DO DIREITO POSITIVO

A pena de morte no Brasil aplicada especialmente para condenação por crimes civis não é permitida, entretanto, para o caso peculiar de guerra se viu a necessidade do constituinte originário excepcionar essa medida sancionatória. Sabe-se que oficialmente esse tipo de pena não é aplicado desde a Proclamação da República em 1889, mas essa questão verificável empiricamente não será debatida aqui, pois o enfoque desta pesquisa é questionar se a pena de morte, por estar inserida no art. 5º, XLVII, “a”, da Constituição brasileira de 1988 é considerada um direito fundamental?

Para responder essa indagação, é preciso esclarecer alguns termos que fundamentam uma possível resposta. Notadamente, que surge uma ironia ao tratar a pena de morte à luz de um candeeiro. Ora, o candeeiro popular era feito de zinco, tendo como combustível querosene, na ponta existia um pavio de algodão, onde era ateadado o fogo. Por ser um instrumento rústico, a iluminação era tênue, o que tornava a visão do ambiente embaçada. São esses traços característicos, que torna a analogia com o candeeiro coerente, pois o Direito positivo se aproxima da iluminação do candeeiro no ordena-

mento jurídico brasileiro, gerando obscuridade ao lançar a pena de morte no artigo da Constituição que trata dos direitos fundamentais.

Compreendendo que o Direito positivo é uma ordem de conduta humana e, que “uma ‘ordem’ é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade” (KELSEN, 2009, p. 33), pode-se depreender que essa singularidade da ordem jurídica permite a validade e vigência coercitiva da permissão da pena de morte no Brasil.

Convém ressaltar, que na atualidade o objetivo dos direitos humanos ou direitos fundamentais é manter a sociedade moderna e civilizada operando, com base no trilema: liberdade, igualdade e fraternidade. Assim sendo, a construção das normas constitucionais partem de uma ideologia de época implantada em um documento que serve de base para estrutura social organizada, a manifesta-se numa Constituição. Engendra-se a ideologia pelo ocultamento da realidade, conceitualmente “o processo pelo qual as ideias da classe dominante tornam-se ideias de todas as classes sociais, tornam-se ideias dominantes” (CHAUÍ, 2008, p. 85).

Dessa maneira, a inferência a pena de morte na Constituição brasileira concorre com a ideia atual de direitos fundamentais e proteção da dignidade da pessoa humana. Ademais, aqueles direitos “são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana” (SILVA, 2012, p.179), insinuados pelo autor como a natureza dos direitos fundamentais.

Pode-se ainda afirmar, que “os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna.” (RAMOS, 2014, p. 24). De toda maneira, o liame epistemológico dessas concepções intenta trazer em si elementos assecuratórios da dignidade humana. Na verdade, projetam defendê-la, mas, como se ver na própria Constituição brasileira, há

uma violação disfarçada dos direitos fundamentais, um ocultamento do constituinte originário, ou mesmo, a partir de outra interpretação, uma colocação necessária para defender o Estado, enquanto instituição organizada, e, não seus cidadãos, individualmente.

Neste enfoque, podemos tentar entender Habermas, para quem os direitos humanos e a soberania do povo teriam um caráter de seletividade através de um filtro de “autodeterminação” e de “autorrealização” ética do povo permitida numa perspectiva pós-tradicional, a dizer:

Os direitos humanos e o princípio da soberania do povo formam as ideias em cuja luz ainda é possível justificar o direito moderno; e isso não é mera casualidade. Pois a essas ideias vem somar-se os conteúdos que sobrevivem, de certa forma, depois que a substância normativa de um *ethos* ancorado em tradições metafísicas e religiosas passa pelo crivo de fundamentações pós-tradicionais. (HABERMAS, 1997, p. 133)

Convém suscitar que o positivismo jurídico surge em oposição ao direito natural, mas essa duplicidade garante mais do que elimina a ligação que existe entre esses dois paradigmas jurídicos. Se o primeiro parte de uma subjetividade inata do indivíduo, o segundo transporta essa subjetividade para objetividade, entretanto, negando a primeira como forma de gerar segurança ao sistema jurídico. Sabe-se, portanto, que essa oposição é imanente ao discurso da linguagem jurídica. Assim, como afirma Troper:

Enquanto os positivistas, de maneira geral, acreditam que exista apenas um único direito, o positivo, ou no mínimo que o trabalho dos juristas não pode ter outro objetivo senão o único direito positivo, aquele enunciado e estabelecido pelos homens, os jusnaturalistas creem que existam dois, o direito positivo e o natural, e que este último é cognoscível (TROPER, 2008, p. 21).

Os direitos fundamentais por mais subjetivos que possam ser em sua origem só possuem eficácia por meio de sua positivação. Sejam eles fruto de uma moral, de um valor religioso, sua função social só se torna efetiva quando presente discursivamente em um documento que tenha função de lei ou norma. Quanto ao conteúdo, o debate acerca dos direitos humanos é permitido como forma revolucionária e *mutatis mutandis*, entretanto, suas dimensões historicamente implantadas no ordenamento jurídico, especialmente, o ordenamento brasileiro mostra sua debilidade quanto à universalidade.

Essa universalidade que garantiria a presença de um direito natural existente em qualquer tempo e espaço só poderia ser possível como ideal. Se real, não foi percebido como direitos humanos, ironicamente falando. Sabe-se que atualmente, os direitos humanos ou fundamentais ainda continuam em construção, ademais, não permitindo o retrocesso, esses direitos podem progredir. Progressão que só é permitida positivamente dentro de um Estado democrático de Direito e, cuja Constituição é resultado de uma constituinte indicada pelo povo – um dos elementos essenciais do Estado.

Seguindo essa linha de pensamento, percebe-se que as análises até aqui desencadeadas se baseiam em um processo dualístico, antitético das ideias de direito fundamental ou não fundamental, de vida e morte, suas congruências e incongruências, as expectativas normativas e não normativas, enfim, a complexidade de um sistema baseado no princípio da dignidade humana, ao menos no plano ideológico.

É dizer, a operacionalização dos direitos fundamentais é funcionalmente pertinente com base em significados ditados pelo sistema social como instituição que deve ser mantida normativamente por intermédio do direito positivado, independentemente de sua eficácia social ser justa ou injusta, pois tal carga valorativa só pode ser avaliada no momento em que a sociedade convoca para si novas expectativas normativas.

3 A ANTÍTESE: O DIREITO À VIDA E À MORTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

É notável, que as expectativas de construção dos direitos fundamentais no artigo 5º da Constituição brasileira deveriam garantir axiologicamente e, neste caso, visualiza-se uma aproximação do Direito com a Ética, a proteção da vida do ser humano. Nesse amálgama, compreende-se a importância da expectativa normativa como sendo “aquele mecanismo que gera as possibilidades do esperar-se normativamente, com relação ao qual o direito pode ser uma estrutura seletiva” (LUHMANN, 1983, p. 76). Essa seletividade das estruturas complexas, entre elas, a sociedade e o Direito permitem uma comunicação e sentido dessas instituições, garantindo, mesmo que ideologicamente, a segurança de suas estruturas, evitando, assim, um colapso em seu sistema normativo.

A vida corresponde a um direito fundamental que deve ser colocado nos primórdios de uma Constituição para garantia de outros direitos subjetivos defendidos por um ordenamento jurídico, que tenha como base uma democracia atuante e efetiva. Ademais, a literatura política atual aponta para uma crise nas democracias tradicionais mascaradas por seus representantes eleitos democraticamente. Dessa maneira, “uma das grandes ironias de como as democracias morrem é que a própria defesa da democracia é muitas vezes usada como pretexto para a sua subversão”. (LEVITSKY; ZIBLATI, 2018, p. 94).

Esse aspecto permite apontar logicamente, que sem o direito à vida, não haveria como o Direito defender a liberdade, a propriedade, a igualdade, entre outros direitos fundamentais, e, é o poder do povo que vai garantir que essa proteção à vida não seja violado. Por trás desse direito fundamental, significativamente, está o direito a existência que “consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte inevitável e espontânea” (SILVA, 2012, p. 198). Assim, partindo para o artigo 5º, XLVII, “a”, da CF/88, *in verbis*:

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

(...)

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

O artigo 84, XIX, da CF/88, como já foi mencionado, trata do estado de guerra, momento de exceção no ordenamento jurídico brasileiro, mas que tem as sanções elencadas no Código Penal Militar brasileiro, especificamente no Livro II, Parte Especial, que descreve os crimes em tempo de guerra, e, cuja pena, no grau máximo é a morte, a qual segundo art. 56 do Código Penal Militar brasileiro, será realizada por fuzilamento.

Há de se lembrar, que a Constituinte de 87, através da Comissão de Sistematização rejeitou a adoção de pena de morte e prisão perpétua. “A redação do parágrafo foi definida da seguinte forma: Não haverá pena de morte nem de caráter perpétuo, de trabalhos forçados ou de banimento.” (POLÍTICA..., 1987), mas permitiu-a em caso de guerra na versão final adotada no artigo 5º. A questão, neste caso, apresenta como uma das justificativas que “a Constituição tem que a sobrevivência da nacionalidade é um valor mais importante do que a vida individual de quem porventura venha a trair a pátria em momento crucial” (SILVA, 2012, p. 202).

Assim, cabe compreender que a restrição a um direito fundamental tem que possuir como fundamento a proteção de outro direito fundamental, a dizer, mais relevante que o restringido. Trata-se de uma comunicação paradoxal em que o fundamento serve de combate ao fundamento, numa dualidade altamente complexa. Saber qual deve prevalecer, depende do momento e das expectativas normativas adotadas pela sociedade.

Um dos motivos que levaram a pena de morte estar excepcionada especialmente no artigo 5º da Constituição brasileira de 1988 pode ser de-

vido à característica dos direitos e garantias individuais serem reconhecidos pela literatura jurídica brasileira como cláusulas pétreas, como corolário, direitos fundamentais. Não podendo, por isso, ser alterado pelo legislador ordinário, o que implicaria num prejuízo a segurança do ordenamento jurídico.

Trata-se, entretanto, de entender que a pena de morte no Estado Democrático de Direito brasileiro, enquanto, adepto de Convenções internacionais que propõem a defesa da dignidade humana, conduz a uma lógica combatida, sem filúcia, no dizer de Aristóteles, por seus preceitos fundamentais. A desproporcionalidade presente nesta sanção que remonta a crueldade e barbárie de sociedades primitivas deveria ser extirpada da sociedade apresentada aparentemente como civilizada.

O “*locus*” da pena de morte na Constituição brasileira, neste ponto, parece estratégico ou proposital, ao mesmo tempo em que pode disfarçar uma violação aos direitos humanos, se o Direito zelar primariamente pela vida. A defesa da nação parece ser o ponto crucial justificante da violação à vida do cidadão neste caso e, conseqüentemente, a um direito fundamental que não deveria dar margens a restrições. Analisando um pouco mais, Alexy esclarece e produz uma indagação acerca da possibilidade de restrições a direitos fundamentais:

Por lo tanto, a la pregunta qué son las restricciones de derechos fundamentales se ofrece una respuesta simple: las restricciones de derechos fundamentales son normas que restringen posiciones iusfundamentales *prima facie*. Desde luego. Esta respuesta tiene carácter circular en la medida en que para la definición del concepto de restricción de un derecho fundamental utiliza el concepto de restricción. Pero, nos permite avanzar un tramo porque con ella se dice que las restricciones de derechos fundamentales son *normas*. Ahora puede plantearse la cuestión de saber qué es lo que hace que normas sean restricciones de derechos fundamentales. (ALEXY, 1993, p. 272)

A resposta à pergunta é sustentada da seguinte maneira, “las normas son restricciones de derechos fundamentales sólo si son constitucionales” (ALEXY, 1993, p. 272). Isso implica dois fatores que devem ser colocados com fins de esclarecimento. O primeiro, que a norma constitucional prescreve quais seriam os direitos fundamentais, o que, partindo do campo do positivismo jurídico permite afirmar que “a conduta humana é regulada positivamente por um ordenamento positivo, desde logo, quando a um indivíduo é prescrita a realização ou a omissão de um determinado ato” (KELSEN, 2009, p. 16-17). Segundo, que os direitos fundamentais só podem ser restringidos proporcionalmente por outros direitos fundamentais, como anteriormente já foi mencionado.

A complexidade antitética do sistema social, nele incluído o ordenamento jurídico que configura uma espécie daquele, torna-se um problema. Pois, o ordenamento jurídico deveria permitir por meio destes direitos, já que entendidos como direitos fundamentais a sustentação do sistema evitando sua erosão ao selecionar os elementos que serviriam de base estrutural. Contudo, não se destrói uma coluna de sustentação de uma casa sem que ela venha a ruir, pois uma deve reforçar a outra. Da mesma forma, não se deveria precisar restringir um direito fundamental da Constituição para proteger outro direito tido como fundamental, já que hermeneuticamente um deveria dar vitalidade ao outro, mantendo o sistema mais forte.

4 UMA ANÁLISE LÓGICO-CIENTÍFICA DO FUNDAMENTO DE VALIDADE DESSA NORMA NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL

A indagação se a pena de morte, por estar localizada no art. 5º, XLVII, “a”, da Constituição brasileira de 1988 é considerada um direito fundamental, emergiu de uma interpretação lógica do contexto interacional com as outras normas fundamentais trazidas no mesmo artigo.

Por assim dizer, partiu-se de uma lógica indutiva, baseada em proposições, a saber: primeira premissa – a pena de morte é permitida no Brasil,

no artigo 5º, como exceção; segunda premissa – a pena de morte está prevista no artigo 5º, que trata dos direitos fundamentais; e conclusão – logo, a pena de morte é tida como direito fundamental. Óbvio, que tal conclusão não significa que seja verdadeira, ademais, “ao contrário do que sucede com um argumento dedutivo e válido, um argumento indutivo e correto pode, perfeitamente, admitir uma conclusão falsa, ainda que suas premissas sejam verdadeiras.” (SALMON, 1973, p. 76).

Assim sendo, “a validade social de normas do direito é determinada pelo grau em que se consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito” (HABERMAS, 1997, p. 50). Portanto, a previsão de morte na Constituição é válida enquanto imposição legislativa e aceita positivamente pelo sistema jurídico nacional, passando por um processo legislativo que tenha respeitado as normas legalmente impostas para tal procedimento.

Sua inserção na Constituição brasileira consiste numa aceitação pelo constituinte originário, que entendeu como importante manter o que dizia o Código penal militar, Decreto-Lei que foi produto do Ato Institucional nº 16, de 1969, lembrando que no Brasil, nesse período havia uma Ditadura militar, originada do golpe militar de 1964. Com isso, precisa-se afirmar que se tratava de um período conturbado da história política brasileira, o que influenciaria nessa transição para democracia na aceitação ainda presente da saída do autoritarismo imanente no governo anterior.

Consequentemente, pretende-se compreender que a pena de morte é típica de regimes autoritários em que o uso da força é a matéria que prevalece. Em regimes democráticos, tal condição mescla características dos dois regimes marcando uma transição imperfeita para a democracia, em que primordialmente deve prevalecer o preceito da dignidade humana, e, para ser humano tem que haver existência, ou seja, a vida. Expurgar o bem mais precioso do ser humano – a vida – é retirar toda a humanidade do direito.

Enquanto cláusulas pétreas, por prescrição do artigo 60, §4º da CF/88, os direitos previsto no artigo 5º possuem a característica de serem materialmente e formalmente intocáveis, pelo menos pelo legislador ordinário. Tal entendimento assegura a estabilidade de alguns direitos considerados essenciais à defesa do próprio Direito. Dessa forma, retirar a pena de morte do sistema constitucional brasileiro parece ser formalmente impossível por causa de sua petrificação.

Entretanto, a título de exemplo, a prisão do depositário infiel não pode mais ser aplicada devido ao entendimento emitido pelo Supremo Tribunal Federal, trazido na Súmula vinculante nº 25 (BRASIL, 2009), “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. A interpretação dada no momento refere-se à adoção do Pacto de São José da Costa Rica que levou à ineficácia do que estava previsto no art. 5º, LXVII, da CF/1988, derrogando a aplicação da prisão nesse caso.

Nesse sentido, percebe-se que a inaplicabilidade da prisão só foi cabível devido a uma norma positivada (por ser norma posta) na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A partir desta análise, observa-se que “através de outros atos de vontade humana podem ser produzidas outras normas, contrárias às primeiras, que constituam outros valores, opostos aos valores que estas constituem” (KELSEN, 2009, p. 19). À vista disso, uma factível solução para inaplicabilidade da pena de morte em época de guerra no Brasil por atos ilícitos perpetrados por militares contra a nação, merece uma mudança legislativa, e, por isso, política.

A dualidade direito fundamental que combate direito fundamental reproduz um equilíbrio dinâmico no ordenamento jurídico como modo de defesa da nação, mas materialmente, enquanto defesa da dignidade do indivíduo, viola seu direito fundamental a vida. Analogicamente, pode-se dar como exemplo dessa defesa da nação o crime historicamente conceituado de lesa-majestade, a dizer:

O crime de lesa-majestade, finalmente, só tem lugar entre súditos ou cidadãos que, por um pacto tácito ou explícito, transferiram todo o seu direito para o Estado. Diz-se que cometeu esse crime o súdito que tentou, seja de que maneira for, arrebatou o direito do soberano ou transferi-lo para um outro. (ESPINOSA, 2004, p. 334)

Nesse contexto, Espinoza trata o crime de lesa-majestade como crime grave aplicado em caso de guerra, e que a sociedade o aceita como justa por ir contra a nação ou o soberano. Essa conjectura insinua a existência de um contrato social existente para com os cidadãos e, no caso brasileiro permite imaginar uma possível origem para permissão da pena de morte no Brasil elevado a nível constitucional e aceito pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como forma de proteção da nação que neste aspecto se sobrepõe a vida do indivíduo.

O conflito social é transformado em conflito jurídico, assim, dependendo do momento do conflito, a exigência de coercibilidade realizada pelo Direito pode ser mais violenta. O caso de guerra é um dele, no entanto, “o papel do Direito ou das leis é o de fazer com que a dominação não seja tida como uma violência, mas como legal, e por ser legal e não-violenta deve ser aceita” (CHAUI, 2008, p. 83). Esse discurso serve de fundamento elucidativo para validade da norma que imputa como sanção a pena de morte no contexto jurídico-social brasileiro.

A validade dessa norma no contexto constitucional brasileiro evoca a explicitação acerca da intencionalidade sócio-histórica do legislador que serve como fundamento para legitimidade e eficácia das normas. Essa constituição da realidade social tendo como perspectiva um momento de guerra permitiria intencionalmente a violação de um direito fundamental, mesmo que seja este, o primordial para obtenção dos demais direitos. Tal entendimento acerca da validade regulatória do Direito possibilita a violência camuflada de um direito fundamental, o direito de existir e viver.

Independentemente de uma regulação normativa que prescreva a proibição da pena de morte em qualquer hipótese, mas também, a reclusão ou privação da liberdade humana já não deixa de ser uma pena pungente, a conclusão que se deve inferir de uma sociedade civilizada é que a pena capital deveria ser algo de um tempo remoto e indesejado, que mesmo num período de instabilidade institucional não deve ser compreendida como forma de garantir a estabilidade nacional de um país, a pena de privação da liberdade já seria o suficiente como punição ou castigo pela violação dos crimes militares imputados no Código Penal Militar brasileiro.

Neste exato momento, o sistema jurídico deve ser capaz de identificar aqueles fatos que tragam perigo para o Estado e que comprometam sua soberania. Neste caso, trata-se de um conceito político que avançando para o aspecto jurídico levaria a dizer que o Direito é um sistema de defesa da sociedade institucionalmente civilizada. As normas estão distribuídas pelo ordenamento jurídico esperando o momento que devem ser chamadas a atuarem contra as violações ao sistema social.

A apoptose de uma norma é essencial para o sistema jurídico se manter funcionando e evoluindo. Já a programação de inalterabilidade mantida por uma cláusula pétrea onde exista a violação de um direito fundamental pode gerar um dano ao redor da sustentabilidade do próprio sistema jurídico. Nesse aspecto, como afirma Luhmann, o Direito como sistema autopoietico deve manter algumas condições constantes, mas a variação das normas é garantida pela sua autorreprodução.

El derecho se entiende, entonces, como una máquina cibernética dentro de una máquina cibernética, como una máquina programada para mantener constantes determinadas condiciones. Independientemente de cómo sea su ejecución en detalle, el derecho sustenta y confirma a una sociedad que es descrita hacia fuera como una sociedad adaptada y que sólo tiene que hacer frente a conflictos internos que puede o bien bagatelizar desde el punto de vista moral-conformista, o bien afirmar como estructura desde la perspectiva de la teoría crítica de las clases. (LUHMANN, 2002, p. 401)

O direito positivo permite formalmente a construção de expectativas normativas que a sociedade espera que funcionem mantendo a validade e continuidade das instituições. Assim sendo, como “a norma fundamental é o critério supremo que permite estabelecer a pertinência de uma norma a um ordenamento, em outras palavras, é o *fundamento de validade de todas as normas do sistema*” (BOBBIO, 2011, p. 71), pode-se compreender que, atualmente, os direitos fundamentais servem como fundamento de validade do ordenamento jurídico brasileiro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa científico-jurídica desenvolvida acerca da presença da pena de morte prevista para casos de guerra no art. 5º, XLVII, “a”, da Constituição brasileira de 1988, permitiu uma crítica puramente teórica sobre a prioridade de defesa da vida como direito fundamental essencial para o exercício do princípio da dignidade da pessoa humana.

Tratou-se de estabelecer aqueles conceitos jurídicos pertinentes à analogia com o candeeiro do direito positivo que ao invés de ter uma iluminação precisa e eficiente mostrou as lacunas materiais de instituição de normas pertencentes aos direitos fundamentais. A indagação antitética da pena de morte ser ou não direito fundamental pôs também em pauta a orientação do constituinte originário ao abordar características contemporaneamente a época em que a Constituição brasileira foi moldada, ou seja, no período de transição de um regime ditatorial para o democrático.

O dualismo semântico entre a vida e a morte serem componentes do artigo 5º da Constituição brasileira permitiu uma viagem interpretativa pelas possíveis justificativas do seu *locus* no ordenamento jurídico brasileiro. Preferencialmente, deveria ser fora dele, mas a luz do direito vigente a pena de morte pode ser aplicada no momento de instabilidade institucional, ou seja, guerra, para proteção da nação por meio de uma pena hercúlea em sua violência a pessoa humana.

O disfarce da pena de morte na parte que trata dos direitos fundamentais na Constituição brasileira passa quase imperceptível aos olhos dos cidadãos, ademais, os direitos fundamentais na maioria das vezes só são percebidos em sua aplicabilidade no mundo por meio de suas constantes violações. Como ainda não existiu motivo para aplicá-la, a sua significação se torna pouco evidente ou mesmo nula significativamente. Mas, seja qual for o Estado que zele pelo regime democrático, foi visto que o ideal é que seja expurgada a pena de morte, mesmo no momento de uma possível guerra.

A proteção da nação pode ser realizada por meio de várias outras formas punitivas e, por sua vez, a pena capital só possui validade em um ordenamento jurídico por causa da ideologia adotada no momento de fazimento das normas. A imposição da Constituição brasileira de adotar os direitos fundamentais como cláusulas pétreas endureceu o sistema para defendê-lo como ficou demonstrado. Contudo, uma defesa errônea gera uma desproteção, ou ainda, mascara a realidade atacando a própria segurança e sentido dos direitos fundamentais.

As ideias antagônicas de proteção dos direitos fundamentais em conflito com a nação ou soberania do Estado debilitam-nos, fazendo com que a eficácia desses direitos seja colocada a prova e, na maioria das vezes, as influências econômicas e política permitem absurdos na produção normativa. E o pior acontece, quando as evoluções adaptativas dos direitos fundamentais positivados criam uma armadilha petrificada que impõem proteção contra o retrocesso, mas já apresenta em seu conteúdo jurídico um atraso, especificamente a imposição da pena de morte, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, observou-se que na esfera de proteção da dignidade da pessoa humana deve prevalecer a primazia de proteção da vida para que seja assegurado os demais direitos imanentes à pessoa humana, configurando a afirmação dos direitos humanos numa reconstrução permissível no pe-

ríodo atual da história ocidental em que os direitos fundamentais devem procurar uma nova fundamentação coerente com seu propósito ou função de defesa do indivíduo em relação a uma *longa manus* do Estado opressor.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 25**. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. DF: Supremo Tribunal Federal, [2009]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1268#:~:text=%C3%89%20il%C3%ADcita%20a%20pris%C3%A3o%20civil,seja%20a%20modalidade%20de%20dep%C3%B3sito>. Acesso em: 02 ago. 2023.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Edipro, 2011.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. 2.ed. São Paulo: Brasiliense, 2008.

ESPINOSA, Baruch de. **Tratado teológico-político**. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2004.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, HANS. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad (Das Recht der Gesellschaft)**. Versão 5.0, de 13/01/2003; Formatação eletrônica – João Protásio Farias Domingues de Vargas e Majorie Corrêa Marona. Disponível em: https://www.academia.edu/35112834/Niklas_Luhmann_El_Derecho_de_la_Sociedad. Acesso em: 12 ago. 2023.

POLÍTICA. A-6, quinta-feira, 1º de outubro de 1987, Folha de São Paulo. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/152633/Out_87%20-%200180.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 01 ago. 2023.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SALMON, Wesley C. **Lógica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CAPÍTULO XII

ABUSO DE POSIÇÃO DE VULNERABILIDADE: UMA QUESTÃO DE DILIGÊNCIA NECESSÁRIA

Joana Araújo Bezerra de Araújo⁵³

RESUMO

O presente trabalho analisa a correspondência entre direito interno e tratado internacional no que tange à correta tipificação penal do crime de tráfico de pessoas, tendo em vista que o Protocolo de Palermo – principal diploma internacional acerca do tema do tráfico de pessoas, já integrado ao ordenamento pátrio – traz como um dos elementos do crime o abuso de posição de vulnerabilidade como meio de realização das condutas tipificadas, enquanto a lei brasileira não refere expressamente a vulnerabilidade no texto normativo. O método utilizado no trabalho parte de técnica bibliográfica, visando construir, a partir do cotejo do Protocolo de Palermo e de publicações da Organização das Nações Unidas, o conteúdo normativo e conceitual do abuso de posição de vulnerabilidade no âmbito do direito internacional. Nesse desiderato, a pesquisa revelou que o Brasil não atendeu, ao editar a norma penal interna, às exigências mínimas do compromisso assumido com a ratificação do tratado, o que expõe o Estado Brasileiro à responsabilização internacional.

53 Mestranda em Ciências Jurídicas pela UFPB. Especialista em Direitos Humanos, Econômicos e Sociais. Membro do Grupo de Pesquisa Análise de Estruturas de Violência e Direito da UFPB. Assessora Jurídica no Ministério Público do Estado da Paraíba.

Palavras-chave: Direito internacional dos direitos humanos; tráfico de pessoas; abuso de posição de vulnerabilidade; responsabilidade internacional do Estado.

1 INTRODUÇÃO

O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (Protocolo de Palermo) é atualmente o documento mais aceito mundialmente, dada sua definição minimamente padronizada, acerca do que vem ser o crime de tráfico internacional de pessoas.

A definição de tráfico de pessoas contida no Protocolo de Palermo foi amplamente adotada pela comunidade internacional, inclusive, pelo Brasil, que o absorveu em seu ordenamento jurídico brasileiro em 2004, por meio do Decreto nº 5.017. Desde então, o legislador brasileiro alterou o tipo penal em três ocasiões: 2005, 2009 e 2016, quando entrou em vigor a Lei nº 13.344.

A nova legislação ampliou o rol de situações que podem caracterizar o crime de tráfico de pessoas, inovando também ao introduzir a figura do consentimento da vítima como ponto central na averiguação da tipicidade do ato, eis que, diferentemente do que ocorria na figura típica anterior, o crime só se configura se a ação for praticada mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou *abuso*. Mas o ponto de relevância central, para os fins deste trabalho, é que o legislador interno deixou de prever expressamente a *posição de vulnerabilidade* como um dos meios de praticar o *abuso*, um dos elementos necessários para a caracterização do delito.

O presente trabalho, assim, tem como objetivo extrair o conteúdo normativo e conceitual do abuso de vulnerabilidade, comparando-o com a norma brasileira, a partir de procedimentos bibliográficos e do cotejo do Protocolo de Palermo e de documentos oficiais da Organização das Nações Unidas.

2 A CENTRALIDADE DO ABUSO DE VULNERABILIDADE PARA A COMPREENSÃO DO TRÁFICO DE PESSOAS

O Artigo 3 do Protocolo de Palermo traz, como definição do crime de pessoas, três elementos, os quais devem estar presentes concomitantemente a fim de que o crime se perfeça. São elas: (a) “ação”, podendo ser recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento de pessoas; (b) “meio”, que pode ser ameaça ou uso da força ou outras formas de coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade ou de uma situação de vulnerabilidade ou a entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre a outra); e, por fim, (c) uma “finalidade”, que é a exploração. Todos os três elementos precisam estar presentes para que as circunstâncias caracterizem “tráfico de pessoas” para os fins do tratado.

Deve ser notado, ainda, que para o Protocolo, se a vítima é criança (aqui, entendida como pessoa menor de dezoito anos de idade), não é necessário que um dos atos tenha sido realizado por qualquer um dos meios previstos, bastando que haja o ato e a finalidade exploratória. Isto porque o consentimento da vítima menor de idade, se houver, não é válido para nenhuma das situações previstas na definição do crime. Fundamental destacar, ainda, que o consentimento da vítima adulta é irrelevante quando qualquer um dos “meios” acima tenha sido utilizado (art. 3, “b” do Protocolo).

Durante as negociações da edição do Protocolo de Palermo, os Estados-membros estavam preocupados com o fato de que a defesa dos acusados traria à baila o consentimento, especialmente nos casos em que houvesse, de fato, anuência da vítima para alguma circunstância do crime (por exemplo, em relação a migrar para trabalhar ou exercer a prostituição). Assim, o Protocolo procurou criminalizar, através do uso da expressão “abuso de vulnerabilidade”, as formas mais sutis de coerção, encobertas sob um disfarce de consentimento (UNODC, 2014, p. 6)

Apesar da clareza do Protocolo em relação à irrelevância do consentimento da vítima menor, e também da vítima adulta quando haja o uso de “meios”, o Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime (UNODC) constatou que muitos Estados têm dificuldade com a compreensão do papel do consentimento no tráfico de pessoas. Em muitos casos, a relevância dada aos Estados ao consentimento depende de qual é o “meio” utilizado para a consecução do crime, e, por consequência, da forma como os “meios” são previstos em lei doméstica e aplicados.

A invalidade do consentimento obtido por meio de violência explícita tem sido afirmada com maior facilidade pelas jurisdições internas dos Estados. Nesses casos, as circunstâncias e a severidade da coerção tornam evidente que não havia qualquer concordância da vítima. Porém, o mesmo não ocorre quando se está debatendo meios mais suaves de coerção, frequentemente descritos em termos de vulnerabilidade da vítima a tais pressões. Ninguém pode duvidar de que uma vítima encontrada amarrada a uma cama em um bordel esteja lá contra sua vontade. Há, porém, problemas interpretativos que surgem nas situações em que o ludibriamento ou a coação não são tão evidentes a um primeiro olhar. Nesses casos, questiona-se a efetiva configuração de tráfico de pessoas, ou mesmo, de qualquer outro ilícito penal (UNODC, 2018).

A complexidade da instrução probatória nos casos de tráfico de pessoas é reconhecida, requerendo a demonstração de uma série de circunstâncias, que podem, como dito, ser evidentes, mas também podem incluir os chamados meios sutis de coerção, os quais são de extrema importância para a compreensão moderna dos casos de tráfico de pessoas. São ilustrativos, nesse sentido, os exemplos analisados em compilação de casos realizada pelo UNODC em 2017, em que há o registro de que o “modelo de negócios” do traficante moderno considera elevados os custos, inclusive financeiros, da violência armada ou explícita. Assim, o traficante costuma preferir utilizar meios sutis, como ocorreu no caso na Austrália em que as

vítimas não ficavam trancadas, mas tinham um medo, constantemente alimentado pelo acusado, de que as autoridades poderiam deportá-las se elas saíssem do local de exploração, eis que estavam em situação ilegal do ponto de vista de imigração.

Em outro caso, as vítimas sofriam ameaças de cunho religioso, relativas às maldições de uma prática denominada “juramento de juju” (UNODC, 2017, p 65-66). Há registro de diversos tipos de ameaças sutis que visam diminuir a vontade e a capacidade de resistência das vítimas, como promessas de prejuízo financeiro, de humilhação, de deportação, e até mesmo, em relação a situações à primeira vista irracionais, como o uso de poderes sobrenaturais (UNODC, 2017, p. 61). Às vezes, formas sutis e explícitas de coerção são alternadas, de forma a seduzir a vítima a uma situação de restrição, o que ocorre por vezes quando o acusado leva a vítima a crer que tem com ela relacionamento amoroso, se utilizando da intimidade para levar a cabo a finalidade de exploração (casos denominados “loverboy”).

Seja como for, não pode haver dúvida: o abuso de posição de vulnerabilidade é central para a elaboração de uma compreensão sobre o que é tráfico de pessoas (UNODC, 2012, p. 13), pois é uma característica inerente da maioria, senão de todos, os casos desse crime (UNODC, 2012, p. 3)

Há, portanto, que ser verificada a compatibilidade vertical da norma brasileira que exclui esse meio de realização do crime, vez que se faz necessária sua harmonia com o tratado ratificado.

3 A ATUAÇÃO DO ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME: UMA ORIENTAÇÃO MUITO BEM-VINDA

O Direito Internacional, no que pertine ao tráfico de pessoas, é baseado principalmente no texto normativo dos tratados internacionais. Mas há outras fontes de direito internacional que são relevantes para sua interpretação, ou ainda, “avenidas pelas quais essas fontes podem ser encontradas” (Gallagher, 2010, p. 132).

O direito internacional reconhece como fontes os escritos de publicistas qualificados e jurisprudência das cortes internacionais. Sobretudo as últimas têm se tornado cada vez mais importantes como fonte de direito internacional, tendo em vista o aumento do número de tais tribunais e de países que a aderem a suas jurisdições contenciosas.

Mais recentemente, o debate sobre tráfico de pessoas tem gerado bastante *soft law*, isto é, documentos na forma de acordos, princípios e declarações. Anne Therese Gallagher (2010) considera, como um bom exemplo, o documento de 2002 da ONU denominado Princípios e Diretrizes Recomendadas pelas Nações Unidas sobre Direitos Humanos e Tráfico de Pessoas, produzido por oficiais e experts da ONU, apesar de nenhum Estado nacional ter participado de sua elaboração.

Para a autora, é difícil definir de imediato qual o peso a ser dado aos instrumentos de *soft law* no que se refere a determinar a existência de uma obrigação internacional. Gallagher refere a existência de uma corrente de pensamento de tendência positivista, que considera que há um problema de legitimidade nesses instrumentos redigidos sem participação dos países. Por outro lado, a autora pondera que a maioria desses acordos são uma escolha institucional superior, com efeitos legais nítidos, que contribuem diretamente para a formação e o reconhecimento de lei costumeira. Esses instrumentos demonstram a prática dos Estados e ainda, medem a *opinio juris* corrente, contribuindo para esclarecer a natureza e o alcance da *hard law*, como é o caso de disposições vagas contidas no próprio Protocolo de Palermo a respeito de medidas para prevenção do tráfico de pessoas (Gallagher, 2010, p. 142).

Este trabalho se filia à posição de Gallagher e considera que, nesse sentido, o Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime (UNODC) tem assumido um papel preponderante, emitindo diversas publicações que investigam a aplicação e interpretam as disposições do Protocolo de Palermo, exercendo o papel essencial de esclarecer e uniformizar a interpretação

do tratado. Sua atuação é a materialização do conselho de Wittgenstein (1995, p. 56): é de bom alvitre erigir sinalização nas bifurcações que têm caminhos equivocados, para ajudar a passar pelos pontos perigosos.

O UNODC tem sede na cidade de Viena, na Áustria, e trabalha em cooperação com governos, organizações da sociedade civil e outras organizações internacionais, atuando como responsável pelas atividades de prevenção e de controle do crime transnacional. Seu trabalho erigiu, como base, três pilares: a) trabalho normativo; b) pesquisa e análise; e c) assistência técnica. A organização tem mandato para atuar como guardiã da Convenção de Palermo, provendo assistência aos Estados-Partes na ratificação e na implementação de instrumentos normativos. (Almeida, 2021, p. 144-145).

Nessa esteira, o UNODC já emitiu diversos documentos em busca de explicar o contexto, conteúdo, significado e interpretação do Protocolo de Palermo. Tais manifestações têm a pretensão de servir como instrumento para legisladores e revisores de legislação a fim de oferecer orientação para a correta implementação das obrigações previstas no tratado. Entre as ferramentas elaboradas pela UNODC, podemos mencionar os documentos *Model Law Against Trafficking in Persons* (2009), o *Issue Paper: Abuse of a Position of Vulnerability* (2012), o *Legislative Guide for the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime* (2020), e diversos artigos e declarações que buscam guiar o desenvolvimento de princípios práticos para a justiça criminal no âmbito da implementação do Protocolo de Palermo. Passaremos, agora, a examinar brevemente alguns dos mais importantes, a fim de extrair algum conteúdo normativo e conceitual acerca do abuso de posição de vulnerabilidade.

4 A CONSTRUÇÃO CONCEITUAL DO ABUSO DE VULNERABILIDADE E SUAS FORMAS

Embora o Protocolo de Palermo e sua definição de tráfico de pessoas sejam amplamente aceitos pela comunidade internacional, a prática revela que há aspectos dessa definição que necessitam de maior esclarecimento, em particular, sobre conceitos que carecem de descrição clara em outros instrumentos de direito internacional (UNODC, 2012, p. 1). A necessidade de consolidação desses conceitos é de relevo, eis que a tipificação de uma conduta como tráfico de pessoas traz a possibilidades de amplas consequências tanto para os perpetradores, quanto para os Estados (UNODC, 2018, p. 2).

Nesse sentido, o Protocolo em si não traz a definição de “abuso de vulnerabilidade”. Contudo, uma das primeiras definições de vulnerabilidade consta da Nota Interpretativa ao tratado (Nações Unidas, 2000), estabelecendo que “a referência ao abuso de posição de vulnerabilidade deve ser entendida como referência a qualquer situação na qual a pessoa envolvida não tem nenhuma alternativa real e aceitável a não ser se submeter ao abuso envolvido” (Nações Unidas, 2000). A nota interpretativa, porém, não explica o que significa “alternativa real e aceitável” (UNODC, 2012, p. 18), sendo assim considerada circular e incompleta (UNODC, 2018, p. 7).

Em 2008, a UNODC publicou o artigo temático “An Introduction to Human Trafficking: Vulnerability, Impact and Action”. Nessa publicação, a instituição reconheceu que “traficantes de pessoas miram em pessoas que são pobres, isoladas e fracas.” (UNODC, 2008, p.3). O documento traz ainda uma definição mais extensa do termo “vulnerabilidade” como “condição resultante de como indivíduos experimentam negativamente a complexa interação de fatores sociais, culturais, econômicos, políticos e ambientais que criam contextos para suas comunidades”. No texto, a vulnerabilidade foi entendida não como algo estático, mas um estado que

muda de acordo com o contexto e a capacidade pessoal do indivíduo de reagir a ele (UNODC, 2008, p. 69).

Em 2009, a uma Lei Modelo contra Tráfico de Pessoas (Model Law Against Trafficking in Persons) (UNODC) foi desenvolvida em resposta a um requerimento da Assembleia Geral ao Secretário-Geral para promover e auxiliar os Estados-membros a implementar o Protocolo de Palermo. A Lei Modelo contém todas as previsões que os Estados precisam, ou têm recomendação para fazê-lo, introduzir em sua legislação doméstica a partir do Protocolo, inclusive, com distinção entre previsões mandatórias e opcionais (UNODC, 2009, p. 1). A Lei Modelo fornece, além da definição de abuso de vulnerabilidade como “tirar vantagem de pessoa em posição vulnerável”, uma lista de possíveis vulnerabilidades, que contém circunstâncias relacionadas a migração, gravidez, doença mental ou física, deficiência, minoridade, estar em situação precária no sentido da sobrevivência social e deixa, ainda, espaço aberto para a inclusão de outras formas de vulnerabilidade, sugerindo, como exemplo, abuso de situação econômica ou de vício em substâncias (UNODC, 2009, p. 9). A publicação contém, também, exemplos de legislações domésticas de países que atendem aos critérios da Lei Modelo e que podem servir de parâmetro de adequação para outros Estados-membros.

Em 2012, o UNODC lançou o artigo temático referente ao abuso de posição de vulnerabilidade (Issue Paper: Abuse of a Position of Vulnerability). No referido documento, a vulnerabilidade é definida como fatores, inerentes, ambientais ou contextuais, que aumentam a suscetibilidade de indivíduos ou grupos a sofrer o tráfico de pessoas. Em geral, tais fatores incluem outras violações de direitos humanos, como pobreza, desigualdade, discriminação e violência de gênero, sendo que todos contribuem para criar privações sociais e econômicas que facilitam o cometimento do crime (UNODC, 2012, p. 13)

Nesse artigo, o UNODC indicou fontes suplementares onde o intérprete pode buscar definições, tais como indicadores da Organização In-

ternacional do Trabalho para reconhecimento de trabalho escravo (uma violação que frequentemente se justapõe ao tráfico de pessoas). Como exemplo, pode-se citar ameaça de denúncia à autoridade de migração, tirar vantagem de pessoa de entendimento limitado ou forçar mulheres à prostituição (UNODC, 2012, p. 23-24). Outra fonte citada diz respeito às Regras de Brasília de Acesso à Justiça (Brasilia Regulations Regarding Access To Justice For Vulnerable People, 2008), que consideram como vulnerabilidade pertencer a comunidade indígena ou minoria, deslocamento interno e migração e privação de liberdade, além de deixar espaço para enumeração de situações próprias de cada país (UNODC, 2012, p. 14).

Em 2017, o UNODC lançou o compilado *Questões Probatórias em Casos de Tráfico de Pessoas*, em que examinou, também, casos de crimes correlatos, como escravidão, trabalho forçado e servidão involuntária, por considerá-los relevantes, já que entendeu que questões probatórias semelhantes surgem nesses processos. O documento pretende atuar como guia para a construção de “mosaico de provas” que ajude a elaborar um caso para uma condenação sobre tráfico de pessoas. Esse texto relata que, além das já conhecidas (ex.: gênero) as seguintes vulnerabilidades são muito frequentes e foram evidenciadas em seus respectivos casos: status de imigração; vulnerabilidade socioeconômica; vício em substância, pré-existente ou criado pelo traficante; falta de instrução ou de familiaridade com o idioma; histórico familiar problemático e vulnerabilidade emocional, que ocorre quando as vítimas estão romanticamente envolvidas com seus exploradores (UNODC, 2017, p. 77). Foram referidas também crenças das vítimas, que “à primeira vista, parecem enfraquecer suas credibilidades, ao passo que um olhar mais atento revela que o comportamento delas se deve às suas formações culturais” (UNODC, 2017, p. 104).

O Artigo Temático: *A Definição Legal Internacional de Tráfico de Pessoas: Consolidação de Achados de Pesquisa e Reflexão sobre Questões Levantadas* (The International Legal Definition of Trafficking in Persons: Consolidation of research findings and reflection on issues raised. Issue

Paper) foi lançado pelo UNODC em 2018. Um dos achados principais do referido documento foi no sentido de que, em geral, o foco probatório tem ficado em estabelecer a existência da vulnerabilidade da vítima, deixando de lado a prova do seu abuso por parte do acusado. Para o UNODC, é importante destacar que, no âmbito do Protocolo, o abuso de posição de vulnerabilidade tem duas exigências probatórias: a de existência da vulnerabilidade da vítima e da intenção, por parte do perpetrador do crime, de abusar dessa vulnerabilidade. Outra reflexão contida no texto é a de que, nos países em que a posição de vulnerabilidade é omitida na legislação doméstica, situações que recairiam em seu espectro são excluídas, não havendo condenação. Como exemplo, o artigo cita a Nigéria, em que, nos casos em que uma pessoa parecesse saber que exerceria a prostituição, o tráfico de pessoas não seria reconhecido (UNODC, 2018, p. 9).

O referido artigo temático indica, também, que por vezes, vulnerabilidades são mais reconhecidas com relação a certas formas de exploração do que a outras, apontando que tal reconhecimento deveria se dar, exclusivamente, em relação à produção probatória, não devendo a forma de exploração ser relevante para essa análise (UNODC, 2018, p. 29).

Em 2020, o UNODC lançou um Guia Legislativo para o Protocolo de Palermo (Legislative Guide for the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime). A intenção da publicação é servir como ferramenta para legisladores dos Estados-membros, e, de acordo com o documento, não deve ser lida isoladamente, mas em conjunto com outras fontes, como a Lei Modelo (2009) e os Artigos Temáticos, para orientação aprofundada. Outras fontes indicadas são a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e o Protocolo das Nações Unidas contra o Contrabando de Migrantes por Terra, Mar e Ar (UNODC, 2020, p. 13). O Guia Legislativo traz importantes observações.

Uma delas é lembrar que o Protocolo requer atenção particular para o combate e a prevenção do tráfico de mulheres e crianças, enquanto mantém o princípio de que qualquer ser humano pode ser vítima de tráfico, e que todas as formas do crime deveriam ser cobertas pelo Protocolo. Isto significa que uma abordagem moderna e focada na vítima demanda atenção particular para as necessidades de cada vítima, de forma que formulações legislativas genéricas não são suficientes (UNODC, 2020, p. 24). O documento também indica que o termo “outras formas de coerção” deve ser informado pela legislação interna, e deve incluir chantagem, extorsão e quaisquer formas injustas de demanda. Na verdade, coerção deveria ser um termo de aceitação ampla e contemplar pressão psicológica (UNODC, 2020, p. 30)

Outro apontamento relevante se dá no sentido de que “fraude” e “engano” não são sinônimos, sendo a fraude uma forma de engano que priva a vítima de algo, e engano, o levar a crer em algo que é falso. No contexto do tráfico de pessoas, fraude e engano frequentemente dizem respeito a representações equivocadas da natureza do trabalho para o qual as vítimas são recrutadas (UNODC, 2020, p. 31).

O Guia Legislativo se detém demoradamente no abuso de posição de vulnerabilidade, compilando os conceitos presentes em documentos anteriores e afirmando, ainda, que a vulnerabilidade é utilizada, por vezes, de forma subsidiária a outros meios. Ademais, observa que algumas pessoas são mais vulneráveis que outras e são enganadas em situações em que outras, menos vulneráveis, não seriam. Outras situações importantes incluem aquelas em que a vítima não se vê dessa forma, o que não significa que não necessita de proteção (UNODC, 2020, p. 32).

Outros documentos do UNODC indicam que a população LGBTQIA+, crianças e adolescentes desacompanhados (UNODC; TRACK4TIP, 2020, p. 31) e estado de necessidade (Brasil; UNODC, 2022, p. 58) também demonstram grande vulnerabilidade. Imigrantes e pessoas

submetidas a trabalhos muito flexíveis também estariam suscetíveis (Baeninger, 2021, p. 266). Aliás, pessoas forçadas a tomar parte em esquemas criminosos online são, no mais das vezes, pessoas traficadas e imigrantes (OHCHR, 2023, p. 5), entre os quais já se identificou a presença de nacionais brasileiros (OHCHR, 2023, p. 6).

Como se vê, a característica mais evidente do abuso de vulnerabilidade é a multiplicidade de formas que as vulnerabilidades humanas podem tomar. Conquanto seja difícil identificar todas as formas em que ela se apresenta, é possível observar que uma gama de categorias de pessoas tem sido frequentemente citadas como suscetíveis a se tornarem vítima do tráfico de pessoas, sendo possível extrair algumas delas, especialmente, dos documentos Lei Modelo (2009) e Guia Legislativo (2020) editados pelo UNODC. Tais documentos deveriam ser tomados como parâmetro mínimo pelos Estados-membros quando da interpretação do Protocolo e edição de suas legislações domésticas.

5 A AUSÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA DO ABUSO DE VULNERABILIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E SUAS CONSEQUÊNCIAS: *BREACHES OF DUE DILIGENCE*

Conforme já exaustivamente demonstrado, o Protocolo de Palermo enumera o “abuso da situação de vulnerabilidade” como um dos “meios” que caracteriza, juntamente com a “ação” e a “finalidade exploratória”, o crime de tráfico de pessoas

Por sua vez, o tipo penal brasileiro definidor do tráfico de pessoas não prevê expressamente o termo “situação de vulnerabilidade” e manteve apenas a palavra “abuso”, deixando, portanto, para o aplicador da lei interpretar quais abusos podem ocorrer. Isso, por si só, já representa uma falha quanto à reprodução, na legislação doméstica, do Protocolo. A Lei Modelo Contra Tráfico de Pessoas (UNODC, 2009) traz como previsão **obriga-**

tória o elemento “meios” para a consecução do crime, entre eles, “outras formas de coerção” e “abuso de posição de vulnerabilidade”.

Naturalmente, o descuido da legislação brasileira se reflete na ausência de um desenvolvimento do conceito de abuso de posição de vulnerabilidade na doutrina dos manuais penais. A título de exemplo, Cezar Bitencourt (2023, p. 1.618) entende que a expressão “abuso” caracteriza redundância e é sinônimo de “fraude”. O livro de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2017) sobre a Lei 13.344/2016 não menciona o abuso. Rogério Greco, tanto em seu Curso de Direito Penal (2021, p. 474) como no seu Código Penal Comentado (2022, p. 405) entende que o abuso diz respeito ao “uso excessivo, ao desmando de alguém que tem algum poder sobre a vítima, a exemplo do que ocorre com os pais, tutores, curadores, etc.” Registre-se que Luiz Regis Prado (2019, p. 1.016) menciona, ainda que brevemente, o abuso de vulnerabilidade, entendendo que “ocorre quando há aproveitamento de uma condição de especial vulnerabilidade da vítima (condição socioeconômica, desestruturação familiar, vício em drogas etc.)”.

O legislador brasileiro optou por desconsiderar a provisão mandatória acerca dos meios de consecução do crime, contudo, de forma incompreensível, incluiu uma provisão opcional consistente em indicar circunstâncias agravantes.

Para o UNODC (Brasil; UNODC, 2022, p. 32), “o sistema de justiça, muitas vezes, [...] percebe o consentimento como fato que desconfigura o tráfico de pessoas, afinal, a vítima teria concordado com a exploração”. É o que ocorre nos tribunais brasileiros, especialmente, em face do fato de que a lei interna não prevê uma das principais, senão a mais relevante (UNODC, 2014, p. 83), forma de vício de consentimento utilizada para a consecução do crime de tráfico de pessoas.

O Protocolo de Palermo estabelece os requisitos mínimos para que a legislação doméstica dos países trate a questão de tráfico de pessoas. Conquanto seja feita referência à extensão permitida pelos ordenamentos in-

ternos, essa expressão não deve ser interpretada no sentido de submeter o Protocolo às leis domésticas, mas no de adaptar a linguagem da lei doméstica ao espírito do Protocolo (UNODC, 2020, p. 12). A obrigação de criminalizar o tráfico de pessoas está diretamente ligada à definição contida do Protocolo de Palermo, e os Estados são recomendados a revisar suas normas internas para atingir o padrão do tratado (UNODC, 2020, p. 21).

Para Gallagher, a criminalização é amplamente considerada como componente essencial da resposta dos Estados ao tráfico de pessoas, permitindo a base para esforços no sentido de acabar com a impunidade de traficantes e entregar justiça às vítimas. A criminalização adequada previne a criação de “paraísos legislativos” e a falha em criminalizar de acordo com a definição internacional afeta a capacidade dos Estados de cumprir adequadamente suas obrigações relativas, por exemplo, a cooperação internacional (Gallagher, 2010, p. 371)

De acordo com a autora, as características principais da definição precisam ser incluídas para satisfazer a obrigação de criminalização. Para ela, uma lei que não distinga o tráfico de crianças e adultos, por exemplo, não satisfaz o padrão internacional (Gallagher, 2010, p. 374). O Guia Legislativo da UNODC (2020, p. 27) também estabelece princípios gerais, e o primeiro deles afirma que a interpretação do crime de tráfico de pessoas deve ser feita em total acordo com o direito internacional.

Para Waldimeiry Corrêa da Silva (2021, p. 260), a lei brasileira sobre tráfico de pessoas não pode, em hipótese alguma, conferir ao bem jurídico protegido menos valor do que a norma internacional ratificada. Isto levaria a uma postura reducionista da atividade do Estado em relação aos direitos humanos. De acordo com a autora, a Lei nº 13.344/16 não observa a flexibilidade necessária do conceito de consentimento e as múltiplas formas em que ele pode ser manifestado em circunstâncias de vulnerabilidade. Deve, portanto, a legislação ser revisada para atender ao padrão internacional, que pode ser observado, em seu mínimo, na Lei Modelo (2009).

Em relação às vulnerabilidades que podem ser reconhecidas, o contexto brasileiro requer particular atenção à condição migratória, tendo em conta que metade dos casos de exploração de trabalho em Roraima teve como vítima pelo menos um migrante venezuelano (UNODC; TRACK-4TIP, 2020, p. 37). No campo da migração, a situação migratória irregular é apontada como causa de incremento da vulnerabilidade humana (Assis; Oliveira; Vedovato, 2021, p. 246).

O movimento migratório venezuelano para o Brasil é consabidamente caracterizado pelo movimento de crianças e adolescentes desacompanhadas ou separadas, que ademais pertencem a etnias indígenas, sobretudo, Warao, e demandam políticas públicas distintas, atentas a suas especificidades. (Von Rondow; Alvim, 2021, p. 59). Naturalmente, uma pessoa pode se encontrar numa situação de vulnerabilidade múltipla (Biroi; Barbosa, 2014).

Cite-se, ademais, que estudo realizado pelo UNODC em 2022 sobre vítimas de tráfico humano para exploração de tráfico de drogas identificou que os meios mais comuns de aliciamento foram os denominados meios sutis, tais como engano, fraude e de abuso de situação de vulnerabilidade. O abuso de vulnerabilidade foi identificado na maioria dos casos, e foi analisado a partir de elementos não normativos das decisões judiciais examinadas. De acordo com o documento, a inclusão desses indicadores “[...] teve por objetivo identificar a existência de condições de vulnerabilidade das ‘mulas’ (que demonstram elementos de terem sido traficadas) no momento do recrutamento” (Brasil; UNODC, 2022, p. 56). Não obstante, em nenhum dos casos a excludente de ilicitude por estado de necessidade foi acolhida pelos magistrados. O estudo menciona algumas fundamentações extraídas de decisões (Brasil; UNODC, 2022, p. 58), demonstrando forte tendência no sentido de que pessoas traficadas estejam sendo erroneamente condenadas criminalmente por ilícitos cometidos como consequência direta de sua condição de vítimas de tráfico humano. Tal situação acarreta o

descumprimento, pelo Brasil, de outra obrigação ratificada pelo Protocolo: a de não criminalizar as vítimas.

Para André Carvalho Ramos (2005, p. 54) já não há lugar para a tradicional postura de Estado de ratificar tratados e continuar permitindo violações dos direitos protegidos em seu território ou, ainda, postergar medidas de reformas para promover e garantir os direitos de sua população. Isto porque o Brasil, em 1998, reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e, assim, submete-se a suas sentenças.

Vale dizer, a Corte Interamericana já entendeu, no caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, que a Convenção Americana pode ser interpretada à luz de outros tratados, podendo as ofensas relativas a tráfico de pessoas, que podem ser consideradas uma forma de escravidão, se inserir no escopo de sua jurisdição (CIDH, 2016).

De acordo com Ramos, (2005, p. 56), nada impede que uma lei aprovada pelo Parlamento local viole os direitos humanos, e o Estado, como responsável pelos atos do legislador, pode ser responsabilizado mesmo quando não toma qualquer medida concreta de aplicação da citada norma, sendo suficiente a mera possibilidade de aplicação da lei. Anne Gallagher (2010, p. 34) pensa de forma semelhante e acrescenta que a atribuição da conduta ao Estado não é afetada sequer nos casos de imperícia grosseira da parte do órgão do Estado-membro, nem mesmo se o próprio Estado de alguma forma reprovar ou punir a conduta (Gallagher, 2010, p. 225).

Acerca da responsabilização do Estado pelo descumprimento de obrigações constantes de tratados ratificados, Anne Gallagher afirma que o padrão mais comumente aceito em matéria de direitos humanos é a “*due diligence*”. Para ela, a devida diligência significa que o país está obrigado a exercer uma certa medida de precaução para prevenir e para reagir aos atos que interferem em direitos estabelecidos. A falha em fazê-lo invoca a responsabilização do Estado sob o direito internacional (Gallagher, 2010, p. 241).

6 O POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE AS FONTES DO DIREITO PENAL INCRIMINADOR E SUAS CONSEQUÊNCIAS: NECESSIDADE DE REFORMA LEGISLATIVA

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, no dizer de Waldimeiry Corrêa da Silva, há dois posicionamentos divergentes acerca da possibilidade de usar tratados como fonte formal de direito penal incriminador. A primeira, é favorável. A segunda, desconsidera os tratados como fonte imediata (Silva, 2021, p. 262).

Após o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 466.343-1/SP, em 2006, a Suprema Corte Brasileira espousa a linha de inteligência no sentido de que os tratados internacionais comuns ostentam o mesmo patamar hierárquico que o direito interno, mas os tratados internacionais de direitos humanos estariam num nível intermediário: abaixo da Constituição, e acima da legislação ordinária.

Na ocasião, o Ministro Gilmar Mendes ponderou que “parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de suprallegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos”, mas, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, “também seriam dotados de um atributo de suprallegalidade” (Brasil, 2015).

Vale dizer que, para o entendimento adotado pelo STF, o Protocolo de Palermo, por ser tratado de direitos humanos aprovado por maioria simples (art. 47, CF), detém status inferior à Constituição, mas suprallegal. A princípio, se poderia entender que o Protocolo, então, deveria prevalecer sobre o Código Penal.

Porém, outro obstáculo se coloca diante do intérprete que deseja conferir efetividade ao Protocolo de Palermo. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que somente a lei é fonte formal de norma penal incriminadora, não se podendo dar aplicabilidade direta aos tratados internacionais nesse quesito. Veja-se:

Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes (STF). – As convenções internacionais, como a Convenção de Palermo, não se qualificam, constitucionalmente, como fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação de crimes e à cominação de sanções penais. **(RHC 121835 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 13/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-235 DIVULG 20-11-2015 PUBLIC 23-11-2015) (grifos nossos)**

Assim, uma vez que a posição predominante é no sentido de privilegiar a reserva de Parlamento, o panorama brasileiro indica a necessidade de reformas legislativas a fim de que o país atinja o padrão internacional no que se refere à criminalização do tráfico de pessoas, posto que, do contrário, o país se expõe à responsabilização internacional.

7 SÍNTESE CONCLUSIVA

O presente trabalho se propôs a analisar a correspondência da lei penal brasileira em relação ao Protocolo de Palermo, tratado internacional ratificado pelo Brasil em 2004 que estabelece o conceito mais admitido, na comunidade internacional, acerca das características desse crime.

O estudo bibliográfico realizado nos mostra que a Lei nº 13.344/2016, que estabelece a redação do art. 149-A do Código Penal, tipifica de forma insuficiente o crime de tráfico de pessoas, uma vez que deixa de prever, como meio de consecução da ofensa, o “meio” denominado abuso de situação de vulnerabilidade, de forma que essa maneira de praticar o crime

foi omitida do ordenamento pátrio, embora conste do tratado internacional.

A pesquisa revelou, ainda, que apesar de o conceito de abuso de vulnerabilidade ser tratado de forma um tanto quanto vaga no Protocolo de Palermo, existe uma moldura interpretativa de *soft law*, desenvolvida pelo Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime ao longo dos anos, que esculpiu de forma satisfatória os requisitos mínimos que os Estados-parte do Protocolo de Palermo devem observar quando da edição das leis domésticas ao criminalizar o tráfico de pessoas.

Ademais, é possível observar que a tipificação insuficiente, além de deixar a desejar no que pertine à obrigação ratificada de criminalizar o tráfico de pessoas, gera consequências indesejáveis de outras espécies, como por exemplo, deixar de reconhecer vulnerabilidades de vítimas que são traficadas para a finalidade de cometimento de crimes, possibilitando que as vítimas sejam criminalizadas por condutas decorrentes da própria condição de pessoa traficada.

Ainda, a pesquisa indicou que o posicionamento da Suprema Corte Brasileira acerca da posição dos tratados internacionais em relação ao direito penal incriminador obstaculiza a efetividade imediata do Protocolo de Palermo. Revela-se, assim, imperativa a necessidade adaptar a legislação interna para que esta atinja o padrão ratificado de criminalização do tráfico de pessoas, visto que, de outra forma, o Brasil se encontra exposto a responsabilização no âmbito do Direito Internacional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, D. H. O papel do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) na implementação do Protocolo de Palermo: uma perspectiva internacional. In: MEIRINHO, A. G. S.; VON ZUBEN, C.; NOGUEIRA, C. V.; SIMONETTI, T. L. B. (Orgs.) **Tráfico de pessoas: uma visão plural do tema**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, Conaete, 2021. p. 133-155

ASSIS, A. E. S. Q.; OLIVEIRA, F. M. U.; VEDOVATO, L. R. Lei de Migração e o tratamento das vulnerabilidades: migração, pobreza e tráfico de pessoas. In: MEIRINHO, A. G. S.; VON ZUBEN, C.; NOGUEIRA, C. V.; SIMONETTI, T. L. B. (Orgs.) **Tráfico de pessoas: uma visão plural do tema**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, Conaete, 2021. p. 245-262.

BAENINGER, R. Imigrantes internacionais e tráfico humano. In: MEIRINHO, A. G. S.; VON ZUBEN, C.; NOGUEIRA, C. V.; SIMONETTI, T. L. B. (Orgs.) **Tráfico de pessoas: uma visão plural do tema**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, Conaete, 2021. p. 263-277

BIROL, A. P. J.; BARBOSA, J. B. C. A tríade ocasional: vulnerabilidade, migração e tráficos de pessoas. **Migração e Tráfico de Pessoas**. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/cadernos-tematicos/caderno-2-template.pdf>. Acesso em 03 ago 2023.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. *E-book*.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública.; UNODC. **Estudo sobre vítimas de tráfico de pessoas exploradas para transporte de drogas**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/mjsp-lanca-estudo-sobre-vitimas-de-trafico-de-pessoas-exploradas-para-transporte-de-drogas/livro-trafico-de-pessoas-transporte-de-drogas-portugues-versao-2-1-1.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.344 de 6 de outubro de 2016**. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113344.htm. Acesso em: 17 ago 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Ordinário em Habeas Corpus 121835**. As convenções internacionais, como a Convenção de Palermo, não se qualificam, constitucionalmente, como fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação de crimes e à cominação de sanções penais. Ministério Público Federal versus José Porfírio de Oliveira. Relator: Cezar Peluso, 13 de outubro de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=3923392&ext=RTF>. Acesso em: 24 ago 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343-1/SP**. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Banco Bradesco S/a versus Luciano Cardoso Santos. Relator: Cezar Peluso. Relator: Celso de Mello, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=2524231&ext=RTF>. Acesso em: 24 ago 2023.

BRASIL. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. **Promulgação do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças**. Brasília: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acesso em: 18 ago 2023.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 04 de ago 2023.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: **Caso trabalhadores da fazenda Brasil Verde vs. Brasil**, 20 de outubro de 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em 05 ago 2023.

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. **Tráfico De Pessoas** - Lei. 13.344/16 comentada por artigos. Salvador: Juspodivm, 2017.

GALLAGHER, A. T. **The international law of human trafficking**. Cambridge University Press, 2010.

GRECO, R. **Código penal comentado**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2022.

GRECO, R. **Curso de direito penal: parte especial**, vol. 2: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 18 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2021.

NAÇÕES UNIDAS. **Interpretative notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime**. Viena: Publicação das Nações Unidas, 2000. 10 p. Disponível em: https://digitallibrary.un.org/record/426757/files/A_AC.254_37-EN.pdf. Acesso em: 14 ago. 2023.

OHCHR. **Online scam operations and trafficking into forced criminality in southeast Asia: recommendations for a human rights response**. Genebra: Publicação das Nações Unidas, 2023. 38 p. Disponível em: <https://bangkok.ohchr.org/wp-content/uploads/2023/08/ONLINE-SCAM-OPERATIONS-2582023.pdf>. Acesso em: 2 set. 2023.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMOS, A. C. Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. **Revista CeJ**, v. 9, n. 29, p. 53-63, 2005.

SILVA, W. C. The new Brazilian Anti-trafficking Law: challenges and opportunities to cover the normative lack. **Braz. J. Int'l L.**, v. 18, p. 243, 2021.

UNODC. **Legislative guide for the protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children.** Viena: Publicação das Nações Unidas, 2020. 125 p. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2020/TiP_LegislativGuide_Final.pdf. Acesso em: 15 ago. 2023.

UNODC. **The international legal definition of trafficking in persons:** consolidation of research findings and reflection on issues raised. Viena: Publicação das Nações Unidas, 2018. 43 p. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2018/Issue_Paper_International_Definition_TIP.pdf. Acesso em 13 ago. 2023.

UNODC. **Questões probatórias em casos de tráfico de pessoas:** compilação de casos. Viena: Publicação das Nações Unidas, 2017. 193 p. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2021/UNODC_Compilacao_de_Casos_01-07.pdf. Acesso em 5 ago. 2023.

UNODC. **The role of ‘consent’ in the trafficking in Persons Protocol.** Viena: Publicação das Nações Unidas, 2014. 111 p. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2014/UNODC_2014_Issue_Paper_Consent.pdf. Acesso em: 14 ago. 2023.

UNODC. **Abuse of a position of vulnerability and other “means” within the definition of trafficking in persons.** Nova York: Publicação das Nações Unidas, 2012. 108 p. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Issue_Paper_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability.pdf. Acesso em: 14 ago. 2023.

UNODC. **Model law against trafficking in persons.** Viena: Publicação das Nações Unidas, 2009. 75 p. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/UNODC_Model_Law_on_Trafficking_in_Persons.pdf. Acesso em 5 ago. 2023.

UNODC. **An introduction to human trafficking**: vulnerability, impact and action. Nova York: Publicação das Nações Unidas, 2008. 140 p. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/An_Introduction_to_Human_Trafficking_-_Background_Paper.pdf. Acesso em: 5 ago. 2023.

UNODC; TRACK4TIP. **Relatório situacional Brasil**: tráfico de pessoas em fluxos migratórios mistos, em especial de venezuelanos. Viena: Publicação das Nações Unidas, 2020. 60 p. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_TIP/Publicacoes/Relatorio_Situacional_Brasil_T4T.pdf. Acesso em: 3 ago. 2023.

VON RONDOW, N.; ALVIM, R. P. A Defensoria Pública da União na Operação Acolhida em Pacaraima: aprendizados institucionais na proteção à infância migrante e à migração indígena. *In*: MEIRINHO, A. G. S.; VON ZUBEN, C.; NOGUEIRA, C. V.; SIMONETTI, T. L. B. (Orgs.) **Tráfico de pessoas**: uma visão plural do tema. Brasília: Ministério Público do Trabalho, Conaete, 2021. p. 53-84.

WITTGENSTEIN, L. **Cultura e valor**. Tradução de Elsa Cecília Frost. Madrid: Espasa Calpe, 1995. 56 p.

CAPÍTULO XIII

ENCARCERAMENTO EM MASSA E A SUPERLOTAÇÃO PRISIONAL NO BRASIL: PREMISSAS VIOLADORAS DE DIREITOS HUMANOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DOS APRISIONADOS

José Cezario de Almeida⁵⁴

RESUMO

O objetivo deste estudo foi elucidar a situação do encarceramento em massa do sistema prisional brasileiro, que culmina com a superlotação dos presídios, com reflexos na ressocialização do aprisionado e, analisar se estas constatações têm infligido na violação de direitos humanos e de garantias fundamentais dos indivíduos submetidos às precárias e degradantes condições dos presídios, quanto aos espaços de moradia, higienização, baixa condição alimentar, escassez de serviços de saúde, tratamentos cruéis, desumano e degradante, até práticas de torturas. Assim, com base na literatura e nos documentos consultados foi possível evidenciar que os ambientes carcerários brasileiros estão superlotados, e tendente a crescer o número de pessoas presas, estrangulando o sistema em face da política criminal repressora de encarceramento, que se baseia no instituto da privação

54 Doutorando em Ciências Jurídicas do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Docente do Ensino Superior da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Campus de Cajazeiras.

de liberdade, como *modus operandi* de combate à criminalidade. Contudo, conclui-se que, o sistema carcerário está em colapso, com intensos reflexos negativos à ressocialização dos apenados e à reinserção ao tecido social, afetados pela estigmatização e preconceito seletivo, infligidos pelo aspecto da etnia, pobreza e escolarização. Nesta senda, revelam-se prejudicados os direitos humanos e as garantias de fundamentais da pessoa humana sob custódia prisional, que pugnam por urgentes e efetivas políticas públicas que revertam o atual caos prisional brasileiro.

Palavras-chave: Prisão. Direitos Humanos. Violação. Sistema Carcerário. Ressocialização.

1 INTRODUÇÃO

O tema sobre o sistema penitenciário brasileiro, no que alude às garantias dos apenados, tendo como foco o direito à ressocialização e à medida que tal efetividade se encontra prejudicada por motivos diversos, tais como: a falta de estrutura das penitenciárias, omissão do Estatal responsável pelo sistema prisional e parcas políticas públicas, e questões relacionadas ao encarceramento em massa, superlotação, tratamento cruel, desumano e degradante tendem a confirmar violações de direitos humanos e fundamentais dos condenados. (TEIXEIRA et al., 2023).

Destarte reconhecer, que o sistema penitenciário brasileiro carrega larga evolução desde os períodos colonial, imperial e república, todavia, registre-se que, está em crise duradoura, com evidentes deficiências estruturais graves, dentre as quais as superlotações, que concorre para as condições desumanas historicamente reinantes nos ambientes prisionais do País (GUIDO, 2015). Dessa maneira, a concepção de sistema que vislumbrava substituir as penas humilhantes e desumanas, não cumprem o seu papel de ressocialização do delinquente, e criticado por produzir efeitos opostos, com o aprimoramento de criminosos.

A superlotação é um problema estrutural dos ambientes carcerários brasileiros. Este reconhecimento foi afirmado pelo Supremo Tribunal Fe-

deral (STF) em 2005, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADP 347, ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário, por omissão do poder público, em relação à população prisional ao indicar a ocorrência de “violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica” (STF, 2005; CNJ, 2020).

As principais causas apontadas para a situação da superlotação nas prisões do País, para os doutrinadores e pesquisadores, é o aumento da população carcerária, produto de uma política criminal focada na punição em contraposição à reabilitação do indivíduo, que se agrava com elevado número de casos de aprisionados que aguardam julgamento.

Verifica-se, neste sentido, que a superlotação inflige com agravos de violência, falta de higiene, condições precárias de saúde, dentre outros quadros desumanos. Estima-se que o Brasil possui uma das maiores taxas de encarceramento do mundo, apontado por ocupar a terceira maior população de presos, com dados recentes de 832.295 de indivíduos custodiados (INFOPEN, 2022; TEIXEIRA et al., 2023).

A superlotação carcerária tem sido foco das maiores violações aos direitos humanos dos presos no Brasil, sobretudo pelas péssimas condições dos compartimentos de clausura, celas em que se amontoam dezenas de presidiários, sem o mínimo de conforto e higiene, em desconformidade as regras da legislação da execução penal brasileira. Na visão de Souza Pinha (2022), nas circunstâncias de superlotação, evidenciado o expressivo déficit de vagas no sistema prisional e aliados à falta de estrutura necessária e condizente, culmina com a dificuldade em garantir a dignidade humana.

O Infopen, em relatório referenciado, traz o índice de 205.132 presos sem condenação nos sistemas de justiça estadual, federal, trabalho e cível detidos provisoriamente. Estima-se atualmente, 80% dos presos estejam em regime fechado e, que 30% estão sob prisão provisória pendentes de julgados. (INFOPEN, 2022). Em relevo, destaque-se as prioridades dadas

às políticas de segurança pública com foco no policiamento ostensivo, prisão em flagrante, desprezo às técnicas sofisticadas de investigação, cujos fatores alinhados à atuação seletiva dos órgãos acusatórios e de justiça dão contornos às condições que se reproduzem na sistemática calamidade carcerária.

A equivocada política de encarceramento em massa é nitidamente observada no Brasil, refletindo diretamente no incremento da população carcerária, fator preponderante no sustentáculo da crise crônica do sistema carcerário, ora permeada pelo alto índice de prisões provisórias ou preventivas de logo tempo, sem julgamento, em razão da morosidade evidenciada nos processos criminais; consequência indutora da manutenção dos custodiados presos em flagrantes delitos, respondem ao processo, sem condenação, à pena privativa de liberdade.

Neste giro, o incremento da população carcerária é um fenômeno que está diretamente relacionado às condições estruturais inerentes ao Estado brasileiro, detentor do ônus do funcionamento do Sistema de Justiça Criminal, seja tanto à estrutura física e das condições de habitabilidade dos ambientes prisionais, seja quanto às condições de sobrevivência do prisioneiro e da exigências básicas de alimentação, higiene básica e à prestação de serviços fundamentais de assistência médica, jurídica, social e o acesso à educação e ao trabalho, para digna qualidade vida.

Assim, a partir desta análise em síntese introdutória, contudo, propõe-se neste estudo extrair algumas reflexões, visando elucidar a situação do encarceramento em massa do sistema prisional brasileiro, complexa máquina de capturar, selecionar e prender, que culmina com a superlotação dos presídios; e finalmente, analisar se estas ferramentas têm infligido na violação de direitos humanos e de garantias fundamentais dos indivíduos que estão submetidos às precárias e degradantes condições dos presídios que geram violência e compromete a ressocialização do aprisionado ou apenado, retratado na perspectiva evolutiva do sistema carcerário, das

crises e fracassos no cumprimento da finalidade punitiva e nas evidentes violações de direitos dos condenados.

O método adotado foi o hermenêutico-dedutivo ao realizar o levantamento de dados bibliográficos. O estudo prospecta-se a partir das metodologias utilizadas, que se baseiam na pesquisa bibliográfica, legislativa e documental, consistindo na revelação de visões de autores e doutrinadores e, na coleta de dados fornecidos de fontes secundárias necessários ao embasamento da abordagem temática (GABARDO, 2013; BECKER, 2014). Também se utilizou de estudos estatísticos previamente levantados sobre a situação carcerária do país. Ademais, a consulta de documentos publicados pela Corte IDH também foi adotada para chegar a um resultado sobre as violações de direitos humanos diante da crise prisional.

O estudo está estruturado em duas divisões e subdivisões. Tem por objetivos ressaltar a evolução histórica dos sistemas prisionais, as sanções penais nos ordenamentos jurídicos; e analisar o fenômeno do encarceramento e das superpopulações prisionais e repercussões na ressocialização do indivíduo. Após, visa-se elucidar as evidências insidiosas de violação dos direitos humanos e fundamentais, verificando-se o cumprimento das garantias destes direitos.

2 CONTEXTO EVOLUTIVO DOS SISTEMAS PRISIONAIS NA ATUAÇÃO DAS REPRIMENDAS PUNITIVAS

Os sistemas penitenciários se arraigam em torno da existência da pena para justificar aprioristicamente a prisão de indivíduos delinquentes. Estudos versam que a pena teria surgido na punição bíblica atribuída a Adão e Eva, com a expulsão do “Jardim do Éden”, quando foram condenados às consequências eternas do pecado, pelo fato, pela desobediência à ordem divina para não comerem do fruto proibido. Assim, para tal teoria, a pena teria sido criada por Deus, porém sem a modalidade de prisão.

Nas civilizações mais antigas, remonta-se à época egípcia, a finalidade da prisão devia ser cumprida em lugar de custódia e tortura, até que, o indivíduo recebesse a condenação das penas cruéis. Contudo, em Mosteiros, na Idade Média, o significado de prisão, como pena teve seu primórdio, aplicando-se aos monges e clérigos as punições obrigações, restringindo-os de liberdade em suas celas e coagidos a dedicação do tempo à meditação, como uma forma de aproximação de Deus.

Todavia, coube aos ingleses à inspiração da construção da *House of Correction*, a primeira estrutura de ambiente de prisão com o fim de recolher os criminosos, cuja ideia se difundiu amplamente no século XVIII, consolidando a pena de privação da liberdade como forma de penalização preconizada pelo Direito Penal, baseada na prisão da pessoa acusada e/ou delinquente, com a ressignificação de evitar a fuga e gerar mais provas contra o acusado, mediante torturas e suplicio.

O indivíduo era isolado em celas. Segundo o filósofo francês Michel Foucault, em sua obra “Vigiar e Punir – nascimento da prisão”, impunha-se ao transgressor o isolamento de todo o mundo exterior, inclusive entre os demais presos, como prevenção às revoltas de qualquer tipo, instituindo-se dessa forma que a pena tivesse o caráter individual e individualizante. E neste aspecto, vislumbrava-se um modo de gerar proporcionalidade entre o crime e a punição, pondo fim às punições imprevisíveis do soberano sobre o condenado. (FOUCAULT, 2014; TEIXEIRA et al., 2023). Depreende-se, portanto, que o fato trazido pelo pensador francês teria sido o passo precursor sobre a finalidade da pena e a garantia de direito ao condenado ter à sua dignidade enquanto ser humano.

Neste diapasão, à época, registre-se os principais modelos prisionais de grande adesão nos Estados Unidos (EUA) e na Europa. Cite-se Filadélfia e *Auburn*, em *Nova York*, cujo modelo se baseava nos princípios de Quaker, que propunha ser a religião detentora única da base educacional eficiente. As celas deste sistema eram isolamentos em formato panóptico, espaço de oração, arrependimento e trabalho em manufaturas. Tal modelo

representava aplicação das reprimendas com baixo custo decorrente do uso da vigilância carcerária (OLIVEIRA, 2007).

Em seguida, em face das exigências transformadoras que dariam lugar ao trabalho coletivo dos aprisionados, se sobressai o modelo de *Auburn*, que passa a ser adotado como sistema penal americano, caracterizado pelo trabalho diurno, sob a imposição da lei do silêncio entre os apenados. Além dos modelos supra, exsurge o sistema inglês ou irlandês, que se assemelha ao adotado no Brasil, sendo denominado de progressivo. Este, oriundo na Inglaterra no século XIX, considerava a boa conduta e trabalho dos delinquentes, e que eram avaliados em fases temporais, e quando adequados adquiria a liberdade.

A problemática à acerca da crise no sistema carcerário brasileiro muito se discute ao longo dos anos e vislumbra-se estar longe de ser sanada. As inúmeras irregularidades e inconstitucionalidades praticadas pelo próprio Estado originam e desenvolvem uma série infinita de outras deficiências que se acumulam e dificultam cada vez mais a resolução do problema.

2.1 Sistema penitenciário brasileiro: do Império à República na perspectiva das sanções penas e da ressocialização

No Brasil, a partir do período imperial o sistema penitenciário tinha seus fundamentos legais no Código Penal de 1891. Contudo, instaura-se no Brasil Colonial, o Livro V das Ordenações do Rei Filipe II, denominado de “Ordenações Filipinas”, consistindo no primeiro marco estatutário que trouxe as expressões conceituais de crime e de pena. As Ordenações Filipinas que vigoraram até 1830, previam as punições de pena de morte e de tortura, com explícita disparidade na aplicação das penalidades, que eram abrandadas para os nobres e distribuição de poder com a Igreja.

Enfatize-se que, durante período colonial e após a proclamação da independência política em 1822, a prisão tinha como fito um verdadeiro ins-

trumento de controle social, que inclusive seria exercido por iniciativa da polícia, com notória perseguição à pobreza, à mendicância e aos escravos andarilhos de ruas que transitavam sem autorização (KOERNER, 1999).

Entretanto, a proclamação da independência e, em seguida, o surgimento da constituição em 1824, que tinha bases iluministas, a cultura escravocrata assentada na opressão às pessoas de origem africana, indígena e mestiça não foi capaz de promover alterações nas práticas de perseguição com prisão, aos pobres e livres que não estivessem na circunferência do clientelismo. Além do mais, os encarcerados eram obrigados a servir com mão-de-obra de obras públicas e para a custódia de indivíduos considerados “perigosos” para a sociedade (PESSOA; FEITOSA, 2019).

Contudo, a partir de 1830, com a sanção do novo Código por Dom Pedro I, ocorreram substanciais mudanças, quando ocorreu a separação das motivações criminais das eclesiásticas, e a adoção das inovações mais relevantes, tais como os fatores atenuantes da menoridade e a indenização do *dano ex delicto* como a ser exercido pelo poder público. Este Código do Império exerceu grande influência no Direito Penal Espanhol e Latino-americano, se estendendo à época da República e foi substituído pelo Código Penal trazido no Decreto nº. 847, de 11 de outubro de 1890, vigente até à criação do Código Penal brasileiro atual, instituído pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

A prisão, em face da promulgação do novo Código Criminal em 1830, tornou-se o principal meio de punição às infrações penais. Em 1850, com a inauguração da Casa de Correção, que trazia o enfoque de estabelecer um ambiente adequado para o cumprimento das penas, registrava-se infraestrutura precária, com uma alta taxa de mortalidade dos presos (KOERNER, 1999; PESSOA; FEITOSA, 2019).

Em relação ao interregno republicano, cenários modificantes foram advindos e implementados pela legislação pátria. Registre-se a instituição da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), que

inova o sistema ao firmar as cinco classificações de estabelecimentos prisionais, denominadas: penitenciárias; colônias agrícolas, industriais ou similar; casas do albergado; hospitais de custódia e tratamentos psiquiátricos e cadeias públicas (BRASIL, 1984). Todavia, apesar dos avanços, o sistema penitenciário brasileiro se depara em situação de permanente crise, com graves deficiências estruturais, condições desumanas e superlotações (TEIXEIRA et al., 2023).

Apesar da edição do novo Código Penal brasileiro que verte as bases do direito punitivo democrático e liberal, e a reformulação introduzida em 1984, implementou uma ambiência favorável à consolidando do sistema de cumprimento de penas, progressão de regimes e as penas alternativas, porém, é nítido que a concepção doo modelo de aprisionamento não acena mudanças substanciais desde o período colonial e imperial.

O código penal brasileiro comporta dois tipos de sanções: as penas, que são privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa; e, as medidas de segurança, que são de dois tipos: restritivas e detentivas. A pena possui como pressuposto a culpabilidade e subdivide-se em privativa de liberdade, que pode ser reclusão, detenção ou prisão simples e penas alternativas, que são as multas e as penas restritivas de direito.

A pena, deve estar prevista em lei vigente, não se admitindo que seja cominada em regulamento ou ato normativo infralegal (CP, art. 1º, e CF, art. 5º, XXXIX). É definida pelo doutrinador Fernando Capez como “sanção penal de caráter afitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico.” (CAPEZ, 2019, p. 480). Concebe-se do autor, que a finalidade da correção é, além da retribuição punitiva ao delinquente, visa promover a ressocialização e a garantia preventiva da segurança quanto à novas transgressões delitivas dirigidas à coletividade.

A pena possui como pressuposto a culpabilidade e subdivide-se nas modalidades de penas: as privativas de liberdade, com previsão de reclusão,

detenção ou prisão simples e penas alternativas, estabelecidas por multas; e, as restritivas de direito. A Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XLVI, traz à luz os tipos penais (BRASIL, 1988). A pena de multa, é prevista no artigo 49 do Código Penal (BRASIL, 1940), que visa restringir o patrimônio do sentenciado.

A pena privativa de liberdade começou a ser utilizada no Brasil a partir de 1830, como principal meio de punição às infrações penais. Esta modalidade de aprisionamento tinha o condão de controle social dos indivíduos marginalizados, expressando como alvo a população negra e os homens brancos pobres, tidos como um alerta de perigo à sociedade brasileira, ideia que perpassou às épocas imperial e colonial. Contudo, a precariedade dos ambientes prisionais construídos ofertava baixas chances de reeducar os detentos e reintroduzi-los ao tecido social (PESSOA, FEITOSA, 2019).

A pena privativa de liberdade, conforme os ditames legais internos e internacionais, tem como objetivo a reinserção do aprisionado na sociedade, e diante das constantes violações, tal função não é concretizada. Ademais, os presídios brasileiros vêm enfrentado problemas relativos à superlotação, devido à atual política brasileira de repressão. O aumento da criminalidade acaba por provocar um desejo por punição, sendo a pena privativa de liberdade usada como forma de atender aos anseios da sociedade por segurança.

As penas restritivas de direitos estão insculpidas no artigo 43 do Código supracitado, se caracterizam pela restrição de direitos que o cidadão, em situação normal, possua. Trata-se das modalidades de prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; e, limitação de fim de semana. Estas modalidades de penas podem substituir as privativas de liberdade, considerando, portanto, os requisitos objetivos delineados no artigo 44 do Código Penal e os elementos subjetivos que levam em conta o tempo da pena privativa de liberdade não seja superior a quatro anos e o crime não

seja cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou resultante de crime culposo (TEIXEIRA et al., 2023).

Vale ressaltar que, a reclusão, um dos tipos inerentes à pena privativa de liberdade, o condenado se submete ao enclausuramento para o cumprimento em três tipos de regime: o fechado, o semiaberto e o aberto. Já a detenção poderá ser cumprida nos regimes semiaberto e aberto. A prisão simples, outro tipo de pena privativa de liberdade, encontra-se normatizada na Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941), devendo ser cumprida, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regimes semiaberto ou aberto, sem rigor penitenciário (BRASIL, 1941).

É fato que, a pena de prisão formou-se de acordo com as modificações sociais que ocorreram com a evolução histórica do País aos dias atuais. Todavia, percebe-se que o sistema carcerário brasileiro sempre foi falho, incapaz de cumprir o seu propósito ressocializador, continuando os mesmos moldes de controle social que era realizado sobre parcela marginalizada da população. Sabe-se que a punição é uma das finalidades da pena, mas a partir de alguns doutrinadores, esse não é único efeito. Portanto, se faz necessário a reflexão sobre a função do direito penal na sociedade para que a análise sobre o tema seja feita. Tal função não é discutida somente entre juristas, mas entre filósofos ao longo dos séculos ((TEIXEIRA et al., 2023; CUNHA, 2008).

A Teoria Mista, concebida pelo Código Penal pátrio, gemina as teorias absoluta e preventiva, exercendo dupla função na aplicação da reprimenda, quais sejam a de punir o criminoso e a de evitar a prática de crimes, conforme assinalado no artigo 59, caput, ao relatar que será estabelecido o *quantum*, conforme necessário e suficiente para reprovação do crime. Contudo, no Brasil, a concepção de pena carrega tríplice finalidade ou polifuncionalidade (TEIXEIRA et al., 2023). Neste limbo, a pena assume as funções da prevenção, retribuição e ressocialização. Daí, infere-se que a ideologia atual

brasileira converge no sentido, não apenas de punição, mas de recuperar, educar e ressocializar o condenado.

O informativo 604 do Supremo Tribunal Federal relaciona a polifuncionalidade com a ferramenta da inclusão social, trazendo-se à luz a tríplice finalidade da pena. Pontua o STF (2010, p.7 e 8) que [...] “Nos quadros da nossa orientação constitucional e ordinária pode se entender ter prevalecido o que se poderá chamar de ‘polifuncionalidade’ da sanção penal, ou seja, uma concepção eclética em que se integram as instâncias retributivas e as da reinserção social.” Neste diapasão, referido informativo infere que “a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização.”

Ainda sobre o olhar de Foucault, para que o Estado possa punir bem, como elucidado acima, as garantias constitucionais do preso também têm que ser respeitadas. Tais garantias estão previstas em inúmeros códigos, tanto em nível nacional quanto em internacional, como, por exemplo, a Declaração Universal de Direitos Humanos, em nível internacional e, em nível nacional, a própria Constituição Brasileira e a Lei de Execução Penal (LEP), em seu artigo 41 nos incisos I a XV, revelando os direitos infraconstitucionais garantidos ao condenado. Portanto, com várias previsões legais e ensinamentos de ilustres doutrinadores, era de se esperar que o Estado punisse de uma forma em que a condenação tivesse o efeito de ressocialização do condenado, para que tal pudesse voltar a conviver em sociedade, mas não é isso que acontece. Na verdade, pode-se dizer que o modelo desse sistema atua como uma forma de excluir socialmente as pessoas mais pobres, não visando, assim, o bem comum para a população e nem mesmo para o próprio preso.

Confrontando a realidade com todo o previsto em lei, verifica-se uma enorme disparidade. Tal afirmativa se dá por causa da omissão e do des-

cumprimento das leis por parte do Estado e de outros órgãos responsáveis pelo sistema. Sendo esses os causadores dos principais problemas existentes nestes locais, sejam de estrutura, como precariedade das penitenciárias, superlotações, ou problemas administrativos. Isso faz com que as unidades prisionais não cumpram seu papel de recuperar o condenado para o convívio social (TEIXEIRA et al., 2023).

A ressocialização, no caso, seria oferecer a encarcerado a possibilidade de ser reintegrado em sociedade, é levá-lo a uma conscientização sobre o que o levou a praticar tais atos e reconduzi-lo para a vida social novamente.

2.2 Encarceramento em massa e a superlotação: tutela de direitos humanos e de garantias fundamentais de pessoas presas

O Brasil insere-se entre os países de maiores taxas de encarceramento do mundo, ocupando a terceira posição *rankink*. Os dados recentes revelam que há 832.295 de indivíduos presos, que crescem anualmente nas últimas décadas. Este fenômeno vem sobrecarregando o sistema, gerando consequentemente a superlotação e a crise carcerária atual, com impactos negativos na adoção de políticas de recuperação do condenado para à vida em sociedade (JÚNIOR NOGUEIRA, 2017).

Ressalte-se que, o Conselho Nacional de Justiça tenha adotado programas e ações que visam a reversão do problema e, o STF declarado a existência de um estado de inconstitucionalidade prisional, mesmo assim, não se verifica um decréscimo da política prisional ou mesmo melhoria das instalações das penitenciárias.

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADP 347, em 2005, o STF reconheceu a superlotação prisional como um problema estrutural dos ambientes carcerários brasileiros. Neste sentido, foi afirmado pela Suprema Corte a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema penitenciário, tributando a omissão do

poder público, em relação às condições da população prisional, ao indicar a ocorrência de “violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica” (STF, 2005; CNJ, 2020).

Em 04 de outubro de 2023, o STF, em plenário, no julgamento de mérito da ADP 347, confirmou, por unanimidade, a liminar de 2015 que reconhecia o “Estado de Coisas Inconstitucional”, e determinou à União e os Estados a efetivação em 06 (seis) meses de um plano para melhorar sistema prisional, o que exige a atuação conjunta de diversas autoridades para a construção de uma solução satisfatória (STF, 2023).

Em voto de mérito, o relator, Ministro Luís Roberto Barroso, atual presidente do Supremo, afirmou que a situação prisional compromete a ressocialização e a garantia da segurança pública, enfatizando que superlotação inviabiliza a prestação de serviços essenciais que integram o mínimo existencial, e ainda, reverberou que “O ministro ressaltou que o fato de os presos estarem sob a custódia do Estado suspende a sua liberdade, mas deve assegurar acesso à saúde, à educação e ao trabalho.”

O plano, a ser elaborado em seis meses, deverá conter diretrizes para reduzir a superlotação dos presídios, o número de presos provisórios e a permanência no sistema em regime mais severo ou por tempo superior ao da pena. Também deverá propor medidas para adequar a salubridade, as condições de higiene, o conforto e a segurança das instalações. Segundo a proposta do presidente do STF, o documento será elaborado com a participação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que planejará as medidas que envolvam a atuação do Poder Judiciário. A ideia é que as soluções também abranjam a fiscalização e o monitoramento do sistema prisional.

Com base no plano federal, os estados e o Distrito Federal deverão construir, também em seis meses, planos próprios visando superar o chamado estado de coisas inconstitucional nas prisões. Em ambos os casos, o prazo para a implementação das medidas será de três anos. (STF, 2023).

A doutrina tem se posicionado que o encarceramento em massa consiste num desvirtuamento do direito penal que tem por trás uma política estatal que usa as penas de privação de liberdade como meio de assegurar a segurança pública, resultando em um aumento desproporcional do número de aprisionamento. As questões sociais são colocadas como casos de polícia, devendo ser reprimidas criminalmente, contrariando a característica subsidiária do direito penal (WACQUANT, 2001, p. 7).

O aumento da criminalidade, ou o sentimento de insegurança reflete no anseio da sociedade pelo endurecimento das leis penais e no uso da política criminal repressiva para o combate aos conflitos sociais. (FEITOSA; PESSOA, 2019). Ocorre que, a atual política de encarceramento em massa traz como consequência o fenômeno da seletividade penal, já que a política de aprisionar como combate à criminalidade acaba por atingir um determinado grupo de pessoas (DANIN, 2019, p. 168).

Ademais, os presídios brasileiros vêm enfrentado problemas relativos à superlotação, devido à atual política brasileira de repressão. O aumento da criminalidade acaba por provocar um desejo por punição, sendo a pena privativa de liberdade usada como forma de atender aos anseios da sociedade por segurança. A punição é utilizada pelo Estado como principal forma de garantir a segurança aos cidadãos, todavia, esse fenômeno não traz resultados positivos para a sociedade brasileira, influenciando no colapso penitenciário.

Os reflexos da população carcerária aparecem nas estatísticas estatais. Em recente relatório, o DEPEN registra a população carcerária do Brasil (a terceira maior do mundo), chega em 2023, com uma taxa prisional de 832.295 presos incluindo homens e mulheres, representando a cifra de uma população carcerária de 390,17 por 100 mil habitantes.

A capacidade atual de vagas ofertadas do Sistema Penitenciário é de 596.442, sendo para homens 545.792 vagas e para mulheres, apenas, 50.650 vagas de prisão feminina. (Tabela 1). Depreende-se que, há intenso estran-

gulamento dos espaços prisionais brasileiros. A maior parte dos presos são homens, jovens, pobres e de baixa escolaridade (Tabelas 2 e 3). (DEPEN, 2022).

Tabela 1. Perfil das pessoas presas por faixa etária no Sistema Prisional Brasileiro (Depen, 2022).

Quantidade / faixa etária (anos)	Homens	Mulheres	Total
18 a 24	130.374	5.919	136.293
25 a 29	160.231	7.598	167.829
30 a 34	130.872	6.747	137.619
35 a 45	169.329	9.823	179.152
46 a 60	66.093	4.140	70.233
61 a 70	11.423	543	11.966
Mais de 70	2.686	60	2.746
Não Informado	110.473	10.429	120.902

Fonte: Adaptado de Relatório Depen (2022).

Tabela 2. Perfil das pessoas presas por cor de pele/raça/etnia no Sistema Prisional Brasileiro (Depen, 2022).

Cor de pele/ raça/etnia	Homens	Mulheres	Total
Branca	187.095	9.989	197.084
Preta	102.281	4.396	106.677
Parda	318.995	16.361	335.356
Amarela	6.961	178	7.139
Indígena	1.462	141	1.603
Não informado	164.687	14.194	178.881

Fonte: Adaptado de Relatório Depen (2022).

É factível que, conforme Depen (2017, 2022), que entre os anos 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento teve significativo aumento para 119%. Em 2000, verificou-se registro de 137 presos para cada 100 mil habitantes. Em 2016 esse índice exorbitou para 352,6 pessoas, chegando ao final do ano 2022 à cifra de população carcerária de 390,17 por 100 mil habitantes.

(BRASIL, 2022). Deflui-se que, nesta perspectiva de ritmo de encarceramento continuar ocorra chega-se nos próximos dois anos a ultrapassar o número de 1.000.000 (um milhão) de presos no Sistema Brasileiro.

Tabela 3. Perfil das pessoas presas por grau de instrução no Sistema Prisional Brasileiro (Depen, 2022).

Cor de pele/ raça/etnia	Homens	Mulheres	Total
Analfabeto	18.266	580	18.846
Alfabetizado sem cursos regulares	30.718	966	31.684
Ensino Fundamental Incompleto	302.426	13.187	315.613
Ensino Fundamental Completo	76.893	3.321	80.214
Ensino Médio Incompleto	107.628	5.698	113.326
Ensino Médio Completo	75.082	5.880	80.962
Ensino Superior Incompleto	7.932	999	8.931

Fonte: Adaptado de Relatório Depen (2022).

As taxas de aprisionamento reveladas pelo Depen refletem elevado incremento no número de prisões, como instrumentos utilizados pelo Estado como ação promotora de combate ao crime e promover a paz social. Porém, vislumbra-se que, seja uma política de segurança pública equivocada, que foca na prisão privativa de liberdade, como instrumento de combate à criminalidade. Sabe-se, contudo, que excesso do exercício do poder punitivo estatal pode resultar em graves violações aos direitos humanos e fundamentais das pessoas, muitas inclusive inocentes. Nesta modalidade de repressão punitiva resulta no crescimento da população carcerária, com graves reflexos nas condições carcerárias já intensamente comprometidas. (LAFER, 2005; RODRIGUES; CORDAZZO, 2019).

Deve-se ressaltar que, quanto às garantias dos direitos humanos no âmbito do sistema penitenciário brasileiro, o mesmo carrega severos empecilhos na sua adoção e aplicação. Evidentes informações baseadas em estudos dão conta de que, na maior parte dos presídios as condições ofertas aos presos são extremamente degradantes e violadoras de direitos inerentes à

saúde, assistência jurídica e integridade física dos detentos, cujo ambiente concorre para as dificuldades que o reeducando enfrenta na reinserção ao tecido social (MENDES, 2011).

Ainda, considera-se neste contexto apresentado pelo Depen, que a maioria da etnia dos detentos é de etnia negra e parda, em evidente consequência do excesso da política criminal seletiva, que atua como uma verdadeira forma de controle social. Neste caso, se evidencia que o sistema punitivo exerce um círculo vicioso, ao encarcerar indivíduos estigmatizados e marginalizado, pessoas consideradas perigosas ao convívio com a sociedade, em razão de sua condição racial e social, pobre e de baixa escolarização, elementos excludentes para inserção no mundo do trabalho, ensejando estímulo à reincidência delitiva (FEITOSA; PESSOA, 2019). Portanto, o atual paradigma punitivo acaba por segregar determinada classe social (SANTANA; SANTOS, 2018).

Assim, vislumbra-se que, política de encarceramento em massa arraigada no fenômeno da seletividade social, traz severas sequelas às pessoas já que a política de aprisionar como combate à criminalidade acaba por atingir um determinado grupo de pessoas (DANIN, 2019). O que ocorre é a construção de estereótipos que acabam sendo alvo da atual política criminal brasileira, “recaindo sobre os pobres, os negros, os jovens e os analfabetos a força e o rigor da lei” (WERMUTH, ASSIS, 2016).

Diante do fato da superlotação prisional e das péssimas condições fornecidas aos presos, diversos tratados de direitos humanos, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, e a própria Constituição Federal são violados, o que leva o Estado brasileiro a ser tutelado pelos órgãos de monitoramento dos direitos humanos, pois evidentes os indícios relativos das violações à integridade física, à vida e à saúde dos apenados, o que pode ocorrer em intervenção da Corte Interamericana de Direitos Humanos na proteção dos direitos resultando em sanções que podem ser adotadas em face do Brasil (SÁ, 2017; FEITOSA; PESSOA, 2019).

Cabe ao Estado brasileiro manter a dignidade humana dos seus presos, conforme previsto no art. 5º, XLIX da Constituição Federal, onde é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Um mandamento semelhante é aquele previsto no art. 38 do Código Penal, que prevê também o respeito à integridade física, assim, como é previsto pela Lei de Execução Penal. (BRASIL, 1988; 1984)

Ressalte-se que, a atual situação do sistema penitenciário brasileiro viola diversos tratados internacionais, tendo inclusive sido alvo de intervenção pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Conforme já exposto, nas prisões brasileiras, as circunstâncias são desumanas, possuindo condições precárias de saúde, higiene, além dos riscos à integridade física e à própria vida. Isso desrespeita o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, violando o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, além do artigo 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos (GONZALEZ, 2010, DIAS 2014).

O ponto crucial em que se observou a ampliação dos sistemas de proteção dos direitos humanos foi após a Segunda Guerra Mundial. Durante o conflito, ocorreu uma ruptura do paradigma dos direitos humanos, tendo trazido trágicas consequências para a humanidade. Dessa forma, foi no pós-guerra que os direitos da pessoa humana ganharam extrema relevância, surgindo como resposta às imensas atrocidades cometidas durante o conflito (GUERRA, 2013, p. 2). Os países envolvidos no conflito, bem como aqueles que somente acompanharam seus efeitos, construíram um sistema global de proteção que tivesse força suficiente para evitar novas violações aos direitos humanos, criando-se, assim, a Organização das Nações Unidas – ONU (1945). Após o surgimento do organismo, vários tratados e instrumentos de proteção aos direitos humanos foram sendo criados perante a comunidade internacional (PIOVESAN, 2012; GUSSOLI, 2019).

Os direitos humanos previstos em tratados internacionais fizeram com que o Estado passasse da função de provedor de justiça para um ente pas-

sível de julgamento (GARAPON, 1999). Assim, ao transgredir uma norma internacional em que assumiu o compromisso de cumpri-la, o Estado violador poderá ser responsabilizado perante a comunidade internacional. Depois do surgimento do sistema global, diversos sistemas regionais foram sendo criados, com o objetivo de reforçar a proteção aos direitos humanos.

Diante da precariedade da garantia dos direitos mínimos dos presos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis é descumprida, já que este pacto proíbe veementemente o tratamento desumano dentro das prisões (PIOVESAN, 2012). A própria superlotação faz com que um número absurdo de presos permaneça dentro de uma cela, demonstrando o total descaso pela ausência de comprometimento de adotar os dispositivos da convenção.

A superlotação também infringe o tratado de Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, conhecido como “Regras de Mandela”, sendo editado em 1955 pela Organização das Nações Unidas e atualizado em 2015 no âmbito da Comissão de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal (BASTOS; REBOUÇAS, 2018). Tal documento tem como foco assegurar a dignidade e respeito aos direitos não só dos aprisionados, mas também de seus familiares. Através do documento, é determinado que os dormitórios dos detentos deverão satisfazer todas as exigências de higiene e saúde, que as instalações sanitárias deverão ser adequadas e que os presos deverão ser separados por categorias.

Os artigos 4º e 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), onde expõe, respectivamente, o direito à vida e o direito à integridade física merecem real atenção, tendo vista que, mesmo com a proibição dos castigos físicos e a garantia à vida afirmado pela própria Constituição Federal e diversos tratados internacionais, tais premissas são violadas pelo Estado brasileiro, fazendo com que este responda internacionalmente por tais transgressões (GONZALEZ, 2010, DIAS 2014).

Nos últimos anos, vêm crescendo o número de demandas perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos em relação ao Brasil no que

se refere à proteção dos indivíduos em que se encontram em situação de privação de liberdade. Tal aumento coincide com o crescimento da população carcerária brasileira, sem a adoção de políticas públicas capazes de promover condições ideais para a aplicação das penas de prisão e detenção. Assim, as organizações da sociedade civil têm utilizado o sistema regional como mecanismo de intervenção na crise dos presídios brasileiros (FEITOSA; PESSOA, 2019).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, tribunal internacional responsável pela aplicação dos ditames do Pacto de San José da Costa Rica no âmbito interno dos países membros, com intuito de preservar a vida e a integridade física dos detentos, já se manifestou sobre as violações aos direitos humanos que vêm ocorrendo nos presídios brasileiros. Diversas diligências foram impostas ao Brasil com o objetivo que fossem adotadas políticas públicas relacionadas ao sistema prisional. Um exemplo trata-se dos relatórios expedidos relativos aos casos dos complexos penitenciários de Pedrinhas e Curado (CORTE IDH, 2014, 2017, 2018; HACHEM et. al., 2019).

A Corte IDH tem revelado ser importante mecanismo ser um importante órgão de proteção aos direitos humanos de pessoas privadas de liberdade, tendo se manifestado várias vezes contra as condições dos presídios brasileiros. Inúmeras providências foram impostas ao Estado brasileiro, evitando maiores danos aos indivíduos dos presídios discutidos no âmbito do tribunal (HACHEM et. al., 2019).

A proteção prevista na CADH e de outros tratados internacionais é complementar à proteção dos direitos e garantias fundamentais no âmbito interno dos Estados-membros, sendo estes responsáveis pela proteção primária. Entretanto, em caso de violação a CADH ou a outro documento internacional pode o SIDH adotar as medidas cabíveis para impor os preceitos fundamentais não garantidos pelos países signatários (GUERRA, 2013; CNJ, 2023).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

- Constatase que, o Sistema Carcerário Brasileiro está estrangulado pela superlotação dos seus ambientes prisionais, cujo número cresce anualmente, em razão da política criminal de encarceramento em massa, que se baseia precipuamente no instituto da prisão que restringe a liberdade dos custodiados, afetado pela aplicação seletiva das medidas prisionais à classes estigmatizadas pela pobreza, etnia e escolarização, dentre outras;

- O estudo revela a importância da ressocialização como o fim da pena, e reconhece como o principal instrumento que norteia o apenado à uma nova oportunidade de integração ao tecido social, com efetividade da segurança à sociedade;

- Nesta toada, mostra ainda, a abertura de reflexão por porta dos órgãos garantidores de direitos, principalmente o estatal, e de políticas públicas capaz de promover alternativas para que a ressocialização dos presos, conferindo-lhes dignidade garantida como pessoa, após o cumprimento de sua pena, evitando a reincidência delitiva;

- A violação de direitos humanos e garantias fundamentais dos presos são evidentes, em razão da supressão de condições dignas e mínimas de sobrevivência na clausula carcerária que deveriam ser propiciadas nos ambientes carcerários, contudo, pelo contrário são submetidos aos precários ambiente de moradia, escassez de higienização, baixa condição alimentar, ausência de serviços de saúde e práticas de torturas, cujas violações são reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal que declarar o Estado de Coisas Inconstitucionais do sistema carcerário brasileiro.

REFERÊNCIAS

BECKER, Howard S. A epistemologia da pesquisa qualitativa. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 1, n. 2, p.184-198, 2014.

BRASIL. **Código Penal: Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Acesso: 30 ago. 2023. Disponível:

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022.** Brasília: CNJ, 2022. Disponível: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso: 3 set. 2023.

BRASIL. Lei de Execução Penal. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Acesso: 30 ago. 2023. Disponível: http://https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Comportamento judicial em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro / Conselho Nacional de Justiça; Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). **CNJ, 2023.** – Brasília: CNJ, 2023.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Estado de coisas inconstitucional nas prisões repercute dentro e fora do país. **CNJ, 2020.** Acesso: 25 ago. 2023. Disponível: <https://www.cnj.jus.br/estado-de-coisas-inconstitucional-nas-prisoas-repercute-entro-e-fora-do-pais>.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 2014.** 2014.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 2017.** 2017.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 2018.** 2018.

CUNHA, José Ricardo et al. Direitos humanos globais e Poder Judiciário: uma análise empírica sobre o conhecimento e a aplicação das normas dos sistemas ONU e OEA no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 13, n. 2, p. 133-176, 2008.

DANIN, Renata Almeida. Encarceramento em massa como política social nos Estados Unidos e Brasil. *Altre Modernità: Rivista di studi letterari e culturali*, N°. Extra 1, Ejemplar dedicado a: Di nuove e vecchie schiavitù: storie di dominio, lotte per la libertà, p. 164-176, 2019.

DIAS, Bruno & Moreira, Alexandre. A transnacionalidade como fundamento da Tutela dos Direitos Humanos: A Intervenção do Complexo de Pedrinhas. *Revista Onis Ciência*. v.2. p.56-82, 2014.

FERNANDO, CAPEZ. **Curso de direito penal 1: Parte geral**. 23ª ed. Saraiva Jur; 2019. 776p.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 2015. 296p.

GABARDO, Emerson; MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro. Institucionalismo e pesquisa quantitativa como metodologia de análise de decisões judiciais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 63, p. 151-180, 2013.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: O Guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GONZALEZ, Felipe. As medidas de urgência no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. v.7, n.13, p.51-73, 2010.

GUIDO, G. D. P. Sistema prisional e a ressocialização do preso. **Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA** - Assis, 2015. Acesso: 02 de jun. 2020, disponível: <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/1211400211.pdf>

GUSSOLI, Felipe Klein. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 6, n. 3, p.703-747, 2019.

HACHEM, Daniel Wunder; GARCÍA LÓPEZ, Luisa Fernanda; GUSSOLI, Felipe Klein (Coord.). Corte Interamericana de Derechos Humanos e seus impactos na América Latina. **Íthala**, 2020.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil**. In: BOGDANDY, Armin Von;

PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional. Rio de Janeiro: **Lumen Juris**, 2011.

PESSOA, Manoela Fleck de Paula; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Corte Interamericana de Derechos Humanos e o Encarceramento em Massa: uma análise dos casos do Complexo Penitenciário de Pedrinhas e Curado. **PRIM@ FACIE**, v.18, n.39, 2019.

RODRIGUES, Maria Isabela de Lima; CORDAZZO, Karine. Os atuais problemas carcerários: uma análise crítica da superlotação carcerária e a ineficiência do Estado. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, v. 7, n. 2, p. 203-223, 2019.

SÁ, Priscilla Placha. Questões político-criminais e processuais penais sobre a investigação criminal de chacinas protagonizadas por facções criminais nos presídios brasileiros. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v.3, n.2, p.567-604, 2017.

SANTANA, S. P.; SANTOS, C. A. M. A justiça restaurativa como política alternativa ao encarceramento em massa. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, v.8, nº 1, 2018.

SANTANA, S. P.; SANTOS, C. A. M. A justiça restaurativa como política alternativa ao encarceramento em massa. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, v.8, n.1, 2018.

SOUZA PINHA, L. O sistema prisional brasileiro: contextualizando o cenário normativo e a sua efetividade. **Revista Vianna Sapiens**, v.13, n.2, p.19, 2022. Disponível: <https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/887>. Acesso: 01 set. 2023.

STF – Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 604**. Brasília, 11 a 15 de outubro de 2010. Acesso: 30 ago. 2023. Disponível: <https://arquivos-trilhante-sp.s3.sa-east-1.amazonaws.com/documentos/informativos/informativo-0604-stf.pdf>

STF - Supremo Tribunal Federal. STF tem maioria para determinar que governo federal elabore plano para melhorar sistema prisional. Brasília, 04 de outubro de 2023. Disponível: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=515162&ori=1>. Acesso: 04 out. 2023.

TEIXEIRA, Mateus Costa; LIMA, Stephanie Souza; RIBEIRO FILHO, William Nieto. **Sistema Penitenciário Brasileiro: Direitos Humanos e Dignidade da Pessoa Humana**. 1ª ed. Editora Arche, São Paulo, SP: 2023, 110 p.

WACQUANT, Louic. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

WERMUTH, M. A.D.; ASSIS, L. R. A Seletividade no Sistema Prisional Brasileiro e a Produção da Vida Nua (Homo Sacer). **Prim@ Facie**, v. 15, p. 1-45, 2016.

CAPÍTULO XIV

O DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO SOCIOAMBIENTAL SUSTENTÁVEL: ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO ECOLÓGICA

José Serafim da Costa Neto⁵⁵

RESUMO

O objetivo do trabalho foi analisar o Desenvolvimento Socioambiental Sustentável como direito humano. A problemática envolvida está relacionada ao reconhecimento da normatividade da Constituição Ecológica no ordenamento jurídico pátrio, considerando as nuances históricas a construir o atual contexto do Direito Ambiental no Brasil e no âmbito internacional, bem como normas relevantes de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio, por meio de casos concretos para demonstrar como ocorrem as violações sofridas à tais normas no Brasil, e, conseqüentemente, a necessidade de uma leitura contemporânea dos institutos da Constituição Ecológica. A metodologia empregada consistiu na análise de artigos científicos, principalmente, bem como da doutrina clássica e contemporânea, dissertações de mestrado, teses de doutorado, e análise jurisprudencial. Como resultado, verificou-se um avanço em relação à proteção ambiental desde o advento da Constituição Federal de 1988, por outro lado ainda se verificam carências pelos poderes no cumprimento

55 Mestre em Direito Constitucional – UFRN. Especialista em Direito Público – PUC/MG. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública – FCV. Docente Substituto da UFRN.

das normas ambientais, destacando-se o Executivo por ser o responsável pela execução da política pública e o próprio Poder Judiciário que, por vezes, não garante a salvaguarda necessária aos preceitos da Constituição Ecológica e da perspectiva do Direito Humano ao Desenvolvimento Socioambiental Sustentável.

Palavras-chave: Direito Humano; Desenvolvimento Socioambiental Sustentável; Constituição Ecológica.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As discussões relacionadas aos direitos humanos sob as suas mais variadas facetas, bem como sobre o desenvolvimento, são constantes no Direito, razão pela qual é indiscutível a importância de que sejam tratados os elementos fundantes do Direito Ambiental com a devida responsabilidade. Desse modo, é imperioso reconhecer que as balizas do Direito Constitucional Brasileiro estão erigidas na Constituição Federal de 1988, a qual é categórica no que concerne à necessidade de proteção ambiental para que se tenha um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as atuais e futuras gerações, sendo assim é imperioso reconhecer a relevância do Desenvolvimento Socioambiental Sustentável neste contexto.

Sob esta perspectiva, o objetivo do presente trabalho será analisar o Desenvolvimento Socioambiental Sustentável enquanto Direito Humano, com foco na visão ecológica da Constituição Cidadã brasileira. A problemática, desta feita, redonda na percepção acerca da normatividade da Constituição Ecológica tupiniquim e, por conseguinte, na leitura adequada dos instrumentos já existentes com vistas ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A metodologia empregada buscará a análise de artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado, doutrina atualizada, bem como a análise jurisprudencial de casos emblemáticos, ou seja, aqueles de grande repercussão para os estudiosos do Direito Ambiental.

O trabalho será desenvolvido em três tópicos, principiando pela contextualização acerca do Direito Ambiental no Brasil e no Mundo até que se tenha delineado um cenário do quadro atual com a permissividade para que se possa analisar os elementos fundantes dos conceitos sob estudo. Posteriormente, será feita uma análise sobre as normas ambientais brasileiras, de ordem constitucional e/ou infraconstitucional, que amparam a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerando os desrespeitos às supracitadas normas, ilustradas através de situações ocorridas no Brasil.

A posteriori, será feita uma análise da Constituição Ecológica e dos atores por ela obrigados a atuar na salvaguarda do meio ambiente, iniciativa privada e Poder Público, considerando as suas três funções de poder, principalmente a ótica do Direito Humano ao Desenvolvimento Socioambiental Sustentável. Como resultado da pesquisa será avaliado, em linhas gerais, se houve um avanço na salvaguarda do meio ambiente brasileiro desde o advento da Constituição de 1988, juntamente aos eventuais desafios a serem enfrentados no cenário atual.

A sociedade humana se relaciona com o meio ambiente desde a sua gênese, no entanto as preocupações com relação dos impactos causados pela ação humana aos bens da natureza são relativamente recentes em nossa história, razão pela qual se faz necessário entender este contexto.

2 A MOLDURA DO DIREITO AMBIENTAL NO BRASIL E NO MUNDO SOB A PERSPECTIVA HISTÓRICA

A contextualização histórica é fundamental quando se trata de aspectos controversos do Direito, na medida em que é preciso compreender o caminho que fora percorrido pela ciência jurídica até o momento hodierno, visto que a compreensão jurídica mais ampla não deve se limitar ao direito posto, principalmente quando se considera o caráter fluído e dinâmico do

próprio Direito em si. De toda sorte, a simples retrospectiva histórica que não seja conectada às problemáticas contemporâneas torna-se despicienda, sendo então o propósito ora apresentado o de traçar as premissas históricas para consolidação dos aspectos que devem ser aprofundados.

A historicidade do Direito Ambiental remonta à Conferência de Estocolmo sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento no ano de 1972, no entanto há um período denominado por estudiosos acerca do tema de “pré-história” do Direito Ambiental, notadamente marcado por acordos para proteção de determinadas espécies, ainda no início do século XX.

É importante esclarecer que neste período o objetivo primordial dos diplomas internacionais que se desenvolveram não era a proteção ambiental em si - razão pela qual recebe a nomenclatura supracitada -, mas, na realidade, tinham condão predominantemente comercial, como a Convenção para a Proteção das Aves Úteis à Agricultura (1902), o Tratado para a Preservação e Proteção das Focas Marinhas (1911), dentre outros (FONSECA, 2007, p. 125).

Após o período supracitado, tem-se o já mencionado marco que inaugura as premissas do Direito Ambiental, como se conhece na atualidade, que é a Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Humano, realizada em 1972 em Estocolmo. Importa realçar que a Conferência foi marcada por uma demonstração de preocupação global com a preservação da biosfera e também com o direito humano ao meio ambiente sadio enquanto direito humano (BRUZACA, 2021, p. 192).

Em seguida, é importante destacar a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, sediada no Rio de Janeiro, na qual foi alcunhada pela própria Assembleia Geral das Nações Unidas a expressão direito internacional ambiental (GUERRA, 2007). A supracitada conferência foi marcante pela elaboração de diversos documentos visando a adoção de medidas práticas para o desenvolvimento sustentável, tais como a Agenda 21, a Declaração do Rio, a Declaração de

Princípios sobre Florestas, a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Convenção sobre Mudanças Climáticas.

Ato contínuo, foi realizada no ano de 1997 em Nova York a conhecida Rio+5, voltada para a busca de soluções focadas nas falhas identificadas no cumprimento das metas estabelecidas na Conferência anterior, inclusive sugerindo soluções. O ano desta Conferência coincidiu com a assinatura do denominado Protocolo de Kyoto, firmado com ênfase na poluição decorrente do desenvolvimento industrial dos países, inclusive com a diferenciação de objetivos para os desenvolvidos e para os em desenvolvimento, considerando o histórico de poluições e as condições econômico-financeiras para adequação ao modelo até então existente, quando foram criados também o comércio de certificados de carbono (GODOY, 2011, p. 2).

Posteriormente, se tem a Conferência de Joanesburgo no ano de 2002, cujo preceito basilar era verificar a possibilidade de implantação da Agenda 21, através das denominadas metas do milênio, mas que não se limitou ao debate das questões ambientais tão somente e também as relacionou com a salvaguarda de direitos humanos de caráter eminentemente sociais.

Após dez anos dessa conferência, foi realizada nova Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, a qual assim como a de 1992 foi sediada no Rio de Janeiro. O notável encontro ficou conhecido como Rio+20, oportunidade em que se estabeleceram metas a serem alcançadas para o desenvolvimento sustentável no âmbito internacional (FERREIRA; TAVARES; MONTEIRO, 2021, p. 14).

Já no ano de 2015 foi realizado o Acordo de Paris, haja vista o intuito de combater às mudanças climáticas e através da limitação dos gases de efeito estufa coibir o aumento da temperatura média do planeta, estabelecendo um limite para redução de emissão e não apenas uma meta restrita. Em termos históricos, talvez tenha sido um dos últimos dentre os mais relevantes encontros internacionais relacionados a matéria do direito ambiental.

Não se pode olvidar, por oportuno, que a digressão histórica ora realizada é fundamental para que sejam delineadas as primeiras diretrizes a amoldar o direito ambiental no âmbito internacional, cujas premissas iniciais são provocadas e capitaneadas pela Organização das Nações Unidas (VARELA, 2003, p. 54). Deste modo, as normas que norteiam a aplicação do direito ambiental internacional são predominantemente, caso não sejam todas, de *soft law*, ou seja, não são normas cujo descumprimento impliquem em sanções.

De toda sorte, as problemáticas relacionadas ao direito ambiental são evidentemente globais, de modo que não são raras as vezes em que é preciso uma mudança de postura por todos os países ou por um coletivo substancial deles, bem como é evidente que as práticas desenvolvidas em determinado território nacional implicam nos demais. Além disso, a amplitude do direito ambiental à nível global é territorial, mas também temática, visto que diversos são os temas que são tocados por esta disciplina, no entanto também é inequívoco o impacto que determinadas condutas favoráveis ao meio ambiente ecologicamente equilibrado implica em restrições ao desenvolvimento econômico ou exige elevados investimentos por parte dos Estados, razão pela qual os debates, por vezes, tornam-se limitados a determinados temas de elevada especificidade, vide a salvaguarda de determinadas espécies (ANTUNES, 2012, p. 353).

Neste contexto, ao longo do tempo, se verificam embates homéricos entre os ditos países desenvolvidos que demonstravam relativo desinteresse na efetiva adoção de práticas sustentáveis ambientalmente, na medida em que a adoção destas medidas seriam limitadoras do crescimento econômico, e os países denominados de subdesenvolvidos, os quais sempre demonstraram preocupações com os aspectos sociais relacionados ao seu próprio desenvolvimento de maneira conectada com a preservação de seus recursos naturais.

Desta feita, é preciso reconhecer que o Direito Internacional é baseado essencial e principiologicamente pela boa fé, seja enquanto princípio ou

como compromisso, na medida em que impera nesta seara do Direito a Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados que estabelece a obrigatoriedade dos países em cumprir o pactuado nas suas relações internacionais. Por conseguinte, no Direito Ambiental global há diversos tratados e convenções internacionais que devem ser cumpridos por seus signatários com a execução de medidas de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado sob a perspectiva da sustentabilidade.

Ademais, tem-se que as premissas do Direito Internacional irradiam efeitos para o direito interno dos países e não sendo diferente para o Brasil, razão pela qual se faz mister aprofundar acerca das nuances envolvendo o Direito Ambiental brasileiro, cujas características físicas e geográficas tornam ainda mais relevante o estudo deste ramo jurídico no ordenamento pátrio.

A perspectiva eurocêntrica da história brasileira se inicia em 1500 com a chegada dos portugueses ao Brasil, verifica-se, nesse contexto, que o Brasil enquanto colônia portuguesa era explorada sob as mais diversas facetas, principalmente no âmbito ambiental, com o uso desenfreado de recursos naturais e devastação florestal, inclusive com a quase extinção de um dos grandes símbolos nacionais que é ou, pelo menos, foi o pau-brasil. Durante cerca de 250 (duzentos e cinquenta) anos, o Estado brasileiro não possuía qualquer normativa que tratasse da matéria ambiental, foi quando em 1850 durante o período imperial foi editada Lei n.º 601/1850, denominada de “Lei de Terras”, a qual estabeleceu responsabilizações cíveis e criminais para quem desenvolvesse atividades ilegais de queimadas e desmatamentos (FERREIRA; TAVARES; MONTEIRO, 2021, p. 3).

Outro marco normativo relevante para o direito ambiental do âmbito interno foi o Código Civil de 1916, também conhecido como Código de Clóvis Beviláqua, visto que teve grande participação deste jurista em sua elaboração. A importância do Código supracitado deve-se primordialmente ao seu art. 584 que possuía a seguinte redação: “São proibidas constru-

ções capazes de poluir, ou inutilizar para o uso ordinário, a água de poço ou fonte alheia, a elas preexistente”, ou seja, norma de caráter eminentemente ambiental, com enfoque na proteção das águas.

Os avanços em relação ao desenvolvimento de normas tornaram-se mais intensos a partir de 1930, inclusive com dispositivos legais que primavam pelo zelo e defesa do Meio Ambiente. Nesse contexto, surgiu o Decreto Federal n.º 23.793/1934, que ficou conhecido como Código Florestal, o qual impunha, por exemplo, aos proprietários de imóveis rurais que mantivessem, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) da vegetação nativa (FERREIRA; TAVARES; MONTEIRO; 2021, p. 4). No mesmo ano, foram elaborados ainda o Decreto Federal n.º 24.643, conhecido como Código das Águas, tratando da temática dos recursos hídricos, e, também, o Decreto Federal n.º 23.672, denominado de Código de Caça e Pesca, regulamentando temática referente ao tratamento jurídico da fauna brasileira com viés protecionista.

Após este período em que se estruturam as primeiras diretrizes do Direito Ambiental brasileiro, tem-se um grande marco normativo que foi a elaboração da Política Nacional de Meio Ambiente, qual seja, a Lei Federal n.º 6.938/81, cuja importância advém da ênfase conferida por este diploma legal a preservação e melhoria da qualidade ambiental no território brasileiro.

Todavia, indiscutivelmente, na mesma década exsurge no ordenamento jurídico o principal diploma legal do Brasil até os dias atuais, em geral, e, principalmente, no âmbito do Direito Ambiental que é a Constituição Federal de 1988, a qual conferiu *status* de direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e saudável, principalmente no tão discutido art. 225⁵⁶ que classifica o meio ambiente como bem comum do povo e estabelece obrigação de preservar o meio ambiente ao Poder Público e

56 Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o poder de difundi-la e preservá-la para a presente e futuras gerações (BRASIL, 1988).

a coletividade. De toda sorte, o principal do texto do art. 225 é que ele estabelece o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as atuais e futuras gerações, inovando no ordenamento pátrio, na medida em que garante direitos às próximas gerações, ou seja, pessoas que ainda não existem.

Em 1998 foi promulgada a Lei Federal n.º 9.605/98 que trata dos crimes ambientais, conferindo-lhes sanções em conformidade com a gravidade das condutas e os danos causados ao Meio Ambiente. Nessa esteira, é imperioso reconhecer a importância das supracitadas tipificações penais para a matéria ambiental, na medida em que no ordenamento jurídico brasileiro o direito penal é a *ultima ratio*, e somente deve ser utilizada para proteger os bens jurídicos mais relevantes, ou seja, conferiu-se tal posição destacada ao Meio Ambiente no direito tupiniquim.

Nada obstante, este cenário inicial é imperioso reconhecer que nos últimos 25 (vinte e cinco) anos multiplicaram-se as normas ambientais brasileiras no âmbito interno e, também, internacional, entretanto não é objetivo deste trabalho esgotar o tema, ou seja, tratar de todas as normas do Direito Ambiental pátrio ou internacional. Deste modo, busca-se nesta breve retrospectiva histórica, delinear a moldura na qual se encaixa o direito ambiental brasileiro e internacional na contemporaneidade.

Por conseguinte, superada essa premissa inicial, faz-se mister aprofundar acerca das normas ambientais brasileiras que almejam a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como eventuais desrespeitos a estas a serem ilustradas por casos práticos já ocorridos no território nacional.

3 ANÁLISE DAS NORMAS AMBIENTAIS BRASILEIRAS E ÀS VIOLAÇÕES SOFRIDAS: PERSPECTIVA PRÁTICA

As normas pressupõem obrigatoriedade, inclusive há quem defenda a necessidade de uma correspondente sanção ao descumprimento da

norma, mas será que a efetividade da norma está efetivamente relacionada a gravidade da sanção a ser aplicada ao seu infrator? De acordo com Kaufmann (2004, p. 293), é mais adequado juridicamente que se tenha a noção de obrigatoriedade imbricada na consciência da sociedade para que também o direito tenha um nível adequado de vigência.

Sendo assim, considerando a contextualização histórica já feita anteriormente e desenvolvidas as premissas iniciais a serem apreciadas quando da análise das normas ambientais brasileiras, resta premente que se garanta o necessário enfoque a norma primária do atual Estado Constitucional Democrático de Direito, qual seja, a Constituição Federal de 1988 e, *peri passo*, analisar sua efetividade.

A Constituição Federal de 1988, conforme já fora exposto anteriormente, estabelece que o Poder Público possui o dever de agir enquanto garantidor do meio ambiente ecologicamente sadio e equilibrado (art. 225). O papel que o Estado brasileiro deve desenvolver na tutela ambiental está claramente estabelecido no art. 225 da Lei Maior, conforme já citado, todavia a efetividade desta atividade estatal pode ser questionada sob a ótica do embate entre os princípios da prevenção e da responsabilidade, típicos do direito ambiental, frente aos interesses econômicos do desenvolvimento desenfreado (CAÚLA, RODRIGUES, 2018, p. 146).

Nesse contexto, há quem defenda a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional Ambiental no Brasil, o qual nasce do descumprimento, principalmente do Poder Executivo, ao comando constitucional. De acordo com esse instituto, exige-se atuação enérgica do Poder Judiciário, enquanto protagonista para que haja o reestabelecimento da efetividade da norma de ordem constitucional com a imposição de medidas coercitivas pelo descumprimento (CAÚLA, 2017, p. 188).

Desse modo, é imperioso ilustrar as discussões acerca do suposto e aludido Estado de Coisas Inconstitucional com casos práticos relacionados

à equívocos ocorridos na atuação da gestão ambiental pública, tais como omissão na fiscalização e monitoramento para proteção das baleias-francas (Santa Catarina, 2012); omissão na fiscalização de construções irregulares em APP – Área de Preservação Permanente (Paraíba, 2013); instalação de rede de tratamento de esgoto e responsabilização por danos causados ao meio ambiente (Rio Grande do Sul, 2014); rompimento da barragem do Fundão (Minas Gerais, 2015); e licença de operação da Hidrelétrica de Belo Monte (Pará, 2016).

Com efeito, faz-se mister entender brevemente sobre cada caso e como eles representam possíveis falhas na gestão ambiental pelo Poder Público e violação às normas ambientais brasileiras. Além disso, ilustra-se que a escolha dos casos foi considerado abarca temas diversos relacionados ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com impactos ambientais e sociais relevantes em diversas regiões brasileiras e cujas decisões ocorreram no lapso temporal de cinco anos entre os anos de 2012 à 2016, ou seja, quando já havia uma consolidação dos conceitos ambientais da Constituição e com adequado distanciamento temporal da elaboração do presente trabalho para que se possa fazer uma análise dos efeitos da mencionada decisão.

Iniciando as análises a serem realizadas com o caso envolvendo as baleias-francas em Santa Catarina no ano de 2012. Trata-se de demanda judicial ajuizada pelo Instituto *Sea Shepherd* Brasil (ISSB) em desfavor do Instituto Chico Mendes de Biodiversidade (ICMBio) no afã de que fossem adotados pelo Instituto Réu medidas eficazes para proteção das baleias-francas, as quais além de serem espécies que se aproximaram da extinção, especialmente pela pesca predatória, mas também de suma importância para o turismo local.

O Poder Judiciário, especificamente o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), proferiu decisão favorável ao Instituto autor com a determinação de suspensão imediata da atividade de observação de baleias-

francas com o uso de embarcações, com ou sem motor, na região até que fosse realizado o estudo de viabilidade ambiental do exercício da atividade econômica naquele local e o necessário licenciamento ambiental⁵⁷. Vale consignar que a ausência de estudo prévio ou licenciamento para a atividade em comento violava o princípio da precaução e especificamente a Política Nacional do Meio Ambiente, a qual em seu art. 9º, inciso III, estabelecia a necessidade de avaliação dos impactos ambientais para exercício de determinada atividade econômica.

No ano seguinte, tem-se o caso de omissão de fiscalização das construções irregulares na Paraíba, visto que se tratavam de obras que não respeitaram a legislação ambiental e urbanística local. Trata-se de demanda judicial em que foram colocados em aparente conflito o direito ao meio ambiente e o direito à moradia, na medida em que se debatia a permanência ou não de pessoas que ocuparam irregularmente a denominada comunidade dos Ipês localizada em João Pessoa/PB, tem-se que o entendimento proferido pelo Poder Judiciário foi de tentar equalizar os interesses no sentido de entender pela irregularidade, mas exigir um planejamento prévio antes da desocupação⁵⁸.

É bem verdade que há quem entenda que a decisão proferida pelo Poder Judiciário foi ainda mais prejudicial, pois causou maiores lesões a Área de Preservação Permanente, no caso o mangue, e, ao final, causou também maior dano ao direito à moradia dos indivíduos que habitavam no local, na medida em que o cumprimento do direito à moradia exige que esta seja digna, conseqüentemente com uma edificação em área de aparente insegurança estrutural, vide o caso sob análise, o risco iminente já retirar toda e qualquer dignidade (OLIVEIRA; SOUZA; 2017, p. 818).

57 TRF-4. Relator: Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva. Agravo de Instrumento n.º 5012653-43.2013.4.04.0000/SC. Data do Julgamento: 24/10/2013.

58 STF. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Recurso Extraordinário n.º 761680/PB. Data do Julgamento: 27/08/2013.

Dando continuidade aos casos ilustrativos que demonstram a ineficiência estatal na execução das atividades típicas da gestão ambiental, tem-se o caso envolvendo a instalação de rede de tratamento de esgoto no Município de São Jerônimo no Rio Grande do Sul, ou seja, por ser matéria de saneamento o aspecto social já resta configurada *prima facie*. Trata-se de demanda ajuizada pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul em desfavor do Município supracitado visando impor a municipalidade a obrigação de instalar rede de tratamento de esgoto, mediante prévios estudos técnicos e a responsabilização por danos causados⁵⁹.

Sendo assim, a decisão em primeiro grau foi parcialmente procedente com a determinação de canalização em poucos pontos da cidade e limpeza dos esgotos à céu aberto, a qual foi confirmada pela segunda instância, pode-se compreender que a decisão foi, de certa maneira, uma tentativa paliativa do Judiciário de minorar a problemática existente. Em seguida, o processo foi ao Superior Tribunal de Justiça, oportunidade em que a decisão da Corte da Cidadania foi bem mais emblemática, visto que se trata de hipótese em que há prevalência do mínimo existencial em detrimento da reserva do possível e de que no caso em concreto estava-se perante violação clara e direta ao art. 45⁶⁰ da Lei Federal n.º 11.445/2007, cujo descumprimento fere diretamente os princípios da dignidade da pessoa humana, da saúde e do meio ambiente equilibrado.

Um dos casos mais paradigmáticos do direito ambiental brasileiro e que remonta a um período relativamente recente é o caso denominado de tragédia de Mariana ocorrida no ano de 2015. O caso em si surge a partir do rompimento da barragem de rejeitos do Fundão com o vazamento de cerca de 35 (trinta e cinco) bilhões de litros de rejeitos de minério, causando

59 STJ. Relator: Ministro Humberto Martins. Recurso Especial n.º 1.366.331/RS. Data do Julgamento: 19/12/2014.

60 Art. 45. Ressalvadas as disposições em contrário das normas do titular, da entidade de regulação e de meio ambiente, toda edificação permanente urbana será conectada às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis e sujeita ao pagamento das tarifas e de outros preços públicos decorrentes da conexão e do uso desses serviços. (redação legal à época dos fatos).

severos prejuízos a diversas pessoas físicas e jurídicas, bem como a diversos segmentos econômicos e sociais⁶¹.

É importante lembrar que diversas demandas judiciais foram propostas relacionadas às consequências deste ocorrido, as quais tem sido objeto de celebrações de autocomposições de conflitos posteriormente submetidas ao crivo do Poder Judiciário e foi, nesse contexto, que foi firmado um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) em março de 2016 com a participação dos Executivos Federal e Estaduais de Minas Gerais e do Espírito Santo, IBAMA, FUNAI e empresas envolvidas. O mencionado TAC foi bastante criticado pela sociedade civil organizada e pelo Ministério Público sendo chamado de “Acórdão de Mariana” por considerarem que foram usados termos vagos e que foram excluídos do debate às populações atingidas e os entes municipais (MONTEIRO, 2019, p. 67).

Posteriormente, os efeitos do TAC foram suspensos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), considerando primordialmente a necessidade de ampliação do debate e da participação democrática, razão pela qual posteriormente foi firmado um aditivo ao TAC com participação do Ministério Público e da Defensoria Pública, em seguida, homologado judicialmente. O aditivo supracitado primou pela priorização das pessoas atingidas, efetiva participação das partes nas reparações de danos, transparência das informações, e auto organização das pessoas atingidas (MONTEIRO, 2019, p. 70).

Considerando o intuito meramente ilustrativo dos casos trazidos para demonstrar a ineficiência da gestão pública ambiental tem-se, por último, o caso envolvendo Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal em face da União, da Companhia de Saneamento do Pará, do IBAMA, do Município de Altamira e da Norte Energia S/A, com o objetivo de suspender a licença de operação da atividade da Usina Hidrelétrica de

61 STJ. Relator: Ministro Og Fernandes. Reclamação n.º 31.935/MG. Data de Julgamento: 01/07/2016.

Belo Monte, dentre outros pleitos. A decisão proferida pela magistrada em sede de tutela de urgência foi favorável com a suspensão da licença de operação até que fossem integralmente cumpridas as condicionantes do licenciamento, dentre outras medidas⁶².

Todavia, a decisão foi objeto de reforma através da Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela requerida pelo IBAMA e deferida pelo Desembargador Presidente do egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região e após a suspensão da tutela de urgência com o consequente retorno das atividades da Usina Hidrelétrica de Belo Monte a situação apenas se agravou. Posteriormente, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região em 06 de abril de 2017, através de Agravo Regimental interposto pelo Ministério Público, reformou a decisão do Desembargador Presidente proferida em sede de Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela e reestabeleceu a eficácia da decisão de primeira instância que suspendia os efeitos da licença de operação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, inclusive por se verificarem desrespeitos de condicionantes desde a Licença Prévia concedida (PRUDENTE, 2017, p. 803).

Desse modo, os casos narrados demonstram claramente as dificuldades enfrentadas no Estado brasileiro de fazer cumprir as normas protecionistas ambientais, previstas na Constituição e, também, as normas de natureza infraconstitucional Evidentemente que a responsabilidade na maior parte dos casos vai recair nos entes do Executivo por serem os órgãos executores, como visto nos exemplos trazidos, no entanto o reconhecimento da perspectiva ecológica da Constituição brasileira com vistas ao desenvolvimento socioambiental sustentável sob o viés de direito humano perpassa por uma mudança de paradigma estrutural, mas principalmente cultural.

62 TRF1. Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz. Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela n.º 0053298-77.2016.4.01.0000/PA. Data de Julgamento: 23/09/2016.

4 CONSTITUIÇÃO ECOLÓGICA: DIREITO HUMANO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E SADIO

A Constituição Federal de 1988 de maneira inequívoca inaugurou um novo paradigma para a sociedade brasileira após o rompimento com o regime ditatorial e a promulgação de uma Carta Magna democrática e cidadã. Nesta esteira, a Constituição supracitada também inaugurou um novo momento para o direito ambiental, visto que, pela primeira vez no cenário histórico o Meio Ambiente passou a receber uma ampla proteção constitucional.

Não se pode olvidar que esta movimentação constitucional brasileira foi feita no caminho que já vinha sendo adotado por outras democracias à nível internacional assume-se, pois, um compromisso interno e internacional com a salvaguarda do meio ambiente. A tendência mundial foi preceituada por Kloepfer (1989, p. 5), para quem trata-se do Estado de Direito Ambiental, pautado na priorização do Meio Ambiente como critério e meta.

O Estado de Direito Ambiental aparentemente não atingiu seus objetivos, considerando que os avanços esperados não se confirmaram, razão pela qual outro conceito surge na teoria jurídica alemã, qual seja o conceito de Estado de Direito Ecológico ou Estado Eco-constitucional, ambicionando o equilíbrio ecológico com fundamento na sustentabilidade. Vale consignar, neste contexto, que em abril de 2016, no Rio de Janeiro, ocorreu o 1º Congresso Mundial de Direito Ambiental da IUCN, a qual resultou na nomeada Declaração Mundial no Estado de Direito Ambiental, a qual não se configura como um documento formal, posto que não cumpriu os requisitos legais para isto, mas possui forte teor hermenêutico e de assunção de compromissos pelos Estados (LEITE; SILVEIRA; BETTEGA, 2017, p. 69).

Insta consignar o surgimento da discussão de transição teórica entre o Estado de Direito Ambiental e o Estado de Direito para a Natureza,

de modo que se pode conceber que o segundo tem o grande diferencial de apontar desafios para que seja alcançada a integridade ecológica a partir do equilíbrio entre a humanidade e a natureza (LEITE; SILVEIRA; BETTEGA, 2017, p. 84). Após feitas estas necessárias considerações, é preciso avançar para o viés mais normativo acerca da temática com ênfase na Constituição Federal de 1988, também denominada de Constituição Ecológica.

A terminologia de Constituição Ecológica pode ser aplicada no caso brasileiro, pois ela rompe com o modelo antropocêntrico tradicional e adota uma perspectiva ecocêntrica, inclusive com o reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio com força de direito humano e, com isto, surgem também deveres para preservação deste direito, os quais podem ser impostos ao Poder Público ou aos particulares.

A imposição aos particulares de obrigações relacionadas a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio pode ser considerada até mais simplória do que aquela imposta ao Poder Público que possui uma maior diversidade de facetas. Não se pode desconsiderar, sob este âmbito, que o Estado brasileiro ainda está bem distante de cumprir com todas as diretrizes que lhe foram estabelecidas pela Constituição Ecológica de 1988, principalmente com vistas às constantes violações sofridas e perpetuadas, por vezes com amparo ou descaso do Poder público (ALMEIDA; SANTOS, 2021, p. 122).

Sendo assim, com relação aos particulares, tem-se evidenciado que a iniciativa privada deve necessariamente agir com vistas a atingir a sua função social e também contribuir com princípios fundantes do Estado brasileiro, tais como a Dignidade da Pessoa Humana e o Desenvolvimento Sustentável (FISCILETTI; MATOS; VASCONCELOS, 2018, p. 559). Não podem ser desconsiderados os interesses econômicos, neste contexto, todavia eles precisam estar alinhados a outras premissas fundantes, tais como a preservação e a mitigação de danos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, segundo a própria Constituição Ecológica brasileira.

Além disso, a sociedade como um todo atua, neste contexto, por meio e principalmente das Organizações Não Governamentais – ONGS ou para usar o termo mais adequado organizada em torno do que se denomina de terceiro setor da economia, ou seja, um ator privado que atua com vistas ao interesse público. Já no campo político, em regra, estes valores ambientais estão no campo progressista, especialmente nos denominados partidos verdes (PORTANOVA, 2005, p. 64).

Destaca-se a necessidade de estudar mais pormenorizadamente o papel do Poder Público na proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio, todavia o já mencionado anteriormente acerca dos casos que ilustraram a ineficiência estatal na gestão pública ambiental configuram um cenário preocupante. A atividade do Executivo na seara ambiental deve ocorrer diuturnamente e sempre atenta aos preceitos básicos de progresso e de vedação ao retrocesso, princípios basilares do Direito Ambiental no Brasil.

É bem verdade que o Estado (*lato sensu*) tem sido omissos quanto a questão ambiental e, por vezes, coordenando inadequadamente as políticas públicas ambientais, quiçá de maneira sistêmica demonstrando incapacidade estatal e dificuldade severa de harmonização com o sistema econômico (TEIXEIRA, 2021, p. 360). A implementação pelo Poder Público dos instrumentos de proteção ambiental pode e deve ser executada pelas três funções do Poder estatal, quais sejam, Executivo, Legislativo e Judiciário.

A bem da verdade, tem-se um Poder Legislativo que dentre os três no que concerne à questão ambiental talvez seja o que sofra com menos críticas contundentes, na medida em que, em regra, este Poder executa sua atividade de legislar acerca do tema de maneira ampla, reconhecendo grande importância ao meio ambiente (TEIXEIRA, 2021, p. 366). As opções feitas pelos legisladores na matéria ambiental podem ser objetos de críticas, todavia conforme ensina Waldron (2003, p. 186) a autoridade legislativa advém não da concordância particular ou do critério majoritário,

mas da sua própria origem no seio do debate democrático no parlamento dos escolhidos pelo povo.

Feita a análise acerca do Poder Legislativo, faz-se necessário adentrar no debate a respeito da função desempenhada pelo Poder Executivo, o qual é o principal responsável pela gestão ambiental no âmbito público e pelo desenvolvimento das políticas ambientais. O Poder Executivo possui o poder-dever de agir pela adoção de medidas protetivas em favor do meio ambiente ecologicamente equilibrado, na medida em que deve buscar a máxima efetividade, eficácia e eficiência para a salvaguarda do direito humano ao desenvolvimento socioambiental sustentável (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 421).

Dessa maneira, cabe ao Executivo agir como gestor do meio ambiente enquanto bem de uso comum do povo e que, por conseguinte, deve prestar contas desta gestão para com a coletividade, assim como também deve agir na condição de fiscal para exigir o cumprimento por parte dos indivíduos, em separado, e da sociedade, em geral. Por outro lado, em que pese a existência de procedimentos e institutos, inclusive de fiscalização, há uma pequena eficiência em decorrência, principalmente de escassez ou inaptidão de pessoal, carência de estrutura e de infraestrutura, e ausência de integração entre os sistemas de informação (MAGANHINI; SILVA, 2021, p. 48).

Isso posto, considerando as razões supracitadas e as dificuldades enfrentadas para o cumprimento das políticas públicas ambientais, o Poder Judiciário é trazido à baila na função de garantidor de direitos e última trincheira de proteção da legislação. Sendo assim, já foram trazidos no presente trabalho casos para ilustrar a atuação do Poder Judiciário na proteção do meio ambiente, tanto em situações elogiáveis, quanto criticáveis.

A primeira grande discussão que exsurge acerca do Judiciário é até onde ele deve se imiscuir nas políticas públicas, *in casu* ambientais,

considerando as grandes celeumas envolvendo o conceito do ativismo judicial. Este debate, em que pese relevante, não é o cerne deste trabalho, o qual pretende desvendar o papel que é e deve ser desenvolvido pelo Judiciário neste contexto de salvaguarda da Constituição Ecológica e do Direito Humano ao Desenvolvimento Socioambiental Sustentável.

Nesse pórtico, quando da verificação pelo Poder Judiciário de atos praticados ou que não o foram pelos demais atores que tem a obrigação de proteger o meio ambiente, inclusive a sociedade, este possui a competência de atuar para exercer o controle finalístico constitucional, especialmente no que concerne a validade e legitimidade dos atos praticados (WOLKMER; PAULITSCH, 2013, p. 266).

A sociedade e o Poder Público, leia-se Executivo, Legislativo e Judiciário, precisam necessariamente revisitar as suas premissas de atuação e suas estruturas internas para que possam atender aos comandos trazidos pela Constituição Ecológica brasileira, principalmente quando se considera a natureza de Direito Humano conferida ao Desenvolvimento Socioambiental Sustentável.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Ambiental é muito recente na história humana, quando comparado com outras searas do direito, todavia é indubitável a sua importância, a qual só cresce nos últimos anos, seja no cenário nacional ou internacional, conforme já debatido anteriormente no presente trabalho. É inegável que conhecer as particularidades históricas do constructo acerca dos institutos e conceitos do direito ambiental tornam-se relevante para compreensão do presente trabalho.

Sob esta perspectiva, tornou-se necessário aprofundar acerca de algumas das principais normas vigentes no Brasil acerca da matéria ambiental e compreender como está sendo a exigibilidade delas na prática.

Oportunidade em que se pôde observar, através de casos concretos apresentados, que há constantes violações ao meio ambiente no Brasil pelos mais variados atores e pelas mais variadas razões. O trabalho comprovou que o Poder Judiciário possui atuações diversas nos mais variados casos postos à sua apreciação, sendo por vezes pacificador da controvérsia e solucionador da problemática e, em outros casos, com decisões conflitantes que geram maiores impactos ambientais e sociais.

A posteriori, foi feito uma análise da Constituição Ecológica com os atores por ela obrigados a proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio, oportunidade em que se verificou uma carência na atuação, sendo em maior escala as críticas ao Executivo e, por razões já justificadas, em menor escala ao Legislativo.

Os impactos causados pela ação humana ao meio ambiente são uma constante na história humana, no entanto a ausência de uma atuação enérgica de controle destes impactos foi o que ocasionou os prejuízos ambientais que já se enfrenta na contemporaneidade. No que concerne ao Brasil, não se trata de situação diversa, apesar de ser um Estado que possui uma tradição de defender internacionalmente a salvaguarda do meio ambiente.

O ordenamento jurídico brasileiro ressurgiu com a Constituição Federal de 1988 que traz consigo mudanças significativas e indubitavelmente reconhece papel de destaque ao meio ambiente, inclusive alçando o Desenvolvimento Socioambiental Sustentável à condição de Direito Humano. Os avanços em relação a proteção ambiental desde o advento da Constituição sob diversos aspectos são inegáveis, desde o desenvolvimento de normas até uma atuação mais consistente do Poder Judiciário.

Depreende-se que se faz necessária a implementação de mudança de cultura na sociedade para que se compreenda a real importância do meio ambiente, para tanto é preciso que ocorra uma mudança significativa na seara da educação ambiental. Especificamente no âmbito do Poder Público é preciso que se avance nas políticas de transparência e acesso

à informação para exercício das práticas de governança e estímulo ao exercício democrático.

Portanto, com relação ao Poder Executivo que é o gestor do meio ambiente enquanto bem de uso comum do povo é preciso que à nível federal, estadual, distrital e municipal, seja realizadas contratações de pessoal qualificado ou capacitação dos profissionais já pertencentes aos quadros funcionais, bem como investimentos elevados em estrutura e infraestrutura, principalmente tecnológicas com integração de sistemas e utilização de ferramentas adequadas para a gestão ambiental.

Por último, a Constituição Ecológica estabelece o Desenvolvimento Socioambiental Sustentável enquanto Direito Humano, razão pela qual é preciso que o Poder Público e a Coletividade atuem de forma a garantir o exercício deste direito em suas máximas eficácia, eficiência e efetividade para todas as gerações, atuais e futuras, nos termos do art. 225 da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2010.

ARAÚJO, Alana Ramos; TAVEIRA, Alex (orgs.). **Direito ambiental em tempos de crise**. Lages/SC: Editora Biosfera, 2021.

AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. VAL, Eduardo Manuel. VEIGA, Fábio da Silva (orgs.). **A proteção do Meio Ambiente e o Direito ao Desenvolvimento Sustentável Ibero-americano em tempos de COVID-19**. Porto: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, 2021.

BENJAMIN, Antônio Herman. NUSDEO, Ana Maria (orgs.). **30 anos da Constituição Ecológica: desafios para a governança ambiental**. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2018.

CAÚLA, Bleine Queiroz. RODRIGUES, Francisco Lisboa. O Estado de Coisas Inconstitucional Ambiental. In. **Revista de Direito Público Contemporâneo**: Instituto de Estudios Constitucionales de Venezuela e Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro do Brasil, a. 2, v. 1, n. 2, p. 136, jul/dez 2018.

DINNEBIER, Flávia França; MORATO, José Rubens (orgs.). **Estado de Direito Ecológico**: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza. São Paulo: Instituto o Direito Por um Planeta Verde, 2017.

FERREIRA, Adriano Fernandes; TAVARES, Dagmar Batalha; MONTEIRO, Kayla Sousa. A evolução do Direito Ambiental na seara internacional sob o prisma dos tratados e convenções internacionais. In: **Cadernos Eletrônicos**: Direito Internacional sem fronteiras. v. 3, n. 1, jan-jun 2021.

FONSECA, Fúlvio Eduardo. A convergência entre a proteção ambiental e a proteção da pessoa humana no âmbito do direito internacional. In. **Revista Brasileira de Política Internacional**, n. 50, p. 121-138, 2007.

GODOY, Sara Gurfinkel Marques de. **O Protocolo de Kyoto e os países em desenvolvimento**: uma avaliação da utilização do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo. 2011. Tese (Doutorado em Ciência Ambiental) - Ciência Ambiental, University of São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/T.90.2011.tde-21112011-233304. Acesso em: 25 de agosto de 2023.

GUERRA, Sidney. Direito Internacional Ambiental: breve reflexão. In: **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 2. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/191/183>. Acesso em: 18 ago. 2023.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Trad. Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

MONTEIRO, Alan Monteiro de. **O processo estrutural dialógico como instrumento democrático de revisão judicial de políticas públicas**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, RN, 2019.

PORTANOVA, Rogério Silva. Direitos humanos e meio ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI. In: **Ilha – Revista de Antropologia**, Santa Catarina, v. 7 n. 1, 2005. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ilha/article/view/1560>>. Acesso em 27 de agosto de 2023.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Econômico Ambiental**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2003.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; PAULITSCH, Nicole da Silva. O Estado de Direito Socioambiental e a Governança Ambiental: Ponderações acerca da judicialização das políticas públicas ambientais e da atuação do Poder Judiciário. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Santa Catarina, v. 18, n. 2, p. 256-268. mai-ago 2013.

CAPÍTULO XV

A INTENSIFICAÇÃO DA BUSCA PELA GARANTIA DOS DIREITOS DOS CUIDADORES FAMILIARES NO CENÁRIO PÓS-PANDEMIA

Leiliane Dantas Lima Aguiar de Melo⁶³

RESUMO

O artigo explora o trabalho de cuidado familiar através do foco revelado pela pandemia quanto ao tema, pois, apesar de sua importância dentro do âmbito doméstico, da sociedade e até mesmo do desenvolvimento do país, os cuidadores ainda exercem uma atividade “invisível” que necessita de urgente proteção não só estatal, no âmbito da garantia de direitos e fomentação de Políticas Públicas de apoio específicas, como também privada, como, por exemplo, a conscientização do papel social das empresas, que podem adotar regimes flexíveis de trabalho para que as pessoas que também desenvolvem o trabalho de cuidado em casa consigam conciliar este com o seu vínculo empregatício. Para tanto, parte-se da premissa de que o “cuidar” é um ato inerente à condição humana e que a preocupação com o cuidado não deve recair somente à família, mas também ao Estado e à própria sociedade. Em sequência, verifica-se o silêncio da legislação brasileira no tocante aos direitos específicos dos cuidadores familiares, pois, estes, não possuem direito a benefício próprio, uma vez que ainda não

63 Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba e Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela FIP.

há incentivo previdenciário concreto nesse sentido, existindo, atualmente, apenas um adicional de 25% (vinte e cinco por cento) que é destinado exclusivamente aos aposentados por incapacidade permanente que conseguem comprovar a necessidade de cuidador. Esse adicional, por sua vez, é destinado ao aposentado, e não diretamente ao cuidador. Todavia, o que foi acentuado com a pandemia de Covid-19, foi uma movimentação no sentido de buscar investimentos e planejar uma Política Nacional do Cuidado, sobretudo, no Brasil, apesar de ser uma tendência que já vinha e vem sendo discutida em outros países do mundo, principalmente dentre aqueles que estão enfrentando o envelhecimento populacional, uma vez que ficou claro o impacto econômico dos trabalhos de cuidado, sua relação com os rendimentos das famílias e, o conseqüente crescimento e bem-estar dos países.

Palavras-chave: Trabalho de cuidado. Cuidadores familiares. Pós-pandemia. Política Nacional do Cuidado.

1 INTRODUÇÃO

A busca dos países, inclusive, o Brasil, por um sistema de bem-estar social precisa estar conectada com o dinamismo e a evolução da sua sociedade. E, foi nesse sentido, que a pandemia de Covid-19 acentuou a importância do trabalho de cuidados, sobretudo, dentro dos lares, expondo um risco social que precisa ser acobertado para que a dignidade das pessoas envolvidas seja devidamente respeitada.

Assim, temos, de um lado, a figura dos cuidadores informais que precisam atuar e viver em um limbo trabalhista e previdenciário diante da dependência de seus familiares e, do outro, a previsão de atender aos direitos sociais dessas pessoas, com a cobertura da Previdência Social.

Iremos notar que há, em nosso país, uma lacuna legal nesta proteção, que poderia ser preenchida com a criação de benefício específico que acobertasse esses vulneráveis, ou, melhor, a construção de uma Política Nacional de Cuidados que trouxesse segurança para essa parcela da população.

Diante deste cenário, o presente estudo se propõe a reunir um importante conhecimento para trazer maior robustez à discussão, através da utilização do método hipotético-dedutivo e do levantamento bibliográfico em artigos, revistas e pesquisas científicas, publicadas, sobretudo, no período pandêmico e após ele, de modo a demonstrar tanto a necessidade das pessoas que seriam protegidas do risco social em estudo, quanto da necessidade de intensificação da busca pelas garantias dos cuidadores, observando atender tanto o bem-estar das pessoas envolvidas, quanto o ideal desenvolvimento, inclusive econômico, do país.

2 O TRABALHO DE CUIDADO FAMILIAR

A necessidade do “cuidar” é inerente ao ser humano, uma vez que, todos nós, em algum momento da vida, dependeremos dos cuidados de alguém, que os prestarão de forma remunerada, ou gratuitamente.

O trabalho de cuidado familiar, especificamente, não só existe, como é imperativo, tendo em vista que possui previsão expressa na Carta Maior de nosso país, uma vez que, os artigos 227, §1º, 229 e 230, *caput*, da nossa Constituição Federal, bem como nos Estatutos Específicos (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015), impõe à família, juntamente com o Estado e à própria sociedade, o dever de amparar as crianças, adolescentes e pessoas idosas, inclusive pessoas com deficiência.

Como bem preceitua Zerbini e Franzolin:

O cuidado revela, portanto, um plexo de condutas de proteção e maior sensibilidade por meio de consideração e de atenção aos interesses existenciais do outro. Assim, esse processo desdobra-se na juridicização do cuidado e na concretização do princípio da solidariedade (art. 3º, I, da CF/88).

E, ainda acrescenta:

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária encontra-se prevista dentre os objetivos da República⁷. A solidariedade, concebida como diretriz geral de conduta, despontou como princípio jurídico no direito brasileiro apenas com a Constituição de 1988.

Em síntese, a dignidade humana, a igualdade e a solidariedade potencializam e incrementam, com maior carga axiológica, a variedade das relações privadas ou públicas, e dá a elas contornos mais elaborados na busca pelo direito no caso concreto, vai além da despatrimonialização⁸ e atribui juridicidade a certos valores como, por exemplo, o cuidado.

Em um primeiro momento, o curso natural do cuidado para com uma pessoa há de recair sobre a família e, principalmente, sobre as aquelas que estabelecem laços mais íntimos com o respectivo parente, uma vez que, além das obrigações legais, estão envolvidos os sentimentos de amor, carinho e senso de responsabilidade comuns às relações familiares. De modo que este serviço, que indiscutivelmente, possui valor econômico, seja exercido sem nenhum tipo de contraprestação e, o que é mais preocupante, mantenha-se sem uma proteção legal e social efetiva.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), em sua publicação “Prestação de cuidados: trabalho e profissões para o futuro do trabalho digno”, conceitua o trabalho de cuidados não remunerado como aquele que é realizado em benefício direto às próprias pessoas que estão em situação de dependência e necessidade, quanto às próprias atividades domésticas realizadas no âmbito do lar, sem qualquer contraprestação pecuniária envolvida. Acrescenta, ainda:

A maioria do trabalho de cuidados não remunerado em quase todas as sociedades é realizado no seio das famílias, e é na maioria das vezes proporcionado por mulheres. Mas, as pessoas cuidadoras não remuneradas cuidam também de pessoas fora das suas famílias, tais como no círculo de amizade ou vizinhança, e membros da comunidade, e numa diversidade de instituições (públicas, privadas, sem fins lucrativos) numa base voluntária.

Nesse cenário, percebemos, portanto, não só um dilema familiar, como a própria acentuação das divergências de gênero, por se tratar de uma função que ainda é majoritariamente exercida por mulheres, pois, segundo o IBGE, em 2022, “92,1% das mulheres com 14 anos ou mais realizaram afazeres domésticos e/ou cuidado de pessoas, enquanto apenas 80,8% dos homens desse grupo etário estavam envolvidos nessas atividades. Os homens da região Nordeste mostraram a menor taxa de realização: 73,9%”.

No mesmo sentido, pontua a economista Luiza Nassif Pires:

Quanto maior é o peso que recai sobre a família e o privado, mais desigual fica a divisão das tarefas em um lar. Na esmagadora maioria dos casos, tudo que o Estado não atende sobra como responsabilidade das mulheres. E isso reflete na menor participação delas no mercado de trabalho, ou no menor salário delas.

A mesma economista apresenta três teorias para buscar explicar porque essa desigualdade de gênero ainda é vista com tanta ênfase dentro do lar. Dispondo da seguinte forma:

Uma delas fala do poder de barganha. A mulher, tem menos poder de barganha dentro de casa, portanto perde nessa luta, e acaba fazendo mais o trabalho. Outra teoria seria a do custo de oportunidade. A mulher tem salários menores e fica e casa cuidado de tudo para o homem, com salário maior, construir carreira. A terceira, muito endossada por Silvia, seria a de que se trata simplesmente de ideologia de gênero. “A nossa sociedade é patriarcal e nela as mulheres naturalmente cuidam do trabalho doméstico porque ele serve ao fluxo da vida dos homens.”.

Sendo este, um dos tópicos mais importantes a serem discutidos quando tratamos da urgência da criação de políticas públicas para atender aos trabalhos de cuidado desenvolvidos no seio familiar, tendo em vista que, na maioria das vezes, essas atribuições são delegadas às mulheres, o que, inevitavelmente, causa a diminuição de sua participação no mercado de

trabalho, além de trazer uma série de consequências, não necessariamente positivas, para a sua saúde e vida social.

A execução do trabalho reprodutivo demanda esforço físico e mental, além de significativa parcela de tempo diário, entretanto, ainda que tal trabalho seja fundamental para a economia do país – tendo em vista que, para que uma pessoa tenha condições de se inserir no mercado produtivo, é necessário que outra fique em casa para gerenciar o lar -, a sociedade permanece sem valorizá-lo e remunerá-lo. No mais das vezes, o que se percebe é que esta dinâmica de responsabilização culmina na abdicação da vida profissional pela mulher em nome da família. Na ausência de políticas públicas capazes de elucidar tal questão, este é o panorama que, comumente, prevalece e a incapacidade de se pagar por serviços que substituam a oferta de políticas, pelo Estado, vem a piorar esta situação. (Silva, 2022)

A pandemia da Covid-19, por sua vez, apesar de todos estarem em casa, não mudou essa dinâmica familiar, como bem descreveu Menezes e Amorim:

Ainda que o vírus seja neutro quanto a quem atingir, as possibilidades de contágio são maiores para certos grupos de pessoas, como as mulheres, os idosos e os mais pobres. Enquanto “cuidadoras do mundo”, as mulheres lideram as profissões do cuidado como a enfermagem e a assistência social, além de cumprirem o mesmo papel junto às suas famílias. Aquelas que integram a classe média têm somado o exercício das tarefas laborais em sistema de home office, com os serviços domésticos e o acompanhamento dos filhos nas suas atividades escolares virtuais. Fazem isso com pouco ou nenhum auxílio dos companheiros.

As mulheres de classe mais baixa são cuidadoras de idosos, diaristas, empregadas domésticas, zeladoras que, no terceiro turno, também se dedicam ao cuidado de suas famílias. Muitas dessas não tiveram acesso ao distanciamento social remunerado ou pior, perderam sua fonte de sustento com a suspensão das faxinas, vivendo grave precariedade econômica. São mulheres negras que ocupam a maior fatia do grupo dos trabalhadores informais.

O que se nota é que, na verdade, a Pandemia acentuou o questionamento que já existia, mas ainda não vinha sendo discutido suficientemente, sobretudo no Brasil, que é, inclusive, um país em condição de “envelhecimento populacional”, na qual a sociedade caminha para um processo de dependência mútua não somente dos filhos para com os pais, mas, também, dos pais idosos para com os filhos: E, afinal, quem cuida de quem cuida?

Nesse deslinde, no ano de 2022, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) publicou o relatório “*Care at work: Investing in care leave and services for a more gender equal world of work*”, qual seja, “Cuidados no trabalho: Investir em licenças de assistência e serviços para um mundo de trabalho com maior igualdade de gênero”, o qual constatou que investir em políticas de cuidado cooperaria para um mundo de trabalho mais igualitário entre os gêneros e, ao mesmo tempo, ajudaria às famílias não caírem na pobreza, uma vez que as mulheres, sob a proteção dessas políticas, teriam condições de permanecerem empregadas.

Mas, o que fica claro, mesmo após a pandemia, é que o serviço prestado pelos cuidadores familiares, sobretudo pelas mulheres, ainda pode ser considerado um trabalho invisível aos olhos do poder estatal e, até mesmo da própria sociedade. E isso, de certa forma, é cruel, já que por trás de uma função tão nobre como o “cuidar de alguém” existem pessoas com suas histórias, desejos e sentimentos particulares, que precisam ter suas necessidades pessoais e profissionais ouvidas e atendidas. Os cuidadores familiares, assim como as pessoas de quem cuidam, precisam de assistência do governo e da sociedade para manterem uma vida plena e digna.

As políticas públicas no Brasil estão começando a serem planejadas nesse sentido, mas ainda há um caminho importante a ser percorrido para a sua efetivação.

3 O ATUAL SILÊNCIO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA QUANTO AOS DIREITOS ESPECÍFICOS DOS CUIDADORES E A NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL DO CUIDADO

Atualmente, não há, no Brasil, uma política específica, ou, ao menos, um benefício direto para os cuidadores, sobretudo os familiares, tendo em vista que os cuidadores remunerados seguem a legislação dos empregados domésticos, porém, os primeiros, sem trabalhar fora, ou trabalhando de forma insuficiente, são mantidos em um limbo trabalhista e previdenciário, tendo em vista que a única previsão da nossa legislação (art. 45, da Lei nº 8.213 de 24 de julho de 91) é de apenas um adicional de 25% na aposentadoria, exclusivamente por incapacidade permanente, para aqueles que precisam de assistência permanente de outra pessoa e, mesmo assim, não é sequer um benefício destinado diretamente para o cuidador, mas para quem é cuidado.

Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).

Parágrafo único. O acréscimo de que trata este artigo:

- a) será devido ainda que o valor da aposentadoria atinja o limite máximo legal;
- b) será recalculado quando o benefício que lhe deu origem for reajustado;
- c) cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporável ao valor da pensão.

(BRASIL, 1991)

Todavia, apenas esse adicional não é suficiente para cobrir todo o risco social envolvido, até porque, ele é pago ao próprio aposentado e, não, ao cuidador. E, não bastasse isso, é devido ao aposentado por incapacidade permanente, uma vez que a legislação não prevê o pagamento deste adicional para as pessoas que foram aposentadas por idade ou por tempo de contribuição. Também não é devido seu pagamento àqueles que recebem auxílio por incapacidade temporária.

A partir disso, é notória a necessidade da criação de uma política ou, ao menos um benefício próprio àqueles que passam por tantas abdições em sua vida social e laboral, sobretudo, as pessoas que estão em plena vida profissional ativa e precisam “abandonar seus postos” para assumirem a função de cuidador familiar e informal. Até porque, a família é considerada uma instituição base da sociedade, e sua manutenção não pode passar despercebida aos olhos do Estado, conforme expressa o art. 226 da Constituição Federal e, melhor detalha, Pedro Adamy:

De acordo com a Constituição brasileira, apenas uma instituição deve ser considerada como base da sociedade. Nenhuma outra instituição, órgão ou poder, por mais relevante que seja, recebeu tratamento semelhante pelo constituinte. Assim é que o art. 226 da Constituição determina que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Veja-se, por relevante, que, apesar de sucinto, o dispositivo prevê dois elementos fundamentais da ordem constitucional: de um lado, que a família é a base da sociedade, isto é, sem a família não há sociedade possível. De outro lado, que a família deve ser protegida pelo Estado. Mas a previsão não traz uma previsão qualquer, mas, sim, uma proteção especial. Dessa forma, tem-se que apenas à família é dispensada uma espécie diferenciada de proteção, uma proteção especial, a que nenhum outro direito, valor ou interesse constitucional é oferecido.

E, uma vez que se busca atingir um Estado de bem-estar social mais efetivo, é importante que sejam fomentadas políticas públicas que ampliem a participação dos indivíduos que estão fora do mercado de trabalho, através da formalização de atividades até então tidas como “invisíveis” perante a sociedade e ao próprio Estado, tais como os serviços de cuidado, tanto em benefício das próprias pessoas envolvidas, como em prol do crescimento econômico do país. Sendo essa uma ação que já vem sendo aplicada nos países desenvolvidos que são mais socialmente efetivos, como pontua Célia Kerstenetzky, em “O Estado de Bem-Estar Social na Idade da Razão”:

Os serviços de cuidado estão ganhando cada vez mais espaço nas políticas públicas dos países desenvolvidos mais socialmente efetivos. Têm sido acionados para responder aos novos riscos sociais representados pelo mercado de trabalho cada vez “menos confiável” da economia do conhecimento, para fazer frente ao progressivo envelhecimento dessas sociedades e à mudança na composição das famílias. Esses também são riscos nossos: também nosso mercado de trabalho tem estado mais polarizado em função do peso assumido pelo setor serviços; nossa população está envelhecendo rapidamente, com o peso crescente dos idosos e muito idosos e a taxa de fecundidade abaixo do nível de reposição populacional (1,7, segundo o Censo de 2010); e as famílias estão cada vez mais heterogêneas, com o crescimento expressivo das famílias uniparentais. Com estes países, é possível aprender que, diante dos novos riscos, a familiarização do cuidado não é uma opção razoável, tendendo a gerar baixas taxas de participação feminina no emprego e pobreza infantil, ou, alternativamente, taxas de fecundidade perigosamente pequenas. Portanto, além da universalização dos serviços sociais tradicionais, nosso catching up social requer atenção aos serviços de cuidado.

Isso porque, além das questões econômicas, existem reflexos diretos na saúde do cuidador, que passa a sofrer com sobrecargas em decorrência das responsabilidades que a função lhe atribui. E, tudo isso ficou mais claro no cenário causado pela pandemia de Covid-19, pois além daqueles que já prestavam o cuidado direto aos familiares, outras pessoas passaram a vivenciar essa condição, dentre as quais, estão aquelas que perderam o emprego no período pandêmico e, sem condições econômicas, ou rede de apoio, passaram a exercer por si mesmos o trabalho de cuidador em casa.

Nesse sentido, visando investigar as condições de trabalho e saúde, especificamente dos cuidadores de idosos, foi realizada uma pesquisa nacional, no ano de 2020, pela Fundação Oswaldo Cruz, a qual concluiu que quase quatro a dez respondentes se considerava com a saúde moderada e ruim, com problemas físicos e mentais que os colocam em situação de vulnerabilidade.

Não bastasse isso, as condições de trabalho dos cuidadores familiares se demonstram totalmente aquém do aceitável, uma vez que a mesma pesquisa concluiu que 73,6% dos cuidadores familiares de pessoas idosas trabalham de domingo a domingo, por mais de 12h diárias e, 1 em cada 3 dos referidos cuidadores não recebem ajuda de outras pessoas.

E foi diante desse foco que o trabalho de cuidado ganhou devido à pandemia, uma vez que o mesmo foi conectado tanto ao bem-estar geral da sociedade, quanto à saúde da economia e desenvolvimento do país, que o governo brasileiro passou a mostrar maiores preocupações em relação a essa pauta.

Tanto que, em 17 de novembro de 2022, foi apresentado o Projeto de Lei nº 2797/2022, com a finalidade de instituir a Política Nacional do Cuidado, dispondo sobre os serviços socioassistenciais e modificando, especificamente, a Lei nº 8.212, de 21 julho de 1991, acrescentando os cuidadores sem vínculo empregatício na alíquota de contribuição de 5% e a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, além da proposta de criação do “Auxílio-Assistência” no valor de 25% (vinte e cinco por cento) do salário-de benefício para qualquer segurado que necessidade de assistência permanente de outra pessoa, diferente do que vem sendo pago hoje em dia, no qual esse acréscimo, conforme exposto alhures, é devido apenas para os aposentados por incapacidade permanente.

Ademais, dentre as justificativas do respectivo Projeto de Lei, é importante também mencionar que uma das soluções apresentadas a continuidade e/ou inclusão dos cuidadores familiares no mercado de trabalho seria a ampliação do teletrabalho e das jornadas mais flexíveis, dando a estas pessoas, preferência nessas modalidades. Vejamos:

Esses cuidadores devem ser apoiados em diversas instâncias e aspectos. Devem ter, sobretudo, seus direitos e deveres reconhecidos e transparentes. Com a ampliação do teletrabalho, do trabalho em domicílio, remoto ou à distância, nada mais razoável que eles terem preferência na utilização dessas modalidades de trabalho.

Com essas novas oportunidades, ainda que suscitadas por uma nefasta pandemia, os cuidadores poderão compatibilizar os cuidados, que muitas vezes não são muito intensivos, com a realização do trabalho regular. Empresas com mais sensibilidade social podem adotar flexibilidade de jornadas para que os cuidadores possam atender aos seus dependentes em emergências ou necessidades.

Para isso, além de o setor público oferecer estrutura para acobertar essa parcela da população que ainda se encontra desprotegida, com a facilitação da inclusão previdenciária, por exemplo, também é importante que o setor privado seja motivado a modificar suas culturas empresariais, fomentando a busca constante pela equiparação salarial entre gêneros, bem como o incentivo a um trabalho flexível que possa incluir àqueles que prestam trabalho de cuidado no ambiente doméstico.

Ainda nesse sentido, em 30 de março do corrente ano de 2023, também foi dado um importante passo pela garantia dos direitos dos cuidadores, através da instituição do Decreto nº 11.460, de 30 de março de 2023, para instituir Grupo de Trabalho Interministerial com a finalidade de elaborar a proposta da Política Nacional de Cuidados e a proposta do Plano Nacional de Cuidados, com justificativa não só de garantir os direitos dos cuidadores, mas, sobretudo, como forma de efetivação de Justiça Social, pois poderão ser discutidas e atenuadas as desigualdades que envolvem o trabalho de cuidado, dentre elas, de gênero e raça, bem como a promoção das mudanças necessárias para tornar o exercício do “cuidar” mais digno, não só para quem depende dele, mas, também, para os próprios cuidadores.

Essa movimentação em direção aos investimentos na proteção do trabalho de cuidado tomou evidência, indiscutivelmente, com a pandemia, e será uma pauta a ser discutida intensificamente nos próximos anos, não só no Brasil, como no mundo inteiro, pois ficou claro o impacto econômico dos trabalhos de cuidado, sua relação com os rendimentos das famílias e, o consequente desenvolvimento e bem-estar de um país.

5 CONCLUSÕES

Diante das considerações expostas no decorrer deste artigo, pode-se chegar à algumas conclusões.

Em primeiro lugar, o ato de “cuidar” é inevitável e já esperado pela nossa sociedade e, mais especificamente, dentro das famílias.

Ocorre que, em um país como o Brasil, onde o salário mínimo é R\$ 1.320 (mil trezentos e vinte reais) e a inflação e o desemprego seguem crescentes, as famílias estão cada mais limitadas para atender as necessidades mais básicas do lar e, conseqüentemente, ficam impossibilitadas de contratar profissionais que possam fazer o acompanhamento daqueles que precisam de cuidados, sejam crianças, idosos ou até mesmo adultos em situação de dependência, por alguma questão física ou mental, tampouco, em tempo integral, como normalmente é necessário.

É nesse momento que os familiares, ou apenas um deles, passam a exercer a função de cuidador, de modo informal, e veem suas vidas totalmente reformadas, sendo comum ouvirmos o termo “deixei de viver a minha vida para viver a vida de quem eu cuido”.

A partir dessa “omissão” da vida de uma pessoa em detrimento da de outra que ficou “normalizada” a condição de uma pessoa ser excluída do convívio social em prol do cuidado de um ente querido, sobretudo quando a família não possui condições financeiras de terceirizar o trabalho do cuidador.

Ou, ainda, mesmo com uma posição econômica “confortável”, sente, o cuidador familiar, na obrigação social, pautada nos sentimentos de amor, respeito e afeto, de prestar apoio integral e incondicional ao ente querido.

O “deixar de viver para cuidar do outro” acaba se tornando um trabalho invisível perante a sociedade que vê a situação em si como um “não está fazendo mais do que a sua obrigação” e, por vezes, deixa de ouvir o cuidador e suas necessidades.

Essa situação ainda abre outros tópicos para discussão, sendo um dos principais, a acentuação da desigualdade de gênero, uma vez que o trabalho de cuidado ainda é majoritariamente exercido pelas mulheres. O que ficou demonstrado através das pesquisas trazidas ao longo do artigo. E, que, o ajustamento dessas divergências, não só com a ajuda do Estado, mas também da iniciativa privada, com o oferecimento de jornadas de trabalho mais flexíveis, por exemplo, poderiam garantir a manutenção dessas mulheres no mercado de trabalho, melhorar as rendas de suas famílias e contribuir para o crescimento e desenvolvimento do país como um todo.

E, é nesse sentido, que o Brasil vem apresentando propostas para garantir os direitos dos cuidadores, de modo a ofertá-los condições não só de trabalho, mas sobretudo, de vida mais dignas, estando, dentre as iniciativas mais recentes, a instituição, através do Decreto nº 11.460, de 30 de março de 2023, do Grupo de Trabalho Interministerial com a finalidade de elaborar a proposta da Política Nacional de Cuidados e a proposta do Plano Nacional de Cuidados, o que poderá abrir caminhos para a valorização efetiva do trabalho de cuidado no nosso país.

REFERÊNCIAS

ADAMY, Pedro. **A Família no Direito Tributário**. Revista Direito Tributário Atual, nº 50, ano 40, p. 345-359. São Paulo: IBDT, 1º quadrimestre 2022. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/2155/1950>. Acesso em: 06 set. 2023.

ALMEIDA, Lia Lopes. **Economia do Cuidado: A pauta que o Brasil precisa agora**. Congresso em foco. 29 abr. 2023. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/projeto-bula/reportagem/economia-do-cuidado-a-pauta-que-o-brasil-precisa-agora/>. Acesso em: 31 ago. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. **Decreto institui a criação de grupo de trabalho para elaborar a Política Nacional de Cuidados.** 31 mar. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mds/pt-br/noticias-e-conteudos/desenvolvimento-social/noticias-desenvolvimento-social/decreto-institui-a-criacao-de-grupo-de-trabalho-para-elaborar-a-politica-nacional-de-cuidados>. Acesso em: 03 set. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2797, de 2022. Brasília, DF. 2022.** Disponível em: <https://abre.ai/iSps> Acesso em: 10 set. 2023.

BRITTO, Vinícius; NERY, Carmen. **Em 2022, mulheres dedicaram 9,6 horas por semana a mais do que os homens aos afazeres domésticos ou ao cuidado de pessoas.** Agência IBGE notícias. 11 ago. 2023. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37621-em-2022-mulheres-dedicaram-9-6-horas-por-semana-a-mais-do-que-os-homens-aos-afazeres-domesticos-ou-ao-cuidado-de-pessoas#:~:text=A%20taxa%20de%20realiza%C3%A7%C3%A3o%20de%20cuidado%20de%20pessoas%20caiu%20de,59%20anos%20e%20de%20idosos>. Acesso em: 31 ago. 2023.

CAPARROL, Ana Júlia de Souza; MARTINS, Gabriela; BARBOSA, Gustavo Carrijo; MONTEIRO, Diana Quirino; ALVES, Ludmyla Caroline de Souza; GRATÃO, Aline Cristina Martins. **Pandemia da COVID-19: quem cuida dos cuidadores informais de idosos?** São Paulo: RevRecien. 2022; 12(37):499-506. Disponível em: <http://www.recien.com.br/index.php/Recien/article/view/556/573>. Acesso em: 05 set. 2023.

GOMES, Irene. **Em 2021, número de óbitos bate recorde de 2020 e número de nascimentos é o menor da série.** Agência IBGE notícias. 16 fev. 2023. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/36308-em-2021-numero-de-obitos-bate-recorde-de-2020-e-numero-de-nascimentos-e-o-menor-da-serie>. Acesso em: 03 set. 2023.

GROISMAN, Daniel; Romero, Dalía; ANDRADE, Zelia Pimentel; ARAUJO, Anna Barbara; ARAUJO, Giulia de Castro Lopes; BARROS, Heglaucio; BERNARDO, Maria Helena de Jesus; CAVALETTI, Ana Carolina Lima; DAMACENA, Giseli Nogueira; PASSOS, Rachel Gouveia; SANTOS, Ana Gilda Soares; SOUZA JÚNIOR, Paulo Roberto Borges; TRAVASSOS, Ronaldo. **Cuida-Covid: Pesquisa nacional sobre as condições de trabalho e saúde das pessoas cuidadoras de idosos na pandemia – Principais resultados**. Rio de Janeiro: EPSJV/ICICT/Fiocruz, 2021. Disponível em: https://www.epsjv.fiocruz.br/sites/default/files/files/Relat%C3%B3rio_CUIDA_COVID_01_10_2021.pdf. Acesso em: 06 set. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOBRAGIA E ESTATÍSTICA. **Portaria pr-3.746, de 24 de novembro de 2022**. IBGE, Brasília, 22 nov. 2022. Disponível em: <https://in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-pr-3.746-de-24-de-novembro-de-2022-446105011>. Acesso em: 03 set. 2023.

KERSTENETZKY, Célia Lessa. **O estado do bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. **Os impactos do COVID-19 no direito de família e a fratura do diálogo e da empatia**. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 9, n. 2, p. 1-38, 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/517/396>. Acesso em: 11 set. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Care at work Investing in care leave and services for a more gender equal world of work**. Geneva: International Labour Office, 2022. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_838653.pdf. Acesso em: 10 set. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Maior investimento em cuidados poderia criar quase 300 milhões de empregos**. 7 mar. 2022. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_838925/lang--pt/index.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Prestação de cuidados: trabalho e profissões para o futuro do trabalho digno.** Genebra: OIT, 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_767811.pdf. Acesso em: 03 set. 2023.

SILVA, Josiane Patrícia Resende. **Efeitos da Covid-19 sobre o tempo social dos professores da educação básica pública em Minas Gerais, uma abordagem da economia feminista.** São João Del Rei, 2022. Disponível em: [https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/pgdplat/Dissertacao%20versao%20final\(4\).pdf](https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/pgdplat/Dissertacao%20versao%20final(4).pdf). Acesso em: 10 set. de 2023.

ZERBINI, Fernanda Brancalioni; FRANZOLIN, Cláudio José. **Cuidado como valor jurídico e o princípio do melhor interesse do idoso: a interface entre o direito público e o privado.** Pensar, Fortaleza, v. 28, n. 1, p. 1-13, jan./mar. 2023. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/13028/7070>. Acesso em: 10 set. 2023.

CAPÍTULO XVI

APLICAÇÃO DE METODOLOGIAS ATIVAS E INOVADORAS NA FORMAÇÃO DE PROFISSIONAIS DO DIREITO PARA A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Maria Clara Farias de Lira⁶⁴

RESUMO

Neste trabalho, buscou-se analisar formação de profissionais do Direito e sua relação com a promoção dos Direitos Humanos na sociedade, sob uma ótica da aplicação das metodologias ativas e inovadoras, e como podem contribuir para o ensino e a ciência jurídica, de forma a permitir a atuação destes indivíduos de forma mais eficaz na promoção dos Direitos Humanos. Buscou-se identificar as metodologias ativas e inovadoras de ensino e aprendizagem que podem contribuir para a formação de profissionais do Direito e para a promoção dos Direitos Humanos e o estudar casos e experiências para identificar boas práticas, benefícios e desafios no ensino jurídico para a promoção dos Direitos Humanos, em uma pesquisa qualitativa, bibliográfica e teórica, que concluiu que existem diversos benefícios para aplicação destas metodologias, além de ações inovadoras para o ensino jurídico, e que, apesar de ainda não serem amplamente implementadas da forma ideal, o crescimento da utilização de Metodologias ativas no ensino jurídico tende a continuar diante da apresentação de bons resultados.

64 Advogada (OAB/AL), Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba-PPGCJ(UFPB). E-mail: mfdelira@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos são um conjunto de direitos fundamentais que devem ser garantidos a todos os indivíduos, independentemente de sua raça, etnia, religião, sexo, orientação sexual, deficiência ou qualquer outra condição discriminatória. Da mesma forma, a importância da educação para o desenvolvimento humano é algo amplamente aceito e discutido pela literatura acadêmica, e faz parte integral de qualquer política pública governamental. ordenamento pátrio, a educação é um direito humano fundamental, protegida pela Declaração Universal dos Direitos e a própria Constituição Federal de 1988, além de convenções internacionais diversas. A promoção dos direitos é, atualmente, um desafio fundamental para a sociedade contemporânea, que enfrenta uma série de desafios, como a desigualdade social, a violência, a intolerância e a discriminação, além da expansão do pensamento extremista que tende a negar tudo relacionado aos “Direitos Humanos” como sinônimo de proteção à impunidade e a criminalidade.

Tendo em vista que a educação é fundamental para o desenvolvimento humano, pois desempenha um papel essencial na aquisição de habilidades, conhecimentos e valores, que são necessários para a vida em sociedade, para o desenvolvimento social e profissional, além da promoção de uma sociedade justa, democrática e igualitária, sendo um meio eficaz de reduzir a pobreza, desigualdade social e construir comunidades saudáveis, pacíficas e sustentáveis⁶⁵, e que os profissionais do Direito, diante de sua atuação profissional, desempenham um papel fundamental na promoção dos Direitos Humanos, vez que são responsáveis por interpretar e aplicar a lei, garantindo a equidade e justiça para todos, não devemos, como sociedade, deixar de lado os modelos e princípios metodológicos aplicados

65 UNESCO. Education for All Global Monitoring Report, 2020.

ao ensino jurídico, pois uma formação de profissionais do direito voltada aos Direitos Humanos contribuirá imensamente para a promoção destes na sociedade.

No entanto, o modelo tradicional do ensino jurídico no país, é notoriamente centrado na transmissão do conhecimento por parte do professor, de forma expositiva e pouco reativa, e por isso vem sofrendo questionamento quanto à sua ineficiência na preparação dos estudantes para as complexidades do mundo contemporâneo, principalmente ao tratar de questões complexas relacionadas aos Direitos Humanos.

Em uma ótica da relação direito e sociedade, ao investigar como a formação de profissionais do Direito podem contribuir para a promoção dos Direitos Humanos na sociedade, adentramos na temática sugerida neste artigo, qual seja, as possíveis inovações que podem ser utilizadas ao se abordar a promoção do tema “Direitos Humanos”, que incluem a utilização de metodologias ativas, como, por exemplo, a educação baseada em projetos, com o objetivo de promover uma formação mais prática e engajada dos profissionais do Direito, diferente do modelo tradicional atual.

Surge também a necessidade identificar como uma formação inovadora pode contribuir com a criação de uma sociedade mais justa e igualitária, e de utilizar abordagens interdisciplinares junto à outras áreas do conhecimento, como a sociologia e as tecnologias da informação, identificando boas práticas e desafios encontrados na formação jurídica quanto à promoção dos Direitos Humanos.

Assim, o objeto de estudo deste artigo foi a formação de operadores do Direito e sua relação com a promoção dos Direitos Humanos na sociedade, sob uma ótica da aplicação das metodologias ativas e inovadoras, em uma análise de como as metodologias ativas e outras formas de inovação podem contribuir para o ensino e a ciência jurídica, de forma a permitir a atuação destes indivíduos de forma mais eficaz na promoção dos Direitos Humanos.

Como objetivos específicos, buscou-se identificar as metodologias ativas e inovadoras de ensino e aprendizagem que podem contribuir para a formação de profissionais do Direito e para a promoção dos Direitos Humanos, analisar a relação entre a formação de profissionais do Direito e os Direitos Humanos e estudar casos e experiências para identificar boas práticas, benefícios e desafios no ensino jurídico para a promoção dos Direitos Humanos.

Tratou-se de uma pesquisa qualitativa, bibliográfica e teórica. Para Cervo e Bervian (2002, p. 66), pesquisa qualitativa é “um conjunto de procedimentos sistemáticos e objetivos que visa a descobrir ou interpretar significados, opiniões, crenças e atitudes de grupos ou indivíduos, a partir da coleta de dados não- quantitativos”. Segundo Gil (2019, p. 42), pesquisa bibliográfica é “um estudo que se utiliza de material já publicado, constituído principalmente de livros, artigos científicos, teses, dissertações, relatórios de pesquisas e documentos oficiais” e a pesquisa teórica é “um conjunto de procedimentos sistemáticos e objetivos que visa a descobrir novos conhecimentos, a partir da análise de conceitos, teorias e proposições científicas” (Cervo e Bervian, 2002, p. 67).

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Os Direitos Humanos, a Educação e o Ensino Jurídico no País

Direitos humanos são universais, inalienáveis e imprescritíveis. São direitos fundamentais, que devem ser garantidos pelo Estado a todos os indivíduos, independentemente de qualquer condição. Uma das definições mais importantes e utilizadas para Direitos Humanos foi dada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, quando da ocasião da publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que contém 30 artigos enumerados, buscando garantir desde direitos políticos, até civis, econômicos e culturais⁶⁶.

66 ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.

A declaração se inicia, já em seu preâmbulo, fazendo considerações acerca do reconhecimento da dignidade inerente à todos os seres humanos, dos seus direitos iguais e inalienáveis, vez que constituem o fundamento da liberdade, justiça e paz no mundo⁶⁷, e expõe que o *“desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a actos de barbárie que revoltam a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do homem”*⁶⁸;

Assim, podemos inferir que, o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem conduzem à atos de barbárie que revoltam a consciência da humanidade, e que só é possível viver em mundo em que as pessoas sejam livres para falar e crer, além de libertos do terror e da tirania, quando conhecemos e respeitamos os Direitos Humanos.

A noção de que todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos (Artigo 1º da Declaração), de que todos podem invocar direitos e liberdades sem distinções de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social (Artigo 2º), de que todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (Artigo 3º) e que ninguém será mantido em escravidão ou servidão (Artigo 4º)⁶⁹, são alguns dos exemplos da importância da Declaração dos Direitos Humanos e, conseqüentemente, dos Direitos humanos para uma nação.

Que se pesem os gritos daqueles que, por desconhecimento ou ignorância, bradam e vociferam contra os Direitos humanos, tornando-o responsáveis apenas para contribuir com a impunidades daqueles que ferem a lei e por isso deveriam ser punidos, é inegável que sem a proteção dos Direitos humanos a sociedade se recairia à barbárie, como comumente ocorre em ditaduras e tiranias ao redor do mundo.

67 ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.

68 *Idem*, p. 01.

69 *Idem*.

O Brasil, além de signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, também dispôs na sua Constituição Federal de 1988 diversas garantias a uma série de Direitos Humanos e sociais, principalmente em seu artigo 5º, como o direito à vida, à educação, à liberdade, à segurança, à educação e à saúde⁷⁰.

No entanto, a história dos Direitos Humanos no país foi marcada por diversas turbulências, que muitas vezes culminaram em retrocessos. Desde a violação dos Direitos Humanos durante a época colonial, com a escravidão e a discriminação contra indígenas e negros, passando pela independência em 1822, e a Constituição de 1824, que apenas reconheceu direitos aos homens livres e proprietários⁷¹, que os Direitos Humanos não tiveram avanços significativos até a Constituição Federal de 1891.

Em 1891, a Constituição Federal reconheceu a igualdade de todos os cidadãos perante a lei, mas ainda permitiu a criação de leis segregacionistas; Em 1934, além do reconhecimento da igualdade dos cidadãos sem condições, a Constituição Federal estabeleceu direitos sociais, como o direito à educação e à saúde, direitos que foram mantidos e ampliados com a Constituição Federal de 1946, com, por exemplo, o direito de greve⁷².

No entanto, essas mudanças pró-Direitos Humanos chegaram ao fim com a Constituição de 1967, promulgada durante a ditadura militar, um retrocesso devido a restrição de direitos e a censura de informações, e os próximos avanços dos Direitos Humanos no país só viriam a ocorrer em 1988, após o fim da ditadura militar, onde também houve a incorporação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e de outros tratados internacionais de Direitos Humanos⁷³.

A partir da Constituição Federal de 1988, os Direitos Humanos foram representados em todo o texto constitucional, mas principalmente em seu

70 BRASIL. Constituição Federal de 1988.

71 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

72 *Idem*.

73 *Idem*.

artigo 5º. É nítido que, com a inclusão na CF dos objetivos do Estado brasileiro, a promoção e a proteção aos Direitos Humanos foram enraizadas em nossas bases fundamentais, vez que o artigo 3º da CF/88 estabelece que um dos objetivos fundamentais do Estado é construir uma sociedade livre, justa e solidária, sendo dever do Estado assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais⁷⁴.

Como é notório, a educação possui um papel extremamente importante para os Direitos Humanos. A série de cadernos pedagógicos “Direitos Humanos em Educação”, do MEC, afirma que é preciso considerar as duas dimensões da articulação entre o tema Direitos Humanos e as escolas, ou seja, “a educação como um direito e para os Direitos Humanos”⁷⁵.

Embora o documento em questão seja relativo à educação escolar, o mesmo revela a preocupação de debater, desde os anos iniciais da educação, questões importantes e desafios da sociedade moderna, como a garantia da plena realização do direito à educação, a formação dos alunos em valores fundamentais à vida pública e o conhecimento de sua condição de sujeito de direitos, além de demonstrar que os Direitos Humanos possuem uma relação fundamental com o acesso e a qualidade da educação, além da dignidade dos sujeitos⁷⁶.

Assim, não é difícil entender que é amplamente aceito que a educação é considerada fundamental para a promoção e proteção dos Direitos Humanos. A educação permite o conhecimento sobre direitos, como defendê-los e usufruí-los, além de ensinar um melhor convívio em sociedade, relação de respeito e igualdade, e, portanto, de cidadania. Também a educação é a chave para combater a discriminação, a intolerância, para promover a inclusão e a diversidade. Para a UNESCO, a educação é a base para o

74 BRASIL, 1988. Constituição Federal de 1988.

75 MEC. Direitos Humanos em Educação. Série Cadernos Pedagógicos. Brasília, DF: MEC, 2023.

76 MEC. Direitos Humanos em Educação. Série Cadernos Pedagógicos. Brasília, DF: MEC, 2023.

desenvolvimento de uma sociedade justa, democrática, com o exercício dos plenos Direitos Humanos⁷⁷.

Dessa forma, existe ampla fundamentação para inferir a importância de uma formação jurídica capaz de se basear nesses preceitos fundamentais, ou seja, para tornar o ensino jurídico, parafraseando a série de cadernos pedagógicos do MEC, uma educação não apenas de Direitos Humanos, mas para os Direitos Humanos.

Os Direitos Humanos possuem uma influência significativa no ensino jurídico. Quando analisamos a formação tradicional do jurista no país, o ensino-aprendizagem inclui uma série de disciplinas teóricas e práticas obrigatórias e optativas relacionadas à Ciência Jurídica, começando com um curso de graduação, geralmente com duração de cinco anos, estágios supervisionados e outras atividades extracurriculares, como palestras.

Relacionando aos Direitos Humanos, o curso geralmente inclui disciplinas específicas para o tema, e, de forma geralmente opcional, podem existir programas e projetos de pesquisa relacionados à área, o que ajuda a desenvolver habilidades práticas e adquirir conhecimento especializado. A inclusão dos Direitos Humanos de forma incisiva no ensino jurídico é importante para preparar os futuros profissionais do direito para atuar na defesa e na promoção desses direitos, aprendendo de forma satisfatória sobre os fundamentos, as violações dos Direitos Humanos e estratégias de defesa⁷⁸.

Dessa forma citamos José Afonso da Silva (2019):

A inclusão dos Direitos Humanos nos currículos dos cursos jurídicos é, hoje, uma exigência inafastável, pois o profissional do Direito deve estar preparado para atuar na defesa e promoção desses direitos fundamentais. Deve conhecer não só os fundamentos dos Direitos Humanos, mas também as violações que a eles são perpetradas e as estratégias para sua defesa⁷⁹.

77 UNESCO. Education for All Global Monitoring Report. 2020.

78 SILVA, José Afonso da. Op. Cit., 2019.

79 SILVA, José Afonso da. Op. Cit., 2019, p. 55.

Para entendermos o papel do Ensino Jurídico, é necessário entender que as bases da educação superior no Brasil podem ser encontradas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB).

Quanto a formação dos profissionais do Direito, a LDB estabelece critérios, como ser baseada em princípios éticos, garantir a formação para o exercício da cidadania e o desempenho das funções públicas, e que a formação deve, necessariamente, incluir disciplinas que abordem temas relevantes para a sociedade, como, por exemplo, Direitos Humanos.⁸⁰

Além da LDB, a Resolução nº 11/2016 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) também estabelece diretrizes para a formação continuada dos advogados no Brasil, ou seja, para o ensino jurídico, como a necessidade de inclusão de disciplinas relacionadas aos Direitos Humanos, como Direitos Humanos Internacionais, Direitos Humanos no Sistema Brasileiro, Direitos Humanos das Minorias, entre outros, e que os advogados devem estar preparados para lidar com casos relacionados aos Direitos Humanos, inclusive com violações aos Direitos Humanos, através da ciência de normas internacionais e nacionais, incentivando expressamente a promoção e defesa dos Direitos Humanos.⁸¹

Por último, as Diretrizes Curriculares Nacionais dos Cursos de Graduação em Direito, elaboradas em conjunto pelo MEC e pelo Conselho Nacional de Educação (CNE) para estabelecer as diretrizes para a formação dos estudantes de Direito no Brasil, visam garantir que os cursos ofereçam uma formação abrangente, com base em princípios éticos, conhecimento dos Direitos Humanos e exercício da cidadania, incluindo, inclusive, número de créditos e disciplinas obrigatórias e optativas⁸²(CNE, 2023).

80 BRASIL. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB). Brasília, DF: Senado Federal, 1996.

81 CFOAB. Resolução nº 11/2016 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. 2016.

82 CNE. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Diretrizes Curriculares Nacionais dos Cursos de Graduação em Direito. 2023.

Esse conjunto normativo é o responsável por guiar a formação jurídica no país. Diante disso, vendo que os Direitos Humanos são parte integral do Ensino Jurídico, tendo suas bases inseridas obrigatoriamente na formação dos profissionais do direito diante deste arcabouço normativo.

2.2 O Ensino Jurídico, suas bases e as Metodologias Ativas

Aqui, diante de toda esta fundamentação teórica, repete-se a pergunta-problema desta investigação: podem as metodologias ativas e inovadoras ajudar a formação de profissionais do Direito a contribuir com a promoção dos Direitos Humanos na sociedade?

Como se apresentam, as leis e diretrizes regentes do ensino jurídico, quais seja, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), as Diretrizes Curriculares Nacionais dos Cursos de Graduação em Direito (CNE, 2023) e a Resolução nº 11/2026 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), não fazem menção específica às metodologias ativas e inovadoras no ensino jurídico pátrio.

As metodologias ativas entraram em evidência no país principalmente durante e após a pandemia do COVID-19. O ensino precisou se adaptar em Ambientes Virtuais de Aprendizagem durante o ensino remoto em decorrência da calamidade pública gerada pela pandemia.⁸³

Desta forma, também entraram em evidência as metodologias ativas, que são abordagens pedagógicas que tem o objetivo de envolver os estudantes de forma ativa no processo de aprendizado, com reflexão crítica, resolução de problemas e trabalho em equipe, distanciando-se das metodologias tradicionais de ensino que permeiam o ensino jurídico, dependentes, principalmente, da exposição passiva de conteúdo e memorização.⁸⁴

83 BURCI, Taissa Vieira Lozano. SANTOS, Ana Paula de Souza. MERTZIG, Patrícia Lakshmi Leite. MENDONÇA, Camila Tecla Morteau. Ambientes Virtuais de Aprendizagem: a contribuição da Educação a Distância para o ensino remoto de emergência em tempos de pandemia. Em TEIA – Revista de Educação Matemática e Tecnológica Iberoamericana. Volume 11, 2020.

84 BACICH, Lilian. MORAN, José. Metodologias ativas para uma educação inovadora: uma abordagem teórico-prática [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Penso, 2018.

Alguns exemplos de metodologias ativas e inovadoras incluem a aprendizagem baseada em projetos reais para o desenvolvimento de habilidades práticas e aplicação do conhecimento adquirido em contextos da vida real, a aprendizagem baseada em problemas reais ou simulados, a aprendizagem baseada em jogos e a aprendizagem colaborativa.⁸⁵

Como são metodologias consideradas eficazes no desenvolvimento de habilidades, não é difícil, portanto, imaginar como a formação jurídica tradicional pode se beneficiar de uma mudança da visão tradicional para uma baseada nas metodologias ativas, principalmente na ótica da promoção dos Direitos Humanos na sociedade, através do incentivo de que os estudantes de direito participem ativamente de projetos, problemas e casos de Direitos Humanos na vida real.

A formação do estudante da área jurídica não pode ficar presa aos aspectos tradicionais do ensino, principalmente diante de mudanças tecnológicas, continuando com o foco apenas, na doutrina, na jurisprudência e na norma, mas se preparando para poder solucionar problemas complexos, o que exige a transformação da sala de aula em um “espaço de treinamento para a vida profissional”⁸⁶.

Oliveira e Goretta (2020) assim discorrem sobre o tema:

Praticar um ensino jurídico participativo no cenário brasileiro provoca não apenas mudanças para as pessoas envolvidas diretamente – discentes, docentes e instituição de ensino –, mas é um efeito que ecoa em todo o mercado jurídico, em outros cursos de Direito e na sociedade. Se o mercado e as profissões jurídicas estão mudando, o ensino do Direito deve se transformar também; afinal, não há como pretender um egresso nem uma sociedade diferente se mantivermos a mesma maneira de ensinar. E para isso, instituições de ensino e o corpo docente

85 BACICH, Lilian. MORAN, José. Metodologias ativas para uma educação inovadora: uma abordagem teórico-prática [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Penso, 2018.

86 Castro *et al.*, 2021, p.02.

também precisam mudar; mas, não estamos falando de qualquer mudança, da mera escolha de um método ou outro, nem mesmo de escolher nomes diferentes para o que estivemos fazendo em sala de aula nas últimas décadas. Trata-se de alterar profundamente o desenho de curso, o lugar que os discentes ocupam no processo de ensino, os objetivos de aprendizagem, qualificando o ensino jurídico para esse mundo disruptivo e cada vez mais tecnológico que estamos vivendo.⁸⁷

A alteração profunda do desenho dos cursos jurídicos, mudando o lugar dos discentes, o processo de ensino e os objetivos de aprendizagem, buscando qualificar os operadores para um mundo cada vez mais disruptivo e tecnológico, é um objetivo que se emparelha com a aplicação das metodologias ativas, uma vez que existe uma mudança no protagonismo na sala de aula, que sai do professor, de forma expositiva, para o aluno, com todo seu protagonismo.

Essa mudança no protagonismo acontece a partir da percepção dos futuros profissionais como seres autônomos, que devem decidir quando, como e por que motivar aplicar os conhecimentos adquiridos à sua realidade, e o ensino jurídico deve gerar essa reflexão e autocrítica, deixando apenas de transmitir conteúdos para alteração sua visão sobre a docência e o saber, podendo as metodologias ativas serem utilizadas para um ensino jurídico inovador⁸⁸.

Segundo Castro *et al.* (2021), a educação da complexidade se centraliza na produção e na problematização dos conhecimentos e saberes articulados com a tecnologia, a ciência e a sociedade em diálogo, sendo um dos desafios enfrentados pelo docente à incorporação de novas tecnologias e a solidificação de métodos de aprendizagem que conduzam o estudante ao

87 Metodologias Ativas de Aprendizagem para o Curso de Direito / Organizadores Juliana Ferrari de Oliveira; Ricardo Goretti Santos -- Vitória : FDV Publicações, 2020.

88 Metodologias Ativas de Aprendizagem para o Curso de Direito / Organizadores Juliana Ferrari de Oliveira; Ricardo Goretti Santos -- Vitória : FDV Publicações, 2020, p. 14.

trabalho ativo e autônomo, saindo da aula expositiva para o intercâmbio de idéias⁸⁹.

Este é justamente o ponto forte das metodologias ativas, que buscam trocar a transmissão de conhecimento meramente expositiva para uma abordagem com maior protagonismo do aluno.

Segundo Castro *et al.* (2021):

A Metodologia Ativa tem uma concepção de educação crítico-reflexiva com base no estímulo do processo ensino-aprendizagem, ensinando o aluno a ser protagonista do seu próprio aprendizado, de forma que ele busque a informação e a modifique através de um processo de reflexão e crítica. Este processo é resultado de um envolvimento do discente na busca pelo conhecimento, bem como do docente, na atividade criativa de estimular esta busca.⁹⁰

A abordagem crítico-reflexiva das metodologias ativas é extremamente compatível com a formação jurídica, visto que a atuação do graduado em direito, mesmo quando não ativamente participando da advocacia, mas em outras áreas correlacionadas, como o serviço público, requer um envolvimento ativo na busca pelo conhecimento e considerável capacidade de solução de problemas complexos, que não são bem trabalhados por uma abordagem tradicional do ensino, de forma expositiva e não-centrada no aluno.

2.3 Uma análise das experiências existentes

Sob essa perspectiva, já existem experiências que mostram como essas metodologias podem ser aplicadas à formação do operador de direito. A utilização da aprendizagem baseada em problemas nas disciplinas de “In-

89 *Idem*, p.04.

90 Castro *et al.*, *op. cit.* p. 04.

trodução ao Estudo do Direito” e “Obrigações e Responsabilidade Civil” apresentaram resultados satisfatórios, com desafios e dificuldades que fazem parte do processo de ensino aprendizagem, superadas através do engajamento pelos professores e alunos, conforme relatado por Castro *et al.* (2021)⁹¹.

As ações foram desenvolvidas durante o semestre 2021.1 e foi possível perceber o engajamento do aluno com a aplicação da metodologia ativa, pois foi possível desenvolver habilidades e competências que lhe serão exigidas na atuação profissional. A aprendizagem baseada em problemas permitiu ao aluno desenvolver o raciocínio jurídico de forma mais consistente, compreendendo o assunto à luz de situações que, embora hipotéticas, demonstravam a aplicabilidade da lei, doutrina e jurisprudência. As técnicas utilizadas em conjunto com a PBL desenvolveram a capacidade criativa e de escrita dos alunos, estimulando-os a exercitar a argumentação e fundamentação de seus posicionamentos, uma vez que o material produzido a partir da metodologia aplicada seria utilizado também por outros discentes. A dificuldade de articular legislação, doutrina e jurisprudência para solução de um caso concreto foi sendo superada a cada aula, o que era perceptível diante do tempo utilizado para realizar as atividades propostas. Neste aspecto, a aprendizagem baseada em problemas foi essencial para que os alunos compreendessem melhor os textos jurídicos que aplicariam.⁹²

A metodologia foi aplicada a partir da introdução de uma situação-problema com caso concreto no início das aulas, em conjunto com fórum, painel integrado, discussão circular e júri pedagógico, com a resolução do problema de forma crítica e autônoma pelos alunos após a indicação da técnica a ser aplicada⁹³.

91 Castro *et al.*, *op. cit.* p. 04.

92 *Idem*, p. 05.

93 *Idem*, p. 04-05.

Em outro relato, de Feferbaum & Lima (2020), relatou-se a experiência com a aplicação da teoria do ensino experiencial, ou aprendizagem experimental de Kolb, propondo-se uma nova disciplina para a graduação de Direito da FGV-SP, chamada de “Laboratório de Tecnologia - LabTech”, com o objetivo de aproximar os alunos de direito do vocabulário tecnológico e com a elaboração de um projeto inovador de automação de documentos jurídicos.⁹⁴

Realizada a análise dos relatos de aprendizagem ao fim do semestre para verificar os resultados da abordagem com a utilização do ensino experiencial, constatou-se também o benefício da utilização do método, principalmente diante da promoção de competências necessárias aos profissionais de Direito nos tempos tecnológicos atuais e do trabalho colaborativo em equipe⁹⁵, que também são fatores presentes nas metodologias ativas, o que nos leva a inferir que a adoção dessas metodologias terão também efeitos benéficos na formação jurídica.

Outras experiências quanto às metodologias ativas no ensino jurídico são: uma simulação do processo judicial eletrônico no direito das sucessões através da produção colaborativa de um processo de inventário⁹⁶, que diante da necessidade de conciliar o estudo das “normas materiais e processuais de Direito das Sucessões, a simulação de um processo judicial de inventário apresentou-se como estratégia adequada, possibilitando a integração de teoria e prática, de forma contextualizada e global.”⁹⁷, uma abordagem filosófica do dever em Aristóteles, Cícero e Kant com a utilização da metodologia ativa da sala de aula invertida⁹⁸ que se mostrou positiva sob diversos aspectos didáticos importantes, como um ambiente de articulação

94 Feferbaum & Lima, 2020, p. 148.

95 *Idem, Ibidem.*

96 Oliveira e Goretti, *op. cit.*, p. 17-38.

97 *Idem*, p.37.

98 *Idem*, p. 63-75.

de saberes para maior compreensão de sua realidade⁹⁹, um processo civil simulado¹⁰⁰, sustentação oral simulada¹⁰¹ e um Laboratório de Ensino e Aprendizagem em Direito (LEAD), instituído pela Fundação de Direito de Vitória (FDV), uma ideia inovadora que surgiu da percepção da “necessidade de inserir os estudantes no processo de construção das atividades pedagógicas do seu próprio curso.”¹⁰², com ênfase na participação do aluno e seu protagonismo.

2.4 Resultados e Discussão

Como visto, os Direitos Humanos são um conjunto de direitos fundamentais, garantidos à todos, independentemente de qualquer condição, e a promoção desses direitos vem se tornando um desafio para a sociedade, principalmente diante do desconhecimento e da ignorância da importância destes direitos. Como demonstrado através da história das Constituições de nossa pátria, períodos de avanço nos Direitos Humanos já antecederam outros períodos de grande retrocesso, e nada impede que a sociedade possa repetir os mesmos erros.

Dessa forma, a maneira mais eficiente é fomentar ativamente a promoção dos Direitos Humanos, desde a educação inicial até o ensino superior, e, mais especificamente na hipótese concreta desta análise, dentro do próprio ensino jurídico, que será o responsável por preparar os operadores do direito para atuar, de maneira profissional e cívica, dentro de casos de Direitos Humanos.

É inegável que a importância da educação para o desenvolvimento humano é algo amplamente aceito e discutido pela literatura acadêmica. Também é inegável que a educação desempenha um papel essencial na

99 *Idem*, p.75.

100 *Idem*, p. 169-173.

101 *Idem*, p. 205-216.

102 Oliveira e Goretti, *op. cit.* p. 259.

aquisição de habilidades, conhecimentos e valores essenciais para a vida justa, democrática e igualitária em sociedade, objetivando a construção de comunidades saudáveis e pacíficas. Diante desta importância, existe o reconhecimento de que os profissionais do Direito, diante de sua atuação profissional, desempenham um papel fundamental na promoção dos Direitos Humanos.

Afinal, serão eles os responsáveis pela interpretação e aplicação das leis. Um operador do direito que desconhece ou ignora a importância dos Direitos Humanos será incapaz de atuar para garantir a equidade e justiça para todos.

Dessa forma e diante das mudanças disruptivas e tecnológicas que estão a cada dia mais presentes na sociedade, os modelos e princípios metodológicos aplicados ao ensino jurídico vem sendo e devem continuar a ser revisados, e neste sentido devem ser feitos esforços para alinhar estas inovações metodológicas com a promoção dos Direitos Humanos, criando também no ensino jurídico “a educação como um direito e para os Direitos Humanos.”¹⁰³

Diante dessa necessidade, o modelo tradicional do ensino jurídico no país, centrado na transmissão do conhecimento de forma expositiva, vem sofrendo mudanças e inovações. Embora foram citadas no corpo deste artigo diversas experiências, ainda não tivemos exemplos específicos voltados para a promoção dos Direitos Humanos.

No entanto, diante da pesquisa encontrada, as possíveis inovações, como a utilização das metodologias ativas como a aprendizagem baseada em projetos, que possuem diversos benefícios claros, também podem ser utilizadas ao se abordar a promoção do tema “Direitos Humanos”, visando uma formação mais prática e engajada dos profissionais do Direito.

103 MEC. Direitos Humanos em Educação. Série Cadernos Pedagógicos. Brasília, DF: MEC, 2023.

Essas práticas inovadoras podem e devem ser utilizadas para contribuir com a criação de uma sociedade mais justa e igualitária, seja através da utilização de abordagens interdisciplinares junto à outras áreas do conhecimento, ou do engajamento prático e ativo dos operadores de direito com as situações práticas do dia a dia que se relacionam com os Direitos Humanos.

A inclusão dos Direitos Humanos no currículo do ensino jurídico foi e continuará sendo importante para preparar os futuros profissionais do direito, tanto para atuar na defesa e na promoção desses direitos, quanto para poderem lidar de forma satisfatória com resoluções de conflitos mediante violações dos Direitos Humanos.

É neste ponto que as metodologias ativas e inovadoras podem ajudar a formação de profissionais do Direito a contribuir com a promoção dos Direitos Humanos na sociedade. As metodologias ativas são capazes de envolver os estudantes de forma ativa no processo de aprendizado, com reflexão crítica, resolução de problemas e trabalho em equipe, evitando a exposição passiva de conteúdo e memorização.

A participação ativa dos discentes em projetos, problemas e casos de Direitos Humanos na vida real podem ajudar a solucionar problemas complexos, diante da transformação da sala de aula em um espaço de treinamento para a vida profissional, conforme citado por Castro et al (2021).

Sob essa perspectiva, podemos facilmente identificar que as experiências já existentes, que mostram como essas metodologias podem ser aplicadas à formação jurídica, como, por exemplo, a utilização da aprendizagem baseada em problemas nas disciplinas de “Introdução ao Estudo do Direito” e “Obrigações e Responsabilidade Civil” pela LEAD-FDV, aplicadas a partir da introdução de uma situação-problema com caso concreto no início das aulas, em conjunto com fórum, painel integrado, discussão circular e júri pedagógico, também são facilmente adaptadas ao estudo dos Direitos Humanos, e portanto apresentam os mesmos benefícios em potencial.

Da mesma forma também são compatíveis os demais métodos utilizados nas experiências citadas como exemplo, como a simulação eletrônica de um processo colaborativo de inventário e a utilização da metodologia de sala de aula invertida.

Assim, passamos às considerações finais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que o objeto de estudo deste artigo foi a formação de operadores do Direito e sua relação com a promoção dos Direitos Humanos na sociedade, sob uma ótica da aplicação das metodologias ativas e inovadoras, e visando uma análise de como as metodologias ativas e outras formas de inovação podem contribuir para o ensino e a ciência jurídica para permitir a atuação destes indivíduos de forma mais eficaz na promoção dos Direitos Humanos, foram expostas diversas experiências capazes de auxiliar nesta resposta.

Diante da pergunta: podem as metodologias ativas e inovadoras podem ajudar a formação de profissionais do Direito a contribuir com a promoção dos Direitos Humanos na sociedade?

A resposta não pode ser outra que não positiva. As metodologias ativas colocam os alunos no centro do protagonismo, buscando autonomia e engajamento, o que inevitavelmente contribui para os benefícios de sua utilização, principalmente quando alicerçada em atividades práticas, como a aprendizagem baseada em problemas.

Apesar de ainda não serem amplamente implementadas, o crescimento da utilização de Metodologias ativas no ensino jurídico tende a continuar diante da apresentação de bons resultados, e estas vantagens podem e devem ser utilizadas para direcionar o ensino jurídico para a construção de modelos que ativamente incentivem a promoção dos Direitos Humanos na sociedade, principalmente diante do papel essencial do operador do direito e de sua atuação direta nos casos de Direitos Humanos.

Diante dos resultados encontrados, podemos afirmar que esta pesquisa científica realizou seu objetivo geral e todos os objetivos específicos que se propôs a investigar, como identificar as metodologias ativas e inovadoras de ensino e aprendizagem que podem contribuir para a formação de profissionais do Direito e para a promoção dos Direitos Humanos, analisar a relação entre a formação de profissionais do Direito e os Direitos Humanos e estudar casos e experiências para identificar boas práticas, benefícios e desafios no ensino jurídico para a promoção dos Direitos Humanos, embora, devido à extensão do debate em tela, e diante do escopo deste trabalho, seja impossível exaurir todas as questões aqui apresentadas, servindo também de arcabouço teórico para novos trabalhos científicos neste tema tão importante para a sociedade atual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANS. **Manual de Ouvidoria da Saúde Suplementar**. Agência Nacional de Saúde Suplementar. ANS, agosto, 2013.

BACICH, Lilian. MORAN, José. **Metodologias ativas para uma educação inovadora: uma abordagem teórico-prática [recurso eletrônico]**. Porto Alegre: Penso, 2018.

BURCI, Taissa Vieira Lozano. SANTOS, Ana Paula de Souza. MERTZIG, Patricia Lakchmi Leite. MENDONÇA, Camila Tecla Morteau. **Ambientes Virtuais de Aprendizagem: a contribuição da Educação a Distância para o ensino remoto de emergência em tempos de pandemia**. Em TEIA – Revista de Educação Matemática e Tecnológica Iberoamericana. Volume 11, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB)**. Brasília, DF: Senado Federal, 1996.

CASTRO, Eveline Lima de. SOUZA, Letícia Neves. BARRETO, Raquel Figueiredo. **A aplicação da metodologia ativa da aprendizagem baseada em problemas face a necessidade de adequação da estrutura educacional nas disciplinas do curso de direito.** VI Congresso sobre as tecnologias na educação. 2021.

Cervo, A. L., & Bervian, P. A. (2002). **Metodologia científica.** São Paulo: Prentice Hall.

CFOAB. **Resolução nº 11/2016 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.** 2016.

CNE. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. **Diretrizes Curriculares Nacionais dos Cursos de Graduação em Direito.** 2023. Disponível em: <http://www.cne.gov.br/diretrizes-curriculares/diretrizes-curriculares-dos-cursos-de-graduacao-em-direito/>. Acesso em: 03/01.2023.

FEFERBAUM, Marina. LIMA, Stephane H. B. **Formação jurídica e novas tecnologias: relato de uma aprendizagem experiencial em Direito.** R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 18, n. 28, p. 145-162, maio/ago. 2020.

Gil, A. C. (2019). **Métodos e técnicas de pesquisa social** (7. ed.). São Paulo: Atlas.

MEC. **Direitos Humanos em Educação. Série Cadernos Pedagógicos.** Brasília, DF: MEC, 2023.

OLIVEIRA, Juliana Ferrari de. SANTOS, Ricardo Goretti. **Metodologias Ativas de Aprendizagem para o Curso de Direito** / Organizadores Juliana Ferrari de Oliveira; Ricardo Goretti Santos -- Vitória : FDV Publicações, 2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Último Acesso em: 06/09/2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

UNESCO. **Education for All Global Monitoring Report**. 2020. Disponível em: <https://em.unesco.org/themes/educativo-2030/efareport>. Acesso em 03/01/2023.

CAPÍTULO XVII

O GARIMPO ILEGAL E O EXTERMÍNIO DOS POVOS INDÍGENAS YANOMAMI

Maria Clara Fernandes Silva¹⁰⁴

RESUMO

A partir de 2018, observou-se uma intensificação da violência contra os povos Yanomami em Rondônia, devido à exploração de minério na região. Em 2019, havia aproximadamente 20 mil garimpeiros ilegais na TI Yanomami. Já em 2021, foram registrados 176 assassinatos em 2021. Atualmente, os povos Yanomami são uns dos mais atingidos pela mineração ilegal, tendo havido o aumento de violências contra seus líderes e suas comunidades. Nessa perspectiva, o presente trabalho busca responder à problemática: o garimpo ilegal nos territórios dos Yanomami tem ocasionado o genocídio desses povos? Assim, o objetivo geral é analisar de que forma o garimpo ilegal ameaça as vidas dos Yanomami ao ponto de se tornar uma ameaça de genocídio. Para tanto, serão estudados os mecanismos internacionais e nacionais de proteção desses povos e a violência em torno destes a partir de uma perspectiva pós-colonial dos Direitos Humanos. A análise será realizada por meio do método dedutivo, da pesquisa descritiva de natureza qualitativa, bem como por meio de técnicas de pesquisa bibliográfica e

104 Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

documental. Como conclusão preliminar, constata-se que o avanço do garimpo ilegal tem ocasionado o extermínio dos Yanomami, sobretudo em razão da inércia do Estado para conter as graves violações de direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Mineração ilegal. Genocídio.

1 INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, consolidou-se uma nova perspectiva mundial no que concerne à proteção do ser humano, sobretudo diante das atrocidades cometidas pela Alemanha Nazista, culminando na criação da Organização das Nações Unidas, sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, como o Sistema Interamericano, e, conseqüentemente, na elaboração de importantes tratados e declarações, com o objetivo de proteger as pessoas sujeitas à jurisdição de determinado Estado, dando-se especial destaque à Declaração Internacional de Direitos Humanos.

A nível nacional, a Constituição da República de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito, fundado no princípio da supremacia popular – incorporação de todo o povo na tomada de decisões e participação deste nos rendimentos de produção –, visando a preservação da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio norteador do ordenamento jurídico pátrio, em reação à ditadura militar e ao positivismo jurídico estritamente legal e, por vezes, desumano.

Em que pese a Ditadura tenha ficado para trás, o desrespeito aos direitos humanos ainda persiste nas sociedades contemporâneas, em governos até mesmo dito democráticos.

Tanto é que, quanto às terras indígenas, destaca-se que estas não são, de fato, propriedade dos indígenas, tampouco fazem parte das terras devolutas e desabitadas do Estado. Em verdade, são bens da União, exclusivamente destinados ao usufruto dos povos, de acordo com o que está

explicitado no artigo 231 da Constituição da República. Apesar disso, têm sido continuamente desrespeitadas, desviadas de seu propósito, uma vez que são enxergadas – principalmente pelos setores de mineração e do agro-negócio – por viés puramente funcional e econômico.

2 DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDÍGENAS

O Direito Internacional dos Direitos Humanos e todo o arcabouço normativo internacional de preservação desses direitos é fruto de inúmeras lutas históricas e da formalização de documentos internacionais protetivos, a fim de garantir amparo integral a qualquer indivíduo, independentemente da sua nacionalidade.

Contudo, após a Segunda Guerra Mundial, principalmente diante das atrocidades cometidas pelo Terceiro Reich na Alemanha, a pauta dos direitos humanos passou a ser maior prioridade nas mais diversas sociedades e a estruturação de um arcabouço normativo de proteção a esses direitos passou a ser uma necessidade latente, principalmente para evitar que tamanhas barbaridades viessem a ocorrer novamente.

Nesse contexto, o nascimento da Organização das Nações Unidas foi, na visão de muitos estudiosos, o verdadeiro pontapé do processo de internacionalização dos direitos humanos e da consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos como ramo autônomo do direito internacional público. Assim, a ONU passou a ser parâmetro para o chamado sistema global de proteção, dotado tanto de um caráter geral – como o que representa o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos –, quanto de um caráter específico, vide as convenções internacionais de combate à tortura, à discriminação racial e contra as mulheres, entre outros (PIOVESAN, 2000, p. 93-94).

Não só isso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos possui todo um nexos de racionalidade que é diametralmente oposto àquele do

direito internacional clássico – o “westfaliano” –, que apenas atentava para posição dos Estados no espaço global no tocante aos seus cidadãos, de acordo com a soberania de cada um. Passou-se a haver, então, considerando a crescente interdependência entre os Estados, a concepção do ser humano como sujeito de direitos internacionais. Outrossim, também foi imprescindível a criação do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, consolidados em 1966.

Quanto ao processo de reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos de direitos no âmbito internacional, tem-se que este possibilita que os próprios grupos étnicos ou agências da sociedade civil produzam denúncias de violações de direitos humanos por parte dos Estados, resultando em novos espaços de disputa (LÔBO, p. 165-166, 2021). Assim, o protagonismo dos povos indígenas no plano internacional possibilitou a criação de alguns fóruns multilaterais para o monitoramento do cumprimento desses direitos.

Como exemplo, tem-se o Fórum Permanente sobre assuntos indígenas, no âmbito da ONU, em maio de 2012; a adoção da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre povos indígenas e tribais em 1989, bem como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas em 2007 (SCHETTINI, 2012 *apud* LÔBO, p.166, 2021).

Em 1971, a CIDH, ao interpretar a Declaração Americana de Direitos Humanos (1948), sobre o direito a igualdade perante a lei, considerando os atos discriminatórios sofridos por esses grupos étnicos, “demonstrou especial interesse pelas violações de direitos humanos sofridas pelas comunidades indígenas, reputando aos Estados o dever de protegê-las” (LÔBO, p. 166, 2021).

Aliado a isso, os arcabouços constitucionais de alguns países vieram a apresentar uma linguagem composta de termos recheados de uma carga axiológica que exige a proteção da dignidade da pessoa humana (BOR-

GES, 2016, p. 117). Nesse viés, a própria Constituição brasileira de 1988 prevê em seu artigo 1º, III a configuração do Estado Democrático de Direito fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, dentre outros (BRASIL, 1988).

Isso, porque o Estado de Direito não garantia a igualdade e a proteção necessárias e inerentes à condição humana, na vida em sociedade e em relação à sua participação nas atividades estatais, apenas assegurando o alcance legal a todos, sem qualquer distinção. Assim, “o Estado de Direito somente garantia a igualdade formal, estabelecendo regras iguais para todos, mas não dando iguais meios para que estes alcançassem a igualdade” (MAGALHÃES, 2016, p. 106).

Nessa perspectiva, Flávia Piovesan (2016, p. 96) afirma que:

Após o longo período de vinte e um anos de regime militar ditatorial que perdurou de 1964 a 1985 no País, deflagrou-se o processo de democratização no Brasil. Ainda que esse processo tenha se iniciado, originariamente, pela liberalização política do próprio regime autoritário – em face de dificuldades em solucionar problemas internos –, as forças de oposição da sociedade civil se beneficiaram do processo de abertura, fortalecendo-se mediante formas de organização, mobilização e articulação, que permitiram importantes conquistas sociais e políticas.

Assim, a passagem para o regime democrático, paulatinamente, proporcionou o fortalecimento da voz da sociedade civil em detrimento do controle militar. Ademais, demandou a positivação de uma nova ordem, que pudesse reformar o código político-social. Desse modo, observou-se o processo jurídico de promulgação de uma nova ordem constitucional, pelo qual nasceu a Constituição Federativa de 1988 (PIOVESAN, 2016, p. 96).

A partir desse momento, instaurou-se, no Brasil, o Estado Democrático de Direito, dentro do qual se consolidaram as garantias e direitos fundamentais e a proteção de setores vulneráveis da sociedade. Assim, tem-se

a formação de um amplo arcabouço normativo e axiológico, no qual a dignidade da pessoa humana figura como o cerne de todo o ordenamento – tal relevância situa a “Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil” (PIOVESAN, 2016, p. 96-97).

Considerada uma das Constituições brasileiras mais avançadas no que tange aos direitos humanos, a de 1988 prevê a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, aliada ao desenvolvimento nacional, à erradicação da pobreza e marginalização – sem os quais não poderia haver a redução das desigualdades sociais e regionais em prol da promoção do bem de todos –, sem qualquer discriminação, enquanto objetivos fundamentais do Estado brasileiro (PIOVESAN, 2016, p. 99).

Nesse contexto, é possível observar a reaproximação entre ética e direito, reforçando o poder normativo dos princípios. Insere-se, aqui, as ideias de moralidade, dignidade, direito cosmopolita e paz perpétua do pensamento kantiano, de modo que a dignidade da pessoa humana se situa num cenário intimamente relacionado com o entendimento de que as pessoas devem existir como um fim em si mesmo, jamais como um meio a ser usado para atender interesses particulares alheios e arbitrários. Assim, a dignidade da pessoa humana, além de figurar como cerne de todo o ordenamento, é o “ponto de partida e seu ponto de chegada, para a hermenêutica constitucional contemporânea” (PIOVESAN, 2016, p. 102-103).

Ademais, com a redemocratização do país após a Ditadura Militar, a Constituição de 1988 incorporou reivindicações históricas das lutas indígenas e se mostrou sensível à necessidade de assegurar um modo de vida social condizente com os anseios dos povos indígenas, reconhecendo direitos e garantias, promovendo o direito destes de permanecer com sua cultura, respeitando a diversidade cultural, invertendo o que se tinha como padrão nas legislações e Constituições anteriores (SOUZA FILHO, 2013, *apud* DIAS, p. 494, 2018).

No sentido de inclusão dos povos indígenas e de reconhecimento da diferença, a Constituição de 1988 reservou-se um capítulo próprio para os povos indígenas e apregoou no artigo 231, o que segue: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições [...]” (BRASIL, 1988).

Entretanto, segundo Ana Valéria Araújo (2014, p. 247), tal como se observa em muitas democracias ainda emergentes, o fim da ditadura não foi determinante para que houvesse um fim nas violações de direitos humanos que afetam, precipuamente, setores mais vulneráveis da sociedade. Na verdade, esses grupos minoritários e marginalizados jamais foram efetivamente reconhecidos na prática como sujeitos de direitos – sendo, portanto, invisíveis aos olhos de uma parcela privilegiada da população. O Poder Público, inclusive, não tem operacionalizado políticas públicas efetivas ao combate às violações de direitos humanos.

Ademais, outro aspecto que permeia essa desigualdade estrutural e institucionalizada é a cultura corporativista e patrimonialista dos nossos agentes operadores da lei, os quais aparentam estarem mais preocupados com a satisfação de seus próprios interesses e privilégios do que em realizar a missão a que se destinam as instituições que representam (VIEIRA, 2014 *apud* ARAUJO, 2014, p. 82).

3 A VIOLÊNCIA CONTRA OS POVOS YANOMAMI

Especificamente em relação à violência contra os povos indígenas Yanomami não é de hoje. De acordo com Relatório Técnico produzido pelo Conselho Indigenista Missionário (Cimi), Roraima foi palco do “Massacre do Haximu” em 1993, no qual dezenove indígenas Yanomami foram assassinados por garimpeiros que adentraram em suas terras ilegalmente para extrair ouro (CIMI, p. 9, 2020).

Atualmente, a tese do chamado Marco Temporal de demarcação das terras indígenas tem sido aplicada em diversas decisões judiciais dos tribunais federais, para anular a demarcação de territórios indígenas, sob a justificativa de que não havia grupos indígenas em determinada área reivindicada na ocasião da promulgação da Constituição da República de 1988 (CIMI, p. 12, 2019).

Nesse sentido, a falta de dinamismo das políticas da Funai, bem como os escassos recursos financeiros, contribui para a baixa eficácia de proteção dos indígenas isolados e para a retirada de pontos de apoio étnicos e ambientais nas terras Yanomami. Consequentemente, observou-se o aumento da presença de pescadores, madeireiros e garimpeiros ilegais em seus territórios (CIMI, p. 12, 2019).

O Conselho Indigenista Missionário (Cimi) – que trabalha com organizações indígenas, comunidades, missionárias e missionários atuantes nas aldeias indígenas, além de notícias obtidas na imprensa – lançou, em 2019, o relatório intitulado “Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil”, com dados de 2018. De acordo com o relatório, algumas terras indígenas, estejam elas demarcadas ou não, se encontram invadidas, depredadas e devastadas (CIMI, p. 12, 2019). Ademais, foi relatado que, em 2018, o desmatamento das florestas das terras indígenas ocorreu de forma sem precedentes e, especificamente em relação às terras dos povos Yanomami, há o registro de milhares de pessoas explorando ouro nessas regiões (CIMI, p. 13, 2019).

Como argumentação utilizada pelos que defendem a exploração das terras indígenas, são facilmente encontradas, ainda de acordo com o citado relatório, justificativas nitidamente discriminatórias, no sentido de que os povos indígenas possuem culturas arcaicas, não sabem se desenvolver economicamente, de modo que também não contribuem para a economia do país (CIMI, p. 13, 2019).

Outrossim, foi intensificado também, em 2018, o loteamento de terras para pessoas particulares, ou seja, fortalecendo a grilagem das terras indíge-

nas – que antes já ocorriam intensamente no Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Goiás, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul – em Rondônia, Pará e Maranhão (CIMI, p. 13-14, 2019). Não só isso, as políticas anti-indigenistas causaram o aumento de assassinatos, sobretudo em Roraima e no Mato Grosso do Sul, além de, nesse último Estado, ter sido observado um aumento nos casos de suicídio. Dessa maneira, é evidente a violação aos direitos humanos dos povos indígenas, além das transgressões ambientais, sociais, culturais, econômicas e políticas.

Segundo o relatório, existem ainda 40,93% das terras sem providências administrativas adotadas pela União para regularizá-las, 12,56% a serem identificadas pela Fundação Nacional do Índio (Funai), 4,81% aguardando homologação, 1,09% homologadas e apenas 31,63% de fato registradas, conforme se observa no quadro abaixo – elaborado a partir de fontes obtidas pelo Conselho Indigenista Missionário, por comunidades indígenas e pela Funai (CIMI, p. 36, 2019).

Em 2018, o Cimi registrou 111 casos de invasão ilegal de propriedade, para fins de realização do garimpo ilegal envolvendo os Estado do Acre, Alagoas, Amazonas, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraná, Pernambuco, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, Tocantins e Rio Grande do Sul – sendo a maior incidência no Pará, com 24 casos, e em Rondônia, com 17 casos (CIMI, p. 56, 2019).

Dentre as invasões mais comuns das terras indígenas, os tipos que mais aconteceram foram:

Arrendamento e loteamento de terras indígenas; invasões; desmatamento; destruição de patrimônio; exploração ilegal de recursos naturais; garimpo de ouro e diamantes; contaminação de rios; queimadas e incêndios; caça e pesca ilegal; e contaminação por agrotóxicos e metais pesados, dentre outras ações criminosas que incluem a abertura de rotas para o tráfico de drogas (CIMI, p. 56, 2019).

Especificamente no que tange às TI Yanomami, tem-se que, em Roraima, foi descoberta, em fevereiro de 2018, a exploração ilegal de minérios no “Garimpo do Mutum”, local em que foram apreendidos diversos equipamentos, motor de popa, motosserra, armas de fogo, facões, arpão, geradores, um rádio, aparelhos de som, roupas de mergulho e bebida alcoólica, tudo durante a Operação Escudo, executada pelo Exército (CIMI, p. 68, 2019).

Já em maio de 2018, durante a Operação Curaretinga XI, foram apreendidos, na região do Rio Uraricoera, ouro, embarcações, freezers, televisores, dragas, botijões de gás, roupas para mergulho, motores de polpa, recipientes com mercúrio e bebidas alcólicas, além de terem sido interditas pistas de pouso clandestinas e balsas. Ademais, é importante ressaltar que, devido ao garimpo ilegal nessa região, um estudo realizado pela Fiocruz constatou que os povos indígenas estão sendo contaminados com mercúrio (CIMI, p. 68, 2019).

Em seguida, em setembro de 2018, houve a destruição de mais duas pistas de pouso clandestinas e 18 aeronaves foram apreendidas, tendo sido suspensas também as licenças de voo de alguns pilotos e a atividade de três estabelecimentos comerciais. Nesse contexto, o inquérito policial instaurado apurou que uma parte do ouro extraído ilegalmente era comprada por empresas localizadas dentro do próprio Estado, enquanto outra parte era contrabandeada de maneira interestadual (CIMI, p. 68, 2019).

A intensificação das invasões nas terras indígenas prejudica os povos ocupantes dessas áreas não apenas a nível econômico, cultural e social, mas verdadeiramente violando suas integridades físicas em muitos casos. Inclusive, segundo dados obtidos pelo Conselho Indigenista Missionário, em julho de 2018, em Roraima, a organização indígena Hutukara Yanomami encaminhou uma denúncia ao Ministério Público Federal, a fim de relatar o assassinato de dois indígenas Moxihatëtëa isolados – que são pertencentes a um subgrupo Yanomami – por um grupo de garimpeiros que adentraram nas terras Yanomami ilegalmente, tendo chegado até a região da Serra da Estrutura (CIMI, p. 85, 2019).

“O aumento da invasão garimpeira na TI Yanomami, de total conhecimento das autoridades, agrava as ameaças sobre os indígenas isolados. Em outubro de 2017, o MPF-RR, constatando o avanço do garimpo na região da Serra da Estrutura, fez um alerta de ameaça de genocídio do povo isolado Moxihatëtêa e moveu uma Ação Civil Pública, com pedido de liminar, contra a União, a Funai e o estado de Roraima para que fossem tomadas as medidas necessárias ao restabelecimento das atividades permanentes nas quatro Bases de Proteção Etnoambiental (Bape) dentro da área Yanomami.” (CIMI, p. 85, 2019).

Ademais, segundo o Cimi:

Os dados de 2019 demonstram o aumento significativo das omissões do governo federal em relação às suas obrigações constitucionais no que tange aos povos indígenas. (...) Tão grave quanto essas práticas, o governo e suas estruturas de serviços – Funai, Ministério da Justiça, Ministério da Agricultura, Incra - agiram de forma incisiva para que os direitos constitucionais dos povos indígenas fossem revisados e que as terras estivessem disponibilizadas para a especulação econômica. Concomitante a essa perspectiva de governo, houve a imposição de limites assistenciais aos indígenas, determinando-se que somente seriam assistidos aqueles que não estivessem requerendo e/ou lutando por demarcação. O governo acabou por transformar o órgão indigenista oficial em uma espécie de agência reguladora de negócios dentro de terras indígenas demarcadas, firmando acordos com latifundiários. Além disso, determinou a suspensão de todos os estudos demarcatórios e mandou rever os que estavam em andamento.

Ainda em 2019, o monitoramento realizado pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE) mostrou a escalada do desmatamento ilegal na Amazônia, causado pela atividade de garimpo ilegal de ouro, sendo o povo Yanomami um dos mais afetados na região. Inclusive, esses indígenas acreditam que haja mais de vinte mil garimpeiros ilegais dentro das terras Yanomami (CIMI, p. 82, 2020).

Não só isso, um relatório parcial produzido e divulgado pela Polícia Federal em agosto de 2019 revelou a presença de uma organização criminosa exercendo o garimpo ilegal nas terras Yanomami, utilizando-se de logística aérea e terrestre, centrais de radiofonia e compra de ouro. Sobre esse contexto, convém destacar que um dos investigados já havia sido condenado à prisão pela prática do crime de genocídio em 1993, por ter participado do Massacre de Haximu, já citado em linhas anteriores (CIMI, 2020).

No ano de 2020, a situação só piorou. Segundo a Hutukara Associação Yanomami (HAY), estima-se que haja vinte mil garimpeiros ilegais nas terras Yanomami, os quais deixam suas marcas andando armados, fazendo uso de bebida alcoólica e drogas ilícitas, bem como ocasionando conflitos com os indígenas. Esse quadro levou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) a emitir medidas cautelares em favor dos povos desses territórios, uma vez “correm riscos de danos irreparáveis” (CIMI, p. 26, 2021).

Nesse mesmo ano, em Roraima, o relatório apontou o seguinte:

Segundo informações do Conselho Distrital de Saúde Indígena Yanomami e Ye'kuana (Condisi-Y), os dois jovens indígenas foram atacados no meio da floresta e mortos a tiros por garimpeiros, invasores da terra Yanomami. As vítimas estavam em um grupo de cinco indígenas, quando se depararam com dois garimpeiros próximo a uma pista clandestina para pouso de helicóptero. Ao verem os indígenas, os garimpeiros atiraram e acertaram um deles. O grupo correu, houve perseguição e, em seguida, o outro jovem foi atingido. Os indígenas que conseguiram escapar relataram que a perseguição durou cerca de uma hora. O Condisi-Y foi informado do conflito via radiofonia. Foram acionadas a Funai e a Polícia Federal, que se dirigiram à região para apurar o caso. Os corpos dos jovens permaneceram no local, onde os povos seguiram as tradições de funeral, conforme a cultura Yanomami. O MPF também foi acionado para providências (CIMI, 2021).

Já em 2021, tendo a presença de garimpeiros ilegais aumentado mais ainda nos territórios Yanomami, é importante pontuar que, em Roraima, um grupo de garimpeiros se aproximou da comunidade indígena Palimiú no mês de maio e deliberadamente iniciaram ataques a tiros contra os moradores. Muitos conseguiram fugir nessa ocasião específica, mas os ataques sistemáticos perduraram por três meses. Não só isso, de acordo com o presidente da HAY, um grupo de garimpeiros também chegou a atacar a comunidade Helepi, tendo um indígena ficado gravemente ferido por ter sido atingido com arma de fogo (CIMI, p. 91, 2022).

Além disso, o relatório destaca que:

Os ataques armados de garimpeiros a aldeias do povo Yanomami e as invasões consolidadas no território formam parte de um cenário que é composto, também, por um grande volume de requerimentos minerários incidentes sobre a TI, que tramitam na ANM e são um indicativo dos grandes interesses econômicos envolvidos na disputa pela terra indígena e na omissão do Estado em coibir as invasões. Segundo levantamento do InfoAmazônia com base em dados do projeto Amazônia Minada, existiam, em junho de 2021, mais de 500 requerimentos minerários sobrepostos à TI Yanomami, os quais cobriam 34% da terra indígena e somavam, no total, uma área 3,28 milhões de hectares, com muitos requerimentos sobrepostos entre si. A TI Yanomami concentra o maior número de pedidos registrados na ANM e mais da metade da área requerida por mineradores considerando TIs de todo o país. A área requisitada por mineradoras é maior do que a Bélgica (3 milhões de hectares) ou que o estado de Alagoas (2,7 milhões de hectares). Quase um terço de todos esses pedidos registrados buscam por ouro.

Já em março de 2021, a Justiça Federal de Roraima determinou que a União, Funai, Ibama e ICMBio passassem a retirar todos os garimpeiros invasores das terras indígenas Yanomami, sob pena de multa diária de R\$ 1 milhão, uma vez que os povos corriam o risco de sofrer genocídio caso nenhuma medida fosse tomada (CIMI, p. 134, 2022).

Diante desse cenário, convém destacar que a Lei n.º 2.889, de 1º de outubro de 1956, prevê, em seu artigo 1º, o crime de genocídio para “quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: (...) a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial (...)”

Portanto, é evidente que o avanço do garimpo ilegal nas terras Yanomami configurou-se, ao longo do tempo, como uma prática de genocídio em torno desses povos indígenas, seja por meio do ataque direto com a utilização de arma de fogo, seja pela destruição de seus lares por meio do desmatamento, por exemplo, com o objetivo de evitar e desrespeitar o direito constitucionalmente previsto da demarcação das terras indígenas, a fim de explorá-las para destinações econômicas.

4 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, observa-se que a linguagem dos direitos humanos, bem como os ideais de democracia, o Estado de Direito e a transparência compõem uma base ideológica que ajudou a impulsionar as emancipações sociais ao longo dos anos. Desse modo, é válido afirmar que os direitos humanos fizeram – e fazem – uma contribuição considerável e, inclusive, prática, na vida das pessoas cuja dignidade se viu limitada pela atuação das autoridades estatais ou, até mesmo, devido ao meio social em que vivem.

Após o longo processo de emergência dos direitos humanos, relativização do conceito de soberania estatal, consolidação de um sistema internacional de proteção – bem como dos sistemas regionais – e incorporação desses direitos à ordem interna de alguns países, observa-se, contudo, uma extrema dificuldade em operacionalizar de maneira eficaz o exercício da dignidade da pessoa humana no que tange à comunidade internacional.

Nesse sentido, enquanto é visível, em algumas sociedades, consideráveis mudanças estruturais provocadas pelo uso da linguagem dos direitos humanos, outras sociedades parecem ter estagnado, ou até regredido. Isso porque, em algumas culturas, ainda se observa o uso de outras linguagens e ideologias concorrentes que não são voltadas para o bem comum, como o fundamentalismo religioso e as formas extremas de nacionalismo – os quais se chocam com a própria lógica dos direitos humanos em diversas nuances.

Ademais, no contexto dos sistemas de proteção global e regional dos direitos humanos, conforme exposto em capítulos anteriores, embora exista todo um arcabouço normativo e axiológico de proteção, ainda persiste a dificuldade em atender de maneira eficaz as vítimas de violações de direitos humanos. A nível nacional, a previsão dos direitos dos povos indígenas como fruto do processo de redemocratização que seguiu a tendência mundial de proteção dos direitos humanos também não tem sido acompanhada de eficácia prática.

Em verdade, conforme exposto nas linhas anteriores, observa-se que o avanço do garimpo ilegal nas terras Yanomami configurou-se, ao longo do tempo, como uma prática de genocídio em torno desses povos indígenas, seja por meio do ataque direto com a utilização de arma de fogo, seja pela destruição de seus lares por meio do desmatamento, por exemplo, com o objetivo de evitar e desrespeitar o direito constitucionalmente previsto da demarcação das terras indígenas, a fim de explorá-las para destinações econômicas.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Valéria. Challenges to the sustainability of the Human Rights agenda in Brazil. In: HEYNS, Christof et al. **Sur - International Journal on Human Rights**. São Paulo: Conectas Direitos Humanos, 2014. p. 247-254.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. Lei nº 2.889, de 01 de outubro de 1956. **Lei 2.889**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2889.htm. Acesso em: 15 dez. 2022.

DIAS, Edemir Braga. A constituição de 1988 e os direitos dos povos indígenas: resistência a projetos genocidas. In: VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, 6., 2018, Ribeirão Preto. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**. Ribeirão Preto: Universidade de Ribeirão Preto, 2018. p. 488-503. Disponível em: <file:///C:/Users/maria/OneDrive/Documents/Mestrado/Direito%20Internacional%20da%20Educa%C3%A7%C3%A3o%20e%20Minorias/Artigo%20-%20viol%C3%Aancia%20contra%20os%20povos%20ind%C3%ADgenas/juvenio,+A+CONSTITUI%C3%87%C3%83O+DE+1988+E+OS+DIREITOS+DOS+POVOS+IND%C3%8DGENAS+-++RESIST%C3%8ANCIA+%C3%80+PROJETOS+GENOCIDAS.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2022.

LÔBO, Sandro Henrique Calheiros. **Mineração e Direitos Humanos**: a resistência indígena à mineração no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos. 2021. 300 f. Tese (Doutorado) - Curso de Antropologia, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/43732/1/TESE%20Sandro%20Henrique%20Calheiros%20L%c3%b4bo.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2022.

LUCIA HELENA RANGEL. Conselho Indigenista Missionário (org). **Relatório**: violência contra os povos indígenas no brasil - dados de 2018. [S.I.]: Conselho Indigenista Missionário, 2019. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2019/09/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2018.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2022.

LUCIA HELENA RANGEL. Conselho Indigenista Missionário (org.). **Relatório:** violência contra os povos indígenas no brasil - dados de 2019. [S.I.]: Conselho Indigenista Missionário, 2019. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/10/relatorio-violencia-contr-os-povos-indigenas-brasil-2019-cimi.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2022.

LUCIA HELENA RANGEL. Conselho Indigenista Missionário (org.). **Relatório:** violência contra os povos indígenas no brasil - dados de 2020. [S.I.]: Conselho Indigenista Missionário, 2019. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-violencia-povos-indigenas-2020-cimi.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2022.

LUCIA HELENA RANGEL. Conselho Indigenista Missionário (org.). **Relatório:** violência contra os povos indígenas no brasil - dados de 2021. [S.I.]: Conselho Indigenista Missionário, 2019. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2022/08/relatorio-violencia-povos-indigenas-2021-cimi.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2022.

MAGALHÃES, Julio Cesar Reccanello. **Estado de direito e o estado democrático de direito.** Disponível em: <<http://uniesp.provisorio.ws/feati/revistaeletronica/downloads/numero12/6-Estado-de-Direito.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2017.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos. In: WORKSHOP: A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O BRASIL, 1., 1999, Brasília. **Anais do Workshop.** Brasília: Superior Tribunal de Justiça e Secretaria de Estados dos Direitos Humanos, 2000. p. 87-104. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/API/issue/view/378/showToc>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

CAPÍTULO XVIII

O DESASTRE SOCIOAMBIENTAL DE MACEIÓ/ AL CAUSADO PELA EXTRAÇÃO DO SAL-GEMA E A VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO

Maryny Dyellen Barbosa Alves Brandão¹⁰⁵

RESUMO

O objetivo do trabalho foi analisar o desastre socioambiental de Maceió/AL causado pela exploração do sal-gema na área urbana da cidade. A problemática foi verificar os danos ocasionados ao meio ambiente, à cidade e à população de Maceió. A metodologia utilizada foi a qualitativa, com foco no caráter subjetivo do objeto analisado, através da abordagem exploratória. O resultado alcançado foi a identificação das violações do Direito ao Desenvolvimento das pessoas afetadas.

Palavras-chave: Desastre. Subsidência. Danos. Direito ao Desenvolvimento.

105 Doutoranda em Ciências Jurídicas pela UFPB. Mestre em Dinâmicas Territoriais e Cultura pela UNEAL. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Especialista em Contabilidade e Planejamento Tributário pela UNEAL. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UCDB. Professora da UNEAL. Advogada. Conselheira da OAB Subseção Arapiraca/AL.

1 INTRODUÇÃO

Em março de 2023, passaram cinco anos da verificação do maior desastre socioambiental em área urbana em curso no mundo atual, que consistiu no afundamento do solo de cinco bairros de Maceió, capital do estado de Alagoas, decorrente da extração do sal-gema do subsolo urbano por várias décadas.

A extração do sal-gema foi iniciada na década de 1970 pelo Complexo Industrial Salgema Indústrias Químicas S/A, atualmente Braskem, que explorava o recuso mineral utilizado como insumo na produção de soda cáustica e policloreto de polivinila, conhecido como PVC.

Até abril de 2023, já haviam sido desocupados 14.365 imóveis que estavam situados na área de monitoramento, com risco de desabamento, e já se calcula que mais de sessenta mil pessoas da capital alagoana foram afetadas diretamente pelo desastre socioambiental, que atinge cerca de 6% do território da cidade de Maceió.

Os danos ao meio ambiente, à cidade e à população são imensos, e ainda estão em processo de dimensionamento diante da grandiosidade do desastre. Cerca de 14 hectares de manguezal já estão afundados, comprometendo um dos maiores recursos ambientais do estado, a Lagoa Mundaú, que desenvolve papel fundamental na economia de várias famílias que sobrevivem da coleta de sururu. Além disso, 242 hectares da área urbana estão comprometidos, os quais englobam vários equipamentos públicos e prédios de valor histórico.

Será objetivo deste trabalho analisar como os danos causados violaram o direito ao desenvolvimento da população de Maceió direta e indiretamente afetada, bem como atingiram direitos das presentes e futuras gerações. A metodologia utilizada foi a abordagem qualitativa exploratória, a partir da análise de documentos produzidos pelas instituições envolvidas no desastre socioambiental de Maceió/AL, além de livros e artigos que trataram do tema.

O artigo será desenvolvido em tópicos, nos quais será detalhada a história da implantação da mineradora que extraiu o sal-gema por mais de 40 anos na cidade, será tratado do desastre e suas implicações, será ainda trabalhada a importância da atividade de mineração e o conceito de desenvolvimento, e, por fim, será abordado o direito ao desenvolvimento dos cidadãos de Maceió/AL.

2 A IMPLANTAÇÃO DA INDÚSTRIA MINERÁRIA EM MACEIÓ/AL

Em 1941, estudos foram realizados no território sul da cidade de Maceió em busca de petróleo, decorrente de um plano de industrialização promovido pelo Conselho Nacional do Petróleo (Cavalcante, 2020, p. 26), órgão criado no governo Getúlio Vargas e que foi mantido nos governos posteriores, sendo hoje integrante do Ministério de Minas e Energia¹⁰⁶.

Ao invés de petróleo, foi encontrada uma enorme camada de sal-gema de alta qualidade a mil metros de profundidade no bairro Mutange¹⁰⁷. A informação chamou a atenção do empresário baiano Euvaldo Freire de Carvalho Luz, que, na condição de proprietário de uma área de 500 hectares no território de Maceió, obteve a concessão da lavra através do Decreto n. 59.356, de 4 de abril de 1966¹⁰⁸. Um ano depois, o mesmo empresário

106 O Conselho Nacional do Petróleo foi criado pelo decreto-lei n. 395, de 29/04/1938, sendo diretamente subordinado à Presidência da República. A partir da lei n. 3782, de 22/07/1960, que criou o Ministério das Minas e Energia, ficou a ele subordinado. Suas atribuições atuais, dispostas no decreto n. 95729, de 12/02/1988, são as seguintes: superintender o abastecimento nacional do petróleo de poço ou de xisto e seus derivados, gás natural, gases raros, hidrocarbonetos fluidos e do carvão mineral e seus produtos primários e baixar as normas reguladoras das atividades de importação, exportação, refino, transporte, inclusive por meio de dutos, distribuição e comércio (ARQUIVO NACIONAL, 2023).

107 Segundo Melo, Carvalho e Pinto: “As maiores reservas de sal se localizam na bacia Amazônica (Formação Nova Olinda), Sergipe/Alagoas (Formação Maceió e Muribeca/Mb Ibura), Recôncavo (Fm Afligidos/Mb Pedrão), Espírito Santo (Fm Mariricu/Mb Itaúnas) no continente. No mar encontram-se depósitos desde a Bacia de Santos, a sul, até a Bacia de Sergipe/Alagoas” (2008, p. 561).

108 No atual sistema de consulta de processos da Agência Nacional de Mineração –

criou a Salgema Indústrias Químicas Ltda para pesquisa da jazida alagoana (Fragoso, 2022, p. 95).

Em 1971, no governo militar do general Médici, o Banco Nacional de Desenvolvimento - BNDE investiu 140 milhões de dólares na mineradora, passando a deter parte das ações da empresa, juntamente com a empresa estrangeira Du Pont de Nemours e o grupo privado nacional EULUZ (Cavalcante, 2020, p.26)

Em 1974, houve a implantação da indústria de cloro-soda em Maceió/AL, na área de restinga¹⁰⁹ do bairro Pontal da Barra. Um ano depois, o grupo EULUZ vendeu suas ações para a Petroquisa, que passou a deter 45% do controle acionário, juntamente com o BNDE (41,3%) e a empresa estrangeira Du Pont (13,7%) (Fragoso, 2022, p. 96).

Barros Filho e Luedemann (2021, p. 10) afirmam que a aquisição das ações pela estatal Petroquisa – Petrobrás Química S/A representou uma aderência do Estado brasileiro ao setor petroquímico em Alagoas, que fazia parte do Plano Nacional de Desenvolvimento – PND. À época, a Petroquisa consistia na principal forma de governança do setor petroquímico, pois, a estatal “(...) organizava os projetos de expansão, articulava as fontes de financiamento, centralizava o processo de capacitação tecnológica e geria a estrutura de propriedade e controle do setor (...)” (Rocha; Silveira, 2015, p. 60).

A produção comercial teve início em 1977, com o método denominado “Dissolução Subterrânea”, que consistia na perfuração de poços profundos (minas), que alcançavam a base do horizonte salino, e, para tanto, era necessária a formação de cavidades ao longo do corpo salino para permitir o processo de lavra (Melo, 1977, p. 280).

ANM, antecedida pelo Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, consta que o alvará de pesquisa foi publicado em 11/10/1966, através do processo nº. 27225.006648/1965-86, autorizando a pesquisa numa área de 1.897,46 hectares. (ANM, 2023)

109 Terreno litorâneo arenoso e salino, e recoberto de plantas herbáceas e arbustivas típicas destes lugares (Ferreira, 1999, p. 1756)

Em síntese, o método consiste na captação de água subterrânea através de poços, enviá-la para um reservatório e, em seguida, promover a injeção, à alta pressão, nas minas. Por diferencial de pressão, a salmoura atinge a superfície, de onde é conduzida por meio de tubulação para um reservatório e, em seguida, é bombeada para a fábrica, por intermédio de uma tubulação de 12", onde será empregada para a obtenção de cloro-soda.

Toda a água captada nos poços recebe um tratamento, através da adição de soda cáustica antes de ser utilizada no processo. Esse tratamento tem por finalidade elevar o seu PH e alcançar a neutralidade.

Esse procedimento tem o intuito de minimizar a corrosão das tubulações. A água depois de devidamente tratada possui dois empregos específicos. O primeiro, será a operação de injeção nas minas e o segundo, para atender as necessidades de processo da fábrica. (Melo, 1977, p. 280).

É necessário ressaltar que o referido método de extração da salmoura foi realizado por 35 poços cuja verdadeira localização não constava sequer em um projeto técnico desde a sua implantação em 1975 até 1995, ou seja, durante 20 anos de perfuração não se tinha controle das posições das minas no subsolo, e ainda não existia qualquer estudo técnico de possível subsidiência na área de exploração, localizada em área urbana (Galindo, 2022, p. 46).

Em 1997, houve nova reestruturação do quadro societário da mineradora, seu nome passou a ser Trikem e o grupo baiano Odebrecht o seu principal acionista. Apenas em 2002, a empresa foi absorvida pela Braskem, que surgiu da junção dos grupos baianos Odebrecht e Mariani, que passaram a deter 48% do capital da empresa, juntamente com a Norquisa (12%) e a Petroquisa (11%), ambas estatais subsidiárias da Petrobrás, a Previ (3%) e a Petros (1%), estes fundos de pensão, e 25% das ações foram diluídas no mercado financeiro (Fragoso, 2022, p. 96).

Devido à sua relevância na economia nacional, o setor petroquímico sempre esteve na pauta dos planos de desenvolvimento dos governos

brasileiros, passando por modificações significativas nos diferentes períodos, a exemplo da entrada de capital público no setor na década de 70 e do processo de privatização em 1990. As diversas alterações no quadro acionário da petroquímica em Alagoas refletem bem essa realidade.

O Programa Nacional de Desestatização, criado pela Lei nº. 8.031, de 12 de abril de 1990, estabeleceu um processo de privatização das principais estatais, com grande participação dos fundos de pensão e outras instituições financeiras na aquisição dos ativos estatais (Rocha; Silveira, 2015, p. 63), a exemplo do que ocorreu com a participação acionária da Previ e da Petros na Braskem, como acima mencionado.

Afirmam Rocha e Silveira (2015) que, após esse processo de privatizações, o setor petroquímico passou por diversas reestruturações societárias, podendo ser resumidas em duas fases. Uma primeira de 1994 a 1999, caracterizada pela venda de ativos estatais, pela diminuição da participação estrangeira e o aumento da concentração do controle de grandes grupos nacionais sobre os polos petroquímicos. A segunda fase, de 1999 a 2002, que teve como principais características a maior simplificação das participações acionárias e a busca por parte das empresas em adquirir o controle acionário (Rocha; Silveira, 2015, p. 60/61).

Nesse sentido, demonstram os autores que:

A Braskem representa bem uma das tendências pós-privatização. A trajetória da Odebrecht na petroquímica demonstrou um significativo esforço em reduzir o número de coligadas resultantes dos resultados dos leilões em uma única empresa com comando centralizado sobre os ativos. Neste caso, a associação com a Petrobras serviu para reduzir alguns custos de transação – sobretudo em relação ao fornecimento de insumos petroquímicos – e fornecer o aporte de capital necessário para acelerar o processo. A simplificação do comando sobre a estrutura de propriedade da Braskem implicou em certa subestimação do tamanho e importância da Odebrecht no setor segundo a metodologia aplicada. Apesar de controlar apenas uma única empresa, a Braskem é atualmente a maior empresa petroquímica da América Latina. (Rocha; Silveira, 2015, p.62).

Atualmente, “(...) o capital acionário da empresa é composto pela Novonor (novo nome da Odebrecht), que detém 50,1% das ações; Petrobrás, com 47%, e o restante das ações encontra-se diluído entre acionistas de menor porte e mercado” (Fragoso, 2022, p. 96). A empresa é considerada a maior produtora de resinas termoplásticas das Américas e possui indústrias em vários países nas Américas, na Europa e na Ásia (Braskem, 2023).

Figura 1: Unidade industrial cloro-soda da Braskem em Maceió/AL



Fonte: Braskem, 2021.

Em 2018, a Braskem divulgou um aumento de 18% de sua receita líquida, que teria saído de 49,3 bilhões em 2017 para 58 bilhões em 2018, alcançando recorde de geração de caixa (Braskem, 2019). Contudo, com o encerramento dos poços de extração de sal em Maceió/AL em 2019, determinado pelas autoridades em razão do desastre que será tratado no tópico adiante, o Presidente da Braskem reportou a perda do faturamento em torno de 40 milhões de dólares por trimestre (Exame, 2019).

3 O DESASTRE DE MACEIÓ/AL CAUSADA PELA EXPLORAÇÃO DO SAL-GEMA

Em fevereiro de 2018, surgiram rachaduras em diversos imóveis do Pinheiro, bairro tradicional da cidade de Maceió, capital do estado de Alagoas, deixando a população local assustada pela possibilidade de desabamento de suas residências. Semanas depois, foi verificado um tremor de terra de 2,4 pontos na escala Richter, justamente no período de fortes chuvas que caíam sobre a cidade.

Posteriormente, surgiram rachaduras e buracos nas ruas de mais quatro bairros, são eles: Bom Parto, Bebedouro, Mutange e Farol, mobilizando a população afetada, a Defesa Civil da prefeitura de Maceió/AL e o Serviço Geológico do Brasil – CPRM, este último passou a realizar estudos na área afetada.

Figura 2: Fotos das rachaduras das casas e buracos das ruas de Maceió/AL





Fonte: Diário do Poder, 2019; Brasil de Fato, 2020.

Em abril de 2019, o Serviço Geológico do Brasil – CPRM publicou o Relatório Síntese dos Resultados nº 1, dos estudos sobre a instabilidade do terreno nos bairros Pinheiro, Mutange e Bebedouro, atestando que o processo de subsidência¹¹⁰ e instabilidade do solo dos bairros de Maceió/AL era decorrente da extração de sal-gema¹¹¹, que provocou halocinese¹¹² e deformações rúpteis na superfície, causando os efeitos observados nos imóveis e na infraestrutura urbana (Serviço Geológico do Brasil, 2019).

110 Segundo o Glossário Geológico, Subsidência é o “Processo de rebaixamento da superfície terrestre com amplitude regional a local por causas [tectônicas](#), como as fases [tafrogênicas de bacias geológicas cratônicas a orogênicas](#), ou, como evento localizado, por causas não-tectônicas, como dissolução de camadas sedimentares de sais e de calcários subterrâneos com abatimento das camadas acima das dissolvidas”. (SIGEP, 2023).

111 “A salgema é constituída essencialmente de NaCl, formando camadas de elevado grau de pureza, que ocorre, em sub-superfície no intervalo de profundidade entre 900m até 1160m. Existem três áreas clássicas de ocorrência de salgema no estado: a do Pontal de Coruripe, a da Região Metropolitana de Maceió e a que se estende do Aeroporto dos Palmares (Rio Largo) em direção à Barra de Santo Antônio. Avalia-se em 1000 km² a extensão dessas áreas, restritas às ocorrências em sub-superfície aparentemente separadas por altos estruturais” (CPRM, 2017).

112 “Halocinese - Ascensão de corpos salinos, originados em depósitos evaporíticos, penetrando e deformando camadas de rochas mais densas acima e produzindo estruturas dômicas de grande interesse na exploração petrolífera” (SIGEP, 2023).

A Defesa Civil de Maceió, apoiada nos relatórios técnicos elaborados pelo Serviço Geológico do Brasil – CPRM e nos dados apresentados pela Braskem, definiu as áreas de risco à população em razão do afundamento do solo, identificando a criticidade de cada região.

Segundo a própria Braskem (2023), foram identificados 14.536 imóveis nas áreas de risco constantes do mapa da Defesa Civil, dos quais 14.371 já foram desocupados após o recebimento das indenizações pagas pela empresa, em decorrência do Programa de Compensação Financeira e Apoio à Realocação, firmado perante a Justiça Federal.

Também foram interditados vários trechos dos bairros, causando prejuízos diretos a mais de 60 mil pessoas. A Lagoa Mundaú, que é um importante recurso ambiental e provê o sustento de muitas famílias de pescadores e marisqueiros na região, também foi seriamente afetada, assim como diversos prédios históricos que se encontram nos bairros em subsidência.

Em razão de todos os prejuízos verificados à população e à cidade de Maceió, especialmente após publicação do laudo do Serviço Geológico do Brasil - CPRM, a Defensoria Pública da União, a Defensoria Pública do Estado de Alagoas, o Ministério Público Estado de Alagoas e o Ministério Público Federal ajuizaram ações judiciais em desfavor da mineradora com o fito de buscar reparação da população afetada e adoção de diversas medidas relacionadas à área do afundamento, como será tratado adiante.

2.1 A caracterização do desastre

Segundo o Glossário de Defesa Civil, Estudos de Riscos e Medicina de Desastres, do Ministério da Integração Nacional (2020), desastre é o “Resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem, sobre um ecossistema (vulnerável), causando danos humanos, materiais e/ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais”.

Ainda, segundo o Glossário (2020):

Os desastres são quantificados, em função dos danos e prejuízos, em termos de intensidade, enquanto que os eventos adversos são quantificados em termos de magnitude. A intensidade de um desastre depende da interação entre a magnitude do evento adverso e o grau de vulnerabilidade do sistema receptor afetado. Normalmente o fator preponderante para a intensificação de um desastre é o grau de vulnerabilidade do sistema receptor. (...)

Quanto à origem ou causa primária do agente causador, os desastres são classificados em: naturais; humanos ou antropogênicos; mistos. (...) Desastres Humanos. São aqueles provocados por ações ou omissões humanas. Relacionam-se com o próprio homem, enquanto agente e autor. Por isso, são produzidos por fatores de origem interna. Esses desastres podem produzir situações capazes de gerar grandes danos à natureza, aos habitats humanos e ao próprio homem, enquanto espécie. Normalmente os desastres humanos são consequência de ações desajustadas geradoras de desequilíbrios socioeconômicos e políticos entre os homens e de profundas e prejudiciais alterações de seu ambiente ecológico.

O caso do afundamento de solo em Maceió/AL é tratado pelos estudiosos do tema (Levino; Fontana, 2023) como um desastre humano¹¹³, porque os eventos adversos foram provocados pela atuação humana, qual seja, extração contínua do mineral sal-gema do subsolo da cidade, que é um ambiente vulnerável, o que causou danos materiais, ambientais e sociais à população afetada, como decorrência do processo de subsidência do solo urbano.

No artigo intitulado “Aspectos técnicos de uma mineração desastrosa”, o professor e engenheiro geotécnico Abel Galindo, que desde a década de 80 realiza estudos sobre a extração do sal-gema em Maceió/AL, afir-

113 Difere de catástrofe, pois esta é uma “Grande desgraça, acontecimento funesto e lastimoso. Desastre de grandes proporções, envolvendo alto número de vítimas e/ou danos severos” (DEFESA CIVIL NACIONAL, 2020). Apesar das grandes proporções territoriais e dos danos causados à população pelo afundamento de solo em Maceió/AL, não houve mortes, nem danos à incolumidade física dos cidadãos.

mou que as principais feições indicativas na superfície de que está ocorrendo o processo de subsidência são: inclinação dos prédios, desnivelamento acentuado entre as estruturas e os terrenos adjacentes, trincas nos terrenos, pavimentações e edificações, afundamentos e formações de cavidades, além da formação de crateras, desabamentos e dolinas¹¹⁴.

No caso de Maceió/AL, foi identificado que 75% das cavernas encontradas no subsolo têm diâmetro entre 70m e 150m, cabendo, nestas, um estádio do Maracanã, e que, diante do diâmetro das minas e dos pequenos espaços entre elas, houve o desabamento do teto de boa parte dessas minas (Galindo, 2022, p. 43). Afirma o autor que a forma de extração do sal-gema em Maceió reflete uma mineração desastrosa que provocou o maior desastre ambiental urbano do Brasil e um dos maiores do mundo (Galindo, 2020, p. 61).

2.2 A dimensão dos danos ambientais, urbanísticos e sociais

Como visto, o processo de subsidência do solo decorrente da extração do sal-gema causou o afundamento de uma grande área, que englobou mais de 14 mil imóveis, os quais foram desocupados pela possibilidade de desabamento, afetando diretamente mais de 60 (sessenta) mil pessoas. Não obstante, o desastre de Maceió/AL causou danos de diversas ordens, sendo fundamental destacá-los.

Inicialmente, cumpre lembrar que a sede da empresa Braskem, quando ainda era denominada Salgema Indústrias Químicas S/A na década de 70, foi implantada em área de restinga do Pontal da Barra, portanto, à beiramar e próximo à Lagoa Mundaú, fato que teria sido impugnado à época, especialmente pelo ecólogo alagoano José Geraldo Marques, que, à época, detinha o cargo equivalente ao atual Secretário de Meio Ambiente, e que,

114 Segundo o Glossário da Defesa Civil Nacional (2020), Dolina é a “Cavidade natural ou depressão em forma de funil, na superfície do solo, em região de rochas calcárias, produzida pela dissolução das rochas ou pelo colapso de tetos de cavernas subterrâneas”.

apesar de vários protestos e relatórios publicizados, sofreu retaliações do governo militar e não obteve êxito em coibir a instalação da Braskem na cidade (Marques, 2022, p. 31).

As áreas de restinga¹¹⁵ são protegidas pela lei 11.428, desde 2006, e, posteriormente, o Código Florestal, Lei nº. 12.651/2012, as considerou como áreas de preservação permanente, estejam elas em zonas rurais ou urbanas, merecendo proteção legal. Todavia, diante da ausência de legislação à época da implantação da petroquímica, a licença ambiental concedida pelo estado de Alagoas considerou a ausência de impacto ambiental relevante, permitindo a eliminação da referida área, e, consistindo esse no primeiro prejuízo ambiental causado pela mineradora.

Ademais, a Lagoa Mundaú, que é uma das 3 (três) lagoas que deu o nome ao estado, é um recurso socioambiental fundamental para a população da região, especialmente pescadores e marisqueiros, e também sofre os efeitos do afundamento de solo, que já causou a inundação de 14 hectares de mangue, que representam 1,73% do manguezal¹¹⁶ da costa lagunar, gerando a alteração da salinidade e problemas na exploração do sururu¹¹⁷ (Tribuna hoje, 2021).

115 Restinga é conceituada pela lei 12.651/2012 como: “depósito arenoso paralelo à linha da costa, de forma geralmente alongada, produzido por processos de sedimentação, onde se encontram diferentes comunidades que recebem influência marinha, com cobertura vegetal em mosaico, encontrada em praias, cordões arenosos, dunas e depressões, apresentando, de acordo com o estágio sucessional, estrato herbáceo, arbustivo e arbóreo, este último mais interiorizado” (BRASIL, 2012).

116 Os manguezais também são protegidos pelas leis 11.428/2006 e 12.651/2012 como áreas de preservação permanente, e, esta última define manguezal como o “ecossistema litorâneo que ocorre em terrenos baixos, sujeitos à ação das marés, formado por vasas lodosas recentes ou arenosas, às quais se associa, predominantemente, a vegetação natural conhecida como mangue, com influência fluviomarina, típica de solos limosos de regiões estuarinas e com dispersão descontínua ao longo da costa brasileira, entre os Estados do Amapá e de Santa Catarina (BRASIL, 2012);

117 Segundo o dicionário Aurélio (FERREIRA, 1999, p. 1909), Sururu é o “Molusco bivalve (*Mytilus falcatus*) mitilídeo que habita o litoral nordeste e sudeste do Brasil, e as lagoas Manguaba e Mundaú, em Alagoas, estado em que desempenha papel econômico de importância na alimentação humana. A Concha tem uma camada nacarada, verde e violácea, externamente parda na frente e escura em sua maior parte.

Além dos danos ambientais, são flagrantes os prejuízos urbanísticos causados pelo afundamento do solo, porquanto, além de gerar a fragmentação do espaço urbano, cria verdadeiros vazios urbanos, com grave perda das experiências vividas na história da cidade “seja em âmbito imaterial (cultural, identitário, paisagístico...), material (patrimonial, ambiental, econômico ...) ou, mais simplesmente, humano, no que se refere às insubstituíveis relações que habitam e distinguem tal espaço, ao torná-lo único” (Padilha, 2022, p. 125).

A área desocupada está isolada social e economicamente, enquanto é objeto de pesquisas, estabelecidas nos acordos firmados nos processos judiciais. Houve grande redução da atuação pública na região e a população dos bairros localizados à borda das áreas do mapa de risco da Defesa Civil têm dificuldades de acessar serviços públicos básicos, como saúde, educação, transporte e coleta de lixo (Cada minuto, 2022), além de terem sido desocupados vários empreendimentos locais que atendiam à população, como farmácias, mercadinhos, etc.

Figura 3: Foto aérea de parte da área de risco em processo de subsidência

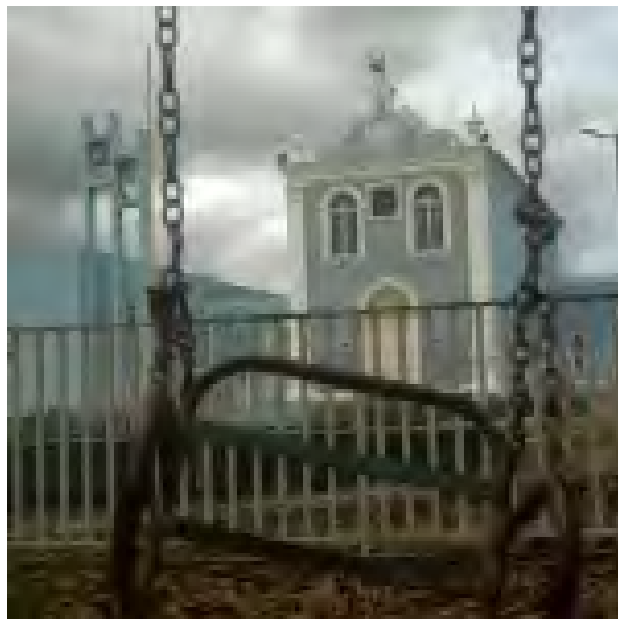


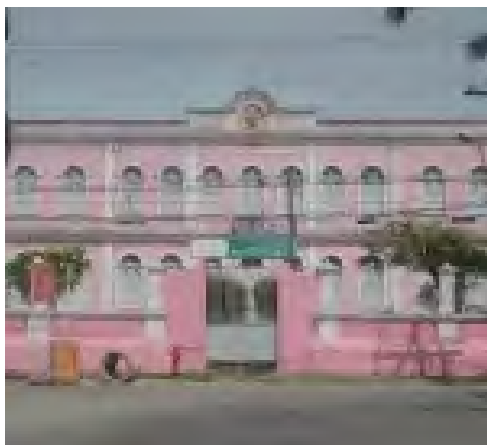
Fonte: Jonathan Lins/G1 AL, 2021.

A situação causou o grave isolamento da comunidade denominada Flexais, que, apesar de prejudicada em vários aspectos pelo “ilhamento” socioeconômico, não estava na faixa indenizável do mapa de risco. Tal fato ensejou diversas denúncias da população lesada, que, ao fim, obteve acordo favorável à requalificação da área e realocação dos moradores afetados (Ministério Público Federal, 2022).

Ainda é necessário mencionar que, na área em subsidência, há mais de 20 (vinte) imóveis de valor histórico que constituem patrimônio da cidade, pois os cinco bairros que passam pelo processo de afundamento constituíram Maceió e, portanto, contam a história da formação da cidade, suas tradições e cultura, em especial o bairro Bebedouro, um dos mais antigos da cidade, no qual constam vários prédios históricos, de que são exemplos as imagens abaixo, atualmente isolados e fechados.

Figura 4: Igreja Santo Antônio (1913) e Orfanato Nossa Senhora do Bom Conselho (1877)





Fonte: UOL, 2021.

Para além de todos esses prejuízos ambientais, urbanos e sociais, há ainda as discussões sobre a justiça das indenizações pagas aos moradores dos bairros afetados, levantadas pelas associações dos moradores e empreendedores da região, representados pelo Movimento Unificado das Vítimas da Braskem e pela Associação de Empreendedores e Vítimas da Mineração em Maceió.

As entidades defendem que, no acordo firmado em 30/12/2019, na ação civil pública n.º. 0803836-61.2019.4.05.8000, que tramita na 3ª Vara Federal em Alagoas, os valores definidos são injustos¹¹⁸ e não representam os reais danos sofridos¹¹⁹. Além disso, questionam a ausência

118 Na cláusula décima do acordo, a Braskem se comprometeu em pagar uma parcela única de auxílio desocupação no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), e auxílio aluguel mensal de R\$ 1.000,00 (mil reais), devido pelo prazo de 6 (seis) meses, ou por até 2 (dois) meses após a oferta feita pela Braskem aos moradores acerca do valor do imóvel a ser indenizado. No mesmo documento, a Braskem se comprometeu a pagar o valor de R\$ 10.000,00, em parcela única, para aqueles que desenvolviam atividades econômicas em imóveis localizados nas áreas de risco (Ministério Público Federal, 2019).

119 As insatisfações com os acordos firmados perante o Poder Judiciário brasileiro, ensejaram a busca de responsabilização da Braskem na Holanda, onde ela possui subsidiárias. O pleito das vítimas foi admitido pela Justiça Holandesa, onde será julgado. (Folha de São Paulo, 2023).

de centralidade e participação dos cidadãos afetados nos acordos firmados, aduzindo que as autoridades não levaram em consideração as condições reais dos principais interessados, o que ficou demonstrado na Carta Aberta das vítimas da Braskem (Mídia Caeté, 2023).

Dentre as insatisfações apresentadas pelas vítimas representadas pelas associações mencionadas, estão: o adoecimento da população afetada, o empobrecimento das pessoas e empresários que atuavam na região diante dos baixos valores indenizatórios e o desrespeito aos princípios da informação, participação e centralidade das pessoas prejudicadas, que deveriam ser observados nos casos de desastres.

3 A ATIVIDADE DE MINERAÇÃO E O CONCEITOS DE DESENVOLVIMENTO

A mineração é atividade econômica, social e política importante para todos os países do mundo, posto que a maioria dos bens de consumo da atualidade, desde materiais de construção a automóveis e computadores, dependem dos recursos minerais para a sua produção (Farias; Ataíde, 2021).

Nesse contexto, a atividade de mineração sempre esteve relacionada à ideia de crescimento econômico dos estados nacionais, pois contribuiu inegavelmente para o aumento do Produto Interno Bruto – PIB, que é a soma de todos os bens e serviços finais produzidos por um país (IBGE, 2023), elemento essencial da economia para definir a ascensão econômica de um país no cenário internacional.

Contudo, o conceito de crescimento econômico e desenvolvimento não se confundem, como insistentemente vem debatendo os economistas e os juristas desde o segundo pós-guerra, quando os países, devastados pelo conflito bélico, passaram a buscar soluções para enfrentar os problemas comuns, como a fome, o desemprego, a miséria, a crise ambiental, a discriminação, dentre outras mazelas (Oliveira, 2002).

Para Celso Furtado (2000, p. 21), apesar das várias dimensões do conceito de desenvolvimento, este tem sido apresentado historicamente em dois sentidos distintos: um primeiro, que consiste na evolução do sistema social de produção mediante acumulação e progresso de técnicas, e, que, portanto, estaria relacionado estritamente ao aumento da renda; e um segundo, no qual o conceito de desenvolvimento se relaciona com o grau de satisfação das necessidades humanas.

Não obstante as várias discussões doutrinárias a respeito do tema, adota-se, neste trabalho, o conceito de desenvolvimento econômico que parte do segundo sentido referido, qual seja, o grau de satisfação das necessidades humanas, pois:

O desenvolvimento deve ser encarado como um processo complexo de mudanças e transformações de ordem econômica, política e, principalmente, humana e social. Desenvolvimento nada mais é que o crescimento – incrementos positivos no produto e na renda – transformado para satisfazer as mais diversificadas necessidades do ser humano, tais como: saúde, educação, habitação, transporte, alimentação, lazer, dentre outras (Oliveira, 2002, p. 40).

O conceito de desenvolvimento, então, deve levar em consideração as necessidades humanas, pois é através dele que se podem concretizar os direitos humanos, consagrados como direitos fundamentais nas cartas constitucionais dos diversos países.

Foi nesse contexto que a Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1986, publicou a declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, buscando “promover e encorajar o respeito aos Direitos Humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (ACNUDH, 2012), através do reconhecimento de que:

(...) o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes (ACNUDH, 2012, p. 1).

Nesse sentido, aduz Rister (2007, p. 234) que, nesta declaração estão presentes os dois sentidos do Direito ao Desenvolvimento, posto que engloba tanto o sentido subjetivo, colocando o ser humano na condição de sujeito do desenvolvimento, quanto o sentido objetivo, tornando o ser humano beneficiário do processo desenvolvimentista.

Para o objetivo deste artigo, é fundamental analisar como a desastre socioambiental causado pela extração do sal-gema em Maceió/AL violou o direito ao desenvolvimento das mais de 60 (sessenta) mil pessoas afetadas diretamente pelo afundamento do solo, além das pessoas lesadas indiretamente, das presentes e das futuras gerações, principalmente em relação aos danos ambientais e histórico-culturais que ainda não podem ser corretamente dimensionados.

4 A VIOLAÇÃO DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da Assembleia Geral da ONU de 1986 afirma, em seu artigo 1º, que o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, pelo qual todas as pessoas e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para com ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados (ACNUDH, 2012).

Observa-se, no caso do desastre socioambiental de Maceió/AL, que os cidadãos afetados direta e indiretamente pelo afundamento do solo foram

tolhidos do processo de desenvolvimento econômico, social e cultural, pois, além de amargar as indenizações injustas, tiveram enormes prejuízos sobre o uso e ocupação do espaço urbano, bem como estão impedidos de acessar seu patrimônio histórico-cultural, diante do isolamento dos prédios que contam a história da cidade.

Percebe-se que não houve a distribuição justa do processo de desenvolvimento, porquanto, apesar dos vultosos números divulgados pela empresa, estes não refletiram em grau de satisfação dos cidadãos maceioenses, muito menos representou o pleno desenvolvimento da cidade, mas, ao contrário, uma involução social, ambiental e urbanística, pois, estima-se que 6% do território da cidade de Maceió está comprometido pela subsidência, o que equivale a uma área de 242 hectares do espaço urbano (Feitosa; Romeiro, 2023).

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento também preconiza, em seu artigo 2º, que “A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento” (ACNUDH, 2012), bem como disciplina que:

Os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa, e no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes (ACNUDH, 2012).

Não bastasse a ausência de participação da população de Maceió nos processos de licenciamento ambiental da Braskem, desde a sua concessão inicial, em 1966, até os procedimentos mais recentes de renovação das licenças pelo Instituto de Meio Ambiente – IMA/AL, como visto, na Carta Aberta das Vítimas da Braskem, a comunidade prejudicada ressentida a sua exclusão do processo de definição do valor das indenizações a que teriam

direito e buscam soluções em jurisdição de outro país para recompor seus danos.

Ressalta-se, assim, que não houve a participação ativa, livre e significativa dos cidadãos de Maceió/AL em processos que poderiam comprometer o seu direito ao desenvolvimento, ao seu bem-estar e, especialmente, à distribuição equitativa dos benefícios resultantes do desenvolvimento econômico trazido pela implantação da petroquímica no estado de Alagoas.

Nesse contexto, importante colacionar a perspectiva de Amartya Sen (2010), em que a liberdade é o ponto central do processo de desenvolvimento, no qual deve existir a “livre condição de agente”¹²⁰ das pessoas, através da expansão das suas liberdades. Para o autor, o aumento das liberdades é o fim e o meio do processo de desenvolvimento, e, nessa perspectiva, “as pessoas têm de ser vistas como ativamente envolvidas – dada a oportunidade – na conformação de seu próprio destino, e não apenas como beneficiárias passivas dos frutos de engenhosos programas de desenvolvimento” (2010, p. 77).

Partindo dessa perspectiva, o direito ao desenvolvimento dos cidadãos de Maceió foi violado gravemente em vários sentidos, posto que houve a privação de diversas de suas liberdades, seja na diminuição de seu patrimônio material em razão das baixas indenizações, seja pela limitação de acesso à infraestrutura urbana e equipamentos públicos, englobando os prédios de valor histórico-cultural da cidade, seja pelos danos causados ao meio ambiente, seja pela negativa de oportunidade de participação dos processos de desenvolvimento, e, por fim, pela ausência de garantia da transparência dos dados relacionados ao desastre causado pela exploração mineral defeituosa.

120 Para Sen, condição de agente consiste em alguém que consegue gerar mudanças na sua realidade de acordo com seus valores e objetivos, como um membro do que é público e como participante de ações econômicas, sociais e políticas (Sen, 2010, p.34)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo buscou tratar do desastre socioambiental causado pela extração do sal-gema por quatro décadas na cidade de Maceió/AL e como o direito ao desenvolvimento das pessoas afetadas foi violado.

Inicialmente, foi apresentado o emblemático processo de implantação da Salgema Indústrias Químicas S/A em Alagoas e como as alterações na estrutura societária da empresa refletiu a influência direta do Estado brasileiro no setor petroquímico.

Foram evidenciados os vários danos materiais, ambientais, urbanísticos e sociais causados pelo desastre, que afetaram diretamente mais de sessenta mil pessoas e comprometeram 242 hectares do espaço urbano da cidade de Maceió, que representa em torno de 6% de seu território. Foi tratada a importância da atividade econômica da mineração e sua relação com o conceito de desenvolvimento.

Por fim, foi abordado o direito ao desenvolvimento, previsto na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da Assembleia Geral da ONU de 1986, e como a população de Maceió direta e indiretamente afetada pelo desastre socioambiental teve diversas de suas liberdades privadas no processo de busca do desenvolvimento econômico, não lhe sendo assegurada a condição de agente do próprio desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

ACNUDH. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da Assembleia Geral das Nações Unidas**. 4 dez 1986. Disponível em: <https://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Declara%C3%A7%C3%A3o-sobre-o-Direito-ao-Desenvolvimento.pdf>. Acesso em 9 ago 2023.

ANM. Agência Nacional de Mineração. Disponível em: <https://sistemas.anm.gov.br/SCM/Extra/site/admin/dadosProcesso.cmQ%2FsOHVvk2z19rjyctWS%2BgPLWm5NClno6IY9UQ%3D%3D>. Acesso em 2 ago 2023.

ARQUIVO NACIONAL. **Diretório Brasil de Arquivos**. Disponível em: <https://dibrarq.arquivonacional.gov.br/index.php/conselho-nacional-do-petroleo-brasil-1938>. Acesso em 5 ago de 2023.

BARROS FILHO, José Roberto Balbino de; LUEDEMANN, Marta da Silveira. **A indústria mineral de sal-gema e a formação da cidade de Maceió – AL**. XIV Encontro Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Geografia. 2021. Disponível em: https://www.editorarealize.com.br/editora/anais/enanpege/2021/TRABALHO_COMPLETO_EV154_MD1_SA139_ID174316112021202026.pdf. Acesso em 3 ago 2023.

BRASIL. Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006. **Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11428.htm. Acesso em 8 ago 2023.

BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. **Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa**; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm. Acesso em 8 ago 2023.

BRASIL DE FATO. 14 jan 2020. Igor Carvalho. Quatro bairros de Maceió podem desaparecer por conta da ação de mineradora: **Braskem pagará R\$ 1,7 bilhão para realocar 17 mil pessoas**. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/01/14/quatro-bairros-de-maceio-podem-desaparecer-por-conta-da-acao-de-mineradora>. Acesso em 7 ago 2023.

BRASKEM. **Braskem no mundo**. Disponível em: <https://www.braskem.com.br/braskem-no-mundo>. Acesso em 2 ago 2023.

BRASKEM. 13 mar 2019. **Geração de caixa da Braskem bate recorde de R\$ 7,1 bilhões em 2018**. Disponível em: <https://www.braskem.com.br/detalhe-noticia/geracao-de-caixa-da-braskem-bate-recorde-de-r-71-bilhoes-em-2018>. Acesso em 7 ago 2023.

BRASKEM. 9 mai 2023. **Programa de Compensação Financeira ultrapassa 17.900 propostas aceitas até abril**. Disponível em: <https://www.braskem.com.br/noticia-alagoas/programa-de-compensacao-financeira-ultrapassa-17900-propostas-aceitas-ate-abril>. Acesso em 7 ago 2023.

CADA MINUTO. 3 mar 2022. **MPF cobra informações sobre carência de serviços públicos essenciais no bairro do Bom Parto, em Maceió**. Disponível em: <https://www.cadaminuto.com.br/noticia/2022/03/03/mpf-cobra-informacoes-sobre-carencia-de-servicos-publicos-essenciais-no-bairro-do-bom-parto-em-maceio>. Acesso em 8 ago 2023.

CAVALCANTE, Joaldo. **Salgema: do erro à tragédia**. Maceió: Editora Cesmac, 2020.

CPRM – Serviço Geológico do Brasil. Mendes, Vanildo Almeida (Org.). **Geologia e recursos minerais do estado de Alagoas**: escala 1:250.000. Vanildo Almeida Mendes - Recife: CPRM - Serviço Geológico do Brasil, 2017. Disponível em: <https://rigeo.cprm.gov.br/bitstream/doc/17649/1/georemalagoas.pdf>. Acesso em 10 ago 2023.

CPRM - SERVIÇO GEOLÓGICO DO BRASIL. Brasília. 29 abr 2019. Relatório Síntese dos resultados nº. 1. **Estudos sobre a instabilidade do terreno dos bairros Pinheiro, Mutange e Bom Parto, Maceió/AL**. Disponível em: <https://rigeo.sgb.gov.br/jsui/bitstream/doc/21133/1/relatoriosintese.pdf>. Acesso em 19 jul. 2023.

DIÁRIO DO PODER. 11 mai 2019. Braskem, da Odebrecht, afunda bairros e rouba o sossego de 30 mil pessoas: **Extração irresponsável de sal-gema provoca afundamento de casas**. Disponível em: <https://diariodopoder.com.br/politica/braskem-afunda-bairros-e-rouba-sossego-de-30-mil-2>. Acesso em 6 ago 2023.

EXAME. 8 ago 2019. Juliana Estigarribia. **Braskem terá impacto trimestral de até US\$ 40 milhões com mina de Alagoas: Com o encerramento da atividade mineraria no local, a petroquímica está importando matéria-prima para manter a produção de plástico em Maceió**. Disponível em: <https://exame.com/negocios/braskem-tera-impacto-trimestral-de-ate-us-40-milhoes-com-mina-de-alagoas/>. Acesso em 4 ago 2023.

FARIAS, Talden; ATAÍDE, Pedro. **Mineração e Meio Ambiente**. In: Direito Ambiental Brasileiro. Terence Dornelles Trennepohl e Talden Farias (Coordenação). São Paulo: Thompson Reuters, 2021.

FEITOSA, Cid Olival; ROMEIRO, Augusto da Silva. Exploração mineral e impactos na habitação: **o caso Braskem, em Maceió**. XX ENANPUR, Belém, 2023. Disponível em: <http://anpur.org.br/wp-content/uploads/2023/05/st05-33.pdf>. Acesso em 10 ago 2023.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI: **o dicionário da língua portuguesa**. 3ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FOLHA DE SÃO PAULO. 22 set 2022. Vítimas de afundamentos em Maceió poderão processar Braskem na Holanda: **casas foram atingidas por operações da petroquímica, que possui subsidiárias no país europeu**. Bruno Lucca. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/09/vitimas-de-afundamentos-em-maceio-poderao-processar-braskem-na-holanda.shtml>. Acesso em: 8 ago 2023.

FRAGOSO, Elias. **O Lado B da exploração do sal-gema de Alagoas**. In: Rasgando a cortina de silêncios: o lado B da exploração do sal-gema de Maceió. Elias Fragoso (Org). Maceió: Editora Instituto Alagoas, 2022.

GALINDO, Abel. **Aspectos técnicos de uma mineração desastrosa.** In: Rasgando a cortina de silêncios: o lado B da exploração do sal-gema de Maceió. Elias Fragoso (Org). Maceió: Editora Instituto Alagoas, 2022.

G1. Alagoas. 4 Set 2021. **Afundamento do solo em Maceió pode durar até 10 anos; entenda a formação dos bairros fantasmas.** Disponível em: <https://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/2021/09/04/afundamento-do-solo-em-maceio-pode-durar-ate-10-anos-entenda-a-formacao-dos-bairros-fantasmas.ghtml>. Acesso em 19 jul 2023.

IBGE. Produto Interno Bruto – PIB. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>. Acesso em 8 ago 2023.

LEVINO, Natallya de Almeida; FONTANA, Marcele Elisa. O desastre. Natallya de Almeida Levino; Marcele Elisa Fontana [Orgs.] A cidade engolida. **Desastre ocasionado pela extração irregular de minas de sal-gema em Maceió-AL: uma discussão inicial.** São Carlos: Pedro & João Editores, 2023. 180p.

MARQUES, José Geraldo. **Braskem além das rachaduras – memórias de um tempo quase esquecido.** In: Rasgando a cortina de silêncios: o lado B da exploração do sal-gema de Maceió. Elias Fragoso (Org). Maceió: Editora Instituto Alagoas, 2022.

MELO, Paulo Roberto Cabral de. **Método de lavra por dissolução subterrânea empregado pela Salgema Mineração Ltda.** VII Simpósio brasileiro de mineração. 2 ago 1977. Disponível em: <http://sites.poli.usp.br/geologiaemetalurgia/Revistas/Edi%C3%A7%C3%A3o%2042/artigo42.8.pdf>. Acesso em 2 ago 2023.

MELO, Paulo Roberto Cabral de; CARVALHO, Roberto Senna de; PINTO, Dorival de Carvalho. Halita. **Centro de Tecnologia Mineral – CETEM.** 2008. Disponível em: http://mineralis.cetem.gov.br/bitstream/cetem/1114/1/25._HALITA_Revisado.pdf. Acesso em 5 ago 2023.

MÍDIA CAETÉ. 15 mai 2023. **Carta Aberta das vítimas da Braskem: centralidade, participação e indenizações justas.** Disponível em: <https://midiacaeete.com.br/wp-content/uploads/2023/05/Carta-Aberta-das-Vi%C3%A7as-timas-da-Braskem-2023-05-15-a3a.pdf>. Acesso em 2 set 2023.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Termo de acordo para apoio na desocupação das áreas de risco.** 30/12/2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/al/sala-de-imprensa/docs/termo-de-acordo-celebrado-com-braskem/> Acesso em: 8 ago 2023.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Termo de acordo para implementação de medidas socioeconômicas destinadas à requalificação da área do flexal que celebram as partes.** 6/10/222. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/al/arquivos/2023/acordo-flexal-pesquisavel/>. Acesso em 10 ago 2023.

OLIVEIRA, Gilson Batista de. **Uma discussão sobre o conceito de desenvolvimento.** Revista FAE, Curitiba, v. 5, n.2, p.37-48, 2002.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao Desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROCHA, Marco Antônio M. da; SILVEIRA, José Maria Ferreira Jardim da. Propriedade e controle dos setores privatizados no brasil: **uma avaliação da reestruturação societária pós-privatização.** Rev. Econ. Contemp., Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 49-73, jan-abr/2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rec/a/wLVdpHnvKBYPqxkgJTfjrGP/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em 4 ago 2023.

SECRETARIA NACIONAL DE DEFESA CIVIL. MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. **Glossário de Defesa Civil, Estudos de Riscos e Medicina de Desastres, 5ª Edição.** 2020. Disponível em: <https://antigo.mdr.gov.br/images/stories/Arquivos/DefesaCivil/ArquivosPDF/publicacoes/glossario.pdf>. Acesso em 7 ago 2023.

SIGEP - **Comissão Brasileira de Sítios Geológicos e Paleobiológicos**. Glossário Geológico (Dinâmico) Ilustrado. Disponível em: <https://sigep.eco.br/glossario/> Acesso em 10 ago 2023.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Laura Teixeira Motta (Tradução). São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TRIBUNA HOJE. 8 out 2021. Evellyn Pimentel. **Lagoa Mundaú é “barril de pólvora”, alerta pesquisador**. Disponível em: <https://tribunahoje.com/noticias/cidades/2021/10/08/78599-lagoa-mundau-e-barril-de-polvora-alerta-pesquisador>. Acesso em 8 ago 2023.

UOL. 9 mai 2021. **Patrimônio fantasma: Prédios históricos são deixados para trás por conta do afundamento de bairros pela mineração em Maceió**. Carlos Madeiro. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/reportagens-especiais/predios-historicos-deixados-para-tras-por-afundamento-de-bairros-pela-mineracao-em-maceio/#page6>. Acesso em 8 ago 2023.

CAPÍTULO XIX

A (IN)EFETIVIDADE DOS DISCURSOS DE CRIAÇÃO DE NOVOS SUJEITOS DE DIREITO EM BUSCA DA JUSTIÇA AMBIENTAL: Alguns aportes necessários.

Moisés Saraiva de Luna¹²¹
Narbal de Marsillac Fontes¹²²

RESUMO

O objeto de estudo delineado se propôs a analisar se é possível verificar algum grau de efetividade na inclusão de novos sujeitos de direito na seara ambiental, em especial no enfoque de uma justiça ambiental. Reconhece-se que, ao longo das últimas décadas, o ingresso de novas políticas e instituições públicas, privadas, sub/trans/nacionais, além de coletivos despersonalizados na temática de proteção ao meio ambiente e um desenvolvimento ecologicamente sustentável, exigiu-se, por um lado, discursivamente, a inserção de novos sujeitos de direito, como os animais, as coletividades e a própria noção de Mãe-Natureza. Por outro

121 Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB).

E-mail: moises.saraiva@urca.br.

122 Possui graduação em Direito e Ciências Sociais, mestrado e doutorado em Filosofia. Pós-Doutorado em Filosofia e em Direito. Foi Professor visitante da Université Laval, Québec, Canada e no Massachusetts Institute of Technology (MIT). É professor associado do Departamento de Filosofia da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Leciona na pós-graduação em Filosofia e em Ciências Jurídicas.

E-mail: nmfmarsillac@gmail.com.

lado, a crise das promessas da Modernidade, do Iluminismo, da Razão e o Direito mostram a opressora univocidade da universalidade do discurso dos Direitos Humanos e do Direito. A pergunta chave da pesquisa foi: Será se o reconhecimento de novos sujeitos de direitos ambientais, numa forma de ampliar a efetividade da Justiça Ambiental, pode promover uma maior expansão material do Direito Ambiental? A hipótese é que mesmo entendendo que qualquer discurso serve como organização de uma força normativa e comunicativa para o ingresso de novos sujeitos de direitos ambientais, a mera inserção desses novos sujeitos não traz a efetividade de *per si*, sem que essa inclusão venha acompanhada de mudanças políticas, econômicas, culturais, sociais, institucionais e estruturais. A metodologia foi centrada em um estudo qualitativo, dedutivo, exploratório, com uso de técnicas bibliográficas e abordagem comparativa e histórica. A conclusão é pela confirmação – provisória - da hipótese, reconhecendo a vantagem dos discursos, mas demonstrando sua limitação se forem meros discursos de convencimento. sem mudanças multiníveis e multicêntricas de longo prazo.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Novos Sujeitos de direito. Justiça Ambiental. Discurso. (In)Efetividade.

1 INTRODUÇÃO

O meio ambiente e o planeta Terra, como único lar comum em que todas as espécies habitam e coexistem em uma interação e integração complexa, multissistêmica e variada. Essa complexidade multissistêmica, longe de ser plenamente compreensível, só recentemente ganhou *status* especial de preocupação e proteção, rompendo-se com a visão antiga, mas comum à tradição ocidental, da qual o “homem era a medida de todas as coisas” ou mesmo era o “centro do universo”.

Considerando as poucas probabilidades de tornar-se uma civilização espacial ou a localização e acesso à vida complexa no restante do Universo, a exposição do drama da sobrevivência humana se agravou e tomou corpo

com a edição de uma obra central para a Ecologia, a Primavera Silenciosa, de Rachel Carson. A autora destaca a agressividade da presença humana no planeta e como isso impacta a sobrevivência a longo prazo, em decorrência da degradação ambiental, da poluição e da escassez de recursos naturais.

A partir disso, um movimento social de defesa do meio ambiente surge e se apropria disso, o movimento ambientalista. E como todo movimento, se calça na linguagem, nos discursos, no convencimento e na persuasão para ser abraçado pela maioria da humanidade. Hoje, tal movimento se coloca, entusiasticamente, na defesa da expansão do rol de sujeitos de direitos, podendo demandar, judicialmente, a proteção de seus direitos fundamentais e inalienáveis. No direito, tal movimento faz surgir o Direito Ambiental e, conseqüentemente, uma abordagem específica da Justiça, a Justiça Ambiental.

Trilhando o caminho da discursividade, a argumentação, a defesa de direitos a uma gama maior de seres, evidencia, assim, o problema central desse artigo: Expandir os sujeitos de direitos a aqueles tradicionalmente alijados da proteção jurídica, como os animais, as coletividades e os elementos naturais, como rios e florestas, podem provocar uma proteção maior e mais efetiva, de *per se*, para eles? Ou melhor, será se o discurso de reconhecimento de novos sujeitos de direitos ambientais é capaz de promover por si só uma maior efetividade da Justiça Ambiental?

A hipótese aponta que não é suficiente a positivação de direitos para a sustentação e a efetivação de uma justiça verdadeiramente ambiental. Para afastar ou não a hipótese, passa-se a analisa o objeto em três passos necessários. O primeiro deles é expor as principais definições e noções relacionadas a essa temática de maneira crítica, para que os pontos de partidas estejam clarificados e sejam de diálogo comum.

Em seguida, evidenciar quais estruturas e condicionantes, de maneira ampla, estão conectadas a expansão da efetividade da Justiça Ambiental no caso brasileiro. Em seguida, mas não menos importante, descrever quais

seriam os supostos limites da efetividade do Direito Ambiental e da Justiça Ambiental nos discursos de novos sujeitos de direitos na seara brasileira, pelo olhar da retórica e de múltiplas retóricas, defensoras ou detratoras da expansão de direitos a esses “novos” sujeitos.

Para alcançar esse intento, propõe-se a utilizar as metodologias de pesquisa qualitativa, dedutiva, exploratória, com métodos de abordagem comparativo e histórico, além de técnicas bibliográficas. Assim, nosso trabalho justifica-se ao acrescentar a retórica e seus desdobramentos na análise discursiva do problema e como a construção de discursos e de argumentos tem o poder, limitado ou não, de produzir ações concretas sobre os indivíduos, grupos, órgãos e instituições.

2 SUJEITO, OBJETO, MEIO AMBIENTE E DISCURSO: Uma revisão conceitual

Como abordávamos na introdução, alguns dos conceitos, noções e definições são caras a essa temática e devem, de imediato, serem trabalhados nesse momento, as quais servirão com fundação a discussão de todo o artigo.

Um dos mais comuns conceitos é do que se trata de sujeito e objeto de conhecimento. Não tratamos ainda da situação de sujeitos de direitos e objetos de direito, pois se faz necessário aprofundar previamente essa diferenciação moderna entre sujeito e objeto de conhecimento. É conhecida a famosa frase de René Descartes (2011), em o Discurso do Método, ao qual afirma que “se penso, logo existo” (*cogito, ergo sum*¹²³). Tal frase é a base

123 Parece-se evidente que para ter certeza de sua existência através do pensamento é necessário existir primeiramente e isso o deixa bastante claro Descartes, quando informa que existo, logo penso. Ao pensar, ele confirma sua existência (então, penso, logo existo) e passa a verificar se é possível outras existências, diversas da sua, tendo por afirmativa a resposta. Então, sendo ele uma existência imperfeita é porque há uma existência perfeita, aquela mais perfeita que o próprio Descartes e que só pode ser uma única existência, a de Deus. Vê-se aí, que ele não consegue escapar de seus próprios pressupostos, mesmo quando escolhe uma “moral provisória” para rever todo o seu conhecimento.

da ciência moderna e da separação, no nível das ciências da natureza, do sujeito cognoscente e do objeto cognoscível¹²⁴.

Porém, importa-nos destacar algo relevante que pode passar despercebido na própria filosofia cartesiana e se trata de um elemento fundante do método científico moderno: a imparcialidade e a neutralidade axiológica. Ela parte de um momento claro, em que o pensador afasta seus preconceitos, suas pré-ideias em relação ao mundo, os conhecimentos e sensações prévias e, para estudar um objeto partindo de uma relação de causa e efeito das coisas simples até as coisas mais complexas, adota, temporariamente, novas ideias e pontos de partida para traçar o caminho de sua suposta releitura do mundo.

Note que, nesse momento, por mais esforçado que seja o método cartesiano, é muito difícil ou até mesmo impossível deixar de se seduzir pela cosmovisão pessoal ao qual sustentara a vida do pesquisador - no caso, o Descartes - até então. Então, como ignorar tudo que foi aprendido entre os jesuítas, entre as leituras diversas, as conversas e experiências vividas enquanto servia ao exército ou mesmo as experiências de foro íntimo? Tais pontos de partida, longe de serem completamente alheios a sua própria fundação (DESCARTES, 2011, págs. 42-43), são, exatamente, elementos, ainda que dispersos, desfigurados e ocultados¹²⁵, dessas mesmas fundações.

Feito esse alerta metodológico, passa-se a verificar como o sujeito de direitos surge em oposição ao objeto de direitos. Se na Antiguidade Clássica até a Modernidade alguns grupos de seres humanos foram considerados apenas sujeitos de direito alheio (verdadeiros objetos de direito), como as

124 Apesar de não parecer, essa separação irá ocorrer quando Descartes observa o mundo e apreende o mundo através de sua própria intuição, isto é, aquilo que parece a ele evidente, duma verdade certa e distinta. Enumera então quatro princípios (ou regras) metodológicos ao seu repensar e estabelece, nessa ordem, a **evidência**, a **divisão** para facilitar a **análise**, firmar uma **ordem** a partir das coisas mais simples e as complexificando (**dedução**) e, por fim, a revisão através da **enumeração**. (*Ibidem*, pág. 40).

125 Uma crítica pragmaticista encontra-se na famosa frase de Charles Sanders Peirce (1974, pág. 77) em que diz “Não vamos duvidar em filosofia daquilo que não duvidamos em nossos corações” (C.P II, §1º, 5.265.1).

mulheres em Roma ou a escravidão durante a conquista europeia ao redor do mundo, não se pode afastar o quadro que é com o surgimento do liberalismo, no final do medievo, a inserção no campo jurídico do individualismo cartesiano e o surgimento da pessoa humana como conseqüência de direitos mínimos, inalienáveis, ahistóricos e eternos, sendo que eram claramente históricos e contingenciais (LUNA; ALMEIDA, 2017), tal qual eram os princípios cartesianos.

Tão histórico e contingenciais eram os direitos humanos, que sua maior prova é o crescente reconhecimento, diante de todas as dificuldades, de inserção, discursiva e normativa, de direitos a novos grupamentos humanos, menosprezados inicialmente, como mulheres, idosos, crianças, minorias étnicas, culturais, religiosas, sociais, econômicas e outros, carregados de valores, ideologias e conteúdos morais, tal qual era, mal disfarçadamente, a filosofia cartesiana.

Tais valores, ideologias e morais, a saber, são evidenciados, reforçamos, pela crítica feita pelos linguistas, pelos pragmáticos e pelos retóricos, em três viragens teóricas (FONTES, 2017) da filosofia e da ciência da modernidade. Num primeiro momento, a viragem linguística vem à tona ao estudar os discursos, iludidos, no entanto, a uma possível elucidação perfeita do mundo através da linguagem. Em segundo momento, como crítica à primeira posição, a viragem pragmática expõe o caráter de crescimento, variação e multiplicação de significados de acordo com o uso prático dos signos.

Isto é, se a língua era histórica, era porque a sociedade era histórica e eram históricos os discursos, contingenciais, plúrimos, que não mais (e nem nunca) demonstravam a realidade de maneira objetiva, mas simplesmente através de jogos de linguagem¹²⁶ afetados e afetando a realidade de cada dia, através de um raciocínio argumentativo, antimetafísico, portanto.

126 Jogos de linguagem são, em Wittgenstein (1996), os vários usos que se faz da língua e que só surgem no seu próprio uso, na sua atividade prática, sendo o objetivo desse uso essencialmente antimetafísico.

São os pragmáticos os quais abrem caminho para o renascimento da retórica, na terceira viragem, a viragem retórica, de uma Nova Retórica, agora não mais denunciada pelos herdeiros de Platão como meramente estética, enganadora, ilusória ou antiética dos sofistas gregos. Pelo contrário, além apenas do discurso belo e empolado, a Nova Retórica reconhece que qualquer discurso objetiva convencer (aceitar os argumentos), ou melhor, a fazer/em alguém/ns concordar/em e agir/rem como tal/is (persuadir, portanto) sobre opiniões bem aceitas (*endoxas*), evidenciando o caráter intersubjetivo, socialmente construído da linguagem e da pragmática humana.

A ruptura da metafísica dos direitos humanos, do Direito e de alguns ramos da Ciência suposto e teimosamente demonstrativos, alicerces da Modernidade, não é, contudo, para ignorar os avanços da Modernidade, porém denuncia aquilo oculto, indizível, escamoteado e desprezado por ela. Esse discurso metafísico opressivamente exclui ideologias, filosóficas e cosmovisões aparentemente ou totalmente antitéticas ao seu discurso universal e expõe a metafísica da Modernidade como mais um dos vários discursos, e que, portanto, devem ser permanentemente revisados, reelaborados e reconstruídos¹²⁷.

Portanto, não podemos deixar de perceber que o reconhecimento de novos sujeitos de direito ambiental é uma disputa persuasiva - uma disputa linguística, pragmática e retórica - no campo do Direito Ambiental. Conceituando-se Direito Ambiental a partir do conceito legal de meio ambiente, que diz, no art. 3º, I da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981: “meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as

127 É a mesma conclusão que chega Fontes (2017) ao estudar os textos de um ferrenho crítico da Modernidade (Boaventura de Sousa Santos) e de um árduo defensor da mesma (Bjarne Melkevik), para propugnar pelo respeito, pela continuidade desse rico debate e pela aceitação de argumentos razoáveis e inclusivos na temática de direitos humanos na construção de consensos por vias democráticas. A insistência dessa metafísica canibal só pode provocar, segundo o mesmo autor, verdadeiras retóricas canibais, excludentes do debate e do consenso (FONTES, 2022).

suas formas” (BRASIL, 1981), fica claro que um ramo do Direito surge para regulamentar as interrelações homem-natureza, porém sempre tendo em mente o discernimento que até mesmo nesse conceito há disputa de plurivocidades (ANTUNES, 2020, págs. 70-71).

Dessa mesma forma, conceituar natureza dentro do Direito Ambiental brasileiro é outro campo de disputa em aberto (DULLEY, 2004), no qual podemos organizar apenas uma base conceitual de várias influências, de matizes filosóficas e éticas diversas, mas podendo entender, para os fins desse artigo, que natureza é a complexidade, em teia, das relações entre homem e os demais seres e substâncias, considerando suas interações, interrelações e confluências e afastamentos, historicamente dados, no planeta em que vivemos (INGOLD, 2006).

Por último momento, após as distinções já feitas acima, deve-se diferenciar as vertentes filosóficas de Direito Ambiental aos quais os movimentos e os atuantes na área estão a elas vinculados, sendo em dois grandes eixos, de maneira introdutória, o antropocentrismo e o não-antropocentrismo¹²⁸ (BENJAMIN, 2011). A primeira, se subdivide em duas correntes, a do antropocêntrico puro e do antropocentrismo intergeracional.

O primeiro deles, o antropocentrismo puro, se trata da visão clássica de admitir que o homem é o centro do universo e, portanto, da natureza. Sob a tutela dos seres humanos estão todos os/as animais, plantas, paisagens físicas e materiais inorgânicos, todos dentro de sua competência ilimitada e irresponsável, justificável seja em fundamento religioso, utilitarista (de uso econômicos desses bens naturais) ou mesmo uma alegada

128 Resumimos em duas grandes correntes, pois mesmo as matizes e variações entre elas são relacionados a uma prevalência do homem sobre todo o restante do meio ambiente (visão antropocêntrica) e a simetria e interrelação, holística, sistêmica ou integral, do homem em pé de igualdade com os animais, as plantas e o campo abiótico (não-antropocentrismo). Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin estabelece que são três as grandes correntes, em antropocentrismo puro, antropocentrismo mitigado ou intergeracional e não-antropocentrismo.

superioridade moral da espécie humana, superioridade essa moral, racional, cognoscente ou na junção de mais de um desses elementos sobre o restante da natureza.

Se olharmos o rico histórico da ciência das relações homem-natureza (ecologia)¹²⁹ e a história da humanidade, é patente que tal visão é, no mínimo reducionista. Afinal, as ações humanas na natureza e os efeitos dessas ações (ou omissões), com suas modificações e degradações, mesmo que a centenas ou milhares de quilômetros de distância¹³⁰, afeta igualmente outros seres humanos, tenham eles e elas consciência direta disso ou não. Tal visão, ainda que possa ser defendida por industriais, empresários, indivíduos, grupos, corporações ou até mesmo Estados vem perdendo terreno dia a dia.

A outra visão ainda dentro do marco da centralidade do humano, é a do antropocentrismo mitigado ou antropocentrismo intergeracional. Essa vertente percebe um fato aos quais as comunidades andinas já tinham notado: a responsabilidade para a manutenção do futuro compatível com o presente para as novas gerações é das gerações antecedentes. Assim, os atos e omissões na relação homem-natureza da atual geração impactarão, direta ou indiretamente, as futuras gerações e não permitirão alcançar os mesmos padrões de desenvolvimento (e não mero crescimento) econômico sustentável.

129 É importante lembrar que iniciativas de ecologia ou mesmo de agroecologia não são novas. Há registros de que no início do século XX o líder religioso Padre Cícero Romão Batista recomendava cuidados específicos aos sertanejos, como não plantar em encostas muito íngremes, não caçar, não criar animais soltos, a construção de cisternas para retenção de água da chuva, utilizar-se das plantas da caatinga de maneira sábia, não limpar o terreno com queimada, represar, mesmo que maneira simples, os rios em intervalos regulares, plantar árvores diariamente, entre outros, para conviver com a seca (SILVA, 2013). Portanto, traços ecológicos e agroecológicos não são novidades da segunda metade do século XX e esse é apenas um deles.

130 Lembre-se do caso do uso do CFC e da proibição dele ocasionado pelo “buraco” na camada de ozônio e será suficiente para notar que a distância é irrelevante para os impactos ambientais da ação ou omissão humana sobre o meio ambiente.

Um desenvolvimento sustentável forte¹³¹, para melhorar uma expressão corrente de nossos dias, deve levar em conta tal cálculo para o futuro. Obviamente, esse cálculo ainda centraliza o *homo sapiens* como destinatário da natureza e tem tornado o lado mais comum e notório do movimento ambientalista a nível mundial, para qual percebe-se a necessidade desse cálculo para a manutenção do padrão de vida futuro na equivalência e semelhança atual.

Por fim, há uma grande corrente que podemos chamar de não-antrópocêntrica. Essa corrente, que tem variações que abordam desde o pensamento complexo ou sistêmico de Edgar Morin e Frijof Capra, a ecologia profunda e o biocentrismo (BENJAMIN, 2011, págs. 89-90) abordam tal separação de espécies apenas como uma mera separação biológica, no sentido em que não há hierarquização entre os humanos, os animais, os vegetais e todas as outras formas de (não-)vida. Não é uma corrente nova, haja vista como as sociedades protetoras dos animais, ao longo do século passado já lidavam com os animais de estimação (OSTOS, 2017), mitigando o antropocentrismo, mas aprofundiza e valoriza o relacionamento complexo, sistêmico, holístico, interrelacionado entre todas as formas de vida e de não vida.

Essa corrente, no entanto, não defende a submissão do homem à natureza, mas o reposicionamento do primeiro em relação à segunda, a fim de colocar ambos em mesmo plano valorativo, sem descuidar dos impactos que micro-organismos patogênicos podem provocar nos seres humanos, por exemplo, mas entendendo os seres humanos apenas como um elo, uma etapa da complexa cadeia da natureza.

131 *Strong Sustainability* é um termo usado por Kondar Ott (2003) para falar sobre essa responsabilidade e herança ambiental intergeracional, a partir do “véu da ignorância” de John Rawls. Apesar de um ótimo exercício para determinar cálculos morais e políticas baseadas em valores morais, o “véu da ignorância” não afasta todos os preconceitos e históricos socioculturais do indivíduo, mas força-o a pensar sobre eles e para mitigá-los ao máximo.

Por fim, o debate sobre conservação e preservação está presente em nossas sociedades. Se por conservação tenta observa a mitigação dos danos ambientais e a atuação do homem de maneira planejada e sustentável no meio ambiente, isto é, tratando-se a partir de uma proposta mais antropocêntrica mitigada, a preservação é voltada numa postura biocêntrica¹³², ao qual exige, de todos os seres humanos, a preservação, com a maior incolumidade possível, de áreas e ecossistemas, ecossistemas que, por definição legal, assim se assume: “[ecossistema] significa um complexo dinâmico de comunidades vegetais, animais e de microorganismos (sic) e o seu inorgânico que interagem em uma unidade funcional” (BRASIL, 1994), ao longo da biosfera.

Agora, passamos a analisar a situação específica do Brasil, em como se falar em justiça ambiental brasileira, passando a perceber as particularidades do sistema judicial brasileiro no que se refere a conservação e preservação do meio ambiente, nos termos previsto na legislação específica.

3 A JUSTIÇA AMBIENTAL NO BRASIL: ESTRUTURAS, CONDICIONANTES E SUA FORMAÇÃO

No trânsito do longo tópico antecedente, abordamos as questões primeiras sobre o meio ambiente, a ciência, os valores na ciência e as vertentes do Direito e do movimento ambientalista. No entanto, tais teorias se manifestam dentro de realidades específicas, as quais produzem limitações,

132 Em uma postura claramente biocêntrica, não podemos esquecer de Enrique Leff (2006), na obra *Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza*, ao qual o pensador se propõe a criar um novo marco de racionalidade, um novo paradigma, a racionalidade ambiental, criticando as principais referências teóricas da Modernidade e rompendo com a lógica do perpétuo crescimento ou da falácia do desenvolvimento sustentável, ao argumentar em oposição à racionalidade cartesiana já exposta extensamente aqui, alicerçando-se em uma economia neguentrópica (isto é, em oposição ao entropismo da economia atual, entropismo que é conceito ligado a Segunda Lei da Termodinâmica), numa integração homem-natureza e um respeito as gerações vindouras. Entretanto, a obra peca por não apresentar caminhos ou propostas materiais para suas propostas abstratas.

organizam estruturas e erigem condicionantes para sua aplicação, modificando, caso a caso, o seu espectro de aplicação prática.

Nesse ponto, vale recordar as três fases de organização do Direito Ambiental brasileiro, no aspecto de proteção jurídica ao meio ambiente, a saber: a) em exploração desregulada (ou uma espécie de *laissez-faire, laissez-passer* ambiental), notadamente na conquista europeia do território brasileiro, b) uma fase fragmentária de proteção ambiental, em que o legislador encontrava e estatuiu proteção ambiental de maneira não-generalizada, direcionado a proteção aos recursos naturais individualmente, em vez de maneira sistemática e; c) a chamada fase holística do Direito ambiental.

Contudo, essas fases não acontecem de maneira independente e nem se encerram de maneira abrupta, como não acontece com boa parte dos acontecimentos sociais, mas tem momentos em que uma das fases se interpõe sobre a outra, ora de maneira regionalizada, ora de maneira global. Não obstante, é possível traçar marcos históricos de virada dessas fases na história brasileira.

No primeiro momento, entre o período de 1500 até a segunda metade do século XX, havia uma total desregulamentação da área ambiental. A regulamentação atingia, indiretamente, ou a proteção ambiental, ou a proteção de alguma espécie de vegetal que tinha natureza econômica de destaque ou estava relacionado a proteção da saúde humana. Nesse momento, de exploração desenfreada, podemos dizer que o antropocentrismo era em seu estado mais puro, em que a temática ambiental era tratada por poucas legislações esparsas, normalmente utilizando-se mecanismos de Direito Civil, como o direito de vizinhança.

No segundo momento, o que se chama de fase fragmentária, para usar a divisão em fases de Benjamin (2014), no período entre a década de 1960 até a Constituição de 1988, o Estado, através do órgão legiferante, passa a demonstrar atenção não apenas as questões econômicas do meio ambiente e adiciona a preocupação de conservação dos recursos naturais, impondo alguns poucos controles à exploração econômica. Essa imposição de con-

trole ainda era estruturada majoritariamente pela mesma lógica utilitária presente em todo o antropocentrismo puro da fase anterior, em uma visão pouco sistêmica de proteção jurídica do ambiente.

No entanto, algumas importantes legislações são editadas durante esse período, como o Código Florestal¹³³ de 1965 (e que vigorou até 2012), os Códigos de Caça, Pesca e Mineração, de 1967 a Lei de Responsabilidade por Danos Nucleares, de 1977 até a Lei de Agrotóxicos de 1989. O marco de maior vulto que transmuta a situação brasileira da segunda para a terceira fase é a legislação criadora da Política Nacional de Meio Ambiente, já citada no tópico anterior, de 1981, com a criação de um Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), a chamada fase holística.

A terceira fase não ocorre sem motivos: aprendendo com os erros das fases anteriores e com o movimento ambientalista, que deita raízes em solo nacional, nasce uma articulação político-institucional nacional e vem a integrar todas as ações já feitas na seara ambiental dentro de um sistema unificado, de divisão de competências, sistema esse que será transplantado, com modificações, para a Constituição federal.

A Constituição Federal, de 1988, organiza um curto, mas impactante capítulo, para tratar sobre o meio ambiente, ora alternando uma postura de antropocentrismo mitigado, ora de biocentrismo¹³⁴, inegavelmente rompendo, de vez, com qualquer ideia de antropocentrismo puro. A preservação geral e a recuperação de áreas degradadas, a destinação de áreas de uso controlado e previsto em lei dos recursos naturais, controle de produção, comercialização e uso de substâncias potencialmente poluidoras e degradantes, exigência de estudos prévios para atividades que tenham potencial de danos ambientais, além de determinação de patrimônios naturais nacio-

133 Já havia um Código Florestal anterior, de 1934. Entre a primeira e a segunda legislação foi criada a primeira Unidade Nacional de Conservação Florestal, a Floresta Nacional do Araripe (FLONA), sendo uma das áreas do hodierno Parque Geológico do Araripe (Geopark Araripe), reconhecido pela Organização das Nações Unidas para Educação e Cultura (UNESCO) e integrante da Rede Mundial de Geoparques.

134 Em discordância do biocentrismo da Constituição Cidadã, Paulo de Bessa Antunes (2020, págs. 9-10, 18-19 e ss).

nais com uso controlado, vedação, com exceção as práticas culturais tradicionais e com manejo visando o bem estar animal, de atividades cruéis aos animais, mas mantendo tal vedação a extinção de espécies ou que coloque as funções ecológicas da fauna e da flora em risco (BENJAMIN, 2014, pág. 98-99)¹³⁵.

Essa sistemática da Constituição federal exige atuação coletiva do Estado e da sociedade, ao transformar o meio ambiente ecologicamente equilibrado em direito de todos, em ações de defesa e preservação para as presentes e futuras gerações. Com normas de aplicação imediata, merecendo, quando muito, esclarecimento infraconstitucional, todo esse sistema vem sendo ampliado e resguardado através de legislações infraconstitucionais normatizadoras e definidoras dos detalhes e das interações entre os níveis federal, estadual e municipal.

O primeiro problema pode se perceber nesse momento se mostra a nível institucional-estrutural: a repartição clara de competências entre a União, o Estado e o Distrito Federal, assunto tratado em outra parte da Constituição, ao tratar sobre competências privativas, comuns e concorrentes.

Em breve retrospecto, as competências privativas impedem, sem expressa delegação, a atuação dos Estados para adoção de medidas legais e administrativas. As concorrentes organizam a atuação centralizada da União através de normativas gerais e a atuação descentralizada, de maneira suplementar, dos Estados e, inexistindo lei federal geral, os Estados tem plena atuação na matéria até a superveniência de norma geral federal, ao qual invalida aquilo que a normativa estadual assim a conflitar. A competência comum constitucional é exercida através de acordo de cooperação

135 Por caminho diverso, analisa Paulo de Bessa Antunes (2020, págs. 65-86). Note-se que com a Emenda Constitucional nº 96/2017 legitimou constitucionalmente a prática de vaquejada que tinha sido declarada inconstitucional pela procedência da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.983/CE. Já a EC nº 123/2022 incluiu previsão específica sobre regime fiscal diferenciado para biocombustíveis, como forma de incentivo ao seu uso e, ambientalmente, mitigar os efeitos das mudanças climáticas.

entre os três níveis federativos, na forma de equilibrar o bem estar nacional e o desenvolvimento regional, sob o prisma da Constituição.

A nível de competência legislativa privativa, é possível localizar matérias típicas do Direito Ambiental, como direito agrário; águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; regime de portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial; jazidas, minas, outros minerais e metalurgia; populações indígenas e; atividades nucleares de qualquer natureza, seguindo o disposto nos incisos I, IV, X, XII, XIV e XXVI do art. 22 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Em sede de competência comum, há assuntos equivalentes, como o cuidado à saúde e a assistência pública; proteção de bens culturais, artísticos e culturais, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; impedir danos ou subtração de bens de valor artístico, histórico ou cultural; proteger o meio ambiente e combater de forma ampla a poluição; preservar as florestas, a fauna e a flora; fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; registro, acompanhamento e fiscalização das concessões de direito de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais, cada qual em seus territórios (art. 23, II a IV, VI a VIII e XI da CF/88).

E em nível de competência concorrente, há temática ambiental imediata ou mediata, pelo menos, em Direito Econômico e Urbanístico; floresta, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; proteção ao patrimônio histórico, artístico, cultural, turístico e paisagístico; responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico turístico e paisagístico; proteção e defesa à saúde (art. 24, I, VI a VIII, XII da CF/88).

Por si só, todo esse nó górdio de competências inter penetrantes é um complicador, mormente se reconhecer assuntos indiretos ao meio ambiente como desporto, procedimentos em matéria processual, proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência entre outros temas aos qual

a interdisciplinaridade da temática ambiental se conecta. Mas essa organização de competências atua também de outra forma a complexificar o sistema nacional ambiental.

Não é raro, ao contrário, é comum que uma intervenção, mesmo que mínima, em um ecossistema tende a gerar impactos ambientais alheios a quaisquer tipos de limites geopolíticos, fictícios em sua essência. Assim, mesmo que a atuação de um órgão ambiental municipal, por exemplo, permita ou consinta com a ação ou omissão humana em uma localidade, a integração sistêmica do meio ambiente com seus vizinhos e com a cadeia ecológica em nível regional e global pode e, costumeiramente, afeta, espaços distantes do causador daquele dano.

Por mais que seja louvável a atuação integradora ou holística, como diz Herman Benjamin, da Constituição, isso provoca sérias disputas judiciais e administrativas para delimitar a atuação dos órgãos ambientais. Não é incomum acontecer que uma autarquia ou secretaria de meio ambiente municipal autorize a atuação econômica em uma determinada área de sua legítima competência e, mais tarde, um órgão federal ou estadual embargue tal empreendimento por visualizar, de maneira mais ampla, de forma justificada ou não, a ocorrência de um dano ambiental transfronteiriço.

Nem se descure da possibilidade de, em alguns casos, as competências legislativas encontram obstáculos quando se trata de competências legislativas interdisciplinares, citando o caso de quando uma competência federal de organização do mar territorial enfrenta a resistência de uma legislação ambiental estadual proibitiva de uso de determinadas técnicas para pesca no território do Estado¹³⁶. É fácil de se resolver tal conflito quando,

136 Exemplificativamente, está na situação do Estado do Rio Grande do Sul, em que normatizou, através da Lei Estadual nº 15.223/2018, a proibição de rede de arrasto na faixa marítima da zona costeira. Vendo um possível conflito de competência, o Partido Liberal (PL) - antigo Partido da República (PR) - ingressou com a ADI nº 6.218/RS, sob a relatoria do Min. Celso de Mello, por ofensa a competência privativa da União em matéria de mar territorial. Contudo, o relator entendeu não haver qualquer ofensa a Constituição, indeferindo medida cautelar para imediata suspensão da

no exemplo dado, a legislação ambiental federal de pesca proíbe a mesma técnica em nível federal, mas quando a legislação é silente ou até mesmo contraditória em comparação com a legislação ambiental subnacional?

Isso não implica, todavia, uma defesa do afrouxamento das regras ambientais ou de autodeclarações ambientais e dispensa genéricas e irresponsáveis de Estudos e Relatórios Prévios de Impacto Ambiental, como os Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA). Implica, dessa forma, que as disparidades regionais, a falta de estrutura e a falta de integração entre os entes federativos são dificuldades a ser enfrentadas a nível estadual e municipal.

O enfoque momentâneo a nível municipal não é sem propósito, afinal é a atuação administrativa mais visualizável aos cidadãos. É aonde também se inicia a atuação dos órgãos ambientais e os primeiros contatos com a normativas de licenciamento ambiental. O processo de descentralização brasileira, fruto de um federalismo cooperativo, se lastreia em formulação de programas, integrados e sistêmicos, negociando e organizado nas três esferas de atuação estatal e nos três poderes e o municipal e tem ganhado cada vez mais corpo após a edição da Carta de 1988.

A primeira dificuldade municipal é facilmente visualizável: orçamentário-financeira. Muitos municípios dependem, integral ou majoritariamente, de receitas oriundas dos repasses constitucionais, centralmente no Fundo de Participação dos Municípios (FPM). Dessa maneira, ficam presas a uma lógica de dependência política com o governo central e o governo estadual para projetos específicos que transbordem os repasses constitucionais ordinários. Mesmo que se trate ao olhar não de projetos, mas de programas de Estado, a execução deles sempre demanda infraestrutura e recursos (hu-

norma, pois se tratava de matéria de competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal na proteção ao meio ambiente marinho, bem como matéria já regulada por norma federal geral, ao vedar uso de “pretrechos, técnicas e métodos não permitidos ou predatórios (art. 6, §1º, VII, alínea d da Lei nº 11.959/2009)” (SARLET, FENSTERSEIFER, 2020).

manos, educacionais, materiais) dependentes de um custeio claro, definido, institucional e corrente.

Se o problema orçamentário-financeiro poderia ser superado pela ampliação das receitas municipais sobre a arrecadação tributária, seja nos impostos de sua competência (IPTU, ISS e ITBI, além do ITR, quando possível), seja com taxas, tarifas e outras contribuições, a mesma dificuldade institucional-administrativa se perdura, haja vista a fragilidade destes em relação ao poder econômico local e sua estreita e quase inafastável ligação com o poder político, vínculo comumente diretamente proporcional ao tamanho do município.

Muitos municípios têm quadros profissionais, mesmo quando concursados, com pouco espaço de atuação autônoma e independente, sujeitos aos humores e aos desejos do gestor da ocasião. A estruturação de carreiras, cargos, recursos materiais e autonomia financeiro-administrativa, com garantias e cuidados necessários à perseguição política e eventual retaliação é exceção nas administrações municipais.

Do lado dos impostos municipais, via de regra, os municípios concentram sua arrecadação sobre os valores destinados ao setor de serviços e, secundariamente, a propriedade urbana. Se uma estratégia seria regulamentar o pagamento de serviços ambientais¹³⁷ (PSA) municipais, estaduais¹³⁸ e

137 A ideia de serviços ambientais é quantificar, através de serviços, de maneira direta ou indireta, monetariamente ou não, o retorno ao qual a humanidade, seja indivíduos ou grupos, tem com o uso dos recursos naturais, afim de poder compensar e/ou mitigar, de várias formas, a ação e omissão humana. Em inglês têm-se *ecosystem services* (serviços ecossistêmicos) que se subdividem em serviços de provisão (como matéria prima para geração de energia, fibras, fitofármacos, etc.), serviços reguladores (purificação do ar, regulação do clima, regulação e purificação da água, etc.), serviços culturais (em benefícios recreacionais, educacionais, estéticos, espirituais), e de suporte (ciclagem de nutrientes, formação dos solos, polinização e dispersão de sementes). (HASSAN, SCHOLE, ASH, 2005, págs. 26-28).

138 Após longa tramitação (FARIAS, RÉGIS, 2021), a Política Nacional de Serviços Ambientais foi publicada em forma de Lei, a de nº 14.119, de 13 de janeiro de 2021, porém, até o momento, não há regulamentação de tal matéria. Contudo, muitos estados e municípios adotarem normas semelhantes, como o ICMS Ecológico do Paraná, além de um estudo sobre o PSA focado especialmente na Mata Atlântica (GUEDES, SEEHUSEN, 2011).

federal, ainda há um certo grau de maturidade a ser desempenhado a nível municipal para superar tal estado de coisas¹³⁹.

A nível federal, enfrentou-se, no período entre 2019 a 2022, um combate desmedido e desregulamentador da área ambiental. Normas consideradas protetoras de determinados ecossistemas, ações para evitar e combater a propagação do fogo em áreas como a Amazônia e o Pantanal, demissão de diretores e perseguição de servidores concursados por sua atuação estava desarticulando¹⁴⁰ o sistema organizado a nível de Ministério do Meio Ambiente (MMA), sob a legitimação discursiva do antigo Presidente da República.

Há, ainda uma última dificuldade, essa de seara hermenêutica, que trespassa a todos os órgãos, mas atua sensivelmente a nível de Ministério Público e Defensoria Pública dos Estados, a aceitação de edição de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) para a regularização de passivos ambientais, prevendo ou não a recuperação da área degradada, no confronto da atuação judicial perante desastres e outras intervenções humanas poluidoras e a indisponibilidade do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

Nessa seara hermenêutica, não se pode olvidar os dois casos de maior repercussão no Brasil, o rompimento das barragens de rejeitos de minério em Brumadinho (2019) e em Mariana (2015), ambos no Estado de Minas Gerais. Nos dois casos, uma mesma companhia estava participando, individualmente (Brumadinho) ou em consórcio com mais duas companhias da

139 Em 2006, foi feito um estudo (CARLO, 2006) acerca das estruturas municipais em que já se diagnosticava as ausências que tratamos aqui. Apesar de estar desatualizado, ainda é uma boa referência de levantamento de dados municipais e de sua gestão ambiental. Observe também estudo mais recente (BRITO, PINHEIRO, SILVA SOBRINHO, COSTA FILHO, 2021) sobre a dificuldade de se implementar uma autarquia municipal de meio ambiente em um município da região metropolitana de Fortaleza, Pacatuba, ao qual reflete as dificuldades já elencadas previamente.

140 Como um breve resumo da situação com o MMA, consulte Shalders (2020). Analisando a situação de como os discursos do ex-presidente da República Jair Messias Bolsonaro impactaram a seara ambiental, veja Pinheiro (2022).

exploração de minério de ferro na região e do controle das barragens. Tais desastres, já considerados os dois maiores da área no Brasil, ainda estão com pendências judiciais.

Nos dois casos, além das atuações administrativas a nível estadual e federal, a atuação do Ministério Público foi no sentido de elaborar acordos para que as responsáveis arquem com reparações milionárias para recuperação do meio ambiente, pensão e indenizações aos familiares dos trabalhadores da empresa e dos atingidos, além da recomposição da área e outros danos correlatos.

As causas imediatas do rompimento das duas barragens são creditadas a má gestão dos riscos referentes ao seu processamento e manutenção, a tecnologia pouco segura, com crescimento da barragem usando parte dos rejeitos de minério para sustentação e parte do muro de contenção, na técnica de barragem à montante, e falhas na avaliação independente de riscos por auditorias externas.

Como causas mediatas, incluem-se a falta de recursos humanos e materiais para a fiscalização ampla de todas as barragens, em Minas Gerais e no restante do território brasileiro, a inexistência de legislação específica para prevenção desses acidentes e, por fim, mas não menos importante, a própria disputa que existe para o licenciamento ambiental entre as esferas de atuação ambiental¹⁴¹.

Com tal situação, o direito dos desastres, tema de atuação recente no Brasil, mas com uma estrutura mais definida nos Estados Unidos, passou a observar algumas questões prementes: que os desastres podem ocorrer por causas majoritariamente naturais, mas sua amplitude de destruição pode ser evitada por regulação tanto em Direito Fundiário (e acrescente-se, Direito Urbanístico), como pela prevenção e mitigação¹⁴² de risco na seara ambiental.

141 Mesmo que a Lei Complementar n° 140/2011 (BRASIL, 2011) tenha tentado pacificar as disputas de competência administrativa para a resolução de conflitos, há quem ainda ver pendências nesse nível, como Paulo de Bessa Antunes (2020).

142 Daniel Farber (2012), sobre o tema, organiza o chamado ciclo do direito de desastres

Além de ser desastre uma palavra maleável - como são todas as palavras, diga-se de passagem-, no caso brasileiro, há situações catastróficas, como a quantidade de homicídios anuais, mas que não se consideram como desastre, bem como danos ambientais comuns podem provocar desastres, como um excesso de poluição em períodos específicos.

Com todas as questões trazidas à baila nesse tópico, trata-se sempre de uma interpretação dos fatos ambientais e das situações legais, administrativas e judiciais desse espaço, nesse momento, encaixa-se uma discussão que não foi esquecida e que retoma parte do conteúdo do primeiro e do segundo tópico: as retóricas.

Fala-se em retóricas, como sinônimo de discursos argumentativos para convencimento (concordância) ou persuasão (concordância e ação) dos ouvintes, pois, para fundamentar a ideia de novos sujeitos de direitos, há várias retóricas em apoio ou em repulsa a tal ideia, assunto ao qual trataremos adiante.

4 O DISCURSO DOS NOVOS SUJEITOS DE DIREITO E AS RETÓRICAS: DE INTRANSIGÊNCIA, DE INCLUSÃO E DE PARADIGMAS

As ações humanas têm, por substrato, de serem intermediadas pela linguagem, para alcançar maior adesão e apoio, seja no campo político, seja no campo religioso, ou de forma ampla no macrocosmo social. A linguagem, então, é direcionada a uma solução dos problemas e voltada a uma prática específica, a prática do convencimento e da persuasão.

(com etapas interrelacionadas, frise-se) iniciando-se em **evento desastroso, resposta de emergência, compensação e indenizações/seguros, reconstrução das áreas atingidas, mitigação de riscos (futuros)**. Há de se informar que estratégias de organização de fundos específicos, para enchentes, por exemplo, ou mesmo para os impactos maiores não tão distantes das mudanças climáticas são formas de mitigação, mas que a maior mitigação seria superar as falhas regulatórias e administrativas, na concepção do autor. Eis, então, novamente, as dificuldades administrativas já apresentadas a nível estadual e municipal.

Distinguindo a concordância das ideias e argumentos (o convencimento, portanto), da ação ligada a essa concordância (isto é, a persuasão), reitera-se que não dá para falar em apenas um único discurso sobre a temática de sujeitos de direitos ambientais, antigos e novos, a justiça ambiental¹⁴³ e a efetividade dessa justiça e do Direito Ambiental como todo.

O que se quer dizer é que a plurivocidade do movimento ambientalista, do Poder Judiciário no assunto de meio ambiente, sustentabilidade e desenvolvimento – mesmo que nesse segundo caso tente-se esconder através da neutralidade axiológica dos juízes, ao qual já se afastou logo no primeiro tópico – e a efetividade das proposições normativas nesse ramo do Direito não pode ser resumida a apenas um único discurso de legitimação.

A princípio, tratou-se, em linhas bem gerais, de pelo menos três grandes correntes filosóficas (e, por que não, linguístico-argumentativas) na temática, como o antropocentrismo puro, o antropocentrismo mitigado e o biocentrismo. Ressalta-se que longe de simplificar toda a complexidade dos discursos e das práticas ambientais nessas três diminutas categorias, o esforço foi de demonstrar a impossibilidade de uma verdade, plena de luz, universal e incontestada, mas de veridades, de bons discursos de consenso racional, de boas *endoxas*, se permite a redundância.

Assim, traça-se paralelos entre três discursos (ou retóricas) na temática, a da **intransigência**, de **inclusão** e de **paradigmas** na efetividade da inclusão dos novos sujeitos de direitos. Tais retóricas foram “livremente” nomeadas, para fins didáticos, nessa exposição, sem, contudo, serem e nem

143 Por justiça ambiental, conforme Acselrad (2004), há de passar pelo reconhecimento de momentos objetivistas - mesmo a suportar a crítica ao objetivismo científico - como a percepção de, claramente, há desigualdades de poder afetando a coletividade em seu aspecto econômico e social, como no caso do Movimento dos Sem Terra (MST) e do momento subjetivista da justiça ambiental, tal qual ações estratégicas e força simbólica, ao estender a matriz dos Direitos Humanos ao meio ambiente (e também aos novos sujeitos de direitos), unificar, nacionalmente e de maneira política uma multiplicidade de embates localizados, elaborando uma classificação própria dos grupos sociais vulneráveis. Essa é uma forma retórica e discursiva de combater a intensa mobilidade fugitiva de responsabilidades do capitalismo, saindo de regiões mais exigentes para menos exigentes.

quererem ser, a *ultima ratio* sobre o assunto. A primeira delas é a **retórica das intransigências**.

Tal retórica, vista na obra de Albert Hirschman¹⁴⁴, atua de maneira interdisciplinar, tal qual é o Direito Ambiental, atuando em pelo menos três níveis de argumentação reacionários¹⁴⁵: da **perversidade, da futilidade e da ameaça**¹⁴⁶. O autor analisa tais retóricas a partir dos discursos reacionários as quaisquer tentativas de mudança social. Entenda-se mudança como novas propostas para resolução de conflitos e problemas prévios que assolam a humanidade em um determinado período, sem dizer, com isso, que necessariamente serão mudanças benéficas ou maléficas, mas novas formas de lidar com os problemas existentes no seio social.

Se a **perversidade** da reforma social, na situação em análise, para inclusão de novos sujeitos de direitos (e para Hirschman, idênticos em sua essência aos aplicados para questionar a Revolução Francesa¹⁴⁷) provocaria

144 Daqui por diante, exceto quando expressamente mencionado, utilizaremos como referência a obra de Albert. O Hirschman (1992).

145 O uso de reação e reacionário ao conservadorismo engajado parte, historicamente, da denúncia dos excessos da Revolução Francesa no período do Termidor, a reação ao Terror Jacobino revolucionário francês, por Benjamin Constant, na elaboração de um texto chamado “Reações políticas”, ao qual reflete seu medo de que a reação girondina seja pior que os excessos jacobinos. Desde então, a palavra reação tem sido associada em nível político a essa postura ideológica e não somente uma reação física, como na Terceira Lei de Newton. (*Ibidem*, págs. 16-17).

146 Hirschman lembra da equivalência, no discurso progressista, de argumentos equivalentes aos três citados. Para a perversidade, a necessidade de ação, ou a tese do perigo iminente, para a futilidade da atual reforma social, a retórica da “história ao seu lado”, para a ameaça da reforma, a crença na ilusão da sinergia com as reformas anteriores. Ambos, são, como diz o autor, casos limites, e, portanto, não permitem avançar nos debates democráticos. Os argumentos progressistas não serão tratados de maneira aprofundada aqui, pela limitação metodológica e de espaço. (*Ibidem*, págs. 132-140).

147 Apesar do autor tratar de episódios diversos dos que estão aqui, como ele bem alerta, é que “[algumas] teses reativas/reacionárias fundamentais ao longo dos debates dos últimos dois séculos e demonstrar como seus protagonistas seguiram certas invariáveis em argumento e retórica”. Sem falar que é claramente associável a inclusão de novos sujeitos de direito com a expansão de Direitos Humanos no pós-Guerra, e, adicionalmente, o antecedente histórico mais claro aos direitos do homem, mesmo com todas as críticas necessárias, é a Declaração revolucionária francesa de 1789. (*Ibidem*, pág. 136).

não um avanço, mas apenas uma troca de senhores e maior escravidão social. Invocar tal argumento pode parecer fraco para incluir rios, mares, animais e outros elementos não-humanos da natureza como sujeitos de direitos.

No entanto, pode-se perceber que, para pelo menos um caso (ANTUNES, 2020, pág. 41), seria inverter a lógica de proteção constitucional da natureza. Dar igual proteção de direitos para humanos e animais, natureza e todos/as os/as elementos da biosfera é, para Antunes, é inverter a lógica constitucional, lastreada para os fins de promover a dignidade humana¹⁴⁸.

Porém, quando Paulo de Bessa Antunes usa tal argumento para afastar os direitos dos novos sujeitos na área ambiental é, sobretudo, não se atentar ao caráter biocêntrico da Constituição Federal, nem mesmo acompanhar o desenvolvimento das ideias nessa temática, acreditando, piamente, na troca da superioridade humana pela superioridade da natureza e não num ponto de equilíbrio.

Em nível de **futilidade**, podemos associar os argumentos que defendem como fútil e pouco eficaz que a mera enunciação de direitos não promove a sua efetiva aplicação. Sem jamais desconsiderar todas as condicionantes negativas institucionais, políticas, econômicas e sociais presente nos órgãos ambientais, expostas no tópico antecedente, a enunciação de direitos, mesmo sem sua expressa positivação e criação de estrutura e de diálogo interinstitucional equivalente e necessária é um passo importante para a proteção (mesmo que futura) de tais sujeitos de direitos.

Tem-se, como exemplo clássico da normatização de direitos com vistas a sua aplicação, nesse caso, a própria Revolução Francesa como funda-

148 Antunes, em edição mais recente do livro (2023, pág. 42), revê sua posição, usando as leituras das encíclicas católicas apostólicas romanas *Laudato si'* e *Fratelli Tutti*. No entanto, mesmo considerando que não se trata de uma visão egoísta, ainda submete, na ordem jurídica nacional, a tutela da natureza e dos direitos dos animais ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ou seja, revisão parcial, excluindo do texto a crítica expressa anterior aos defensores da visão biocêntrica da CF/88, mas sem sair do antropocentrismo mitigado. Portanto, a associação a um pensamento reacionário continua válida.

ção futura da Organização das Nações Unidas (ONU), com seu rol extenso de tratados, convenções, agências, secretariados, conselhos e comitês em defesa de direitos fundamentais, agora inclusos também aqueles de seres não-humanos.

Em nível de **ameaça**, há certa repetição do argumento perverso, isto é, a ampliação do Estado, e, conseqüentemente, do Estado de Bem Estar Social, como ameaça direta aos defensores da liberdade. Nesse caso, aceitar a inclusão de um rol ampliado de sujeitos de direitos só poderá ameaçar as bases da sociedade, a despeito disso, se for feito com a retirada de direitos daqueles/as já representados e albergados pela seara política.

Um exemplo do argumento de ameaça é perceptivo em uma das reações (ROCHA, VIEIRA, BARBOSA, 2011)¹⁴⁹ a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na qual o Guardião da Constituição reconheceu a união civil dos casais homoafetivos, reconhecendo a interpretação conforme a Constituição aos artigos do Código Civil de 2002 nos quais não se tratava expressamente de casais homoafetivos, mas sim de casamento entre homem e mulher (art. 1723 do Código Civil) (SUPREMO ..., 2011). As lideranças católicas, sob a alegação da ameaça à democracia e à Constituição da invasão de competência legislativa feita pelo STF nesse caso, além da ameaça à estabilidade do Direito Natural e da família.

Itera-se que a inclusão de novos sujeitos de Direito Ambiental não reduz a aplicação dos direitos já consagrados aos vários grupamentos humanos, sendo, na verdade, uma ampliação de direitos e, até mesmo uma integração entre os direitos conquistados e os novos direitos. Destarte, a retórica de ameaça só demonstra um papel de conservação (ambientalmente e politicamente falando) da situação social.

149 Uma delas, paradoxalmente, foi da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Paradoxalmente não no sentido religioso, porque está claramente assente em sua doutrina tal impedimento, mas no sentido de uma ética de inclusão de direitos, de reconhecimentos das minorias e das várias atuações da própria Igreja Católica para abrigo daqueles menosprezados e aviltados em sociedades, através de suas Pastorais.

No outro lado, nas **retóricas de inclusão**, o maior debate está no reconhecimento de outridades (palavra cara a Enrique Leff¹⁵⁰), de um conjunto de Direito da Natureza, ou dos bens e recursos naturais, como efetivamente sujeitos de direito e, portanto, dotados de valoração e de proteção a nível ético e jurídico. Tais propostas não são novidade na história humana, como pode se captar no conceito de *Gaia* entre os gregos e de Mãe Natureza (a *Pacha Mama*) entre os nativos andinos.

A inclusão desses novos sujeitos, aqui resumidos na coletividade dos ecossistemas e suas interrelações, interdependências sistêmicas, para a criação, por exemplo de um Tribunal Permanente dos Direitos da Natureza é uma mutação paradigmática. Tal ideia de reconhecimento se permite a uma estratégia argumentativa e ação prática de uma retórica de inclusão, não necessariamente, uma retórica de base europeia, como se vê.

O reconhecimento na Constituição equatoriana, para ilustrar, de direitos relacionados a natureza, como respeito integral a sua existência, a sua manutenção, regeneração de seus ciclos vitais, os locais onde se reproduz e realiza a vida, sendo que toda pessoa, comunidade, povo ou nacionalidade pode exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza.

Como se destaca, a extensão aos coletivos, assim não apenas considerados as personalidades jurídicas e físicas tradicionais, reconhecendo entre eles a titularidade de direitos e garantias para a proteção da natureza é um fator inovador na ordem constitucional equatoriana. Associando-se ao conceito de *buen vivir* (*sumak kamsay*), ou seja, um conceito que vai além das posses materiais, mas do respeito, da integração e da felicidade entre os indivíduos, os coletivos, a comunidade e a natureza (como *Pacha Mama*), numa forma biocêntrica de ver a natureza e o homem, não como seres em hierarquias diferentes, mas em igual e sistêmica interrelação.

Quando a Constituição equatoriana organiza um capítulo não para o meio ambiente, mas para a natureza, trazendo conceitos das populações andinas para um documento de contornos tipicamente europeus como é a

150 É uma adaptação do conceito de alteridade de Emmanuel Lévinas, um conceito filosófico e antropológico. O encontro do Outro, do outro em suas outridade, longe de nossas molduras e apresentados/as como uma outra forma de vida (LEFF, 2006, pág. 15).

Lei Maior de um país, não o faz como mera estética de discurso - tal qual é um dos sentidos vulgares da retórica, o discurso empolado, belo, mas vazio de conteúdo - , mas estrutura obrigações de fazer e de não fazer nesse e em outros itens da Carta Magna.

Para fazer, o Estado direciona suas energias para recuperar e conservar a natureza, em harmonia com ela, conservando a biodiversidade e a capacidade de autorregeneração dos ecossistemas, promover a preservação e a recuperação da agrobiodiversidade e os saberes ancestrais ligados a ela, entre outros deveres.

De outro lado, a Constituição reforça obrigações de não-fazer, como proibições a biotecnologias arriscadas e experimentais, uso de armas químicas, biológicas, nucleares, contaminantes orgânicos persistentes, organismos geneticamente modificados, entre outras previsões (MARTINEZ, ACOSTA, 2017)¹⁵¹. Os serviços ambientais, conforme falamos antes, são serviços estatais, segundo a mesma Constituição, proibindo a apropriação privada.

Todos esses elementos instituem, como norma jurídica, valores tipicamente direcionados ao reconhecimento e a proteção da Natureza e das relações dos povos tradicionais e seus coletivos despersonalizados como sujeitos de direito. Não os típicos sujeitos de direito ocidentais, mas novos sujeitos de direito, em pé de igualdade com as pessoas jurídicas e física e que se podem usar dessas pessoas jurídicas ou não para efetivar seus direitos.

Essa é, então, uma **retórica de inclusão e de mudança paradigmática**¹⁵², retórica essa que avança sobre temáticas não apenas do direito dos animais, como fartamente tem assegurados direitos, mesmo que não possam eles exercerem usando as ferramentas humanas, mas com justificação moral antiga e consolidada, ao menos nos países centrais¹⁵³, mas num

151 Uma defesa igualmente teológico-filosófica é o que tem exposto por Boff (2012) Expondo sobre a natureza como sujeito de dignidade e de direitos.

152 Leff (2010, págs. 1-40) propugna uma mudança paradigmática ao qual avança no desvanecimento do indivíduo como sujeito de direitos e remonta as coletividades nesses tempos.

153 Tom Regan (2006) trata, a nível da filosofia moral, dos direitos dos animais e como

processo de decolonialidade do pensamento, ao abranger valores locais antes segregados por não se encaixarem na metafísica dos direitos humanos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No momento, esse trabalho aponta para algumas sínteses em sede de conclusão. A primeira e a mais visível delas se trata de uma proposta superadora do antropocentrismo puro. Este que se encontra em franca decadência. Apesar de, no momento em que se escreve esse artigo, haver um número significativo de negacionistas da mudança climática ou daqueles aos quais o meio ambiente é apenas um reserva infinita de ganhos futuros, esperando por sua plena e total exploração, há acordos, comunidades, fóruns, instituições e estruturas, do mesmo modo em que indivíduos e grupos políticos juridicamente despersonalizados, ora por seu próprio desejo, ora por falta de conhecimento combatendo, todos/as construindo alternativas ao antropocentrismo puro.

Uma dessas alternativas é a inclusão de novos sujeitos de direitos, que vem a se somar aos defensores da causa animal, tais quais os defensores da terra como um organismo vivo e senciente, os ecossistemas como titulares de direitos e força jurídica para sua exigência, a valorização da Mãe Natureza (*Pacha Mama*) e a cognição de um bem viver ecológico e biologicamente integrado (*sumak kawsay*), para citar os nativos equatorianos, são alternativas a esses movimentos de degradação e autodestruição humana.

Não obstante, há muito, entre eles, níveis de discursos variados, discursos ecológicos combatidos pelas retóricas da intransigência e reforçados negativamente por sua retórica espelho, como aponta Hirschman, porém tais grupos e indivíduos se utilizam, com uso de resistências, em retóricas e

a defesa dos direitos humanos é também um mesmo contexto da defesa dos direitos dos animais, igualando-os a “sujeitos-de-uma-vida”. A obra Jaulas Vazias expõe, de maneira didática, os argumentos e contra-argumentos, narrando sua própria história de militância.

discursos de inclusão e de mudança paradigmática, para responder, a altura, os males de uma produção, extração, consumo e distribuição desenfreados do capitalismo neoliberal.

No entanto, a mera enunciação não faz de si verdade, nem é dos tempos contemporâneos uma busca pela verdade universal, ahistórica, eterna, perene e imutável, mas construção de consensos intersubjetivos, de bons argumentos de especialistas e do debate público (*a endoxa* dos gregos). Essa construção de consensos intersubjetivos, plurais em sua essência, mutáveis por regra e adaptáveis aos ouvintes de maneira geral se faz sobre a construção idêntica de projetos, planos e programas de ação inter, intra, trans e paraestatais (ações multiníveis e multicêntricas), com o fito de permitir a construção de uma rede de consenso intersubjetivos, alicerçados em uma prática igualmente intersubjetiva e, conseqüentemente, democrática, permissora da convivência humana.

Há, ainda, muito a ser feito para tal consenso se consolidar, consenso lastreado em um conhecimento sistemático, modificável, reproduzível e verificável e, sobremaneira, provisório, como o é o conhecimento científico. Mas o discurso dos novos sujeitos de direito são pontos de partidas, aos quais aliados as ações, projetos e políticas multiníveis e multicêntricas, são usados para frear e reverter os danos ambientais, preservando os ecossistemas para nós e para as futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ACSERALD, Henri. Justiça ambiental – ação coletiva e estratégias argumentativas. In: ACSERALD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (Orgs.). **Justiça ambiental e cidadania**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 23ª ed. rev. atua. e refor. Barueri: Atlas, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773787/>. Acesso em: 09 set. 2023.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 2, n. 5, ago. 2014. ISSN 2317-8558. DOI: <https://doi.org/10.22456/2317-8558.49540>. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/49540>. Acesso em: 30 jul. 2020.

BENJAMIN, Antônio Herman. A natureza no Direito Brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. **Nomos**: Revista do programa de Pós-Graduação em Direito – UFC. Fortaleza, v.31, n. 1, jan./jul 2011. ISSN 1807-3840. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/398/380>. Acesso em: 27 jul. 2020.

BOFF, Leonardo. La madre Tierra, sujeto de dignidad y de derechos. **ALAI**, América Latina em Movimento, 18 out. 2012. Disponível em: <http://www.iade.org.ar/noticias/la-madre-tierra-sujeto-de-dignidad-y-de-derechos>, Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. [Constituição 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 02, de 03 de fevereiro de 1994**. Aprova o texto da Convenção sobre a Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na Cidade do Rio de Janeiro, no período de 05 a 15 de junho de 1992. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1994/decretolegislativo-2-3-fevereiro-1994-358280-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011.** Fixa normas, nos termos dos incisos II, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional de Meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRITO, Jefferson de Sousa; PINHEIRO, Francisco Márcio Cavalcante; DA SILVA SOBRINHO, Marilangela; COSTA FILHO, Edilson Holanda. Os Desafios para a implantação de um Órgão Ambiental Municipal: Resultados da gestão da AMAPA 2017- 2019. **Revista Gestão & Sustentabilidade Ambiental**, [S. l.], v. 10, n. 3, págs. 104–130, 2021. DOI: 10.19177/rgsa.v10e32021104-130. Disponível em: https://portaldeperiodicos.animaeducacao.com.br/index.php/gestao_ambiental/article/view/8862. Acesso em: 09 set. 2023.

CARLO, Sandra de. **Gestão ambiental nos municípios brasileiros: impasses e heterogeneidade.** 2006. 330 f., il. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável). Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

DESCARTES, René. **Discurso do método.** Tradução, notas e prefácio de João Cruz Costa, professor da faculdade de Filosofia da USP. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011 (Coleção Saraiva de Bolso)

DULLEY, Richard Domingues. Noção de natureza, ambiente, meio ambiente, recursos ambientais e recursos naturais. **Agricultura**: Revista de Economia Agrícola. São Paulo, São Paulo, v. 51 n. 2, jul-dez/2004. ISSN 1983-7747, Disponível em: <http://www.iea.sp.gov.br/out/verTexto.php?codTexto=1623>. Acesso em: 12 out. 2020.

FARBER, Daniel. Disaster law and emerging issues in Brazil. **Revistas de Estudos Constitucionais**: Hermenêutica e Direito (RECHTD), v.4., n.1, jan.-jun. 2012, págs. 2-15, ISSN 2175-2168. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.41.01/932>. Acesso em: 27 jun. 2020. doi: 10.4013/rechtd.2012.41.0.

FARIAS, Talden; RÉGIS, Ademar Azevedo. A Lei da Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais. **Revista Consultor Jurídico**, [S.I: s.n], 27 de fev. de 2021. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2021-fev-27/ambiente-juridico-lei-politica-nacional-pagamento-servicos-ambientais#:~:text=Depois%20de%20uma%20longa%20tramita%C3%A7%C3%A3o,por%20Servi%C3%A7os%20Ambientais%20\(PNPSA\)](https://www.conjur.com.br/2021-fev-27/ambiente-juridico-lei-politica-nacional-pagamento-servicos-ambientais#:~:text=Depois%20de%20uma%20longa%20tramita%C3%A7%C3%A3o,por%20Servi%C3%A7os%20Ambientais%20(PNPSA)). Acesso em: 09 set. 2023.

FONTES, Narbal de Marsillac. Direitos Humanos e Retórica Pós-Moderna / Human Rights and Postmodern Rhetoric. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 318-341, dez. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1674>. Acesso em: 11 out. 2020. doi: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.1674>.

FONTES, Narbal de Marsillac. Direitos Humanos e Retóricas Canibais. **Revista Internacional Consinter de Direito**, Paraná, Brasil, v. 8, n. 15, págs. 135–151, 2022. DOI: 10.19135/revista.consinter.00015.05. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/index.php/ojs/article/view/5>. Acesso em: 09 set. 2023.

FONTES, Narbal de Marsillac. Viragem retórica, viragem pragmática e Superação da Metafísica. **Aufklärung**, João pessoa, v. 1, n.2 out 2014, págs. 165-182. Disponível em: <http://www.dx.doi.org/10.15440/arf.2014.21177>. Acesso em: 06 jul 2017.

GUEDES, Fátima Becker; SEEHUSEN, Susan Edda. (Orgs.)

Pagamentos por Serviços Ambientais na Mata Atlântica: lições aprendidas e desafios. Brasília:MMA, 2011. Disponível em: https://www.mma.gov.br/estruturas/202/_arquivos/psa_na_mata_atlantica_licoes_aprendidas_e_desafios_202.pdf. Acesso em: 13 out. 2020.

HASSAN, Rashid; SCHOLE, Robert; ASH, Neville (eds.). Chapter 1 - MA Conceptual Framework. In: HASSAN, Rashid. SCHOLE, Robert; NEVILLE, Ash (eds). **Ecosystems and Human Well-being:** Current State & Trends, Volume 1, Washington, Covelo, London: Island Press, 2005, págs. 26 - 28.

HIRSCHMAN, Albert. O. **A retórica da intransigência:** perversidade, futilidade, ameaça. Tradução de Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

INGOLD, Tim. Sobre a distinção entre evolução e história.

Antropolítica – Revista Contemporânea de Antropologia e Ciência, Niterói, n. 20, págs. 17-36, jan-jul 2006. ISSN 1414-7378. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/1x0ces>. Acesso em: 07 ago 2018.

LEFF, Enrique. El desvanecimiento del sujeto y la reinención de las identidades colectivas en la era de la complejidad ambiental. **POLIS:** Revista Latinoamericana. Santiago (Chile) v. 27, n. 3, dez. 2010, págs. 1-40, ISSN: 0718-6568. Disponível em: <https://journals.openedition.org/polis/pdf/290>. Acesso em: 27 jun. 2020.

LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental:** a reapropriação social da natureza. Tradução de Luis Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LUNA, Moisés Saraiva de; ALMEIDA, Lúcia. Teoria dos Direitos humanos: debates jusfilosóficos críticos acerca de sua fundamentação. **RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito,** v. 4, n. 1, págs. 92-116, jan./abr.2017. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/79/101>. Acesso em: 06 jan. 2017. DOI: <https://doi.org/10.21910/rbsd.v4n1.2017.79>.

MARTINEZ, Esperanza; ACOSTA, Alberto. Los Derechos de la Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, págs. 2927-2961, dezembro 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000402927&lng=es&nrm=iso. Acesso em 15 out. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2017/31220>

OSTOS, Natascha Stefania Carvalho de. A luta em defesa dos animais no Brasil: uma perspectiva histórica (1). **Ciência e Cultura**, São Paulo, v. 69, n. 2, págs. 54-57, abr. 2017. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252017000200018&lng=en&nrm=iso. Acesso em 07 Out. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.21800/2317-66602017000200018>.

OTT, Konrad. The case of strong sustainability. In: OTT, Konrad; TRAPA, Phillip (orgs). **Greifswald's environmental ethics**. Greifswald: Steinbecker Verlag Ulrich House, 2003.

PEIRCE, Charles Sanders. Escritos publicados II - Algumas consequências de quatro incapacidades (1868). In: PEIRCE, Charles Sanders. **Escritos coligidos**. Seleção de Armando Mora D'Oliveira e tradução de Armando Mora D'Oliveira e Sergio Pomerangblum; FREGÉ, Gottlob. **Sobre a justificação científica de uma conceitografia. Os fundamentos da aritmética**. Seleção e tradução de Luis Henrique dos Santos. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Coleção os Pensadores XXXVI), pág.77.

PINHEIRO, Daniel Calbino. Quando a Fake News acelera o Antropoceno: O caso da Floresta Amazônica (2018-2021). **Liinc em Revista**, [S. l.], v. 18, n. 1, págs 1-19, 2022. DOI: 10.18617/liinc.v18i1.5927. Disponível em: <https://revista.ibict.br/liinc/article/view/5927>. Acesso em: 09 set. 2023.

REGAN, Tom. **Jaulas Vazias: encarando o desafio dos direitos dos animais**. Tradução de Regina Rheda. Porto Alegre: Lugano, 2006.

ROCHA, Dom Geraldo Lyrio; VIEIRA, Dom Luiz Soares; BARBOSA, Dom Dimas Lara (coords.) **Nota da CNBB sobre a decisão do STF para união homoafetiva**. Aparecida:CNBB, 2011. Disponível em: <https://noticias.cancaonova.com/brasil/nota-da-cnbb-sobre-decisao-do-stf-para-uniao-homoafetiva/>. Acesso em:14 out. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. STF e a solução de conflitos de competências legislativas em matéria ambiental. **Revista Consultor Jurídico**, [S.I: S.n], 17 de jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-17/direitos-fundamentais-stf-conflitos-competencia-legislar-materia-ambiental?> Acesso em: 11 out. 2020.

SHALDERS, André. **5 momentos nos quais Ricardo Salles afrouxou regras ambientais**. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54364652>. Acesso em: 13 out. 2020.

SILVA, Judson Jorge da. O olhar do Padre Cícero sobre as relações sociedade natureza e sua importância na formação dos núcleos rurais no Cariri cearense. **Vozes, Pretérito e Porvir**: Revista e História da UESPI. Teresina, v.1, n.1, jan-dez 2013. Disponível em: <http://revistavozes.uespi.br/ojs/index.php/revistavozes/article/view/36/38>. Acesso em: 07 out. 2020.

SUPREMO reconhece união homoafetiva. Notícias STF. **Brasília**, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 14 out. 2020.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1996, pág. 35-37. (Coleção Os Pensadores).

CAPÍTULO XX

EXTINÇÃO DOS OFÍCIOS DE CIDADANIA: UM RETORNO À INVISIBILIDADE?

Rainner Amaral Rolim Carneiro Marques Lima¹⁵⁴

RESUMO

A capilaridade dos Ofícios de Registro Civil de Pessoas Naturais, hoje elevados ao *status* de Ofícios de Cidadania, tem sido considerada como uma das principais características e atributos de qualificação das respectivas serventias extrajudiciais. Com uma capacidade de estarem onde muitos centros de competências estatais não chegam, os RCPN's se mostram como verdadeiros braços do Estado na promoção do acesso à cidadania e à própria justiça, sendo o primeiro reduto de contato do indivíduo com a lei, com o direito e a informação. É no cartório de Registro Civil que a pessoa se torna cidadão. O cartório é o primeiro e, talvez, mais democrático espaço de exercício da cidadania, vez que não distingue entre cores, raça, sexo, orientação sexual, classe social, instrução e idade. Por ser, entretanto, uma atividade típica de Estado prestada em caráter particular por um agente público concursado ou, às vezes, designado em caráter de confiança interinamente pelo próprio Poder Público, a essencialidade dos serviços prestados resta obnubilada por aspectos adstritos ao montante e suficiência da arrecadação

154 Mestranda em Direito Econômico pela UFPB. Especialista em Advocacia Tributária e Direito Digital, Compliance e Proteção de Dados. Oficial de Registro Civil e Tabela de Notas no Estado da Paraíba.

das serventias, conforme as atribuições desempenhadas na respectiva sede. O resultado, quando observados cartórios situados em pequenos municípios ou distritos, cuja população não detém recursos financeiros suficientes à circulação de bens e direitos, é quase sempre o mesmo: a caracterização como deficitário e sua inclusão em listas de extinção, como alternativa para otimização das atividades de fiscalização e saneamento das serventias dentro do próprio Estado. Como consequência, o cidadão, tornado visível em face da presença de uma serventia próxima a sua residência é incluído em uma espiral de invisibilidade progressiva, diante das dificuldades inerentes à própria condição social em que está inserido, sem perspectiva de inclusão sequer pela via virtual, devido ao não domínio ou impossibilidade do uso da internet. O trabalho tem como escopo a análise da importância de se olhar as serventias extrajudiciais de registro civil de pessoas naturais como direito humano inalienável e imprescindível ao exercício da cidadania plena e do acesso à justiça por todos os atores políticos que tem compromisso com a implementação de políticas públicas de inclusão social.

Palavras-chave: Ofícios de Cidadania. Capilaridade. Inclusão social. Cidadão não-digital.

1 INTRODUÇÃO

A desigualdade social não é um problema endêmico brasileiro. Na verdade, ela esteve na base de todo processo evolutivo da humanidade, como mola propulsora das lutas sociais por igualdade de direitos e construção da cidadania como hoje a compreendemos, englobando aspectos civis, políticos e sociais, e também dos deveres, condicionantes da ação dos indivíduos e do próprio Estado.

Para Otero e Oliveira (2021), “um dos problemas do acesso à justiça no Brasil é a desigualdade social que assola o povo brasileiro.” Lastreados nas lições de Gonçalves (2014), os autores defendem que “a desigualdade social gera enormes distorções em relação à igualdade material entre as partes, pois não as tornam sempre desiguais financeiramente, mas também cultural e faticamente.”

Para fazer frente à diminuição das desigualdades sociais, Estado e sociedade civil precisam estar irmanadas na concretização de políticas públicas policêntricas, isto é, que envolvam múltiplos centros de tomadas de decisão (sejam eles públicos ou privados), dentro de um espaço de legalidade, com o objetivo de solucionar o problema público da desigualdade (TEIXEIRA, 2021).

Dentro dessa perspectiva, Teixeira (2021) defende que os titulares de serventias extrajudiciais, como concursados, técnicos conhecedores da sistemática normativa estruturante da atividade notarial e registral, são atores políticos governamentais importantes na aplicação real de políticas públicas de inclusão social.

A atividade notarial e registral, desde o advento da Constituição Cidadã de 1988, vem ganhando projeção política e social, mormente diante do arcabouço legislativo que a disciplina e da vocação para soluções aos problemas de pacificação social não absorvidos a contento pelo Poder Judiciário, assentando-se no que a doutrina majoritária considera a “terceira onda de acesso à justiça”.

Neste cenário, os cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais despontam como verdadeiros centros de acesso à cidadania, constituindo-se como um dos espaços mais democráticos de exercício dos direitos individuais e sociais, nascedouro de todo o plexo de interesses do cidadão, que decorrem não apenas do registro de nascimento (FARIA, 2021).

Por ser regulado por normas de direito público e fiscalizado pelo Poder Judiciário, conforme a vontade do constituinte, a estruturação da atividade a nível local tem o potencial de expansão e hipertrofia dos direitos fundamentais do cidadão, sendo a capilaridade dos Ofícios de Cidadania o principal vetor de promoção dos direitos humanos em municípios e distritos onde a desigualdade social é mais evidente e onde a implementação de políticas públicas e o acesso à justiça é insuficiente.

Não obstante, o avanço da tecnologia de forma acelerada nos grandes centros urbanos, onde se concentram os espaços de tomada de decisões dos Tribunais estaduais, tem conduzido os atores políticos à proposição de reestruturações das serventias fulcradas simplesmente no potencial arrecadatório, levando ao fechamento de cartórios de registros civil situados em locais onde se concentra a população mais carente, seja de recursos financeiros, seja de recursos educacionais ou de informação.

Este trabalho acadêmico, desenvolvido sob o método dedutivo, bibliográfico e documental visa a abordagem qualitativa do tema referente aos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais, hodiernamente concebidos como Ofícios de Cidadania, sob a perspectiva do direito fundamental de acesso à cidadania. O objetivo é identificar como os RCPN's vêm solidificando seu trabalho perante a sociedade civil, atuando para além do conceito burocrático de repositório de dados acerca da vida civil das pessoas, mas projetando os cidadãos na sociedade, dando-lhes visibilidade perante o Estado e tornando visível a estes o plexo de direitos e deveres inerentes a sua cidadania, por meio da informação.

Para além disso, objetiva-se perscrutar a importância da manutenção dos Ofícios, dentro das possibilidades legais, nos locais em que as taxas de analfabetismo, baixa renda e falta de acesso à internet são extremadas, onde o cidadão analógico (ou não-digital) encontra dificuldade de exercer seus direitos básicos, sob pena de se promover um retrocesso no próprio processo de acesso à cidadania.

A justificativa está na necessidade de se repensar os movimentos reestruturantes dos Tribunais de Justiça estaduais, a exemplo da Paraíba e Pernambuco, que vêm promovendo extinções de serventias pelo critério da arrecadação, sem levar a cabo estudos sócio-econômicos da população afetada e os impactos para o exercício da sua cidadania.

2 DE CENTROS BUROCRÁTICOS A ESPAÇOS DE CIDADANIA: O SALTO QUALITATIVO DOS CARTÓRIOS DE REGISTRO CIVIL NO BRASIL

As primeiras iniciativas de se arremeter dados estatísticos acerca da população remontam à Antiguidade, mais precisamente em 2.238 A.C., quando o imperador chinês YAO recenseou tanto a população quanto as lavouras cultivadas no Império. Os fatos históricos narrados na Bíblia dão conta de que em cerca de 1.700 A.C, na época de Moisés, houve realização de um censo da população. Romanos, entre os anos de 555 A.C. e 72 D.C. realizaram não menos de 72 censos, com objetivo precípua de amear dados acerca da população e da riqueza, facilitando o recrutamento para o exército, o exercício dos direitos políticos e a cobrança de impostos. Aliás, foi sob o império de Marco Aurélio que se instituiu a primeira lei de obrigatoriedade dos registros de nascimentos, inclusive dos filhos havidos fora do casamento, com base em declarações recepcionadas por funcionários, que apenas anotavam o dito, sem averiguação de suas veracidades:

Dessa forma, todo cidadão, dentro de trinta dias do *dies nominum*, ou seja, do dia em que o infante recebia o nome - que para as mulheres ocorria no oitavo dia e para os homens no nono dia do nascimento - tinha a obrigação de registrar os próprios filhos, de modo que cada romano nascido pudesse produzir prova documental de sua origem territorial, parental e temporal. (TIZIANI, 2015)

A história da humanidade, em todos os seus períodos históricos, é pródiga em exemplos da preocupação do mapeamento da população. Desde o Império Romano e, mais precisamente, após a cristianização, a qualidade substantiva dos indivíduos frente a outros indivíduos e ao próprio Estado vira objeto de registro, cabendo à Igreja Católica o repositório dos dados atinentes ao batismo (portanto, nascimentos), casamentos e mortes das pessoas.

A concentração de tais registros no âmbito paroquial perduraria até a Revolução Francesa, no final do século XVIII, momento em que ruem definitivamente os alicerces do Estado Absolutista e se instaura o Estado de Direito, no qual o Poder, que agora emana do povo, é segmentado em órgãos encarregados da administração, das leis e da sua aplicação:

O grande paradigma do registro civil estatal é a Constituição Francesa de 1791, assim dispondo em seu artigo 7, Título II: A lei considera o matrimônio como um contrato civil. O Poder Legislativo estabelecerá para todos os habitantes, sem distinção, o modo em que se constatarão os nascimentos, matrimônios e falecimentos e designará os oficiais públicos que receberão e conservarão os atos. (TIZIANI, 2016)

Os ideais franceses, como já conhecido, não tardaram a espalhar seus tentáculos nas diversas colônias de países europeus na América. No Brasil, especificamente, o monopólio do repositório de registros civis pela Igreja Católica teve fim em 1888, com o Decreto nº 9.886, de 07 de março do mesmo ano, que entrou em vigor apenas em 1º de janeiro de 1889, por meio do qual as provas de nascimentos, casamentos e óbitos passaram ao controle estatal.

Aliado ao referido Decreto, o Código Civil de 1916 dispôs normas acerca da instrumentalização dos registros civis. Em 07 de fevereiro de 1924, o Decreto n.º 4.827 entrou em vigor, aglutinando, em um único texto, todo o sistema registral do país. Desde então, as legislações que se seguiram, como o Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939 e a Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, de Registros Públicos, vêm sendo sistematizadas em um diploma único.

O advento da Constituição Federal de 1988 estabelece, nessa perspectiva, um marco na atividade notarial e registral no país. O art. 22, XXV privatizou a competência legislativa dos registros públicos no âmbito da União. Para além disso, reconheceu a atividade como serviço público a

cargo do Estado, devendo, entretanto, ser exercida em caráter privado, por meio de delegação conferida a particular, aprovado em concurso de provas e títulos, segundo as disposições da lei federal (art. 236).

Especificamente, o ponto nodal da sistemática envolvendo os registros civis está na elevação da cidadania e da dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, incisos II e III). O título dedicado à enumeração das garantias e direitos fundamentais, bem como o capítulo respectivo aos direitos e deveres individuais e coletivos, embora não taxativo, reconhece a gratuidade dos registros de nascimentos e óbitos, ainda que, de início, apenas aos reconhecidamente pobres (art. 5º, inciso LXXVI, “a” e “b”):

“O Registro Civil de Pessoas Naturais pode conter diversas acepções conceituais, dentre elas a de verdadeiro direito humano. Direito Humano na medida em que para o exercício de direitos fundamentais como a personalidade e identidade, bem como para o exercício pleno da cidadania é imprescindível a inclusão no registro civil de nascimento.”
(VASCONCELOS, 2021)

A universalização da gratuidade dos registros de nascimento e de óbito, porém, viria com a lei federal nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997, que alterou a redação do art. 30 da lei federal nº 6.015/1973, garantindo o avanço jurídico na expansão do acesso à cidadania e da concretização dos direitos fundamentais.

A apropriação da essencialidade e importância dos cartórios de Registro Civil como precursores da cidadania acompanhou o desenvolvimento e o aprofundamento da própria temática dos direitos humanos em âmbito nacional.

A primeira década do Século XXI irrompeu com a promulgação de um novo Código Civil (2002), assegurador do reconhecimento da pessoa humana como sujeito de direitos, a quem se acomete uma personalidade

jurídica (art. 1º, CC/2002), sob a qual passa a agir e a ser demandado em direitos e deveres.

Nessa perspectiva, o RCPN, como principal repositório do histórico civil da pessoa humana, garantiria, por meio de suas certidões, que obrigações políticas e civis, oriundas de relações interpessoais, se concretizassem com maior segurança jurídica, resguardando-se que o ato jurídico obedecesse ao seu requisito mínimo essencial de validade: a capacidade da parte. O principal desafio, entretanto, era dar à luz milhares de indivíduos que viviam às margens do controle estatal e que não raramente brotavam nas filas dos hospitais, nas listas de espera da matrícula escolar, nos requerimentos de benefícios assistencialistas.

O Governo Federal e o Poder Judiciário, então, apontaram a lupa para a problemática do sub-registro de nascimento e de todas as implicações decorrentes da invisibilidade por ausência do primeiro e mais importante ato de acesso à cidadania da pessoa humana: o registro de nascimento.

Paralelamente, muito em vista do enquadramento da atividade extrajudicial na terceira onda de acesso à justiça (MINELLI e CACHAPUZ, 2018), que emergia da crise do Poder Judiciário em lidar com o congestionamento processual em todas as instâncias, o legislador federal foi desburocratizando a atividade registral e incrementando as atribuições dos cartórios de registro civil de pessoas naturais. Alterações sensíveis, como a exclusão da multa pela perda do prazo legal do registro de nascimento, em 2001 (Lei nº 10.215), e a desnecessidade de autorização judicial para a realização do registro diretamente no cartório, em 2008 (Lei nº 11.790), aliadas à edição, no ano de 2013, do Provimento 28 do Conselho Nacional de Justiça, que tratou do procedimento de “registro tardio” incentivaram a população a formalizar o nascimento.

Ainda nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça foi precursor de inúmeros normativos amplificadores do acesso à cidadania, como o Provimento nº 16/2012, que padronizou o reconhecimento de paterni-

dade extrajudicial, com procedimento iniciado diretamente no cartório de Registro Civil, por meio da indicação, pelas mães, de supostos pais, bem como possibilitou que os filhos, maiores de idade, fossem reconhecidos em qualquer cartório de Registro Civil do país. Já o Provimento nº 63/2017 possibilitou o reconhecimento de filiação socioafetiva sem a necessidade de provocação do Poder Judiciário.

Ao fim da segunda década do novo milênio o plexo de direitos cujo exercício foi viabilizado nos cartórios de RCPN só aumentou: habilitação e celebração de casamento homoafetivo, alteração de prenome e gênero diretamente no cartório e sem necessidade de autorização judicial ou cirurgia de redesignação, o registro padronizado de nascimento de indígenas, a permissão de atuação dos Cartórios de registro civil dentro de unidades hospitalares, por meio de unidades interligadas, para registros de nascimento e óbito foram apenas alguns mecanismos de ampliação da cidadania.

Em 2017, por fim, o próprio legislador federal alçou os cartórios de Registro Civil ao posto de Oficinas de Cidadania. A lei nº 13.484, neste movimento de reconhecimento da relevância destas serventias no âmbito da concretização do exercício da cidadania, autorizou-os a prestar, mediante convênios, outros serviços remunerados, como a expedição de cédulas de identidade civil, passaportes, títulos eleitorais, emissão de certificados digitais, atuação como correspondentes bancários, regularização de CPF's, apenas a título exemplificativo.

A ampliação dessa gama de serviços, ao tempo em que acompanha as necessidades de diversificação da fonte de custeio dos referidos cartórios, o enxugamento da máquina pública e a diversificação dos meios de prestação de serviços públicos próprios do Estado, os consolida, na história dos Registros Públicos, como instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais, deixando para trás um conceito atrelado à ideia pejorativa de se tratarem de mais um centro de exercício da burocracia estatal.

3 CAPILARIDADE E ACESSO À JUSTIÇA: ENTRANHAS SOCIAIS E ECONÔMICAS DESCORTINADAS

A previsão da gratuidade dos registros de nascimentos e óbitos, bem como do casamento aos reconhecidamente pobres e as respectivas certidões, além de elevar os Registro Civil de Pessoas Naturais a outro patamar jurídico, denotou a necessidade de se pulverizar o acesso da população a estes serviços, bem como de ampliar as bases de dados do Governo acerca das informações de natalidade e mortalidade no país, com segurança e fidedignidade.

O art. 44, §§2º e 3º, da Lei nº 8.935/1994 trouxe previsão expressa de existência de ao menos um Ofício de Registro Civil de Pessoas Naturais por base territorial municipal, assegurando, ainda, aos Estados, a faculdade de estabelecer cartórios distritais com atribuição mínima de RCPN nos municípios de significativa extensão territorial.

O grande desafio, porém, se concentrou na manutenção dos Ofícios em municípios e distritos mais pobres. A diminuta concentração de renda da população, aliada ao fato de a maioria dos atos praticados no RCPN serem gratuitos descortinou uma crise na subsistência das serventias tidas por “deficitárias”, cuja arrecadação não fazia frente sequer ao custeio de despesas básicas, mormente em uma época em que as exigências de digitalização dos acervos despontavam na legislação, em vista da integração da base de dados nacional por meio da rede mundial de computadores.

Assim, divisou-se o abismo da desigualdade econômica e social da população que se refletiria na própria desigualdade entre as serventias de registro civil de municípios e distritos mais carentes, com o agravante, para estas, do desequilíbrio financeiro em relação ao cumprimento das exigências mínimas de informatização e segurança de dados oriundas de provimentos do CNJ e das Corregedorias locais, impondo, dentre outras medidas mínimas, digitalização do acervo, integração a Centrais Nacionais de Registros, instalação de programas de automação para lavratura de atos

e mão-de-obra de pelo menos dois funcionários do cartório treinados na operação do sistema e de cópias de segurança.

Um simples consulta ao site “Justiça Aberta”, do CNJ, permite aferir a discrepância da arrecadação entre serventias de um mesmo Estado, quicá entre serventias situadas em um mesmo município, a depender da região de sua localização, a exemplo de Campina Grande, na Paraíba. Enquanto os cartórios de RCPN situados na sede do município têm arrecadação bruta variando entre R\$ 200.000,00 (duzentos mil) e R\$ 460.000,00 (quatrocentos e sessenta mil reais), o cartório distrital de Galante, situado na zona rural, possui arrecadação semestral aproximada de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).¹⁵⁵

Paradoxalmente, a capilaridade do Registro Civil de Pessoas Naturais, notadamente daqueles mais interiorizados e situados em regiões econômica e socialmente mais pobres, se apresentou como solução para uma crise jurídica de acesso à justiça e à cidadania - na medida em que tornou possível a visibilização de indivíduos até então inexistentes para ao Estado - mas também como um grande problema administrativo, dada a incapacidade inicial dos Tribunais em encontrarem soluções para a manutenção das serventias dentro de um padrão mínimo, estrutural e tecnológico de dignidade da prestação do serviço e de trabalho para os próprios delegatários.

4 CARTÓRIO DIGITAL, CIDADÃO ANALÓGICO

Desde o aparecimento dos primeiros computadores, na década de 1940, a sociedade vem passando por profundas transformações decorrentes do contato com as chamadas Tecnologias Digitais da Informação e

155 O site “Justiça Aberta” reúne informações acerca dos dados de instalação, funcionamento, quadro de funcionários, nível de informatização e arrecadação, relativos a todos os cartórios extrajudiciais do país, incluindo o faturamento bruto de cada serventia, aferido semestralmente. A consulta pode ser feita por Estado e Município e, ainda, pelo Código Nacional da Serventia (CNS), através do site https://www.cnj.jus.br/corregedoria/justica_aberta/.

Comunicação (TDIC's). A integração da população por intermédio da rede mundial de computadores rompeu paradigmas de comunicação, tornando a informação um produto de alto valor e sua acessibilidade um direito de extrema relevância.

Seja por intermédio de computadores, seja através de *smartphones* a tecnologia digital vem promovendo verdadeira disrupção na forma como o ser humano interage com seu semelhante e com o meio social em que vive. Pierre Levy (*apud* ALMEIDA e PAULA, 2005) aponta que o domínio dessas tecnologias intelectuais é o que dá vantagem aos grupos e ambientes humanos que fazem uso delas. Consequentemente, o não domínio das tecnologias digitais marginaliza os indivíduos incapazes de fazerem uso adequado de seus mecanismos.

No Brasil, a exclusão digital é apontada como uma das facetas das desigualdades sociais e econômicas da população:

Talvez em outros países a exclusão digital pudesse ser abordada de forma separada da exclusão social, mas é impossível falar da exclusão digital sem mencionar os outros problemas existentes na sociedade brasileira, como o analfabetismo, desemprego, baixa renda e educação. A exclusão social e a exclusão digital são mutuamente causa e consequência. Os fatores da exclusão social aprofundam a exclusão digital e a exclusão digital contribui para o aumento da exclusão social. (ALMEIDA e PAULA, 2005)

Almeida pontua, ainda, em seu artigo “O Retrato da Exclusão Digital na Sociedade Brasileira” que o termo exclusão digital sintetiza todo um contexto que impede a maior parte das pessoas de participar dos benefícios das novas tecnologias, sendo que as consequências da exclusão social acentuam a desigualdade tecnológica, dificultando o acesso ao conhecimento e aumentando, ainda mais, o abismo entre ricos e pobres.

A pesquisa TIC-Domicílios realizada no ano de 2022 reforça tal argumento. De um total de 23.292 domicílios respondentes, 20% não possuíam

acesso à internet. Na área urbana, 82% dos domicílios pesquisados possuíam acesso; na área rural, o número diminui para 68%.

A pesquisa ainda aponta que a região Nordeste ocupa a segunda pior colocação dentre as regiões cujos domicílios possuem acesso à internet, com 22% de seus domicílios à margem da conexão virtual, ficando atrás apenas da região Norte, com 24%.

Os dados são ainda mais alarmantes quando analisados sob a perspectiva do uso da internet por indivíduos. O uso da tecnologia é diretamente proporcional ao grau de instrução e classe econômica, sendo que, dentre os indivíduos com nível superior, o domínio chega a 95%, ao passo em que dentre os não alfabetizados ele se restringe a 29% dos pesquisados. Não por acaso, na classe A, os mesmos 95% de acesso se repete, enquanto nas classes D-E, 66% fazem uso da internet.

Segundo a pesquisa, cerca de 36 milhões de indivíduos no país não usam internet. Deste total, 29 milhões possuem até o nível fundamental de grau de instrução, 19 milhões estão classificados nas classes D-E e 18 milhões representam os usuários acima de 60 anos de idade. Isto demonstra que o analfabetismo, a renda familiar e a questão etária, fontes já bastantes conhecidas da desigualdade social brasileira, estão dentre as principais variáveis da exclusão digital, que aprofunda o processo de marginalização social e individual.

O panorama brasileiro da exclusão digital retrata, portanto, a problemática acerca do cidadão analógico: aquele que não está no mundo, seja por não ter acesso à tecnologia básica, seja porque é incapaz de, possuindo-a, utilizá-la, dominá-la em seu benefício, integrando-se à sociedade digital e todos os bens e serviços circulantes no mundo virtual.

Paradoxalmente, é este o mesmo cidadão destinatário de todos os avanços tecnológicos em termos de prestação do serviço extrajudicial impostos pelos órgãos de controle da atividade, a quem se destinam os benefícios da interligação nacional dos Registros Cíveis para fins de registro

e expedição de certidões, emissão e retificação de CPF's, segurança contra vazamento de dados e outros tantos mecanismos de segurança digital já mencionados anteriormente.

Nesta perspectiva, o Cartório, como espaço físico acessível ao indivíduo, porém inserido na realidade digital atua como um intermediário indispensável no alcance dos benefícios tecnológicos pelo cidadão analógico, que não domina ou não pode lançar mão da tecnologia para o exercício de sua cidadania plena. A relação utilidade-necessidade é tão mais evidente conforme seja a carência social de determinada sociedade circunscrita a uma serventia extrajudicial: como espaço de acesso à justiça e cidadania, tão mais necessária e útil se torna à população residente em locais mais distantes das sedes dos Fóruns, Defensorias, Ministério Público, Casas de Cidadania etc.

4.1 Os mecanismos legais de promoção dos Ofícios para cidadãos não digitais

Em que pese a tecnologia ter diminuído distâncias e espaços de tempo, o fato de ela não ser acessível de forma igualitária, e por diversas razões, à população civil, impele a manutenção dos espaços físicos de atendimento ao cidadão, tal como era no início do século XX.

Ricardo Teixeira (2021), discorrendo sobre as políticas públicas terceirizadas pelos cartórios de Registro Civil, situa delegatários e suas respectivas serventias como atores políticos não-governamentais essenciais na operacionalização daquelas, ao lado do CNJ, atuante na diretriz estruturante de tais políticas por meio da edição de provimentos, com destaque para o de nº 66/2018, que regulamentou os Ofícios de Cidadania consagrados na lei nº 13.484/2017:

São políticas públicas ligadas à identificação da pessoa/cidadão, para que possa ter como conseguir um direito básico, como ter uma certidão de nascimento, ter um RG, um CPF, um benefício social, ou até mesmo para documentos para conseguir se matricular num colégio ou mesmo colocar o filho em uma creche. (TEIXEIRA, 2021)

Ao tratar sobre a nova economia institucional, o autor identifica que novas oportunidades surgem a partir de lacunas ou omissões deixadas ou não vislumbradas por um ente político, possibilitando, assim que novos atores assumam a execução de políticas públicas não alcançadas pelos atores governamentais, tal como ocorre com relação aos serviços qualificados, prestados mediante contraprestação módica, pelos Ofícios de Registro Civil.

O obstáculo na promoção das políticas públicas pelos cartórios capilares, contudo, subsiste na exata correlação entre o poder econômico e o desenvolvimento social da população, desafiando que formas institucionais de subsistência das serventias deficitárias sejam implementadas e aprimoradas, sobretudo para garantir ampliação do acesso aos serviços cuja gratuidade é assegurada constitucionalmente.

Dentro deste panorama, o legislador federal, como agente político primordial à definição da agenda formal do governo acerca das soluções políticas para o problema público, vem implementando meios para o fortalecimento dos Registros Cíveis de Pessoas Naturais. Pode-se afirmar que a lei nº 10.169/2000, que estabelece, em seu art. 8º, a obrigatoriedade da compensação, pelos Estados, dos atos gratuitos praticados nos ofícios de pessoas naturais, foi a primeira delas. As formas de compensação, segundo sugestão do próprio normativo, no art 9º, podem advir, além da revisão das tabelas de emolumentos, de outros mecanismos de compensação, como Fundos, com múltiplas formas de custeio, desde que sem oneração do Poder Público.

Também a edição do Provimento nº 81/2018 pelo CNJ, dispendo sobre a renda mínima para os registradores civis se situa dentre essas soluções. Em seu art. 2º, o normativo preceitua que:

Os Tribunais de Justiça devem estabelecer uma renda mínima para os registradores de pessoas naturais com a finalidade de garantir a presença do respectivo serviço registral em toda sede de municipal e nas sedes distritais dos municípios de significativa extensão territorial assim considerado pelo poder delegante.

Parágrafo Único. A renda mínima é garantida através do pagamento, ao delegatário ou ao interino que exerce a titularidade da serventia de Registro de Pessoas Naturais, do valor necessário para que a receita do serviço registral de pessoas naturais atinja o valor mínimo da receita estipulado por ato próprio do tribunal.

Não obstante, na contramão do ente federal, observa-se um crescente movimento dos Tribunais Estaduais tendentes à extinção de algumas serventias extrajudiciais pelo critério puramente financeiro, isto é, de arrecadação deficitária, coincidentemente, aqueles que atendem diretamente à população mais carente.

4.2 Os vetores de oposição ao movimento inclusivo do cidadão na Paraíba

O final do ano de 2022 foi marcado por uma contundente modificação na atividade extrajudicial paraibana. A um só tempo, uma importante conquista para as serventias deficitárias e um preocupante fracasso no acesso à cidadania entraram em vigor. Ao passo em que a lei estadual nº 12.510/2022 instituiu o piso da renda a ser repassada aos registradores civis a partir de uma reestruturação dos valores pagos ao Fundo de Apoio ao Registrador de Pessoas Naturais da Paraíba – FARPEN-PB, serventias

distritais foram extintas pela lei nº 12.511/2022, sonhando, assim, à população o acesso aos serviços básicos de identificação civil e promoção de sua cidadania, há décadas facilitada pela simples existência dos cartórios na circunscrição distrital.

A lei de reestruturação das serventias foi oriunda de um ato normativo de iniciativa do Poder Judiciário estadual, tramitado no Processo Administrativo da Corregedoria-Geral de Justiça nº 0000376-58.2021.2.00.0815, sob a justificativa de necessidade de adequação do serviço extrajudicial paraibano, levando-se em consideração as atribuições cumuladas, o número de atos praticados, os emolumentos recolhidos e a população circunscrita aos municípios correspondentes às comarcas. Curiosamente, apesar de fazer referências à utilização de ferramenta de inteligência artificial para o mapeamento das serventias, os dados utilizados para alimentação dela e os resultados obtidos não foram publicizados no bojo do referido procedimento. À míngua disto, todos os cartórios distritais, um total de 57, foram extintos, aparentemente sem qualquer aprofundamento acerca da realidade social da população residente nos respectivos distritos, impactando a curto e médio prazo o exercício direto dos direitos de cidadania de milhares de paraibanos.

A solução estadual encontrada para as serventias distritais se mostra, como transparece ser, contrária à legislação federal e à própria Constituição. Apesar da justificativa pautada no regime arrecadatório e de número de atos praticados, há evidente contradição quanto aos motivos determinantes da extinção de cartórios distritais cujos atos superaram alguns cartórios sediados em municípios sedes de comarca e que vêm trazendo, ao longo de décadas, significativos avanços na prestação de serviços para a população local.

Outro ponto passou ao largo das preocupações da comissão reestruturante: as condições socio-econômicas da população, notadamente mais carente, seja de recursos financeiros, educacionais, etários ou tecnológicos,

reduzindo o acesso a serviços já considerados como essenciais, no âmbito do Provimento nº 95/2020 do CNJ.

Com efeito, o regramento paraibano inframador de direitos fundamentais não aparece mais isolado no cenário nacional, mostrando-se uma perigosa tendência a ser copiada por outros Estados no Nordeste, a exemplo de Pernambuco, que, atualmente, propôs semelhante extinção de serventias deficitárias, porém, sequer estruturou uma renda mínima para os serventuários atuais e futuros, pondo em cheque o futuro da atividade extrajudicial no âmbito do mais essencial dos serviços: o RCPN.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a estatização dos registros civis, ainda na primeira república, a principal preocupação do Poder Público se concentrou no mapeamento da população ao longo dos anos, paulatinamente incrementando-se, pela via legislativa, mecanismos de conhecimento acerca das pessoas habitantes de um determinado território, no sentido de levá-la à condição de cidadão, primeiramente pelo registro de nascimento para, em sequência, municiá-lo dos meios de exercício dos demais direitos sociais, civis e políticos.

A garantia de existência mínima de um Ofício de Registro Civil de Pessoas Naturais por sede municipal e as iniciativas de expansão da gama de políticas públicas prestadas no âmbito das referidas serventias propiciou que indivíduos, antes invisíveis ao Estado e aos bens sociais, pudessem finalmente existir para o mundo dos direitos e deveres ínsitos ao Estado Democrático.

A promoção da cidadania básica por meio da diminuição dos índices de sub-registro, entretanto, diante de todas as desigualdades sociais que assolam a população brasileira, não os promoveu a detentores de cidadania plena, dadas as dificuldades até mesmo individuais de inclusão social, como analfabetismo, baixa renda, condições etárias. Somadas a estas, em

uma vertente ascendente de disrupção tecnológica, estes mesmos cidadãos se vêem aliados da participação na cidadania digital, vez que não detêm capacidades de acesso a serviços disponibilizados por meios virtuais, obrigando-os às mesmas soluções analógicas do início do século XX.

A sociedade passa por um momento de profundas reestruturações decorrentes da imersão no mundo digital. Neste panorama, em que se inserem os cartórios de Registro Civil, a atividade extrajudicial se amolda às exigências de segurança tecnológica para a prestação de serviços exclusivamente por meio virtual. Nessa perspectiva, avançam proposições legislativas que nivelam o cidadão médio pelo padrão de acessibilidade à rede mundial de computadores e à facilidade de acesso aos serviços por meio de plataformas digitais, sem considerar, contudo, as discrepâncias regionais e individuais, que alijam milhares de brasileiros da chamada inclusão digital.

Destarte, a extinção de serventias situadas em municípios e distritos eminentemente rurais, onde se concentra boa parcela das pessoas que não tem acesso à internet ou mesmo recursos educacionais e financeiros para obter informação de qualidade, apesar das alternativas legislativas à respectiva subsistência, envereda na contramão da promoção da cidadania e do acesso à justiça.

Em que pese serem recentes as reestruturações promovidas na legislação extrajudicial na Paraíba, o descompasso observado entre a inclusão social ao longo de décadas em nosso país e a dificuldade de acesso a serviços e políticas públicas colocados à disposição por meio dos RCPN's aponta para um cenário de invisibilização do cidadão, em um movimento retrógrado da história de garantia e exercício de direitos fundamentais.

É, portanto, imperioso repensar o modo de ver os Ofícios de Cidadania em nosso estado. Apenas seguir a legislação federal e o espírito de inclusão cidadã do nosso constituinte já é o primeiro e primordial passo para frear esse movimento perigoso de supressão dos direitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lília Bilati de; PAULA, Luíza Gonçalves de. **O retrato da exclusão digital na sociedade brasileira**. Revista de Gestão da Tecnologia e Sistemas de Informação/Journal of Information Systems and Technology Management. V. 2, N.1, 2005, P. 55-67. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/jistm/a/7BZxyCX73JT9tJbBmsbfZ8w/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 22 de janeiro de 2023.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição Federal nº arts. 1º, 5º, 6º, 22, 236, de 1988. Brasil.

_____. Ibge. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (ed). **MEMÓRIA IBGE**. Disponível em: <https://memoria.ibge.gov.br/historia-do-ibge/historico-dos-censos/panorama-introdutorio.html#:~:text=1.1.&text=A%20hist%C3%B3ria%20dos%20censos%20remonta,popula%C3%A7%C3%A3o%20e%20das%20lavouras%20cultivadas..> Acesso em: 10 set. 2023.

_____. **LEI nº 6.015, de 31 de DEZEMBRO de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

_____. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Brasil, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

_____. **Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997**. Brasil, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9534.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

_____. **Lei nº 10.169, de 29 de dezembro de 2000**. Brasil, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10169.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

_____. **Lei nº 10.215, de 6 de abril de 2001.** Brasil, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/L10215.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. . Brasil, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm#:~:text=1%20o%20Toda%20pessoa%20%C3%A9,concep%C3%A7%C3%A3o%2C%20os%20direitos%20do%20nascituro.. Acesso em: 10 set. 2023.

_____. **Lei nº 11.790, de 02 de outubro de 2008.** Brasil, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11790.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

_____. **Lei nº 13.484, de 26 de julho de 2017.** Brasil, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13484.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

CNJ. **Provimento nº 16, de 17 de fevereiro de 2012.** Brasil, Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1299>. Acesso em: 10 set. 2023.

_____. **Provimento nº 28, de 05 de fevereiro de 2013.** Brasil, Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=1730>. Acesso em: 10 set. 2023.

_____. **Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017.** Brasil, Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 10 set. 2023.

_____. **Provimento nº 81, de 06 de dezembro de 2018.** Brasil, Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2773>. Acesso em: 10 set. 2023.

_____. **Provimento nº 95, de 01 de abril de 2020.** Brasil, Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3265>. Acesso em: 10 set. 2023.

COSTA, Fernanda Ferrarini Gomes da. **A relevância do Registro Civil de Pessoas Naturais em tempos de pandemia COVID-19.** In: FERRO JUNIOR, Izaías Gomes; SCHWARZER, Márcia Rosália. Coord.: EL DEBS, Martha. O Registro Civil na atualidade: a importância dos ofícios da cidadania na construção da sociedade atual. Salvador: Juspodivm, 2021. Livro. 1. Cap. 1. p. 53-87.

FARIA, Letícia Araújo. **Registro Civil das Pessoas Naturais: acesso à justiça, cidadania e consolidação de direitos fundamentais.** In: FERRO JUNIOR, Izaías Gomes; SCHWARZER, Márcia Rosália. Coord.: EL DEBS, Martha. O Registro Civil na atualidade: a importância dos ofícios da cidadania na construção da sociedade atual. Salvador: Juspodivm, 2021. Livro. 3. Cap.2. p. 803-834.

IBGE. **TIC Domicílios. 2022.** Disponível em: <https://cetic.br/pt/pesquisa/domicilios/>. Acesso em: 10 set. 2023.

MINELLI, Daiane Schwabe; CACHAPUZ, Rozane Rosa. **O PAPEL DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS NO APRIMORAMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA.** Revista Cidadania e Acesso À Justiça, [S.L.], v. 4, n. 2, p. 1, 20 dez. 2018. Conselho Nacional de Pesquisa e Pos-Graduacao em Direito - CONPEDI. <http://dx.doi.org/10.26668/indexlawjournals/2526-026x/2018.v4i2.4698>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/4698>. Acesso em: 10 set. 2023.

OTERO, Cleber Sanfelici; OLIVEIRA, Lucas Martins de. **As serventias extrajudiciais como instituição para o acesso à justiça e a efetividade dos direitos de personalidade.** In: FERRO JUNIOR, Izaías Gomes; SCHWARZER, Márcia Rosália. Coord.: EL DEBS, Martha. O Registro Civil na atualidade: a importância dos ofícios da cidadania na construção da sociedade atual. Salvador: Juspodivm, 2021. Livro 3. Cap. 3. p. 835-855.

PARAÍBA. Corregedoria-Geral de Justiça. **Ato Normativo nº 0000376-58.2021.2.00.0815.** 2022. Pje. João Pessoa, 2022.

PARAÍBA (Estado). **Lei nº 12.510, de 24 de dezembro de 2022.** João Pessoa, PB, Disponível em: <https://www.al.pb.leg.br/leis-estaduais>. Acesso em: 10 set. 2023.

PARAÍBA (Estado). **Lei nº 12.511, de 24 de dezembro de 2022.** João Pessoa, PB, Disponível em: <https://www.al.pb.leg.br/leis-estaduais>. Acesso em: 10 set. 2023.

PINSKY, Jaime (Org.); PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da Cidadania.** 6. ed. São Paulo: Contexto, 2021. 573 p.

RODRIGUES, Liane Alves; SOUSA, Edna Vera Lúcia de. **Registro Civil das Pessoas Naturais: informação e conhecimento a serviço da cidadania.** In: FERRO JUNIOR, Izaías Gomes; SCHWARZER, Márcia Rosália. Coord.: EL DEBS, Martha. O Registro Civil na atualidade: a importância dos ofícios da cidadania na construção da sociedade atual. Salvador: Juspodivm, 2021. Livro 3. Cap. 1. p. 783-801.

TEIXEIRA, Ricardo Santiago. **A política pública terceirizada pelo cartório (Ofício da Cidadania).** In: FERRO JUNIOR, Izaías Gomes; SCHWARZER, Márcia Rosália. Coord.: EL DEBS, Martha. O Registro Civil na atualidade: a importância dos ofícios da cidadania na construção da sociedade atual. Salvador: Juspodivm, 2021. Livro 4. Cap. 16. p. 1579-1595.

TIZIANI, Marcelo Gonçalves. **Uma breve história do registro civil na antiguidade.** 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42691/uma-breve-historia-do-registro-civil-na-antiguidade>. Acesso em: 10 set. 2023.

_____. **Uma breve história do registro civil contemporâneo.** 2016. Disponível em: <https://portaldori.com.br/2016/10/11/artigo-uma-breve-historia-do-registro-civil-contemporaneo-por-marcelo-goncalves-tiziani/>. Acesso em: 10 set. 2023.

VASCONCELOS, Camila Cunha Moura. **O Registro Civil das Pessoas Naturais como instrumento do Estado na concretização da dignidade da pessoa humana e da cidadania.** In: FERRO JUNIOR, Izaías Gomes; SCHWARZER, Márcia Rosália. Coord.: EL DEBS, Martha. O Registro Civil na atualidade: a importância dos ofícios da cidadania na construção da sociedade atual. Salvador: Juspodivm, 2021. Livro. 2. Cap. 1. p. 421-431.

CAPÍTULO XXI

CIDADANIA, DIREITOS E JURISDIÇÃO

Werton Magalhães Costa¹⁵⁶

RESUMO

Os temas cidadania, direitos e jurisdição ensejam e merecem constante discussão, existindo variadas ideias que propugnam pela constituição de uma sociedade mais igual. Nesse desiderato, as sociedades e a humanidade amadurecem e evoluem, propondo, os estudiosos, fórmulas orientadoras desse ideal de igualdade. O Brasil, assim como outros países estrangeiros, cuidou de implantar, nesse campo, leis necessárias à definição de cidadania, ao exercício de direitos e à prestação jurisdicional. No que diz respeito à cidadania, convém recordar que Kant elaborou o imperativo categórico como conduta adotada por ser necessária por si mesma, não se cogitando de finalidade especial no agir. Por seu turno, Rawls surgiu com a ideia da posição original e do véu da ignorância, de onde se poderiam imaginar os debates sobre os direitos em uma sociedade em formação sendo realizados sem que os debatedores soubessem quais seriam a posição a ser assumida por cada um deles nessa mesma sociedade, criando condições a que surgissem regras que evitassem discriminações. No que toca à jurisdição, ela requer isenção do julgador, diante da relevância pertinente ao ato de,

156 Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB).

por meio da decisão, proteger direitos. Há situações, porém, que parecem revelar nítido interesse pessoal do julgador, indicativas da possibilidade de uma “jurisdição em causa própria”, por conta de específicos interesses em disputa, o que, ao passo que exclui a isenção, gera distorções inaceitáveis, como pode ser visto, dentre outros, na jurisprudência trabalhista em torno dos direitos dos empregados domésticos, na impenhorabilidade legal do único bem imóvel do devedor e nas relações consumeristas.

Palavras-chave: Cidadania. Direitos. Jurisdição. Imparcialidade. Julgamento em causa própria.

1 INTRODUÇÃO

A discussão em torno da cidadania, do exercício de direitos e da prestação jurisdicional é antiga, tendo ocupado a mente de pensadores, filósofos, doutrinadores e juristas ao longo dos tempos.

Muitos foram os que se ocuparam de elaborar ideias que poderiam ser úteis à compreensão e à constituição de uma sociedade sem disparidades sociais entre seus membros e muitas foram as fórmulas desenvolvidas nesse desiderato no caminhar e no evoluir da humanidade.

Além do pensamento crítico em torno da cidadania, dos direitos e da jurisdição, o Brasil, a exemplo de outros países, produziu vasta legislação para reger essas categorias, desde a Constituição, localizada no ápice do ordenamento jurídico, passando por leis complementares, leis ordinárias, decretos e outras espécies normativas cabíveis.

Tanto é assim que dita Carta regulamenta os direitos fundamentais, os direitos sociais, o Poder Judiciário e um sem fim de institutos caros a um Estado Social Democrático de Direito.

Este artigo pretende, pois, suscitar algum debate em torno da cidadania, dos direitos e, em especial, da jurisdição.

2 A EVOLUÇÃO DAS NORMAS E A CIDADANIA

Nenhuma sociedade nasceu “pronta”, no sentido de que já teria surgido com suas instituições e com seu ordenamento jurídico perfeitamente acabados e desenvolvidos. Muito pelo contrário, pode-se afirmar que todas as sociedades hodiernas encontram-se, ainda, e encontrar-se-ão, talvez indefinidamente, em um infindável processo de amadurecimento, por meio de permanentes alterações que se façam necessárias em seu modo de existir, à luz das tentativas e erros que levam ao rumo dos acertos e das melhorias.

Tem-se, nesse aspecto, que a humanidade carrega, em si, uma necessidade, que é, também, uma escolha e uma preferência, pela evolução, pela mutação, tal qual uma metamorfose imaginada por Kafka em sua célebre obra “A Metamorfose”.

A própria Constituição da República é exemplo de transformação, inclusive em dois sentidos.

A Constituição, em um sentido, passa por etapas de transformação que podem ser percebidas sempre que um texto dá lugar a outro, no momento em que uma é revogada e outra é publicada e passa a vigor, como ocorreu em 1988.

Mas, em outro sentido, essa metamorfose também ocorre no seio de uma cada uma das Constituições isoladamente consideradas, dadas as denominadas mutações constitucionais, por meio das quais novas interpretações, isto é, novas normas são extraídas de um mesmo e velho texto. Esse fenômeno ocorre diuturnamente, sem que haja necessidade de pronunciamento de um poder constituinte ou do parlamento.

A partir de ideias aparentemente simples, como “penso, logo existo”, “conhece-te a ti mesmo” e “só sei que nada sei”, a mente humana, a cada dia, aprimora a busca pelo avanço nas garantias de bem-estar para todas as pessoas, muito embora deva-se reconhecer que muito ainda existe para realizar.

No intuito de preservar direitos e garantir justiça aos cidadãos, várias técnicas vêm sendo testadas no curso da história, sendo certo que já não basta indagar o que um Deus, um Ser Supremo Divino, faria se agisse diretamente sobre as pessoas e suas relações.

Muito mais do que limitar-se à religiosidade, percebeu-se, como imposição, o caminho da ética e da moralidade, como nortes da trilha a garantir a cidadania plena, que, por ultrapassar os limites da mera nacionalidade, isto é, do vínculo que une alguém a determinada sociedade, deve ser entendida como a aptidão ampla para o exercício de direitos, inclusive direitos políticos.

3 CIDADANIA COMO IMPERATIVO CATEGÓRICO

Logo no início da obra “História da Cidadania”, colhe-se da introdução a tentativa de responder ao que é ser cidadão:

[...] é ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei: é, em resumo, ter direitos civis. É também participar no destino da sociedade, votar, ser votado, ter direitos políticos. Os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, aquele que garante a participação dos indivíduos na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice tranquila. (PINSKY, 2018, p. 9)

Construir uma cidadania ampla, que abranja todos aqueles que se encontrem no potencial estado de cidadão, evitando-se que graus distintos de cidadania prevaleçam e que alguém seja mais cidadão do que outro, é preocupação antiga de que têm-se ocupado, como alinhavado, as mentes dos pensadores.

É certo que a realidade da vida prática no Brasil e em outros países nada guarda em comum com a imaginada Utopia de Thomas More (MORE, 2018), onde todos podiam dar-se ao luxo de conviver com

sintética legislação, dada a ausência de maiores conflitos, ao passo que, no contexto brasileiro, o cipoal de leis confunde até mesmo o mais experiente jurista.

Igualmente não é característica brasileira a ausência ou quase ausência de roubos, assassinatos e outros crimes, notando-se elevada distinção com o que acontece nas remotas Ilhas Trobriand, a teor do relato de Malinowsky (2015).

Ainda assim, dentro e apesar da incontornável realidade em que todos vivem, podem as atenções voltar-se ao pensamento intelectual que pretende propor as já mencionadas fórmulas que orientariam a formatação de uma sociedade mais justa.

A filosofia de Kant, por exemplo, brinda a comunidade com seu pensamento erigido em torno daquilo que o pensador denominou de imperativo categórico, em virtude do qual cada conduta humana, comissiva e omissiva, seria adotada “como objectivamente necessária por si mesma” (KANT 2009, p. 50).

Kant, dedicando-se a esclarecer tais imperativos categóricos, aponta:

Ora, todos os imperativos ordenam ou hipotética ou categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma acção possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma acção como objectivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade. (2009, p. 50)

Esse, por si, já seria um norte a guiar a busca pela distribuição plena de cidadania, por meio da produção de leis, em uma primeira etapa, e por meio de sua adequada interpretação, em uma segunda etapa, pois o imperativo categórico corresponde a um imperativo de moralidade, ordenando-se a todo e qualquer um o “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (2009, p. 59). Criar e

interpretar as leis tendo em vista o fortalecimento da cidadania coadunar-se-ia com vários aspectos da lição kantiana:

A questão que se põe é portanto esta: — É ou não é uma lei necessária para todos os seres racionais a de julgar sempre as suas ações por máximas tais que eles possam querer que devam servir de leis universais? Se essa lei existe, então tem ela de estar já ligada (totalmente a priori) ao conceito de vontade de um ser racional em geral. (2009, p. 66)

4 CIDADANIA E POSIÇÃO ORIGINAL – O VÉU DA IGNORÂNCIA DE RAWLS

Outra vertente de pensamento bastante conhecido e voltado à compreensão sobre como se pode construir e manter uma sociedade em que prepondere a busca pelo justo é aquela desenvolvida por Rawls.

O autor parte daquilo que denominou de “posição original” e propõe que se imagine que as pessoas que houvessem de se tornar membros de uma sociedade teriam, antes de a própria sociedade formar-se, debater e criar as regras que viriam a disciplinar todas as relações humanas que futura e inevitavelmente aconteceriam nessa sociedade.

O detalhe, porém, é que esses futuros cidadãos, no momento desse debate com criação de regras, estivessem encobertos por um “véu de ignorância”, de modo a que desconhecêssem o completo qual a posição – “lugar na sociedade” – que iriam ocupar [homem, mulher, branco, negro, advogado, policial, estudante...] no vindouro agrupamento.

Todos teriam que escolher as leis visando a um equilíbrio geral, de forma não egoística, já que ninguém saberia qual lei poderia ser utilizada em proveito próprio, diante da insciência sobre qual o papel que cada um desempenharia no porvir.

Rawls esclarece (1999, p. 118):

The idea of the original position is to set up a fair procedure so that any principles agreed to will be just. The aim is to use the notion of pure procedural justice as a basis of theory. Somehow we must nullify the effects of specific contingencies which put men at odds and tempt them to exploit social and natural circumstances to their own advantage. Now in order to do this I assume that the parties are situated behind a veil of ignorance. They do not know how the various alternatives will affect their own particular case and they are obliged to evaluate principles solely on the basis of general considerations.

O véu da ignorância funciona, na dicção de Lima, como um mecanismo pelo qual a posição original, no momento da celebração dos acordos que criarão regras, pode “afastar o descompromisso com a construção da justiça igualitária, pois os possíveis interesses egoístas são previamente suspensos” (LIMA, p. 27).

Lima, a esse propósito, bem recorda que, para Rawls, “somente a justiça social assegura a igualdade de oportunidades aos indivíduos, deixando-os em um patamar de liberdade igual capaz de favorecer a cooperação social” (LIMA, p. 10).

5 IMPARCIALIDADE E JURISDIÇÃO EM CAUSA PRÓPRIA

De nada vale, todavia, existirem concepções teóricas rebuscadas e, simultaneamente, revolucionárias, ou mesmo estarem presentes leis que tencionam garantir o bem-estar e uma ordem justa para todos, se não acorrer, igualmente, um aparato judicial sólido, composto por magistrados imparciais e preparados, para solucionarem os conflitos que, na vida real, acontecerão, exatamente porque locais como Utopia e Trobriand são quer ficção, quer exceção.

Os princípios atinentes à jurisdição, os princípios processuais e as garantias da magistratura servem, em maior ou menor grau, a esse desiderato de institucionalizar uma jurisdição adequada aos anseios do povo, já que,

na seara da jurisdição, entram em cena os mais variados direitos humanos que merecem acolhida por via da distribuição da justiça, sendo certo que tais direitos, na percepção de Kant sempre lembrada por Lima (2018, p. 59), têm “conteúdo aberto”, e tendem a “limitar o excesso de poder do Estado”, em um crescente de garantias processuais e constitucionais jurídicas do cidadão”.

Mas nem sempre os resultados serão os esperados, não sendo raros os exemplos que denotam uma possível ausência de isenção por parte dos julgadores. Tais exemplos podem ser colhidos a partir do exame de certas espécies de demandas que, tramitando no Poder Judiciário, podem revelar certo interesse, ainda que reflexo, dos seus membros.

Será feita uma tentativa de esquadrihar alguns desses exemplos nos próximos parágrafos.

Não é desconhecido dos juristas e até mesmo do cidadão mais leigo em Direito que um julgador pode usar ou ser tentado a usar a decisão que lhe compete proferir como instrumento de vazão de suas convicções íntimas e de suas ideologias, sejam elas de quais vertentes forem.

Por outro lado, o julgador pode, independentemente de suas convicções e ideologias, utilizar ou ser tentado a utilizar da mesma decisão para proferir um julgamento que, mesmo indiretamente, haverá de beneficiá-lo, ainda que essa forma de julgar seja velada e sutil, para que não transpareça facilmente o objetivo – que, ademais, pode ser até algo oculto no subconsciente do julgador, como um benefício que ele próprio acredite que não lhe sucederá.

Esses benefícios, tal qual exsurge da ideia de “legislar em causa própria”, no jargão popular, podem decorrer de um fenômeno que subitamente poderia ser denominado de “jurisdição em causa própria”.

Como isso pode ocorrer será a justa indagação que se põe.

E a resposta será: em várias situações nas quais o julgador, seja porque exerce um papel dentro das hostes do serviço público, seja porque nunca

deixa de ser, concomitantemente, um cidadão com direitos e deveres, leva em consideração, no julgamento, ainda que de modo inconsciente, sua posição de magistrado, de servidor público, de consumidor, de empregador doméstico ou de vítima de ofensas, por exemplo.

Nesses momentos, verifica-se plenamente que em nada se observa daquilo que Rawls propõe quanto ao véu de ignorância na posição original, porque é justamente o exercício de alguma dessas posições (servidor público, consumidor etc.) que parece guiar a adoção desta ou daquela decisão em determinada lide posta ao crivo do julgador.

Alguns exemplos devem ser postos ao exame.

A ideia – espúria, aliás – de uma “legislação em causa própria” já é antiga. Recordem-se, por exemplo, os casos em que assembleias e até o Congresso produziram legislação voltada a anistiar seus próprios membros, após flagrados em atos de abuso de poder político na disputa eleitoral.

Mas, como alertado acima, há muitos casos observados no dia a dia que geram fortes suspeitas de “jurisdição em causa própria”. Em várias ações postas ao exame dos tribunais, nota-se uma possibilidade de desvirtuamento da nobre missão de julgar.

É algo que ocorre sempre que, de alguma forma, o interesse individual do julgador, ou o interesse de todo o corpo de magistrados, parece estar em disputa, sob o aspecto do membro do Judiciário, seja, de modo geral, como cidadão.

Assim é que se explicam certas decisões que transbordam a lei ou ficam aquém dela – ou que são exaradas à luz de uma exatíssima ou extremamente rígida interpretação da lei.

Veja-se o histórico das decisões da justiça do trabalho em relação aos direitos dos empregados domésticos.

A jurisprudência trabalhista, ao menos durante algum tempo, relutou em aceitar certos direitos dos empregados domésticos, como o direito a horas extras e o direito de receber férias proporcionais em caso de demissão,

os quais só vieram a ser plenamente garantidos com o surgimento da Lei Complementar 150/2015.

Surge, então, a dúvida sobre a razão de tal conduta da justiça especializada, levando à indagação sobre o fato de que os juízes também são empregadores domésticos! Juízes exerciam e ainda exercem a posição de empregador doméstico na sociedade. A jurisprudência trabalhista majoritária, ao menos em certos prismas, ficou aquém da lei, porque possivelmente haveria o interesse dos juízes em não favorecer demasiadamente os empregados domésticos, seus contratados. Note-se como o tratamento dispensado aos empregados reclamantes sempre foi diverso quando o empregador é empresa privada ou – pior – o Poder Público. Nessa hipótese, sempre se elasteceu a interpretação das leis em favor do empregado.

Um segundo exemplo brota do tema da cobrança em juízo de contribuições condominiais em edifícios residenciais.

Disciplinando a matéria, a L. 8009/90 embute várias regras sobre quando não se permite a penhora do imóvel residencial único do devedor.

Como regra, nos termos do art. 1º dessa lei, o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável.

É certo que existem algumas exceções listadas no art. 3º da lei, mas a jurisprudência dos tribunais brasileiros ampliou as exceções, em detrimento do condômino devedor de contribuições condominiais.

A lei não excetuou a impenhorabilidade nessa situação, já que a conhecida “taxa” não é tributo.

O questionamento, portanto, é quanto à motivação para que os julgadores, ao arripio da lei, excluíssem arbitrariamente a proteção concedida pelo legislador, independentemente de se reconhecer ou não que o legislador fez uma má escolha: não cabe ao julgador aplicar a lei que ele gostaria que existisse, mas sim a lei que existe, desde que não avance em inconstitucionalidades.

O que parece evidente, nesse caso, é a posição exercitada comumente por magistrados. Eles são costumeiramente condôminos e, por gozarem de uma remuneração fixa, nada desprezível, que normalmente não tarde em ser quitada, são pagadores pontuais das contribuições condominiais, não se enquadrando, em princípio, na posição de pessoa em dificuldade financeira que atrasa tais pagamentos.

Essa posição, portanto, parece ser tentadora no sentido de levar o julgador a permitir a penhora, já que, do contrário, poderia ocorrer o estímulo a que os demais condôminos do seu próprio prédio deixassem de pagar as contribuições, confiantes na impenhorabilidade garantida por lei, e, mesmo em débito, pudessem, sem dificuldades, usufruir de todos os equipamentos comuns (piscina, salão de festas, quadra, churrasqueira, academia...)

Presumindo-se que os magistrados, agentes públicos bem remunerados, são todos ou quase todos bons pagadores, não admitiriam proteger da penhora o condômino mau pagador. Prestigiariam, ao contrário, seus interesses particulares. Já quando se trata do Poder Público em juízo, no polo ativo, como credor em busca da cobrança de seu crédito, mesmo que tributário, a L 8.009/90, no que toca às impenhorabilidades, é levada às últimas consequências em favor dos executados, e a jurisprudência acaba protegendo o simples terreno que o devedor alegar possuir para futura construção; protege dois imóveis se o devedor alegar que parte do núcleo familiar ocupa o segundo, o que pode ocorrer em separações e divórcios; protege até o imóvel alugado, se o devedor alega que recebe o aluguel para pagar o aluguel de imóvel em que reside com a família...

Além desses exemplos, há um em que nitidamente o direito floresceu: o direito do consumidor, possivelmente por serem os julgadores consumidores como qualquer cidadão. E talvez ávidos consumidores, justamente por fazerem jus a remuneração acima da média dos demais consumidores.

Em termos de jurisprudência consumerista, é inegável que a interpretação costuma ser sempre favorável ao consumidor, tido como sujeito hipossuficiente na relação jurídica subjacente ao processo judicial, pululando as interpretações elásticas que o protegem perante os fornecedores e fabricantes.

Encontra-se exemplo de possível falta de isenção até mesmo na seara processual penal, e partindo do próprio Supremo Tribunal Federal, suposto guardião da Constituição, em caso que subverteu regras processuais penais em desfavor do acusado. Sabe-se que o judiciário é pródigo em elasticar regras penais, mas quase sempre aquelas que aparecem em favor dos réus.

Inesperadamente, porém, houve uma ampliação interpretativa, *in malam partem*, em favor da vítima e, portanto, em última análise, da acusação.

O entendimento foi assentado quando envolvia um dos Ministros da própria Corte, Carlos Velloso, que teria sido vítima de crime contra a honra.

Eis o que assentou o STF:

“CRIMES CONTRA A HONRA DE SERVIDOR PÚBLICO, EM RAZÃO DO OFÍCIO. LEGITIMIDADE CONCORRENTE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 208. PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL.

O STF, por seu plenário, rejeitou a tese do promotor natural, porque dependente de interposição legislativa (HC 67.759, rel. Min. Celso de Mello, DJ 01.07.93).

Admissível o recurso extraordinário interposto pelo servidor ofendido e regularmente admitido como assistente da acusação na ação penal pública condicionada, quando o MP não recorre contra acórdão do STJ que acolhe tese rejeitada pelo STF, em recurso ordinário em habeas corpus, e anula a ação penal. O reconhecimento da legitimidade concorrente, pelo plenário do STF (INQ 726-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29.04.94), implica na impossibilidade de ser o servidor ofendido prejudicado em decorrência da opção feita. RE conhecido e provido para restabelecer a ação penal” (fl. 1.164). RE 387974

Esse entendimento, como se vê, afastou, em aparente casuísmo, a vetusta súmula 208: “O assistente do Ministério Público não pode recorrer, extraordinariamente, de decisão concessiva de habeas corpus”.

O STF avançou ainda mais, em período recente, e editou sua Súmula 714, segundo a qual “É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções”. Como se sabe, o art. 24, § 2, do CPP, determina que, seja qual for o crime, quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado e Município, a ação penal será pública. Um crime contra a honra de servidor no exercício de suas funções atinge interesse do Poder Público e, assim, nunca seria crime de ação privada.

Se a primeira ampliação, no que toca à possibilidade de recorrer, deu-se em julgamento em que era vítima um Ministro do STF, tem-se que, na segunda ampliação, atinente à possibilidade de ajuizamento de ação penal privada, os juízes em geral, não apenas os Ministros do STF, são potenciais vítimas de crimes contra a honra no desempenho de suas atividades judicantes.

Ademais, há numerosas outras situações nas quais a isenção dos magistrados responsáveis pela produção de certos entendimentos jurisprudenciais pode ser questionada. Lembrem-se dos litígios em face de instituições financeiras; de ações que pretendem isentar servidor público, sob o pretexto da boa-fé, de devolver quantias aos cofres públicos recebidas indevidamente; das liminares concedidas por tribunais, no início da luta contra o nepotismo, e antes da edição de súmula vinculante pelo STF, com o intuito de manter parentes em cargos comissionados; as condenações por danos morais em valores mais elevados quando a vítima é magistrado...

Embora não espere uma neutralidade absoluta, já que nenhum ser humano é neutro e todo juiz é um ser humano, essas dúvidas acima apontadas, no que concerne a uma possível produção jurisprudencial

dissociada da exigida isenção, isto é, de um distanciamento do objeto litigioso, acabam por solapar a confiança da sociedade na própria jurisdição.

Todas as pessoas carregam consigo seus próprios influxos psicológicos, políticos, sociológicos, filosóficos, morais, éticos e religiosos, mas o princípio é o de que os magistrados estejam equidistantes dos interesses em disputa na demanda que lhes caiba julgar, o que não parece ter sido observado nos exemplos delineados.

Cada um dos magistrados, além do papel de julgador, exercita uma posição, como indivíduo privado, na sociedade. Na média, um juiz haverá de pensar como pensam os demais membros da sociedade.

Por essa razão, surge o diagnóstico pressentido por Luciana Yeung (2017, p. 266) ao asseverar que, em várias situações, os juízes estarão “decidindo com base em suas ideologias pessoais, e não apenas como um reflexo de preferências externas”.

Sempre há esperança de que não surjam novos exemplos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cidadania, direitos e jurisdição são temas que ensejam discussão desde longo tempo, havendo surgido ideias voltadas à compreensão e à constituição de uma sociedade mais igual. A essas discussões soma-se a produção legislativa que tenciona reger a cidadania, os direitos e a própria jurisdição, o que se dá, no Brasil, por meio da Constituição da República e das leis editadas pelo Congresso Nacional.

As sociedades encontram-se em permanente processo de amadurecimento de suas instituições e do seu ordenamento jurídico, sucedendo-se suas Constituições e as novas interpretações que lhe são dadas, tendo em vista o bem-estar da população.

O pensamento dos filósofos e demais estudiosos voltou-se cedo, com base na ética e na moralidade, ao exame da cidadania e do seu alcance para

cada um dos membros da sociedade. A preocupação foi logo a de propor fórmulas que orientariam a formatação de uma sociedade mais justa.

Para Kant, com seu imperativo categórico, a conduta humana seria adotada como objetivamente necessária por si mesma. Não se cogitaria de alguma finalidade especial da ação. A produção de leis e sua interpretação, se calcadas em imperativos categóricos, fortalecem a cidadania, coadunando-se com a lição kantiana.

Já em conformidade com a proposta de Rawls, idealizador da “posição original”, aliada ao véu da ignorância, o debate sobre cidadania, direitos e prestação jurisdicional ocorreria a partir do ponto de vista de debatedores que desconhecessem que lugar cada um deles teria após formada e posta em prática a sociedade cujas regras estivessem discutindo. Esse mecanismo forçaria o surgimento de regras que evitasse discriminações entre as pessoas dessa sociedade, o que também prestigiaria a higidez dos institutos em debate e também a justiça social.

No que se refere à prestação jurisdicional, trata-se de função que deve ser desempenhada com isenção pelos magistrados, exatamente porque se destina a proteger a cidadania e todos os direitos que sofram lesão ou ameaça de lesão.

Nem sempre os princípios e regras do ordenamento jurídico são suficientes a tanto, havendo exemplos de possível ausência de isenção do julgador no exercício de sua tarefa, relativos a hipóteses nas quais possa haver um interesse pessoal do magistrado, resvalando a decisão para um possível afastamento injustificado da lei.

Essas situações podem ser percebidas na jurisprudência trabalhista referente ao empregado doméstico, nas decisões referentes à impenhorabilidade do imóvel do devedor de contribuições condominiais, no direito consumerista, em decisões da justiça penal quando a vítima é magistrado, nos litígios em face de instituição financeira, nas ações que podem beneficiar servidores, além de outros casos.

REFERÊNCIAS

LIMA, Newton de Oliveira. **O Cosmopolitismo Kantiano e a Fundamentação Dos Direitos Humanos**. In: *Aufklärung*, João Pessoa, V. 5, n. 1, jan-abr, 2018, p. 53-60. Disponível em https://www.academia.edu/73202629/O_Cosmopolitismo_Kantiano_e_a_Fundamenta%C3%A7%C3%A3o_Dos_Direitos_Humanos

LIMA, Newton de Oliveira. **10 Lições sobre Rawls**. Petrópolis: Vozes, 2019.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 2009.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e Costume na Sociedade Selvagem**. Tradução de Noéli Correia de Melo Sobrinho. Petrópolis: Vozes, 2015. Kindle edition.

MORE, Thomas. **Utopia**. 1. ed. Reino Unido/São Paulo: Penguin/Companhia das Letras, 2018. 192 p. Kindle edition.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Orgs.). **História da Cidadania**. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2018.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Rev. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

YEUNG, Luciana. **Jurimetria ou Análise Quantitativa de Decisões Judiciais**. Capítulo 8, p. 249-274, in: Machado, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. 428 p.

CAPÍTULO XXII

ENERGIAS RENOVÁVEIS NO ESTADO DA PARAÍBA: CONTEXTUALIZAÇÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL E PRINCIPAIS DESAFIOS SOCIOAMBIENTAIS

Yanara Pessoa Leal¹⁵⁷
Manoel Victor Meira Lima Vidal¹⁵⁸

RESUMO

A geração de energia através de fontes renováveis é uma tendência global na busca pelo desenvolvimento sustentável. No Brasil, a região Nordeste é considerada como referência no segmento, e nos recentes anos vem liderando a implantação de parques eólicos e usinas fotovoltaicas, bem como o desempenho na produção de energia a base dessas fontes. Contudo, apesar de se tratar da promessa de fonte de energia “limpa”, a geração de energia por fontes renováveis através dos grandes complexos, sobretudo na região Nordeste, vêm causando impactos socioambientais significativos. Neste contexto, o presente trabalho buscou apresentar a contextualização dos desafios percebidos nos processos de licenciamento ambiental, fato aliado às contribuições do Brasil no que se refere à sua contribuição na

157 Advogada. Mestranda em Ciências Jurídicas - UFPB. Assessora Jurídica da Sudema. João Pessoa-PB.

158 Engenheiro Ambiental. Mestre em Ambiente e Desenvolvimento - PRODEMA. Analista Ambiental da Comissão de Análise de Estudos de Impactos Ambientais - CAEIA, da Sudema. João Pessoa-PB.

redução dos Gases de Efeito Estufa - GEE, bem como o forte avanço das energias renováveis e seus reflexos, que pode estar indo na contramão da promessa da sustentabilidade socioambiental esperada pelas comunidades do nordeste brasileiro.

Palavras-chave: Energias renováveis. Impactos socioambientais. Desenvolvimento sustentável.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo faz uma breve contextualização acerca dos aspectos concernentes ao licenciamento ambiental e aos impactos gerados em razão da implantação dos equipamentos das energias renováveis no estado da Paraíba, mais notadamente os parques eólicos e as usinas fotovoltaicas, percebidos por ocasião dos procedimentos adotados para a concessão das licenças, bem como dos desdobramentos das audiências públicas provenientes do resultado dos estudos de impactos ambientais e de seus respectivos relatórios de impacto ambiental (EIA/RIMA), além do relato de estudos acadêmicos e demais matérias publicadas sobre o tema.

A recente Recomendação 17 de 2023, da ordem do Ministério Público Federal e Estadual e da Defensoria Pública Federal e Estadual na Paraíba, sobre a prescindibilidade da realização de consulta prévia, livre e informada, conforme determinado na Convenção da OIT 169 de 2004, que condiciona à oitiva e consentimento dos povos e comunidades tradicionais, para que haja a instalação de qualquer atividade de significativo impacto em áreas de influência direta ou indireta dos referidos povos, externa a preocupação com a necessidade de compatibilização do meio ambiente sustentável com o socialmente justo.

É cediço que o desenvolvimento tecnológico, a despeito da promessa de energia limpa, apresenta contradições que colocam em prova a sua produção e a forma de se relacionar com as pessoas. Quando pensado na possibilidade de desapossamento de terra, praticado pelos titulares das

empresas de energias renováveis, e da desapropriação da força de trabalho e na celebração de contratos de adesão de arrendamento, muitas das vezes contendo cláusulas leoninas, a injustiça ambiental sofrida pelas populações que vivem em torno dos geradores e a não distribuição para essas mesmas populações da energia produzida a partir do vento e do sol extraídos de suas áreas, torna-se um desafio para os órgãos de comando e controle.

De outra borda, no que concerne às questões ambientais, mais notadamente no que diz respeito às medidas de contenção dos efeitos das mudanças climáticas, é importante destacar que, apesar da transição da matriz energética, à base de combustível fóssil, por fontes limpas ser um dos principais compromissos assumidos pelo governo brasileiro no Acordo de Paris, no Brasil o desmatamento ainda é o maior responsável pela emissão de gás carbônico (CO₂), razão pela qual, ocupou até bem pouco, o quinto lugar no ranking dos países que mais emite GEE - gases de efeito estufa (LEAL; SOUZA, 2023), tendo, recentemente, caído para a sexta posição.

Outro fator preponderante e externado com a chegada das energias renováveis no nordeste brasileiro diz respeito à necessidade de supressão vegetal em larga escala para que haja a implantação e operação dos parques e usinas eólicas e fotovoltaicas, sendo certo que somente em 2022, o estado da Paraíba autorizou a supressão de vegetação de mais de 3.000 hectares de terra na Caatinga, o equivalente a 0,025% do total desse bioma no estado, que de certo aponta para desafios, quando pensado no fato de que o combate ao desmatamento no Brasil, é o vetor dos efeitos das mudanças climáticas e que a Caatinga é o bioma mais negligenciado do ponto de vista da proteção ambiental (PAZ et al., 2020).

Sendo assim, tem-se que, com a implantação e operação dos complexos de energia eólica e fotovoltaica no estado da Paraíba, com base nas fontes pesquisadas, pôde-se observar o aumento do desmatamento, embora autorizado pelo órgão ambiental, sobretudo no bioma da Caatinga, onde os processos de regeneração de áreas degradadas são mais lentos e a

vegetação só poderá efetivamente se regenerar depois do encerramento e retirada dos equipamentos.

Houve, também, modificação drástica nas paisagens, provocada pela erosão e pela remoção de terras, devido às atividades de terraplanagem, que somados à perfuração de poços artesianos para a construção das bases dos aerogeradores, influenciaram na alteração do nível hidrostático do lençol freático, interferindo no fluxo da água subterrânea e na disponibilidade hídrica local (BARBOSA FILHO, 2013).

Ademais, observou-se que houve impermeabilização do solo, prejudicando o reabastecimento dos aquíferos, especialmente em áreas secas, onde os lençóis freáticos são fundamentais para garantir água à população local (STAUT, 2011).

Não obstante, efeitos adversos à saúde foram reflexos observados nas pessoas que vivem próximas aos aerogeradores, mais notadamente no que se refere à avaliação de ruídos, já que não existe uma normativa expressa que determine distanciamento mínimo dos povoados (MIGRAINE, 2004).

Outro ponto que envolve o funcionamento dos complexos eólicos são os impactos percebidos na fauna local, uma vez que as pás dos aerogeradores possuem altitude e diâmetro de circunferência geral bem acentuado e com real probabilidade de acidente com aves migratórias, podendo inclusive provocar acidentes com a quiropterofauna.

Já com relação aos complexos fotovoltaicos, o aumento da temperatura do microclima local, também é um aspecto percebido com o funcionamento das placas solares, uma vez que parte da irradiação incidente nos módulos fotovoltaicos é transformada em energia elétrica e outra parte em uma espécie de “bolha de calor”, que no conglomerado de placas, aumenta a temperatura local do ambiente. Além disso, as estruturas que dão suporte às placas solares podem servir de abrigo aos quirópteros, podendo favorecer a disseminação de doenças transmitidas por animais sinantrópicos, como a raiva, tanto na população humana, quanto em animais de criação.

É importante destacar que no quesito socioeconômico pouco impacto positivo em relação às populações influenciadas foram percebidos. Isto porque não há garantia de que os moradores locais serão aproveitados para as vagas de trabalho geradas com a operação desses equipamentos, sobretudo para as vagas que exigem um grau maior de instrução e especialização. Entretanto, percebeu-se evasão forçada nas áreas que antes eram destinadas à agricultura familiar.

Ademais, a partir da contextualização externada, não é precipitado questionar se o modelo atual adotado para a substituição da matriz energética por fontes mais limpas e de emissão de carbono zero, no Brasil, que vem a ser uma das promessas de sustentabilidade e combate às mudanças climáticas, estaria esbarrando noutros desafios de cunho ambiental e social (LEAL, 2023).

2 EMBASAMENTO LEGAL PARA O LICENCIAMENTO AMBIENTAL DAS ENERGIAS RENOVÁVEIS

No estado da Paraíba, está em vigência a Norma Administrativa - NA 101, da Superintendência de Administração do Meio Ambiente - SUDEMA, que dispõe sobre procedimentos e especificidades para o licenciamento ambiental, com base no ordenamento jurídico e regramento específico e análogo à matéria.

Trata-se da atualização da NA 101 ainda do ano de 2005, ocorrida por meio da Deliberação nº 5192 do Conselho de Proteção Ambiental - COPAM e publicada em Diário Oficial do Estado da Paraíba, de 15/12/2021. Desta feita, o art. 1º inciso a referida norma, prescreve que os empreendimentos de energias renováveis são passíveis de licenciamento.

Para além da norma administrativa supracitada e em razão da ausência de legislação própria inerente aos procedimentos de licenciamento ambiental das energias renováveis, seja em nível estadual ou federal, o órgão

ambiental do estado da Paraíba motiva seus pareceres técnicos e jurídicos, com fundamento nas resoluções do Conselho Nacional de Meio Ambiente - CONAMA.

Para os procedimentos de licenciamento ambiental de energia renovável, considerada de pequeno potencial de impacto ambiental, acontece o enquadramento na modalidade de licença simplificada, fundamentada na Resolução CONAMA 279 de 2001.

Já na Resolução CONAMA N° 462 de 2014, encontra-se os procedimentos para o licenciamento ambiental de empreendimentos de geração de energia elétrica a partir de fonte eólica em superfície terrestre. Esta mesma norma, também faculta a competência ao órgão ambiental licenciador, realizar o enquadramento quanto ao impacto ambiental dos empreendimentos de geração de energia eólica, determinando, ainda, que esse enquadramento deve considerar o impacto causado pelo complexo como um todo.

Insta destacar que o licenciamento ambiental é obrigatório para verificar a viabilidade, localização, construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, conforme estabelecido na Política Nacional do Meio Ambiente, estabelecida na Lei n° 6.938/1981.

Com efeito, a Resolução CONAMA n° 237/1997, em seu art. 3° trata:

a licença ambiental para os empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar se publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

As diretrizes gerais para a elaboração do EIA/RIMA estão estabelecidas na Resolução CONAMA nº 001/1986, e no seu art. 2º, inciso XI, está disciplinado que as atividades de usina de geração de eletricidade, independente de fonte primária acima de 10 MW, são passíveis de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental - EIA/RIMA, senão vejamos:

Art. 2º Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como:
XI - Usinas de geração de eletricidade, qualquer que seja a fonte de energia primária, acima de 10 MW; [grifo nosso]

No que refere à supressão de vegetação, fato e condição para a implantação dos equipamentos das energias renováveis, a fundamentação legal é emprestada do Decreto Estadual nº 24.417, de 2003, que dispõe sobre o uso alternativo do solo no estado da Paraíba, onde também está prevista a exigência da realização do estudo de impacto ambiental e seu relatório de impacto ambiental (EIA-RIMA), para as atividades que demandem supressão vegetal em áreas que correspondam a extensões acima de 100 hectares.

Por fim, a Deliberação COPAM nº 5099/2021, define quais atividades relacionadas às energias renováveis serão enquadradas no rito ordinário do licenciamento ambiental, não prescindindo de EIA/RIMA, onde o parecer técnico devidamente justificado, definirá o tipo de estudo que deverá ser apresentado e emitirá o respectivo termo de referência para a sua elaboração.

É importante destacar que no estado da Paraíba, a Deliberação supra, é a única normativa estadual existente que disciplina os critérios de licenciamento ambiental das atividades das energias renováveis, de modo que é urgente a necessidade iminente da elaboração de políticas públicas e legislação específica para disciplinar a matéria.

3 OS DESAFIOS ENFRENTADOS NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL DAS ENERGIAS RENOVÁVEIS

Apesar de se tratar da promessa de uma fonte de energia “limpa”, o processo de planejamento, instalação e operação das usinas eólicas e fotovoltaicas com seus respectivos equipamentos associados tem causado vários aspectos, como segue:

1) Dano paisagístico (comum a ambos).

A utilização da paisagem/cenário enquanto categoria geográfica que possibilita a compreensão do homem nas relações e transformações da natureza perante o avanço da sociedade, o impacto visual dos empreendimentos e seus equipamentos tendem a potencializar mais um impacto “visual” na paisagem.

Neste contexto, urge-se a necessidade da observância do distanciamento dos equipamentos (sobretudo no caso dos complexos eólicos) de residências e centros urbanos, como critério na elaboração de normas de distanciamento permitindo melhor avaliar os impactos na implantação desses empreendimentos no contexto de paisagens de relevância ambiental.

2) A supressão de vegetação nativa em diversas áreas, contudo necessária à abertura de estradas para passagem de caminhões e equipamentos.

Na cadeia produtiva dos parques eólicos e das usinas fotovoltaicas, para que haja sua implantação, é necessária a autorização de uso alternativo do solo, que, na grande maioria das vezes, significa a supressão de vegetação, notadamente de remanescentes de vegetação nativa.

No estado da Paraíba, o uso alternativo do solo (supressão vegetal) prescinde de autorização prévia do órgão ambiental estadual responsável pela execução da Política de Meio Ambiente, e está positivada no Decreto Estadual nº 24.417/2003.

De acordo com o referido decreto, sempre que houver a autorização para supressão de vegetação, sua compensação ou reposição é obrigatória, qualquer que seja o ator, pessoa física ou jurídica, que explore, utilize, transforme matéria-prima florestal, em qualquer bioma do estado paraibano, fica obrigado às medidas supracitadas.

Nessa senda, destaca-se que na região onde se insere quase que a totalidade dos complexos de energia renovável, existem significativas demandas de supressão de vegetação do Bioma Caatinga, que motivou a adoção por parte do órgão ambiental do estado da Paraíba, de medidas para promover a reposição florestal, intitulada de “PROJETO NASCENTE VIVA”, cujo objetivo é a preservação e a recuperação hidrológica e ambiental de bacias hidrográficas no sertão paraibano, como medida mitigadora dos efeitos da desertificação identificados na região.

É importante destacar que a iniciativa para a execução desse projeto teve como meta a realização de intervenções necessárias à recomposição vegetal de áreas de preservação permanente, a conservação das zonas de recarga hídrica e a promoção da sustentabilidade no uso da água no meio rural, tendo como foco a proteção, a preservação e a recuperação de nascentes afetadas pelas concessões das autorizações de uso alternativo do solo outorgadas.

Outrossim, no caso dos complexos fotovoltaicos, a supressão vegetal tende a ser maior do que nos parques eólicos, isto porque, por se tratar de uma estrutura horizontal, é necessário a utilização de áreas maiores para implantação dos empreendimentos. Nesse sentido, o envio de esforços para que a reposição florestal seja realizada, principalmente na área do empreendimento, é medida importante, a despeito da implantação de corredores ecológicos, a fim de garantir o fluxo gênico de espécies faunísticas e florísticas da região. Esse procedimento constitui medida mitigadora para os efeitos relativos às alterações do microclima no local de intervenção.

No caso dos complexos eólicos, esse aspecto tende a ser mantido de uma forma mais “natural” em virtude do espaçamento físico entre as estru-

turas e serem verticais, sendo possível, portanto, permitir a fragmentação ecológica do bioma no local do empreendimento.

3) Erosão, remoção de terra e atividades de terraplanagem capazes de alterar o nível hidrostático do lençol freático, influenciando no fluxo de água subterrânea.

4) Interferência na disponibilidade hídrica local, também devido à perfuração de poços e elevado consumo de água na fabricação do concreto para utilização nas obras.

Observaram-se manifestações no sentido de que, com a instalação dos equipamentos das energias renováveis, sobretudo os complexos eólicos, foram ocasionados impactos quanto à alteração do nível hidrostático do lençol freático, que refletiu no abastecimento de água das populações mais próximas dos empreendimentos, com a redução da captação de água subterrânea.

As obras causaram impermeabilização do solo, prejudicando o reabastecimento dos aquíferos, especialmente em áreas secas, onde os lençóis freáticos são fundamentais para garantir água à população e a dessedentação animal. A respeito do tema em questão, em linhas gerais, a literatura acadêmica aborda da seguinte forma:

Barbosa Filho (2013) diz que “As atividades de terraplanagem podem alterar o nível hidrostático do lençol freático, influenciando no fluxo de água subterrânea, visto que os cortes e aterros possivelmente serão submetidos a obras de engenharia para a estabilidade dos taludes e as vias compactadas para possibilitar a continuidade do tráfego de caminhões. Outro fator de alteração do nível hidrostático do lençol freático está vinculado à produção de concreto para confecção das fundações das torres eólicas, visto que é elevado o volume de material a ser utilizado. Ou seja, há interferência na disponibilidade hídrica local devido ao elevado consumo de água na fabricação do concreto”.

Já na visão de Staut (2011), com a produção de efluentes domésticos e seu fluxo, bem como de resíduos sólidos no canteiro de obras localizado na área diretamente afetada, caso não venham a ser manejados convenientemente, poderá refletir-se em contaminação dos corpos hídricos e do aquífero subterrâneo.

E para Ribeiro (2013) todas essas ações proporcionaram modificações na topografia do campo trazendo prejuízos irreversíveis ao meio ambiente e para a comunidade que faz uso constante desse espaço geográfico, tanto do ponto de vista da mobilidade quanto do uso dos recursos naturais.

5) Efeitos adversos à saúde de pessoas que vivem próximas aos aerogeradores.

No que se refere à avaliação de ruídos, destaca-se a ausência de normativa legal que determine a distância entre os aerogeradores e as residências. Existe apenas a Resolução do CONAMA nº 462/2014, que aponta a avaliação dos ruídos conforme orientação ser estabelecida nos termos de referências a serem emitidos para elaboração dos estudos, relatando que, conforme exposto em seu item 5.1.7. - Ruídos, é dito: *“Para os empreendimentos cujo limite do parque esteja posicionado a menos de 400 m de distância de residências isoladas ou comunidades apresentar este estudo de forma a caracterizar os índices de ruídos e o efeito estroboscópio visando ao conforto acústico e à preservação da saúde da comunidade”*, orientação já seguida pelo corpo técnico da Superintendência de Administração do Meio Ambiente - SUDEMA.

No entanto, observa-se que descrito na norma, não se trata de uma restrição à localização de residências dentro do raio de 400 m dos aerogeradores, mas apenas a exigência de um estudo específico quanto ao programa de monitoramento de avaliação de ruídos, ficando a cargo do técnico, solicitar do requerente, quando da elaboração do projeto executivo, que seja observado um distanciamento mínimo de 400 m entre as residências e os locais dos aerogeradores.

Outrossim, tem-se ainda que, nos casos em que não for possível respeitar esse distanciamento, deverá ser solicitado um estudo que aponte medidas e técnicas que possam garantir o conforto acústico daqueles que habitam na região onde será instalado o complexo, bem como que mitigue os impactos sonoros causados pelo empreendimento durante sua implantação e operação.

Todavia, cumpre expor a preocupação quanto à falta de normativas que discipline a matéria, sendo certo que essa ausência afeta para além da questão da volumetria (índice de decibéis alto ou baixo do ruído), mas também e, principalmente, a persistência e constância dos ruídos, pois, mesmo que em baixo volume, trata-se de uma exposição contínua e sem interrupção do ruído.

Em consulta à bibliografia da área, para Migraine (2004), os estudos existentes registraram um conjunto comum de efeitos adversos à saúde de pessoas que vivem próximas aos aerogeradores. Esses sintomas começam após o funcionamento das usinas eólicas, incluindo:

“(i) no sistema nervoso central: fadiga, insônia, distúrbios do sono e descanso;

(ii) no psiquismo: problemas de desempenho, perda de concentração, nervosismo, opressão, agressividade, estresse ou ansiedade, e, globalmente, alterações emocionais e cognitivas;

(iii) no sistema autônomo: efeitos sobre o equilíbrio, os ritmos respiratórios e cardíacos, o sistema digestivo (náuseas), problemas presentes em caso de exposição prolongada aos aerogeradores. Já existem registros desses efeitos em artigos publicados no *Journal of Low Frequency Noise, Vibration and Active Control*, publicado pela Multi-Science Publishing Co., e por um laboratório de pesquisa suíço que se interessa pela segurança do trabalhador.”

Além disto, destacam-se outros impactos negativos sobre o meio social que podem ser causados pela geração da energia eólica, os quais podem estar relacionados aos seguintes aspectos: emissão de ruído, impacto visual,

corona visual ou ofuscamento, interferência eletromagnética, efeito estroboscópico, interferências locais.

Portanto, para que esses reflexos possam ser minimizados ou mesmo eliminados, deve haver o planejamento e estudos adequados, aliados aos avanços e inovações tecnológicos sempre em desenvolvimento.

6) Impactos na fauna, especialmente à avifauna, em razão do elevado nível de ruído e de choque dos animais com as pás dos aerogeradores.

Considerando que os equipamentos e os aerogeradores possuem altitude e diâmetro de circunferência bastante acentuado, a probabilidade de acidente com aves migratórias das mais diversificadas espécies também é maior. Este é um impacto que deve ser tratado com muita atenção, sobretudo para a fase de operação dos parques eólicos, tanto o relacionado à avifauna quanto à quiropteroфаuna.

7) Elevação da temperatura e do microclima local (caso das fotovoltaicas).

Tem sido um aspecto amplamente demandado, e o aumento da temperatura do microclima local é fato. É de notório saber que a geração de energia advinda de usina fotovoltaica pode modificar o microclima, por causa da provocação do aquecimento localizado, uma vez que parte da irradiação incidente nos módulos fotovoltaicos (placas) é refletida.

A outra parte da energia absorvida é transformada em energia elétrica, como outra parte de calor, razão pela qual, especula-se a formação de uma “bolha de calor” no conglomerado de placas, que pode ser apontado como consequência do aumento da temperatura do ambiente e em torno das instalações (conforto térmico).

Outrossim, para o início da análise do processo de implantação do empreendimento é necessário identificar as restrições legais locais. O distanciamento desses equipamentos com relação às residências e às áreas urbanas deve ser uma das restrições consideradas. No que refere às áreas urbanas, de acordo com Uyan (2013), a usina de energia fotovoltaica não

deve ser estabelecida perto de áreas urbanas, devido à alta densidade de população e edifícios, porque pode impactar negativamente no crescimento urbano, ocasião em que uma distância mínima de 500 metros deve ser mantida de terras urbanas.

Assim, de forma análoga ao caso dos ruídos provocados pelos aerogeradores dos parques eólicos, destaca-se a ausência de normativo legal que determine a distância entre os complexos fotovoltaicos das residências próximas, sobretudo quanto à variação do microclima local, impacta as populações próximas.

8) O risco que a população residente em torno das instalações das linhas de transmissão é outro tema que carece de estudos capazes de identificar reais problemas relacionados à interferência das linhas de transmissão de energia elétrica em face das pessoas que sofrem influência direta ou não.

Contudo, a recorrência nas demandas relacionadas aos riscos causados pelas linhas de transmissão, tem preocupação apenas no que concerne à redução das áreas produtivas, porque pode impactar na questão agrícola, já que nas faixas de servidão destinadas a essas instalações, deve se observar um raio de distanciamento.

9) Impactos reflexos em diversas outras localidades, inclusive áreas protegidas, reservas ambientais, comunidades quilombolas e assentamentos rurais, vai na contramão da promessa de energia limpa, considerando que toda cadeia produtiva das energias renováveis, abarca impactos bastante significativos ao meio ambiente e em diversas áreas consideradas como “sensíveis” do ponto de vista ambiental.

O estudo de impacto ambiental e seu respectivo relatório de impacto ambiental - EIA/RIMA, confere ao órgão ambiental a oportunidade de consulta junto a uma série de entidades e outros órgãos com temas relacionados de forma direta ao empreendimento, objetivando a anuência sobre

diversos aspectos, obtendo informações relacionados aos impactos identificados por ocasião do estudo.

Já com relação às comunidades quilombolas, tradicionais, povos indígenas e assentamentos rurais, o procedimento também é mantido com a realização de consulta junto aos órgãos competentes a exemplo da FUNAI, Fundação Palmares, INCRA e demais pertinentes, para fins de obtenção de anuência dos respectivos órgãos.

10) Impactos na fase de descomissionamento - no encerramento da vida útil das usinas fotovoltaicas e parques eólicos, é importante mencionar que os empreendimentos de energia renovável e seus equipamentos possuem vida útil (tempo de vida) de 25 a 30 anos. Nesse sentido, é primordial a discussão sobre ações e medidas a serem adotadas com relação aos resíduos gerados após o descomissionamento, bem como para o caso de manutenção, com a realização da modernização dos equipamentos (repotenciação).

Portanto, é imprescindível a busca por alternativas e soluções voltadas para a resolução dos passivos ambientais deixados pelos empreendimentos das energias renováveis, seja com relação à recuperação das áreas que receberam os equipamentos, seja com relação à destinação dos resíduos provenientes, sendo certo que em muitos casos os equipamentos possuem componentes químicos que só podem ser destinação particular.

A esse respeito, destaca-se a Nota Técnica nº 12/2021 emitida pela Empresa de Pesquisa Energética - EPE vinculada ao Ministério de Minas e Energia, intitulada: “Empreendimentos eólicos ao fim da vida útil: Situação Atual e Alternativas Futuras” (Fevereiro/2021), a qual traz um panorama pertinente sobre o assunto.

4 QUANTO AOS IMPACTOS NO MEIO SOCIOAMBIENTAL

Destaca-se que tem sido muito recorrente manifestações no sentido de que os empreendimentos das energias renováveis instaladas no Nordeste Brasileiro, geraram poucos impactos socioeconômicos positivos, uma

vez que não há garantias de que os moradores locais sejam aproveitados nas vagas de trabalho oportunizadas por esses empreendimentos, e quando são, só costuma acontecer no início das obras, já que para a fase de funcionamento, existe a necessidade de mão-de-obra mais especializada.

Por outro lado, os muitos impactos socioeconômicos negativos, como a redução forçadas das áreas destinadas à agricultura familiar, demissão em massa dos trabalhadores locais contratados inicialmente, para dar lugar à mão-de-obra especializada na fase de funcionamento dos aerogeradores, aumento da violência, da prostituição, da transmissão de doenças, do uso de substâncias entorpecentes em decorrência do grande fluxo de pessoas na localidade no período de instalação dos parques e usinas, foram percebido no resultado dos estudos apresentados no licenciamento ambiental.

Porém, é preciso considerar que toda obra e/ou implantação de empreendimento do porte dos complexos em comento, causa algum tipo de impacto no meio socioeconômico. Apesar de serem questões que fogem ao alcance das competências legais do órgão ambiental, ainda assim é papel dele exigir dos empreendimentos, na elaboração dos estudos ambientais (notadamente o EIA/RIMA), a apresentação de proposta de programas institucionais e sociais e de comunicação social ou de capacitação técnica, que busquem comprovar a máxima incorporação da comunidade local junto à atividade implementada.

5 DOS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO

Na relação aos contratos de arrendamento das terras utilizadas para a implantação das energias renováveis, verifica-se que há previsão de cláusulas exorbitantes, tais como:

- Os longos prazos de duração, que variam entre 27 e 50 anos;
- Imposições contratuais estendidas automaticamente aos herdeiros;
- Condição de irrevogabilidade e irretratabilidade;

- Imposição de cláusula de sigilo, que dificulta a organização coletiva dos proprietários;
- Imposição de limitações do uso da terra pelos proprietários;
- Renovação automática, não havendo necessidade da anuência do proprietário da terra, devendo a empresa informar ao proprietário com antecedência de 30 (trinta) dias;
- Estipulação de multa por descumprimento contratual, apenas em face dos proprietários (valores muito alto entre alguns milhões de reais);
- A alienação/venda do parque para outra empresa é de decisão exclusiva da empresa contratante (cláusula ilegal).
- Os valores previstos contratualmente para o pagamento do arrendamento são irrisórios, frente ao lucro gerado pela atividade de geração de energia eólica e aos prejuízos suportados pelos agricultores.

Em suma, observa-se que, a partir da celebração dos contratos de arrendamento, as empresas passam a ser proprietárias dos proprietários, retirando-lhes o acesso à terra, como se fosse um verdadeiro processo de “desposseção”.

Ademais, essa forma de contratar acelera o processo de acumulação, se assemelhando a uma apropriação “informal” da propriedade e das maneiras tradicionais de sobrevivência dos seus proprietários, revelando-se uma espécie de “*Green Grabbing*”, termo utilizado para denominar a apropriação de terras e de recursos ecossistêmicos para “fins ambientais” sob o pretexto de geração energia limpa e sustentável.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo assim, e diante de todo o cenário percebido a partir dos processos de licenciamento ambiental, das audiências públicas oriundas dos estudos de impacto ambiental e do respectivo relatório de impacto ambiental - EIA/RIMA, além de matérias veiculadas através dos diversos

meios de comunicação, no estado da Paraíba, o poder executivo, através do órgão ambiental de meio ambiente, em atendimento da recomendação do Ministério Público, passou a condicionar à concessão do licenciamento para a instalação dos empreendimentos de energias renováveis, localizadas em territórios quilombolas, indígenas ou de comunidades tradicionais, a consulta livre, prévia e informada (CLPI), sempre que o empreendimento demandar estudos de impacto ambiental e do respectivo relatório de impacto ambiental - EIA/RIMA ou relatório ambiental simplificado (RAS).

A adoção desse procedimento, foi proveniente de sucessivas tratativas realizadas entre o Órgão Ambiental Estadual, Ministério Público Federal (MPF), Defensoria Pública da União (DPU), Ministério Público da Paraíba (MP/PB) e Defensoria Pública Estadual (DPE-PB).

A finalidade da referida medida é a de proteger comunidades quilombolas, povos indígenas, comunidades tradicionais e evitar que no estado da Paraíba, os processos de licenciamento ambiental sejam recepcionados em desacordo com o art. 6º, da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), agência ligada à Organização das Nações Unidas (ONU).

Essa convenção estabelece que os governos devem consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas que tenham o potencial de afetá-los diretamente.

Destarte, a Convenção 169 foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.041, de 19 de abril de 2004, e, posteriormente, consolidada pelo Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019.

Outrossim, no que se refere à compensação social, mais notadamente no que se refere às medidas de compensação social decorrentes dos impactos causados sobre a saúde, a segurança e o bem-estar das comunidades afetadas com a implantação dos geradores de energias renováveis, ainda se busca avançar com estudos e iniciativas, que ajudem na edição de políticas

públicas, que disciplinem a inserção e a cobrança no licenciamento ambiental, de medidas compensatórias.

Ademais, os desafios percebidos nos processos de licenciamento ambiental, fato aliado às contribuições do Brasil no que se refere à sua contribuição na redução dos gases de efeito estufa - GEE, e o forte avanço das energias renováveis e seus reflexos, não podem ir na contramão da promessa da sustentabilidade socioambiental esperada pelas fontes de energia limpa e dos compromissos assumidos pelo Brasil, no combate aos efeitos das mudanças climáticas.

REFERÊNCIAS

BARBOSA FILHO, W. P. **Impactos ambientais em usinas eólicas.**

AGRENER, GD. Itajubá-MG, 2013. Disponível em: <<http://www.feam.br/images/stories/arquivos/mudnaclimatica/2013/ag267.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de Agosto de 1981 – **A Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA)**, publicada no DOU de 02-09-1981.

Brasil. Lei nº 9.605, de 12.02.1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências, publicado no DOU de 13/02/1998 e retificado em 17/02/1998.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. CONAMA. Resolução nº 462/2014. **Estabelece procedimentos para o licenciamento ambiental de empreendimentos de geração de energia elétrica a partir de fonte eólica em superfície terrestre**, altera o art. 1º da Resolução CONAMA n.º 279, de 27 de julho de 2001, e dá outras providências. - Data da legislação: 24/07/2014, publicada no DOU de 25/07/2014.

LEAL, Y. P. A tecnologia *blockchain* como instrumento de gestão na prestação de serviços ambientais e de medidas de adaptação às mudanças climáticas. **Revista Brasileira de Gestão Ambiental e Sustentabilidade**, v. 9, n. 22, p. 1075-1079, 2022. [https://doi.org/10.21438/rbgas\(2022\)092236](https://doi.org/10.21438/rbgas(2022)092236)

LEAL, Y. P. **Energias renováveis e os desafios ambientais a serem enfrentados**. Sítio de internet: Portal do Litoral Sul, disponível em: <https://www.portaldolitoralpb.com.br/energias-renovaveis-e-os-desafios-ambientais-a-serem-enfrentados/> , publicado em 15/12/2022, acesso em 22/01/2023.

LEAL, Y. P.; SOUZA FILHO, G. L. **Contratos Inteligentes blockchain no pagamento por serviço ambiental no Bioma da Caatinga e no Semiárido da Paraíba, Nordeste do Brasil**. *Revista Brasileira de Gestão Ambiental e Sustentabilidade*, v. 9, n. 23, p. 2359-1412, 2022. [https://doi.org/10.21438/rbgas\(2023\)102401](https://doi.org/10.21438/rbgas(2023)102401).

MIGRAINE, M. V. **Eoliennes, sons et infrasons: effets de l'éolien industriel sur la santé des hommes**, 2004. Disponível em: <http://docs.wind-watch.org/villey-migraine_eoliennesinfrasons.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2021.

PAZ, R. J.; PAZ, M. C. P.; LINS FILHO, J. A.; LUCENA, R. F. P. Unidades de conservação na região semiárida do Brasil. **Revista Brasileira de Gestão Ambiental e Sustentabilidade**, v. 7, n. 17, p. 1283-1334, 2020. [https://doi.org/10.21438/rbgas\(2020\)071718](https://doi.org/10.21438/rbgas(2020)071718)

RIBEIRO, Gilmar Lopes. **Parques eólicos - Impactos socioambientais provocados na região da praia do Cumbe, no município de Aracati Ceará**. Tese de Doutorado apresentada ao Instituto de Geociências e Ciências Exatas do Câmpus de Rio Claro, da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Rio Claro-SP, 2013. Disponível em: <http://acervodigital.unesp.br/handle/unesp/163288?locale=pt_BR>. Acesso em: 09 nov. 2021.

STAUT, Fabiano. **O processo de implantação de parques eólicos no nordeste brasileiro**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Engenharia Ambiental Urbana da Escola Politécnica da Universidade Federal da Bahia, Salvador-BA, 2011. Disponível em: <<http://www.meau.ufba.br/site/publicacoes/o-processo-de-implantacao-deparques-eolicos-no-nordeste-brasileiros>>. Acesso em: 09 nov. 2021.

UYAN, Mevlut. GIS-based solar farms site selection using analytic hierarchy process (AHP) in Karapinar region, Konya/Turkey. **Renewable and Sustainable Energy Reviews**, v. 28, p. 11-17, 2013.

PPGC UFPA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas



UFPA

