

CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

EXIGÊNCIAS AMAZÔNICAS

ORGANIZADORES:

ROGER LUIZ PAZ DE ALMEIDA
RAFAEL DA SILVA MENEZES



GREEN TREE BOOKS
EDIÇÕES JURÍDICAS

AUTORES:

Adriana Lo Presti Mendonça

Alex Penha do Amaral

Daniel Reis e Silva

Igo Zany Nunes Correa

Jofre Luís da Costa Oliveira

Joyce Joanny de Oliveira Leitão Limeira

Karine Nunes Lima

Laura Fernanda Melo Nascimento

Luna de Souza Fernandes

Rafael Raposo da Câmara Auler

Thiago Penha Lima

Wagner Guimarães Carvalho de Barros

Wilken Almeida Robert



GREEN TREE BOOKS EDIÇÕES JURÍDICAS
MANAUS – AM - 2021

CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: EXIGÊNCIAS AMAZÔNICAS

UMA PRODUÇÃO ACADÊMICA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS

CONSELHO EDITORIAL

Professora Mestre Dorinethe dos Santos Bentes

Professor Doutor Juliano Ralo Monteiro

Professora Doutora Mariah Brochado Ferreira

Professor Doutor Maurílio Casas Maia

Professor Doutor Rafael da Silva Menezes

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Constitucionalismos e cidadania democrática [livro eletrônico]: exigências amazônicas / organizadores Roger Luiz Paz de Almeida, Rafael da Silva Menezes. – Manaus, AM : Green Tree Books Edições Jurídicas, 2021. PDF
Vários autores. Bibliografia.

ISBN 978-65-00-32669-7

1. Amazônia - Aspectos ambientais 2. Amazônia - Aspectos sociais 3. Comunidades quilombolas - 4. Constitucionalismo 5. Constitucionalismo - Latina 6. Democracia 7. Direitos fundamentais 8. Direitos indígenas 9. Direitos ribeirinhos 10. Políticas públicas I. Almeida, Roger Luiz Paz de II. Menezes, Rafael da Silva.

21-85890

CDU-342.4

Índices para catálogo sistemático:

1. Constitucionalismo e democracia : Direito constitucional 342.4
Eliete Marques da Silva - Bibliotecária - CRB-8/9380

ESTA PUBLICAÇÃO OBTVEU APOIO E FINANCIAMENTO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS – UFAM E DA COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR - CAPES

SUMÁRIO

- 8** Coronavírus (Covid-19): Aplicação do Princípio da Isonomia na Saúde Indígena nas Regiões do Alto Rio Negro e Alto Rio Solimões (AM)
-
- 34** A Construção Científica do Constitucionalismo Latino-Americano e suas Bases Epistemológicas
-
- 53** A Constituição Boliviana de 2009 como Marco do Novo Constitucionalismo Latino-Americano: Considerações Sobre as Inovações Normativas Descoloniais
-
- 83** A Natureza Jurídica dos Benefícios Fiscais da Zona Franca de Manaus (ZFM): Imunidade Tributária ou Isenção
-
- 122** Programas de Habitação Governamentais e seus Conflitos em Relação ao Meio Ambiente
-
- 140** Programa Nacional de Alimentação Escolar como Instrumento de Alcance de Direitos aos Agricultores Familiares
-
- 165** O Teste de Proporcionalidade como Critério para Restrição do Direito à Propriedade Indígena: Parâmetros da Jurisprudência Interamericana de Direitos Humanos
-
- 193** Repensando a Infância no Contexto Amazônico
-
- 212** A Submissão da Pessoa com Deficiência às Salvaguardas Legais na Realidade do (In)Acesso à Justiça no Interior do Amazonas
-
- 242** Decreto Regulamentar e os Limites Impostos ao Poder Normativo
-
- 267** Neoconstitucionalismo ou Constitucionalismo Latino-Americano: Realidade Amazônica
-
- 294** A Vacina Contra a Covid-19 e a População Privada de Liberdade: Aspectos Jurídicos Acerca da Inserção das Pessoas Presas como Grupo Prioritário

APRESENTAÇÃO

Trata-se de um livro escrito por este professor em conjunto com os mestrandos em direito da 1ª Turma do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Amazonas, fruto das discussões e reflexões no seio da Academia sobre os direitos dos povos originários e comunidades tradicionais e a influência do Constitucionalismo para a efetivação desses direitos a partir de uma participação mais democrática que se amolde às realidades fáticas e locais dos povos da Amazônia.

É indiscutível que as reflexões no âmbito acadêmico contribuem para a pesquisa científica e muitas vezes transcendem o relacionamento entre Professor e Aluno e transforma-se em mudanças na sociedade.

Neste sentido, é uma honra a incumbência de apresentar a produção de artigos resultado dos estudos e pesquisas desenvolvidos ao longo de todo o 2º semestre de 2020, cujo título é: "Constitucionalismo e Cidadania Democrática: Exigências Amazônicas".

Os encontros semanais, apesar da nova realidade virtual, foram extremamente proveitosos e importantes para a troca de conhecimentos e experiências em que abordou-se questões fáticas de particularidade da Amazônia e daqueles que habitam esta terra tão rica pela sua sociodiversidade e biodiversidade.

A realidade dos povos indígenas, comunidades tradicionais, quilombolas e ribeirinhas, pauta de reflexão em diversos encontros, foi

contrastada com a falta de efetividade da legislação vigente, senão de normas constitucionais.

Esta obra exprime sobretudo a riqueza do intercâmbio de experiências entre este docente e os discentes, relação que resultou nesta obra coletiva e que apresenta o rigor científico tão caro ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Amazonas.

Outrossim, este livro coletivo representa o surgimento de novos pesquisadores na área do Direito e Interdisciplinar, uma vez que, sob a supervisão deste professor, os artigos publicados são de mestrandos do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Amazonas, com trabalhos inéditos e de grande relevância para a difusão de produção científica sobre o Constitucionalismo e direitos na Amazônia.

Vale ressaltar que apesar das questões tratadas serem suscetíveis a discussões ideológicas ou políticas, todos os debates no seio acadêmico foram forjados em tom de respeito e cordialidade, cientes de que o Direito não é uma ciência exata e que várias interpretações sobre o mesmo objeto de estudo, mas sob outra abordagem, podem acarretar um entendimento diverso, o que não quer dizer equivocado.

Importante destacar que esta obra coletiva demonstra o compromisso com as questões afetas ao Direito Amazônico, aos povos indígenas, ribeirinhos, comunidades tradicionais, ao caboco, e a preocupação com a relação entre esses atores, o Estado e particulares, na verticalização e horizontalização de seus direitos.

A obra também apresenta importantes estudos sobre o COVID-19, contemplando desde a aplicação do princípio da isonomia na saúde indígena ao contexto da aplicação da vacina contra a COVID-19 e a população privada de liberdade.

Outra preocupação da obra foi retratar a construção científica do Constitucionalismo Latino-Americano, as diferenças e similitudes entre o Neconstitucionalismo e o Constitucionalismo Latino-Americano, e a Constituição Boliviana como elemento propedêutico desse Constitucionalismo Latino-Americano.

Nota-se, ainda, a atenção dos autores em relação à efetividade dos direitos fundamentais no que se refere à infância no contexto amazônico, ao programa nacional de alimentação escolar como instrumento de alcance de direitos aos agricultores familiares e à submissão da pessoa com deficiência às salvaguardas legais na realidade do (in) acesso à justiça no interior do Amazonas.

Além disso, os autores preocuparam-se em discorrer sobre o decreto regulamentar e os limites impostos ao poder normativo, a natureza jurídica dos benefícios fiscais da Zona Franca de Manaus (ZFM) e a utilização do teste de proporcionalidade como critério para restrição do direito à propriedade indígena.

Desta forma, é com grande prazer que apresento os artigos da disciplina que estampa o título desta obra coletiva, com o sentimento do dever cumprido para com a sociedade, verdadeiro e real motivo do avanço das discussões jurídicas e sociais, e certo de que o Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Amazonas está contribuindo com a função social da Academia e sobretudo para a reflexão de temas tão caros e atuais para a Amazônia, desejamos a todos uma boa leitura.

Professor Doutor Roger Luiz Paz de Almeida

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas

Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Salamanca.

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná com estágio san-

duíche na Universidade de Barcelona/Espanha.

Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas.

Magistrado vinculado ao Tribunal de Justiça do Amazonas.

Coronavírus (Covid-19): Aplicação do Princípio da Isonomia na Saúde Indígena nas Regiões do Alto Rio Negro e Alto Rio Solimões (AM)

*Coronavirus (covid-19): application of the principle of
isonomy in indigenous health in the regions of Alto Rio
Negro and Alto Rio Solimões (AM)*

ADRIANA LO PRESTI MENDONÇA
WAGNER GUIMARÃES CARVALHO DE BARROS

ADRIANA LO PRESTI MENDONÇA

Mestranda em Constitucionalidade e Direitos da Amazônia pela UFAM. Especialista em Processo Civil/UFAM. Membro da Academia de Ciências e Letras Jurídicas do Amazonas. Vice-presidente da OAB/AM, 2016/2018. Membro da Comissão Nacional da Mulher Advogada pelo Conselho Federal da OAB 2016/2018. Advogada. E-mail: adrianalpmendonca@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3617-9861>.

WAGNER GUIMARÃES CARVALHO DE BARROS

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Pós-Graduando em Direito Público pela Universidade Estadual do Amazonas. Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2005). E-mail: rafwag79@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9850-4714>.

Resumo: A temática abordada neste ensaio diz respeito à aplicação do princípio da isonomia, em todas as suas dimensões, na saúde indígena no estado do Amazonas, mormente nas regiões do Alto Rio Negro e Alto Rio Solimões, no contexto de declaração de pandemia mundial pela Organização Mundial de Saúde (OMS) causada pelo COVID-19. Neste ínterim debruça-se sobre esta temática em razão do expressivo número de comunidades e aldeias indígenas nos municípios de São Gabriel da Cachoeira e Tabatinga e pela crescente taxa de mortalidade entre os indígenas pelo COVID-19 em decorrência da precariedade do Sistema Único de Saúde (SUS) nos municípios do interior do Amazonas, bem como por inexistência/insuficiência de um sistema vocacionado para a atenção à saúde indígena face aos desafios do coronavírus. Neste ínterim, adotando-se uma pesquisa referencial bibliográfica, utilizando-se de livros, artigos e revistas relacionados ao tema ora estudado, abordou-se a questão do princípio da isonomia sob o viés da saúde indígena em decorrência de suas particularidades e sua cosmovisão, indagando-se se seria constitucional e necessário tratamento diferenciado a ser dispensado aos indígenas tendo como parâmetro a população não indígena de São Gabriel da Cachoeira e Tabatinga.

Palavras-Chave: Covid-19; Saúde indígena; Ausência estatal; Princípio da Isonomia.

Abstract: The thematic addressed in this essay concerns the application of the principle of isonomy, in all its dimensions, to indigenous health in the state of Amazonas, especially in the regions of Alto Rio Negro and Alto Rio Solimões, in the context of a world pandemic declaration by the World Organization Health (WHO) caused by COVID-19. In the meantime, it focuses on this theme due to the expressive number of indigenous communities and villages in the municipalities of São Gabriel da Cachoeira and Tabatinga and the increasing mortality rate among indigenous people by COVID-19 due to the precariousness of the Unified Health System (SUS) in the municipalities of the interior of Amazonas, as well as for the inexistence / insufficiency of a system dedicated to the attention to indigenous health in the face of the challenges of the coronavirus. In the meantime, adopting a bibliographic reference research, using books, articles and magazines related to the theme studied here, the question of the principle of isonomy was approached under the bias of indigenous health due to its particularities and its worldview, wondering if it would be constitutional and necessary differentiated treatment to be given to the indigenous people taking as a parameter the non-indigenous population of São Gabriel da Cachoeira and Tabatinga.

Keywords: Covid-19; Indigenous health; State absence; Principle of Isonomy.

1 INTRODUÇÃO

“Toda essa destruição não é nossa marca,
é a pegada dos brancos, o rastro de vocês na terra.”

Davi Kopenawa Yanomami¹

O hodierno cenário mundial mostra-se cada vez mais desafiador para a humanidade. Preocupações até então relevantes passaram a serem encaradas como secundárias ou mesmo deixadas de lado para algum momento ulterior. O vírus da Síndrome respiratória aguda grave 2 (Sars-Cov-2) que desencadeia a doença denominada COVID-19 superou todas as expectativas e cenários negativos prospectivos de especialistas, Estados e da própria Organização Mundial de Saúde. Apesar dos meios tecnológicos, do compartilhamento célere das pesquisas e conhecimentos científicos, o ser humano neste século não havia enfrentado tamanha ameaça para a sua própria existência.

Os países do globo terrestre já foram direta ou indiretamente afetados pela pandemia causada pelo COVID-19, assim todos os seres humanos estão experimentando, indistintamente, deste amargo episódio da humanidade, enquanto aguardam por uma cura milagrosa ou científica.

Todos os dias, estudos sobre o Sars-Cov-2 são publicados no anseio de divulgar experiências constatadas nas mais diversas situações e especificidades e assim contribuir no melhor ou mais eficaz tratamento a ser dispensado para os pacientes do COVID-19, observando a condição nosológica de cada um ser humano deste mundo.

No território nacional, não está sendo diferente do resto do mundo, todos os dias são contabilizadas estatísticas de casos suspeitos, confirmados, internados em Unidade de Tratamento Intensivo (UTI) e, infelizmente, de óbitos resultantes do contágio pelo COVID-19.

¹ COVID19. Disponível em: <https://covid19.socioambiental.org>. Acesso em 2 fev. 2021.

O estado do Amazonas, mais uma vez destacou-se no cenário nacional e internacional, e não foi pela sua diversidade humana, cultural e ambiental, mas pelas covas abertas no cemitério público por dragas e tratores para enterros coletivos de pacientes que vieram a óbito pelo coronavírus.

Nesse cenário, torna-se imperioso investigar os parâmetros para utilização do princípio da isonomia e mitigar os riscos de utilizá-lo de forma equivocada. Na pesquisa realizada, os parâmetros foram retirados da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

O presente artigo, portanto, tem como objetivo geral demonstrar de que forma o postulado da isonomia deve ser utilizado como critério protetivo das comunidades indígenas no contexto da pandemia do COVID-19, uma vez que as suas características imunológicas e epidemiológicas são ainda mais fragilizadas quando analisado sob o aspecto do Sars-Cov-2, fato ratificado segundo o Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo coronavírus (COVID-19) em Povos Indígenas:

Historicamente, observou-se maior vulnerabilidade biológica dos povos indígenas a viroses, em especial às infecções respiratórias. As epidemias e os elevados índices de mortalidade pelas doenças transmissíveis contribuíram de forma significativa na redução do número de indígenas que vivem no território brasileiro. As doenças do aparelho respiratório ainda continuam sendo a principal causa de mortalidade infantil na população indígena.

A metodologia parte de abordagem qualitativa, mediante material bibliográfico e jurisprudencial, orientando-se pelo método de pesquisa dedutivo, com pesquisa descritiva e bibliográfica, abordando-se no tópico seguinte a temática referente à situação topográfica dos indígenas que vivem nos municípios de São Gabriel da Cachoeira e Tabatinga.

2 SITUAÇÃO TOPOGRÁFICA DOS INDÍGENAS NOS MUNICÍPIOS DE SÃO GABRIEL DA CACHOEIRA E TABATINGA

Particularmente, na região norte os números são alarmantes, destacam-se os estados do Amapá e Amazonas, superando em termos absolutos até o estado de São Paulo que lidera em números totais de casos COVID-19. No ano de 2020, o estado do Amapá destacou-se pela incidência do número de casos positivos a cada 100 mil habitantes, já o estado do Amazonas, com caos na saúde pública, superou todos os demais estados em números absolutos de óbitos, registrando o maior número proporcional de óbitos pelo coronavírus por 100 mil habitantes.

O ano de 2021 acabou por iniciar e as realidades dos estados da região norte não estão muito diferentes do ano anterior. O estado de Roraima lidera em incidência do número de casos positivos a cada 100 mil habitantes com 12.259,6 casos, enquanto o estado do Amazonas, ainda registra o maior número proporcional de óbitos pelo coronavírus por 100 mil habitantes, com 199,4 óbitos, superando em 26,5 óbitos o estado do Rio de Janeiro que possui o registro de 172,9 óbitos/100 mil habitantes.

Os números também são alarmantes no interior do maior estado do Brasil, sendo alguns municípios área fronteira com os países da Pan-amazônia como a Colômbia, Venezuela e Peru. Na parte setentrional do estado destacam-se o município de São Gabriel da Cachoeira que faz fronteira com a Colômbia e Venezuela e o município de Tabatinga, limite do território brasileiro e fronteira com os países da Colômbia e Peru.

Além de localizarem-se em uma posição de tríplice fronteira, os referidos municípios possuem outras coincidências, como o bioma Amazônia. Contudo, para fins específicos do presente estudo, o primeiro ponto em comum de interesse é o dado demográfico, mormente pelo fato de parcela majoritária da população ser cidadãos indígenas/autodeclarados indígenas. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 95,5% da população rural de São Gabriel da Cachoeira e 88,2% de Tabatinga são indígenas.

O outro ponto de interesse e comum nos referidos municípios refere-se à estrutura estatal de saúde disponível para atender efetivamente as demandas dos munícipes (comunidades ribeirinhas, população urbana e indígenas). Lamentavelmente, a situação não é muito favorável para a população local, já que o número de postos de saúde, unidades de pronto atendimento e hospitais são insuficientes proporcionalmente à quantidade de habitantes.

A situação é mais caótica se o parâmetro de pesquisa for por especialidade médica-odontológica, pois para determinados atendimentos médicos de emergência/urgência é necessária a evacuação aeromédica uma vez que os municípios supracitados estão à aproximadamente 853 e 1.106 km, respectivamente, de distância da capital do estado, Manaus, respectivamente.

Para um leitor desavisado e desconhecedor das realidades amazônicas, talvez se pergunte acerca da real dificuldade de logística para o transporte dos pacientes do interior, em razão das distâncias apresentadas aparentemente podem ser consideradas curtas.

Acontece que o total de deslocamento apresentado se refere a uma linha reta entre os municípios e a capital do estado, além do percurso possuir algumas peculiaridades regionais. Esta assertiva deve-se ao fato de inúmeros fatores: a um, os municípios possuem como pontos limítrofes densa floresta amazônica; a dois, a maioria dos municípios não possui ligação terrestre com acesso à cidade de Manaus, com exceção dos municípios de Iranduba, Manacapuru, Novo Airão,

Presidente Figueiredo, Rio Preto da Eva e Itacoatiara, ou seja, dos 62 municípios do estado do Amazonas apenas seis possuem acesso terrestre para a capital amazonense; a três, porque as estradas do Amazonas são os rios, e são eles que propiciam a conexão entre as cidades do estado; e a quatro, porque o deslocamento fluvial depende das vazantes e cheias do rio, o que pode influenciar sobremaneira no transporte de pessoas e cargas.

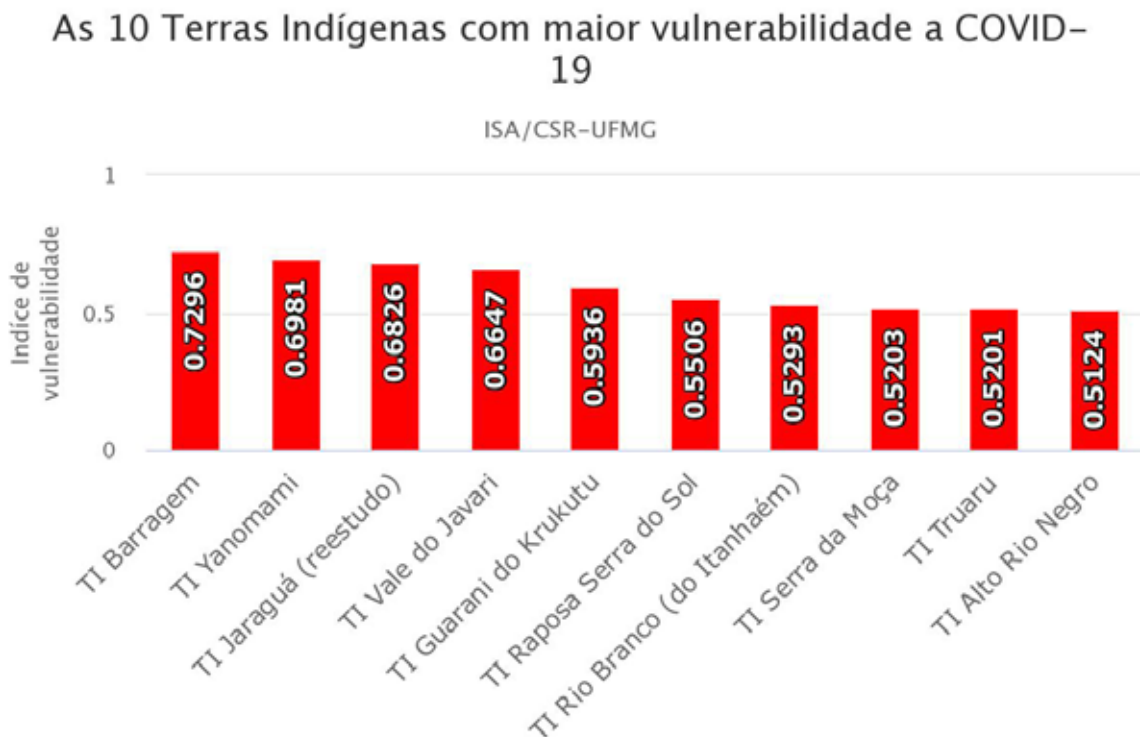
A vazante e a cheia dos rios são tão fundamentais para o transporte no Amazonas, que o desequilíbrio pode acarretar o isolamento fluvial de municípios², limitando o acesso apenas ao transporte aéreo, notoriamente mais dispendioso.

Nesse sentido, em que pese as suspensões de transporte fluvial aos municípios do interior do estado do Amazonas, medidas de prevenção deveriam ser planejadas e executadas precipuamente no que se refere aos povos originários em relação à pandemia do COVID-19.

Ocorre que desde o primeiro indígena infectado pelo COVID-19, as estatísticas traduzem exatamente o descaso dos administradores públicos com a prestação do serviço de saúde aos indígenas, recebendo destaque negativo das mídias internacionais e nacionais, em virtude do elevado índice de vulnerabilidade das terras indígenas, situadas no estado do Amazonas, conforme a figura a seguir:

2 Três municípios estão em situação de alerta e um está em emergência por conta da estiagem na calha do Rio Negro. A seca dos mananciais ocasionada pela falta de chuva ameaça isolar cidades e já compromete o abastecimento de água e alimentos. [...]. Os municípios de Santa Isabel do Rio Negro, São Gabriel da Cachoeira e Barcelos decretaram situação de alerta por conta da estiagem (G1/AM, 2016).

FIGURA 1 - TERRAS INDÍGENAS COM MAIOR VULNERABILIDADE A COVID-19



Fonte: Elaboração pelo ISA/CSR - UFMG.

3 CONTRASSENSE ENTRE AS ESTATÍSTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E A REAL EXTENSÃO DA PANDEMIA ENTRE OS INDÍGENAS NOS MUNICÍPIOS DE SÃO GABRIEL DA CACHOEIRA E TABATINGA

A escalada da pandemia na região norte não foi proporcional às ações da Administração Pública, com isso os próprios indígenas ecoaram pedido de socorro para as autoridades públicas, em todas as suas esferas para receber a devida atenção do poder público.

É asseverada a referida situação nas regiões do Alto Rio Negro e do Alto Rio Solimões pois apresentam um dos maiores índices do país no tocante ao contágio e mortalidade de indígenas decorrentes do COVID-19.

Segundo o boletim epidemiológico nº 239 do Ministério da Saúde, são 41.645 casos confirmados de indígenas infectados pelo vírus Sars-Cov 2 e um total de óbitos de 544 indígenas das mais diversas etnias em todo o território nacional, com uma proporção de aproximadamente de 1,3% de taxa de letalidade, índice muito superior quando comparada a outras regiões do estado do Amazonas.

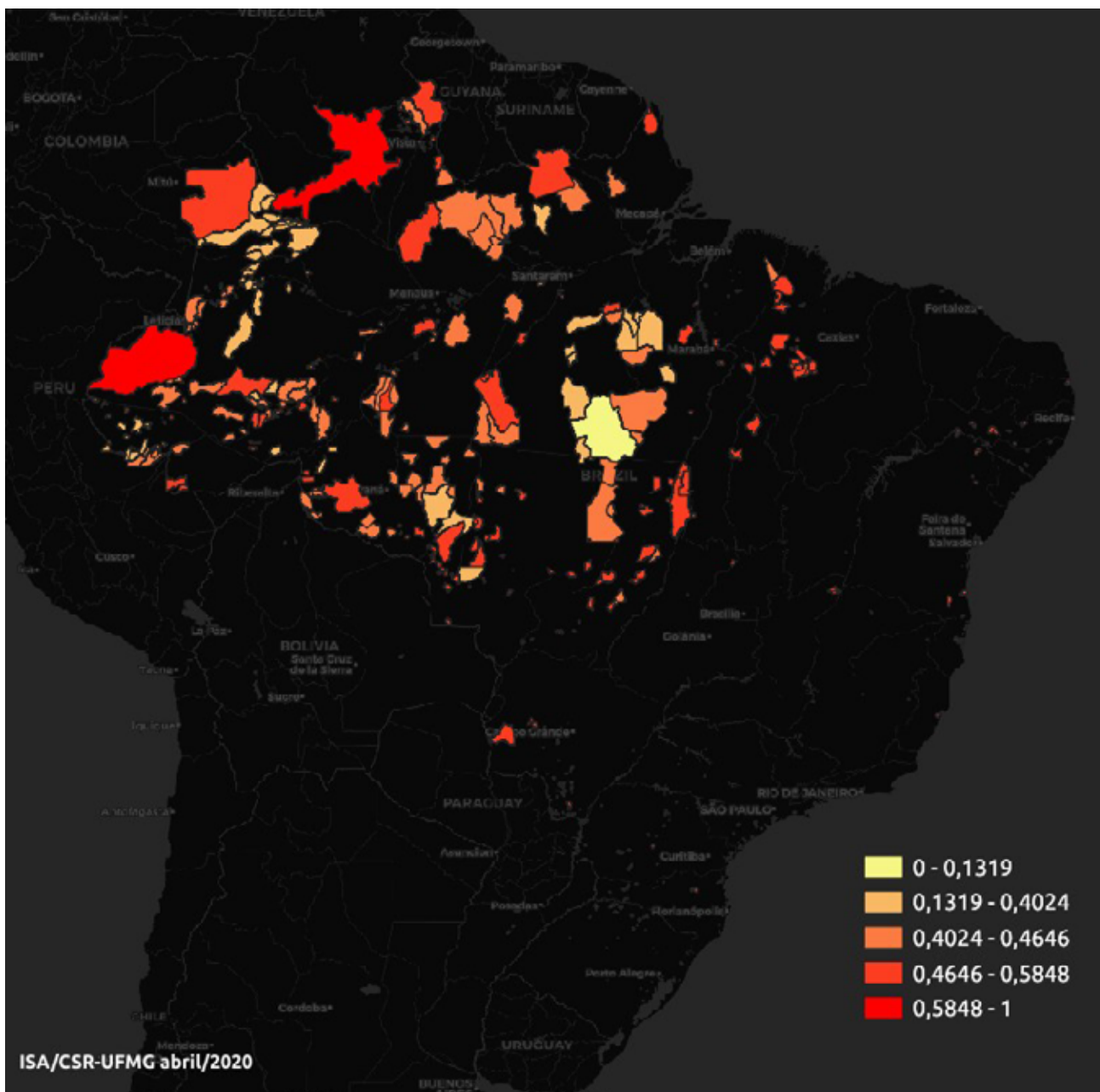
Assim, segundo as informações do Ministério da Saúde, considerando o índice de óbitos totais do Brasil, a taxa de letalidade nas regiões do Alto Rio Negro e Alto Rio Solimões é extremamente desafiadora e demonstra a incapacidade estatal de propiciar uma adequada prestação do direito fundamental à saúde.

Ainda assim, a situação apresentada pelos dados do Ministério da Saúde não representa de maneira fidedigna a realidade dessas regiões. Segundo o Instituto socioambiental (ISA, 2021) “[...] a falta de desagregação dos dados dificulta o reconhecimento das regiões e dos povos mais afetados.”

Além disso, segundo o ISA (2021) “[...] outro problema grave é a ausência de dados sobre indígenas que vivem fora de Terras Indígenas homologadas, o que inclui tanto cidadãos como populações que aguardam a finalização do longo processo de demarcação de suas terras.”

Disso, decorre a deficiente contabilização dos dados de indígenas infectados pelo Sars-Cov 2, pois apenas os casos confirmados nas terras indígenas homologadas estão sendo considerados para a estatística do Ministério da Saúde, menosprezando as classes de vulnerabilidade das terras indígenas na região norte do Brasil, conforme mapa a seguir:

FIGURA 2 - CLASSES DE VULNERABILIDADE DAS TERRAS INDÍGENAS



Fonte: Elaboração pelo ISA/CSR - UFMG.

Assim, em virtude da subnotificação dos casos de COVID-19 entre os indígenas a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib), o Instituto Socioambiental e outros parceiros estão realizando levantamento dos casos paralelamente e assustadoramente os números são muito superiores aos oficiais, conforme se verifica no quadro a seguir.

TABELA 1: COMPARAÇÃO ENTRE OS DADOS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E A APIB/ISA

COVID-19	Casos Confirmados	Óbitos
Ministério da Saúde	41.645	544
Apib	47.542	942

Fonte: Elaboração pelos próprios autores. Dados: ISA/CSR - UFMG/Ministério da Saúde.

Enquanto o Ministério da Saúde contabiliza um total de 41.645 casos confirmados de indígenas infectados e um total de óbitos de 544 indígenas das mais diversas etnias em todo o território nacional, o ISA, segundo dados atualizados até 2 de fevereiro de 2021, apresenta um quantitativo de 47.542 casos confirmados e 942 óbitos.

Nesse sentido, mostra-se discrepante a maneira como estão sendo contabilizados os casos de COVID-19 envolvendo indígenas desconsiderando aqueles que apesar de não estarem aldeados ou viverem em terras ainda não homologadas são indígenas.

Aprofundando acerca do tema, o não reconhecimento de casos de COVID-19 em indígenas não aldeados acaba por prejudicar as políticas públicas a serem implementadas e, por conseguinte, de abrandamento da situação da saúde indígena no Brasil em questões numéricas, ao revés agravam em muito a situação fática de saúde dos indígenas.

O referido comportamento já fora rechaçado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.064.009, cujo Relator foi o Ministro Herman Benjamin, entendendo pela impossibilidade de distinção entre os indígenas aldeados e residentes em áreas urbanas, conforme a seguir:

O status de índio não depende do local em que se vive, já que, a ser diferente, estariam os indígenas ao desamparo, tão logo pusessem os pés fora de sua aldeia ou reserva. Mostra-se ilegal e ilegítimo, pois, o discrimen utilizado pelos entes públicos na operacionalização do serviço de saúde, ou seja, a distinção entre índios aldeados e outros que vivam fora da reserva. Na proteção dos vulneráveis e, com maior ênfase, dos hipervulneráveis, na qual o

legislador não os distingue, descabe ao juiz fazê-lo, exceto se for para ampliar a extensão, o grau e os remédios em favor dos sujeitos especialmente amparados (Ministro Herman Benjamin, relator do REsp 1.064.009, ano 2009).

Destarte, apenas com o acompanhamento real de todos os casos confirmados de indígenas aldeados ou não é que proporcionará efetividade na política de saúde indígena.

4 REIVINDICAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE INDÍGENA COMO INFLUÊNCIA DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Neste contexto, apresenta-se primordial que haja estruturas de saúde capazes de atender as demandas dos indígenas em seu local de domicílio, seja nos aldeamentos ou nos ambientes urbanos, da maneira universal, consoante o previsto no art. 196, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) (BRASIL, 1988), que dispõe “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

A reivindicação por uma atenção à saúde diferenciada aos indígenas perpassa por muita luta dos povos originários traduzidos na 8ª Conferência Nacional de Saúde realizada em 1986, anseios esses que foram introjetados no seio da Constituinte e, por conseguinte, no texto da Carta Magna de 1988.

A CRFB (BRASIL, 1988) é um progresso na temática indígena pois, conforme os art. 231 e 232, da CRFB/88, reconheceu aos povos originários sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens, além da capacidade jurídica para litigar em juízo na defesa de seus direitos, rompendo com as políticas integracionistas e assimilacionistas dos indígenas que marcaram a década de 80.

Contudo, a tutela pretendida na carta magna não se traduziu em ações práticas que efetivamente proporcionassem uma proteção aos indígenas aldeados ou não nos rincões do território nacional.

A saúde indígena começou a receber um tratamento especializado em suas necessidades somente a partir do ano de 1999, ou seja, 11 anos após a promulgação da CRFB/88, por meio da criação do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (SasiSUS) estabelecido na Lei nº 9.836/99 (BRASIL, 1999), o qual possui como gestora a Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), e culminou com a instituição da Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas (PNASPI) que estabelece diretrizes a serem alcançadas pelos 34 Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI).

Nos DSEI, as atividades desenvolvidas em prol da saúde indígena são desempenhadas pelas Equipes Multidisciplinares de Saúde Indígena (EMSI), Agentes Indígenas de Saúde (AIS) e Agentes Indígenas de Saneamento (AISAN).

Vale destacar que a atenção básica da saúde indígena deve ser desenvolvida em conformidade com os usos tradicionais dos povos originários, respeitando e executando ações que garantam a inserção dos rituais xamânicos e sua medicina tradicional.

No nosso entender, esses avanços são ecos das vozes dos países andinos que buscaram inaugurar constituições para romperem com dogmas e valores exaltados no eurocentrismo e que desconsideravam os valores, tradições e culturas dos povos originários. (WOLKMER, 2013, p. 10-14).

As Constituições do Equador (2008) e Bolívia (2009) são representativas na garantia e proteção dos direitos indígenas, seu modo de viver e principalmente quanto a sua cosmovisão do mundo, traduzido nos conceitos do “buen vivir”, *sumak kawsay* e do *suma kamaña*. (WOLKMER, 2015, p. 244).

A constituição do Equador retrata de forma direta em seu preâmbulo a intenção de ruptura com o colonialismo, ou seja, com a visão eurocêntrica e antropocêntrica do homem europeu, reconhecendo os equatorianos “COMO HERDEIROS das lutas de libertação social contra todas as formas de dominação e colonialismo, [...]”³

No mesmo sentido, o preâmbulo da Constituição Boliviana exprime de forma expressiva a importância do reconhecimento daqueles sujeitos até então desprezados e relegados ao desconhecimento, desrespeito e esquecimento de seus direitos, alcançados por meio de lutas, reivindicações e manifestações em face da forma estatal opressora até então vigente.

PREÂMBULO

O povo boliviano, de composição plural, desde a profundidade da história, inspirado nas lutas do passado, no levante indígena anticolonial, na independência, nas lutas de libertação popular, nas marchas indígenas, sociais e sindicais, na água, as guerras e as guerras de outubro, nas lutas por terras e territórios, e com a memória de nossos mártires, construímos um novo Estado.^{4*}

No capítulo quarto da Constituição da Bolívia há previsão dos direitos dos povos originários e dentre estes merece destaque, face o viés

3 Tradução livre: “COMO HEREDEROS de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, [...]”

4 Tradução livre: PREÂMBULO - El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

do presente estudo, o direito à saúde por meio de um sistema universal que respeite e integre sua cosmovisão e práticas tradicionais, conforme o item 13 do art. 30:

CAPÍTULO CUARTO. DERECHOS DE LAS NACIONES Y PUEBLOS INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINOS

Artículo 30

I. Toda a comunidade humana que compartilha identidade cultural, língua, tradição histórica, instituições, territorialidade e visão de mundo, cuja existência antecede a invasão colonial espanhola, é uma nação e um povo camponês indígena.

II. No quadro da unidade do Estado e de acordo com esta Constituição, as nações e os povos indígenas rurais gozam dos seguintes direitos: [...]

13. Ao sistema de saúde universal e gratuito que respeite sua visão de mundo e práticas tradicionais.^{5*}

Ademais, ainda, na carta boliviana há previsão do respeito, uso, investigação e prática da medicina tradicional dos povos indígenas, sendo este conhecimento parte integrante do sistema de saúde boliviano, consoante o inciso II, do art. 35 “O sistema de saúde é único e inclui a medicina tradicional das nações e dos povos indígenas rurais. 4. Garantir práticas ancestrais e alternativas de saúde, reconhecendo, respeitando e promovendo o uso de seus saberes, medicamentos e instrumentos^{6*}”.

5 Tradução livre: CAPÍTULO CUARTO. DERECHOS DE LAS NACIONES Y PUEBLOS INDÍGENAS - Artículo 30 I. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española. II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: [...] 13. Al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales..

6 Tradução livre: II. II. “El sistema de salud es único e incluye a la medicina tradicional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.”, assim como na carta equatoriana que determina que cabe ao Estado “4. Garantizar las prácticas de salud ancestral y alternativa mediante el reconocimiento, respeto y promoción del uso de sus conocimientos, medicinas e instrumentos.

No ordenamento jurídico pátrio, diferentemente das cartas políticas do Equador e Bolívia, a CRFB/88 é demasiadamente concisa no tocante aos povos indígenas, bem como é silente quanto à saúde indígena, cabendo à legislação infraconstitucional trazer igualdade material a esses povos, conforme quadro legislativo abaixo.

TABELA 2 - QUADRO LEGISLATIVO REFERENTE A SAÚDE INDÍGENA EM ORDEM CRONOLÓGICA

LEGISLAÇÃO	ASSUNTO
Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973.	Dispõe sobre o Estatuto do Índio.
Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 com suas alterações posteriores	Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.
Decreto no 3.156, de 27 de agosto de 1999.	Dispõe sobre as condições para a prestação de assistência à saúde dos povos indígenas, no âmbito do Sistema Único de Saúde, pelo Ministério da Saúde, altera dispositivos dos Decretos nºs 564, de 8 de junho de 1992, e 1.141, de 19 de maio de 1994, e dá outras providências.
Portaria no 1163/GM, de 14 de setembro de 1999.	Dispõe sobre as responsabilidades na prestação de assistência à saúde dos povos indígenas, no Ministério da Saúde e dá outras providências.
Lei nº 9.836, de 23 de setembro de 1999	Acrescenta dispositivos à Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”, instituindo o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena.
Portaria nº 254/GM/MS, de 31 de janeiro de 2002	Fica instituída a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas, na forma do Anexo 1 do Anexo XIV
Portaria nº 70/GM em 20 de janeiro de 2004.	Aprova as Diretrizes da Gestão da Política Nacional de Atenção à Saúde Indígena.
Portaria Conjunta SE/MS/SAS nº 47 de 23 de junho de 2006	Qualifica os municípios que especifica a receberem mensalmente os incentivos de Atenção Básica aos povos indígenas, destinados às ações e procedimentos de Assistência Básica de Saúde.

Portaria 2.656, em 17 de outubro de 2007	Dispõe sobre as responsabilidades na prestação da atenção à saúde dos povos indígenas, no Ministério da Saúde e regulamentação dos Incentivos de Atenção Básica e Especializada aos Povos Indígenas.
Portaria Conjunta nº 4.094, de 20 de dezembro de 2018	Define princípios, diretrizes e estratégias para a atenção à saúde dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato.
Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019	Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil.
Portaria nº 16, de 24 de março de 2020	Fica instituído o Comitê de Crise para planejamento, coordenação, execução, supervisão e monitoramento dos Impactos da COVID-19 no âmbito da Saúde dos Povos Indígenas.
Portaria nº 36, de 1º de abril de 2020 - MS - SESAI	Fica instituído o Comitê de Crise Nacional para planejamento, coordenação, execução, supervisão e monitoramento dos impactos da COVID-19 no âmbito da Saúde dos Povos Indígenas.
Portaria nº 55, de 13 de abril de 2020 - MS - SESAI	Fica instituída a Equipe de Resposta Rápida, no âmbito dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas, para enfrentamento da pandemia de COVID-19 no Subsistema de Atenção à Saúde Indígena.
Lei nº 14.021, de 7 de julho de 2020	Dispõe sobre medidas de proteção social para prevenção do contágio e da disseminação da Covid-19 nos territórios indígenas; cria o Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos territórios indígenas; estipula medidas de apoio às comunidades quilombolas, aos pescadores artesanais e aos demais povos e comunidades tradicionais para o enfrentamento à Covid-19; e altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, a fim de assegurar aporte de recursos adicionais nas situações emergenciais e de calamidade pública.
Portaria de Consolidação nº 1 SESAI/MS, de 17 de dezembro de 2020	Consolidação de normas do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena.

Fonte: Elaboração pelos próprios autores. Dados: PLANALTO; FUNAI.

Nesse sentido, a partir de uma abordagem totalmente distinta das empregadas até então pelas nações do sul global, as lutas, reivindicações e vozes dos povos originários devem ser reconhecidas e, mais

do que isso, as políticas públicas devem representar esses progressos na garantia dos direitos dos povos originários sob o manto da dignidade da pessoa humana, que segundo Sarlet, Marinoni e Miti-diero (2018, p. 280) representa concomitantemente “limite e tarefa do Estado e da comunidade”.

5 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA COMO FATOR DE EQUILÍBRIO NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE AOS POVOS INDÍGENAS

A vulnerabilidade dos povos indígenas ao COVID-19 é notória como demonstrado alhures, aliás a história dos povos originários assevera que aldeias indígenas foram massacradas pelo fator externo proveniente de povos e colonizadores, seja por meio de ataques diretos ou através de transmissão de doenças exógenas ao meio indígena.

Segundo Coimbra, Santos e Cardoso (2007, p. 52) os indígenas desde o início da colonização sofrem com doenças trazidas e acarretam altas taxas de mortalidade entre os povos indígenas e, ainda, lecionam os autores que:

Contrastando com as doenças consideradas autóctones (nativas), há evidências de que aquelas que ocasionaram elevados níveis de depopulação (redução populacional), com a morte de milhares de índios nos primeiros tempos de contato, como a varíola, o sarampo e a gripe, foram introduzidas nas Américas a partir da colonização europeia, trazidas de outras partes do mundo.

Nessa esteira, conforme já relatado, a pandemia do COVID-19 também contribuiu sobremaneira para a depopulação indígena, especificamente nos casos relacionados aos municípios de São Gabriel da Cachoeira e Tabatinga, intensificados pela deficiência de estrutura e de profissionais de saúde com capacidade para responder à altura as consequências advindas do Sars-Cov-2.

Constata-se que face à vulnerabilidade dos indígenas faz-se necessário ações empreendidas pelo Estado a fim de oportunizar um tratamento diferenciado a partir de suas especificidades biológicas e topográficas.

Nesse ponto, mostra-se relevante discorrer sobre o princípio da isonomia, também conhecido como direito de igualdade e possui como fundamento de validade no ordenamento jurídico brasileiro dispositivos como o *caput* do art. 5º, da CRFB/88 (BRASIL, 1988), nos seguintes termos: “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 [...]”.

Os princípios segundo Alexy (2012, p. 90) “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”

Defende, ainda, Alexy (2012, p. 90) que os princípios são “[...] mandamentos de otimização [...] caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.”

Já Dworkin ensina que princípio em sentido amplo abarca os princípios em sentido estrito e as políticas ou diretrizes, segundo o autor enquanto os primeiros são os “critérios aplicáveis a uma exigência da justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”, as políticas indicam os “objetivos a serem alcançados do ponto de vista

econômico, político ou social em prol da comunidade” (DWORKIN *apud* NERY JUNIOR e NERY, 2017, p. 250).

O direito à saúde pelos povos indígenas deve gravitar inevitavelmente pelo princípio da isonomia, considerando a lição de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 614) que entende que “[...] a igualdade passou a constituir valor central para o direito constitucional contemporâneo, representando verdadeira “pedra angular” do constitucionalismo moderno [...]”.

Ademais, ensinam os referidos autores que a “igualdade se apresenta no texto constitucional tanto como princípio estruturante do próprio Estado Democrático de Direito, quanto como condição de norma impositiva de tarefas do Estado”.

De igual modo entende o Supremo Tribunal Federal por meio do voto de lavra do Ministro Celso de Melo, relator do Mandado de Injunção nº 58, acerca da relevância do princípio da isonomia:

O princípio da isonomia, que se reveste de autoaplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do poder público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei; e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. [MI 58, rel. p/ o ac. min. Celso de Mello, j. 14-12-1990, P, DJ de 19-4-1991.

Percebe-se que o *caput*, do art. 5º, da CRFB/88 serve de introito para a inserção de direitos e garantias que impõem um tratamento igualitário como idealizado por doutrinadores e juristas como Rui Barbosa que ensinou que “a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam”, palavras proferidas durante cerimônia de colação de grau de bacharéis em direito da Faculdade de Direito de São Paulo em 1921 (LUNCHY, 2019, p. 12).

No mesmo sentido, ensinam Nery Junior e Nery (2017, p. 251) que “[...] dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.”

No entanto, em relação especificamente à saúde indígena a carta magna de 1988 apresenta um silêncio inexplicável cabendo às normas infraconstitucionais equilibrar as marcantes diferenças existentes no direito à saúde dos povos indígenas dos não indígenas.

Desta forma, a igualdade como garantia constitucional fundamental deve se apresentar como solução para situações fáticas, direcionadas ao alcance da isonomia real e substancial e não meramente formal e abstrata (NERY JUNIOR e NERY, 2017, p. 251).

Importante destacar que segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 623) o “princípio da igualdade possui três dimensões”, quais sejam: “(a) proibição do arbítrio; [...] (b) proibição de discriminação; [...] e a (c) obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades [...]”

Nesse contexto, para fins didáticos deve ser enfatizada a dimensão da igualdade no que tange à obrigação de tratamento diferenciado para fins de efetivamente diminuir e/ou mitigar as disparidades entre os indivíduos por meio de instrumentos práticos que possibilitem a aplicação das leis de forma mais justa.

Dessa forma, o alcance da isonomia material no que tange à saúde indígena depende da harmonia entre a “igualdade jurídica e a fática [...]”

numa relação de consideração recíproca e adequada ponderação” (SARLET, MARINONI e MITIDIERO 2018, p. 631).

Em que pese desconsiderar os indígenas não aldeados, reforça o argumento supracitado, o plano nacional de vacinação da COVID-19 como exemplo da aplicação do princípio da isonomia em relação aos povos indígenas, uma vez que os considerou como grupo prioritário e, por conseguinte, os indígenas vivendo em suas terras com 18 anos ou mais atendidos pelo Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (SASI-SUS) estão previstos para receberem a vacina já na primeira fase de vacinação.

A efetivação desse plano conta com o emprego das Forças Armadas que por meio de apoio logístico está transportando os agentes da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI) para os rincões do território nacional acelerando a vacinação de milhares de indígenas, como no município de São Gabriel da Cachoeira a 852 km de Manaus.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Convenção nº 169 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) (OIT, 1989), internalizada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019 (BRASIL, 2019)**, em seus artigos 3º, 7º e 8º, garante aos povos indígenas a plenitude dos direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como o reconhecimento de suas culturas, tradições e seu modo de relacionar-se com o mundo.

Acredita-se que as condicionantes relacionadas à ausência de estrutura do subsistema de atenção básica à saúde indígena nas regiões do Alto e médio Rio Negro e do Médio Solimões e a topográfica contribuem sobremaneira para o aumento vertiginoso dos casos confirmados e óbitos entre os povos indígenas.

Observa-se que a pandemia do COVID-19 exacerba a vulnerabilidade dos povos indígenas e acarreta uma elevação na taxa de mortalidade e, por conseguinte, uma “depopulação” indígena.

A participação dos povos indígenas na formulação das políticas públicas para a efetividade do direito à saúde dos indígenas no Brasil deve inspirar-se em uma aproximação dos ventos andinos cunhados sob o manto do constitucionalismo latino-americano dos países do sul global como ocorrido com Equador e Bolívia.

Sugere-se, por sensatez, que a observância das reivindicações dos povos indígenas pautadas em sua cosmovisão com a sua participação nos processos decisórios desde a sua origem, a partir de sua consulta prévia, contribui para que seja efetivado a igualdade na lei (igualdade formal) e perante a lei (igualdade material).

Nesse contexto, faz-se necessário empregar-se da igualdade material para que haja “igualdade jurídica e fática” conforme o ensinamento de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 631) na promoção do direito fundamental à saúde para aqueles em condições tão díspares da população brasileira em geral.

Conclui-se que o princípio da isonomia no que tange à promoção da saúde indígena consiste em equilibrar as dissonâncias quando comparados os meios e recursos disponibilizados pelo SUS aos não indígenas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. prefácios de senador Randolfe Rodrigues, Cristian Edward Cyril Lyuch. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019.

BOLÍVIA. Constitución Política del Estado de Bolívia (2009). Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009?lang=es. Acesso em: 14 mar. 2021.

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.
- BRASIL. Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019 (Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/decreto/D10088.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.
- BRASIL. Decreto no 3.156, de 27 de agosto de 1999 (Dispõe sobre as condições para a prestação de assistência à saúde dos povos indígenas, no âmbito do Sistema Único de Saúde, pelo Ministério da Saúde, altera dispositivos dos Decretos nºs 564, de 8 de junho de 1992, e 1.141, de 19 de maio de 1994, e dá outras providências). Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3156.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.
- BRASIL. Lei nº 14.021, de 7 de julho de 2020 (Dispõe sobre medidas de proteção social para prevenção do contágio e da disseminação da Covid-19 nos territórios indígenas; cria o Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos territórios indígenas; estipula medidas de apoio às comunidades quilombolas, aos pescadores artesanais e aos demais povos e comunidades tradicionais para o enfrentamento à Covid-19; e altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, a fim de assegurar aporte de recursos adicionais nas situações emergenciais e de calamidade pública. Funasa. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.021-de-7-de-julho-de-2020-274462755>. Acesso em: 14 mar. 2021.
- BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 com suas alterações posteriores (Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências). Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.
- BRASIL. Lei nº 9.836, de 23 de setembro de 1999 (Acrescenta dispositivos à Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”, instituindo o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena). Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9836.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.
- BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Dispõe sobre o Estatuto do Índio). Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico nº 239, de 1 de fevereiro de 2021. Brasília. 2021. Disponível em: http://www.saudeindigena.net.br/coronavirus/pdf/01-02-2021_Boletim%20epidemiologico%20SESAI%20sobre%20COVID%2019.pdf. Acesso em 10 mar. 2021.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a COVID-19. Brasília. 2020. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2021/janeiro/29/PlanoVacinaoCovid_ed4_15fev21_cgpi_18h05.pdf. Acesso em 10 mar. 2021.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Especial de Saúde Indígena. Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus (COVID-19) em Povos Indígenas. Brasília. 2020. Disponível em: https://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/04/1095139/plano_de_contingencia_da_saude_indigena_preliminar.pdf. Acesso em 10 mar. 2021.

- BRASIL. Portaria 2.656, em 17 de outubro de 2007 (Dispõe sobre as responsabilidades na prestação da atenção à saúde dos povos indígenas, no Ministério da Saúde e regulamentação dos Incentivos de Atenção Básica e Especializada aos Povos Indígenas). Funasa. Disponível em: http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2007/prt2656_17_10_2007_comp.html. Acesso em: 14 mar. 2021.
- BRASIL. Portaria Conjunta nº 4.094, de 20 de dezembro de 2018 (Define princípios, diretrizes e estratégias para a atenção à saúde dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato). Funasa. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57220459. Acesso em: 14 mar. 2021.
- BRASIL. Portaria Conjunta SE/MS/SAS nº 47 de 23/06/2006 (Qualifica os municípios que especifica a receberem mensalmente os incentivos de Atenção Básica aos povos indígenas, destinados às ações e procedimentos de Assistência Básica de Saúde). Funasa. Disponível em: https://www.normasbrasil.com.br/norma/portaria-conjunta-47-2006_194733.html. Acesso em: 14 mar. 2021.
- BRASIL. Portaria de Consolidação nº 1 SESAI/MS, de 17 de dezembro de 2020 (Consolidação de normas do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena). Funasa. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-de-consolidacao-n-1-sesai/ms-de-17-de-dezembro-de-2020-294946650>. Acesso em: 14 mar. 2021.
- BRASIL. Portaria nº 70/GM em 20 de janeiro de 2004 (Aprova as Diretrizes da Gestão da Política Nacional de Atenção à Saúde Indígena). Funasa. Disponível em: http://www.funasa.gov.br/site/wp-content/files_mf/Pm_70_2004.pdf. Acesso em: 14 mar. 2021.
- BRASIL. Portaria nº 1163/GM, de 14 de setembro de 1999 (Dispõe sobre as responsabilidades na prestação de assistência à saúde dos povos indígenas, no Ministério da Saúde e dá outras providências). Funasa. Disponível em: http://www.funasa.gov.br/site/wp-content/files_mf/Pm_1163_1999.pdf. Acesso em: 14 mar. 2021.
- BRASIL. Portaria nº 16, de 24 de março de 2020 (Fica instituído o Comitê de Crise para planejamento, coordenação, execução, supervisão e monitoramento dos Impactos da COVID-19 no âmbito da Saúde dos Povos Indígenas). Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/PRT/Portaria%2016-MS.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.
- BRASIL. Portaria nº 254/GM/MS, de 31 de janeiro de 2002 (Fica instituída a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas, na forma do Anexo 1 do Anexo XIV). Funasa. Disponível em: http://www.funasa.gov.br/site/wp-content/files_mf/Pm_254_2002.pdf. Acesso em: 14 mar. 2021.
- BRASIL. Portaria nº 36, de 1º de abril de 2020 - MS - SESAI (Fica instituído o Comitê de Crise Nacional para planejamento, coordenação, execução, supervisão e monitoramento dos impactos da COVID-19 no âmbito da Saúde dos Povos Indígenas). Funasa. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-36-de-1-de-abril-de-2020-250848451>. Acesso em: 14 mar. 2021.
- BRASIL. Portaria nº 55, de 13 de abril de 2020 - MS - SESAI (Fica instituída a Equipe de Resposta Rápida, no âmbito dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas, para enfrentamento da pandemia de COVID-19 no Subsistema de Atenção à Saúde Indígena). Funasa. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-55-de-13-de-abril-de-2020-252281669>. Acesso em: 14 mar. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.064.009/DF - Distrito Federal. Relator: Ministro Herman Benjamin, 2009. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Disponível em: <https://processo>.

stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=898828&num_registro=200801227377&data=20110427&formato=PDF. Acesso em: 10 mar. 2021.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 58/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello, 1990. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 maio 2008. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14710528/mandado-de-injuncao-mi-58-df>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- COIMBRA JR., C. E. A., SANTOS, R. V., e CARDOSO, A. M. Processo saúde-doença. In: BARROS, D. C., SILVA, D. O., e GUGELMIN, S. Â., orgs. Vigilância alimentar e nutricional para a saúde Indígena [online]. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007.
- ECUADOR. Constitución de la Republica del Ecuador (2008). Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Ecuador_2015?lang=es. Acesso em 14 mar. 2021.
- GORTÁZAR, Naiara Galarraga; TORRADO, Santiago; FOWKS, Jacqueline. Os indígenas da Amazônia lançam um SOS para pedir proteção ante a pandemia. El País. São Paulo. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2020-05-06/os-indigenas-da-amazonia-lancam-um-sos-para-pedir-protecao-ante-a-pandemia.html>. Acesso em 11 mar. 2021.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Indígenas. 2021. Disponível em: <https://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas-2.html>. Acesso em 10 mar. 2021.
- INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Plataforma de monitoramento da situação indígena na pandemia do novo coronavírus (Covid-19) no Brasil. 2021. Disponível em: <https://covid19.socioambiental.org>. Acesso em 10 mar. 2021.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Constituição federal comentada e legislação constitucional. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- RADLER, Juliana. Instituto Socioambiental. Cidade mais indígena do Brasil, São Gabriel da Cachoeira se isola contra a Covid-19. 2020. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/cidade-mais-indigena-do-brasil-sao-gabriel-da-cachoeira-se-isola-contr-a-covid-19>. Acesso em 10 mar. 2021.
- RYLO, Ivo. G1/Amazonas. Estiagem deixa 3 cidades do AM em alerta e ameaça isolar comunidades. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2016/02/estiagem-deixa-3-cidades-do-am-em-alerta-e-ameaca-isolar-comunidades.html>. Acesso em 10 mar. 2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11ª ed, rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Crítico e Perspectivas para um Novo Constitucionalismo na América Latina. In WOLKMER, Antônio Carlos e MELLO, Milena Petters (Org.). Constitucionalismo Latino-Americano: Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá Editora, 2013.
- WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

A Construção Científica do Constitucionalismo Latino-Americano e suas Bases Epistemológicas

*The Scientific Construction of Latin American
Constitutionalism and Its Epistemological Bases*

ALEX PENHA DO AMARAL

ALEX PENHA DO AMARAL

Mestrando em Direito na Universidade Federal do Amazonas. E-mail: alexpamaral@outlook.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6993-2517>.

Resumo: A América Latina tem sido local para o surgimento e consolidação de uma nova vertente constitucional, chamada constitucionalismo latino-americano, a qual ainda é pouco presente nas constituições dos países dessa região. Nesse sentido, busca-se investigar a epistemologia sobre a qual se funda essa nova teoria, a evolução histórica por que passou e, finalmente, as principais características e críticas a seu respeito. Para tanto, desenvolveu-se uma pesquisa de cunho teórico-qualitativa, baseada em material bibliográfico especializado, bem como se recorreu aos métodos dedutivo e histórico durante a análise do objeto de estudo. Por fim, constatou-se a relevância do constitucionalismo latino-americano para o reconhecimento de direitos a grupos sociais, religiosos, políticos e étnicos historicamente marginalizados, promovendo assim uma superação do pensamento hegemônico eurocentrista excludente, que ainda rege as relações na América Latina.

Palavras-Chave: Constitucionalismo; América Latina; Democracia; Pluralismo; Constituição.

Abstract: Latin America has been the place for the appearing and consolidation of a new constitutional theory, called Latin American constitutionalism, which is still little present in the constitutions of the countries in that region. In this sense, the aim of this article is to investigate the epistemology on which this new theory is founded, your historical evolution and, finally, the main characteristics and criticisms about it. To this purpose, a theoretical-qualitative research was developed, based on specialized bibliographic material, as well as using deductive and historical methods during the analysis of the object of study. The analysis result indicated the relevance of Latin American constitutionalism for the recognition of the rights of historically marginalized groups, promoting an overcoming of Eurocentric hegemonic thinking, which still exists in the relations in Latin America.

Keywords: Constitutionalism; Latin America; Democracy; Pluralism; Constitution.

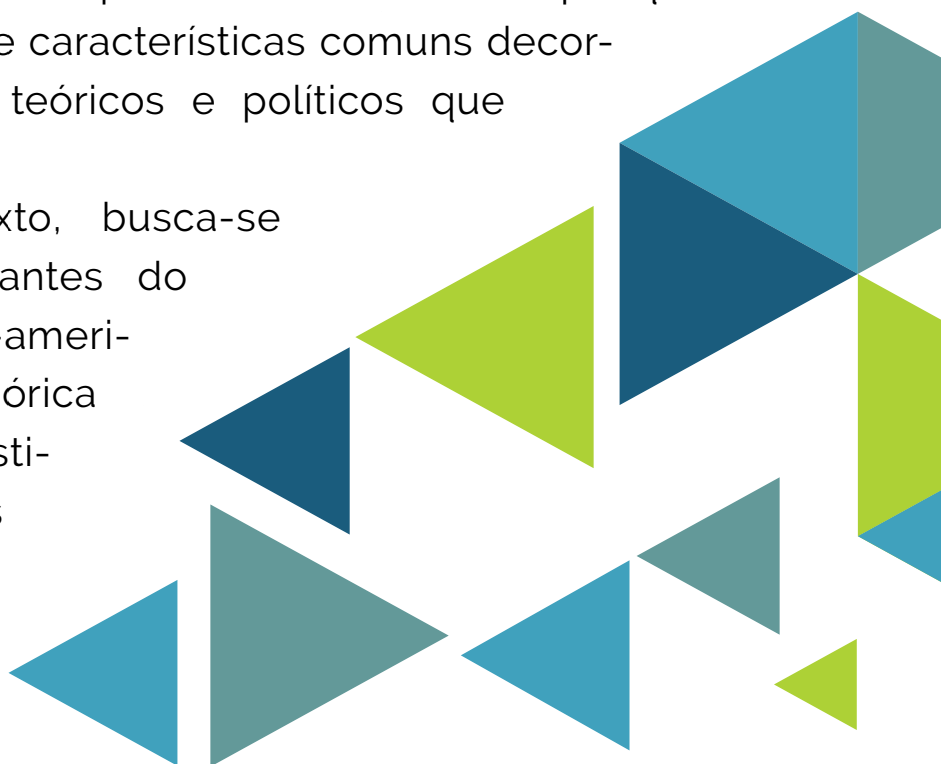
INTRODUÇÃO

A América Latina passa por uma grande transformação desde o fim do século XX. Os povos que ocupam a região buscam garantir cada vez mais sua participação nos estados nacionais que integram. Para tanto, têm reivindicado a criação de mecanismos que lhes permitam influir nas decisões estatais e participar mais efetivamente da defesa de seus direitos.

A transformação social almejada é tamanha que exige a alteração da ordem constitucional vigente. A essa onda revolucionária foi dado o nome de constitucionalismo latino-americano, um constitucionalismo regional que, em sua essência, tem o escopo de promover uma maior participação de grupos tradicionalmente excluídos dos processos decisórios do Estado.

O constitucionalismo latino-americano ganhou notoriedade, principalmente, com a promulgação das constituições da Colômbia, da Venezuela, do Equador e da Bolívia. A partir dos textos constitucionais desses países e dos processos constituintes por que passaram, constataram-se características comuns decorrentes dos movimentos teóricos e políticos que emergiram na região.

Diante desse contexto, busca-se analisar as bases fundantes do constitucionalismo latino-americano, suas construções teórica e histórica, suas características e as principais críticas à sua instituição.



1 O CAMINHAR EM DIREÇÃO AO RECONHECIMENTO DA PARTE NÃO CIENTÍFICA NECESSÁRIA À CIÊNCIA: O COMBATE AO DOGMATISMO

Propõe Morin (2005) uma discussão acerca da autonomia da ciência em relação a toda subjetividade que envolve o indivíduo. O autor destaca a separação que se busca fazer entre a ciência fundada no modelo físico mecânico daquela baseada no modelo biológico contemporâneo. Em face disso, sugere a existência de um medo da vida, do mundo vivo, da realidade humana (bioantroposocial e biocultural). Nesse sentido, aponta a necessidade de se aperfeiçoar os princípios de pensamento, ou melhor, as bases do pensamento científico, a fim de que se possa entender o homem em sua complexidade.

Para tanto, ressalta que a ciência necessita de um método que permita distinguir, mas não separar ou dissociar, além de promover a comunicação entre o que é distinto. É imprescindível um método que compreenda o caráter multidimensional da realidade do homem, seja na sua dimensão biológica, seja na sua dimensão social, não descartando, dessa forma, sua subjetividade e sua autonomia.

O autor advoga que, ao se considerar as noções de autonomia, indivíduo e sujeito, não se está adentrando no campo da metafísica, ao revés, esclarece que a própria ciência natural construiu as bases para a ideia de autonomia, que provocaria uma revolução do pensamento.

A primeira revolução do pensamento se daria em razão de uma ciência da organização, cujas bases são a cibernética e a teoria dos sistemas. A cibernética trouxe o conceito de retroação, responsável

pela saída da ideia de causalidade linear em direção a ideia de causalidade em anel (causalidade retroativa), segundo a qual o efeito repercute na causa. Como exemplo, traz o fenômeno da autonomia térmica dos animais homeotérmicos, cujos organismos procuram manter o equilíbrio da temperatura corporal por meio da manutenção constante de elementos físico-químicos em sua composição e organização. Nesse caso, a transposição da ideia de causalidade retroativa pode ser traduzida como causalidade interna ou endocausalidade, na medida em que o organismo mantém um ciclo interno para o controle de sua temperatura, não obstante sofra efeitos do meio externo. Logo, esse sistema de causalidade em anel reforça a própria ideia de autonomia.

A ideia de sistema estaria alicerçada na concepção de um conjunto organizado que dispõe de propriedades, as quais não existiriam a nível de partes isoladas. São chamadas de propriedades emergentes. Tais propriedades retroagem às condições de formação e possuem como qualidade a autonomia. A título de exemplo, menciona a qualidade de autorreprodução dos seres vivos, prescindindo de condições externas aleatórias, como ocorreu na origem da vida, e passando a depender, principalmente, de sua própria organização, ou melhor, das propriedades do seu sistema para multiplicar-se.

A segunda ideia importante revelada pela teoria dos sistemas foi a de sistema aberto, ou seja, um sistema que recebe matéria, energia ou informação do meio externo. Em virtude da segunda lei da termodinâmica, segundo a qual nenhuma máquina térmica, que funcione em ciclos, pode transformar toda a energia térmica recebida (calor) em energia mecânica (trabalho), todo sistema que trabalha tende a dissipar energia, degradar suas partes e desintegrar sua organização. Portanto, precisará alimentar-se do meio externo para extrair matéria e energia. Assim, viver seria uma eterna degradação e regeneração de nossas células.

Diante disso, o autor nos levar a compreender que a noção de autonomia está intrinsicamente ligada à de dependência, uma vez que, como se pôde ver, um sistema aberto é um sistema que, para manter sua autonomia, depende do meio externo. Logo, não há, necessariamente, relação de conflito entre autonomia e dependência, como pretendem estabelecer visões separatistas, mas, em verdade, relação de interdependência. Dessa forma, quanto mais complexo for um sistema mais terá relações de dependência, o que evidencia o caráter relativo e relacional do conceito de autonomia. Não existe autonomia sem dependência.

A terceira ideia fundamental para o reconhecimento da autonomia é a auto-organização. A vida é um exemplo de auto-organização, que se autorrepara e se autorreproduz. A auto-organização não exclui a dependência do mundo externo, podendo se falar em autoecoorganização, entendido a partir da ideia de recorrência organizacional, pela qual os efeitos são necessários à própria existência, com é o caso da regeneração celular.

Por fim, o autor conclui que a autonomia se desenvolve de forma paradoxal, citando como exemplo a autonomia dos animais e sua relação de dependência dos vegetais e outros animais. Essa autonomia conquistada pelos animais, ao longo dos anos, possibilitou o surgimento do homem e a noção de liberdade, definida como o reconhecimento de necessidades. O homem, através da sua liberdade no meio externo combinada com as suas condições internas, como a existência de um aparelho neurocerebral, pôde realizar suas escolhas no ambiente em que vive.

Migrando para o campo social, o autor, mais uma vez, estabelece a interdependência entre autonomia e dependência. Para ele, a mesma liberdade que confere ao homem mais autonomia entre os seres vivos é a mesma que mais pode subjugar-lo, retirando assim sua autonomia. Desse modo, a autonomia do homem depende da sociedade, que lhe

deve assegurar liberdade, e a autonomia da sociedade, por sua vez, depende do homem livre em suas interações com outros indivíduos.

2 A EPISTEMOLOGIA INCLUSIVA DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Como bem explicita Marques Júnior (2014), o constitucionalismo latino-americano surge como uma contraposição ao constitucionalismo continental, buscando, com suporte na democracia, reforçar valores sociais construídos sobre o pluralismo existente nos países latino-americanos, bem como reforçar a vinculação do Estado à vontade popular, de sorte que faz emergir um novo parâmetro jurídico-epistemológico nas ordens constitucionais.

Esse constitucionalismo emergente na América Latina advém de novas teorias e práticas que impactam diretamente no regime democrático vigente nos países locais, atingindo instrumentos de participação popular que interferem na vida político-administrativa dos estados latino-americanos.

O constitucionalismo latino-americanos está tão intrinsecamente relacionado com a democracia que também é chamado de constitucionalismo democrático latino-americano. Diferentemente do constitucionalismo europeu continental, cujas bases se assentam sobre a democracia representativa e majoritária, o constitucionalismo latino-americano se caracteriza por promover uma democracia mais participativa e inclusiva, na medida que se propõe a incluir nas decisões políticas dos estados grupos sociais historicamente marginalizados, sobretudo as denominadas minorias.

Segundo Marques Júnior (2014), as constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) deram um passo importante ao reconhecimento da epistemologia desenvolvida na construção do constitucionalismo latino-americano. Através delas, houve o reconhecimento dos povos tradicionais daquelas regiões, que até então estavam excluídos do poder governamental do estado. Esclarece que o reconhecimento de tais povos implica também o reconhecimento dos conhecimentos tradicionais que o acompanham.

Nesse sentido, é que o constitucionalismo latino-americano constitui um marco na inclusão de povos marginalizados social e politicamente, assim como uma importante construção teórico-jurídica para o reconhecimento da diversidade pela qual é marcada a região latino-americana.

Para o autor, esse recente constitucionalismo surge justamente da necessidade de se afastar da epistemologia eurocêntrica, caracterizada principalmente pela exclusão dos povos originários e tradicionais do continente latino-americano. Esse surgimento configura uma ruptura com as relações históricas de dominação no interior dos estados, onde há prevalente diversidade étnica e cultural.

A predominância da cultura eurocêntrica dentro das nações latino-americanas tem como características o patrimonialismo, o elitismo e o clientelismo, que anularam por muito tempo a diversidade étnica-cultural, pois se manteve afastada das relações poder pré-estabelecidas. Embora afastadas, essa diversidade sempre sofreu a influência das ingerências estatais sobre sua existência, seja quanto à demarcação de terras, seja quanto à liberdade de crença e manifestação de pensamento.

Nesse ponto, é preciso reconhecer o avanço trazido pela teoria constitucionalista ao propagar a ideia de uma sociodiversidade regional e autônoma na América Latina, com esteio numa democracia emancipatória e inclusiva dos povos e comunidades tradicionais. A teoria se funda na reconstrução das subjetividades, uma vez que

deixar de transportar para o cenário local formas e elementos de organização de outras regiões do mundo para evidenciar os valores e os institutos erguidos dentro dos grupos sociais invisibilizados pelo colonialismo.

A partir de então, abandona-se a epistemologia universalista excludente do constitucionalismo europeu e se caminha em direção a uma construção de uma epistemologia de cunho universal, plural e inclusiva. Conforme dito, a nova epistemologia ainda está em construção. Seu desenvolvimento, portanto, depende do processo dialógico e dialético dos conhecimentos que foram outrora repelidos dos centros de poder.

Nessa vereda, resta patente a presença do respeito à diversidade no âmago do constitucionalismo latino-americano. O encontro de diversas visões é necessário para a formulação de políticas justas, que assegurem efetiva participação popular na transformação econômica, social, política, cultural e ambiental dos estados. O pensamento local deve influir na organização dos estados, afinal a vivência dos povos locais reflete o conhecimento da realidade por eles, não se revelando pertinente viver uma eterna trasladação de modelos políticos de regiões distintas para a América Latina, que já é marcada por intensa diversidade.

Vale ressaltar que esse novo ideal de constitucionalismo não aparece do mero acaso. Ele é fruto do descontentamento dos povos locais com os modelos institucionais vigentes, especialmente pelo fato de perpetuarem desigualdades, propiciadas pela inadequação de políticas públicas às realidades locais, ou mesmo pela própria omissão de tais políticas, em razão do desconhecimento dessas realidades. Assim, os países latino-americanos buscam, cada vez mais, institutos que permitam a concretização de uma democracia mais inclusiva, mais participativa e, sobremaneira, mais cidadã.

Nesse trilhar, conclui Marques Júnior (2014), *in verbis*:

O pluralismo epistemológico como fundamento do conhecimento do Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano reverbera no plano da democracia e da construção de uma nova ordem internacional. Neste jaez as transformações do Estado, a partir de uma intensificação da participação política, amplia os horizontes de um modelo participativo de democracia fundada em marcos institucionais inovadores, que oferecem instrumentos de cidadania ativa, mais avançados em relação à tradicional concepção de democracia representativa.

Um dos contributos fundamentais do Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano para a nova ordem internacional plasma-se na constatação mediante a qual a cidadania e a democracia se conquistam e se legitimam por seu exercício popular, na superação de problemas comuns dos países da América Latina tais como: a corrupção, a falta de transparência, o clientelismo, fatores estes que redundaram em um descrédito da política pelos segmentos sociais.

A democracia pluralista não se coaduna com a ideologia da unanimidade. Seu maior desiderato é a promoção de uma institucionalização da divergência, ou seja, a permissão que representantes dos diferentes interesses gozem de liberdade para defender institucionalmente seus interesses, desde que estes se relacionem com os meios legais e participativos. Tal é a recomendação ideal para o Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano.

O pluralismo jurídico-epistemológico assenta-se nos seguintes fundamentos: tolerância, complementaridade, harmonia, cooperação, solidariedade e relativismo, todos presentes no Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano que certamente vão ganhar uma nova feição quando de sua adaptação aos valores imanentes à cultura jurídico-internacional na arena global. Tais valores não se encontram isolados, ao revés, desenvolvem um diálogo simbiótico em prol da inclusão social planetária. A democracia participativa é o sistema dialógico-dialético caracterizado pela convivência equilibrada de ideias antitéticas e correntes ideológicas antagônicas, ideal na superação das assimetrias verificadas na América Latina.

3 A PERSPECTIVA HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Em sua obra, Leonel Júnior (2015) explica que o surgimento do constitucionalismo latino-americano decorreu de movimentos teóricos e políticos que buscavam superar a herança constitucional hegemônica, descrita notadamente como eurocêntrica-estadunidense, liberal, colonizadora e monista.

A principal justificativa, segundo o autor, para o nascimento dessa nova corrente de pensamento na história do constitucionalismo contemporâneo foi a experiência histórica dos países latino-americanos, que não conseguiu ser explicada pelas teorias hegemônicas. Pelo contrário, sua adoção levou à exclusão de diversos povos latino-americanos, representando uma verdadeira política de exclusão. Logo, passou-se à necessidade de buscar uma nova compreensão que englobasse, de forma adequada, as pluralidades que caracterizavam as nações latino-americanas.

Cumprе ressaltar que o reconhecimento dos povos latino-americanos, através do constitucionalismo latino-americano, adveio das lutas sociais, que foram imprescindíveis para a transformação das instituições sociais. A propósito, Leonel Júnior (2015) chega a denominá-lo de “constitucionalismo achado nas ruas”, em referência à concepção jurídica que entende o direito como resultado do processo histórico de transformação que propicia liberdade às classes dominadas ou marginalizadas, isto é, sem visibilidade social, política e jurídica.

Por sua vez, Leonel Júnior (2015) ressalva que o constitucionalismo latino-americano não é um repúdio ou negação das teorias constitucionais anteriores, ao revés, emerge com intuito de aperfeiçoá-las e adequá-las à realidade do continente latino. Nesse passo,

o movimento questiona, com veemência, a falta de transparência das peculiaridades latino-americanas na abordagem constitucional e nos projetos políticos que se destinam a enfrentar os problemas da sociedade local.

É incontestado que o direito vigente foi pensado através de uma visão política liberal, que buscou universalizar valores, e acabou por suprimir a diversidade étnica e cultural da região latino-americana. Entretanto, Leonel Júnior (2015) pontua que a constituição é resultado da conformação das forças sociais presentes para a construção de um projeto de sociedade, que atenta aos anseios populares. Logo, não tem como uma constituição permanecer à mercê dos anseios dos mais diferentes povos que integram o estado, mantendo a atividade estatal tão somente em função dos sujeitos privilegiados sob a ótica eurocêntrica.

Em face disso, o processo constituinte permitirá a materialização dessas forças sociais presentes, que sobrevivem de determinado período e em razão de um delimitado contexto histórico. À guisa de exemplo, as novas constituições da América Latina (Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia) representam exatamente essa transição em que grupos marginalizados passam a assumir um protagonismo político chancelado pela própria lei fundante da ordem jurídica.

Leciona Leonel Júnior (2015) que as constituições escritas dos países latino-americanos surgiram juntamente aos movimentos de independência dos países e tiveram como modelo a constituição dos Estados Unidos, de matriz liberal, individual e elitista. Como corolário dessa transferência do modelo constitucional estadunidense à América Latina, a adaptação do presidencialismo gerou um Poder Executivo forte, autoritário e conservador em um sistema de freios e contrapesos frágil quando comparado ao dos Estados Unidos.

Segundo o autor, embora as primeiras constituições já garantissem direitos e liberdades individuais, aquele período também era assinalado por um sistema representativo com o propósito de afastar

os cidadãos dos representantes e pela criação de instituições conservadores com o objetivo de garantir a manutenção do *status quo*. Assim, vislumbra-se, diante dessas circunstâncias, o cunho formal da independência política dos países da América Latina, que continuaram a reproduzir práticas do período colonial nos mais diversos âmbitos do período pós-colonial.

Com efeito, o paradigma constitucional da realidade do século XIX foi alterado no decorrer da história e muitas particularidades predominantes na região latino-americana passaram a ser objeto de estudo e questionamento, a exemplo dos mecanismos de exclusão ou inferiorização das populações indígenas, negras e pobres. Nesta esteira, Leonel Júnior (2015) cita Roberto Gargarella, que concebe a existência do que ele chama de filosofia pública atual, a qual se estabelece de modo diferente em cotejo aos anos fundacionais do constitucionalismo na América Latina.

Ocorre que ainda são poucos os países que possuem políticas condizentes com os novos ideais democrático e inclusivo que delineiam o constitucionalismo latino-americano. Ainda estão muitos presentes nas constituições desses países as características excludentes oriundas de tempos idos, marcados, sobretudo, pelos ideais liberais e individualistas que implicam na ausência de reconhecimento de uma ordem jurídica plural dentro dos estados.

Por consectário, a reformulação das constituições, como sucedeu em alguns países, para abarcar a verdadeira realidade em que estão envolvidos os povos da América Latina, dá-se de modo lento, visto que as reformas constitucionais recentes, consoante Leonel Júnior (2015), dedicaram-se, por sua vez, a buscar a manutenção de grupos políticos no poder, como se pode constatar através da ampliação da possibilidade eleição.

Oportuno consignar, conforme as lições de Leonel Júnior (2015), que o constitucionalismo reproduzido na América é resultado da conjugação dos ideais conservadores e liberais. As disposições

constitucionais traziam, em sua estrutura, características dos pensamentos defendidos por aqueles grupos predominantes. Não obstante as independências conquistadas, a história revela que a obtenção da autonomia dos países latino-americanos ficou restrita às relações externas ou internacionais, porquanto a sociedade latino-americano permaneceu notada por profundas desigualdades internas em virtude do anacronismo dos modelos aqui implantados. Não se levou em consideração no planejamento das políticas locais os interesses dos povos tradicionais da região, excluindo-os e beneficiando, sobremaneira, grupos com posição econômica privilegiada.

Impende mencionar que as constituições, a partir de meados do século XIX, buscaram conciliar os ideais conservadores e liberais. De um lado, os conservadores sustentavam a instituição do catolicismo como religião oficial, de outro, os liberais visavam garantir tolerância religiosa. Apesar das diferenças entre os grupos dominantes, sua fusão emergiu do objetivo comum de repelir grupos e ideais socialistas.

Tecendo comentários acerca do assunto, Leonel Júnior (2015) afirma que advém do modelo liberal o chamado mito da neutralidade constitucional. Esse poderoso discurso foi importante para garantir fundamentos filosóficos e poder político para a classe liberal-conservadora. Decerto, as liberdades individuais, o livre mercado, o direito de propriedade e o respeito aos contratos ganharam destaque no discurso da neutralidade, visto que se destinavam a manter o *status* da classe liberal-conservadora dentro do Estado. E todos esses aspectos, foram indispensáveis para o desenvolvimento do capitalismo na região latino-americana, sob a hegemonia política liberal, o que certifica que não havia — e ainda não há — uma neutralidade constitucional.

Logo, nota-se que os direitos e liberdades individuais almejados pelos liberais eram aqueles voltados à defesa dos interesses da classe liberal-conservadora, e não aos demais povos que compunham o Estado. Por isso, diante do abismo criado entre grupos dominantes e

marginalizados, a legislação constitucional da América Latina, nos dias atuais, ainda se empenha em reconhecer direitos àqueles que vivem à margem do monismo estatal.

Cabe mencionar, como exemplo dessa desigualdade aprofundada no início do constitucionalismo, a ausência de destaque aos povos originários dentro das políticas estatais. Indígenas foram alvos do processo de conversão “em cidadãos”, seus povos restaram dizimados e ainda tiveram suas terras expropriadas. Convém elucidar que a política estatal assimilacionista e predatória em relação aos povos originários não é fruto do acaso, pelo contrário, sua finalidade estava incutida de interesses econômicos, como a pretensão de expandir as fronteiras agrícolas.

Com origem nessa conjuntura social, econômica e política, o constitucionalismo incipiente da América Latina evoluiu de conformidade com os rearranjos sociais dos estágios históricos. Um de seus progressos se deu com o surgimento do constitucionalismo social, reflexo das lutas e reivindicações do proletariado por direitos trabalhistas e sociais. Apesar do avanço em relação aos trabalhadores, persistiu a prática da política opressora e violenta em relação aos povos originários, que buscava integrar o indígena ao Estado, com prevalência da visão monista, sendo denominado, por isso, como constitucionalismo social integracionista.

Após a Segunda Grande Guerra, mais precisamente no final do período autoritário que se estabeleceu na América Latina, advém uma nova concepção constitucional, com fulcro na centralidade da constituição, chamada neoconstitucionalismo. Esse novo paradigma valoriza as interpretações jurídicas realizadas com supedâneo nos princípios constitucionais, o que permitiu o desenvolvimento de uma argumentação jurídica fortemente influenciada por valores morais, que passaram a ser imprescindíveis à legitimação das decisões judiciais.

Não obstante se reconheça a importância do neoconstitucionalismo para a ciência jurídica e o fortalecimento da constituição, Leonel Júnior

(2015) adverte que as mudanças promovidas por ele não se revelaram suficientes para provocar uma transformação profunda no constitucionalismo, especialmente quanto à sua estrutura moderna, liberal e positivista. Por apresentar características liberais, o neoconstitucionalismo tem-se mostrado pouco apto para dar visibilidade às experiências e aos conhecimentos dos povos excluídos na América Latina.

Para o autor, a ruptura com o monopólio estatal sobre o direito começa a se tornar explícita quando o corpo constitucional latino-americano passa a abarcar a pluriculturalidade e multiculturalidade proveniente do Estado. A multiculturalidade está relacionada ao reconhecimento de múltiplas culturas em um determinado espaço, admitindo a existência de culturas singulares e o reconhecimento de suas identidades, situação em que se encontram diversos povos indígenas.

Somente com o surgimento dos estados plurinacionais, assim intitulados em razão da convivência de diversas culturas num mesmo território, houve, finalmente, o rompimento com o monismo estatal, que validava somente normas advindas dos órgãos soberanos do Estado. Muito embora reconheça os obstáculos advindos das relações de poder, que mais se preocupam em atender os interesses das grandes corporações, Leonel Júnior (2015) vaticina que o fenômeno proveniente do constitucionalismo latino-americano oportuniza a reformulação das estruturas do Estado e o questionamento da ordem constitucional historicamente reproduzida, *ipsis litteris*:

Essa é a proposta de um constitucionalismo que desestabiliza as condições postas até então, justamente pela proposta real de adequar-se à uma realidade carecedora de justiça social, igualdade material, respeito a uma pluralidade de sujeitos excluídos historicamente do processo constitucional e da vida social. Assim passam a ter a possibilidade de exercício de um protagonismo que antes partia de um sujeito constitucional abstrato, e agora, com o novo constitucionalismo latino-americano, o/a sujeito/a passa a transparecer sua cor, sua forma, sua identidade e seu potencial transformador.

4 CARACTERÍSTICAS E CRÍTICAS AO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Face às considerações já aduzidas, cumpre então expor as principais características, potencialidades e limites do novo projeto de constitucionalismo.

Acunha (2019) comenta que, para muitos pensadores, há de fato um novo constitucionalismo regional, capaz de alterar significativamente as estruturas dos estados latino-americanos e abrir caminho rumo a um novo estágio do constitucionalismo democrático.

Entre as características do novo constitucionalismo, destacam-se: a origem de constituições em processos constituintes de elevada participação popular, a diversidade que marca as assembleias constituintes, o processo inclusivo, o estabelecimento de novas relações econômicas na sociedade e a incorporação de uma longa lista de direitos e mecanismos para sua proteção.

Acunha (2019) ressalta ainda a nova ênfase que é dada à proteção da natureza e à diversidade ecológica, asseverando que os processos constituintes da Venezuela, do Equador e da Bolívia produziram textos com grandes transformações na ordem jurídica constitucional em coito ao constitucionalismo predecessor dos últimos 200 anos.

Há, conseqüentemente, nessa nova epistemologia, abertura para a valorização dos conhecimentos tradicionais e outras maneiras de viver, distintas do pensamento ocidental.

Acunha (2019) reforça como marcas do novo constitucionalismo a legitimidade dos procedimentos altamente democráticos, a ruptura com o estado de coisa anterior, a capacidade inovadora, a complexidade dos textos constitucionais e o protagonismo político de atores tradicionalmente marginalizados. Atenta-se principalmente para o

caráter inovador ao conceder novo *status* aos povos indígenas dentro da nova ordem constitucional e superar a noção antropocêntrica para oferecer especial proteção à natureza e ao meio ambiente. Outrossim, ganha espaço a previsão de mecanismos jurídicos e políticos de implantação e efetivação do pluralismo jurídico.

Como já apontado anteriormente, a plurinacionalidade é uma das principais características para o constitucionalismo latino-americano. As constituições do Equador e da Bolívia foram únicas ao consignar em suas cartas constitucionais a plurinacionalidade. Acunha (2019) cita José Luís Quadros Magalhães, que diz: "São as constituições do Equador e da Bolívia que efetivamente apontam para uma mudança radical que pode representar inclusive uma ruptura paradigmática não só com o constitucionalismo moderno, mas com a própria a modernidade."

Segundo Acunha (2019), a plurinacionalidade não pode ser confundida tão somente com a existência física de etnias, mas deve expressar o reconhecimento de uma democracia baseada em sujeitos coletivos, superando a relação individual entre Estado e cidadão. Além disso, há o surgimento de formas de organização e autogoverno distintas das presentes no modelo ocidental, que levam em consideração a ancestralidade e precedência nas organizações sociais. Oficialmente, seria uma concretização do pluralismo jurídico, cujas regulamentações seriam igualmente dignas às do Estado, ampliando as possibilidades de arranjos institucionais e políticos.

Por fim, Acunha (2019) relata os problemas relacionados à plurinacionalidade: falta de clareza na definição sobre seu conteúdo, ausência de representação dos povos indígenas nas estruturas de Poder, inexistência de paridade normativa do direito estatal com os direitos indígenas e insuficiência dos enunciados normativos constitucionais para causar as transformações na realidade da América Latina. O autor acrescenta que os direitos consubstanciados nas constituições exigem condutas concretas dos agentes políticos, ou seja, não basta sua

mera positivação perante o estado. É necessário que as estruturas de poder promovam sua materialização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constitucionalismo latino-americano tem-se mostrado num estágio muito incipiente de seu estabelecimento. Percebe-se que o principal objetivo de seus defensores é consolidá-lo dentro das constituições dos países latino-americanos, como se estivesse numa fase de normatividade. Somente após sua efetiva incorporação seria possível discutir e tecer críticas mais aprofundadas acerca da sua materialização.

Não obstante as dificuldades para sua concretização nos estados plurinacionais, não se pode deixar de reconhecer que o constitucionalismo latino-americano surge para reconhecer, sobretudo, os direitos de grupos étnicos invisibilizados diante do ente estatal, assim como emerge para conciliar a multiculturalidade existente, aperfeiçoando e efetivando ainda mais a democracia dos países latino-americanos.

REFERÊNCIAS

- ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *Constitucionalismo, Autoritarismo e Democracia na América Latina*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- LEONEL JÚNIOR, Gladstone. *O Novo Constitucionalismo Latino-Americano: um estudo sobre a Bolívia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- MARQUES JÚNIOR, William Paiva. *A Epistemologia Emancipatória, Inclusiva e Participativa do Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano*. In: Germana de Oliveira Moraes (Organ.). *Constitucionalismo Democrático e Integração da América do Sul*. Curitiba: CRV, 2014.
- MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

A Constituição Boliviana de 2009 como Marco do Novo Constitucionalismo Latino-Americano: Considerações Sobre as Inovações Normativas Descoloniais

*The Bolivian Constitution of 2009 as landmark for the
New Latin-American Constitutionalism: considerations
about decolonial law innovations*

DANIEL REIS E SILVA

DANIEL REIS E SILVA

Mestrando em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia pela Universidade Federal do Amazonas (2019). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Amazonas (2017). Especialista em Direito Público pela Faculdade Damásio (2016). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (2015). Assistente Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. E-mail: danielreisesilva@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1015-296X>.

Resumo: O processo de redemocratização dos países da América Latina a partir da década de 80 levou ao surgimento de novas constituições de teor altamente participativo, adequadas à realidade latino-americana, em um movimento que passou a ser denominado Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Trata-se de etapa do constitucionalismo que desafia conceitos de origem eurocêntrica, a colonialidade e os modelos e instituições jurídicas da tradição neoliberal, e concede protagonismo a atores sociais latino-americanos historicamente marginalizados. Promulgada em 2009, a Constituição boliviana assumiu papel central no âmbito desse movimento e foi resultado de intensas mobilizações populares de origem indígena e camponesa, contra a hegemonia da política econômica neoliberal então vigente no país. Por meio de um estudo indutivo, a presente pesquisa partirá de uma contextualização histórica da Bolívia pré-constituente, para então descrever o difícil processo constituinte que teve lugar a partir da eleição de Evo Morales, até a promulgação da Constituição. Em seguida, serão abordadas características principais e diretrizes do Novo Constitucionalismo Latino-Americano e, por fim, as principais inovações trazidas pela Constituição boliviana, tais como a positivação da plurinacionalidade, do *suma qamaña*, de elementos de democracia participativa e de direitos e autonomias indígenas, incluindo autonomia jurisdicional. Posto isso, ter-se-á por conclusão que a nova realidade normativa boliviana aponta para um horizonte mais aberto e plural, ao propor a refundação do próprio conceito de Estado a partir de epistemologias latino-americanas e da plurinacionalidade. Não obstante o cenário sociopolítico contemple constantes impactos e manobras políticas oriundos de desígnios imperialistas, caberá aos agentes políticos e sociais a efetivação desses direitos constitucionais, em compromisso com a descolonização e o desenvolvimento econômico participativo e sustentável.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Latino-Americano; Bolívia.

Abstract: The process of redemocratization of Latin American countries from the 1980s onwards led to the emergence of new constitutions with a highly participatory content, adapted to the Latin American reality, in a movement that came to be called New Latin American Constitutionalism. It is a stage of constitutionalism that challenges concepts of Eurocentric origin, coloniality and the legal models and institutions of the neoliberal tradition, while giving protagonism to historically marginalized Latin American social actors. Enacted in 2009, the Bolivian Constitution assumed a central role within this movement and was a result of intense popular mobilizations of indigenous people against the hegemony of neoliberal economic politics in the country. Through an inductive study, the present research will start from a historical contextualization of pre-constituent Bolivia, and then describe the difficult constitutional process that took place from the election of Evo Morales, until the promulgation of the Constitution. Then, the main characteristics and guidelines of the New Latin American Constitutionalism will be addressed and, finally, the innovations brought by the Bolivian Constitution, such as the positivization of plurinationality, the *suma qamaña*, elements of participatory democracy and indigenous rights and autonomies, including jurisdictional autonomy. That said, it is concluded that the new Bolivian normative reality points to a more open and plural horizon, by proposing the re-foundation of the very concept of the State based on Latin American epistemologies and plurinationality. In spite of the socio-political scenario contemplating constant impacts and political maneuvers arising from imperialist designs, it will be up to the political and social agents to enforce these new constitutional rights, in commitment to decolonization and participatory, sustainable economic development.

Keywords: Constitutionalism; Latin-American; Bolivia.

INTRODUÇÃO

As instituições e modelos tipicamente europeus de organização do Estado e do Direito se fizeram transplantadas à realidade latino-americana após a colonização e processo de independência desses países, não obstante a composição social e o modo de viver e pensar dos povos ali presentes fossem profundamente diversos daqueles oriundos da realidade europeia e da América anglo-saxônica.

Essas instituições presentes na América Latina têm, ao longo dos séculos, carregado a herança da colonialidade, uma ferramenta de dominação que permanece nos mais diversos campos do poder, da cultura e do conhecimento e reproduz ideias de inferiorização de um em relação ao outro. O branco europeu e seu modo de viver e conviver, pautados na racionalidade liberal-individualista que fundamenta o monismo estatal moderno e o capitalismo, compõem o núcleo da visão hegemônica ocidental, ao passo que as formas originárias de apropriação coletiva e atores sociais politicamente minoritários foram relegados a posições subalternas.

Ocorre que o modelo trazido de fora se mostrou inadequado à realidade latino-americana, o que se fez notar com particular intensidade na recente história do Estado da Bolívia. A Bolívia do início do século XXI foi cenário de diversas mobilizações populares de origem indígena, trabalhadora e camponesa, como reação a medidas governamentais de ordem neoliberal e manobra de resgate de sua identidade historicamente invisibilizada.

Com efeito, as medidas econômicas adotadas na Bolívia de acordo com a racionalidade liberal-individualista no final do século XX reduziram a inflação e atraíram investimentos internacionais, criando uma economia cada vez mais estável. Não obstante, aprofundavam-se as desigualdades sociais e os índices de desemprego e informalidade,

num país já dividido por conflitos étnicos, hierarquização de alteridades e outras diversas heranças da exploração colonial.

Enquanto se formava um bloco histórico e contra-hegemônico de ordem popular indígena e campesina na Bolívia, via-se no campo teórico e normativo latino-americano o advento de um novo movimento constitucional, que passou a ser denominado “Novo Constitucionalismo Latino-Americano”, originado a partir dos processos de redemocratização ocorridas na América Latina ao longo da década de 80. As Constituições do Brasil (1988), da Colômbia (1991), do Paraguai (1992), do Peru (1993), da Venezuela (1999) e do Equador (2008) passaram a incorporar, em documentos extensos, diversos instrumentos de participação popular, democratização, biocentrismo e descentralização do poder adequados às realidades comunitárias locais, concedendo posições de protagonismo a atores sociais antes marginalizados e dando, assim, importantes passos rumo à “descolonização”.

Na esteira desse movimento, o cenário político-constitucional boliviano, após diversas e violentas lutas e manifestações, passou por radicais transformações e um longo e tortuoso processo constituinte. Após mais manifestações polarizadas, longas negociações e interrupções, manobras políticas e inevitáveis acordos entre os partidos opostos, os partidos de origem popular e socialista, em contraposição a partidos de viés liberal-conservador, protagonizaram o surgimento de um novo documento constitucional proclamado pelo presidente eleito Evo Morales. Essa Constituição, promulgada em 2009 e fundada na ideia de existência de diversas nações dentro do mesmo Estado boliviano (plurinacionalidade), passou a ocupar papel central no âmbito do novo movimento constitucional latino-americano.

Ao propor a refundação do Estado boliviano sob ideais de plurinacionalidade, democracia comunitária e participativa, reconhecimento de uma multiplicidade de línguas, linguagem jurídica simples e de fácil compreensão, reconhecimento de autonomias indígenas e organizações comunitárias e posituação do pluralismo jurídico (com normas

sobre autogoverno e jurisdição indígenas, por exemplo), dentre outras importantes inovações a serem mencionadas (sem pretensão de esgotamento) ao longo deste artigo, a Constituição boliviana passou a compor o eixo central do Novo Constitucionalismo. As novidades promovem um distanciamento do modelo liberal e reorganizam importantes ideias outrora sedimentadas pelo constitucionalismo clássico.

Nesse sentido, sobressai a importância de estudos acerca do processo constituinte boliviano e do advento da nova Constituição, bem como das principais inovações formais e estruturais por ela trazidas. Forma-se um novo horizonte para o estudo do Direito Constitucional a partir da Bolívia, em que os países antes colonizados assumem posições de protagonismo, passam a construir sua própria história e seu Direito por meio de atores sociais revolucionários.

Por meio do presente artigo, pretende-se investigar o processo histórico de chegada da nova Constituição boliviana, como parte de um processo de redemocratização que atingiu toda a América Latina, e os papéis dos diferentes atores sociopolíticos nele envolvidos, assim como as principais inovações trazidas pela Constituição de 2009 – notadamente a característica da plurinacionalidade. Outrossim, serão expostas as características principais do Novo Constitucionalismo Latino-Americano e sua importância para reconfiguração da visão da sociedade Latino Americana e internacional sobre o papel de agentes sociais historicamente marginalizados na construção do Estado e do Direito – afastamento da colonialidade.

O método de pesquisa adotado será o indutivo. Chegar-se-á a conclusões gerais a partir de análise do caso proposto – a Constituição boliviana e seu processo de elaboração. O procedimento de pesquisa será a análise bibliográfica de obras jurídicas e históricas nacionais e internacionais sobre o tema. O delinear das inovações normativas, das circunstâncias do processo constituinte e dos atores envolvidos levará a conclusões sobre os impactos do colonialismo e o papel do novo constitucionalismo latino-americano nesse cenário.

1 A BOLÍVIA ANTES DA NOVA CONSTITUIÇÃO: SÍNTESE DO CONTEXTO POLÍTICO E HISTÓRICO

1.1 A CONSOLIDAÇÃO DE UM CAPITALISMO PERIFÉRICO COMO RESULTADO DO PROCESSO EXPLORATÓRIO E O RESGATE DA IDENTIDADE INDÍGENA

O autor Gladstone Leonel Júnior (2015, p. 17-19) identifica os sujeitos revolucionários previstos nas obras de Karl Marx e Lenin – Marx centraliza esse sujeito na figura do proletariado industrial assalariado, ao passo que Lenin une tal sujeito ao campesinato – como potenciais transformadores da dinâmica capitalista na Europa, e destaca a necessidade de os latino-americanos reformularem esses conceitos de sujeito, de acordo com a realidade concreta da América Latina, seu processo histórico e sua própria conjuntura política, econômica, social e cultural. Dessa identificação, partiriam as bases epistemológicas para transformação das estruturas de exploração na América Latina.

Na realidade andina, o colonialismo se reproduziu enquanto se estendia o domínio espanhol – que abrangeu grande parte do império Inca, partindo do alto do Peru até o norte da Argentina, passando pela Bolívia – e português, na medida em que os europeus se aproveitaram das estruturas sociais existentes para desenvolver práticas mercantilistas e coloniais. No século XVI, para além da escravização e do extermínio, os espanhóis utilizaram meios de cooptação de grupos da elite Inca. Com a nobreza Inca dominada e posteriormente aliada aos espanhóis, a lógica colonial se multiplicava a partir dos próprios indígenas andinos, por meio de “caciques” subordinados à monarquia espanhola,

responsáveis pela cobrança de tributos em unidades territoriais. Outrossim, o trabalho dos caciques era acompanhado por corregedores auxiliares da coroa, cargo normalmente ocupado por espanhóis (LEONEL JR, 2015, p. 25-27).

Um ponto importante destaca a realidade latino-americana daquela da América anglo-saxônica: a diversidade de processos exploratórios. A América Latina se manteve subjugada às economias mais fortes, como mera exportadora de *commodities* e fornecedora de matéria-prima e mão de obra aos grandes centros de poder, ao passo que a América anglo-saxônica acumulou divisas e se impôs economicamente perante outros países. Nesse contexto, Leonel Júnior (2015, p. 27) destaca o papel subalterno dos países da América Latina na divisão internacional do trabalho, a fomentar um capitalismo dependente e periférico, cujo processo produtivo sofre determinação externa quanto ao que será produzido e ao preço.

Ademais, os processos diferem também quanto à composição da população. Enquanto a maioria da população nos Estados Unidos é branca, a Bolívia tem sua população majoritariamente formada por indígenas e mestiços. Por isso, ao assumir o controle do Estado-nação em formação, a minoria branca na Bolívia inviabilizou a democratização de setores fundamentais da sociedade, a maior parte da população era impedida de participar da vida política (LEONEL JR, 2015, p. 29).

Conforme expõe Leonel Júnior (2015, p. 29) em sua obra, a "modernidade hegemônica de construção eurocêntrica inviabiliza importante ascensão da alteridade latino-americana". A expansão da modernidade europeia tinha por justificável o subjugo das culturas e povos que residiam no continente americano, como parte da construção da identidade europeia. A elite dominante na Bolívia, assim como em outros países da América Latina, manteve escravidão e privilégios históricos, e seus interesses se identificavam com os das elites europeias e estadunidenses, afastando-se daqueles da maioria da população. Desse modo, perpetuaram-se mazelas sociais consubstanciadas na

dificuldade de acesso a bens essenciais como educação, saúde e trabalho, sob a lógica da exploração capitalista e da racionalidade liberal-individualista forjada ao longo de séculos de dominação europeia (2015, p. 30-31).

Posto isso, ao discorrer sobre o processo histórico que levou à Constituição Plurinacional de 2009, Leonel Júnior (2015, p. 36-37, 55) destaca, de início, a chamada Revolução Nacional de 1952, cujas lutas foram lideradas por organizações sindicais. A Revolução, de caráter nacionalista, culminou na derrota da oligarquia boliviana naquele período, em reforma agrária e democratização de setores da sociedade. Além disso, a partir daí houve uma série de avanços constitucionais quanto a direitos coletivos e propriedade da terra, positivados em 1961 (AVRITZER, 2017, p. 27).

Não obstante, o processo revolucionário se mostrou alheio à realidade local ao desconsiderar a pluralidade de etnias indígenas, homogeneizando assim o tratamento dado ao indígena boliviano, como "camponês". Segundo o autor, um golpe em 1964 descaracterizou a essência da Revolução, momento em que os blocos dominantes passaram a ser formados por setores das forças armadas que compunham o governo (LEONEL JR, 2015, p. 33).

Posteriormente, no início dos anos 70, fortaleceu-se na Bolívia um movimento denominado katarista (em referência à Tupac Katari, liderança aymara que enfrentou autoridades coloniais espanholas antes da independência da Bolívia), que marcou o início de um processo de resgate da identidade indígena, em oposição às barreiras à compreensão da diversidade local colocadas na Revolução Nacional de 1952. As reivindicações foram encabeçadas pelo pensamento de Fausto Reina-ga, intelectual que refletia em suas obras sobre questões identitárias e pensamento indígena (LEONEL JR, 2015, p. 54-55).

Como exemplo das ações tomadas pelos movimentos indígenas, destaca-se o Manifesto de Tiwanaku em 1973, como contestação à invisibilidade étnica e perpetuação de estruturas coloniais. Garcia

Linera (2008 apud LEONEL JR, 2015, p. 56) divide o discurso katarista nas vertentes sindical, político-partidária e acadêmica; além da formação da Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolívia (CSUTCB), houve a formação do Partido Indio, do Movimiento Indio Túpak Katari (MITKA) e do Movimiento Revolucionario Túpak Katari (MRTK). Sob a perspectiva da relação capital-trabalho e da divisão de classes na sociedade boliviana da época, observa-se que a população indígena que servia à economia capitalista, em sua maioria pertencente à classe campesina ou de trabalhadores urbanos industriais e mineradores, possuía também grande potencial revolucionário, além de sofrer as consequências da colonialidade fomentada pelo Estado. A unidade das classes possibilitou, segundo Leonel Júnior (2015, p. 57), a transformação das bases do Estado Boliviano e o debate a respeito da plurinacionalidade.

O regime democrático foi reestabelecido na década de 80, quando tiveram início reformas estruturais de caráter neoliberal a partir de decreto assinado pelo então Presidente da República, Victor Paz Estenssoro. O governo adotou política de privatizações, cortes radicais de gastos e dispensa de funcionários, além de enfraquecer a luta sindical. Nesse contexto, logo se formaram em meio urbano concentrações de trabalho informal, e muitos trabalhadores voltaram para o campo. Os grupos populares de trabalhadores, munidos de disciplina política sindical, fomentaram as lutas no período posterior de crise neoliberal (LEONEL JR, 2015, p. 37-38).

As formas de organização da classe trabalhadora se aliavam ainda, na composição da realidade social boliviana, às formas comunitárias denominadas ayllus, principalmente entre os indígenas e camponeses que habitavam o altiplano andino. Diferentemente do monismo estatal, marcado pela centralização do poder e predomínio da racionalidade liberal-individualista, nessas comunidades o poder era exercido coletivamente (democracia comunal) e a descentralização objeto de reivindicações perante o Estado (LEONEL JR, 2015, p. 40).

Segundo Leonel Júnior (2015, p. 45), a Bolívia carecia de massa mercantil-industrial ao longo do século XX que possibilitasse a absorção completa das formas comunitárias de organização e produção, refletidas nos ayllus, pelo regime exploratório dominante. O capitalismo se desenvolveu no país a partir de um parque industrial limitado, de modo a mantê-lo, como antes exposto, em postura dependente dos grandes centros econômicos, na qualidade de exportador de commodities. A economia capitalista periférica alimenta, portanto, economias centrais, em relação de dependência e troca desigual impulsionadas pelo imperialismo (2015, p. 49-50). Num meio em que convivem formas comunitárias de exploração e a lógica de mercado capitalista, não há que se falar em paulatino desaparecimento daquelas em prol da expansão desta última, sob pena de perpetuarem-se noções colonialistas. Em tais termos, Leonel Júnior (2015, p. 47, 53-54) sustenta ser possível falar nas formas de organização comunitária denominadas ayllus como alternativas potencialmente universais ao capitalismo na Bolívia. A produção comunitária respeita rituais coletivos e relações espirituais do indivíduo aymara com a terra (Pachamama), em contraponto à lógica capitalista de expansão e aproveitamento de recursos. As resistências ao capitalismo no seio da sociedade boliviana ajudaram a sedimentar a base do novo constitucionalismo.

1.2 A CRISE DO MODELO NEOLIBERAL E AS MOBILIZAÇÕES DO BLOCO POPULAR INDÍGENA ORIGINÁRIO CAMPESINO ANTES DA CONSTITUIÇÃO

No decorrer da década de 90, foram implementadas na Bolívia diversas medidas econômicas neoliberais, cujas consequências para diversos setores populares, tais como operários, camponeses, indígenas e trabalhadores informais, levaram-nos à formação de um bloco contra-hegemônico.

As políticas econômicas dirigidas por partidos de cunho nacionalista trouxeram estabilidade econômica e controle da inflação no país, com apoio do setor financeiro e instituições de fomento internacionais. Não obstante, aumentaram os índices de desemprego, diminuiu o valor real dos salários e precarizou-se a vida da população no campo, pela ruptura entre as economias moderna e campesina. O Estado se absteve de fomentar políticas sociais e fortaleceu elites econômicas regionais a partir de descentralização administrativa (Lei de Participação Popular n. 1.551 de 1994) e da ocupação de cargos por expoentes de empresas, como ocorreu em Santa Cruz de la Sierra (LEONEL JR, 2015, p. 59-61).

No início do século XXI, tomaram forma mobilizações e lutas populares, que levantaram bandeiras anticolonialistas contra as medidas neoliberais e seus efeitos sobre a população boliviana. Leonel Júnior (2015, p. 64-68) cita como primeiro momento de evidência da crise do neoliberalismo na Bolívia a chamada "guerra da água", iniciada em Cochabamba no ano 2000, e passa a descrever o contexto que levou à "guerra do gás", em 2003. Para José Maria Monzón (2014, p. 838), as manifestações mencionadas podem ser consideradas a fundação do processo constituinte boliviano.

A primeira teve início a partir de uma tentativa de privatização do serviço de distribuição de água naquela cidade em favor da Águas de Tunari, um consórcio de empresas encabeçado pela estadunidense *Bechtel Enterprise Holdings*, após articulação entre o governo boliviano e o Banco Mundial.

A pauta das manifestações no ano 2000 foi a anulação da Lei n. 2.029 de 1999, que legalizava investimentos estrangeiros em Cochabamba a partir da lógica neoliberal. O sujeito coletivo que uniu diversos atores sociais (comunidades, sindicatos e associações populares) foi a Coordenadora por la Defensa del Agua y la Vida. O governo reprimia as manifestações por meio de ação policial e prisão de manifestantes, além de desconsiderar o resultado de consultas populares no sentido de

rechaçar a privatização. No dia 4 de abril de 2000, um grande levante popular composto por marchas, bloqueios e barricadas em vários pontos rurais e urbanos, bem como em outras partes do altiplano andino, culminou na ocupação da sede da empresa Águas de Tunari. Com o aumento da repressão policial e militar, houve mortos e feridos e, no dia 10 de abril daquele ano, o governo aceitou os pedidos da Coordinadora del Agua e retirou a Aguas de Tunari de Cochabamba; os presos nas manifestações foram liberados e a Lei n. 2.029 foi reformulada, evitando-se a privatização da rede de abastecimento de água na cidade.

Quanto ao episódio denominado “guerra do gás”, em 2003 o governo de Gonzalo Sánchez de Lozada pretendeu a venda de gás natural boliviano aos Estados Unidos por meio de portos chilenos. Na medida em que esse recurso compunha o sistema de reprodução cultural e social das comunidades camponesas e indígenas, privatizá-los significaria minar sua sobrevivência e retirar o que lhes pertencia. Nesse sentido, a concentração de trabalhadores em El Alto, na região metropolitana de La Paz, mobilizou-se no sentido de bloquear estradas e paralisar a região, com o intuito de recuperar o gás para os bolivianos, provocar a saída do presidente e a revogação do chamado decreto dos hidrocarbonetos.

As violentas manifestações resultaram na renúncia e fuga do presidente Sánchez de Lozada, e o cargo passou a ser ocupado por Carlos Mesa, cujas medidas políticas iniciais incluíram anistia aos sujeitos políticos ligados às mobilizações de 2003.

Em seguida, Leonel Júnior (2015, p. 69-78) descreve um cenário de constante instabilidade política até a promulgação da nova Constituição da Bolívia em 2009. As lutas populares protagonizadas pelo bloco indígena popular – formado por indígenas camponeses, moradores de aylus, sindicatos de trabalhadores, juntas de vizinhos e associações, ou seja, sujeitos que viviam de forma comunitária e podiam, portanto, articular-se com maior eficiência – contra a hegemonia neoliberal tinham como objetivos a nacionalização dos hidrocarbonetos e a realização de

uma constituinte. O partido de oposição ao governo neoliberal era o MAS-IPSP – Movimento ao Socialismo – Instrumento Político de Soberania aos Povos, que abarcava principalmente sindicatos agrários.

Em junho de 2005, o presidente Carlos Mesa renunciou diante da dimensão das manifestações, assim como os presidentes do Congresso e da Câmara dos Deputados, Hormando Vaca Díez e Mario Cossio. Em seguida, Rodrigues Veltzé, presidente da Suprema Corte, assumiu o Executivo e convocou eleições para dezembro de 2005, em que se consagrou presidente Evo Morales, com mais de 54% dos votos. O decreto de nacionalização dos hidrocarbonetos foi anunciado em maio de 2006, e o novo governo tentou restabelecer setores empobrecidos da sociedade e fortalecer o Estado, realizando transformações a partir da estrutura liberal herdada dos governos anteriores. O Estado passou a cumprir programas sociais e a atuar como “empresário coletivo”, assim como a fortalecer economias comunitárias não capitalistas.

O bloco indígena popular passou então a tentativa de reestruturar o Estado, para o que seria necessária a convocação de Assembleia Constituinte, e se consolidou no poder em 2009 com a reeleição de Evo Morales.

2 O PROCESSO CONSTITUINTE BOLIVIANO: RUMO À PLURINACIONALIDADE

No âmbito do novo constitucionalismo, Enzo Bello (2012, p. 20) ensina que os processos constituintes foram utilizados como espaços para: incorporação de eixos epistemológicos vindos de saberes ancestrais historicamente obscurecidos pela colonização (*Pachamama, Bien Vivir*); refundação de instituições tradicionais, adaptadas às

peculiaridades dos países latino-americanos (Estado e tribunal plurinacionais); reconhecimento de novos direitos a sujeitos marginalizados, e de direitos antigos a sujeitos recém-surgidos; e criação e ampliação de canais de participação popular.

Em meio a esse cenário de ruptura de saberes eurocêntricos sedimentados no imaginário coletivo, o processo de elaboração da Constituição boliviana de 2009 se mostrou extremamente conflituoso, permeado por manifestações populares, debates, interrupções e manobras políticas. Os movimentos populares em ascensão se aproveitaram da insatisfação gerada pelas medidas neoliberais do governo para iniciar as manifestações que dariam início a esse processo.

Segundo Gonçalves Acunha (2019, p. 133-135), o governo neoliberal de Paz Estenssoro, no mandato de 1985 a 1989, eliminou a inflação a partir do corte de gastos governamentais, dispensa de trabalhadores, fechamento de minas e abertura da economia para o comércio e investimento internacional, e o curso da política econômica não foi alterado pelos governos seguintes, de Jaime Paz Zamora (1989-1993), Gonzalo Sánchez (1993-1997 e 2002-2003) e Hugo Banzer Suárez (1997-2001). Não obstante, a estagnação econômica que teve lugar a partir de 1998 trouxe severas consequências para as camadas mais pobres da população, e ocorreram diversas manifestações que culminaram nas antes referidas guerras da água e do gás, em 2000 e 2003, deflagradoras do processo constituinte que se seguiria.

Evo Morales, líder *cocalero* da etnia *aymara*, foi o primeiro presidente indígena da Bolívia⁷, e procedeu à convocação de eleições para a assembleia constituinte por meio da Lei Especial Convocatória n. 3.364, de 6 de março de 2006. Foram diversos os confrontos políticos, e o processo constituinte se estendeu ao longo de mais de dois anos,

⁷ David Landau (2012, p. 950) diferencia os casos de ascensão política de Chávez na Venezuela e Evo Morales na Bolívia, apontando que, enquanto o primeiro comandou um movimento personalíssimo, em que seu próprio partido tinha pouca autonomia, este último foi meramente uma figura importante dentro de uma organização muito mais poderosa, o *Movimiento al Socialismo*. Além disso, Morales enfrentou uma oposição organizada, em meio à região da *Meia Lua*, que abriga quatro Departamentos e uma população menos indígena.

um dos mais tortuosos da história constitucional latino-americana (ACUNHA, 2019, p. 140). Em 02 de julho de 2006, o partido *Movimiento al Socialismo* alcança vitória política no pleito de eleição dos constituintes (o MAS elegeu 137 dos 255 assembleístas), e o autor Leonel Júnior (2015, p. 105) destaca a eleição de Silvia Lazarte, como primeira presidenta mulher indígena da Assembleia Constituinte.

Apesar do caráter teoricamente ilimitado do poder constituinte originário⁸, o poder constituinte na Bolívia foi ativado pelo poder constituído, na medida em que seu exercício, por meio da lei especial convocatória, obedeceu à Lei n. 2.631, de 2004 (editada no governo Carlos Mesa), a qual dispunha sobre a necessidade de uma lei especial convocatória a respeito da eleição dos componentes da assembleia e previa quórum de dois terços para aprovação da Constituição (ACUNHA, 2019, p. 141). David Landau (2012, p. 952) destaca que essas previsões limitaram muito os poderes de Morales, pois forçavam-no a negociar com a oposição no Congresso – oposição essa que tinha como desígnio central o crescimento de autonomia regional nos Departamentos. Segundo esse autor, as regras foram, em geral, desenhadas de modo que nenhum grupo

8 Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2016, p. 244-245) ensinam que o conceito de poder constituinte originário “é elaboração da teoria constitucional francesa e norte-americana do período revolucionário do século XVIII. Embora a revolução liberal tenha ocorrido na Inglaterra no século anterior, a ideia de poder constituinte lá não se desenvolveu, e o constitucionalismo acabou se fundando em outras bases, que conjugavam liberalismo com respeito às tradições políticas. Foi Emmanuel Sieyès, nos momentos preliminares da Revolução Francesa, quem formulou a versão mais conhecida do conceito de poder constituinte, traçando contornos que, até hoje, com pequenas modificações, representam a ortodoxia no assunto. Em fevereiro de 1789, o abade publicou a 1ª edição do opúsculo *O que é o Terceiro Estado*, em que o conceito foi formulado”. O poder constituinte originário, ou seja, o poder de “criar a Constituição e de fundar ou refundar o Estado e a ordem jurídica” (2016, p. 243), é concebido pela teoria do Direito como ilimitado, “por não estar sujeito a limites jurídicos, especialmente às prescrições da ordem jurídica passada” (2016, p. 253). Para Sarmiento e Souza Neto (2016, p. 254), “o que se afirma com a atribuição de caráter ilimitado ao poder constituinte é exclusivamente que esse poder não se submete a restrições jurídicas, eis que expressão da soberania”. Os autores discutem ainda sobre “condicionamentos pré-constituintes” (assim chamados por Luís Roberto Barroso), limites normativos impostos pelos poderes constituídos ao poder constituinte originário. Para eles, se a norma pré-constituinte for resultado de manifestação da soberania popular, que eclode em um “momento constitucional” caracterizado por intensa mobilização cívica da cidadania, ou seja, se a norma decorrer de manifestação direta do próprio povo ou corresponder a genuína expressão da soberania popular, faltará legitimidade à assembleia constituinte para desrespeitar esse limite. Assim entendem porque o titular do poder constituinte originário é o povo, e a assembleia não pode contrariar seus desígnios. Apontam que, fora dessa hipótese, deve prevalecer a visão tradicional no sentido de que não há vinculação do poder constituinte às normas jurídicas que lhe são anteriores (2016, p. 256-257).

pudesse simplesmente impor a Constituição sobre o outro. Para Morales, porém, a assembleia, cuja maioria dos assentos era ocupada pelo MAS, “deveria estar acima de quaisquer poderes constituídos, mas submetida aos movimentos sociais, porque tais movimentos lhe deram vida” (2006 *apud* LANDAU, 2012, p. 953-954).

Para Viciano Pastor e Martínez Dalmau (2010, p. 22-23), essa limitação pelo poder constituído influenciou negativamente a autoconcepção originária da assembleia constituinte, de modo a negar-lhe o reconhecimento de plenos poderes, o que lhe impediu de tomar decisões chave que o contexto requeria. Diferentemente de Landau, os autores veem tais regras pré-constituintes como entraves, e sustentam que por conta delas a oposição conseguiu paralisar o processo por anos, com várias negociações a respeito do conteúdo do texto constitucional. De modo semelhante, Leonel Júnior (2015, p. 107) tem como um “considerável equívoco político” a permissão de intervenção de um poder constituído anterior, de natureza conservadora, nas diretrizes de convocação da assembleia constituinte, e ressalta o comprometimento parcial do processo de transformação e retrocessos inevitáveis na negociação política por conta de tal intervenção.

No processo boliviano, foi possível se utilizar de instituições como o Congresso e a Corte Eleitoral para controlar parte das decisões da assembleia, e o poder constituinte foi exercido paralelamente ao poder constituído, e a ele vinculado. Acunha (2019, p. 142-143) destaca certos momentos chave ao longo do processo constituinte, tais como: a proposta de transferência da sede do governo do país para Sucre (capital constitucional e sede do Poder Judiciário, além de ser o local dos trabalhos constituintes) e as reações violentas da população que levaram a assembleia a ser transferida para Oruro; um referendo para revogação do mandato de Evo Morales em 2008, com vitória do presidente; a força da oposição no Congresso, que hesitou em convocar referendo para aprovação da Constituição sem as modificações propostas; e propostas de secessão de certos Departamentos na região

da chamada *Meia Lua*, leste da Bolívia, onde se concentrava o maior polo de oposição ao presidente (Pando, Bandi, Santa Cruz e Tarija).

Outro debate que chegou a paralisar os trabalhos da assembleia por cerca de seis meses foi a respeito da regra do quórum de dois terços para aprovação da Constituição: enquanto o MAS sustentava que o quórum aprovaria o texto final, o *Poder Democrático y Social* (Podemos) e outros partidos de oposição defendiam que a aprovação por quórum seria necessária para cada artigo, individualmente considerado. Após solução dessa questão por acordo, os trabalhos das comissões a respeito do texto mostraram que poderia haver consenso sobre certas demandas, tais qual o incremento da autonomia dos departamentos e dos grupos indígenas (LANDAU, 2012, p. 954).

Ao todo, foram estabelecidas 21 comissões de trabalho, que começaram a construir o texto constitucional em 17 de janeiro de 2007. Os constituintes percorreram a Bolívia acompanhados de assessores, recebendo propostas de organizações e da sociedade civil, e a primeira proposta de texto constitucional foi aprovada em 24 de novembro de 2007 (LEONEL JR, 2015, p. 111-112). Em outubro de 2008, os grupos opostos chegaram a um acordo, e o Congresso convocou um referendo após importantes modificações no texto constitucional original.

Em relação ao projeto originalmente votado pela constituinte, foram modificados cerca de 140 artigos após acordos entre o *Movimiento al Socialismo* e a oposição, encabeçada pelo *Poder Democrático y Social*. O MAS fez concessões a respeito do aumento de autonomias regionais e da diminuição da natureza estatista da economia (LANDAU, 2012, p. 957). Boaventura de Sousa Santos (2010 *apud* LEONEL JR, 2015, p. 113) cita como importantes perdas para o movimento popular indígena originário campesino, decorrentes de tais modificações: a ausência de definição do número de circunscrições especiais indígenas na Assembleia Legislativa Plurinacional, quantia essa posteriormente limitada a sete por meio da Lei Eleitoral Transitória; o impedimento da reforma agrária ao determinar-se a não retroatividade da lei a respeito do tamanho máximo

da propriedade de terra; a restrição à justiça comunitária indígena, confinando sua aplicação a indígenas, seus territórios e suas relações entre si; e a alteração da composição do Tribunal Constitucional Plurinacional, que passa a exigir como requisito para todos os seus membros a formação jurídica acadêmica eurocêntrica e a limitar o número de membros que precisa ter conhecimento dos direitos indígenas.

Posto isso, o texto final foi ratificado em 19 de janeiro de 2009 por referendo popular, com apoio de mais de 60% do eleitorado, e a Constituição entrou em vigor no início de 2009⁹ (ACUNHA, 2019, p. 143). Para inviabilizar a reprodução de latifúndios, aprovou-se também pelo referendo a limitação do tamanho da propriedade na Bolívia a cinco mil hectares (LEONEL JR, 2015, p. 114).

3 A CONSTITUIÇÃO BOLIVIANA DE 2009 COMO EIXO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

3.1 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Ao discorrer sobre a formação do Estado moderno, Fernando Dantas (2017, p. 223) diferencia a unidade nacional construída em países europeus da ideia de nação presente em países latino-americanos.

⁹ A Constituição foi proclamada por Evo Morales (2009 *apud* LEONEL JR, 2015, p. 115-116) em ato perante a população: “*Hermanos y Hermanas, bolivianos y bolivianas: después de 500 años de rebelión, invasión y el saqueo permanente; después de 180 años de resistencia contra un Estado colonial, después de 20 años de lucha permanente contra un modelo neoliberal, hoy 7 de febrero de 2009, es un acontecimiento histórico, un acontecimiento inédito, singular para Bolivia y para Latinoamérica, reunido acá para promulgar la nueva Constitución Política del Estado*”.

Aquela decorreu de um processo espiritual de autorreconhecimento e sentimento de pertença a uma dada cultura, ao passo que, na América Latina, a criação do Estado ocorreu *antes* da formação de uma identidade nacional. Além disso, a sociodiversidade americana, composta por povos indígenas, negros ex-escravos e imigrantes, “fragmentava qualquer processo de marcha rumo à coesão desse sentimento” de unidade.

O autor formula críticas ao modelo de Estado de Direito moderno (neoliberal) e sua pretensão de excluir as diferenças étnico-culturais, e coloca o novo constitucionalismo latino-americano como posição alternativa com vistas a refundar o Estado, para que se transforme em espaço “includente e emancipatório”¹⁰ (2017, p. 227). Ao tratar do contexto epistemológico do novo constitucionalismo, William Paiva Marques Júnior (2014, p. 100-101) elucida uma ruptura da visão isolacionista do saber de origem eurocêntrica, que rejeita diferenças e dissemina intolerância. A epistemologia do sul erige a novo patamar saberes historicamente sufocados, superando-se a hierarquia Norte-Sul a partir do resgate de elementos da realidade latino-americana.

O constitucionalismo clássico, segundo Avritzer (2017, p. 21-25), tem suas origens nos processos constitucionais europeus e norte-americanos, notadamente dos Estados Unidos e França. Destaca o autor que o problema central enfrentado ao longo da elaboração da Constituição norte-americana e tratado pelos federalistas foi a questão da diversidade, abordada sob duas perspectivas: a de seu reconhecimento e a de resposta à diversidade a partir de um desenho de estabilidade política e homogeneidade. Os Estados Unidos adotaram como

¹⁰ Convém mencionar os ciclos constitucionais que levaram ao constitucionalismo plurinacional, na esteira do ensinamento de Raquel Yrigoyen Fajardo (2004 *apud* DANTAS, 2017, p. 227): a) constitucionalismo multicultural (1982 a 1988), que reconhece direitos indígenas específicos e apresenta o conceito de diversidade cultural; b) constitucionalismo pluricultural (1988 a 2005), que apresenta vários direitos de minorias étnicas, como reflexo da Convenção n. 169 da OIT, enquanto implanta políticas neoliberais; c) constitucionalismo plurinacional (2006 a 2009), que discute o fim do colonialismo e propõe refundação do Estado com o reconhecimento das origens dos povos da América Latina.

resposta a tal problema a imposição de dificuldades para mudança da Constituição, que requer a formação de supermaioria. Com uma média de 1,3 emendas a cada 10 anos, a Constituição americana proporcionou fortes consensos a respeito da agenda política. Em um modelo constitucional tido como hegemônico, portanto, as mudanças no contexto político têm baixo impacto na Constituição.

No modelo constitucional latino-americano, porém, as alterações políticas têm impacto constitucional, tais como a que levou à ruptura constitucional na Bolívia, em 2009. Ocorreram ao longo do século XIX diversos golpes e rebeliões em países latino-americanos, e Avritzer (2017, p. 26-27) correlaciona essas manifestações ao idealismo constitucional presente ao longo do processo de independência desses países, em que os direitos estruturados não coincidiam com a realidade social da região. Segundo o autor, o primeiro movimento constitucional autônomo na América Latina foi a Constituição mexicana de 1917, resultante de revolução de classes populares e indígenas, o qual, porém, não chegou a fundar a tradição alternativa do novo constitucionalismo, com direitos garantidos por um Judiciário independente. Com efeito, o processo do novo constitucionalismo teve origem após as democratizações latino-americanas na década de 80, com as Constituições de 1988 no Brasil, de 1991 na Colômbia, no Paraguai em 1992, no Peru em 1993, na Venezuela em 1999, no Equador em 2008 e na Bolívia em 2009.

Sustenta Avritzer (2017, p. 28-38) que o novo constitucionalismo tem como características principais a ampliação de direitos, notadamente os de comunidades tradicionais, a ampliação das formas de participação existentes ao largo da deliberação pelo Executivo e pelo Legislativo, e um novo papel do Judiciário, o que altera o tradicional equilíbrio entre os poderes. Para o autor, esse modelo que permite a reorganização de comunidades políticas e o reconhecimento de direitos de grupos tradicionais se baseia em documentos longos, diferentemente do constitucionalismo anglo-saxão.

Na medida em que este estudo se delimita à Constituição boliviana, será esta utilizada como referência para demonstrar como se manifestam na realidade constitucional as características do novo movimento expostas por Avritzer.

Quanto à primeira característica, ampliação de direitos, observa-se que a Bolívia estabeleceu em sua mais recente Constituição o princípio do Estado plurinacional, e consagrou no artigo 1º a pluralidade jurídica, política, cultural, econômica e linguística como fundamento do Estado. Além disso, ampliou os direitos a partir da incorporação de tratados de direitos humanos ratificados pela Bolívia ao ordenamento com *status* supraconstitucional, nos casos em que prevejam normas mais favoráveis que as previstas na Constituição (artigo 256). A sociedade viu uma redefinição das comunidades outrora colonizadas, para além da homogeneização que constitui os Estados nacionais modernos, e os novos modelos constitucionais passaram a considerar os atores sociais reais que compõem a diversidade latino-americana.

No que diz respeito à ampliação da participação política como característica que diferencia o novo constitucionalismo daquele tido como clássico, a Constituição boliviana define sua própria democracia como participativa, representativa e comunitária (artigo 11), e prevê como meios de seu exercício a assembleia, consulta prévia, iniciativa legislativa cidadã, referendo e revogabilidade de mandatos. No interior das comunidades indígenas autônomas, participa politicamente o próprio movimento indígena.

Em seguida, aponta Avritzer (2017, p. 33-38) a ampliação do papel do Poder Judiciário no novo constitucionalismo latino-americano. Cresce o protagonismo judiciário com o aumento de suas prerrogativas e a transferência de decisões sobre políticas públicas. Nesse contexto, a Bolívia consagrou efetivo pluralismo jurídico, com autônias indígenas e justiças alternativas (plurinacional, indígena originária campesina e agroambiental). Ao definir o país como Estado

Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário (artigo 1º), a Constituição elevou o pluralismo ao patamar de princípio e objetivo central do ordenamento.

O autor Joel Colón-Rios (2017, p. 108-109) aponta, por seu turno, quatro características do novo constitucionalismo ora debatido: a) baseia-se na ideia de que a elaboração constituições deve ocorrer em processos altamente participativos, representando importante avanço em termo de democracia participativa; b) os processos de elaboração permitiram a participação de grupos historicamente marginalizados do processo político, a exemplo dos povos indígenas, o que se refletiu no conteúdo dessas constituições (na atribuição de direitos à natureza pela Constituição do Equador, por exemplo); c) as constituições que emergiram desses processos tentaram remodelar relações econômicas, criando, por exemplo, novas formas de propriedade, atribuindo ao Estado forte influência sobre a economia e proibindo a privatização de certas indústrias e serviços públicos; d) extensa gama de direitos, incluindo direitos coletivos (tais como o direito a um ambiente sadio) e mecanismos para sua efetivação.

Além disso, o autor ressalta a presença nas constituições de mecanismos de defesa da natureza e diversidade ecológica. A Constituição boliviana, por exemplo sugere que a própria existência de um constitucionalismo democrático depende da relação entre comunidade e natureza (2017, p. 109).

Em publicação recente, Fernando José Gonçalves Acunha (2019, p. 112-113) apontou a plurinacionalidade como conceito unificador do novo constitucionalismo. A plurinacionalidade significa o reconhecimento de uma democracia baseada não só na relação individual entre cidadão e Estado, mas também em sujeitos coletivos, assim como atrai formas de organização e autogoverno diferentes das previstas pelo modelo ocidental tradicional. Muda-se o foco antropocêntrico em relação à natureza, e alberga-se o pluralismo jurídico, uma convivência entre ordenamentos jurídicos igualmente legítimos.

3.2 A CONSTITUIÇÃO BOLIVIANA DE 2009 COMO MARCO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: CONSIDERAÇÕES SOBRE AS INOVAÇÕES NORMATIVAS DESCOLONIAIS

A colonialidade é ferramenta de hierarquização da alteridade e visa a fundamentar diferentes formas de dominação do conquistador sobre o conquistado, nos campos do saber, da cultura, do espírito, do exercício do poder, dentre outros. Ao longo do tempo, a colonialidade de ordem eurocêntrica impregnou-se em formulações teóricas e em instituições do poder, mantendo povos originários e sujeitos coletivos em condição subalterna, reduzidos a estigmas de “atraso” ou “selvageria” (ACUNHA, 2019, p. 52-53). Enzo Bello (2016, p. 13), com base na obra do teórico argentino Walter Mignolo, traz à lume a gramática da “descolonialidade”, como “estratégia de inovação e descolamento das grandes tradições epistemológicas europeias/estadunidenses enquanto sistemas de pensamento e de suas expressões, categorias e conceitos como reflexo de uma realidade diversa” (2016, p. 13), para dar lugar a uma epistemologia transformadora de ordem latino-americana.

O advento da nova Constituição boliviana é um marco para os estudos da descolonialidade¹¹, a norma é uma das protagonistas do movimento de emancipação do eurocentrismo e da racionalidade liberal-individualista. Como aspectos formais da norma, Gladstone Leonel

¹¹ Enzo Bello (2016, p. 12) esclarece o conceito de “colonialidade do poder”, como “eixo fundamental para o controle da economia da autoridade, da natureza e dos recursos naturais, do gênero e da sexualidade, da subjetividade e do conhecimento”, conforme os ensinamentos do sociólogo peruano Aníbal Quijano. Destaca o autor que “a ‘colonialidade do poder’ tem um viés político e econômico, enquanto a ‘colonialidade do saber’ envolve a produção da cultura e do conhecimento eurocêntricos com fundamentação na racionalidade, e a ‘colonialidade do ser’ envolve a posição de submissão assumida pelos povos colonizados ao negarem suas culturas originárias e ao reivindicarem a cosmovisão do colonizador. [...] quem não atende ao padrão europeu é considerado irracional. Assim, na perspectiva opressora do racismo cultural, tem-se rotulações para inferiorizar: índios como seres ‘primitivos’, mulheres como ‘sensíveis-emotivas’, negros como ‘bestas’, árabes como ‘bárbaros’, judeus como ‘culpados’”.

Júnior (2015, p. 116) cita a amplitude de normas, complexidade aliada a uma linguagem simples, a rigidez e a originalidade.

Segundo o autor, a Constituição possui 411 artigos e se divide em cinco partes, dez disposições transitórias, uma disposição ab-rogatória e uma disposição final, caracterizando-se, portanto, como ampla. Os direitos foram descritos pormenorizadamente, e houve mudanças profundas na estrutura do Estado para viabilizar sua execução. A complexidade decorre da tentativa de abarcar um espectro muito amplo de situações diversas, além de diretrizes para o *vivir bien*, mantendo-se, por outro lado, uma linguagem simples – o *habeas corpus* e o *habeas data*, por exemplo, tornaram-se “ação de liberdade” e “ação de proteção à privacidade”, o que também afasta tal norma da dogmática jurídica liberal e sua pompa linguística (2015, p. 121-124).

A rigidez constitucional se mostra na dificuldade para alteração das normas constitucionais. O artigo 411 da Constituição prevê que qualquer reforma parcial pode se iniciar por iniciativa popular, com a assinatura de ao menos vinte por cento do eleitorado, ou pela Assembleia Legislativa Plurinacional, mediante lei de reforma constitucional aprovada por dois terços do total dos membros presentes da Assembleia. Além disso, dispõe que qualquer reforma parcial necessitará referendo constitucional aprobatório (BOLÍVIA, 2009, s/p).

A originalidade consubstancia-se nas propostas de construção de uma nova sociedade, por meio de um constitucionalismo transformador pautado na plurinacionalidade.

José María Monzón (2014, p. 840-841) ensina que, ao definir a Bolívia como um Estado unitário, social, plurinacional, comunitário, intercultural, descentralizado e democrático, e fundá-lo em pluralismo, a Constituição consolidou também uma nova cosmovisão, a *suma qamaña*, uma antiga concepção andina de vida que versa sobre a comunhão com o cosmo e a natureza, uma epistemologia que desafia a cultura europeia transplantada compulsoriamente à América Latina após a colonização. A Constituição se refere ainda à

Pachamama, uma ideia que permite a compreensão do mundo de forma viva e integrada com a natureza¹². O código moral previsto no artigo 8º também substitui a ética cristã trazida pela dominação espanhola, ao prever como princípios expressos *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (não sejas fraco, não sejas mentiroso e não sejas ladrão), *suma qamaña* (viver bem), *ñandereko* (viver harmoniosamente), *teko kavi* (viver uma boa vida), *ivi maraei* (mantenha a terra sem mal) e *qhapaj ñan* (adotar um caminho nobre de vida).

O chamado *vivir bien* critica o núcleo irracional da modernidade, privilegia valores indígenas e ressalta a harmonia que deve haver na relação homem-mulher-natureza. Segundo Leonel Júnior, “trata-se da busca por um sistema civilizatório que aliará os conhecimentos ancestrais da cosmovisão indígena, propiciando um diálogo intercultural, sem ignorar o tempo histórico atual, com toda a sua complexidade de problemas a serem superados” (2015, p. 148).

Acunha (2019, p. 147-148) destaca preceitos da Constituição boliviana em que se materializa a plurinacionalidade, tais como: garantia de autonomias para nações e povos indígenas (artigos 2º; 179, inciso I; 289 a 296; e 304, incisos I a III); previsão de outras línguas oficiais que não o espanhol (artigo 5º, inciso I); proteção da diversidade cultural (artigos 9º, itens 1 e 2; e 98); reconhecimento do pluralismo jurídico pela atribuição de valor normativo igual às decisões da jurisdição indígena (artigos 178, inciso I; 179, inciso II; e 190 a 192); regulação da representação nos poderes Legislativo e Judiciário, que deve ser proporcionalmente plurinacional (artigos 147, inciso II; 187; e 197, inciso I); garantia aos povos indígenas da capacidade de disputa eleitoral e indicação de

¹² Pedro Brandão (2015, p. 185-186) ensina que “a *Pachamama* é o deslocamento do antropocentrismo moderno para o biocentrismo – no qual a vida (humana ou não) tem valor em si mesma – e, conseqüentemente, o meio ambiente não tem apenas valor de mercado. Não há hierarquia entre as diferentes formas de vida, mas todos são naturalmente iguais. Mas esses direitos [...] não defendem a intocabilidade da natureza e centram-se na atuação coletiva e na manutenção dos sistemas da vida e dos ecossistemas, e não nos indivíduos, de forma que os seres humanos podem satisfazer suas necessidades vitais sem necessariamente desconsiderar os direitos da natureza – como o uso da pesca, pecuária ou agricultura”.

candidatos (artigo 209); disciplina da democracia deliberativa, a partir de normas que conjugam elementos das culturas envolvidas (artigo 11, inciso II, por exemplo).

Ao escrever sobre o conceito de cidadania na Constituição boliviana de 2009, Enzo Bello (2018, p. 112-113) ressalta a divisão presente no Título II (*Derechos Fundamentales y Garantías*) em “disposições gerais”, “direitos fundamentalíssimos”, “direitos civis e políticos”, “direitos das nações e povos indígenas originários campesinos”, “direitos sociais e econômicos”, “educação, interculturalidade e direitos culturais”, e “comunicação social”. O autor destaca três novidades relacionadas ao catálogo de direitos de cidadania previstos na norma: a afirmação da interdependência e indivisibilidade dos direitos de cidadania e a negação do modelo de gerações de direitos, oriundo do constitucionalismo liberal (artigo 13); a utilização da nova categoria de “direitos fundamentalíssimos”; e o reconhecimento dos direitos das nações e povos indígenas originários campesinos.

Quanto à estruturação do Estado, a Constituição estabeleceu regimes de autonomia, a partir de um viés descentralizador do poder. Previu-se um Ministério de Autonomias para tratar da reorganização territorial, e o Estado passa a se estruturar em departamentos¹³, regiões, províncias, municípios e territórios indígenas originários campesinos. Os cidadãos nas unidades territoriais autônomas podem eleger diretamente as respectivas autoridades, e nelas serão exercidas funções de fiscalização, executivas e legislativas, segundo as competências cabíveis e o tipo de unidade territorial. Os territórios indígenas originários campesinos são a novidade principal da organização territorial boliviana, dotados da capacidade de autogoverno, sem extrapolar os limites postos dos departamentos (LEONEL JR, 2015, p. 131-133).

Quanto ao Judiciário, a Constituição atravessa conceitos jurídicos tradicionais e estabelece uma jurisdição indígena originária

¹³ Existem nove departamentos no território boliviano, e são as unidades territoriais abaixo do nível central do Estado: Tarija, Pando, Beni, Potosí, Chuquisaca, La Paz, Santa Cruz, Cochabamba e Oruro (LEONEL JR, 2015, p. 132)

campesina, de modo a respeitar as subjetividades específicas e normas próprias das nações, e uma jurisdição agroambiental, ambas autônomas, além de um Tribunal Constitucional Plurinacional. No âmbito das jurisdições indígenas, as lideranças locais atenderão às funções da magistratura, interpretando as normas e decidindo os casos. Das decisões desarrazoadas, caberá recurso ao Tribunal Constitucional Plurinacional, competente para julgar de acordo com a interculturalidade e o pluralismo. Quanto a este tribunal, exerce o controle de constitucionalidade e é composto por magistrados eleitos a partir da plurinacionalidade (LEONEL JR, 2015, p. 137-140).

A estruturação de direitos e instituições pela Constituição boliviana demonstra o viés transformador do movimento constituinte deflagrado pelo bloco contra-hegemônico popular indígena campesino, não obstante a grande quantidade de alterações do texto originalmente proposto pela Assembleia após acordos com a oposição majoritariamente conservadora. Vislumbra-se, ao menos em âmbito constitucional, o afastamento paulatino da perspectiva colonialista. No âmbito político, porém, permanecem as ingerências do imperialismo, contra as quais caberá aos blocos contra-hegemônicos firmarem-se em unidade popular, em prol de uma sociedade verdadeiramente democrática.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova Constituição boliviana é protagonista de uma nova fase do constitucionalismo, sendo esse um movimento normativo histórico e dinâmico, em constante transformação. A partir de intensas mobilizações, a população indígena, trabalhadora e camponesa da Bolívia conquistou direitos de participação na vida política e exercício de autonomies, e teve sua cultura e modos de vida reconhecidos oficialmente dentro da estrutura do Estado moderno, inclusive quanto ao exercício

de jurisdição própria. O próprio Estado moderno e liberal, na verdade, concebido no seio das sociedades europeias, foi objeto de profundas transformações para adequar-se à realidade latino-americana. Embora permaneça unitário, reconheceu a existência de diversas nações no mesmo território, e conferiu-lhes efetiva autodeterminação.

A análise do contexto histórico e político peculiar da Bolívia antes da chegada da Constituição, das violentas mobilizações e do penoso processo constituinte demonstram que a simples transplantação de instituições e medidas econômicas neoliberais e eurocêntricas não se adequa, sem antes passar por profundas adaptações, à realidade andina, com suas diversas formas autônomas de organização comunitária. Pelo contrário, perpetua-se por esse meio a desigualdade social e desapropriam-se recursos pertencentes às comunidades em prol de desígnios do capitalismo neoliberal, sempre em predatória expansão. As mazelas geradas na Bolívia no final do século XX levaram a mobilizações em prol do resgate da identidade indígena e dos valores consubstanciados no *suma qamaña*, cosmovisão indígena baseada em formas de interação coletiva e harmônica entre mulher, homem e natureza.

Além disso, essa análise demonstrou que a oposição ao protagonismo indígena permanece atuante, os desígnios imperialistas expandem-se constantemente e se articulam na forma de manobras políticas para destituição do poder indígena e popular em prol de elites neoliberais, conforme se pode visualizar com o mais recente golpe militar que levou à renúncia de Evo Morales no final do ano de 2019 – que certamente poderá ser objeto de estudos mais aprofundados. Cabe aos movimentos populares organizar suas pretensões em projetos político-econômicos que conduzam de forma estável à derrocada da colonialidade, à autonomia decisória da nação boliviana em âmbito internacional e ao desenvolvimento em harmonia com a natureza e com os direitos recém-reconhecidos, um desenvolvimento participativo, democrático e sustentável.

Quanto aos novos direitos constitucionalmente previstos, apontam para um horizonte normativo mais aberto e plural. As grandes mudanças trazidas após acordos com o partido de oposição durante o processo constituinte, e as limitações impostas ao poder constituinte originário nesse processo em particular, não impediram a consecução de diversos objetivos dos movimentos populares indígenas camponeses e a obtenção de fundamento normativo para a manutenção de seus saberes e formas de organização política, cultural e jurisdicional. Alcançou-se no plano normativo a plurinacionalidade, um passo inicial em direção à refundação das instituições clássicas e do modo de construir o Direito Constitucional na América Latina.

REFERÊNCIAS

- ACUNHA, F. J. G. *Constitucionalismo, Autoritarismo e Democracia na América Latina*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- AVRITZER, L. O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política. In: AVRITZER, L.; GOMES, L. C.B.; MARONA, M. C.; DANTAS, F. A. de C. (org.). *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. p. 19-42.
- BELLO, E. *A Cidadania no Constitucionalismo Latino-Americano*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.
- BELLO, E. O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano. In: BRANDÃO, C.; BELLO, E. (org.). *Direitos Humanos e Cidadania no Constitucionalismo Latino-Americano*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016. p. 05-29.
- BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado (CPE) (7-Febrero-2009)*. El Alto de La Paz, Bolivia: Poder Ejecutivo, [2009]. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf . Acesso em: dez. 2019.
- BRANDÃO, P. *O Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.
- CÓLON-RÍOS, J. I. *The Rights of Nature and the New Latin American Constitutionalism (2015)*. *New Zealand Journal of Public and International Law* (2015); Victoria University of Wellington Legal Research Paper. No. 119/2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2871584>. Acesso em: jan. 2020.

- DANTAS, F. A. de C. Entre a nação imaginada e o estado plurinacional: o reconhecimento dos direitos indígenas no novo constitucionalismo latino-americano. In: AVRITZER, L.; GOMES, L. C.B.; MARONA, M. C.; DANTAS, F. A. de C. (org.). O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. p. 213-230.
- JÚNIOR, G. L. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano: um estudo sobre a Bolívia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.
- LANDAU, D. Constitution-Making Gone Wrong (April 1, 2012). 64 *Alabama Law Review* 923 (2013); FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 587. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2011440>. Acesso em: jan. 2020.
- MARQUES JÚNIOR, W. P. A epistemologia emancipatória, inclusiva e participativa do novo constitucionalismo democrático latino-americano. In: MORAES, G. de O; VICIANO PASTOS, R. A.; MONTEZUMA, T. de F. P. F.; MELO, A. J. M. (org.). *Constitucionalismo Democrático e Integração da América do Sul*. 1. ed. Curitiba: Editora CRV, 2014. p. 99-116.
- MONZÓN, J. M. The Constitution as a Post-Colonial Discourse: An Insight Into the Constitution of Bolivia. *Seattle Journal for Social Justice*, v. 12, n. 3, 2014. Article 4. Disponível em: <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/sjsj/vol12/iss3/4>. Acesso em: jan. 2020.
- NETO, C. P. D. S.; SARMENTO, D. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.
- VICIANO PASTOS, R.; MARTÍNEZ DALMAU, R. Los Procesos Constituyentes Latinoamericanos y el Nuevo Paradigma Constitucional. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.* [en línea], n. 25, 2010. p. 7-29. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222977001>. Acesso em: jan. 2020.

A Natureza Jurídica dos Benefícios Fiscais da Zona Franca de Manaus (ZFM): Imunidade Tributária ou Isenção

*The Legal Nature of the Tax Benefits of the Manaus Free
Zone (ZFM): tax immunity or exemption*

JOFRE LUÍS DA COSTA OLIVEIRA

JOFRE LUÍS DA COSTA OLIVEIRA

Mestrando em Direito Constitucional (PPGDir – UFAM) e Mestrado em Economia - URGs. <https://orcid.org/0000-0002-6663-5418>.

Resumo: O modelo ZFM pode ser considerado um exemplo de política pública bem-sucedida por ter contribuído, ao longo dos últimos 50 anos, para o desenvolvimento da região. O presente artigo versa sobre a natureza jurídica dos incentivos fiscais oferecidos pela ZFM. A discussão sobre esse tema é palpitante e muito importante para o futuro do Estado e da Região, bem como para o Brasil, que atravessa uma delicada situação de ajuste, principalmente nas contas públicas e no sistema tributário, que beiram o colapso. Os objetivos do presente estudo são: apresentar o modelo ZFM, focalizando suas peculiaridades; analisar os conceitos de isenção e de imunidade tributária, estabelecendo as principais diferenças entre esses institutos; apresentar os diversos julgados do STF que abordam a natureza jurídica dos incentivos fiscais na ZFM; e apresentar todos os incentivos nos níveis federal, estadual e municipal, estabelecendo a natureza jurídica deles. A metodologia adotada utilizou a pesquisa bibliográfica, valendo-se do método hipotético-dedutivo com o objetivo de analisar os conceitos de isenção e de imunidade tributária para chegar à definição de qual seria a natureza tributária dos incentivos do modelo ZFM. Ainda que este trabalho não tenha a pretensão de esgotar o assunto, pretende despertar o interesse quanto à preservação e ao aprimoramento desse modelo que, a despeito de alguns críticos, muito tem contribuído para reduzir as desigualdades regionais.

Palavras-Chave: Zona Franca de Manaus (ZFM). Natureza Jurídica dos Incentivos Fiscais da ZFM. Desenvolvimento Regional. Políticas Públicas. Direito Constitucional. Direito Tributário.

Abstract: The ZFM model can be considered as an example of successful public policy, as it has contributed, over the last 50 years, to the development of the region. This article deals with the legal nature of the tax incentives offered by ZFM. The discussion on this topic is current and very important for the future of the State and the Region, as well as for Brazil, which is going through a delicate situation of adjustments, mainly in public accounts, and in the tax system that borders on collapse. The objectives of the present study are: to present the ZFM model, emphasizing its peculiarities; analyze the concept of tax exemption and immunity, establishing the main differences between these institutes; present the various STF judgments that address the legal nature of ZFM tax incentives; present all the incentives at the different levels (union, state and municipality) establishing their legal nature. The methodology used was based on bibliographic research, using the hypothetical-deductive method in order to analyze the different concepts of tax exemption and immunity and arrive at a definition of the tax nature of the incentives of the ZFM model. We consider that the present work does not intend to exhaust the subject, but to arouse the interest of all in the sense of preserving and improving the model that, despite some criticals, has contributed to the reduction of regional inequalities.

Keywords: Manaus Free Trade Zone (ZFM). Tax breaks. Regional development. Legal Nature of ZFM Tax Incentives. Public Policy. Constitutional Right. Tax Law.

INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre a natureza jurídica dos incentivos fiscais oferecidos pelo modelo ZFM. A escolha do tema se justifica em razão de tal modelo de ser um exemplo de política pública bem-sucedida que, sem dúvidas, vem contribuindo para o desenvolvimento da região Norte.

Assim, compreender a natureza jurídica dos incentivos concedidos é fundamental para atuar na defesa da ZFM contra constantes investidas de outras regiões que desejam o fim desse modelo, além de contribuir para o surgimento de propostas com vistas ao seu aprimoramento. A discussão sobre esse tema é atual e muito importante para o futuro do Amazonas e da região, bem como para o país, pois este atravessa uma delicada situação de ajustes, principalmente nas contas públicas e no sistema tributário, que estão à beira do colapso.

Os objetivos do presente estudo são: apresentar o modelo ZFM, enfatizando suas peculiaridades; analisar os conceitos doutrinários de isenção e de imunidade tributária, a fim de estabelecer as principais diferenças entre os institutos; apresentar os diversos julgados do STF que abordam a natureza jurídica dos incentivos fiscais da ZFM; listar os incentivos concedidos nos três níveis (federal, estadual e municipal), estabelecendo a natureza jurídica de cada um.

A metodologia adotada utilizou-se da pesquisa bibliográfica, valendo-se do método hipotético-dedutivo para compreender os diferentes conceitos de isenção e imunidade tributária e, finalmente, chegar a uma definição sobre a natureza tributária dos incentivos do modelo.

O artigo foi dividido em duas seções. Na primeira, versa-se sobre os principais aspectos históricos, sobretudo detalhando as características das quatro fases pelas quais o modelo passou. Ainda nessa seção, são analisadas as prorrogações no prazo estabelecido para a

existência da Zona Franca. Por fim, são apresentados os tipos de incentivos fiscais ofertados pela ZFM.

Na segunda seção, o propósito é identificar a natureza jurídica dos benefícios da ZFM. Inicialmente, busca-se na doutrina atual os conceitos de isenção e de imunidade tributária, bem como se estabelece a distinção entre tais institutos, de acordo com diversos doutrinadores. Em seguida, o foco passa a ser nas decisões que têm sido proferidas pelo STF acerca dos incentivos da ZFM, passando, a partir de todos esses subsídios, a definir a natureza jurídica dos incentivos da ZFM, se de isenção ou de imunidade tributária. Como principal contribuição, apresenta-se uma síntese da temática abordada com enfoque no modelo ZFM, traçando um paralelo entre os benefícios concedidos, seus fundamentos constitucionais/legais e suas naturezas jurídicas.

1 ASPECTOS GERAIS DA ZONA FRANCA DE MANAUS

O modelo ZFM foi criado pelo Decreto-Lei n. 288, de 28 de fevereiro de 1967, com a finalidade de criar uma área de livre comércio de importação e exportação e de incentivos fiscais especiais, conforme dispõe o artigo 1º do referido DL:

Das finalidades e localização da Zona Franca de Manaus

Art. 1º. A Zona Franca de Manaus é uma área de livre comércio de importação e exportação e de incentivos fiscais especiais, estabelecida com a finalidade de criar no interior da Amazônia um centro industrial, comercial e agropecuário dotado de condições econômicas que permitam seu desenvolvimento, em face dos fatores locais e da grande distância, a que se encontram, os centros consumidores de seus produtos.

A Superintendência da Zona Franca de Manaus (SUFRAMA)¹⁴ assevera que o modelo pode ser configurado em quatro fases¹⁵ distintas até chegar à atual. Na primeira delas (de 1967 a 1975), havia uma política industrial de referência no país caracterizada pelo estímulo à substituição de importações de bens finais e à formação de um mercado interno. O modelo ZFM apresentou, à época, os seguintes aspectos relevantes: predominância da atividade comercial e, fundamentalmente, início da atividade industrial, com atividade baseada em CKD (*Completely Knocked Down*) e em SKD (*Semi Knocked Down*).

A segunda fase compreendeu o período de 1975 a 1990. Nesta fase, a política industrial de referência no país era caracterizada pela adoção de medidas com vistas a fomentar a indústria nacional de insumos, sobretudo no estado de São Paulo.

O modelo ZFM passou a ter as seguintes características principais:

- Foram estabelecidos os Índices Mínimos de Nacionalização para os produtos industrializados na ZFM e comercializados nas demais localidades do território nacional;
- Foram estabelecidos, ainda, limites máximos globais anuais de importação (contingenciamento);
- Os incentivos do modelo ZFM são estendidos para a Amazônia Ocidental;
- Foi criada a primeira das sete Áreas de Livre Comércio (ALC's), em Tabatinga, Amazonas, conforme a Lei nº 7.965/89;
- Foi prorrogado, pela primeira vez, o prazo de vigência do modelo ZFM, de 1997 para 2007, por meio do Decreto nº 92.560, de 16 de abril de 1986. Em 1998, por meio do Artigo 40 do Ato das

14 A partir de 1989, a Superintendência da Zona Franca de Manaus (SUFRAMA), que administra o modelo, passou a abrigar em sua área de jurisdição sete Áreas de Livre Comércio (ALC's), criadas com o objetivo promover o desenvolvimento de municípios que são fronteiras internacionais na Amazônia e integrá-los ao restante do país, por meio da extensão de alguns benefícios fiscais do modelo ZFM, da melhoria na fiscalização de entrada e saída de mercadorias e do fortalecimento do setor comercial, agroindustrial e extrativo.

15 Histórico da ZFM. Disponível em: http://www.suframa.gov.br/zfm_historia.cfm. Acesso em: 1º jan. 2020.

Disposições Transitórias da Constituição Federal, o prazo foi prorrogado para até 2013.

A terceira fase compreendeu os anos entre 1991 e 1996. Nesta fase, entrou em vigor a Nova Política Industrial e de Comércio Exterior, marcada pela abertura da economia brasileira, pela redução do Imposto de Importação para o restante do país e pela ênfase na qualidade e produtividade. Nesse período é que foram implantados o Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade (PBPQ) e o Programa de Competitividade Industrial.

A edição da Lei n. 8.387, de 30 de dezembro de 1991, estabeleceu profundas mudanças no modelo ZFM, obrigando-o a se adaptar à política industrial de referência que passou a vigor no país. Pode-se atribuir as seguintes características ao modelo nesta terceira fase:

- Perda de relevância do comércio, que deixou de ter a exclusividade das importações como vantagem comparativa;
- Eliminação dos limites máximos globais anuais de importação, por meio do Decreto nº 205, de 5 de setembro de 1991;
- Adoção de redutor de 88% do Imposto de Importação para a ZFM, com a edição da Lei 8.387 de 30 de dezembro de 1991;
- Adoção do Processo Produtivo Básico (PPB), em substituição ao Índice Mínimo de Nacionalização;
- A Lei 8.387/91 também estabeleceu que as indústrias de produção de bens e serviços de informática, para fazer jus aos incentivos do modelo ZFM, devem aplicar, anualmente, no mínimo 5% do seu faturamento bruto em atividades de pesquisa e desenvolvimento a serem realizadas na Amazônia;
- As empresas do Pólo Industrial de Manaus deram início a um amplo processo de modernização industrial, com ênfase na automação, qualidade e produtividade;
- Em 1996, a reestruturação do parque fabril refletiu em faturamento recorde para aquela década, da ordem de US\$ 13,2 bilhões;

- Foi criada a Área de Livre Comércio de Macapá-Santana, no Amapá, únicos municípios da Amazônia Oriental que integram a área de jurisdição da SUFRAMA.

Na quarta fase, que compreendeu o período entre 1996 e 2002, a política industrial de referência do país estava marcada pela adaptação aos cenários de uma economia globalizada e pelos ajustes ainda demandados pelos efeitos do Plano Real (1994), tais como o movimento de privatizações e de desregulamentação.

Nesta fase quarta fase, o modelo ZFM tinha como principais características:

- A inclusão da função exportação como política intencional, com objetivo de estimular as vendas externas do Pólo Industrial de Manaus, que saíram de pouco mais de US\$ 140 milhões em 1996 para US\$ 2 bilhões em 2005;
- Esgotamento das ALC's como instrumentos de interiorização do modelo ZFM. Nos moldes em que foram criadas, com incentivos para importação, perderam relevância com a abertura da economia do país;
- Estabelecimento de critérios para repasse de recursos financeiros da SUFRAMA para promoção do desenvolvimento regional, por meio da Resolução n. 052, de 01 de agosto de 1997, tornando a distribuição mais equânime;
- Busca de ampliação da competitividade tecnológica das indústrias de Manaus, que teve como marco inicial a criação do Centro de Ciência, Tecnologia e Inovação do Pólo Industrial de Manaus (CT-PIM);
- Iniciativas para criação de um polo de bioindústrias na Amazônia que culminou com a implantação do Centro de Biotecnologia da Amazônia, inaugurado em 2002.

Na chamada fase atual do modelo ZFM, passa a vigorar a Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP) em aprofundamento da Política Industrial Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE), que prevê maior

eficiência produtiva, mais capacidade de inovação das empresas e a expansão das exportações. A PDP definiu macrometas para o Brasil que, até este ano de 2010, previam um aumento da formação bruta de capital fixo, maior dispêndio do setor privado em pesquisa e desenvolvimento (P&D) e uma ampliação das exportações brasileiras, em especial, para as micro e pequenas empresas. São características desta fase atual:

- O prazo de vigência do modelo foi prorrogado de 2013 para 2023, por meio da Emenda Constitucional n. 42, de 19 de dezembro de 2003;
- A definição de Processos Produtivos Básicos (PPBs) para produtos fabricados no PIM é orientada pelo maior adensamento de cadeias produtivas nacionais, inclusive dos biocosméticos;
- Permanece a busca pelo aumento das exportações e maior equilíbrio da balança comercial;
- Há um esforço das indústrias do PIM em fomentar o adensamento tecnológico do parque industrial, por meio de investimentos em institutos de pesquisa regionais, sobretudo advindos de recursos do percentual destinado à Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), determinado pela Lei de Informática em vigor;
- Ampliam-se os investimentos da SUFRAMA em projetos de modernização produtiva e infraestrutural nos municípios da sua área de atuação, envolvendo construção de aeroportos, estradas, estruturas turísticas, projetos pilotos de produção e capacitação de mão-de-obra.

Inicialmente, a ZFM foi concebida para durar 30 anos, entretanto, tal prazo vem sendo prorrogado. A primeira prorrogação se deu com a edição do Decreto n. 92.560, 16 de abril de 1986 – no governo José Sarney. Logo em seu art.1º, o referido Decreto prorrogou os incentivos por mais uma década. Dessa forma, os inventivos fiscais da ZFM, que vigorariam até fevereiro de 1997, tiveram seu prazo de concessão prolongado até fevereiro de 2007.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o prazo de vigência da ZFM passou a ser até 5 de outubro de 2013, conforme previsto no art. 40 do Ato das Disposições Transitórias (ADC)¹⁶. Finalmente, a Emenda Constitucional n. 83/2014 estendeu o prazo da ZFM até o dia 05 de outubro de 2073, conforme dispõe o art. 92-A do ADCT.

Na lição de Ramos Filho (2019, p. 40) o prazo previsto no art. 42 do DL 288/1967 não poderia ser prorrogado por decreto do Poder Executivo, já que fora consignado, expressamente, um novo prazo para vigência da ZFM no próprio texto Constitucional. Dessa forma, o referido prazo somente poderia ser prorrogado por meio de Emenda Constitucional.

Neste ponto, necessário salientar que as regras previstas no ADCT possuem o mesmo “status” de normas que se encontram no corpo da Constituição Federal de 1988, apesar de serem qualificadas como transitórias. Nesse sentido já decidiu o STF no RE 160.486/SP:

PRECATÓRIO - PAGAMENTO PARCELADO - ADCT, ART. 33 - NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS INTEGRANTES DO ADCT - RELAÇÕES ENTRE O ADCT E AS DISPOSIÇÕES PERMANENTES DA CONSTITUIÇÃO - ANTINOMIA APARENTE - A QUESTÃO DA COERÊNCIA DO ORDENAMENTO POSITIVO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. - Os postulados que informam a teoria do ordenamento jurídico e que lhe dão o necessário substrato doutrinário assentam-se na premissa fundamental de que o sistema de direito positivo, além de caracterizar uma unidade institucional, constitui um complexo de normas que devem manter entre si um vínculo de essencial coerência. O Ato das Disposições Transitórias, promulgado em 1988 pelo legislador constituinte, qualifica-se, juridicamente, como um estatuto de índole constitucional. A estrutura normativa que nele se acha consubstanciada ostenta, em consequência, a rigidez peculiar às regras inscritas no texto básico da Lei Fundamental da República. Disso decorre o reconhecimento de que inexitem, entre as

16 Art. 40. É mantida a Zona Franca de Manaus, com suas características de área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição. Parágrafo único. Somente por lei federal podem ser modificados os critérios que disciplinaram ou venham a disciplinar a aprovação dos projetos na Zona Franca de Manaus.

normas inscritas no ADCT e os preceitos constantes da Carta Política, quaisquer desníveis ou desigualdades quanto à intensidade de sua eficácia ou à prevalência de sua autoridade. Situam-se, ambos, no mais elevado grau de positividade jurídica(...) [grifo nosso] (STF, RE 160.486/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 11/10/1994, p. DJ 09/06/1995).

Como a ZFM foi expressamente recepcionada pelo art. 40 do ADCT, o que garantiu sua proteção constitucional, os princípios constitucionais podem e devem ser utilizados para propiciar a melhor interpretação de suas normas e do seu relacionamento com outras normas.

Nesse seguimento, Ramos Filho (2019, p.19-20) sustenta que os fundamentos gerais que são sustentáculos da ZFM encontram-se inseridos no inciso II do art. 3º e no inciso VII do artigo 170 da Constituição Federal de 1988. Tais dispositivos estabelecem, respectivamente, a redução das desigualdades regionais como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil e como princípio da ordem econômica, *in verbis*:

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (grifo nosso)

(...)

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais (grifo nosso).

Ademais, há outros dispositivos que estão inseridos na Carta Magna e que justificam plenamente a existência da ZFM, são eles: art. 43, § 2º, III; e, fundamentalmente, o art. 151, I da CF/88. A seguir, transcrevem-se os dispositivos mencionados:

Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das **desigualdades regionais**.

§ 1º Lei complementar disporá sobre:

I - as condições para integração de regiões em desenvolvimento;

II - a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes.

§ 2º Os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei:

I - igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público;

II - juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias;

III - isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas;

IV - prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas. (grifo nosso).

Art. 151. É vedado à União:

I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, **admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico (sic) entre as diferentes regiões do País.** (grifo nosso).

Ressalta-se: todo o elenco pré-constitucional de incentivos da ZFM foi devidamente recepcionado pelo art. 40 do ADCT. Tal assertiva se demonstra pela ementa do julgado da Ação Direta de Inconstitucionalidade a respeito dos convênios de ICMS n. 01, 02 e 06 de 1990:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONVÊNIOS SOBRE ICMS NS. 01, 02 E 06 DE 1990: REVOGAÇÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS INSTITUÍDOS ANTES DO ADVENTO DA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1998, ENVOLVENDO BENS DESTINADOS À ZONA FRANCA DE MANAUS. (...) 2. O quadro normativo pré-constitucional de incentivo fiscal à Zona Franca de Manaus constitucionalizou-se pelo art. 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, adquirindo, por força dessa regra transitória, natureza de imunidade tributária, persistindo vigente a equiparação procedida pelo art. 4º do Decreto-Lei n. 288/1967, cujo propósito foi atrair a não incidência do imposto sobre circulação de mercadorias estipulada no art. 23, inc. II, § 7º, da Carta pretérita, desonerando, assim, a saída de mercadorias do território nacional para consumo ou industrialização na Zona Franca de Manaus. 3. A determinação expressa de manutenção do conjunto de incentivos fiscais referentes à Zona Franca de Manaus, extraídos, obviamente, da legislação pré-constitucional, exige a não incidência do ICMS sobre as operações de saída de mercadorias para aquela área de livre comércio, sob pena de se proceder a uma redução do quadro fiscal expressamente mantido por dispositivo constitucional específico e transitório. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente (DJe 9/9/14).

No mesmo sentido, vide: RE nº 1.028.287/SC, de minha relatoria, DJe de 5/4/17; RE nº 1.021.164/RS, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 2/3/17; RE nº 1.026.463/RS, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 10/3/17; RE nº 1.023.826/RS, Rel. Min. Edson

Fachin, DJe de 6/3/17; RE nº 996.142/SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 3/10/16; RE nº 984.999/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 27/9/16; RE nº 925.863/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 1º/12/15.

Assim, não restam dúvidas que o modelo ZFM foi inteiramente “constitucionalizado”, haja vista que a constituição pretérita não se posicionou sobre essa temática. Na lição de Ramos Filho (2019, p. 27), a atual Constituição brasileira:

É a única, em toda a história constitucional do País, na qual foi feita expressa menção à Zona Franca de Manaus. Nela pode reunir as bases constitucionais da ZFM em dois grupos: a) os fundamentos gerais, assim considerados por não se referirem especificamente à ZFM; e b) os fundamentos específicos.

Significa dizer que a temática específica sobre a Zona Franca de Manaus tomou lugar com a promulgação da Carta Magna de 1988, sendo somente a partir daí que tal modelo passou a ser regulado em nível constitucional, o que lhe garante, hoje, maior segurança jurídica.

1.1 TIPOS DE INCENTIVOS

A ZFM oferta uma gama de incentivos que poderiam ser classificados como sendo de natureza fiscal e extrafiscal, sendo-lhe ofertados a partir das três esferas de governo. Além dos incentivos proporcionados pelo governo federal, o modelo também dispõe de incentivos nos âmbitos do estado do Amazonas e do município de Manaus (SUFRA-MA- 2019). Nas subseções seguintes, são relacionados os benefícios de natureza fiscal oferecidos pelos entes.

1.1.1 Tributos Federais

1) Redução de até 88% do Imposto de Importação (I.I.) sobre os insumos destinados à industrialização;

2) Isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (I.P.I.);

3) Redução de 75% do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), inclusive adicionais de empreendimentos classificados como prioritários para o desenvolvimento regional, calculados com base no Lucro da Exploração até 2013;

4) Isenção da contribuição para o PIS/PASEP e da Cofins nas operações internas na Zona Franca de Manaus.

1.1.2 Tributos Estaduais

Restituição parcial ou total, variando de 55% a 100% – percentil a depender do projeto – do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS).

1.1.3 Tributos Municipais

Isenção do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), Taxas de Serviços de Coleta de Lixo, de Limpeza Pública, de Conservação de Vias e Logradouros Públicos e Taxas de Licença para as empresas que geram um mínimo de quinhentos empregos, de forma direta, no início de sua atividade, mantendo esse número durante o gozo do benefício. (Lei Municipal nº 427/1998, da cidade de Manaus).

1.1.4 Demais incentivos (extrafiscais)

Como incentivos extrafiscais oferecidos no modelo ZFM estão: no parque industrial de Manaus (PIM), o investidor tem à disposição terreno a preço simbólico, com infraestrutura de captação e tratamento de água, sistema viário urbanizado, rede de abastecimento de água, rede de telecomunicações, rede de esgoto sanitário e drenagem pluvial (SUFRAMA, 2019).

A área industrial na Zona Franca é de 3,9 mil hectares, mas, atualmente, as empresas lá instaladas ocupam uma área menor que 1,7

hectare. Conseqüentemente, conclui-se que estão disponíveis para receber novos empreendimentos mais de 2,2 hectares.

Além disso, foi criado em 1992, o Entrepasto Internacional da Zona Franca de Manaus (Eizof), que funcionou provisoriamente de 1993 até o início dos anos 2000, no Porto de Manaus, quando foi incorporado à Estação Aduaneira do Interior (Eadi). O projeto arquitetônico original foi adequado à nova realidade orçamentária e às exigências de um mercado mais competitivo e exigente. Ele será implantado numa área de 300 mil metros quadrados, localizada no terreno da extinta Companhia Siderúrgica da Amazônia (Siderama), no Distrito Industrial.

Segundo a SUFRAMA (2019), o Eizof funcionará em uma área contígua à que está reservada ao novo Porto de Cargas de Manaus, formando um complexo portuário importante para o Pólo Industrial de Manaus e para toda a Amazônia Ocidental do ponto de vista logístico. O entreposto terá a infraestrutura básica necessária para recepção, armazenagem e distribuição de cargas e de mercadorias nacionais e estrangeiras.

Além disso, há dois distritos disponíveis: o Industrial e o Agropecuário. No Distrito Industrial, é possível adquirir grandes áreas apropriadas a empreendimentos industriais a preços simbólicos e com prazo de até 12 meses para pagamento. Essa é uma das vantagens oferecidas ao investidor interessado em implantar seu projeto no Polo Industrial de Manaus. A área dispõe de infraestrutura de captação e de tratamento de água, sistema viário urbanizado, abastecimento de água, rede de telecomunicações, rede de esgoto sanitário e drenagem pluvial.

O Distrito Agropecuário foi criado em 1976, numa área de 589.33 hectares, ao Norte de Manaus. Sua finalidade é fornecer subsídios técnicos demonstrativos para a agricultura de terra firme na Amazônia e ampliar a oferta de produtos agropecuários dirigidos para o consumo em Manaus e também para a exportação.

Nesse Distrito, estão em implantação 624 projetos que geram 1.249 empregos diretos e 697 empregos indiretos, em atividades como: fruticultura, heveicultura, culturas alimentares, cacauicultura, olericultura e guaranaicultura (SUFRAMA, 2019).

Para viabilizar o projeto, o Governo Federal fez investimentos na abertura de estradas, no total de 571 km, sendo: 69 km de estrada federal (BR-174), asfaltada e com energia elétrica); 468 km de estradas vicinais, construídos (108 km de rede elétrica) e 64 km projetados; e 34 km de estrada estadual (AM-010), asfaltada e com energia elétrica. Além disso, foram instaladas unidades avançadas de órgãos de pesquisa e extensão rural, tais como Ceplac, Embrapa, Inpa, Ibama¹⁷ e Universidade Federal do Amazonas, além da Suframa e da Polícia Federal.

Na lição de Ramos Filho (2019, p.43), os benefícios da ZFM podem ser classificados nestes quatro grupos que a seguir são apresentados:

- (i) Incentivos na entrada de mercadorias estrangeiras na ZFM;
- (ii) Incentivos na remessa de mercadorias nacionais para a ZFM;
- (iii) incentivos na saída de mercadorias produzidas na ZFM para qualquer ponto do território nacional; e
- (iv) incentivos na exportação de mercadorias da ZFM para o exterior.

Na esfera estadual, conforme Ramos Filho (2019, p.148-149), os incentivos fiscais de ICMS concedidos pelo Governo do Estado do Amazonas possuem as seguintes características: a) condicionados; b) transitórios; c) regressivos; e d) graduais.

Em vista do panorama normativo, abrigado inclusive sob o manto constitucional, e da exposição dos incentivos ofertados nas três esferas (federal, estadual e municipal), convém esclarecer acerca da

¹⁷ Ceplac (Comissão Executiva do Plano da Lavoura Cacaueira); Embrapa (Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária); Inpa (Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia); Ibama (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis).

natureza jurídica dos benefícios fiscais da ZFM com detalhamento para, assim, passar à classificação dos incentivos partindo de uma ótica doutrinária e jurisprudencial.

2 NATUREZA JURÍDICA DOS BENEFÍCIOS FISCAIS DA ZFM

Antes de abordar qual seria a natureza jurídica dos benefícios oferecidos pelo modelo ZFM, convém dissertar a respeito do instituto da imunidade tributária, bem como da isenção e, fundamentalmente, estabelecer uma necessária comparação entre tais institutos.

Na lição de Paulo Barros de Carvalho (2019, p.215), a dogmática jurídico-tributária brasileira sempre estuda em conjunto os institutos da imunidade e da isenção. É comum estabelecer linhas paralelas entre ambos e chegar à conclusão que no final das contas o que resta é que inexistente o dever prestacional tributário, fato que, segundo ele, justifica o paralelismo entre os institutos. Contudo, o renomado doutrinador advoga que esse paralelo não se justifica, fundamentalmente porque existem pouquíssimas regiões de contato, são elas: a circunstância de serem normas jurídicas válidas no sistema; integrarem a classe das regras de estrutura; e tratarem de matéria tributária.

Além disso, o doutrinador assevera que existe uma distância abissal que separa essas duas espécies de unidades normativas. A imunidade exerce a função de colaborar no desenho das competências impositivas. São normas constitucionais, já a isenção se processa no plano da legislação ordinária, sendo, portanto, categorias jurídicas distintas.

Posição semelhante é adotada por Borges (2011, p.183), uma vez que ele assevera que nas hipóteses de não-incidência, o tributo não é devido porque não surge a própria obrigação tributária, entretanto ele

defende que não há distinção entre isenção e imunidade, os dois institutos estariam envolvidos pelo manto da não-incidência, posicionamento minoritário em relação a doutrina. A diferença entre eles seria o tipo de diploma legal autorizativo. Se realizado por intermédio da constituição – imunidade-, caso contrário seria isenção.

2.1 IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

Existe um consenso na doutrina e jurisprudência pátria sobre o conceito e o campo de abrangência da imunidade tributária. Na lição de José Souto Maior Borges (2011, p.46), o poder de tributar envolve o poder de isentar, portanto, a disciplina da isenção/imunidade deve obedecer fielmente aos princípios constitucionais da legalidade, da igualdade, da capacidade contributiva, entre outros.

Segundo Mazza (2019, p. 312), imunidades são normas constitucionais que limitam a competência tributária para afastar a incidência de tributos sobre determinados itens ou pessoas. Para o referido autor, as imunidades tributárias têm natureza dúplice, na medida em que são, ao mesmo tempo, limitações constitucionais ao poder estatal de tributar e, também garantias fundamentais do contribuinte.

Na lição de Sabbag (2012, p. 283), a imunidade para tributos revela uma delimitação negativa da competência tributária que decorre dos princípios e garantias constitucionais, que, dotados de expressiva carga axiológica, são vocacionados a limitar o poder de tributar. É dizer: a imunidade não exclui nem suprime competências tributárias, uma vez que estas representam o resultado de uma conjunção de normas constitucionais, entre elas, as de imunidade tributária.

Por seu turno, Alexandre (2019, p. 211) classifica as imunidades, relativamente ao parâmetro para a concessão, nas seguintes: imunidades subjetivas – relacionadas às pessoas beneficiadas pela exceção; imunidades objetivas – relacionados aos objetos, cuja tributação é impedida; e imunidades mistas – as duas coisas ao mesmo tempo.

Citam-se como exemplo: i. Subjetiva – a regra imunizante que impede a tributação de patrimônio, renda ou serviços dos entes políticos (CF, art.150, VI, a); ii. Objetiva – a imunidade que protege os livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão (CF, art.150, VI, d); iii. Mista, a imunidade que impede a incidência do imposto de Propriedade Territorial Rural (ITR) sobre pequenas as glebas rurais, assim definidas em lei, quando as explore o proprietário que não possua outro imóvel (CF, art.153, § 4º, II).

Além do mais, Alexandre (2019, p. 212), classifica as imunidades quanto à origem, veja-se: ontológicas e políticas. Para ele, são ontológicas as imunidades que existiriam mesmo sem previsão expressa do texto constitucional, vez que são fundamentais para o atendimento ao princípio da isonomia e ao pacto federativo, exemplificando com as imunidades das instituições de educação e assistência social sem fins lucrativos (CF, art.150, VI, c). Para ele, também é ontológica a imunidade recíproca – entre os entes, não pode haver tributação (CF, art.150, VI, a), porque ela se configura em cláusula protetiva do pacto federativo.

Prossegue o autor, ao designar que as imunidades de caráter político são aquelas que almejam à proteção de outros princípios em virtude de uma opção política do constituinte, tal como é o caso da imunidade dos templos de qualquer culto e dos livros, jornais, periódicos e do papel destinado à sua impressão.

Finalmente, Alexandre (2019, p. 212-213), classifica as imunidades quanto ao alcance: gerais e específicas. A imunidade geral abrangeria vedações a todos os entes tributantes em relação a diversos tributos, por exemplo, art.150, VI, da CF/1988, que impede qualquer ente político de instituir qualquer imposto sobre patrimônio, renda e serviços das diversas entidades.

Por outro lado, o legislador pode restringir a aplicação da imunidade a um determinado tributo de competência de determinada pessoa jurídica, de forma a atender certa conveniência, por exemplo: as imunidades ao IPI e ao ICMS nas operações de exportação (Arts.153, § 3º,

III e 155, § 2º, X, a, ambos da CF/1988) e a imunidade ao ITBI que beneficia diversas operações societárias (art.156, § 2º, I da CF/1988). Referidas situações são classificadas como imunidades específicas ou tópicas (ALEXANDRE, 2019).

Carvalho (2019, p.222) cita outras hipóteses de imunidades previstas no texto constitucional brasileiro. São elas: Art.153, § 4º, II ao proclamar que o imposto territorial rural não incidirá sobre pequenas glebas rurais; e a imunidade do ouro em relação a todos os impostos que não aquele previsto no art. 153, V.

Sem a pretensão de esgotar o tema, pode-se dizer que todas as imunidades estão elencadas ao longo do texto constitucional, apesar de que, na maioria dos casos, a referência a elas ocorrer de modo confuso e pelo uso de termos equivocados, por meio das expressões “são isentos” ou ainda “é vedado”. Todos, inclusive o STF, já firmaram o entendimento que se trata, verdadeiramente, de imunidades tributárias.

2.2 ISENÇÃO

A Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, denominada Código Tributário Nacional (CTN), elenca a isenção como hipótese de exclusão do crédito tributário no art. 175, *verbis*:

(...) Art.175. Excluem o crédito tributário:

I – A isenção;

II – A anistia.

Parágrafo Único. A exclusão do crédito tributário não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias, dependentes da obrigação principal cujo crédito seja excluído, ou dela consequente.

Assim, é consenso doutrinário que a obrigação tributária nasce com o surgimento do fato gerador. Todavia, devido a uma situação prevista

em lei (isenção), o lançamento não deverá ser realizado e, consequentemente, o tributo não deverá ser cobrado, sendo, portanto, isento.

A isenção só será válida se for concedida por meio de lei específica, e os beneficiários somente poderão usufruir seus benefícios se cumprirem os requisitos estabelecidos no referido diploma legal. Adicionalmente, ressalta-se que a isenção pode ser feita por prazo determinado ou indeterminado e, ainda, de modo condicionado ou incondicionado, tudo conforme a previsão legal. Ela poderá ser extinta por caducidade ou pela edição de nova lei em sentido contrário.

2.3 DIFERENÇA ENTRE IMUNIDADE E ISENÇÃO

Imunidade tributária e isenção são institutos completamente distintos, apesar de que, na prática, ambos acarretam a dispensa do pagamento de determinado tributo.

No ensinamento de Alexandre (2019, p. 207-209), as imunidades tratam de limitações constitucionais ao poder de tributar consistentes numa delimitação da competência tributária constitucionalmente conferida aos entes políticos. Por outro lado, a isenção consiste na dispensa legal do pagamento do tributo, uma vez que o ente político tem a competência para instituir o tributo e, ao fazê-lo, opta por dispensar o pagamento em situações legalmente previstas.

Para o citado autor, a principal diferenciação existente entre a isenção e a imunidade é esta: a isenção opera no âmbito do exercício da competência, enquanto a imunidade opera no âmbito da própria delimitação de competência. A consequência disso é que, como a imunidade delimita competência constitucionalmente atribuída, é sempre prevista na própria constituição. Já a isenção, esta será sempre prevista em lei.

Segundo Mazza (2019, p. 312) imunidade e isenção são institutos inconfundíveis, pois, enquanto imunidade é uma norma constitucional que limita a competência tributária, afastando sua incidência sobre

determinados itens ou pessoas, operando ainda no aplaneamento constitucional e interagindo com as regras que definem a competência para a instituição de tributos antes que o fato gerador ocorra; a isenção é um benefício legal concedido pelo legislador que, excluindo o crédito tributário (art.175 do CTN), libera o contribuinte de realizar o pagamento do tributo após a ocorrência do fato gerador.

No entender de Sabbag (2012, p. 287), a imunidade é instituto de sede constitucional. Enquanto a norma imunizante revela uma dispensa constitucional de tributo, a regra isentiva indica dispensa legal, já no campo da tributação. A isenção inibe o lançamento do tributo, tendo ocorrido o fato gerador e tendo nascido, conseqüentemente, o liame jurídico-obrigacional. Na imunidade, tal situação não ocorre, uma vez que a norma imunizadora ainda está fora do campo de incidência do tributo, representando um obstáculo à própria incidência de tributos sobre determinados fatos, situações ou pessoas.

O STF considera que a isenção inibe o lançamento do tributo, enquanto, na imunidade, não há que falar sequer em lançamento do tributo, pois nem mesmo houve uma relação jurídico-obrigacional. A isenção pode deixar de existir, se acaso cessarem as condições pre-determinadas ou pela edição de uma nova norma versando em sentido oposto. Isso, no entanto, não ocorre no caso das imunidades, que cessariam somente por meio de Emenda Constitucional.

2.4 NATUREZA JURÍDICA DOS TRIBUTOS PREVISTOS NO MODELO ZFM

Após relevantes esclarecimentos conceituais, avança-se para a temática fulcral deste trabalho. Questiona-se: afinal, quais seriam as naturezas jurídicas das desonerações tributárias estipuladas pelo modelo da ZFM? Seriam elas isenções ou imunidades?

A primeira observação a ser feita é a de que, segundo Ramos Filho (2019, p.43), o Decreto-Lei n. 288, que instituiu os benefícios fiscais da

ZFM, somente o fez expressamente no tocante aos impostos federais. Com relação aos tributos estaduais e municipais, os benefícios foram albergados pela legislação infraconstitucional.

Ao analisar a natureza jurídica dos incentivos fiscais estabelecidos pelo modelo ZFM, logo se vislumbra uma controvérsia. É sabido que as imunidades previstas no corpo da Constituição de 1988 não têm prazo de duração estabelecido, sendo, portanto, perenes. Como, por exemplo, as imunidades previstas no art.150, inciso VI, alíneas *a*, *b*, *c*, *d* e *e* da CF/88:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

b) templos de qualquer culto;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou litero musicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser.

Além disso, as imunidades tributárias são consideradas cláusulas pétreas, haja vista a interpretação de que se configuram como garantias constitucionais asseguradas ao contribuinte. Assim determina o art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição de 1988:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Entretanto, os benefícios fiscais da ZFM elencados pelo Decreto-Lei n. 288/67 foram expressamente recepcionados pelo art. 40 do ADCT, ganhando "status" constitucional, todavia, com seu prazo de duração preestabelecido. Nesse sentido, surge a questão: figurando na CF/88, tais benefícios seriam isenção por prazo determinado ou seriam imunidades?

Duas correntes doutrinárias se propõem a responder esse questionamento. A primeira delas considera que todos os incentivos atribuídos pelo modelo ZFM são considerados como isenção, ainda que tenham sido recepcionados pela Constituição Federal de 1988. O professor Ramos Filho (2019, p. 88; p. 93) filia-se a essa corrente e cita Paulo Ramos de Barros Carvalho, José Souto Maior Borges e Sacha Navarro Carvalho, concluindo:

Nem o art. 4º do Decreto-lei 288/1967, ao equiparar a remessa para a ZFM a uma exportação para o exterior, criou uma imunidade ao ICMS, como também não o fez a Constituição de 1988 ao recepcionar, nos arts. 40 e 92 do ADCT, os incentivos da Zona Franca de Manaus. Não foram os incentivos que foram constitucionalizados, mas a garantia de sua proteção é que foi.

A segunda corrente considera tal concessão como imunidade tributária. Nesse sentido, Ramos Filho (2019, p. 86) cita os doutrinadores Elson Rodrigues de Andrade e Marco Aurélio Greco como expoentes

dessa tese. A meu ver, trata-se de imunidade, já que tais benefícios não poderiam deixar de existir antes do prazo de duração previsto, mesmo que fossem revogados por uma Emenda Constitucional, a qual deveria, inclusive, ser declarada inconstitucional por ofender, entre outras coisas, a cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, inciso IV, da CF/1988 e os princípios da segurança jurídica e da isonomia.

Nesse sentido, apresenta-se o julgado da ADI 310, cuja relatora foi a ministra Carmen Lúcia. A ementa abaixo transcrita faz menção à imunidade tributária dos incentivos da ZFM:

(...) EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONVÊNIOS SOBRE ICMS NS. 01, 02 E 06 DE 1990: REVOGAÇÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS INSTITUÍDOS ANTES DO ADVENTO DA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1998, ENVOLVENDO BENS DESTINADOS À ZONA FRANCA DE MANAUS. 1. Não se há cogitar de inconstitucionalidade indireta, por violação de normas interpostas, na espécie vertente: a questão está na definição do alcance do art. 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a ser, se esta norma de vigência temporária teria permitido a recepção do elenco pré-constitucional de incentivos à Zona Franca de Manaus, ainda que incompatíveis com o sistema constitucional do ICMS instituído desde 1988, no qual se insere a competência das unidades federativas para, mediante convênio, dispor sobre isenção e incentivos fiscais do novo tributo (art. 155, § 2º, inciso XII, letra 'g', da Constituição da República). 2. O quadro normativo pré-constitucional de incentivo fiscal à Zona Franca de Manaus constitucionalizou-se pelo art. 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, adquirindo, por força dessa regra transitória, natureza de imunidade tributária, persistindo vigente a equiparação procedida pelo art. 4º do Decreto-Lei n. 288/1967, cujo propósito foi atrair a não incidência do imposto sobre circulação de mercadorias estipulada no art. 23, inc. II, § 7º, da Carta pretérita, desonerando, assim, a saída de mercadorias do território nacional para consumo ou industrialização na Zona Franca de Manaus. 3. A determinação expressa de manutenção do conjunto de incentivos fiscais referentes à Zona Franca de Manaus, extraídos, obviamente, da legislação pré-constitucional, exige a não incidência do ICMS sobre as operações de saída de mercadorias para aquela área de livre comércio, sob

pena de se proceder a uma redução do quadro fiscal expressamente mantido por dispositivo constitucional específico e transitório.

No julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 568417 AgR/RS - Rio Grande do Sul, o ministro-relator Dias Toffoli também fez referência, na ementa desse julgado, ao termo "imunidade tributária" quando tratou dos incentivos fiscais da ZFM:

(...) EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. PIS e COFINS. Produtos destinados à Zona Franca de Manaus. DL n. 288/67. Natureza infraconstitucional da controvérsia. Ofensa reflexa. Discussão sob o enfoque do art. 40, parágrafo único, do ADCT. Entendimento do STF na ADI 2.348-MC. MP nº 2.037-24/00. Suspensão da eficácia. 1. As discussões relativas à isenção concedida na venda de produtos destinados à Zona Franca de Manaus, à luz do Decreto-lei nº 288/97, ensejam reinterpretação de normas infraconstitucionais, sendo que a suposta afronta à Constituição, se ocorresse, seria indireta. Precedentes. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.348-MC, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 7/11/03, apreciando a questão, afastou a eficácia de dispositivos da MP nº 2.037-24/2000, à luz do art. 40 do ADCT, no intuito de preservar a imunidade tributária constitucionalmente deferida à Zona Franca de Manaus. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido.

Em outro importante julgado, o RE 1072586/CE - Ceará - Recurso Extraordinário, que teve como relator o Ministro Edson Fachin, as vendas destinadas à ZFM foram equiparadas à exportação, sendo, portanto, imunes. Isso se dá por força do art.153, §3º, III da CF/88:

(...) Decisão: Trata-se recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, cuja ementa reproduz-se:

"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÕES SOBRE A RECEITA BRUTA (PIS E COFINS). EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. VENDA EFETUADA PARA A ZONA FRANCA DE MANAUS. OPERAÇÃO EQUIPARADA À EXPORTAÇÃO. ART. 4º, DO DECRETO-LEI Nº 288/67, RECEPCIONADO PELO

ART. 40, DO ADCT. ART. 9º, INCISO II, DA LEI Nº 12.546/11. 1. Mandado de Segurança impetrado visando o reconhecimento – como receita equiparada à exportação – a decorrente de venda para Zona Franca de Manaus e Áreas de Livre Comércio, para fins de exclusão da base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (PIS e COFINS), nos termos do art. 9º, inciso II, da Lei nº 12.546/2011. Sentença concessiva da ordem. 2. A Zona Franca de Manaus é área de livre comércio de importação e exportação e de incentivos fiscais especiais, equivalendo a uma exportação brasileira para o estrangeiro, para todos os efeitos fiscais. O art. 40, do ADCT, recepcionou o Decreto-Lei nº 288/67. 3. A Lei n. 12.546/2011, em seu art. 9º, inciso II, expressamente exclui da base de cálculo das contribuições a receita decorrente das exportações. Sentença que está em consonância com o precedente do Órgão Plenário deste Tribunal, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade na AMS 87396 (rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano, Publicado no DE 16/06/2009, pg. 203). Apelação e Remessa Necessária improvidas”

Tal decisão foi corroborada no julgamento do ARE 997126/DF - Distrito Federal - Recurso Extraordinário com Agravo, cujo ministro-relator foi Roberto Barroso e cujo acórdão foi publicado no dia 24 de outubro de 2016. Confira-se trecho:

TRIBUTÁRIO. PIS – COFINS. ISENÇÃO SOBRE RECEITAS DECORRENTES DAS OPERAÇÕES COMERCIAIS REALIZADAS NA ZONA FRANCA DE MANAUS. DECRETO-LEI 288/1967. ART. 40 DO ADCT. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A venda de mercadorias para a Zona Franca de Manaus equivale a exportação de produtos brasileiros para país estrangeiro, com todas as benesses fiscais constantes na legislação de regência, conforme disposto no art. 4º do Decreto-Lei 288/1967, que está em vigor em razão do art. 92 do ADCT, acrescido pela Emenda Constitucional 42, de 19/12/2003, que prorrogou por mais dez anos o prazo estabelecido no art. 40 do ADCT.

2. A legislação referente ao PIS e à COFINS prevê expressamente que essas contribuições não incidirão sobre as receitas decorrentes das operações de exportação de mercadorias para o exterior. Não incidem também sobre as

receitas decorrentes das operações realizadas na Zona Franca de Manaus, por força do art. 40 do ADCT.

(...) quanto à discussão sob o enfoque do art. 40, parágrafo único, do ADCT, melhor sorte não socorre a recorrente, pois no julgamento da ADI 2.348-MC, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 7/11/03, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a questão, afastou a eficácia de dispositivos da MP nº 2.037-24/2000, no intuito de preservar a imunidade tributária constitucionalmente deferida à Zona Franca de Manaus. Na ocasião, o Ministro Marco Aurélio assentou, em seu voto, a contrariedade ao art. 40 do ADCT, “porque este absorveu a legislação em vigor, à época, e o Decreto-Lei nº 288 é explícito quanto à equiparação da importação por Manaus à exportação de Manaus”. O julgado na ADI nº 2.348-MC restou assim ementado:

Na mesma direção: ARE 913.438/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia; RE 540.313/PR, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie; e RE 756.657/MT.

Foi em igual sentido o julgamento do ARE 993658/AM - Recurso Extraordinário com Agravo, de relatoria do ministro Dias Toffoli, no dia 27 de setembro de 2016. Veja-se:

(...) 4. As operações com mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus são equiparadas à exportação para efeitos fiscais (Decreto-Lei 288/67, art. 4º), caso em que sobre elas não incidem as contribuições ao PIS e à Cofins.

5. O referido benefício fiscal também alcança as empresas sediadas na própria ZFM que vendem seus produtos para outras na mesma localidade. ‘Interpretação calcada nas finalidades que presidiram a criação da Zona Franca, estampadas no próprio DL 288/67, e na observância irrestrita dos princípios constitucionais que impõem o combate às desigualdades sócio-regionais’ (REsp 1.276.540-AM, r. Ministro Castro Meira, 2ª Turma do STJ).

(...) por outro lado, quanto à discussão sob o enfoque do art. 40, parágrafo único, do ADCT, melhor sorte não socorre a recorrente, pois no julgamento da ADI nº 2.348-MC, Rel. o Min. Marco Aurélio, DJ de 7/11/03, o STF, ao apreciar a questão, afastou a eficácia de dispositivos da MP nº 2.037-24/2000, no intuito de preservar a imunidade tributária constitucionalmente deferida à Zona

Franca de Manaus. Na ocasião, o Ministro Marco Aurélio assentou, em seu voto, a contrariedade ao art. 40 do ADCT, “porque este absorveu a legislação em vigor, à época, e o Decreto-Lei nº 288 é explícito quanto à equiparação da importação por Manaus à exportação de Manaus”.

O julgado proferido na ADI nº 2.348-MC restou assim ementado:

Na mesma direção: ARE nº 913.438/DF, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 24/9/15; RE nº 756.657/MT, de minha relatoria, DJe de 29/5/14.

Diante do complexo cenário jurisprudencial representado pelos enxertos de decisões emblemáticas exaradas pela Corte Constitucional brasileira, o próximo passo é pontuar sobre a natureza jurídica de cada incentivo fiscal já estabelecido no modelo da Zona Franca de Manaus, sejam eles federais, estaduais ou municipais.

2.4.1 Incentivos Federais

Nesse contexto, importa salientar com mais precisão a natureza jurídica dos incentivos, dando início pelos federais, conforme minudenciado nas subseções seguintes.

2.4.1.1 REDUÇÃO DE ATÉ 88% DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO (II) SOBRE OS INSUMOS DESTINADOS À INDUSTRIALIZAÇÃO

Natureza jurídica: Imunidade tributária

QUADRO 3 – BASE LEGAL IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO (II)

LEI	ARTIGO
CF/1988	153, I
DL - 288/1967	3º

Fonte: Da pesquisa (2020).

2.4.1.2 ISENÇÃO DO IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS (IPI)

Natureza jurídica – Imunidade Tributária

QUADRO 4 – IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS (IPI)

LEI	ARTIGO
CF/1988	153, IV
DL - 288/1967	3º

Fonte: Da pesquisa (2020).

2.4.1.3 REDUÇÃO DE 75% DO IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ), INCLUSIVE ADICIONAIS DE EMPREENDIMENTOS CLASSIFICADOS COMO PRIORITÁRIOS PARA O DESENVOLVIMENTO REGIONAL, CALCULADOS COM BASE NO LUCRO DA EXPLORAÇÃO ATÉ 2013

Natureza jurídica – Imunidade Tributária

QUADRO 5 – REDUÇÃO DE 75% DO IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

LEI	ARTIGO
CF/1988	153, I
DL - 288/1967	3º

Fonte: Da pesquisa (2020).

2.4.1.4 ISENÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP E DA COFINS NAS OPERAÇÕES INTERNAS NA ZONA FRANCA DE MANAUS

Natureza jurídica – Imunidade Tributária

QUADRO 6 – ISENÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP E DA COFINS

LEI	ARTIGO
CF/1988	149, § 2º, I
DL - 288/1967	4º

Fonte: Da pesquisa (2020).

Nesse sentido foi o julgamento, de 19 de abril de 2016, no ARE 957268/AM - Recurso Extraordinário com Agravo, cujo relator foi o ministro Luiz Fux. No julgado em comento, se reconheceu a existência do benefício da exclusão da base de cálculo do PIS e da Cofins para as vendas de produtos por empresa localizada na ZFM para outra da mesma localidade:

(...) 4. No que tange à matéria de fundo, o art. 40 do ADCT da Constituição Federal de 1988 preservou a Zona Franca de Manaus como área de livre comércio recepcionando o Decreto-lei n. 288/67, que prevê expressamente que a exportação de mercadorias de origem nacional para a Zona Franca de Manaus, ou reexportação para o estrangeiro, será, para todos os efeitos fiscais, equivalente a uma exportação brasileira para o exterior.

5. A legislação referente ao PIS e à COFINS prevê expressamente que as mencionadas contribuições não incidirão sobre as receitas decorrentes das operações de exportação de mercadorias para o exterior, razão por que se aplica àquelas destinadas à Zona Franca de Manaus, por força do Decreto-lei n. 288/67 e no art. 40 do ADCT.

6. No benefício da exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS devem ser incluídos os valores resultantes de vendas de produtos por empresa localizada na Zona Franca de Manaus para outra da mesma localidade, sob pena de ofensa ao disposto no Decreto-lei n. 288/67, aos arts. 40 e 92 do ADCT da CF/88, e o princípio da isonomia.

É o relatório. DECIDO. O agravo não merece prosperar. Por fim, no que diz respeito aos artigos 40 e 92 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, observe-se que a cobrança da contribuição ao PIS e da Cofins, quando sub judice a controvérsia acerca da isenção do tributo incidente sobre as receitas decorrentes das operações de venda às empresas instaladas na Zona Franca de Manaus, demanda a análise da legislação infraconstitucional, o que inviabiliza a admissibilidade do recurso extraordinário. Nesse sentido, ARE 634.512-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 30/9/2013, e RE 640.653-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 30/9/2011, com a seguinte ementa: “Agravo interno em recurso extraordinário.

Em outro julgado, de 10 de outubro de 2014, qual seja o RE 698820/DF - Distrito Federal/Recurso Extraordinário, cujo relator foi o ministro Roberto Barroso, reconheceu-se que as vendas destinadas à ZFM são equiparadas às exportações, sendo, portanto, imunes:

(...) DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

“TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. PRESCRIÇÃO. RECEITAS DE VENDAS EFETUADAS A EMPRESAS SITUADAS NA ZONA FRANCA DE MANAUS. PRESCRIÇÃO. ART. 4º DO DL N. 288/67. ART. 40 DO ADCT. ART. 14 DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.037/00. ADI N. 2.348.; COMPENSAÇÃO CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS. VERBA HONORÁRIA.

2. Nos termos do Decreto-Lei nº 288, de 1976, as compras e vendas realizadas para empresas situadas na Zona Franca de Manaus foram equiparadas às operações de exportação, conforme se extrai do art. 4º do referido Diploma legal.

3. O art. 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias objetiva a manutenção da Zona Franca de Manaus, com suas características de área de livre comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte e cinco anos, a contar da promulgação da Constituição.

4. Ao apreciar a medida cautelar em ADI n. 2.348, em 07.12.2000, o Pretório Excelso, por unanimidade de votos, entendeu por bem suspender, com efeitos *ex nunc* e até o final do julgamento da ação direta, a eficácia da expressão ‘a Zona Franca de Manaus’, contida no inciso I do § 2º do art. 14 da Medida Provisória n. 2.037/2000. O dispositivo que teve sua eficácia suspensa excluía da isenção de PIS e COFINS as receitas de vendas efetuadas a empresas situadas na Zona Franca de Manaus.

6. Assim, a contribuição ao PIS e a COFINS não incidem sobre as receitas provenientes de vendas de mercadorias para a ZFM, que merecem o mesmo tratamento fiscal dispensado às vendas ao exterior.

3. Agravo regimental não provido” (RE 568.417-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli)
“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. ISENÇÃO. RECEITAS ORIUNDAS DAS VENDAS DE MERCADORIAS

PARA A ZONA FRANCA DE MANAUS. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. PRECEDENTES DA CORTE. RECURSO DESPROVIDO.

1. A isenção de PIS e COFINS nas receitas oriundas das vendas de mercadorias para a Zona Franca de Manaus é matéria que impõe ao E. STF o exame da legislação infraconstitucional. Por isso que eventual ofensa à Constituição somente ocorreria de forma indireta, circunstância que inviabiliza a admissão do recurso extraordinário.

2. Precedentes no mesmo sentido: RE n. 539590-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 26.4.2011; RE n. 456336-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 8.11.2010.

Em vista do exposto, resta claro o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao reconhecimento de que o incentivo ora analisado tem natureza de imunidade tributária.

2.4.2 Incentivos Estaduais

Restituição parcial ou total, variando de 55% a 100% – dependendo do projeto – do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS).

Natureza jurídica: isenção heterônoma.

QUADRO 7 – ISENÇÃO DO ICMS

LEI	ARTIGO
CF/1988	151, III
DL - 288/1967	4º

Fonte: Da pesquisa (2020).

2.4.3 Incentivos Municipais

Isenção do Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana, Taxas de Serviços de Coleta de Lixo, de Limpeza Pública, de Conservação de Vias e Logradouros Públicos e Taxas de Licença a empresas

que geram pelo menos quinhentos empregos, de forma direta, no início da atividade, mantendo o número para gozar do benefício. (Lei Municipal n. 427/1998).

Natureza jurídica: isenção.

QUADRO 8 – INCENTIVOS MUNICIPAIS

LEI	ARTIGO
CF/1988	153, I
DL - 288/1967	3º
Lei Orgânica Município – Manaus	402
Lei Municipal nº 427/1998	

Fonte: Da pesquisa (2020).

2.4.4 Síntese – Base legal e natureza jurídica dos incentivos à ZFM

Haja vista todo o exposto, abaixo se apresenta um quadro sinótico contendo a natureza jurídica de todos os incentivos fiscais propostos no âmbito do modelo ZFM.

QUADRO 9 – BASE LEGAL E NATUREZA JURÍDICA DOS INCENTIVOS À ZFM

TRIBUTO	BASE LEGAL	NATUREZA JURÍDICA
Imposto de Importação (II)	Art.153, I CF/88 e Art. 3º Decreto- Lei 288/1967	Imunidade Tributária
IPI	Art. 153, IV da CF/88 e Art. 3º Decreto- Lei 288/1967	Imunidade Tributária
IRPJ	Artigo 173 § 1º da CF/88 e Decreto 3.000/1999	Imunidade Tributária
PIS/COFINS	Art.149, § 2º, II CF/88 e Art. 4º Decreto- Lei 288/1967	Imunidade Tributária
ICMS	Art.151, III CF/88, Art. 4º Decreto- Lei 288/1967 e Art.149 e Art.150 Constituição Estado do Amazonas	Isenção heterônoma
IPTU	Art.156 I CF/88, art.402 Lei Orgânica Município – Manaus e Lei Municipal nº 427/1998	Isenção

Fonte: Da pesquisa (2020).

Conforme a pesquisa, somam seis os tributos que têm incentivos para a Zona Franca de Manaus, dentre os quais quatro são federais, um é estadual e outro é municipal. Frisa-se que todo o conjunto de incentivos encontra permissivo para sua aplicação na Constituição Federal, explicitamente nos artigos 149, 151, 153 e 156, consoante os incisos especificados no quadro. Ademais, constatou-se haver legislação infraconstitucional dos respectivos entes federados dando conta de regulamentar a aplicação das referidas determinações de incentivo à ZFM.

Outro ponto de grande relevância para este debate é a percepção de que, enquanto as imunidades só podem ser fixadas pela Constituição Federal, que o fez em relação aos tributos de federais (II, IPI, IRPJ e PIS/COFINS), os tributos estadual e municipal possuem respectiva natureza jurídica de isenção heterônoma (ICMS) e de isenção (IPTU), cujas previsões estão na Constituição Estadual do Amazonas e na Lei Orgânica do Município de Manaus.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois de contextualizar o problema a ser investigado e de definir os objetivos do mesmo, a análise foi iniciada pelos aspectos gerais da ZFM, em seção onde se realizou breve histórico do modelo, iniciando pelo Decreto-Lei n. 288/67. Esse Decreto é considerado como o marco legal de criação da Zona Franca, relevante política pública governamental que alcançou, basicamente, dois objetivos fundamentais. O primeiro foi ocupar o imenso vazio demográfico até então existente na Amazônia Ocidental, enquanto o segundo foi contribuir para desenvolver a região Norte, impactando positivamente na redução das desigualdades regionais no Brasil.

Em seguida, foram caracterizadas as cinco fases pelas quais a ZFM passou desde que fora criada. A primeira delas teve como atributo

fundamental a predominância da atividade comercial, ao passo que, na fase atual, verifica-se como epicentro o aprofundamento da política industrial tecnológica, cujo enfoque é no adensamento tecnológico do parque industrial.

Outro ponto de análise deste trabalho foi o prazo de duração dos incentivos fiscais previstos para o modelo ZFM. Constatou-se que os referidos incentivos vêm sendo renovados desde o governo José Sarney, em 1986, culminado com a aprovação da Emenda Constitucional n. 83/2014, a qual estendeu a duração do modelo até 2073. Ressalta-se, neste ponto, que o prazo de vigência da ZFM somente poderá ser prorrogado por Emenda Constitucional.

Restou comprovado que as regras previstas no ADCT, ainda que sejam qualificadas como “transitórias”, têm o mesmo *status* das que fazem parte do corpo da Constituição. Assim, como o modelo ZFM foi expressamente recepcionado pelo art. 40 do ADCT, conclui-se que a ZFM foi sim “constitucionalizada” na Carta de 1988. Os diversos julgados exarados pelo STF e apresentados ao longo do trabalho comprovam cabalmente o reconhecimento desse *status*.

Doutrinador do corpo docente da UFAM, o professor Ramos Filho sustenta que os fundamentos gerais da ZFM estão inseridos no inciso III do art. 3º (erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais) da CF/88 e no inciso VII do art. 170 (redução das desigualdades regionais e sociais) da CF/88. Ao longo do texto constitucional, outros dispositivos também são sustentáculos à existência do modelo ZFM. São eles: art. 43, §2º, III CF/88 (ação para combater as desigualdades regionais através de leis que estabeleçam isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais); e exceção expressa no art. 151, I da CF/88 (admissão de concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do país).

Prosseguindo, partiu-se para a definição dos tipos de incentivo concedidos pela ZFM, apurando a existência deles nas três esferas de

governo (federal, estadual e municipal), quando puderam ser divididos em incentivos fiscais e incentivos para fiscais.

Após, enfrentou-se o problema central do estudo: estabelecer e/ou averiguar qual a real natureza jurídica dos benefícios fiscais apresentados pelo modelo ZFM, questionando ainda se seria possível considerá-los isenções, ou se, por outro lado, eles seriam imunidades tributárias.

Para tanto, foi necessário conceituar os dois institutos (imunidade e isenção) e, depois, estabelecer as principais diferenças entre ambos. Assim, imunidades são normas constitucionais que impedem o lançamento e a obrigação tributária, inexistindo, dessa forma, a relação jurídico-tributária. No caso das isenções, estas pressupõem uma relação tributária, muito embora, devido a algumas situações previstas em lei, o tributo não pode ser cobrado.

Em suma, foi estabelecida a natureza dos incentivos fiscais do modelo ZFM como: i. Imunidade tributária – imposto de importação (II), imposto sobre produtos industrializados (IPI), imposto de renda PJ (IRPJ), PIS e Cofins; ii. Isenção – IPTU e demais tributos concedidos pelo município de Manaus; e isenção – ICMS.

Indubitavelmente, o modelo ZFM tem cumprido os objetivos que foram estabelecidos desde a sua criação, contudo, é necessário promover ajustes nessa importante política pública. Enfatiza-se a necessidade de desenvolver tecnologias capazes de aproveitar o incomensurável potencial existente na floresta Amazônica, transformando a ZFM em verdadeiro polo de alta tecnologia cuja matéria-prima sejam os recursos do bioma Amazônico. Nesse sentido, crescente seria sua preponderância para além do papel de mero sustentáculo econômico e sua verdadeira contribuição para a conservação do meio ambiente e para o desenvolvimento regional.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário - 13, ed. rev., atua e ampl. – Salvador: Editora Juspodivm, 2019.
- BORGES, José Souto Maior. Teoria Geral da Isenção Tributária – 3ª ed, 3ª triagem – São Paulo – Malheiros Editores, 2011.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2019.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário- 30ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MANAUS. Lei Orgânica de Manaus. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/lei-organica-manaus-am>. Acesso: 20 jan. 2020.
- MAZZA, Alexandre. Manual Direito Tributário - 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.
- RAMOS FILHO, C. A. de M. Sistema Tributário da Zona Franca de Manaus: proteção constitucional e incentivos fiscais. Curitiba: Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2019.
- SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário – 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- STF. Ação Direta De Inconstitucionalidade: ADI 310. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+CONVENIOS+I-CMS+01+02%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/vg6rakx>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- STF. Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 957268/AM – Amazonas. Relator: Ministro Luiz Fux, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE+957268%29 &base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ushf26c>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- STF. Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 993658/AM – Amazonas. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28ARE+993658%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/rhczejnq>. Acesso: 10 dez. 2019.
- STF. Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 997126/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28ARE+997126%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/u8wt5t9>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- STF. Recurso Extraordinário: RE 1072586 /CE – Ceará. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28RE+1072586%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/tvnqbh5>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- STF. Recurso Extraordinário: RE 160.486/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 11/10/1994. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+160486%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y2b6y4ol>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- STF. Recurso Extraordinário: RE 568417 AgR/RS - Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Relator Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28RE%29+N%28BA+568417%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/v494odp>. Acesso em: 10 dez. 2019.

STF. Recurso Extraordinário: RE 698820/DF - DISTRITO FEDERAL. Rel.: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28RE+698820%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/va3hoxp>. Acesso: 10 dez. 2019.

SUFRAMA. Histórico da Zona Franca de Manaus (2019). Disponível em: <http://site.suframa.gov.br/assuntos/modelo-zona-franca-de-manaus/o-que-e-o-projeto-zfm>. Acesso em: 17 out. 2019.

SUFRAMA. Incentivos Fiscais da Zona Franca de Manaus (2019). Disponível em: <http://site.suframa.gov.br/assuntos/modelo-zona-franca-de-manaus/incentivos>. Acesso em: 11 dez. 2019

PROGRAMAS DE HABITAÇÃO GOVERNAMENTAIS E SEUS CONFLITOS EM RELAÇÃO AO MEIO AMBIENTE

*Governmental Housing Programs and Their Conflicts
Regarding the Environment*

JOYCE JOANNY DE OLIVEIRA LEITÃO LIMEIRA

JOYCE JOANNY DE OLIVEIRA LEITÃO LIMEIRA

Advogada com graduação e pós-graduação em Direito Público pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA. Pós-graduanda em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e aluna especial do curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Amazonas - UFAM na disciplina Constitucionalismo e Cidadania Democrática: exigências amazônicas.

E-mail: joycejoanny@gmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7277-8714>

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar o direito fundamental à moradia em face do direito ao meio ambiente equilibrado, analisando a atuação do Estado em relação às políticas públicas, educação e informação ambiental. Verifica-se que o direito à moradia está intimamente ligado ao direito ambiental, pois a grande concentração de renda e o inchaço das cidades no Brasil, ocasionou o aumento de moradias indignas, insalubres e em desequilíbrio com o meio ambiente. Compreende-se que a coletividade, juntamente com o Estado, são responsáveis pela preservação do meio ambiente, através de programas governamentais que tenham como objetivo transformar o meio urbano em cidades sustentáveis. A metodologia utilizada neste trabalho é a bibliográfica, qualitativa, com consulta à legislação e doutrina.

Palavras-chave: Infraestrutura Básica. Meio Ambiente Equilibrado. Moradia Adequada. Políticas Públicas.

Abstract: This paper aims to analyze the fundamental right to housing in light of the right to a balanced environment, analyzing the role of the State in relation to public policies, education and environmental information. It is verified that the right to housing is closely linked to environmental law, since the great concentration of income and the swelling of cities in Brazil has caused the increase of undignified, unhealthy housing that is unbalanced with the environment. It is understood that the community, together with the State, is responsible for the preservation of the environment, through government programs that aim to transform the urban environment into sustainable cities. The methodology used in this work is bibliographic, qualitative, with consultation to legislation and doctrine.

Keywords: Basic Infrastructure. Balanced Environment. Adequate Housing. Public Policies.

INTRODUÇÃO

Com a industrialização do país no início da década de 1930, a mão-de-obra antes concentrada no meio rural passou a se deslocar para o meio urbano, juntamente com a expansão dos diversos setores da economia. A transição da sociedade, que ora era rural e agrária em sociedade urbana e industrial, gerou profundas alterações na estrutura das cidades.

A migração resultou no aumento da população urbana. Fato que, conseqüentemente, ocasionou o aumento da demanda por moradia, emprego e serviços públicos.

Esse crescimento urbano acabou por acontecer de forma desenfreada, onde a demanda por moradia desencadeou uma onda de ocupações irregulares e moradias indignas associadas ao surgimento de bairros novos em orlas periféricas, sem o controle estatal. Além disso, esse crescimento ocorreu, e vem ocorrendo, sem o devido Estudo de Impacto Ambiental, aumentando o número de catástrofes ambientais, desmoronamentos, desmatamento, queimadas, desequilíbrio na fauna e flora, entre outros.

Devido ao grande número de ocupações irregulares, uma das principais características da urbanização intensa no Brasil é o surgimento de diversas demandas de reintegração de posse de pessoas ou comunidades, geralmente, humildes que ocupam áreas de preservação permanente, áreas de mananciais, áreas *non aedificandi* e outras áreas que contêm valores ambientais, o que vem causando problemas que afetam à todos.

Cabe também atentar para o papel do Estado neste campo: a falta de informação, educação ambiental e sua atitude permissiva e falta de controle ao deixar que cidadãos ocupem tais espaços, que deveriam ser preservados. Nesta temática, é importante analisar se o direito fundamental à moradia e o direito fundamental ao meio ambiente vem suplantando um ao outro.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO E POLÍTICAS PÚBLICAS

O direito à moradia é um direito humano essencial e já obteve reconhecimento tanto na esfera nacional quanto em diversos instrumentos normativos internacionais, tais como a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, a Agenda 21 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 e a Agenda Habitat de 1996.

A moradia digna figura como Direito Fundamental desde 1948 na Declaração Universal dos Direitos do Homem dispõe que:

Artigo 25

1.Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao **alojamento**, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. (gn)

O direito à moradia, segundo Silva (2012, p. 315) significa:

Ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento etc. para nele habitar. No “morar”, encontramos a ideia básica da habitualidade no permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação com o *residir* e o *habitar*, com a mesma conotação de permanecer ocupando um lugar permanentemente. O direito à moradia não é necessariamente direito à casa própria.

É importante analisar que o direito à moradia vai muito além de tão somente um teto e quatro paredes. Não é apenas o local físico, mas também o local onde se tem acesso à serviços básicos, onde se interligam com outros Direitos Fundamentais como o lazer, privacidade, cultura. (SILVA, 2012, p. 181-184)

A Declaração de Istambul sobre Assentamentos Urbanos, de 1996 firmada durante a Conferência Habitat II, dispõe que:

64 - **Moradia adequada** significa algo mais que ter um teto sob o qual abrigar-se. Significa também dispor de um lugar privado, espaço suficiente, acessibilidade física, segurança adequada, segurança da posse, estabilidade e durabilidade das estruturais, iluminação, calefação e ventilação suficientes, uma infra-estrutura básica adequada que inclua serviços de abastecimento de água, saneamento e eliminação de dejetos, fatores apropriados de qualidade do meio ambiente e relacionados com a saúde, e uma localização adequada e com acesso ao trabalho e aos serviços básicos. (gn)

É um direito que, juntamente com outros como a saúde e a vida, fazem parte do mínimo existencial, ligado à sobrevivência digna do indivíduo, tendo em vista que é indispensável para a efetivação de uma boa qualidade de vida.

Importante citar a Lei 11.977/09, que instituiu a regularização fundiária e o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV, do Governo Federal, cujo objetivo era custear moradia à população de baixa renda. Um dos subprogramas implantados com esta Lei é o Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU), prevê a o respeito ao plano diretor, a adequação ambiental e a infraestrutura básica como uma de suas exigências, conforme o art. 5º-A, *in verbis*:

Art. 5º-A. Para a implantação de empreendimentos no âmbito do PNHU, deverão ser observados:

I - localização do terreno na malha urbana ou em área de expansão que atenda aos requisitos estabelecidos pelo Poder Executivo federal, **observado o respectivo plano diretor**, quando existente;

II - **adequação ambiental do projeto**;

III - **infraestrutura básica** que inclua vias de acesso, iluminação pública e solução de esgotamento sanitário e de drenagem de águas pluviais e permita ligações domiciliares de abastecimento de água e energia elétrica; e

IV - a existência ou compromisso do poder público local de instalação ou de ampliação dos equipamentos e serviços relacionados a educação, saúde, lazer e transporte público. (gn)

Importante citar a Lei 13.465/15, a chamada Lei da Regularização Fundiária Urbana - REURB, que trata sobre a regularização fundiária de assentamentos urbanos e rurais, numa tentativa de aprimorar o mecanismo da regularização destes núcleos informais.

Art. 9º Ficam instituídas no território nacional normas gerais e procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana (Reurb), a qual abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.

Art. 10. Constituem objetivos da Reurb, a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios:

I - identificar os núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior;

II - criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano e constituir sobre elas direitos reais em favor dos seus ocupantes;

III - ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados;

Deste modo, a regularização fundiária dos assentamentos irregulares é um processo para tornar urbanizada uma área já urbana, com infraestrutura básica, integração à cidade e respeito ao meio ambiente equilibrado e outros direitos fundamentais.

Uma grande parte da população, e em especial aqueles que vivem em área de risco, está sujeita a problemas ambientais e não possui o preparo ou capacitação para atuar em situações de adversidade.

Neste sentido, cabe ressaltar a importância do Princípio da Precaução no Direito Ambiental. Segundo Antunes (2004, p. 36), o Princípio da Precaução "é aquele que determina que não se produzam intervenções no meio ambiente antes de ter a certeza de que não serão adversas para este."

Cabe ao Poder Público aplicar esse Princípio, autorizando ou não a prática de atividades que interfiram no Meio, visando o interesse da coletividade e não exclusivamente do particular. A não aplicabilidade ou a sua aplicação ineficiente podem causar acidentes futuros e degradação ambiental.

Neste sentido, a Política Nacional do Meio Ambiente originou a Avaliação de Impacto Ambiental (AIA), que permite ao Poder Público e à sociedade analisarem as práticas e projetos antes que estes venham a ocorrer. Esta avaliação é composta pelo Estudos de Impacto Ambiental (EIA), Relatório de Impactos Ambientais (Rima), audiência pública e decisão do órgão de meio ambiente.

Destarte, ao serem realizados Estudos de Impacto Ambientais o Poder Público está efetivamente aplicando o Princípio da Precaução, sendo ele o responsável pelo cumprimento do dever de preservar o Meio Ambiente e proteger os recursos naturais. Através do Estudo de Impacto Ambiental é avaliado o risco que o meio ambiente poderá sofrer, assim como é verificada a real necessidade da atividade a ser desenvolvida. Neste sentido, dispõe Milaré (2004, p. 63):

[...] *omissis*

em se tratando de bem comum, de interesses difusos – como é o caso do meio ambiente – o poder público assume as funções de gestor qualificado: legisla, executa, julga, vigia, defende, impõe sanções; enfim, pratica todos os atos que são necessários para atingir os objetivos sociais, no escopo e nos limites de um Estado de Direito.

Conforme antes explicitado, a procura por serviços básicos e melhora na qualidade de vida é um dos fatores que levou a migração de muitas pessoas da zona rural para os centros urbanos, gerando assim grandes densidades demográficas e um déficit na infraestrutura.

O investimento em infraestrutura não acompanhou o crescimento acelerado das cidades, criando diversas e grandes áreas urbanas sem o mínimo de infraestrutura. Falta de transporte público, abastecimento de água e energia precários, construções irregulares e a falta de serviços básicos de saúde e educação são apenas os principais dos muito problemas enfrentados pelos habitantes destas áreas.

Mais uma vez, a omissão e falta de controle do Poder Público agravam esta situação. De forma que o Estado não acompanha o ritmo de crescimento das cidades e não consegue levar infraestrutura para todos, sendo a população de baixa renda a mais afetada.

Uma das soluções a serem buscadas pelo Poder Público e pela sociedade para o problema da infraestrutura e qualidade de vida, visando o equilíbrio com o Meio Ambiente é o desenvolvimento sustentável e a implantação das chamadas cidades sustentáveis.

O desenvolvimento sustentável é uma meta a ser atingida por toda a sociedade. Este objetivo é um dos objetivos da Agenda 21, em que são expostas as ações mundiais para o planeta, e para Faucheux e Noël (1995, p. 285):

(...) *omissis*

...o conceito de desenvolvimento sustentável representa uma tentativa de ir para além do simples enunciado dos limites físicos do crescimento económico e de procurar como, em que termos e em que proporção os objectivos socioeconómicos tradicionalmente ligados ao crescimento podem ser conciliados com a preocupação de qualidade ambiental e as preocupações da equidade intertemporal.

A Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, criada pela ONU em 1983, define desenvolvimento sustentável como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades”. Segundo Milaré (2004, p. 150), a noção de desenvolvimento sustentável ocorreu com a Lei 6.803, de 02.07.1980, que estabelece as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição:

A preocupação com o desenvolvimento sustentável exsurge clara logo no art. 1º desse diploma, que reza: “Nas áreas críticas de poluição (...) as zonas destinadas à instalação de indústrias será definido em esquema de zoneamento urbano, aprovado por lei, que compatibilize as atividades industriais com a proteção ambiental”.

Dispõe ainda Milaré (2004, p.150):

Mais tarde, atendendo aos reclamos das preocupações dessa nova ordem, veio o conceito, de modo aprimorado, a ser instrumentalizado sob a forma de uma Política Nacional de Meio Ambiente, que elegeu, primordialmente, a avaliação dos impactos ambientais como meio de preservar os processos ecológicos essenciais. E não se pode desconhecer que, subjacente ou explícito, ele se encontra com frequência em textos paralegais de normas e diretrizes de governo.

A criação de cidades sustentáveis é uma questão de política urbana no Brasil. A Constituição Federal de 1988 no *caput* do art. 182, dispõe que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Neste contexto constitucional, a ordenação dos espaços urbanos deve se integrar com a sustentabilidade, para garantir o bem-estar de todos em harmonia com o Meio Ambiente.

Desta forma, demonstra-se o conceito de cidades sustentáveis, exposto por Medauar (2002, 160-161), que as define como "aquelas em que o desenvolvimento urbano ocorre com ordenação, sem caos e destruição, sem degradação, possibilitando uma vida urbana digna para todos."

Além do caráter ativo do Poder Público em melhorar a infraestrutura e no desenvolvimento de cidades sustentáveis, o papel da própria sociedade, do indivíduo, é de extrema importância. Para que todos gozem do direito ao Meio Ambiente Equilibrado, bem-estar social, todos também possuem sua parte no dever, dever este de cobrança dos entes públicos, proatividade social, participando ativamente da gestão da cidade, buscando uma vida de qualidade para a coletividade.

Desta forma, a defesa destes interesses será possível com um desenvolvimento que tenha como diferencial e ponto importante a sustentabilidade; caso contrário, segundo Novaes (2003, p. 330-331):

[...] *omissis*

não haverá cidades sustentáveis sem agricultura sustentável, nem redução das desigualdades sociais sem as duas primeiras. Tampouco se conseguirá atingir a sustentabilidade no campo ou na cidade sem ciência e tecnologia voltadas para as necessidades coletivas do país, muito menos sem que a gestão adequada dos recursos naturais permeie cada uma dessas instâncias e o setor de infra-estrutura. Nem se chegará à sustentabilidade se ela não tiver como base e como promotor o capital social do país.

O *caput* do artigo 225 da Constituição Federal destaca que uma das funções do Poder Público é defender o Meio Ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

De modo a aliar os Direitos Fundamentais à Moradia e ao Meio Ambiente Equilibrado, o Poder Público tem o dever de implantar Políticas Públicas como: a retirada da população das áreas de risco, fornecendo moradia digna àqueles que possuem baixa renda, para que não retornem às áreas de risco, informação e educação ambiental como forma de precaução e a sustentabilização das cidades.

As chamadas Políticas Urbanas ambientalizadas vem crescendo em muitas cidades do mundo. Isso não ocorre ao acaso, grande parte da população mundial vive em áreas urbanas.

Para que o Estado desenvolva Políticas Públicas eficazes que se aliem à preservação do Ambiente, são necessárias também outras atitudes como cita Milaré (2004, p. 65): "implementação e investimento em pesquisa no campo ambiental, formação de textos legislativos, visando uma efetiva organização política e legislativa de proteção ambiental, monitoramento de mudanças ecológicas, plano efetivo de uma política de proteção ambiental."

Assim sendo, as Políticas Públicas ambientais constituem-se uma importante ferramenta de aplicação do Princípio da Precaução e também de proteção e preservação dos recursos naturais, respeitando o disposto no art. 225 da CF/88.

Na questão da habitação, o Brasil por anos vem implantando Políticas Públicas para tentar resolver o déficit de moradias dignas, porém somente no fim da década de 30, quando o país começa a ganhar ainda mais impulso na industrialização e urbanização é que começam a ser pensadas políticas para a habitação.

Com o Estado Novo, em 1937, foi criado o primeiro órgão nacional para fornecer habitação para a população de baixa renda: a Fundação da Casa Popular (FCP).

Apesar das diversas tentativas de reformulação, já na década de 50 no governo JK, em quase 20 anos de duração o programa produziu apenas cerca de 17.000 moradias, não tendo conseguido resolver o problema da política habitacional do país.

Após diversas Políticas Públicas que passaram pela Ditadura Militar, Collor, etc. em 2009 é lançado no governo Lula o Programa Minha Casa Minha Vida, com a meta de construir milhões de moradias para atender a população com renda de 0 a 10 salários-mínimos. O Programa, além do cunho social, visava estimular a criação de empregos e investimentos no setor da construção.

Mais recente, a Lei 13.465/15, a chamada Lei da Regularização Fundiária Urbana - REURB, trata sobre a regularização fundiária de assentamentos urbanos, trouxe algumas medidas para tentar organizar ocupações já consolidadas e impedir a criação de novas, mas ainda precisa ser aprimorada.

Isto posto, conclui-se que desde a década de 30 o Estado tenta resolver o problema do déficit habitacional, porém o Direito à Moradia foi tratado pelo Poder Público como uma mercadoria, muitas vezes atendendo a interesses de particulares do setor da construção civil e imobiliário.

Além disso, atualmente, o Poder Público vem se preocupando em aliar as Políticas Públicas de Moradia com o Meio Ambiente Sustentável, mas apenas no papel, na prática esta missão é árdua.

Em escala regional, pode-se citar a cidade de Manaus, que possui uma ocupação desordenada nos igarapés, um transtorno que vem se arrastando por anos, e é um problema ambiental e social, pois os habitantes da área vivem em condições indignas de moradia, sujeitos à doenças e desastres ambientais tais como enchentes, ademais, o curso d'água é extremamente poluído e exala mal cheiro. Sobre o problema de esgoto da cidade, afirma Borges (2006, p. 50):

Outros fatores essenciais na questão sanitária do município é a insuficiente rede coletora de esgotos sanitários, isto faz com que os municípios venham utilizar-se de sistemas precários para o esgotamento sanitário. Uma parte do esgoto é encaminhada para fossas e infiltrada em sumidouros. Esses sumidouros contaminam as águas subterrâneas. A rede separadora de esgoto e água de chuva praticamente se encontra na área central da cidade. Em muitos bairros, o esgoto é coletado junto com as águas pluviais e são destinados para uma única galeria de águas pluviais onde são misturados, causando odores e desconforto. Em outras situações as águas de pia das cozinhas são despejadas nas beiras da sarjeta até encontrarem uma galeria pluvial. Mais grave ainda é a disposição direta do esgoto sobre os igarapés como ocorrem em muitas áreas que ocupam as laterais e o leito dos igarapés.

O Programa Social e Ambiental dos Igarapés de Manaus – PROSAMIM, um projeto do Governo do Estado do Amazonas ainda em execução, que vem retirando diversas famílias das áreas dos igarapés da cidade de Manaus. Segundo o Governo do Estado do Amazonas (2009), o PROSAMIM tem como objetivos:

O objetivo geral do Programa Social e Ambiental dos Igarapés de Manaus (PROSAMIM) é contribuir **com a melhoria da qualidade de vida dos habitantes das Bacias Educandos e do São Raimundo**. (gn)

O propósito do Programa é ajudar na solução dos problemas ambientais, urbanísticos e sociais que afetam a cidade de Manaus e seus habitantes, especificamente aqueles que vivem abaixo da cota 30m de inundação, tomando como referência o nível do Rio Negro, no Porto de Manaus. (gn)

Os objetivos específicos do Programa são:

– **Melhoria das condições ambientais**; de moradia e de saúde da população na área de intervenção do Programa, por meio da recuperação e ou implantação de sistemas de drenagem, abastecimento de água, redes de esgotamento sanitário, coleta e disposição final de lixo e recuperação ambiental das bacias dos igarapés, planejamento urbano, regularização de propriedades, construção de moradias adequadas, implantação de áreas de lazer, continuação do fortalecimento das instituições participantes, e capacitação das

comunidades atendidas . Tudo isto para assegurar que as intervenções realizadas sejam sustentáveis. (gn)

Vê-se que os objetivos são a melhoria na qualidade de vida dos habitantes das Bacias Educandos e São Raimundo e, especificamente, na melhoria das condições de moradia, saúde e ambientais.

No entanto, não foi o que ocorreu totalmente, segundo Ribeiro (2010, Vol. XIV, núm. 331):

Observa-se que as edificações não são adequadas às condições geográficas de Manaus. As telhas de amianto e os tijolos usados, bem como a disposição dos prédios e das janelas, resultam em enorme desconforto térmico aos moradores. Apesar da oferta de energia solar na cidade, nada foi feito para gerar energia ou mesmo aquecer a água a partir dessa fonte energética. Também é possível questionar se o aumento da velocidade da água que a urbanização do igarapé gerou vai ampliar a possibilidade de cheias a montante ou mesmo se as cheias sazonais típicas da região não vão afetar a circulação do esgoto nas residências.

É fundamental lembrar que essas ações não foram financiadas apenas pelo governo do Amazonas. O principal agente financiador foi o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, que destinou U\$ 140 milhões ao programa, que contou com mais U\$ 40 milhões do governo do Amazonas.

Além disso, não há tratamento e coleta de esgoto e coleta seletiva de lixo. Assim sendo, tirou-se a população de uma situação de risco, mas ainda não a situação ideal de moradia. Utilizando novamente as palavras de Ribeiro (2010, Vol. XIV, núm. 331):

Entre as alternativas em curso no país, o PROSAMIM é um exemplo a ser examinado com mais detalhe. Ainda que tenha como mérito melhorar as condições de habitabilidade de moradores de antigas palafitas e que tenha mantido parte deles no local onde viviam, o que permitiu preservar suas redes de relações sociais e de trabalho, não houve o mesmo cuidado na

definição da alternativa tecnológica adotada para construir os prédios nem a coleta e tratamento de esgoto.

Iniciativas como essa não podem ser desperdiçadas, muito menos realizar a tarefa pela metade. Melhorar as condições de moradia é importante, mas com a escolha de alternativas técnicas adequadas à diversidade geográfica do Brasil, que possam aproveitar a insolação e elevadas temperaturas para gerar energia e aquecer água, além de usar materiais adequados para oferecer maior conforto térmico aos moradores, bem como desenvolver um projeto que permita a circulação do ar e a iluminação natural dos ambientes.

A população também não ficou totalmente satisfeita, conforme o estudo de Nascimento (2010, p. 6):

A questão ambiental foi bem definida, porém a questão social deixou a desejar, já que em nossa pesquisa apontou muita insatisfação da população, tanto daquela que permaneceu no mesmo local, nos novos conjuntos habitacionais, quanto aos realocados para a zona norte, no bairro João Paulo II. Dentre as reclamações estão mencionadas para os fixados no mesmo lugar: custos elevados com água encanada, esgoto e luz elétrica antes de obtida de forma clandestina, e já para os realocados: custos com transporte (antes ir ao trabalho era feito a pé) e a falta de infraestrutura (hospitais, escolas, etc), já que esses equipamentos públicos estão mais centralizados na zona sul da cidade. Assim para Jodelet (2001), compreender o espaço ao redor é dominá-lo físico ou intelectualmente, identificando e resolvendo os problemas que se apresentam. Frente a esse mundo (de objetos, pessoas, acontecimentos, idéias), deve-se portar não como autômatos isolados num vazio social, mas como seres que o partilham com os outros, de forma convergente ou conflituosa, para compreendê-lo, administrá-lo ou enfrentá-lo.

É necessário rever o projeto do PROSAMIM para que sejam resolvidos os problemas dos Conjuntos Habitacionais já existentes, para que os futuros já sejam construídos de forma ideal, ou seja, satisfazendo os moradores e respeitando e preservando o Meio Ambiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deste modo, pode-se concluir que o Brasil possui um histórico de Políticas Públicas que tentam resolver o problema da habitação no Brasil, porém nem sempre eficazes. É preciso analisar cuidadosamente onde estão os erros dessas Políticas Públicas e associá-las ao desenvolvimento sustentável, tendo em vista a preservação para as presentes e futuras gerações.

Importante a compreensão de que todos os indivíduos são responsáveis, juntamente com o Estado, na preservação do Meio Ambiente, o pensamento coletivo deve ser difundido, em vez da cultura individualista que não pensa nas futuras gerações.

No caso do Brasil, onde existe uma grande concentração de renda além do inchaço das cidades, este pensamento deve ser arduamente trabalhado, em todas as classes e idades, pois somente com a educação será possível a mudança para um pensamento de preservação coletivo.

A questão da Moradia, amplamente abordada neste estudo, é apenas um dos pontos dos problemas socio-ambientais no Brasil. Sendo, novamente, a educação ambiental juntamente com o Estado os responsáveis para a mudança de pensamento e para que no futuro não haja mais população vivendo em áreas de risco.

O Estado deve buscar um equilíbrio entre progresso social, sustentabilidade ambiental e economia. O que pode ser um grande dilema, uma vez que, governos e grandes corporações ainda tem como prioridade máxima o desenvolvimento da economia.

Deste modo, o desenvolvimento sustentável deve ser um ponto que todas as nações devem alcançar. Aliado a ele, as cidades sustentáveis, para que os Direitos Fundamentais à Moradia e ao Meio Ambiente Equilibrado possam andar juntos e ser acessíveis a todos.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.
- BORGES, João Tito. Saneamento e suas interfaces com os igarapés de Manaus. T&C Amazônia. Ano IV. Número 9. Agosto de 2006.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do. Congresso Nacional, Brasília, 1988.
- BRASIL. Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. Congresso Nacional, Brasília, 2009.
- BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nos 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências.
- BRASIL. Ministério Público. Declaração de Istambul sobre assentamentos urbanos. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/moradia-adequada/declaracoes/declaracao-de-istambul-sobre-assentamentos-humanos#:~:text=Nossas%20cidades%20devem%20ser%20um,6.&text=Garantiremos%20tamb%C3%A9m%20a%20participa%C3%A7%C3%A3o%20total,vida%20social%2C%20pol%C3%ADtica%20e%20econ%C3%B4mica>>. Acesso em: 10/11/2021.
- FAUCHEUX, S.; NOËL, J. F. Economia dos recursos naturais e do meio ambiente. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- GERAL, A. Assembleia. Declaração Universal dos Direitos do Homem. 1948.
- MEDAUAR, Odete. In: HORBACH, Carlos Bastideet. al.;MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. (coord.). Estatuto da cidade: lei 10.257, de 10.07.2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. Doutrina – jurisprudência – glossário. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

- NASCIMENTO, Márcio Silveira. Desigualdades Socioespaciais na Cidade de Manaus-Am e a Construção de Novos Espaços Urbanos, o caso do PROSAMIM. In: V CONNEPI-2010. 2010.
- NOVAES, Washington. Agenda 21: um novo modelo de civilização. In: TRIGUEIRO, André (Coord). Meio Ambiente no século XXI: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.
- RIBEIRO, Wagner Costa. Impactos das mudanças climáticas em cidades no Brasil. Parcerias estratégicas, v. 13, n. 27, p. 297-322, 2010.
- RIBEIRO, Wagner Costa. Riscos e vulnerabilidade urbana no Brasil. Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. [En línea]. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1 de agosto de 2010, vol. XIV, nº 331 (65).
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 35ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

Programa Nacional de Alimentação Escolar como Instrumento de Alcance de Direitos aos Agricultores Familiares

*national school food program as an instrument of
reaching rights to family farmers*

KARINE NUNES LIMA

KARINE NUNES LIMA

Assistente em Administração no Instituto Federal do Amazonas – IFAM, Campus Presidente Figueiredo. Mestranda em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Amazonas. Email: karinenunes182@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6625572077100815>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7332-4546>.

Resumo: O artigo refere-se ao Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) como uma política pública que opera como instrumento de alcance de direitos da agricultura familiar. O direito a uma alimentação saudável aos alunos matriculados na rede de ensino básica encontra-se no art. 208 da Constituição e é efetivada pelo Estado através do PNAE. Considerando as diretrizes do programa, são adquiridos produtos da agricultura familiar, de modo a fornecer uma alimentação que atende aos ditames de segurança alimentar e nutricional e promover o desenvolvimento local da agricultura familiar. A questão central deste escrito incide em verificar a relação entre o PNAE e a agricultura familiar, além de compreender de que modo esta política pública funciona como meio de efetivação de direitos destes indivíduos, e tem por objetivos demonstrar a relação existente entre o PNAE e a agricultura familiar, e identificar de que forma os direitos dos agricultores familiares são alcançados através da sua inclusão no programa. Para a elaboração deste estudo foram realizadas pesquisas bibliográficas e análises documentais. Em razão dos tipos de pesquisas executadas, empregou-se o método dedutivo para averiguar a relação existente entre o programa e a agricultura familiar e a forma que se dá a concretização dos direitos dos agricultores familiares através desta política pública. Os direitos dos agricultores familiares são alcançados através do PNAE, por meio de geração de renda, considerando, ainda, a intersectorialidade existente no processo e o desenvolvimento local promovido, que contribui para uma existência digna desta categoria.

Palavras-Chave: PNAE. Agricultura familiar. Políticas públicas. Direitos sociais.

Abstract: The article refers to the National School Feeding Program (PNAE) as a public policy that operates as an instrument to achieve family farming rights. The right to healthy food for students enrolled in the basic education network is found in art. 208 of the Constitution and is carried out by the State through the PNAE. Considering the program guidelines, products from family farming are purchased in order to provide a food that meets the dictates of food and nutritional security and to promote the local development of family farming. The central question of this paper is to verify the relationship between PNAE and family farming, in addition to understanding how this public policy works as a means of enforcing the rights of these individuals, and aims to demonstrate the existing relationship between PNAE and family farming, and identifying how family farmers' rights are achieved through their inclusion in the program. For the preparation of this study, bibliographical research and documentary analyzes were carried out. Due to the types of research carried out, the deductive method was used to ascertain the relationship between the program and family farming and the way in which the rights of family farmers are realized through this public policy. The rights of family farmers are achieved through the PNAE, through the generation of income, also considering the existing intersectoriality in the process and the local development promoted, which contributes to a decent existence of this category.

Keywords: PNAE. Family farming. Public policy. Social rights.

INTRODUÇÃO

Todos têm direito a uma alimentação balanceada e de qualidade, sendo este um direito social presente na Constituição de 1988, em seu art. 6°. Tal direito pode ser promovido por meio de ações direcionadas do Estado que tenham por objeto o acesso a uma alimentação saudável.

Dentre as ações que são realizadas pelo Estado, destaca-se o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), considerado um dos maiores programas de alimentação escolar do mundo e um dos únicos com atendimento universalizado, conforme a Fundação Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), autarquia responsável pelo gerenciamento do programa. A alimentação escolar, portanto, é um direito dos alunos da rede básica e dever do Estado.

Considerando o avanço das ações no Brasil referentes à segurança alimentar e nutricional, em que se preconiza que todos tenham acesso a uma alimentação saudável e de qualidade, e alinhando-se esse acesso ao respeito com a cultura alimentar e ao desenvolvimento sustentável, surgiu a Lei nº 11.947/2009, que dispõe sobre a alimentação escolar e destaca, dentre suas diretrizes, o incentivo à aquisição de gêneros alimentícios da agricultura familiar e empreendedores familiares rurais.

Desse modo, de acordo com a legislação que aborda sobre a alimentação escolar, do total do recurso repassado pelo FNDE para atendimento do PNAE, no mínimo 30% (trinta por cento) deve ser destinado para a aquisição de gêneros alimentícios da agricultura familiar, priorizando-se os assentamentos da reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas e comunidades remanescentes de quilombos.

O conceito de agricultura familiar é difundido nos mais diversos setores da sociedade e é utilizado atualmente como um termo guarda-chuva, de modo a abranger várias situações e sujeitos que pertençam a esse grupo, conforme elencados na Lei nº 11.326/2006, que versa sobre a agricultura familiar.

Portanto, verifica-se a estreita afinidade existente entre a agricultura familiar e o PNAE, pois esta relação resulta em atendimento aos ditames de segurança alimentar e nutricional para os alunos, e desenvolvimento local e geração de renda para os agricultores familiares.

A questão central deste escrito, por conseguinte, incide em verificar a relação entre o PNAE e a agricultura familiar, além de compreender de que modo esta política pública funciona como meio de efetivação de direitos destes indivíduos. Desta maneira, os objetivos do trabalho são demonstrar a relação existente entre o PNAE e a agricultura familiar, e identificar de que forma os direitos dos agricultores familiares são alcançados através da sua inclusão no programa.

Com a finalidade de levantar material para o escrito, foram realizadas pesquisas bibliográficas através de doutrinas e artigos científicos atinentes a temas ligados à agricultura familiar e PNAE, de forma a embasar as interpretações realizadas no decorrer do estudo.

Foi realizada, ainda, pesquisa documental, através de levantamento de legislação pátria, instruções normativas, cadernos técnicos, *sites* institucionais, dentre outros, de forma a conceituar o PNAE e a agricultura familiar, bem como compreender a relação existente entre os dois termos.

Em razão das pesquisas que foram efetuadas, foi empregado o método dedutivo para averiguar a relação existente entre o programa e a agricultura familiar e a forma que se dá a concretização dos direitos dos agricultores familiares através desta política pública.

O trabalho é dividido em três partes, além da introdução e considerações finais: na primeira, busca-se demonstrar a evolução e funcionamento do PNAE e a sua vinculação com a agricultura familiar, na segunda parte são trazidas as considerações gerais sobre a agricultura familiar brasileira e como os agricultores passaram a fornecer os seus produtos para o Estado, e, na terceira parte, é demonstrado como o PNAE funciona como uma política pública que permite o alcance de direitos pelos agricultores.

Esta pesquisa não pretende esgotar o assunto tratado. Espera-se, assim, que este estudo contribua com outros trabalhos que venham a ser realizados sobre a agricultura familiar brasileira e a contribuição do PNAE como política pública para estes atores sociais.

1 O PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (PNAE)

Destaca-se dentre os deveres do Estado com a educação o atendimento ao aluno, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de alimentação, sendo, portanto, direito dos alunos e dever do Estado, nos termos do art. 208 da Constituição Federal. Desse modo, destaca-se a importância do PNAE para os alunos matriculados na rede pública de ensino, pois atende à uma determinação constitucional.

O PNAE é um programa de alimentação escolar conhecido popularmente como “merenda escolar”, e tem como seu principal objetivo o fornecimento de alimentação escolar aos estudantes matriculados em qualquer das etapas da educação básica pública. Os valores referentes ao programa são repassados aos Estados, Municípios, Distrito Federal e escolas federais pelo governo federal, em caráter suplementar, conforme a etapa e modalidade de ensino em que o aluno se encontra matriculado. (FNDE, 2021).

Observa-se que o PNAE consiste em uma importante política pública na área de segurança alimentar e nutricional no país, e é considerado como um dos mais duradouros programas de alimentação escolar do mundo (PEIXINHO, 2013).

Dada a sua importância, faz-se necessário identificar o histórico e funcionamento do PNAE, e de que forma ele passou a se vincular com a agricultura familiar.

1.1 EVOLUÇÃO DO PNAE

A ideia de que fosse oferecida alimentação escolar aos estudantes surgiu na década de 40, mas apenas na década de 50 ele foi efetivado. Foi a primeira vez que foi estruturado um programa de merenda escolar, em escala nacional, que fosse de responsabilidade pública (FNDE, 2021). Porém, conforme leciona Peixinho (2013), a regularidade e cobertura para fornecimento de alimentos era baixa, e ainda não havia uma preocupação cultural ou com o grau de aprovação dos alimentos que eram fornecidos.

A essência do programa atual vem desde a década de 50, sob as mais diversas denominações, dentre elas, a Conjuntura Alimentar e o Problema da Nutrição no Brasil, e a Campanha Nacional de Merenda Escolar. Apenas em 1979 o programa passou a ser denominado pela nomenclatura atual: Programa Nacional de Alimentação Escolar.

Com a promulgação da Constituição de 1988, em razão do art. 208, VII, restou assegurado o fornecimento de alimentação para todos os alunos matriculados na rede pública de ensino do país.

Desde a criação do programa até o ano de 1993, toda a execução do PNAE era realizada de maneira centralizada, pelo Ministério da Educação (MEC). Assim, o órgão que gerenciava o programa elaborava os cardápios, realizava aquisição de alimentos por meio de licitação, contratava laboratórios para controle de qualidade dos alimentos, e responsabilizava-se pela distribuição dos alimentos por todo o território (FNDE, 2021).

A descentralização do gerenciamento do PNAE deu-se apenas em 1994, nos termos da Lei n° 8.913, de 12 de julho de 1994, a qual dispunha sobre a municipalização da merenda escolar, e que se encontra atualmente revogada. Faz-se importante o destaque à essa legislação, pois nela restou evidente a preocupação com a alimentação regional desde os anos 90, já que esta lei indicava que o cardápio deveria ser elaborado por nutricionista capacitado, e respeitar os hábitos alimentares do local, a vocação agrícola e a preferência pelos produtos *in*

natura. E que, para a aquisição de insumos, deveriam ser priorizados os produtos de cada região, para redução de custos.

Já com a Medida Provisória 2.178-34, de 28 de junho de 2001, que trata sobre o repasse de recursos financeiros do PNAE, destaca-se que, do montante do recurso do PNAE, no mínimo 70% (setenta por cento) deveria ser utilizado para a aquisição de produtos básicos para alimentação escolar, além e reforçar a importância de elaboração de cardápio que respeitasse os hábitos alimentares de cada local.

Considerando a necessidade do PNAE em possuir um marco legal, para que, assim, o PNAE se institucionalizasse como um programa de Estado (SCHWARTZMAN *et al.*, 2017), ocorreu a promulgação da Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009, a qual dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar.

Assim, a partir dessa legislação, diversas ações desenvolvidas no âmbito da alimentação escolar passaram a ser normatizadas por essa lei, a qual trouxe, ainda, as diretrizes da alimentação escolar, o conceito do PNAE, modo de transferência de recursos, dentre demais disposições importantes.

1.2 FUNCIONAMENTO DO PROGRAMA

O PNAE é gerenciado e fiscalizado pela Fundação Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), a qual é uma autarquia responsável pela execução das políticas educacionais do MEC, criada pela Lei nº 5.537, de 21 de novembro de 1968.

O programa tem por objetivo auxiliar no crescimento e desenvolvimento biopsicossocial, na aprendizagem, no rendimento escolar e na formação de hábitos alimentares saudáveis dos alunos da rede pública de ensino, através de ações e fornecimento de refeições que cubram as suas necessidades nutricionais durante todo o ano letivo (BRASIL, 2009).

Conforme informações do FNDE, são atendidos pelo PNAE todos os alunos da rede básica de ensino, desde a educação infantil até a

educação de jovens e adultos, que estejam matriculados em escolas públicas, filantrópicas e em entidades comunitárias que tenham convênio com o poder público (FNDE, 2021).

Os recursos do PNAE são repassados pelo FNDE aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às escolas federais, em obediência ao art. 208 da Constituição Federal de 1988 e em conformidade com a legislação vigente.

Os valores financeiros repassados são de caráter suplementar e são efetuados em 10 (dez) parcelas mensais, entre fevereiro e novembro, para que possa atender os 200 (duzentos) dias letivos, levando em conta a quantidade de alunos matriculados em cada etapa de ensino nos termos do Censo Escolar do ano anterior ao repasse. Para cada etapa, existe um valor diário pré-definido, que varia de R\$ 0,32 (trinta e dois centavos) a R\$ 2,00 (dois reais) (FNDE, 2021).

Dessa maneira, para que se obtenha o valor que será repassado à escola para alimentação escolar, deve ser realizado o seguinte cálculo: valor correspondente à etapa em que o aluno está enquadrado, multiplicando-se por 200 (duzentos) dias letivos e multiplicando-se pela quantidade de alunos do Censo Escolar do ano anterior da modalidade correspondente.

Nos termos da legislação, cabe ao FNDE editar normas gerais para orientação das ações executadas no âmbito do PNAE. Assim, o FNDE expediu, ao longo do tempo, diversas resoluções que tratavam sobre o atendimento da alimentação escolar. Atualmente, a norma do FNDE que trata sobre o assunto é a Resolução nº 06, de 08 de maio de 2020, que dispõe desde a gestão do programa até a prestação de contas e monitoramento do programa.

1.3 VINCULAÇÃO DO PNAE COM A AGRICULTURA FAMILIAR

Considerando a evolução e funcionamento do PNAE, verificou-se a necessidade de aquisição de gêneros alimentícios que

contribuíssem para a segurança alimentar e nutricional dos alunos da rede básica de ensino.

Assim, foi a partir da promulgação da Lei n° 11.947/2009 que surgiu a obrigatoriedade de que, do total repassado pelo FNDE em razão do PNAE, no mínimo 30% (trinta por cento) deste valor deve ser destinado à aquisição de gêneros alimentícios oriundos da agricultura familiar, priorizando-se os assentamentos da reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas e as comunidades quilombolas, nos termos do art. 14 da referida lei.

Destaca-se que a descentralização do gerenciamento do PNAE foi um fator determinante para viabilizar a aquisição de alimentos da agricultura familiar. Segundo Saraiva *et al.* (2013), o fortalecimento do PNAE e da agricultura familiar deu-se por meio do planejamento e da forma de como seriam adquiridos os alimentos para a alimentação escolar, considerando a descentralização dos recursos, e quais alimentos básicos seriam adquiridos e inseridos no cardápio.

Os agricultores familiares, antes da promulgação da Lei n° 11.947/2009 encontravam dificuldades em fornecer seus produtos para o Estado, pois este realiza aquisições por meio de licitação, conforme determina o art. 37, XXI, da Constituição.

Salienta-se ainda que tanto a Lei n° 8.666/93 quanto a Lei n° 14.133/2021, que regem sobre licitações e contratos, contemplam em seus artigos as hipóteses de dispensas e inexigibilidades desse procedimento, mas não relacionam as aquisições de produtos da agricultura familiar.

A partir da edição da Lei n° 11.947/2009, foi possível realizar a aquisição de alimentos para a merenda escolar oriunda da agricultura familiar podendo optar pela dispensa de licitação, desde que os preços sejam compatíveis com os praticados no mercado, levando em conta, ainda, os princípios constantes no art. 37 da Constituição e que os alimentos atendam às exigências de controle de qualidade exigidos em lei (BRASIL, 2009).

Assim, percebe-se que, para a aquisição desses alimentos, pode ser realizada a licitação, no entanto, opta-se por não realizá-la, como

forma de facilitar o acesso dos agricultores familiares às demandas do Estado, por meio de uma dispensa de licitação simplificada.

A aquisição de alimentos da agricultura familiar no âmbito do PNAE, através da dispensa de licitação, engloba vários passos que devem ser seguidos pelas escolas, de maneira a facilitar a inclusão da agricultura familiar nesse procedimento, quais sejam: verificação de orçamento, articulação entre os atores sociais, elaboração de cardápio, realização de pesquisa de preços, realização de chamada pública, elaboração de projeto de venda pelos agricultores, recebimento e seleção dos projetos de venda dos agricultores, análise de amostra para controle de qualidade, formalização de contrato de compra, controle de entrega de produtos através de termo de recebimento e pagamento dos agricultores (FNDE, 2016).

Para além da questão da inclusão social e produtiva da agricultura familiar por meio do PNAE, destaca-se que o meio de produção que mais se adequa à questão cultural da alimentação é a agricultura familiar. Assim, através da promoção da agricultura familiar, é possível abranger as mais diversas questões, como a ocupação do espaço agrário de modo igualitário, a geração de trabalho, modos de produção sustentáveis, os variados hábitos consumeristas e as formas de cultivo (MALUF, 2007).

Portanto, identifica-se a afinidade existente entre a agricultura familiar e o PNAE, bem como a possibilidade de se adquirir alimentos produzidos pelos agricultores familiares para a alimentação escolar, e que esta relação somente foi possível através da promulgação da Lei nº 11.947/2009.

2 A AGRICULTURA FAMILIAR BRASILEIRA

A agricultura familiar tem como base principal a unidade de produção que é gerenciada pela família. Assim, o aspecto familiar do

negócio pode ser verificado através de práticas que reúnam patrimônio, trabalho e consumo na própria família, dispondo de uma lógica de funcionamento próprio. Portanto, o que se destaca nesta forma de organização é a colaboração da família no trabalho coletivo, possuindo repercussões na reprodução da família, casamentos, sucessões etc. (WANDERLEY, 2004).

Nem sempre a definição de agricultura familiar é idêntica, podendo ter um sentido quando se trata de atribuição de crédito, e outra interpretação quando se trata de um estudo acadêmico. Assim, conforme Abramovay (1998), o que mais importa quando se conceitua a agricultura familiar é que estejam presentes nessa definição os atributos básicos desse grupo, quais sejam: gestão, propriedade e trabalho familiar.

A agricultura familiar possui suas peculiaridades. Esta atividade permite a ocupação igualitária no espaço agrário, favorecendo as dimensões social, ambiental e cultural da produção de alimentos, e as atividades de alimentação agrícola em pequena escala são geradoras de renda, sendo oferecidos alimentos diversificados e de qualidade, em cumprimento às estratégias de desenvolvimento social e segurança alimentar e nutricional (MALUF, 2008).

As ações derivadas no âmbito da segurança alimentar e nutricional, a qual tem amparo por meio da Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006, têm por objetivo promover o acesso regular e permanente a alimentos em quantidade e qualidade, sem que isso comprometa o acesso a demais necessidades, com respeito à diversidade cultural, e que sejam cultural, ambiental, econômica e socialmente sustentáveis. Destaca-se ainda que a segurança alimentar e nutricional abrange a ampliação das condições de acesso aos alimentos, principalmente daqueles produzidos pela agricultura tradicional e familiar (BRASIL, 2006b).

No entanto, enquanto que as famílias rurais presumidamente reúnem condições de fornecedores alimentos, ao mesmo tempo

encontram-se na faixa da pobreza com acesso restrito à alimentação. Desse modo, a melhoria desse grupo encontra-se nos dois lados da equação de segurança alimentar e nutricional: fornecedores de alimentos e público com acesso reduzido a uma alimentação adequada (MALUF, 2008).

O apoio à agricultura familiar brasileira vem de um conjunto de ações públicas oriundo da década de 1980. As ações tiveram como base a crise no desenvolvimento econômico da época, e esta crise trouxe instabilidade monetária, endividamento, demora no crescimento econômico, aumento da pobreza rural e urbana e diminuição dos recursos naturais (SARAIVA *et al.*, 2013).

Os agricultores familiares tiveram o seu reconhecimento institucional já na década de 1990, por meio de estudos realizados pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) em conjunto com a *Food and Agriculture Organization of the United Nations* (FAO), denominação em inglês da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura, os quais resultaram em relatório intitulado “Diretrizes de política agrária e desenvolvimento sustentável”, em que indicava dois modelos para a agricultura brasileira: a agricultura patronal e a agricultura familiar. A partir desse momento, a agricultura familiar passou a ter maior participação nas políticas públicas voltadas para o meio ambiente rural (AZEVEDO; PESSOA, 2011).

Dessa maneira, em meio a um cenário em que a agricultura familiar precisava de apoio e fomento do Estado, surge a Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006, que tem por objeto estabelecer as diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais.

Nos termos da Lei nº 11.326/2006, o agricultor familiar e o empreendedor familiar rural é aquele que pratica as suas atividades no meio rural, e que, necessariamente, deve possuir uma propriedade com área menor do que 04 (quatro) módulos fiscais, que as atividades econômicas são realizadas predominantemente em conjunto com a sua

família, que obtém um percentual mínimo da renda familiar oriunda da atividade econômica realizada no estabelecimento ou empreendimento rural, e que a direção do local seja realizada em conjunto com os seus familiares (BRASIL, 2006b).

Observa-se que a legislação optou por trazer uma definição “operacional” como forma de identificar os sujeitos integrantes da agricultura familiar e empreendimento familiar rural. Ou seja, a definição legal leva em conta as atividades realizadas pelo grupo, em determinada área, e com utilização da mão de obra familiar.

Além dos agricultores que preenchem todos os requisitos elencados anteriormente, consideram-se como agricultores familiares, ainda, nos termos da Lei nº 11.326/2006, os silvicultores, aquicultores, extrativistas, pescadores, povos indígenas e integrantes de comunidades remanescentes de quilombos rurais e demais povos e comunidades tradicionais.

Dessa maneira, como pôde ser observado na definição legal, o conceito de agricultura familiar pode ser considerado como uma conceituação guarda-chuva, pois abriga inúmeras situações e sujeitos, e é difundido nos diversos setores da sociedade, facilitando o processo de conquista de espaço (ALTAFIN; ROCHA, 2005).

Portanto, foi a partir da Lei nº 11.326/2006 que a agricultura familiar passou a ter uma definição legal, integrando a esta classificação, ainda, demais sujeitos que praticam atividades no meio rural, as comunidades tradicionais, os indígenas, os remanescentes de quilombos.

2.1 FORNECIMENTO DE PRODUTOS DA AGRICULTURA FAMILIAR PARA O ESTADO

A viabilização de fornecimento de produtos da agricultura familiar para o Estado somente foi possível após a criação do Programa de Aquisição de Alimentos – PAA, em que a aquisição de alimentos da agricultura familiar era formalizada através de dispensa de licitação.

O PAA foi instituído no âmbito do Programa Fome Zero, por meio do art. 19 da Lei n.º 10.696, de 02 de julho de 2003, e tem como uma de suas finalidades o incentivo à agricultura familiar, a sua inclusão econômica e social, fomento à produção com sustentabilidade, processamento de alimentos e industrialização, e geração de renda.

Este programa foi o primeiro a institucionalizar a compra de produtos da agricultura familiar pelo Estado, e que a participação dos agricultores familiares no programa possibilitou que estes fizessem parte das compras estatais, e que o PAA trouxe várias experiências que foram incorporadas em programas que vieram posteriormente (Schwartzman *et al.*, 2017).

Um dos programas que aproveitou a experiência exitosa em se adquirir produtos da agricultura familiar foi o PNAE, o qual, por meio da Lei n.º 11.947/2009, obriga que uma porcentagem mínima dos recursos destinados para a alimentação escolar deve ser destinada para a aquisição de alimentos oriundas da agricultura familiar, por meio da dispensa de licitação.

Assim, tanto o PAA, através da Compra Institucional, quanto o PNAE utilizam a Chamada Pública como o procedimento simplificado, que dispensa a realização de uma licitação, tornando, assim, o ingresso dos agricultores familiares nos mercados institucionais de alimentos menos burocrático, pois, anteriormente, os ditames da Lei de Licitações e Contratos inviabilizava a venda de produtos por esta coletividade.

Os mercados institucionais de alimentos, conforme Maciel (2008), envolvem as esferas governamentais nas aquisições de alimentos, podendo ser contínuas, como no caso de compras de alimentos para creches, escolas, hospitais, forças armadas; ou esporádicas, como em casos de necessidade, por exemplo, de atendimento da população devido à calamidade pública.

No âmbito do PNAE, a Chamada Pública é um procedimento voltado para a seleção de proposta para aquisição de alimentos da agricultura familiar, e é o procedimento que apresenta a maior possibilidade

de que sejam atendidas as especificidades relacionadas a aquisições da agricultura familiar, pois este procedimento vai ao encontro das diretrizes do PNAE, como a priorização de produtos locais que fortalecem os hábitos alimentares, respeito à cultura local e a agricultura familiar. (FNDE, 2016).

Dessa maneira, a realização da Chamada Pública vem a abarcar os princípios da Constituição de 1988, que são a legalidade, legitimidade e economicidade, devido à base jurídica que sustenta a sua realização, à economicidade dos recursos naturais, e aos aspectos econômicos e sociais que norteiam o procedimento. Quanto à economicidade, verifica-se que não se restringe apenas à questão monetária, como também está ligada ao custo-benefício social das políticas públicas (FNDE, 2016).

Assim, a agricultura familiar passou ter canais de venda de seus produtos para os mercados institucionais, por meio de dispensa de licitação simplificada, possibilitando, portanto, a venda para o Estado e geração de renda para esta coletividade.

3 O PNAE COMO FERRAMENTA DE ALCANCE DE DIREITOS PELOS AGRICULTORES FAMILIARES E ACESSO A POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas são importantes instrumentos para a efetivação de direitos. De acordo com Bucci (2006), devem ser entendidas como categoria jurídica, devido à busca em se concretizar os direitos humanos, e, principalmente, os direitos sociais. Podem ter como suporte legal tanto leis e portarias, quanto por meio de contratos de concessão de serviço público.

Os direitos sociais estão dispostos na Constituição Federal de 1988, entre os arts. 6º a 11, sendo estes direitos reflexos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, de modo a permitir que os direitos humanos fossem reconhecidos em diversos ordenamentos jurídicos, para que estes direitos sejam concretizados.

Os principais direitos sociais encontram-se no art. 6º da Constituição: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados. Conforme Canotilho *et al.* (2018), os direitos sociais encontram-se também ao longo do texto constitucional, e abrangem direitos e garantias implícitos, direitos positivados no decorrer do texto da Carta Magna e, ainda, os direitos previstos em tratados internacionais.

Os direitos sociais do art. 6º estão interligados com demais dispositivos constitucionais, destacando-se aqueles que abordam sobre a ordem econômica, ordem social e aqueles que se direcionam aos direitos dos trabalhadores, e que, para a compreensão dos direitos sociais, devem-se analisar os institutos que se ligam direta ou indiretamente a eles (CANOTILHO *et al.*, 2018).

Nesse diapasão, percebe-se que, dentre os direitos sociais, o direito ao trabalho tem certo destaque, devido a sua interligação com demais dispositivos na Constituição, como o art. 170, que ensina que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.

O direito ao trabalho contribui diretamente para a melhoria da qualidade de vida dos sujeitos. O trabalho, além de garantir a subsistência, é objeto de realização pessoal e inclusão social, permitindo a interação entre os indivíduos e que estes se integrem na vida em comunidade. O trabalho, é, portanto, uma das condições de vida do ser humano (ARAÚJO, 2017).

Destaca-se que, através da demanda por alimentos criada por programas de alimentação escolar, há o grande potencial de desenvolvimento da agricultura familiar e de mercados locais. Contribui, portanto, para o desenvolvimento econômico local, para a segurança alimentar e nutricional e para a redução da pobreza (FAO, 2013).

A obrigatoriedade de aquisição de alimentos da agricultura familiar permitiu a difusão de um espaço de produção e comercialização para este grupo, assim como beneficia o consumo de alimentos *in natura* pelos alunos. Assim, com a aproximação entre consumidores e agricultores familiares, permite-se uma integração que tem como base os princípios da sustentabilidade, que contribui para a redução da migração do campo para a cidade, e redução da pobreza rural e urbana (SARAIVA *et al.*, 2013).

O PNAE, de tal modo, contribui para a afirmação de identidade, redução de pobreza e insegurança alimentar, incentiva a organização e associação das famílias de agricultores familiares, fortalecendo, assim, o tecido social local, além de dinamizar as economias locais. Com isso, o fornecimento de alimentação saudável é ampliada, ao mesmo tempo em que ocorre a valorização da produção familiar (FNDE, 2016).

Dessa maneira, o PNAE "representa um canal importante de comercialização e geração de renda com regularidade, contribuindo para a inclusão produtiva, a geração de emprego no meio rural e o estímulo ao cooperativismo e ao associativismo" (FNDE, 2016, p. 05).

Em vista disso, percebe-se que a participação da agricultura familiar no PNAE possibilita que os direitos destes atores sejam alcançados, para que estes possam usufruir de uma existência digna, e este alcance dá-se através da geração de emprego e renda, que se relaciona ao direito social ao trabalho.

O PNAE, inclusive, é uma referência quando se trata de programa de alimentação escolar. Conforme estudos realizado pela FAO para a implementação de programas de alimentação escolar tendo como referência o PNAE, em países da América Latina e Caribe, a alimentação

escolar, em um contexto latinoamericano, possui um triplo desafio: econômico, para que se possa alimentar as novas gerações; social, pois fornecer alimentação ao estudante implica que este tenha acesso à educação e que tenha chances de sair do ciclo de exclusão social; e político, porque implica em uma dupla necessidade, quais sejam, contar com políticas públicas ousadas e que se tenha a participação cidadã na definição, gestão e controle dessas políticas públicas (FAO, 2013).

Tendo o PNAE sendo utilizado pela FAO como uma referência em países da América Latina, percebe-se a importância do programa e que este atinge os aspectos econômicos, sociais e políticos, que afetam positivamente alunos, agricultores e sociedade.

3.1 INTERSETORIALIDADE

O Estado deve agir de maneira integrada e articulada, de modo a reconhecer os sujeitos como titulares de direitos, pois os problemas sociais existentes estão acima dos limites impostos pela organização administrativa dos setores. Desse modo, a intersectorialidade tem a capacidade de promover maior eficácia às políticas públicas instituídas para toda a sociedade (PERINI, 2013).

A intersectorialidade deve ser entendida como "um modelo de gestão que tem como valor fundamental a totalidade do cidadão e da família, quanto à oferta de serviços públicos e acesso a direitos sociais" (SANTOS, 2011, p. 27), e a sua definição em uma política pública, quanto às estratégias e metas que serão utilizadas, deve estar claramente definida.

Conforme Santos (2011), as relações intersectoriais que permitem a participação e aproximação de diferentes setores podem dar-se por meio de conferências e fóruns, canais informais de comunicação, canais de comunicação e interação permanentes. O objetivo da intersectorialidade é horizontalizar as relações entre os setores, tendo como base a interdependência dos serviços.

Assim a intersectorialidade nas políticas públicas permite que ocorra a articulação de saberes técnicos de cada um dos especialistas de suas respectivas áreas, em que se cria uma agenda coletiva e partilham-se objetivos em comum (NASCIMENTO, 2010).

No caso do PNAE, observa-se que a intersectorialidade é muito significativa na integração da alimentação escolar e agricultura familiar, de forma a trazer benefícios para os agricultores familiares, ao mesmo tempo que se viabiliza o acesso a uma alimentação saudável pelos alunos.

A materialização da intersectorialidade encontra-se na Lei nº 11.947/2009, pois esta contém elementos que ligam o PNAE às políticas de saúde, educação, proteção das minorias, agroecologia, devendo ser compreendida, dentre outras, como uma estratégia de desenvolvimento local e fortalecimento da agricultura familiar (SCHWARTZMAN *et al.*, 2017). Assim, a vinculação do PNAE com a agricultura familiar é uma iniciativa inovadora, que alinha estratégias, programas e políticas que tem por objetivo combater a insegurança alimentar e nutricional, ao mesmo tempo em que se promove o desenvolvimento local de modo sustentável.

Destarte, observa-se por meio da intersectorialidade presente no PNAE que os agricultores familiares que participam do programa podem ter acesso ao Estado para a venda de seus produtos, gerando, assim, emprego e renda para estes agricultores (efetivação do direito social ao trabalho), e acesso a demais políticas públicas voltadas para este setor da agricultura.

3.2 ACESSO À POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS PARA A AGRICULTURA FAMILIAR

A primeira política pública que surgiu para fomentar a agricultura familiar é o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), criado em 1995, que tem como escopo o fortalecimento

das atividades desenvolvidas pelo agricultor familiar. Sua criação teve como base o estudo realizado pela FAO/INCRA na década de 1990.

O PRONAF foi criado como uma resposta às reivindicações dos trabalhadores do meio rural organizados e de outros grupos que destacavam ser importante o estabelecimento de políticas que trouxessem os meios necessários para o fortalecimento da agricultura familiar no país (SILVA, 2011). As reivindicações são oriundas do final década de 1980, e o PRONAF surgiu como meio para conceder crédito agrícola e apoio institucional aos pequenos agricultores rurais que não se enquadravam nas políticas públicas vigentes e possuíam dificuldades permanecer no meio rural. (SCHNEIDER; MATTEI; CAZELLA, 2004).

Desse modo, o PRONAF é a “principal ação concreta de política de apoio à agricultura familiar no Brasil e representando uma injeção considerável de recursos monetários na economia de muitos municípios, com destaque para os mais pobres (SILVA, 2011, p. 127).

Verifica-se que, a partir da participação do agricultor familiar no PNAE, ao mesmo tempo em que este obtém emprego e renda através da venda de seus produtos para o Estado, este pode ter acesso a outras políticas públicas que foram desenvolvidas para a agricultura familiar brasileira.

Para que o agricultor familiar seja reconhecido como tal quando vende seus produtos através do PNAE, além de se enquadrar na descrição trazida pela Lei nº 11.326/2006, este deve ser possuidor da Declaração de Aptidão ao PRONAF (DAP), devidamente ativada. A DAP é, portanto, “a porta de entrada do agricultor familiar às políticas públicas de incentivo à produção e geração de renda” (MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO, 2021).

Assim, ao possuir a DAP ativa, o agricultor familiar tem acesso às seguintes políticas públicas do governo federal, além do PAA e PNAE, quais sejam: Assistência Técnica e Extensão Rural (ATER), Seguro da Agricultura Familiar (SEAF), Garantia-Safra, Programa de Garantia de Preços Mínimos (PGPM), Programa de Garantia de Preços da

Agricultura Familiar (PGPAF), Programa Nacional de Proteção e Uso do Biodiesel (PNPB), Beneficiário Especial da Previdência Social, Aposentadoria Rural (Funrural), Auxílio Emergencial Financeiro, Programa Minha Casa Minha Vida Rural, Plano Brasil Sem Miséria – Rota da Inclusão Produtiva Rural, Cotas em Escolas Profissionalizantes (CEFET), Pronatec Campo. (MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO, 2019).

O acesso a essas políticas públicas pelos agricultores familiares permite que estes tenham os seus direitos alcançados, principalmente quando se trata de direitos sociais, uma vez que essas políticas guardam estreita relação com os direitos insculpidos no art. 6º da Constituição e demais direitos dispostos ao longo do seu texto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O apoio à agricultura familiar é relevante, considerando que o fomento a esta coletividade fortalece as economias locais, com estímulo ao cooperativismo e associativismo, minimizando o êxodo rural e a pobreza rural.

Desse modo, o PNAE pode ser considerado um instrumento de fortalecimento à agricultura familiar, pois permite que os pequenos agricultores vendam os seus produtos ao Estado, permitindo, assim, geração de renda para estas famílias.

A participação dos agricultores familiares no PNAE possibilita que estes tenham acesso a políticas públicas que fomentem as suas atividades econômicas, e os reconhecem como sujeitos de direitos, destacando a importância de sua atuação. O PNAE atende, portanto, aos direitos destes indivíduos, com maior destaque ao direito do trabalho, permitindo que os indivíduos pertencentes à agricultura familiar possam usufruir de uma existência digna com o fruto de seu trabalho,

principalmente por proporcionar um novo canal de venda para a comercialização dos seus produtos.

Destaca-se o importante papel da intersectorialidade no PNAE e agricultura familiar, possibilitando a atuação de vários setores, o que viabiliza o desenvolvimento local, e que os agricultores familiares possam ter seus direitos concretizados, ao mesmo tempo que os agricultores fornecem uma alimentação de qualidade que será incluída na alimentação escolar, a qual respeita os hábitos alimentares locais.

Observa-se também que a participação dos agricultores familiares no PNAE permite que estes tenham acesso a demais políticas públicas, seja elas referentes à venda de produtos, obtenção de crédito rural, aposentadoria, dentre as demais políticas públicas. Ao deduzir que o agricultor familiar, ao participar do PNAE, necessita ter a DAP ativa, e como essa identificação também é exigida para acesso a políticas públicas desenvolvidas para esta coletividade, entende-se que o agricultor pode usufruir de políticas públicas e acesso a mercados institucionais quando passa a vender seus produtos para a alimentação escolar.

Observa-se que a parceria existente entre o PNAE e a agricultura familiar traz benefícios para todos os envolvidos: para o agricultor familiar, em que este passa a ter um novo meio de venda de seus produtos (emprego e renda); as escolas, que passam a estimular a economia local com a inclusão social e produtiva dos agricultores, e, por conta disso, oferecem uma alimentação de qualidade para o seu público; e os alunos, que passam a consumir uma alimentação balanceada, que inclui alimentos regionais, conforme os hábitos alimentares locais.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Ricardo. Agricultura familiar e serviço público: novos desafios para a extensão rural. Debates agricultura familiar e serviço público. Cadernos de Ciência e Tecnologia. Brasília, v. 15, n. 1., p.

137-157, jan./abr., 1998. Disponível em: <https://seer.sct.embrapa.br/index.php/cct/article/view/8932>
Acesso em 24 jan. 2021.

ALTAFIN, Iara; ROCHA, Luiz Augusto. Prioridade para a agricultura familiar: por que é tão difícil? In: BOTELHO FILHO, Flávio Borges (Org.). Agricultura familiar e desenvolvimento territorial: contribuições ao debate. Brasília, Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares, Núcleo de Estudos Avançados. v. 5 n. 17, 2005

ARAÚJO, Jailton Macena de. Valor social do trabalho na constituição federal de 1988: instrumento de promoção de cidadania e de resistência à precarização. Revista de Direito Brasileira, [S.L.], v. 16, n. 7, p. 115-134, 1 abr. 2017. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3058/2788>. Acesso em: 27 jan. 2021.

AZEVEDO, Francisco Fransualdo; PESSOA, Vera Lúcia Salazar. O Programa nacional de fortalecimento da agricultura familiar no Brasil: uma análise sobre a distribuição regional e setorial dos recursos. Soc. nat., Uberlândia, v. 23, n. 3, p. 483-496, Dez. 2011. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/sn/v23n3/v23n3a09.pdf>. Acesso em 27 jan 2021.

BRASIL. Lei nº 11326, de 24 de julho de 2006a. Estabelece as diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11326.htm . Acesso em: 18 jan. 2021

BRASIL. Lei nº 11346, de 15 de setembro de 2006b. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm. Acesso em: 27 jan. 2021

BRASIL. Lei nº 11947, de 16 de junho de 2009. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica; altera as Leis nos 10.880, de 9 de junho de 2004, 11.273, de 6 de fevereiro de 2006, 11.507, de 20 de julho de 2007; revoga dispositivos da Medida Provisória no 2.178-36, de 24 de agosto de 2001, e a Lei no 8.913, de 12 de julho de 1994; e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11947.htm . Acesso em: 19 jan. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-50

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). Comentários à constituição do Brasil. 2. ed. Coimbra, Brasília, Porto Alegre e Belo Horizonte: Almedina e Saraiva, 2018.

FAO. Alimentación escolar y las posibilidades de compra directa de la agricultura familiar. Proyecto GCP/RLA/180/BRA, 2013. Disponível em: <http://www.fao.org/3/a-i3413s.pdf> . Acesso em: 15 jan. 2021.

FNDE. Aquisição de produtos da agricultura familiar para a alimentação escolar. 2ª ed. Brasília: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação; 2016. Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/index.php/programas/pnae/pnae-eixos-de-atuacao/pnae-agricultura-familiar>. Acesso em: 19 jan. 2021.

FNDE. Histórico. Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/index.php/programas/pnae/pnae-sobre-o-programa/pnae-historico> . Acesso em: 15 jan. 2021.

- MACIEL, Lucas Ramalho. Mercado institucional de alimentos: potencialidades e limites para a agricultura familiar. 2008. 129 f. Dissertação (Mestrado em Agronegócios)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/1460>. Acesso em: 25 jan. 2021.
- MALUF, Renato Sérgio Jamil. Segurança alimentar e nutricional com valorização da cultura alimentar. *In*: Cultura e alimentação – saberes alimentares e sabores culturais. São Paulo: SESC, 2007.
- MALUF, Renato Sérgio Jamil. Seguridad alimentaria y nutricional: um enfoque de derecho y soberania. Quito: CAFOLIS, 2008.
- MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. Declaração de Aptidão ao Pronaf (DAP). 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/agricultura-familiar/dap>. Acesso em 25 jan. 2021.
- MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. Direitos e benefícios. 2019b. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/agricultura-familiar/dap/direitos-e-beneficios>. Acesso em 25 jan. 2021.
- NASCIMENTO, Sueli do. Reflexões sobre a intersectorialidade entre as políticas públicas. *Serv. Soc. Soc.*, São Paulo, n. 101, p. 95-120, Mar. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282010000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 jan. 2021.
- PEIXINHO, Albaneide Maria Lima. A trajetória do Programa Nacional de Alimentação Escolar no período de 2003-2010: relato do gestor nacional. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, p. 909-916, Abr. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013000400002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 18 jan. 2021.
- PERINI, Juliane Helriguel de Melo. Desafios da gestão intersectorial na Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. 2013. 95 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Saúde Pública, Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Brasília, 2013. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/23780/1/269.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2021.
- SANTOS, Natalia Navarro dos. A intersectorialidade como modelo de gestão das políticas de combate à pobreza no Brasil: o caso do programa bolsa família no município de Guarulhos. 2011. 166 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Administração Pública e Governo, Escola de Administração de Empresa de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8225/62090100009.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 jan. 2021.
- SARAIVA, Elisa Braga et al. Panorama da compra de alimentos da agricultura familiar para o Programa Nacional de Alimentação Escolar. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, p. 927-935, abr. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013000400004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 jan. 2021.
- SCHNEIDER, Sergio; MATTEI, Lauro; CAZELLA, Ademir Antonio. Histórico, caracterização e dinâmica recente do PRONAF – Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar. *In*: SCHNEIDER, Sergio; SILVA, Marcelo Kunrath; MARQUES, Paulo Eduardo Moruzzi (Org.). Políticas Públicas e Participação Social no Brasil Rural. Porto Alegre, 2004, p. 21-50
- SCHWARTZMAN, Flavia et al. Antecedentes e elementos da vinculação do programa de alimentação escolar do Brasil com a agricultura familiar. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 12, e00099816,

2017 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2017001200501&lng=en&nrm=iso. Acesso em 19 jan. 2021.

SILVA, Sandro Pereira. Políticas públicas, agricultura familiar e desenvolvimento territorial. Cadernos Gestão Pública e Cidadania, [S.L.], v. 16, n. 58, p. 126-144, 1 jan. 2011. Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/3565/2250>. Acesso em 26 jan. 2021.

WANDERLEY, Maria de Nazareth Baudel. Agricultura familiar e campesinato: rupturas e continuidade. Estudos Sociedade e Agricultura (UFRJ), v. 21, 2004, p. 42-61. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/leaa/files/2014/06/Texto-6.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2021.

O Teste de Proporcionalidade como Critério para Restrição do Direito à Propriedade Indígena: Parâmetros da Jurisprudência Interamericana de Direitos Humanos

*Proportionality Test as a Criterion for Restrictions on
Indigenous Property Right: parameters of inter-american
human rights case law*

LAURA FERNANDA MELO NASCIMENTO

LAURA FERNANDA MELO NASCIMENTO

Assistente judiciário no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJAM). Mestranda em Direito no Programa de Constitucionalismo e Direitos na Amazônia na Universidade Federal do Amazonas (UFAM). E-mail: laura.fernanda.f@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0367-0769>.

Resumo: O presente artigo demonstra quais são os parâmetros, a partir da jurisprudência interamericana de direitos humanos, para utilização do postulado da proporcionalidade na resolução de litígios em que há colisão de interesses territoriais e econômicos em terras indígenas. O raciocínio utilizado foi o indutivo, a partir de pesquisa exploratória, visando a obter uma conclusão geral sobre os parâmetros buscados. A metodologia utilizada foi de revisão bibliográfica e jurisprudencial das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre casos de direitos territoriais indígenas.

Palavras-chave: povos indígenas; conflitos territoriais; proporcionalidade

Abstract: This article demonstrates the parameters for the use of the postulate of proportionality for the resolution of disputes in which territorial and economic interests collide in indigenous areas, based on inter-American human rights case law. The method used was the inductive, with exploratory purpose, aiming to obtain a general conclusion about the parameters sought. The research was carried out through a bibliographic and case law review, based on judgments of the Inter-American Court of Human Rights on cases of indigenous territorial rights.

Keywords: indigenous peoples; territorial conflicts; proportionality

INTRODUÇÃO

Em litígios que versam sobre colisão de direitos envolvendo propriedade privada ou concessão pública para desenvolvimento econômico em terras indígenas, em especial nos casos nos quais não se chega a um consenso após o procedimento de consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas, o postulado da proporcionalidade ganha importância para solução do conflito.

Essa conclusão teve como ponto de partida a análise jurisprudencial das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) relativas ao direito de propriedade coletiva indígena, garantido no artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Por meio de sua jurisprudência, a Corte IDH adota a proporcionalidade como critério legítimo para resolução de conflitos entre a propriedade privada ou pública e a propriedade coletiva indígena, bem como entre o empreendimento econômico e a intangibilidade da terra indígena.

Também se verificou a menção ao uso da proporcionalidade tanto no parecer do Ministério Público Federal apresentado ao Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5905 (referente à implantação do linhão de Tucuruí sobre a terra indígena do povo Waimiri-Atroari), como no julgamento da Petição 3388 no STF (sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol), no qual se firmou que a proporcionalidade teria um conteúdo expansivo em relação ao tema da demarcação das terras indígenas.

Quando se fala de proporcionalidade, tende-se a adotá-la como ferramenta jurídica originada da filosofia do direito contemporânea, que visa a evitar problemas da discricionariedade jurisdicional do pós-positivismo jurídico, e a resolver a colisão entre direitos que possuem natureza de princípios (ALEXY, 2015).

Muitas vezes, a proporcionalidade é utilizada, de um lado, como resposta à crise autoimunitária do direito (CANTARINI, 2017), o que significa dizer que é por intermédio dela que se pretende reduzir os riscos (dar imunidade a) dos conflitos sociais. O problema é que, de outro lado, a proporcionalidade acaba por, em alguns casos, tornar-se o veneno para o que deveria ser o remédio, especialmente quando utilizada como “proporcionalismo”, isto é, o uso indiscriminado e o mau uso da proporcionalidade (CANTARINI, 2017, p. 211).

Nesse cenário, torna-se imperioso investigar os parâmetros para utilização da proporcionalidade e mitigar os riscos de utilizá-la de forma equivocada. Na pesquisa realizada, os parâmetros foram retirados da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo em vista o controle de convencionalidade a que estão vinculados os países latino-americanos que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como por se guiar, segundo o artigo 29.b deste instrumento, para o estágio mais protetivo dos direitos humanos.

O presente artigo, portanto, tem como objetivo geral demonstrar de que maneira o postulado da proporcionalidade deve ser utilizado como critério protetivo para resolução de litígios que versam sobre colisão de interesses territoriais e econômicos em terra indígena ou para autorizar a restrição do direito à terra indígena.

Para atingir esse objetivo, a pesquisa foi estruturada em três partes. Na primeira parte, abordou-se o cenário de conflituosidade dos direitos relacionados aos povos indígenas e a importância de se ter um critério legítimo de resolução desses litígios.

Na segunda parte, apresentou-se como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos passou a adotar a proporcionalidade como critério legítimo para resolução de conflitos entre direitos simultaneamente garantidos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Na terceira parte, demonstrou-se, especificamente, como a proporcionalidade é inserida pela Corte IDH para resolução de colisão de interesses territoriais sobre áreas indígenas.

A metodologia parte de abordagem qualitativa, mediante revisão bibliográfica e jurisprudencial, e utilizou-se o raciocínio indutivo, a partir de uma pesquisa de natureza exploratória. Visa-se a apresentar uma conclusão possível a partir dos resultados da pesquisa sobre o postulado da proporcionalidade no recorte temático específico de colisão de direitos territoriais sobre áreas indígenas.

1 O CAMPO DE DISPUTA DOS DIREITOS INDÍGENAS E A NECESSIDADE DE UM CRITÉRIO LEGÍTIMO PARA RESOLVER A COLISÃO DE DIREITOS

No campo teórico e do direito constitucional comparado, as Constituições de Equador (2008) e Bolívia (2009), são costumeiramente apresentadas como um “fato novo”, um novo estágio constitucional denominado “novo constitucionalismo latino-americano”, no qual há preocupação com as vozes historicamente ignoradas. Trata-se de um modelo constitucional que reconhece a diversidade cultural e o pluralismo, visando a coibir práticas assimilacionistas de política indigenista (SOUZA; NASCIMENTO; BALEM, 2019).

A característica primordial desse novo constitucionalismo é o rompimento com o paradigma eurocêntrico e moderno (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2019), que constituiu as bases liberais e universalistas da teoria do direito clássica, com a conseqüente busca por uma sociedade plurinacional e um modo alternativo de produção econômica, capaz de reformular a relação da sociedade capitalista com diversas outras racionalidades existentes (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017), dentre elas as dos povos indígenas.

Por essa razão, quando se faz uma análise estrita dos atuais textos constitucionais positivados na América Latina, pode ocorrer uma apressada conclusão de que existe diferença nos direitos reconhecidos a povos indígenas nos países que estariam no estágio do novo constitucionalismo e naqueles inseridos no contexto do neoconstitucionalismo, como seria o caso do Brasil (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017).

Essa análise de teoria constitucional sob um viés estritamente positivado desconsidera que, de uma forma aprofundada sobre suas bases fundantes, o novo constitucionalismo se impõe enquanto fenômeno de busca por emancipação de sujeitos de direitos antes excluídos e quebra de paradigmas postos (BALDI, 2013), isto é, vai além das previsões constitucionais positivadas de novos institutos jurídicos.

O novo constitucionalismo latino-americano, no campo da luta por direitos, e não somente no estudo sobre teorias constitucionais, acaba por se irradiar enquanto laboratório de estudo, sobretudo por dar novo conteúdo a direitos que foram ressignificados (BERNARDES, 2017).

Sob esse entendimento, é possível compreender o porquê a Corte Constitucional da Colômbia reconheceu, na Sentença T-622/2016, o rio Atrato como sujeito de direitos, mesmo sem uma previsão constitucional na atual Constituição Colombiana de 1991 no mesmo sentido em que a natureza é sujeita de direitos na Constituição equatoriana (CÂMARA; FERNANDES, 2018).

Por esse viés também é possível compreender a doutrina que insere o Brasil no contexto do novo constitucionalismo latino-americano, especificamente no seu primeiro ciclo (FAJARDO, 2010), visto que a Constituição brasileira de 1988, reconheceu direitos a povos indígenas de forma positivada antes mesmo da Convenção 169 da OIT, inaugurando na América Latina, a nível constitucional, o seu reconhecimento como sujeitos de direitos e o de seus modos de vida e de ocupação tradicional da terra.

Além do mais, o novo constitucionalismo latino-americano pode ser compreendido sob a ótica da luta por direitos, e não somente da

teoria do direito constitucional. Isso porque as Constituições têm como essência instaurar as bases do que se pretende ser como sociedade, no campo da deontologia (dever-ser).

Tanto é que no campo prático, mesmo com legislação positivada, encontram-se diversas dificuldades de implementação efetiva de direitos, o que pode ser explicado, por exemplo, pela permanência do colonialismo interno (CASANOVA, 2007) e pela existência de constituições nominais que pretendem se tornar normativas, no contexto paradoxal em que ampliam o grau democrático e, ao mesmo tempo, aumentam a concentração de poder no Executivo-presidencialista (GARGARELLA, 2015).

Essa busca por efetivação dos novos direitos, da nova ordem jurídica e da mudança de paradigma eurocêntrico, moderno e capitalista, também é uma realidade das Constituições equatoriana e boliviana.

O texto positivado não impediu a permanência de campos de batalha e resistência em relação a direitos de povos indígenas (ARAUJO JUNIOR, 2018), o que se observa frente a práticas de desenvolvimento econômico que lhes reduzem direitos e causam danos etno-ambientais, a despeito das previsões constitucionais de rompimento com a lógica colonial e de adoção de novo patamar de proteção da natureza (enquanto sujeita de direito). Existem dois casos de grande repercussão que são constantemente mencionados e analisados pela doutrina que envolvem os dois países.

No Equador, trata-se da "Iniciativa Yasuní-ITT", em que o ex-presidente Rafael Correa lançou, em 2007, uma proposta de não exploração de petróleo no Parque Nacional Yasuní, na Zona Intangível e no adjacente Território Indígena Waorani, em troca de recebimento de doações monetárias internacionais, a qual, todavia, restou frustrada e desativada no ano de 2013 (ROCHA, 2019).

Na sequência, o governo equatoriano negou a consulta nacional para aferir o interesse público e permitir a gestão popular ambiental econômica daquela região, autorizando a exploração do petróleo por

empresas estrangeiras, descumprindo os preceitos constitucionais dos arts. 104¹⁸, 276.3¹⁹ e 278.1²⁰ da Constituição do Equador, e, ainda, não permitindo a gestão democrática-participativa do desenvolvimento econômico pautado no Buen Vivir, o que gerou a denúncia do Estado equatoriano perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (SANTAMARÍA, 2018).

Da mesma forma, na Bolívia, houve grande repercussão no “caso TIPNIS”, em que foi autorizada a construção de uma rodovia de interligação Brasil-Bolívia, passando por uma área duplamente protegida, o Território Indígena e Parque Nacional Isiboro Sécore, revogando-se²¹ a lei anterior que já havia tornado intangível essa área territorial²².

Diante disso, tem-se que mesmo nos países apontados como aqueles que adotaram o giro biocêntrico e a teoria decolonial em suas constituições positivadas, há o persistente campo de batalhas e confrontos de direitos em seu campo prático, o que pode ser analisado sob uma perspectiva materialista da realidade social.

A partir deste enfoque, verifica-se que há certas semelhanças nas lutas por direitos e resistências de povos indígenas entre o que ocorre no Brasil e o que ocorre no Equador e na Bolívia, especificamente (i) a persistente busca por direitos diante de projetos de desenvolvimento

18 Art. 104. (...) La ciudadanía podrá solicitar la convocatoria a consulta popular sobre cualquier asunto. Cuando la consulta sea de carácter nacional, el petitorio contará con el respaldo de un número no inferior al cinco por ciento de personas inscritas en el registro electoral; cuando sea de carácter local el respaldo será de un número no inferior al diez por ciento del correspondiente registro electoral.

19 Art. 276.- El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos: 3. Fomentar la participación y el control social, con reconocimiento de las diversas identidades y promoción de su representación equitativa, en todas las fases de la gestión del poder público.

20 Art. 278.- Para la consecución del buen vivir, a las personas y a las colectividades, y sus diversas formas organizativas, les corresponde: 1. Participar en todas las fases y espacios de la gestión pública y de la planificación del desarrollo nacional y local, y en la ejecución y control del cumplimiento de los planes de desarrollo en todos sus niveles.

21 Por meio da Lei 969/2015 da Bolívia.

22 Art. 1º, III, da Lei 180/2011 da Bolívia: Asimismo, adicionalmente se declara al Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore - TIPNIS, como zona intangible.

econômico em terras indígenas e (ii) a associação da luta por direitos dos povos indígenas à questão ambiental.

Sobre esse ponto, o campo jurídico de proteção de direitos humanos, carrega em si a possibilidade de diálogo transconstitucional com outras órbitas (outros ordenamentos constitucionais e cortes internacionais) (NEVES, 2014b), buscando-se a máxima proteção dos direitos e a construção da identidade de nossa democracia por meio da lógica da alteridade (NEVES, 2014a).

Esse diálogo pautado na alteridade permite a incorporação e a troca, entre ordenamentos jurídicos diversos, dos novos paradigmas deontológicos (do dever ser) dos ordenamentos constitucionais, dos direitos humanos e dos novos direitos.

Eis que surge a necessidade de compreensão, por parte do jurista que efetivamente leve a cabo o monismo dialógico dos direitos humanos²³ (MAZZUOLI, 2011), das teorias decoloniais, das cosmovisões indígenas e da racionalidade diversa já positivamente reconhecidas nesses outros ordenamentos jurídicos. O diálogo de cortes passa a compor o conteúdo do direito à autodeterminação dos povos inseridos nos textos constitucionais e nos tratados internacionais de direitos humanos sobre os direitos dos povos indígenas.

Dito isso, o jurista se insere num cenário em que deve se atentar pela melhor forma de solução dos conflitos de direitos humanos que leve em consideração todo o aparato protetivo mais benéfico a esses povos.

Isso, inclusive, se analisado sob a visão mais estrita de que, no Brasil, seríamos juristas do neoconstitucionalismo, afinal, mesmo na era neoconstitucional, já se exige o diálogo entre cortes para proteção dos direitos humanos, sendo os ordenamentos jurídicos dos países estrangeiros e as decisões de cortes internacionais apenas mais uma esfera dialógica a ser levada em consideração.

23 Coexistência e diálogo entre normas internas e internacionais para proteção de direitos humanos enquanto fontes de direito (MAZZUOLI, 2011, p. 90), reduzindo-se a esfera de soberania e intangibilidade do ordenamento interno referente à teoria dualista (de dois ordenamentos distintos e intocáveis).

Tendo isso em mente, de que os institutos jurídicos devem ser ressignificados à luz das teorias mais avançadas de proteção de direitos humanos, exsurge a já existente proporcionalidade, enquanto postulado de resolução de conflitos (ÁVILA, 2018).

A proporcionalidade se destaca porque é considerada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como critério para resolver a colisão de direitos entre propriedade individual e propriedade coletiva, bem como entre interesse desenvolvimentista estatal e direitos territoriais-existenciais sobre terras indígenas.

Porém, antes de apresentar a utilização da proporcionalidade para os casos de direitos territoriais indígenas, importa apresentar a origem dessa técnica decisória por aquela Corte, de modo a possibilitar melhor compreensão do papel a ser realizado pelos Estados em suas órbitas internas quando obrigados a realizar o juízo de proporcionalidade.

2 A PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Em sua origem, a Corte Interamericana de Direitos Humanos surgiu pela necessidade de proteção dos direitos humanos nas Américas, no contexto do fortalecimento democrático diante de graves violações de direitos humanos ocorridas no período de regimes militares da América Latina.

No ano em que a Convenção Americana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) entrou em vigor, ainda havia Estados latino-americanos que eram regidos por ditaduras, e menos

da metade dos onze primeiros Estados a ratificarem referida convenção possuía líderes eleitos democraticamente (PIOVESAN, 2014).

Segundo Piovesan (2014), dois períodos demarcam a América Latina nesse contexto do sistema interamericano, sendo eles um, referente aos regimes ditatoriais, e o outro, ao período da transição política para os regimes democráticos.

Decorrente disso, os casos que predominaram nas décadas de oitenta e noventa versavam sobre direitos impositivos e que dificilmente conviviam com cenários legitimadores de restrições de direitos (como por exemplo, desaparecimentos forçados, tortura e execuções arbitrárias em contexto ditatorial, relacionados à violação aos direitos à vida e à integridade pessoal).

Por isso, a maioria dos casos naquela época, e os que, ainda hoje, versam sobre essas matérias, acabam sendo resolvidos pelo critério da subsunção e não o da proporcionalidade (CLÉRICO, 2018).

Com o passar dos anos, a Corte IDH passou a ter novos papéis na transformação sociopolítica da América Latina, mediante o enfrentamento de novos temas que, segundo Piovesan (2014), podem ser divididos em seis categorias evolutivas, quais sejam: i) legado do regime autoritário ditatorial; ii) justiça de transição; iii) fortalecimento de instituições e da consolidação do Estado de Direito; iv) direito de grupos vulneráveis; v) direitos sociais; e vi) novos direitos da agenda contemporânea, como o direito à saúde sexual e reprodutiva.

É por meio dessa evolução nas matérias abordadas pela Corte IDH que surge uma nova prática decisória, na qual se está diante de direitos que admitem mitigações e, muitas vezes, encontram-se em conflitos entre direitos reconhecidos na própria CADH (CLÉRICO, 2018).

Nesse cenário de conflitos entre direitos, ambos requerem a sua realização da melhor forma possível e de forma concomitante, não se admitindo a realização de um em total menoscabo de outro na situação em que se chocam, o que impõe a adoção de novas técnicas decisórias pela Corte protetora de direitos humanos (CLÉRICO, 2018).

Na CADH, não existe uma norma específica que determina a resolução da colisão de direitos por meio da proporcionalidade. Segundo Arnold, Martinez Estay e Zuniga Urbina (2012), a origem de sua adoção pela Corte IDH advém da vinculação entre a restrição de direitos e sua compatibilidade com os fins de uma sociedade democrática, prevista nos artigos 15, 16.2 e 22.3 da CADH (OEA, 1969):

Artigo 15. Direito de reunião

É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei e que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

Artigo 16. Liberdade de associação

2. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

Artigo 22. Direito de circulação e de residência

3.0 exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas. (OEA, 1969)

Essa vinculação foi inicialmente adotada pela Corte IDH a partir de sua Opinião Consultiva 05/85 (ARNOLD; MARTINEZ ESTAY; ZUNIGA URBINA, 2012), na qual se definiu que, no sistema interamericano, a restrição de um direito deve decorrer de uma necessidade imperiosa (satisfazer um interesse público imperativo), em relação à qual se investiga se há outras opções para alcançar seu objetivo e, caso exista, escolhe-se a que menor restrinja o direito protegido, sendo que

essa restrição, ainda, deve ser proporcional ao objetivo e ajustar-se à sua realização.

Na Opinião Consultiva 8/87, a Corte IDH novamente utilizou a proporcionalidade como parâmetro interpretativo da suspensão de garantias que está prevista no artigo 27.1 da CADH (ARNOLD; MARTINEZ ESTAY; ZUNIGA URBINA, 2012):

Artigo 27. Suspensão de garantias

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social. (OEA, 1969)

Em relação às sentenças proferidas pela Corte IDH, pode-se encontrar a utilização da proporcionalidade, pela primeira vez, no caso Ricardo Canese vs. Paraguai, de 2004, por meio do qual se analisou a proporcionalidade das sanções penais frente ao supracitado direito do artigo 22 da CADH.

No entanto, para Clérico (2018), o caso paradigmático sobre a virada do critério decisório a partir da proporcionalidade na colisão de direitos foi Kimel vs. Argentina, do ano de 2008. No referido caso, a Corte IDH (2008b) precisou enfrentar o conflito entre o direito de liberdade de expressão sobre tema de interesse público e o direito à honra de funcionários públicos, no contexto de crítica a uma decisão judicial realizada por parte de um historiador que realizou uma investigação jornalística sobre a questão submetida ao Judiciário argentino.

A partir desse caso, indica Clérico (2018), a Corte IDH passou a adotar, como fórmula em sua jurisprudência, o critério da

proporcionalidade desenvolvido pela doutrina alemã, que exige o teste de proporcionalidade em três fases: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Na sua aplicação concreta no caso citado, a Corte IDH (2008b) posicionou-se no sentido de que a sanção penal aplicada ao Senhor Kimel, por sua crítica ao servidor público, era adequada à proteção do bem jurídico penalmente tutelado, mas desproporcional e excessiva. A restrição estatal ao direito de Kimel foi considerada como aprovada na primeira etapa do teste de proporcionalidade (adequação), mas desaprovada nas segunda e terceira etapas, em que se afere a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

O caso se referia ao direito de liberdade de expressão, que é previsto no artigo 13 da CADH e não nos supracitados artigos 15, 16 e 22. A partir de então, a Corte IDH estendeu o princípio da proporcionalidade para a solução de conflitos de direitos como regra geral para os demais direitos previstos na CADH (ARNOLD; MARTINEZ ESTAY; ZUNIGA URBINA, 2012), e não somente para aferir a compatibilidade da restrição aos direitos do artigo 15, 16 e 22, que exigiam, como dito, a aferição da necessidade de restrição do direito numa sociedade democrática.

Nessa mesma linha jurisprudencial que se desenvolvia, a Corte IDH estendeu a aplicação da proporcionalidade como critério analítico da restrição de direitos de povos indígenas, o que será demonstrado no tópico a seguir.

3 A PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM CASOS DE DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS: PARÂMETROS DE APLICAÇÃO

O artigo 21 da CADH prevê o direito à propriedade privada como direito humano de toda pessoa ao uso e gozo de seus bens. Apesar de sua origem remeter à propriedade individual e privada, a Corte IDH interpretou-o à luz das peculiaridades dos povos indígenas e tribais²⁴, aumentando seu conteúdo para abranger o direito à propriedade coletiva, consuetudinária e elemento da identidade cultural de um povo.

Essa construção hermenêutica adveio da norma interpretativa prevista no artigo 29.b da CADH, o que permitiu a análise ampliativa e evolutiva do direito de propriedade à luz da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas:

Artigo 29. Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

[...] b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes

²⁴ O termo “povos tribais” é utilizado pela jurisprudência da Corte IDH como definido na Convenção 169 da OIT. No presente artigo esse termo também foi utilizado, com a finalidade de guardar a devida correspondência com o material bibliográfico revisado. Ressalta-se, contudo, que atualmente deve prevalecer o critério de autoidentificação e, por consequência, os termos próprios das coletividades, a exemplo de quilombolas, comunidades tradicionais, ribeirinhos, coletores de coco-babaçu, dentre outros.

ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; (OEA, 1969)

Durante a realização da presente pesquisa, foram identificados, ao todo, quatro casos em que a CortelDH indicou o princípio da proporcionalidade como legítimo para resolver conflitos de direitos envolvendo o direito à propriedade coletiva para povos indígenas e tribais, sob o marco de proteção do artigo 21 da CADH.

Os casos identificados foram Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai (2006b), Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai (2006a), Povo Saramaka vs. Suriname (2007) e Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil (2018).

Antes de demonstrar a aplicação da proporcionalidade nos referidos casos, importa destacar que ao analisar pela primeira vez a norma do artigo 21 da CADH em relação aos povos indígenas, no caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua (2001), a CortelDH retomou o contexto histórico e a intenção dos Estados que finalizaram o texto da CADH, demonstrando que se decidiu por utilizar no artigo 21.1 a expressão “uso e gozo dos seus bens”, no lugar de “propriedade privada”:

Artigo 21. Direito à propriedade privada.

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. (OEA, 1969)

A partir disso, a análise sobre os marcos normativos internos possuiu como filtro o direito a “uso e gozo” do território e não meramente um título formal de propriedade. Isso significa dizer que, por exemplo, no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de o artigo 231, § 2º, da Constituição da República (BRASIL, 1988), prever o direito a “usufruto”, para a Corte IDH (2018), trata-se, na verdade, de direito de mesma hierarquia ao direito com título de “propriedade”:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. (BRASIL, 1988)

Deve ser ressaltado, do mesmo modo, que dentro dessa compreensão de uso e gozo dos bens, a Corte IDH definiu, no caso Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) vs. Argentina (2020), que está incluído o direito de uso e gozo dos recursos naturais ligados à cultura e aos costumes dos povos indígenas, bem como dos recursos alimentícios para sua subsistência.

Isso significa dizer que mesmo nos casos em que o processo demarcatório de terra indígena não tenha sido finalizado, seu direito à propriedade coletiva indígena poderá ser considerado em relação ao direito de uso e gozo dos recursos naturais e alimentícios dentro da área em que vivem.

No que se refere às restrições ao direito de propriedade, a Corte IDH reconhece que há a possibilidade de sua restrição na hipótese de interesse social do Estado, assim como previsto no supracitado artigo 21.1 da CADH, afastando a noção de que se constituiria como um direito absoluto.

Em relação à propriedade coletiva, os povos indígenas e tribais possuem, como regra, o direito a exercê-lo sem qualquer interferência externa de terceiros, inclusive do próprio Estado. Porém, da mesma forma, e de modo excepcional, a Corte IDH admite que esse mesmo interesse social a que alude o artigo 21.1 da CADH, pode restringir o direito à propriedade indígena (CORTE IDH, 2006b).

Referido interesse social, todavia, não se confunde com um simples interesse útil ou oportuno. Deve ser um interesse imperativo e

coletivo, que realmente tenha o condão de, em tese, preponderar sobre o direito de propriedade indígena (CORTE IDH, 2006b). Além disso, o interesse social deve estar previamente estabelecido em lei e ter um objetivo compatível com os fins de uma sociedade democrática (CORTE IDH, 2007).

Em relação a situações em que se analisa a restrição do uso e gozo de recursos, e não exatamente do território em si, a Corte IDH (2007) também estipulou que deve ser aferido, primeiramente, se esses recursos têm, ou não, uso tradicional, imaterial ou de subsistência, e, em caso negativo, se haverá danos a recursos naturais outros que acabem por afetar os que são utilizados com aquelas naturezas (uso tradicional, imaterial ou de subsistência).

A Corte IDH (2007) também determina que se investigue se a medida restritiva tem o condão de afetar a identidade cultural do povo indígena ou colocar em perigo a subsistência de seus membros. Para realizar essa investigação, a Corte IDH (2007) estabeleceu três garantias específicas, atribuindo três ônus aos Estados.

A primeira garantia específica é a realização de consulta prévia que garanta a participação efetiva dos membros do povo indígena acerca das decisões sobre a medida que lhe afetará; a segunda é a repartição de benefícios decorrente do desenvolvimento em seus territórios; e a terceira é o estudo de impacto socioambiental, que permita identificação de possíveis danos e o fornecimento de informações adequadas sobre os riscos a que estão sujeitos (CORTE IDH, 2008a).

Essas salvaguardas devem ser aplicadas, segundo a Corte IDH (2015), mesmo quando não se refira à exploração econômica da terra, ou seja, a qualquer caso em que se adote uma medida que vise a restringir o direito de uso e gozo dos bens na terra indígena. Como exemplo, cita-se o caso de afetação da área em que vivem indígenas para fins de instituir área ambientalmente protegida que não admita intervenção humana (CORTE IDH, 2015).

Respeitadas essas questões preliminares, é que se passaria para o teste da proporcionalidade na colisão dos direitos, sobretudo porque a premissa básica da jurisprudência interamericana é que as medidas restritivas devem interferir na menor medida possível no outro direito.

Todavia, ao contrário do que ocorreu no caso *Kimel vs. Argentina*, a Corte IDH não realizou efetivamente o controle de proporcionalidade em casos envolvendo os direitos territoriais indígenas.

O primeiro caso sobre aplicação da proporcionalidade nessa temática, como dito anteriormente, foi o Caso *Comunidade Yakye Axa vs. Paraguai* (2006b). No referido caso, o governo paraguaio vendeu para empresários britânicos parte de terras originárias em que vivem os membros da Comunidade Yakye Axa, o que lhes obrigou a sair de suas terras ancestrais, impondo uma condição de vulnerabilidade socioeconômica que lhes gerou violações de direitos humanos (exploração sexual de mulheres indígenas, falta de água e alimentos, etc.).

Como as terras foram adquiridas por terceiros, no caso em questão, estava-se diante do conflito de propriedade comunal indígena e propriedade privada particular, o que, para a Corte IDH (2006b), pode vir a ser um conflito real ou aparente, a depender o caso concreto.

Para resolver o impasse, a Corte IDH (2006b) estabelece, como já exposto, que a restrição de um direito deve estar prevista em lei e visar a um objetivo legítimo de uma sociedade democrática, mas também deve ser necessária e proporcional.

A restrição no direito à propriedade privada do particular pode ser necessária para viabilizar o objetivo coletivo de preservar as comunidades indígenas e suas identidades culturais dentro de uma sociedade democrática e plural, bem como pode ser proporcional somente em caso de pagamento de uma justa quantia indenizatória (CORTE IDH, 2006b).

Para a Corte IDH, não significa que sempre haverá conflito entre os direitos territoriais particulares ou estatais e os direitos territoriais indígenas, e nem que uns prevaleçam sempre em relação aos

outros (CORTE IDH, 2006b). Na verdade, para ela, deve-se verificar, caso a caso, e justificadamente, as medidas possíveis de manter os povos em seus territórios ou de compensação, tendo como norte a orientação principal do que significa a terra para a comunidade (CORTE IDH, 2006b).

Dito isso, a Corte IDH (2006b) determinou ao Estado do Paraguai que identificasse o território tradicional da Comunidade Yakye Axa; entregasse-o de volta à comunidade; e, no caso de se encontrar em mãos privadas, determinou que o Estado avaliasse a legalidade, necessidade e proporcionalidade da expropriação ou não das terras, e se o fim dessa espoliação era um objetivo legítimo de uma sociedade democrática.

No segundo caso em que se menciona o critério de proporcionalidade, Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai (2006a), também inserido nesse contexto de venda das terras do Chaco paraguaio (onde também se encontravam as terras da comunidade indígena Sawhoyamaxa) para empresários britânicos, a Corte IDH (2006a) foi expressa ao mencionar que não poderia decidir qual direito à propriedade prevaleceria no caso concreto (o da comunidade indígena ou a privada dos atuais donos).

A justificativa da Corte IDH é de que ela não é um tribunal de direito interno que dirime as controvérsias entre particulares, de modo que tal tarefa seria atribuição exclusiva do Estado paraguaio, restando para si, enquanto Corte internacional, a atribuição de analisar a garantia de direitos humanos aos membros daquela comunidade (CORTE IDH, 2006a).

Assim, na referida sentença, a Corte IDH (2006a) analisou apenas as justificativas do Estado para não devolver as terras ancestrais à comunidade indígena (serem privadas; serem produtivas; e ter sido alienada por tratado bilateral entre Paraguai e Inglaterra), e concluiu que elas não eram legítimas para justificar o interesse social imperioso de

uma sociedade democrática, exigido para restrição de direito à propriedade do artigo 21.1 da CADH.

O terceiro caso, Povo Saramaka vs. Suriname (2007), não se refere a povo indígena, mas sim a comunidade tribal afrodiaspórica. Apesar disso, pode ser utilizado como parâmetro na presente pesquisa, visto que a Convenção 169 da OIT se aplica igualmente a povos indígenas e tribais, quando identificadas as relações imateriais e comunais com a terra. Sobre isso, assim se manifestou a Corte IDH:

A Corte não encontra uma razão para se afastar dessa jurisprudência no presente caso. Portanto, este Tribunal declara que os membros do povo Saramaka devem ser considerados como uma comunidade tribal e que a jurisprudência da Corte referente ao direito de propriedade dos povos indígenas também é aplicável aos povos tribais, uma vez que compartilham características sociais, culturais e econômicas distintas, incluindo a relação especial com seus territórios ancestrais, que exigem medidas especiais conforme o direito internacional dos direitos humanos, a fim de garantir a sobrevivência física e cultural desse povo. (CORTE IDH, 2007, tradução nossa)

Nesse caso, a Corte IDH (2007) se manifestou no sentido de que o direito à propriedade não era absoluto e, apesar da interconexão entre o direito ao uso e gozo de terras e de recursos naturais para sobrevivência, o direito de propriedade a que fazem jus está sujeito a certos limites e restrições.

O caso se referia, dentre outras questões, à concessão pública para construção de hidrelétrica dentro do território Saramaka. Nesse sentido, o teste da proporcionalidade deveria aferir se era necessária uma restrição ao direito de propriedade privada (concessão pública a empresa privada), para preservar a subsistência física e cultural do povo Saramaka (CORTE IDH, 2007).

Nesse sentido, a Corte IDH reconheceu que o Estado de Suriname poderia restringir o direito de propriedade indígena mediante a outorga de concessão para exploração e extração de recursos naturais

dentro do território Saramaka, mas desde que garantisse, primeiramente, a participação efetiva do povo; a repartição dos benefícios; a avaliação de impacto socioambiental; e estabelecesse garantias para assegurar que as atividades econômicas não produzissem um dano maior às terras tradicionais e aos recursos naturais (CORTE IDH, 2007). No caso em concreto, todavia, tais requisitos não estavam preenchidos e o Suriname foi condenado pela concessão de exploração econômica sem essas garantias (CORTE IDH, 2007).

Por fim, no caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil, que tratou da demora irrazoável da demarcação da terra indígena Xucuru e as violações de direitos humanos decorrentes, a Corte IDH (2018) foi direta ao estabelecer que o conflito entre os direitos de propriedade privado ou estatal e o de propriedade comunal indígena deve passar, primeiramente, pelas ferramentas jurídicas estabelecidas em sua jurisprudência, acima mencionadas, para, então, passar ao exercício do teste de proporcionalidade.

Na sequência, a Corte IDH (2018) ressaltou que no caso brasileiro, só haveria necessidade de ponderação durante um processo de reconhecimento, demarcação e titulação dos direitos territoriais dos povos interessados, mas não no processo de desintrusão, no qual a propriedade coletiva já tenha sido definida.

Além disso, também não haveria necessidade de ponderação se considerado que o artigo 231, § 6º, da Constituição da República, atribui natureza declaratória ao processo de demarcação das terras indígenas e nulifica e extingue os atos de terceiros que tenham por objeto ocupação, domínio, posse ou exploração das riquezas naturais do solo, rios e lagos nelas existentes.

Desse modo, segundo essa previsão constitucional, a Corte IDH (2018) entendeu que haveria, no ordenamento brasileiro, a prevalência dos direitos de povos indígenas ou originários frente a terceiros de boa-fé e ocupantes não indígenas, o que deveria ser tutelado pelo Estado mesmo sem aplicação da ponderação no caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo geral demonstrar de que maneira o postulado da proporcionalidade deve ser utilizado como critério protetivo para resolução de litígios que versem sobre colisão de interesses territoriais e econômicos em terra indígena e para autorizar a restrição do direito à terra indígena.

A pesquisa se justificou porque não só no ordenamento jurídico brasileiro, mas também nos países com textos constitucionais mais avançados na proteção de direitos indígenas (Bolívia e Equador), sua efetivação ainda se encontra em campos de disputa e de conflitos, sobretudo na colisão de direitos territoriais nos cenários de desenvolvimento econômico ou propriedade particular na área indígena.

Além disso, por se tratar de pesquisa direcionada à aplicação do postulado da proporcionalidade, sabe-se da imperiosidade de se delimitar os parâmetros para sua utilização, a fim de mitigar os riscos de utilizá-lo de forma equivocada ou discricionária.

Para realizar o objetivo do presente trabalho, os parâmetros de aplicação da proporcionalidade foram retirados da jurisprudência da Corte IDH, a qual foi escolhida por balizar o controle de convencionalidade nos Estados-parte da CADH e por se guiar para o estágio mais protetivo dos direitos humanos, segundo a norma interpretativa do artigo 29.b do referido instrumento.

A metodologia adotada pautou-se no método indutivo, a partir de pesquisa exploratória, visando a chegar numa conclusão geral sobre como se aplicar adequada e convencionalmente o postulado da proporcionalidade nos casos de conflitos territoriais indígenas.

Após revisão bibliográfica e jurisprudencial, conforme exposto no desenvolvimento do presente trabalho, chegou-se a determinados parâmetros que devem balizar a atuação jurisdicional dos Estados que compõem o sistema interamericano de direitos humanos.

Em primeiro lugar, deve-se dar destaque que, para a Corte IDH, o direito de propriedade indígena não se confunde com título de propriedade ao povo indígena, mas sim à garantia do uso e gozo da terra, bem como de recursos naturais com finalidades imateriais ou de subsistência. Assim, no contexto de ponderação de direitos, o uso e gozo da terra ou de seus recursos possuem a mesma hierarquia do direito de propriedade em sentido estrito.

Em segundo lugar, a Corte IDH determina que, antes da aplicação do teste da proporcionalidade, deve ser analisado se há um interesse social imperativo, legalmente previsto, e compatível com objetivo que tenha finalidade legítima numa sociedade democrática.

Em seguida, devem ser aplicadas certas ferramentas jurídicas para garantir a subsistência dos povos indígenas e permitir um juízo adequado sobre a necessidade e proporcionalidade de medidas restritivas, sendo elas: participação das comunidade indígenas; estudo de impacto socioambiental que revele os riscos a que essas comunidades estão submetidas, inclusive para fins de informá-las no procedimento de consulta; e, por último, a repartição de benefícios da atividade econômica a essas comunidades.

Em terceiro lugar, deve-se investigar se a colisão de direitos é real ou aparente. Caso não se encontre um consenso com a comunidade indígena afetada, o conflito torna-se real e deve ser resolvido caso a caso, não sendo possível supor a prevalência, em tese, de um direito sobre o outro, exceto quando o próprio ordenamento jurídico assim o estabeleça, o que afastaria a aplicação de ponderação no caso concreto. Esse é o posicionamento da Corte IDH em relação ao Brasil, no caso do Povo Xucuru, quanto à prevalência do direito territorial indígena em relação ao direito de propriedade de terceiro de boa-fé, à luz do artigo 231, § 6º, da Constituição brasileira.

Em quarto lugar, é importante frisar que a Corte IDH inverteu a lógica da aferição da necessidade nos casos *Yakye Axa vs. Paraguai* e *Saramaka vs. Suriname*, ao investigar a necessidade de restringir o direito de

desenvolvimento econômico ou de propriedade privada para garantir a existência, subsistência e identidade cultural dos povos indígenas, e não a necessidade de restringir o direito de propriedade indígena.

Ademais, o ônus da prova sobre as etapas da proporcionalidade foi invertido contra o Estado, a quem cabe demonstrar que adotou as garantias de salvaguardas aos povos indígenas; que seu interesse social é, de fato, imperioso e absolutamente necessário; e que não delegou o procedimento de consulta ou de salvaguardas a terceiros.

Em quinto lugar, - e aqui se comprova a importância de se compreender a jurisprudência interamericana para a realização do controle de convencionalidade -, destaca-se que a Corte IDH não analisou as etapas do teste de proporcionalidade em suas sentenças sobre conflitos territoriais indígenas, e estabeleceu que é competência interna dos Estados a ele procederem, o que recai, sobretudo, para o Poder Judiciário, enquanto juiz interamericano, nos litígios sobre a matéria.

Diante do exposto, é possível concluir que, além de se alcançar o objetivo estipulado na pesquisa (demonstrar os parâmetros de aplicação do postulado da proporcionalidade em casos de colisão de interesses territoriais e econômicos em terras indígenas), o presente trabalho demonstrou que a aplicação desse postulado ocorre somente como terceira etapa justificante de restrições impostas à propriedade indígena, uma vez que, antes, deve-se aferir a legalidade e o objetivo legitimamente democrático e as três salvaguardas de subsistência dos povos indígenas: direito de participação, estudo de impacto socioambiental e proposta de repartição de benefícios.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. 2 ed. 4 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

- ARAUJO JUNIOR, Julio Jose. Direitos Territoriais Indígenas: Uma Interpretação Intercultural. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- ARNOLD, Rainer; MARTINEZ ESTAY, José Ignacio; ZUNIGA URBINA, Francisco. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Estudios constitucionales, Santiago, v. 10, n. 1, p. 65-116, 2012. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S-0718-52002012000100003#n55. Acesso em: 29 jan. 2021.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.
- BALDI, César Augusto. Novo Constitucionalismo Latino-Americano: Considerações Conceituais e Discussões Epistemológicas. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar (Org.) Crítica Jurídica na América Latina. Aguascalientes: CENEJUS, 2013, p. 90-107.
- BARBOSA, Maria Lúcia; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino Americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação. Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1113-1142, 2017.
- BERNARDES, Márcio de Souza. A (re)invenção do comum no novo constitucionalismo latino-americano: ecologia política, direito e resistência na América Latina. 2017. 311 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jan. 2021.
- CÂMARA, Ana Stela; FERNANDES, Márcia Maria. O Reconhecimento Jurídico do Rio Atrato como Sujeito de Direitos: reflexões sobre a mudança de paradigma nas relações entre o ser humano e a natureza. Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas, v.12, n.1, p. 221-240, 2018.
- CANTARINI, Paola. Princípio da proporcionalidade como resposta à crise autoimunitária do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- CASANOVA, Pablo González. Colonialismo interno (uma redefinição). In: BORON, Atilio A.; AMADEO, Javier; GONZÁLEZ, Sabrina (org.). A teoria marxista hoje. Problemas e perspectivas. Buenos Aires: CLACSO, 2007.
- CLÉRICO, Laura. Derechos y Proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión, miradas locales, interamericanas y comparadas. Querétaro (México): Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. 06 de fevereiro de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf. Acesso em: 29 jan. 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. 29 de março de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf. Acesso em: 29 jan. 2021.

- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf. Acesso em: 29 jan. 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua. 31 de agosto de 2001. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf. Acesso em: 29 jan. 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. 28 de novembro de 2007. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf. Acesso em: 29 jan. 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. 12 de agosto de 2008a. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_esp.pdf. Acesso em: 29 jan. 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do caso Kimel vs. Argentina. 02 de maio de 2008b. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf. Acesso em: 29 jan. 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil. 5 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf. Acesso em: 29 jan. 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. 25 de novembro de 2015. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf. Acesso em: 29 jan. 2021.
- FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). El derecho en América Latina: Um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 139-159.
- GARCÍA, Y. A. R. Alcance jurídico del derecho a la consulta popular y la consulta previa a partir del reconocimiento de la participación ciudadana en el desarrollo de conflictos ambientales en Colombia. 2018. 28 f. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá, Colombia, 2018.
- GARGARELLA, Roberto. La «sala de máquinas» de las constituciones latinoamericanas Entre lo viejo y lo nuevo. Nueva Sociedad, [S.l.], n. 258, p. 96-106, jul./ago. 2015.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. Lua Nova, São Paulo, n. 93, p. 201-232, 2014a.
- NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. Revista de Informação Legislativa, [S.l.], ano 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014b. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502958>. Acesso em: 29 jan. 2021.

- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 29 jan. 2021.
- PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. REDESG -Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global: Vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria, [Santa Maria], v. 3, n.1, p. 76-101, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/index.php/redesg/article/view/16282#.xbphyohkjiiv>. Acesso em: 29 jan. 2021.
- ROCHA, Alma Guadalupe Melgarito. La batalla jurídica de la contradicción valor-valor de uso en el constitucionalismo ecuatoriano de 2008: el caso del Parque Nacional del Yasuní. *In*: CERVANTES, Daniel Sandoval; ROCHA, Blanca Estela Melgarito; MAQUEIRA, Leonel Caraballo (Coord.). Derecho, lucha de clases y reconfiguración del capital en Nuestra América. 1 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2019, p. 181-202.
- SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. La deuda pendiente de la Consulta de los Yasunidos. [S.l.], out. 2018. Disponível em: <https://gk.city/2018/10/22/consulta-popular-yasuni-yasunidos/>. Acesso em: 29 jan. 2021.
- SOUZA, Lucas Silva de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do; BALEM, Isadora Forgiarini. O novo constitucionalismo latino-americano e os povos indígenas: A visão do direito a partir dos caleidoscópios e dos monóculos. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 9, n. 2, p.576-599, 2019.
- VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. A constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.9, n. 2, p. 333-349, 2019. Acesso em: 29 jan. 2021.

REPENSANDO A INFÂNCIA NO CONTEXTO AMAZÔNICO

rethinking childhood in the amazon context

LUNA DE SOUZA FERNANDES

LUNA DE SOUZA FERNANDES

Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (2017). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito. Especialista em Direito Público (PUCMinas). Consultora Jurídica na Agência Amazonense de Desenvolvimento Econômico, Social e Ambiental. Advogada. E-mail: luna.sfernandes@gmail.com. Orcid <https://orcid.org/0000-0002-9969-5927>.

Resumo: A infância e a adolescência, sob um enfoque multicultural, são pouquíssimas exploradas pelos operadores do Direito. As problemáticas próprias da região amazônica demonstram que ainda há um longo percurso em promover a justiça social para os vulneráveis amazônidas, os quais precisam ser compreendidos em suas interpretações de mundo. Para o desenvolvimento deste estudo, utilizou-se o método documental exploratório, por meio da análise teórica da infância e revisão dos instrumentos jurídicos brasileiros no tema. No primeiro capítulo, abordar-se-á os instrumentos normativos que vigoram no território brasileiro acerca da infância, importados a partir de uma ótica universal. Em seguida, trabalhar-se-á as problemáticas existentes na universalização dos direitos humanos, estes os quais, no mundo globalizado, correspondem a uma visão ocidental das necessidades básicas, que findam por mascarar a diversidade de cosmovisões, sob o discurso da modernidade. A sociologia das infâncias, nas ciências sociais, contribui ao debate, como linha teórica que proporciona uma nova visão de realidade pelo olhar infantil, como seres sociais contemporâneos aptos a promover mudanças em suas realidades. Por fim, apresenta-se as condicionantes geográficas e culturais próprias da Amazônia que validam uma revisão multicultural dos direitos da infância e da juventude.

Palavras-Chave: Amazônia. Direitos Humanos. Decolonialidade. Sociologia das Infâncias. Multiculturalismo.

Abstract: The childhood and the adolescence, under a multicultural approach, are less explored by the legal practitioners. The problems of the Amazonian region show that there is a long way to promote social justice for the Amazonian vulnerables, those who need to be understand by their interpretation of the world. To the development of this study, it was used the exploratory review study based on document analysis of the theoretical analysis of childhood and the review of the brazilian legal documents. At the first chapter, it will be considered the current legal norms at the the brazilian territory about childhood, imported by a universal optics. Therefore, it will be worked the problems about the universalization of human rights, those who, under the globalization, correspond to an western vision of human needs, that mask the diversity of other visions of the world, under de discourse of modernity. The Sociology of Childhood, as a social Science, contribute to the debate, as a theoretical idea which provides a new vision of reality by the eyes of the children, as contemporary social beings able to promote changes of their realities. By the end, it will be submitted the geographic anda cultural determinats from Amazonia which validate a multicultural review of the childhood and youth rights.

Keywords: Amazon region. Human Rights. Decolonial thinking. Sociology of Childhood. Multiculturalism.

INTRODUÇÃO

O olhar de reconhecimento de existências humanas enquanto sujeitos de direitos há muito é feito de forma caricatural, vertical e míope. É caricatural porque parte de uma cosmovisão eurocêntrica, fechada em si mesma e deturpadora do outro, com o fito de uniformizar o diferente (traço marcante da modernidade e, por conseguinte, do capital).

Assim, a configuração do outro como sujeito de direitos é verticalizada: tem-se direitos porque um sistema assim o diz, porque consta na constituição ou na lei, direitos forjados, portanto, sempre por um terceiro, nunca a partir da singularidade do sujeito em si – se a justificativa para a existência de direitos repousa tão somente na lei, pode-se correr o risco de se legitimar a retirada de direitos decorrentes da retirada dessa mesma lei.

Por fim, tal posição estrutural diante do outro revela uma visão míope do outro: aquele que está distante, lá permanece, sem esforço do intérprete de se aproximar. É, portanto essa visão distorcida que a sociedade, as políticas públicas e o direito há muito lançam seu olhar sobre a infância, sobretudo a das crianças no contexto amazônico.

O presente trabalho foi confeccionado a partir de uma aura disruptiva e subversiva, na medida em que rompe com o padrão de subalteridade imposto pela visão colonial ao propor a percepção da infância amazônica a partir da própria manifestação desses sujeitos, cuja autenticidade requer um olhar, ao final, de alteridade.

Contudo, a importância de romper com o velho paradigma através da qual se olha para as crianças amazônicas não deve ser para fins de reconhecimento de uma “mea culpa” histórica que busca reparar o irreparável, mas necessariamente de ação presente, em que políticas públicas e a atuação do Direito, sensibilizadas, convergem para a realização de justiça social.

Assim, parafraseando Nascimento (2020, posição 659), um novo paradigma da infância se aflora. A visão da infância como um estágio preparatório ao “tornar-se adulto”, ou como apenas um rito de passagem, tem como defeito ocultar os aspectos atuais da criança e do adolescente, ignorando-os como sujeitos de mudanças históricas e sociais.

A presente pesquisa tem por motivação os problemas apontados pelo Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas para a Infância no espaço territorial da Amazônia. No ano de 2018, o UNICEF publicou a Agenda pela Infância e Adolescência na Amazônia, com dados obtidos da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad, 2015). Segundo dados colhidos pela instituição, as crianças na Amazônia têm maior risco de morrer antes de 1 ano de idade e de não completar o ensino fundamental. Ademais, a taxa de gravidez na adolescência é alta, e as meninas e os meninos na região estão vulneráveis às mais variadas formas de violência, incluindo o abuso, a exploração sexual, o trabalho infantil e o homicídio. Quando todas essas variáveis são avaliadas a partir de um recorte de raça e etnia, percebe-se que entre os grupos minoritários, como indígenas e quilombolas, o quadro é ainda mais grave.

Tomando por base dados de 2016, os nove estados da região norte estão com taxas de mortalidade infantil (até 1 ano) e na infância (até 5 anos) acima da média nacional. Entre as crianças indígenas da região, a taxa de mortalidade infantil permanece bem maior do que aquela de crianças não indígenas: 31,3 óbitos por 1.000 nascidos vivos. A maior parte das mortes de indígenas menores de 1 ano acontece nos primeiros 28 dias de vida. Grande parte das mortes ocorre por doenças evitáveis (leia-se remediáveis), como diarreias, infecções respiratórias agudas, tuberculose e malária (UNICEF, 2018).

Entre 1996 e 2006, a desnutrição crônica (medida pela baixa estatura da criança para a idade) caiu 50% no Brasil, passando de 13,4% para 6,7% das crianças menores de 5 anos. Contudo, cerca de 30%

das crianças indígenas são afetadas por desnutrição crônica. Os percentuais são maiores entre algumas etnias, de acordo com dados do Ministério da Saúde coletados nos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI), em que a desnutrição infantil passa dos 65% entre crianças do Alto Rio Purus e ultrapassa os 80% entre os yanomamis (UNICEF, 2018).

O acesso a água potável e saneamento, ainda que na maior região hidrográfica da América Latina, é o maior problema a ser enfrentado, possuindo correlação direta com as altas taxas de mortalidade infantil. Os nove Estados da Amazônia Legal têm índices de atendimento de esgoto mais baixos do que a média do Brasil, à exceção do estado de Roraima. Enquanto, no Brasil, o índice de atendimento de esgoto é de 51,9%, no Amapá, Amazonas, Pará e Rondônia, esse valor não chega a 10%. Isso vale para o esgoto tratado, com 44,9% na média Brasil e menos de 10% em Pará e Rondônia (UNICEF, 2018).

Já o atendimento de água acontece de forma desigual na região. Enquanto Mato Grosso, Tocantins, Roraima e Amazonas têm um índice de atendimento de água próximo a 80%, Maranhão está próximo de 50% e Acre, Pará, Rondônia e Amapá atendem menos de 50% da população. Olhando apenas o atendimento urbano, Mato Grosso, Tocantins e Roraima possuem quase 100% de atendimento de água. Já Pará e Rondônia têm pouco mais de 50% e Amapá não alcança 40% (UNICEF, 2018).

No que tange às comunidades indígenas, essa parcela da população apresenta os mais baixos índices de acesso ao pré-natal, a mais baixa cobertura vacinal, muitos estão fora da escola ou em atraso escolar e, sobretudo nas zonas urbanas, muitos são expostos a altos índices de violência e discriminação (UNICEF, 2018). São sujeitos de direitos sem direitos, de fato.

A infância e a adolescência, sob um enfoque multicultural, são pouco exploradas pelos operadores do Direito. As problemáticas acima apontadas, próprias da região amazônica, demonstram que ainda há

um longo percurso em promover a justiça social para os vulneráveis amazônidas, os quais precisam ser compreendidos em suas interpretações de mundo.

Para o desenvolvimento deste estudo, utilizou-se o método documental exploratório, por meio da análise teórica da infância e revisão dos instrumentos jurídicos brasileiros no tema. No primeiro capítulo, abordar-se-á os instrumentos normativos que vigoram no território brasileiro acerca da infância, importados a partir de uma ótica universal.

Em seguida, trabalhar-se-á as problemáticas existentes na universalização dos direitos humanos, estes os quais, no mundo globalizado, correspondem a uma visão ocidental das necessidades básicas, que findam por mascarar a diversidade de cosmovisões, sob o discurso da modernidade. A sociologia das infâncias, nas ciências sociais, contribui ao debate, como linha teórica que proporciona uma nova visão de mundo pelo olhar infantil, como seres sociais contemporâneos aptos a promover mudanças em suas realidades. Por fim, apresenta-se as condicionantes geográficas e culturais próprias da Amazônia que validam uma revisão multicultural dos direitos da infância e da juventude.

2 AS NORMATIVAS VIGENTES ACERCA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

O arcabouço jurídico brasileiro em torno da infância e da adolescência, cujos princípios norteadores foram importados do movimento internacional da proteção integral aos menores de idade, ainda prescinde de uma revisão multicultural, visando dar espaço à pluralidade

de identidades (ou, quiçá, de infâncias) que coexistem no território brasileiro, especialmente na Amazônia.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, dispõe sobre os variados temas atinentes à infância, tendo sido ratificada pelo Brasil em setembro de 1990. O instrumento conceitua criança pelo fator etário, sendo toda pessoa com menos de dezoito anos, salvo exceções legais em que se reconheçam a maioria antes disso (CONVENÇÃO, 1989, art. 1º).

O art. 2º da Convenção é categórico quanto à universalização da proteção dos direitos infantis, ao mesmo tempo em que veda qualquer manifestação racista, preconceituosa e discriminatória em relação a cor ou raça²⁵.

A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro só foi possível a partir da Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Tal emenda determina que os tratados e convenções internacionais que fossem aprovados nas duas Casas do Congresso Nacional – Câmara e Senado, em dois turnos e por três quintos dos votos dos respectivos membros dariam a esses instrumentos força normativa equivalente às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988, § 3º, art. 5º). Logo, a Convenção tem força constitucional no Brasil, tendo inspirado o Estatuto da Criança e do Adolescente no âmbito infraconstitucional.

A Convenção, segundo Nogueira Neto (2020, p. 39), possui duas premissas voltadas às crianças e adolescentes: o cuidado e as responsabilidades. O tratado concede a eles o direito subjetivo à liberdade, à dignidade, à integridade física, psíquica e moral, à educação, à saúde,

25 1. Os Estados-Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais. 2. Os Estados-Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares.

à proteção no trabalho, à assistência social, à cultura, ao lazer, ao desporto, à habitação, a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e outros direitos coletivos.

Nogueira Neto (2020, p. 39) participa que o que é prioritário a esse público é o direito a “um desenvolvimento humano econômico e social”. Salienta-se, por todo o tratado, a condição de “proteção especial” do instrumento. Para o autor, as crianças e os adolescentes são seres essencialmente autônomos, mas com capacidade limitada de exercício da sua liberdade e dos seus direitos.

3 A PROBLEMÁTICA DA UNIVERSALIZAÇÃO

A temática da universalização dos direitos humanos da infância e da juventude sofre as mesmas críticas dos direitos humanos “dos adultos”. O conceito de direitos humanos se assenta em pressupostos eminentemente ocidentais: existe uma natureza humana universal a ser delineada racionalmente, que é diferente e superior à realidade, cuja dignidade tem que ser defendida pela sociedade e pelo Estado e deverá ser individualizada (PAKKINAR apud SANTOS, 1997).

Na visão de Maldonado-Torres (2019, p. 89), o discurso dos direitos humanos empenhou-se em responder a um conjunto de problemas convenientemente delimitados que a própria modernidade ocidental criou. O instrumento da Declaração Universal dos Direitos Humanos não se assentaria em argumentos metafísicos da natureza do homem; trata-se, porém, de um acordo internacional que versa sobre um número mínimo de normas pensadas sobre um nível de convivência que evitaria os excessos provocados pela Segunda Guerra Mundial.

Os direitos humanos universais tendem a operar como localismos globalizados, ou seja, numa versão de cima-para-baixo. Santos (1997) explica que a sua abrangência global será obtida à custa de sua legitimidade local; problema este que será solucionado quando os direitos humanos forem reconceituados como multiculturais.

Os direitos humanos ditos como convencionais têm como limite ontológico a impossibilidade de reconhecer a plena humanidade dos sujeitos excluídos da modernidade ocidental, não sendo possível conceber que existam concepções diversas sobre a dignidade humana e a justiça social, advindos de outras linguagens e saberes (Santos e Martins, 2019, p. 329). Cabe, pois, a promoção do diálogo com outras gramáticas de dignidade para a superação das exclusões abissais instauradas pela arrogância monocultural do paradigma ocidental moderno que fundamentou os direitos humanos.

Nesse sentido, Santos (2007, p. 28) alerta à tendência de redução da realidade a uns tipos concretos, limitados, reduzidos. Através da Sociologia das Ausências, "uma sociologia insurgente para tentar mostrar que o que não existe é produzido ativamente como não existente" (SANTOS, 2007, p. 29), é possível discernir cinco modos de produção de ausências que as ciências sociais atribuem à racionalidade e a toamam como verdade absoluta, em plena ignorância à diversidade de cosmovisões.

A primeira seria a monocultura do saber e do rigor, sendo a ideia de que o único saber rigoroso é o científico, eliminando práticas sociais baseados em conhecimentos populares, indígenas ou urbanos. A segunda monocultura é a de que o tempo é necessariamente linear, em sentido ao progresso, à modernização, à globalização. O que não segue essa direção é subdesenvolvido.

A terceira monocultura é a naturalização das diferenças, ocultando hierarquias que designam os diferentes como inferiores. A quarta monocultura de produção de ausência é a monocultura da escala dominante, o que, na tradição ocidental, são o universalismo e a

globalização. Tal dominância finda por criar o binômio global e local, sendo este descartável diante do outro. A quinta e última monocultura é do produtivismo capitalista, no qual somente o ciclo econômico determina a produtividade do trabalho humano e da natureza. Tais visões tornam invisíveis experiências fora do padrão, o que custará muito caro às ciências sociais que tentam compreender os fenômenos da vida.

Tais pressupostos não de ser evidenciados para que os sistemas normativos não sigam uma verdade homogeneizadora, o que possibilita a perpetração de desigualdades. Assim, torna-se imprescindível solidificar um saber sobre a criança enquanto ser humano, como sujeito social que pensa, pratica, fala, ouve e sente a presença ou ausência dos seus direitos básicos.

4 A CONTRIBUIÇÃO DA SOCIOLOGIA DA INFÂNCIA

Como tenta traduzir Abramowicz (2020, p 354), a criança é dois presentes: um presente a partir de seu ponto de vista, o qual o adulto não consegue mais ter; e um presente do qual todos fazemos parte, enfrentando os mesmos fatos. Mas também é um passado, marcada pela história de sua cor, seu gênero, sua etnia, num movimento em que concomitantemente é única. A criança é, de uma só vez, universal, singular e individual. Não obstante, a criança é um futuro, um devir, a descontinuidade do que não sabemos, e que será inventado. Infância é o ocasional, o disruptivo, a descontinuidade, o que ainda não está e a inventividade.

A sociologia da infância visa caracterizar as crianças como “um grupo populacional, numa perspectiva estrutural”, analisando o impacto de questões políticas, econômicas, sociais, geográficas, históricas etc.,

que atingem crianças e adultos submetidos aos mesmos problemas, identificando-as como sujeitos contemporâneos (QVORTRUP, apud NASCIMENTO, 2020, p. 659). Tal proposição altera o caráter universalizante da infância, posicionando-a na sociedade e revelando as desigualdades na distribuição de poder, de recursos e de direitos.

A infância, que, no passado, foi desinteressante aos adultos, não impede que as crianças de serem atores sociais, dissociados do seu pertencimento às instituições “família” e “escola”. A nova concepção sociológica entende que estes são capazes de produzir mudanças nos sistemas onde se inserem, dialogando com o cenário social, político e cultural. Conforme Nascimento (2020, posição 732), crianças pertencem a diferentes classes sociais, gêneros, espaços geográficos, culturas de origem, etnias, em outras palavras, são concretas e contextualizadas, membros autônomos de uma sociedade.

A sociologia da infância, de concepção europeia, busca entender fenômenos sob a perspectiva da criança, sendo um movimento contra o adultocentrismo, contra o colonialismo, entre outros. Consoante Abramowicz (2020, p 446), “a fala da criança é uma inversão nos processos de subalternização, é um movimento político”.

A infância necessita ser vista como uma experiência que permite infinitudes de acontecimentos, o inusitado, o disruptivo, o escape que falta para pensar a diferença. Abramowicz (2020, p 611) explica que a experiência da infância não está vinculada à idade, à cronologia, a uma etapa psicológica; mas à arte, a inventividade, ao intempestivo, ao ocasional, ou seja, uma “des-idade”.

Quinteiro (2002, p. 141), ao reunir os primórdios das ciências sociais que se voltaram a conhecer de forma aprofundada a infância, demonstra que, no Brasil, os saberes até então formulados permitem conhecer as precárias condições sociais das crianças, suas histórias e condições diversas do etiquetamento de “adulto em miniatura”, mas não nos satisfazem em conhecer a infância como construção cultural, com saberes, memórias e lembranças próprias.

Importante localizar os estudos iniciais da infância voltados, inicialmente, a somente o ambiente escolar, este por ser afirmação de poder e controle social dos indivíduos. Émile Durkheim (*apud* QUINTEIRO, 2002, p. 147-148) foi pioneiro em descrever a infância dentro das escolas. Segundo Durkheim, a criança, além de questionadora, é capaz de sofrer uma oscilação de sentimentos e ocupações em uma rapidez peculiar: “a cólera nasce e aquieta-se com a mesma instantaneidade; as lágrimas sucedem-se ao riso, a simpatia ao ódio, ou inversamente, sem razão objetiva” (1984, p. 110, *apud* QUINTEIRO, 2002, p. 148).

Portanto, necessário se fazia controlar esses humores oscilantes das crianças através da educação moral, para inseri-las às regras do jogo social, político e econômico. Educar traduz-se na inserção dos três elementos da moralidade em sua subjetividade: o espírito da disciplina, o espírito da abnegação e a autonomia da vontade (*idem*, *apud* QUINTEIRO, 2002, p. 148).

O ponto de partida para que o Estado brasileiro passasse a atender as necessidades de crianças e adolescentes foi a necessidade de tentar diminuir a delinquência e a criminalidade. No século XIX, quando houve um grande fluxo migratório de europeus e nordestinos para os grandes centros urbanos do Brasil (e, como isso, a criação de periferias, cortiços e favelas) fomentou-se a ideia de que a ausência de família estruturada gerou criminosos comuns e ativistas políticos, tendo o Estado chamado para si a tarefa de prover saúde, educação e os atos de punição aos menores de idade (PASSETTI, 2010, p. 6967).

O Código de Menores de 1927 atribuiu ao Estado possibilidade da internação, responsabilizando-o quanto à situação de abandono e criminalidade. A criança pobre passou a ser vista como potencialmente abandonada e perigosa, o que demandava uma política de educação para incutir-lhe obediência, criando-se então os asilos, casas de educação e escolas de preservação (PASSETTI, 2010, p. 7067).

Sob a ótica de Mello Mattos, era imprescindível o investimento em medidas disciplinares para atender a crescente demanda de

“menores”. Entendia-se que os problemas assistenciais se resolveriam em curto prazo, porque o Poder Judiciário teria onde alocar os “menores”, exercendo controle e vigilância. Contudo, os institutos disciplinares ficaram superlotados, além de não atender a regiões periféricas (LIMA et al., 2012, p. 33).

Nesse contexto, Saboia Lima produz um primeiro relatório que faz nascer a sociologia da infância no Brasil em 1939, denominado “A infância desamparada”. Apenas em 1972 surgirá um novo trabalho voltado à definição de políticas e programas sociais, encomendado pelo Tribunal de Justiça da cidade de São Paulo, intitulado “A criança, o adolescente, a cidade”. Em seguida, em 1973, emerge a pesquisa “Delinquência Infantil na Guabanabara” na cidade do Rio de Janeiro. Segundo Quinteiro (2002, p. 150), tais trabalhos foram um marco na elaboração de diagnósticos referentes à infância, a partir da junção de diversos profissionais, encomendados para atender aos interesses governamentais.

Contudo a maior contribuição sociológica adveio de Florestan Fernandes, escrito em 1944 e publicado em 1947, pelo trabalho “As ‘Trocinhas’ do Bom Retiro”. Trata-se de um registro das observações de grupos de crianças nos bairros operários de São Paulo. Fernandes relatou o processo de socialização das crianças e como se constrói as culturas infantis, através das brincadeiras.

No campo da antropologia, os estudos de Charlotte Hardman (apud Quinteiro, 2002, p. 155-156) foram essenciais na defesa de uma dimensão exclusiva da criança, creditando a elas uma interpretação única do mundo. A partir de uma pesquisa etnográfica sobre os recreios em uma escola urbana na década de 70, Hardman procurou responder aos seguintes questionamentos: Até que ponto existe uma cultura infantil? Ou culturas infantis? Até onde é imitação e quando se faz a ruptura? Sob quais processos? Afinal, qual a influência da escolarização nas condições concretas da infância?

A perspectiva da sociologia da infância tem sua relevância para as ciências jurídicas. A concepção do direito como uma experiência

histórico-cultural permite fomentar a consciência de que o direito não é um presente, uma dádiva, mas o fruto maduro de uma experiência multimilenar (REALE, 1999, p. 219). Assim, a contribuição da sociologia da infância para a produção de normativas visa entender a experiência da infância, o que guiará políticas públicas voltadas a esse núcleo de sujeitos sociais autônomos.

5 AS CRIANÇAS AMAZÔNIDAS

Os aspectos geográficos da Amazônia brasileira (sobretudo diante da dimensão continental que este bioma alcança) influenciam diretamente a formação dos agrupamentos humanos amazônicos e suas vivências. Aziz Nacib Ab'Sáber (2010), em sua pesquisa voltada à identificação de células espaciais na referida região que apresentam individualidade e importância socioeconômica tradicional, buscou mapeá-las ao longo do desenho formado pelo Rio Amazonas, visando atualizar os conceitos oriundos do século XX.

O geógrafo identifica o chamado Alto Solimões, em fronteira com a Colômbia, onde se localizam cidades fronteiriças de relevância econômica, urbanística e social, como Tabatinga, Benjamin Constant e São Paulo de Olivença. Na área de encontro do Rio Negro e o Baixo Solimões, está Manaus, ponto crucial para o desenvolvimento real do mundo urbano, econômico e social da Amazônia. No Baixo Vale do Rio Madeira, acontece o ponto nodal demográfico e econômico de Paraná dos Ramos.

O Médio Vale do Amazonas estende-se desde a área do encontro das águas do Rio Negro Solimões até a região de Santarém, na foz do Rio Tapajós, onde se inicia o Baixo Rio Amazonas até as proximidades do Porto de Moz e a Ilha Grande de Gurupá. O Golfão Marajoara inclui a larga embocadura do Rio Amazonas entre o Amapá e a

extraordinária Ilha de Marajó; o estreito de Breves a oeste dessa ilha, terminando pelos longos trechos da Baía das Bocas. A leste-nordeste, encontra-se o Rio Pará, o Baixo Tocantins e a Baía de Marajó. Estas regiões abarcam o ponto nodal de Belém do Pará, o ponto nodal de Macapá/Porto de Santana, o ponto nodal do Jari e o pequeno setor nodal da região de Breves.

Segundo Ab'Sáber (2010), com a abertura de rodovias, pós-construção de Brasília, surgiram novos pontos nodais, colimando que, as capitais dos estados federativos amazônicos evoluem para pequenas subáreas singulares, como Rio Branco (Acre), Porto velho (Rondônia), Boa vista (Roraima), Macapá-Porto Santana (Amapá), Palmas (Tocantins), e outras cidades também importantes, como Marabá, Santarém, Brasileia, Imperatriz e Parintins.

A Amazônia é habitada por uma diversidade de grupos étnicos e populações tradicionais, historicamente constituídas, a partir dos vários processos de colonização e miscigenação por que passou a região. Dentre os principais agentes sociais que compõem o mosaico amazônico, destacam-se os povos indígenas, as populações ribeirinhas, pescadores, extrativistas, quilombolas, migrantes, entre outras.

Cada um desses segmentos é constituído por uma identidade sociocultural e política própria, cuja modalidade de sobrevivência e relações político-organizativas estão relacionadas: a) a origem étnica por meio da adoção e adaptação de saberes e técnicas de acordo com suas necessidades; b) ao padrão complexo de organização da produção e de gestão dos recursos naturais; c) a luta pela garantia de sobrevivência e acesso a bens e serviços sociais; d) as atividades exercidas, como: agricultura, caça, pesca, coleta e extração, desempenhadas de acordo com suas necessidades e recursos naturais disponíveis (CHAVES, 2009 *apud* LIRA e CHAVES, 2016),

A construção sociocultural da juventude na Amazônia é marcada pela oralidade, em detrimento à cultura escrita. Andrade (2020), em estudo voltado aos sentidos das práticas culturais das crianças

ribeirinhas da Vila do Piriá, em Curralinho (PA), descreve que as narrativas fantásticas das crianças refletem o estilo de vida e memórias dos ribeirinhos, cujos personagens são animais e seres eminentemente fluviais. A autora tece que a oralidade tem estrutura e alma própria, cuja prática requer o uso da fala e das presenças físicas, o que robustece as relações entre os membros da comunidade e estabelece a difusão de conhecimento e modo de vida.

A lógica biológica para definição da infância não é algo pacificado no contexto amazônico. Maher (2013), ao promover uma investigação de cunho sociolinguístico entre professores indígenas acreanos, sofreu certas dificuldades na metodologia do preenchimento de tabelas para registro de dados, em que se figuravam as categorias criança, jovem, adulto e velho, definidas por faixa etária. Da ótica dos professores indígenas, o que permite a entrada no mundo adulto, não é, necessariamente, a chegada a uma determinada idade cronológica, mas são acontecimentos que ocorrem nas vidas das pessoas (a menarca, a chegada do primeiro filho) e/ou a demonstração de algumas competências (autossuficiência, força de trabalho, capacidade de gerenciar certas tarefas).

Oliveira (2014, p. 154-160), ao tratar da elaboração dos direitos humanos das crianças indígenas, estabelece oito desafios inerentes à formulação dos contornos jurídicos de proteção plural da infância. Em primeiro lugar, necessário pensar os indígenas crianças dentro do contexto das políticas indigenistas de demarcação de terra e reconhecimento institucional dos indígenas, que impactarão o acesso a políticas públicas específicas de educação e saúde.

Em segundo, estão os dilemas interculturais de entrada e saída do “ser criança”, confundidos com as barreiras morais ocidentais. O terceiro desafio está na instrumentalização da inversão axiológica para relativização de conceitos normativos como trabalho infantil, lazer, ato infracional, adoção, violência, família, vida etc., em face de portes locais de significação e participação.

Em quarto, está a indispensabilidade de proceder à conjugação do marcador étnico-cultural com outros marcadores sociais, como classe social, raça, gênero, sexualidade e religião. Em quinto, vislumbra-se a ampliação da participação das crianças nos espaços socioinstitucionais de negociação de políticas públicas. Em sexto, mostra-se imprescindível considerar a necessidade de acesso e qualificação dos povos tradicionais aos recursos tecnológicos e os conflitos geracionais internos entre as comunidades.

Por sétimo, vê-se o desafio do mapeamento geopolítico dos grupos de interesse sobre as crianças tradicionais, os quais, travestidos do discurso humanista pela "causa da infância", impõem moralidades etnocêntricas. O último desafio é a formação continuada dos agentes do sistema de garantia de direitos em relação às peculiaridades etnográficas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil ratificou a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, trazendo a seu ordenamento jurídico, por meio do § 3º, art. 5º da Constituição Federal, um instrumento normativo que sustenta, em seu art. 2º, a universalização dos direitos das infantis. A própria conceituação de criança, pelo critério biológico-etário, de certa forma as marginaliza, porque torna invisível as experiências fora do padrão.

A introdução desta visão não soluciona os problemas locais, vez que advém de uma concepção de natureza humana universal racional do paradigma ocidental moderno que exclui sujeitos que nele não se espelham. Portanto, emerge a necessidade de diálogo e reconceituação dos direitos para as especificidades locais, o que ocorrerá na revisão dos direitos humanos como multiculturais.

A Sociologia da Infância, como tendência nas diversas áreas das ciências sociais, busca reconsiderar a posição das crianças como sujeitos contemporâneos, consolidando uma cultura infantil, face o adultocentrismo. Ainda que tal vertente não esteja consolidada no Brasil, vê-se que os relatórios de pesquisa pioneiros foram essenciais para entender que existe uma cultura infantil brasileira que pode guiar as políticas públicas a seu favor.

A extensão da Amazônia foi abrigo para o desenvolvimento de grupos étnicos e comunidades complexas, com identidade sociocultural e políticas autônomas. Nesse contexto, a infância amazônica reflete a pluralidade de seguimentos, possuindo como características determinantes a oralidade nas brincadeiras, que ressignificam os modos de vida e memórias das comunidades a que pertencem.

A definição de infância pelo fator etário-biológico não é absoluta na vivência dos grupos sociais amazônicos. Conclui-se que os institutos jurídicos homogêneos deverão ser adaptados às novas (ou recém-descobertas) visões de infâncias para que as dificuldades encontradas na Amazônia, como os altos índices de mortalidade infantil, desnutrição crônica e acesso a bens naturais consumíveis sejam superadas.

REFERÊNCIAS

- AB'SÁBER, A. N.. Zoneamento fisiográfico e ecológico do espaço total da Amazônia Brasileira. *Estudos Avançados*, 24(68), 15-24. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10463>. Acesso em 07 dez. 2020.
- ABRAMOWICZ, Anete. A Pesquisa com Crianças em Infâncias e a Sociologia da Infância. In: DE FARIA, Ana Lúcia Goulart et al. *Sociologia da infância no Brasil*. Campinas: autores associados, 2020.
- ANDRADE, Simeia Santos. Vivências culturais: narrativas fantásticas das crianças ribeirinhas da Amazônia marajoara. *Revista Sentidos da Cultura*. V.07 N.12 Jan./Jun./ 2020.

- LIRA, Talita de Melo, & CHAVES, Maria do Perpétuo Socorro Rodrigues. Comunidades ribeirinhas na Amazônia: organização sociocultural e política. *Interações* (Campo Grande), 17(1), 66-76. Disponível em <https://doi.org/10.20435/1518-70122016107>. Acesso em 02 Jul. 2021.
- MAHER, Terezinha Machado. Definições de infância na Amazônia ocidental indígena: a perspectiva local e o etnocentrismo. *Leitura: Teoria & Prática*, Campinas, v.31, n.61, p.237-254, nov. 2013.
- MALDONADO-TORRES, Nelson. Da colonialidade dos Direitos Humanos. In: *O pluriverso dos Direitos Humanos: a diversidade das lutas pela dignidade*. 1. Ed. Autêntica Editora, Belo Horizonte, 2019.
- NASCIMENTO, Maria Letícia Barros Pedroso. Reconhecimento da Sociologia da Infância como área de Conhecimentos e Campo de Pesquisa – Algumas Considerações. In: DE FARIA, Ana Lúcia Goulart et al. *Sociologia da infância no Brasil*. Campinas: autores associados, 2020.
- OLIVEIRA, Assis da Costa. *Índigenas crianças, crianças indígenas: perspectivas para a construção da doutrina da proteção plural*. Curitiba: Juruá, 2014.
- PASSETTI, Edson. Crianças Carentes e Políticas Públicas. In: *História das Crianças no Brasil*. Mary Del Priore. São Paulo: Contexto, 2010.
- QUINTEIRO, Jucirema. Sobre a emergência de uma sociologia da Infância: contribuições para o debate. In: *Perspectiva*. Florianópolis, v. 20, n. Especial, p. 137-162, jul./dez.2002.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. - São Paulo, Saraiva, 1999.
- SANTOS, Boaventura de Souza. e MARTINS, Bruno Sena. Introdução: o pluriverso dos Direitos Humanos. In: *O pluriverso dos Direitos Humanos: a diversidade das lutas pela dignidade*. 1. Ed. Autêntica Editora, Belo Horizonte, 2019.
- SANTOS, Boaventura de Souza. e MARTINS, Bruno Sena. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social / Boaventura de Sousa Santos; tradução Mouzar Benedito*. - São Paulo: Boitempo, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova*, São Paulo, n. 39, p.105-124, 1997. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451997000100007&lng=en&nrm=iso>. Acessado em 12 Dec. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0102-64451997000100007>.
- UNICEF. *Agenda pela Infância e Adolescência na Amazônia*. 2018. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/relatorios/agenda-pela-infancia-e-adolescencia-na-amazonia>. Acesso em 02 Jul. 2021.

A SUBMISSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA ÀS SALVAGUARDAS LEGAIS NA REALIDADE DO (IN) ACESSO À JUSTIÇA NO INTERIOR DO AMAZONAS

*Submission of Persons with Disabilities to Legal
Safeguards in the Reality of (in) Access to Justice
Inside Amazonas*

RAFAEL RAPOSO DA CÂMARA AULER

RAFAEL RAPOSO DA CÂMARA AULER

Mestrando em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Pós-Graduado em Direito Civil e Empresarial. Advogado. Endereço postal: Av. Ephigênio Salles, 2240, Mundi Resort Residencial, Torre Rhodes, apto 94, Manaus (AM), CEP 69060-020. Endereço eletrônico: rafael.auler@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0867-9156>.

Resumo: As pessoas com deficiência são um grupo que merece uma tutela maior de seus direitos. De modo a tornar isso possível, normas tanto de direito internacional, como a Convenção de Nova Iorque sobre as Pessoas com Deficiência, quanto de direito interno, qual seja, a Lei Brasileira de Inclusão, foram criadas de modo a proteger e garantir direitos a essas pessoas. Em ambos os casos, visa-se, além da sua proteção jurídica, um resguardar de sua autonomia a partir da imposição de salvaguardas após a avaliação por equipe multidisciplinar. Contudo, o Brasil é um país de dimensões continentais, o qual sofre com a dificuldade de acesso, principalmente no seu maior estado, qual seja o Estado do Amazonas, além de possuir uma falta de material humano para efetivar esse direito. Nessa esteira, de maneira dialógica, buscar-se-á nesse artigo verificar como a limitação existente no Amazonas impacta nas salvaguardas legais trazidas para a pessoa com deficiência.

Palavras-chaves: Pessoa com Deficiência. Autonomia. Salvaguardas. Acesso à Justiça. Estado do Amazonas.

Abstract: People with disabilities are a group that deserves greater protection of their rights. In order to make this possible, norms of both international law, such as the New York Convention on People with Disabilities, and domestic law, which is the Brazilian Inclusion Law, were created in order to protect and guarantee the rights of these people. In both cases, in addition to their legal protection, the aim is to safeguard their autonomy based on the imposition of safeguards after evaluation by a multidisciplinary team. However, Brazil is a country of continental dimensions, which suffers from the difficulty of access, mainly in its largest state, which is the State of Amazonas, in addition to having a lack of human material to enforce this right. In this context, in a dialogical manner, this article will seek to verify how the existing limitation in Amazonas impacts on the legal safeguards brought to people with disabilities.

Keywords: Person with Disabilities. Autonomy. Safeguards. Access to justice. State of Amazonas.

INTRODUÇÃO

O advento da Convenção de Nova Iorque sobre Pessoas com Deficiência trouxe um novo olhar para essa classe de vulneráveis. Essa nova perspectiva ocorreu de tal sorte que incentivou a edição da Lei nº 13.146/2015, a qual recebeu o nome de Lei Brasileira de Inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, sendo, inclusive, uma forma de regulamentar no âmbito interno o que a Convenção já estabelecia.

Uma das situações que a norma internacional e o ordenamento jurídico trouxeram foi uma reformulação da teoria das incapacidades. Especificamente a Lei Brasileira de Inclusão, modificou o Código Civil de tal sorte que o único tipo de incapacidade civil absoluta existente no direito brasileiro é a do menor de 16 (dezesseis) anos. Em outras palavras, a pessoa com deficiência deixa de ser absolutamente capaz, obtendo, em alguns casos, a capacidade civil relativa ou plena – a depender do caso concreto.

Além da mudança no âmbito da teoria das incapacidades, a Lei Brasileira de Inclusão, em arrimo com a Convenção de Nova Iorque trouxe ainda a possibilidade de os estados signatários estabelecerem salvaguardas para proporcionais e razoáveis à limitação que as pessoas com deficiência apresentem. Ainda, a Lei de Introdução dos Direitos da Pessoa com Deficiência vinculou a fixação de salvaguardas à prévia perícia formulada por uma equipe multidisciplinar para averiguar como proteger o vulnerável cuja capacidade sofrerá alguma restrição.

Contudo, há que se destacar a problemática existente no âmbito do Estado do Amazonas, maior estado da federação em extensão territorial, com sua dificuldade de integração ante o acesso limitado pela geografia local. Isso impacta também no acesso à justiça, afinal, dificulta que o Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública consigam acessar o interior, por exemplo. Malgrado este fato, ainda se tem uma dificuldade maior, qual seja a falta de material humano para cumprir com o comando

legal, isto é, a ausência de pessoas trabalhando nos referidos órgãos para compor uma equipe multidisciplinar, causando uma verdadeira crise na efetivação de direitos para a pessoa com deficiência.

1 A CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA NOVA TEORIA DAS INCAPACIDADES

Em 30 de março de 2007 foi assinado, em Nova Iorque, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. O acordo teve a sua ratificação feita em território pátrio através do Decreto Legislativo nº 186 em 9 de julho de 2008, regulamentado pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 e representou o primeiro tratado internacional que versava sobre direitos humanos aprovado pelo quórum qualificado descrito no §3º do art. 5º da Constituição Federal, conferindo-lhe o *status* de norma constitucional.

Uma das principais preocupações da Convenção foi com a igualdade, conforme pode ser no artigo 12 da referida Convenção:

Artigo 12

Reconhecimento igual perante a lei

1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.

4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, apliquem-se pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens. (BRASIL, 2009)

A partir da leitura do artigo supracitado, mais especificamente de seu item 4, observa-se a necessidade de alteração de como era vista a capacidade das pessoas com deficiência no Brasil. Coube ao legislador pátrio, então, rever o conceito outrora consolidado de capacidade no ordenamento jurídico brasileiro, o que motivou a edição da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015).

Comentando o dispositivo e seu impacto nos ordenamentos jurídicos pátrios, pontuam Barboza e Almeida:

[..] o artigo 12 da convenção causou grande impacto nos ordenamentos jurídicos nacionais, ao afetar os diferentes regimes de regulação pelo Direito da capacidade, ali denominada “capacidade legal”, como se verificou no Brasil. Nos termos do citado artigo, que trata do reconhecimento igual perante a

lei, os Estados Partes reafirmaram que as pessoas com deficiência têm o direito de serem reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei, e se comprometeram a: (i) reconhecer que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida; e (ii) tomar medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal. (BARBOZA; ALMEIDA, 2020, p. 323)

Em consonância com o parâmetro normativo internacional, portanto, a lei pátria veio assegurar a toda pessoa com deficiência a igualdade de oportunidade com as demais pessoas, vedando qualquer espécie de discriminação, restrição ou exclusão, por ação ou omissão que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas com deficiência (art. 4º, §1º).

Trata-se, pois, de uma lei que busca a igualdade e que, em seu art. 6º, expressamente, afirma que a “deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”.

Como bem destacam Rosenvald e Farias (2017, p. 338), atendida na proteção internacional pactuada pelo Brasil, a nova redação imposta pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência impôs significativas inovações no regime das incapacidades, absoluta e relativa.

O sistema das incapacidades, assim, sofreu importante alteração pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que buscou criar mecanismo protetivo que leve em consideração no caso concreto o efetivo poder de autodeterminação do sujeito (TEPEDINO; OLIVA, 2020, p. 304-305).

A Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, então, mudou drasticamente o regime das incapacidades previsto no Código Civil. As limitações do exercício foram relativizadas para se atender à nova demanda de proteção dos vulneráveis e ampliar o espectro de sua autodeterminação, especialmente nas relações existenciais (BERLINI, 2019, p. 236- 237).

Após o Estatuto, portanto, passou a considerar-se absolutamente incapazes tão somente os menores de 16 (dezesesseis) anos. E o rol dos relativamente incapazes foi modificado para nele constar os ébrios habituais e os viciados em tóxico, bem como aquele que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

Verifica-se, então, que pela nova redação foi excluída qualquer hipótese de incapacidade baseada na deficiência mental ou mesmo na redução de discernimento de um sujeito de direito. Destarte, agora só há um tipo de incapacidade civil absoluta que é a do menor de 16 (dezesesseis) anos, isto é, o critério meramente etário. Nesse sentido:

A nova redação do art. 3º do Código Civil estabelece que a única hipótese de incapacidade absoluta é do menor de dezesseis anos de idade. Assim, não mais há qualquer motivo psíquico para a incapacidade absoluta. O critério é objetivo: completar os dezesseis anos de idade. Em nosso sistema, o momento de mudança de idade é o primeiro minuto da data de aniversário (FARIAS et al., 2016, p. 313)

Trata-se de uma modificação há muito defendida pela doutrina nacional e também internacional. Perlingieri (2002, p. 163), por exemplo, já apontava “a necessidade de se recusar preconceitos jurídicos de forma que o próprio legisladora evite regulamentar a situação do deficiente de maneira abstrata e, portanto, rígida, propondo-se estabelecer taxativamente o que lhe é proibido e o que lhe é permitido fazer”.

Neste momento a pessoa com deficiência pode exercer por si própria os atos do cotidiano. A lei no que estatui que além do fato da deficiência não interferir na capacidade civil e os incisos têm caráter meramente enunciativo (FERRAZ; LEITE, 2016, p. 80). Logo se observa no legislador o interesse de habilitar as pessoas com deficiência para os atos da vida civil que não eram por eles permitidos. Isso se deve ao fato de que deficiência e incapacidade são situações diversas.

Em outras palavras, a deficiência é fato puro, pertencente ao mundo fenomênico, que, entretanto, ingressa, como elemento do suporte fático dos fatos jurídicos, sempre que houver a incidência de uma norma do novo regramento de proteção à pessoa com deficiência (principalmente CDPD e EPD). Como as normas do novo regramento, referentes à capacidade civil das pessoas com deficiência, lhe conferem capacidade plena para praticar atos jurídicos lato sensu, a situação jurídica da incapacidade não pode ser consequente de fato jurídico antecedente cujo suporte fático tenha como elemento a deficiência (situação de fato) (AZEVEDO, 2017, p. 16).

Atualmente, exige-se, então, muito esforço do interprete e do aplicador do direito, para que se dê efetividade ao que se encontra expresso no Estatuto da Pessoa com Deficiência. E todo esse trabalho hermenêutico deve ser feito a partir da mudança de paradigma que consolida o chamado “modelo social da deficiência” (BARBOZA; ALMEIDA, 2020, p. 317).

Privilegia-se a proteção da dignidade da pessoa humana pessoa com deficiência, conferindo-lhes autonomia, consistente na capacidade de controlarem pessoalmente seus múltiplos aspectos da vida, tomando decisões e assumindo responsabilidades. Segundo Perlingieri (1997, p. 298-299), “no centro do ordenamento está a pessoa, não como vontade de realizar-se libertariamente, mas como valor a ser preservado também no respeito de si mesma”.

Com isso, prestigia-se, ainda, o já mencionado princípio da igualdade consistente no direito de não receber tratamento discriminatório, na aptidão a ter direitos iguais a todos os demais e também o da liberdade individual no aspecto de poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, o próprio projeto de vida (MORAES, 2016, p. 86 e 108).

A elaboração e entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência surgiu, então, com o intuito de potencializar a eficácia das normas em favor das pessoas com deficiência, fazendo com que eles

possam gozar plenamente de todos os direitos que lhes assistem, o que está em consonância o atual momento do Direito Civil, conforme destaca Tepedino:

Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais. (TEPEDINO, 2004, p. 22)

Em suma, o espírito das alterações legais foi de assegurar o respeito à igual dignidade e à autonomia das pessoas acometidas de deficiência de qualquer natureza. Em doutrina de Barboza e Almeida (2016, p. 207), colhe-se que o propósito é “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”.

2 AS SALVAGUARDAS À DISPOSIÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Inobstante as pessoas com deficiência passem a ser, como regra, plenamente capazes, nos termos dos itens 3 e 4, do artigo 12, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, os Estados Partes se obrigaram a tomar as medidas adequadas para prover-lhes o acesso ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal, facultando-se, em corolário, o estabelecimento de salvaguardas apropriadas e efetivas a prevenir abusos em face delas.

Para Bariffi (2014, p. 497-198), a interpretação a ser dada ao documento internacional é no sentido de que os Estados não estariam proibidos de implementar algum sistema ou procedimento para declarar uma pessoa incompetente (qualquer pessoa, independente de deficiência), desde que observados três elementos: legitimidade, proporcionalidade e não discriminação.

Analisando o parâmetro legal internacional, por seu turno, Ludmila Junqueira Duarte Oliveira (2019, p. 84) de maneira bastante interessante observa:

Do próprio texto da CDPD é possível colher a necessidade de se instituírem salvaguardas para assegurar: a) observância a direitos, vontade e preferência das pessoas e não o que se suponha seja seu “melhor interesse”; (b) ausência de conflito de interesses e de influência indevida; (c) proporcionalidade e compatibilidade as circunstâncias do indivíduo; (d) aplicação pelo período mais curto possível; (e) revisão regular por autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial.

No caso brasileiro, as salvaguardas trazidas no Estatuto da Pessoa com Deficiência consistem na Tomada de Decisão Apoiada ou Curatela²⁶:

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

²⁶ “No ordenamento jurídico brasileiro, as salvaguardas podem se dar, em casos mais graves, por meio do instituto da curatela ou do mais recente procedimento de tomada de decisão apoiada”. (MENDONÇA, 2017, p. 37).

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

Como se observa, ainda que submetidos às salvaguardas, os instrumentos devem ser utilizados de forma excepcional, se possível temporariamente, sempre vocacionado ao resguardo da dignidade e autonomia da pessoa com deficiência, respeitando-se os seus direitos, vontades e preferências, sempre livres de interferências indevidas e conflito de interesses.

Essa é também a imposição norma convencional ao determinar expressamente a tomada de salvaguardas, conforme art. 12-4, de modo a assegurar que:

[...] as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

O estatuto desenha um novo modelo jurídico de curatela que deixa de ser a regra das medidas assistenciais e passa à aplicação residual, sendo possível identificar, segundo Nelson Rosenvald (2016, p. 12), a “deficiência sem curatela e a deficiência qualificada pela curatela”. A primeira ocorre nos casos em que a pessoa consegue se autodeterminar, por meio da “tomada de decisão apoiada”, a segunda exigindo do ordenamento jurídico uma proteção mais densa, por meio do devido processo legal da curatela (ROSEVALD, 2016, p. 18).

Isso decorre do fato de que com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, abandonou-se o modelo médico, no qual a incapacidade era apontada por um viés estritamente clínico, adotando-se o modelo social. Veja-se nesse sentido a doutrina de Azevedo:

A abordagem do modelo social, na definição de capacidade legal, não é focada nos atributos individuais da pessoa ou suas limitações, mas nas barreiras sociais, econômicas e legais que ela enfrenta, na formulação e execução de decisões individuais, assim como no apoio e acomodações de que ela precise devido à sua habilidade particular de tomar decisões. (AZEVEDO, 2017, p. 43)

A partir dessa ótica, entende-se que as limitações das pessoas com deficiência não estão relacionadas tão somente aos seus caracteres biológicos, mas sim com o despreparo da sociedade em proporcionar-lhes uma vida participativa e autônoma. O modelo social, então, propõe que a pessoa tenha autonomia para decidir a respeito de sua própria vida, eliminando-se as barreiras com o fim de oferecer-lhes oportunidades.

Dito sistema pretende excluir o tratamento normativo da pessoa com deficiência o modelo de substituição da vontade. Assim devolve-lhe as decisões e determinações de sua própria vida, ampliando sua esfera de atuação e permitindo que decida por si própria, em conformidade com seus desejos, preferências e seu projeto de vida (CASTRO, 2019, p. 49).

Estabelece-se, assim, um paradigma de interdependência que permite a coexistência entre a autonomia da pessoa com deficiência e o estabelecimento de apoio ao exercício de sua capacidade legal. Dessa forma, entende-se que a obtenção de apoio não é motivo suficiente para concluir que a capacidade da pessoa não existe (DHANDA, 2008, p. 48).

A capacidade de exercício seria a versão operacional da autonomia, é por meio dela que a pessoa poderá praticar os diversos atos da vida civil, produzindo efeitos jurídicos válidos. O modelo de apoio, portanto, é o mecanismo que prioriza a autonomia e a livre capacidade de exercício, a ponto de facultar, até mesmo, que a própria pessoa solicite o apoio.

É justamente nesse contexto de mudança no paradigma para se estabelecer a deficiência, bem como ante a premente necessidade de preservação ao máximo da autonomia do vulnerável que o novel instituto da tomada de decisão apoiada se apresenta como um instrumento relevante no sentido de promover a melhor tutela do interesse da pessoa com deficiência, sobretudo, nos casos em que dispõe de razoável capacidade cognitiva²⁷.

Como um novo instituto voltado para auxiliar a pessoa que se sente fragilizada no exercício de sua autonomia, a tomada de decisão apoiada é a alternativa intermediária para aquelas pessoas que podem compreender os efeitos de suas escolhas mas mesmo assim necessitam de um certo suporte. Esse apoio visa a promoção da autonomia e a facilitação da comunicação, compreensão da vontade da pessoa no exercício de seus direitos (MENEZES, 2020, p. 684).

A Lei 13.146/2015, portanto, criou um instrumento de promoção dos interesses das pessoas com deficiência com o objetivo de

27 “O discernimento, ou a capacidade de compreensão e análise, provém de uma característica da condição humana, se não a mais importante, a que melhor define nossa espécie: a racionalidade. Como seres racionais, a não ser por circunstâncias excepcionais – tais como as mencionadas – somos capazes de raciocinar, refletir, decidir, enfim, de fazer nossas próprias escolhas. Quando temos discernimento, temos autonomia humana”. (MORAES, 2010, p. 192).

assegurar o exercício da capacidade civil, sem submetê-las ao instituto da curatela – tradicionalmente único modelo existente para a proteção dos direitos da pessoa incapaz maior de idade.

Sobre o instituto, colacionam-se as preleções de Farias, Cunha e Pinto:

A tomada de decisão apoiada como um novo modelo de proteção intermediária – Uma pessoa humana que pode exprimir as suas vontades (e, por conseguinte, se afasta do conceito de incapacidade), por conta de um certo grau de deficiência psíquica, física ou intelectual, pode exigir uma atenção diferenciada, com vistas a assegurar a sua própria dignidade e igualdade substancial. Nessa ambiência, surge, então, a Tomada de Decisão Apoiada – TDA, contemplada no art. 1.783-A do Código Civil, como um tertius genus protetivo (ao lado da curatela e da tutela), dedicada à assistência da pessoa com deficiência que preserve a plenitude de sua capacidade civil. Esse novo modelo jurídico se coloca de forma intermediária entre os extremos das pessoas sem deficiência (sob o prisma físico, sensorial e psíquico) e aquelas pessoas com deficiência e que foram qualificadas pela impossibilidade de expressão de sua vontade – e que, por conta disso, serão curateladas e consideradas relativamente incapazes.

A tomada de decisão apoiada serve, pois, no auxílio das pessoas com deficiência no que tange à preservação de sua capacidade plena de fato. Nesse sentir, convém mencionar que os apoiadores são escolhidos pela própria pessoa em vulnerabilidade, bem como funcionam como coadjuvantes no processo de tomada de decisões. Trata-se, assim, de instituto promotor da autonomia e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir sua vontade nas decisões de índole existencial ou patrimonial, enaltecendo sua autodeterminação para conduzir a própria vida e protagonizar sua história (ALMEIDA, 2019, p. 442).

E com o advento da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também a curatela adquiriu nova característica. Nesse sentir, é claro artigo 84 da Lei 13.146/15 ao excluir a hipótese de curatela ampla e

total sobre os atos da vida civil do curatelado – interdição – para passar como regra à medida assistencial comedidamente aplicável as circunstâncias de cada caso durante o menor tempo possível. O § 3º do retromencionado artigo, por exemplo, ainda registra o dever do magistrado de traçar os limites proporcionais às necessidades e às circunstâncias de cada caso que melhor atendam ao curatelado por meio da imposição de deveres ao curador, que preferencialmente deverá ser sujeito que possua vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

É fundamental, portanto, que a sentença estabeleça uma especificação da incapacidade jurídica, reconhecendo diferentes limitações e possibilidades, a depender dos elementos probatórios colhidos no procedimento, em especial na perícia e na entrevista pessoal com o curatelando. Não há mais espaço para sentenças padronizadas ou repetitivas de curatela, sem levar em conta as peculiaridades, os desejos, as vontades, as preferências e os laços afetivos e familiares da pessoa humana (FARIAS et. al., 2017, p. 335-336).

Acerca do tema, aliás, convém trazer à baila esclarecedora lição de Mendonça (2017, p. 48):

Daí se infere também o acerto do legislador em eliminar a possibilidade legal de declaração de incapacidade absoluta da pessoa com deficiência, o que, como já se demonstrou, representava verdadeira carta em branco para a atuação do curador, muitas vezes, uma atuação disfuncional, em contrariedade aos interesses da pessoa com deficiência.

Mesmo nos casos de impedimentos mentais ou intelectuais severos, a pessoa com deficiência só poderá ter sua capacidade restringida parcialmente, nos termos do art. 4º, III, do Código Civil. Isso não deve ser interpretado como uma opção incoerente do legislador, mas sim como a necessidade de – mesmo nos casos de profundo comprometimento do discernimento – a decisão ser fundamentada com sólidos argumentos (CF/1988, art. 93, IX), privilegiando os interesses da pessoa com deficiência e delimitando os exatos limites da atuação do curador.

Rompe-se, assim, com a distinção rígida entre a interdição total e parcial, sendo mais adequado que a capacidade da pessoa com deficiência seja verificada em relação a cada ato. Inclusive, se houver necessidade específico em prol do curatelado, há que se considerar a possibilidade de serem atribuídos poderes de representação ao curador para atos específicos – mas jamais, de forma absoluta para todos os atos da vida civil.

Indo mais além, a Lei n. 13.146/2015, estabelece em seu art. 85 que “a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial” da pessoa com deficiência, não afetando o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto, como preceituado em seu parágrafo primeiro.

E muito embora sejam institutos de aplicabilidade em situações diferentes, a depender do grau de discernimento que a pessoa com deficiência possua, importante mencionar a existência de comando legal para ambos no sentido de submissão à avaliação por equipe multidisciplinar previamente à decisão judicial:

CC, **Art. 1.783-A**. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

[...]

§ 3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.

CPC, Art. 753. Decorrido o prazo previsto no art. 752, o juiz determinará a produção de prova pericial para avaliação da capacidade do interditando para praticar atos da vida civil.

§ 1º A perícia pode ser realizada por equipe composta por expertos com formação multidisciplinar.

§ 2º O laudo pericial indicará especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela.

Art. 754. Apresentado o laudo, produzidas as demais provas e ouvidos os interessados, o juiz proferirá sentença.

No contexto da mudança do paradigma médico da capacidade, a realização de perícia por equipe multidisciplinar é indispensável que o juiz defina essa salvaguarda de forma coerente com a *ratio* funcional da Convenção. Isso porque, conforme dito alhures, atualmente, não basta o médico para dizer que alguém tem ou não uma deficiência e como poderá exercer suas potencialidades. Haverá a necessidade de uma equipe (assistente social, médico, terapeuta ocupacional) que permita entender essa pessoa. Ela deve ser submetida a uma análise não tradicional. Porque o tradicional foi alterado pela Convenção. Hoje há análise de potencialidades. Mas quem afirma isso? A Convenção da ONU, que tem status de norma constitucional (ARAÚJO e RUZYK, 2017, p. 237 e 241).

A lei, quando exige a equipe multidisciplinar, tem a função de facilitar o trabalho do juiz, repartindo as responsabilidades que, diante do texto da Convenção, são inúmeras para o magistrado. A entrevista, agora com a obrigatoriedade da presença de equipe multidisciplinar, tem o condão de repartir responsabilidades, tirando do juiz a tarefa de, sozinho e de forma isolada, detectar possíveis problemas que serão posteriormente corroborados por perícia (ARAÚJO e RUZYK, 2017, p. 240 e 241).

Inobstante se reconheça a importância da realização de perícia multidisciplinar, não há como se ignorar o fato de, muitas vezes, o plano ideal se dissociar da realidade. Nesse sentir, é inegável que o Brasil possui dimensões continentais e níveis diferentes de acesso à justiça e, nesse contexto, o Estado do Amazonas possui uma realidade ainda mais peculiar, especialmente nas comarcas do interior.

Nesse cenário, cumpre analisar de que modo será possível se preservar os interesses das pessoas com deficiência quando seu grau de discernimento estiver comprometido e, ao socorrem-se ao Poder Judiciário em buscar de salvaguardas, não puderem ser submetidas à perícia por equipe multidisciplinar ante a inexistência de profissionais habilitados para esse mister. Como efetivar seu acesso à justiça nesses casos?

3 A TUTELA DO INTERESSE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA DIANTE DO (IN)ACESSO À JUSTIÇA NO ÂMBITO DO INTERIOR DO AMAZONAS

Vigora em nosso país do princípio da inafastabilidade da jurisdição, por força do artigo 5º, inciso XXXV, da atual Constituição Brasileira (BRASIL, 1988), que, segundo Silva (2010), consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não.

Há, ainda, quem dê maior amplitude ao princípio, a exemplo de Moraes (1998), o qual defende, inclusive, que nem mesmo a inexistência de lei poderia obstar a apreciação do Poder Judiciário de eventual demanda que lhe fosse submetida, pois a toda violação de um direito corresponde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.

Entretanto, essa concepção rasa do conceito de inafastabilidade da jurisdição como uma espécie de aparato a permitir a judicialização

de tudo, entretanto, não mais prevalece. Atualmente, entende-se que não basta a mera garantia de acesso às vias processuais.

Conforme ressalta Quintas (2018), estamos vivenciando, nos últimos anos, uma profunda mudança sobre a forma como vemos a gestão de conflitos pelo Poder Judiciário, que tem modificado nossa prática constitucional e processual de modo tão intenso que os antigos referenciais teóricos estão perdendo o seu usual sentido descritivo e normativo. As mudanças que por essa razão se operaram no sistema jurídico acarretaram uma ruptura com a forma tradicional de compreender o acesso à jurisdição e o processo, a exigir dos juristas uma reflexão sobre a jurisdição e sobre a teoria geral do processo.

Atualmente, portanto, não se contenta com a mera existência abstrata do princípio da inafastabilidade da jurisdição e do estabelecimento das regras de tramitação processual, pois o acesso à justiça não se resume a essa simplória atitude de permitir o acesso do cidadão ao Poder Judiciário, mas sim em franquear-lhe o acesso à ordem jurídica justa.

Atenta a essa nova realidade, a processualística se transformou para fins de ajustar-se ao modelo estatal vigente. Nessa vereda, a separação das atividades processuais em fases estanques; o modelo de procedimento único e sua demasiada ordinarização; o excesso de burocracia e formalismo nos atos processuais; dentre outros aspectos do processo civil clássico, adequado ao Estado Liberal de Direito, não se prestam a cumprir os ideais proclamados na Constituição de 1988 (LEAL JÚNIOR, 2018).

É hoje, pois, inafastável a conclusão no sentido de que o direito de acesso à justiça, erigido à dignidade de garantia constitucional, quer dizer bem mais do que a possibilidade de se obterem provimentos formais (WAMBIER e ARRUDA ALVIM, 2011).

E tamanha é a relevância do acesso à justiça que Barcellos (2002) destaca ser ele a pedra fundamental do Estado Democrático de Direito e um dos principais componentes do núcleo da dignidade da

pessoa humana, uma vez que, em grande parte, dele depende a efetividade de direitos constitucionais.

O direito de acesso à justiça constitui, como bem rememora Sadek (2009), a porta de entrada para a participação nos bens e serviços de uma sociedade, de modo que não há possibilidade de inclusão social efetiva, se não houver condições plenas de acesso à justiça, já que sem o direito de recorrer à justiça, todos os demais direitos não possuirão efetividade.

Analisando o princípio, Capelletti e Garth (1998) afirmam ter ele duas grandes finalidades: (a) o Poder Judiciário deve ser acessível a todos (aspecto formal); e (b) o sistema jurídico deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

E para que ambas as finalidades sejam respeitadas, Watanabe (1988) destaca a necessidade de remoção dos obstáculos que impedem a efetividade do acesso à justiça. Noutras palavras, a fim de atender ao determinado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, cabe ao Poder Judiciário a tarefa de aproximar-se daqueles que se coloquem em situação de maior vulnerabilidade, tornando-se acessível mediante a adoção de fórmulas baseadas na simplicidade e no menor rigor formal, colocando o menor número de entraves possível entre a realização de justiça e a pessoa do jurisdicionado (REICHELDT, 2018).

É necessário pensar o direito de ação não apenas em sua faceta quantitativa, mas sim buscar-se o acesso à jurisdição qualitativa, a partir da superação das barreiras impostas ao acesso ao Judiciário. É preciso, pois, que o Estado crie condições materiais suficientes para que o jurisdicionado se socorra, ainda que tal acesso não se dê para uso da jurisdição estatal tradicional, uma vez que a obrigação estatal é no sentido de proporcionar opções via *multi-door system* (PEDRON et al., 2018).

Inobstante supramencionada evolução conceitual, a realidade do interior do Amazonas, infelizmente, é de acentuada ausência de estrutura estatal e isolamento dos povos que nele habitam, razão pela qual o acesso à justiça nos moldes atualmente preconizados,

ainda é algo impensável de ser concretizado ante as muitas barreiras estruturais.

Sobre esse ponto, oportuno mencionar que conforme informações extraídas do portal do Governo do Amazonas (2021)²⁸, o estado possui 1.559.161,682 quilômetros quadrados, o que corresponde ao território de cinco países, somados: França, Espanha, Suécia e Grécia. Entretanto, apesar das dimensões continentais, detém um dos mais baixos índices de densidade demográfica do país, com 2,23 habitantes por quilômetro quadrado, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), bem como grande parte de sua população se concentra eminentemente na capital Manaus que possui 1.802.525 dos tem 3.483.985 habitantes totais do estado, nos termos do Censo de 2010.

A rede de transporte na região, por exemplo, é bastante sui generis, porquanto em razão da composição geográfica do Estado e da ausência de rodovias, grande parte do transporte é realizado pela via fluvial, não havendo opções, em boa parte dos municípios, de acesso pela via terrestre.

Coadunando o ora exposto, Melo e Correa (2020), ao tratarem acerca do acesso à Justiça no Amazonas, assinalam que não se pode desconsiderar a assimetria existente entre a capital – Manaus e os demais municípios, a qual vai desde a densidade demográfica se concentra no maior centro urbano da região até questões estruturais como direitos mínimos como: saúde, educação, transporte, cultura etc que se precarizam na manutenção de um padrão de vida minimamente digno para o cidadão interiorano.

A Amazônia, pois, é caracterizada pela grandiosidade de seus recursos naturais e imensa biodiversidade. Porém a realidade dos habitantes desta região e seus desafios diários ainda são pouco conhecidos pelo restante do país. Devido ao isolamento geográfico da maioria dos municípios do Amazonas, cujo acesso muitas vezes é realizado

²⁸ AMAZONAS. Disponível em: <http://www.amazonas.am.gov.br/o-amazonas/dados/>. Acesso em 02 jul. 2021.

somente por via fluvial, existem enormes dificuldades econômicas e sociais que impedem que a população usufrua de direitos básicos como saúde e educação (LUCENA et al., 2012).

Especificamente sobre a análise das dificuldades existentes na estrutura judiciária, interessante a análise de Almeida e Mamed (2014):

Segundo dados do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (2014), há 78 varas espalhadas entre os 62 municípios nela existentes. Porém, nem sempre é possível encontrar a estrutura adequada ao funcionamento do Judiciário, tais como: advogados, rábulas, defensoria pública e até mesmo representantes do Ministério Público que sejam necessários.

[...]

As longas distâncias a serem percorridas e a inexistência de substratos materiais, inclusive a citada ausência das instituições necessárias à justiça são ainda grandes desafios a superar (ALMEIDA e MAMED, 2014).

E se faltam profissionais do próprio segmento do Poder Judiciário, igualmente há escassez de profissionais das demais áreas. À guisa de exemplo, em pesquisa junto ao Conselho Federal de Medicina, de um total de 49 (quarenta e nove) médicos especializados em neurologia no Estado do Amazonas, 47 (quarenta e sete) se localizam em Manaus (AM). E, ainda, entre um total de 55 (cinquenta e cinco) médicos especializados em psiquiatria, 48 (quarenta e oito) estão na capital do estado²⁹.

Tais constatações demonstradas são apenas sinais que explicam as dificuldades que o espaço amazônico apresenta para a consecução de qualquer atividade do Estado, desde as mais básicas como saúde e educação até as mais especializadas como o acesso à justiça.

Nesse diapasão, ante a incontestada falta de profissionais, como supplantar a exigência legal de perícia multidisciplinar para submissão da

²⁹ CFM. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/busca=-medicos/?nome=&uf=AM&crm=&municipio262=&inscricao-&tipoSituacao=A&situacao=&especialidade=46&areaAtuacao=&pageNumber=1&pageSize=10>. Acesso em: 02 jul. 21.

pessoa com deficiência à salvaguarda da tomada de decisão apoiada ou curatela e, assim, garantir-lhe o acesso à justiça proclamado no texto constitucional?

Está-se diante de um claro conflito normativo provocado pela ineficiência da presença estatal e que, naturalmente, provoca dissonâncias nos aplicadores do direito.

Filiando-se fielmente ao disposto na Convenção de Nova Iorque e na Lei de Introdução dos Direitos das Pessoas com Deficiência, Araújo e Ruzyk (2017, p. 243-244), destacam que as dificuldades materiais para pôr em prática a determinação de realização de perícia por equipe multidisciplinar não são suficientes para elidir essa obrigação, pois ela é a única que se coaduna com a *ratio* da interpretação conforme a Constituição.

Para tanto, os autores evocam o disposto no art. 13, 2, da Convenção: “2. A fim de assegurar às pessoas com deficiência o efetivo acesso à justiça, os Estados Partes promoverão a capacitação apropriada daqueles que trabalham na área da administração da justiça [...]”

Sustentam também que além de um direito da pessoa em exame, a realização de perícia por equipe multidisciplinar é também um direito-dever do magistrado, o qual terá sua decisão mais tranquila, mais técnica e mais segura para ele e à pessoa com deficiência.

Na jurisprudência pátria, cite-se o seguinte julgado em prestígio da sistemática inaugurada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência:

Apelação Cível. Família. Ação de Curatela. Necessidade de realização de perícia técnica por equipe multidisciplinar. Diante da necessidade de meticulosa especificação da capacidade da interditanda. Inteligência da Lei n. 13.416 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Sentença desconstituída. Apelo provido.

(TJRS, Apelação Cível Nº 70080258197, Sétima Câmara Cível, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 06/02/2019)

Adotando entendimento mais restrito à processualística civil, DIDIER JR (2015) defende que exigência de acompanhamento por equipe multidisciplinar, obviamente, somente prevalece quando a complexidade do caso concreto justificar, pois, além de encarecer demais o processo, a situação pode dispensar o exame por vários ramos do conhecimento.

Os que perfilham dessa corrente, sustentam ainda que o próprio Código de Processo Civil, para fins de reforçar a faculdade e não obrigatoriedade da perícia multidisciplinar, utilizou o vocábulo “pode” e não “deve”, no parágrafo primeiro, do art. 753³⁰. Há ainda, fundamentação no princípio do livre convencimento do julgador e na possibilidade dele, enquanto destinatário das provas, determinar a produção daquelas que sejam necessárias à formação de seu convencimento.

Na jurisprudência, o entendimento acima exposto igualmente comporta amparo:

Ação de Interdição – I. Cerceamento de defesa. Não configuração. Realização de perícia por equipe multidisciplinar. Previsão do artigo 1.771 do Código Civil, com redação dada pela Lei nº 13.146/15 (EPD). Faculdade atribuída ao magistrado de determinar o exame multidisciplinar diante da complexidade do caso. Interpretação sistemática com o artigo 753 do Novo Código de Processo Civil e os demais princípios processuais. Magistério doutrinário. Precedentes. II. Decretação de incapacidade absoluta do interdito. Afastamento. Reforma legislativa, decorrente da Lei nº 13.146/15 (EPD), que restringe a incapacidade absoluta aos menores impúberes. Reconhecimento de que o interdito é relativamente incapaz, abrangendo a curatela os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. Artigo 4º, inciso III, do Código Civil, e artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência. – Sentença

30 Art. 753. Decorrido o prazo previsto no art. 752 , o juiz determinará a produção de prova pericial para avaliação da capacidade do interditando para praticar atos da vida civil.

§ 1º A perícia **pode** ser realizada por equipe composta por expertos com formação multidisciplinar.

§ 2º O laudo pericial indicará especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela. – grifos.

reformada em parte. Apelo parcialmente provido. (TJSP, Apelação Cível, Terceira Câmara de Direito Privado, Relator: Donegá Morandini, Julgado em 16/12/2016)

Analisando os posicionamentos sobre o tema e confrontando-os com a realidade do interior do Amazonas, ante a patente ausência não só estatal, mas igualmente de mão de obra especializada para realização da perícia multidisciplinar, imperioso reconhecer que a opção mais ajustada a privilegiar os interesses da pessoa com deficiência e garantir-lhe o mínimo acesso à justiça é no sentido de, excepcionalmente, afastar a realização de perícia multidisciplinar e poder o magistrado usar outros elementos probatórios para tutelar a pessoa com deficiência e conferir-lhe uma salvaguarda.

Pensar em sentido contrário poderia, fatalmente, representar o engessamento da jurisdição já praticada com tantas dificuldades em nossa região e submeter a pessoa com deficiência a um processo sem fim, no qual, naturalmente, seu quadro seria cada vez mais agravado e maiores violações a seus direitos e sua dignidade humana ocorreriam.

Por outro lado, há lembrar que esse afastamento ocasional e justificável da realização de perícia multidisciplinar não pode representar a violação sistemática do Estatuto da Pessoa com Deficiência como vem ocorrendo, tampouco uma permissividade com a ineficiência estatal em promover o acesso à justiça. A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, em levantamento realizado, constatou, lamentavelmente, que das 41 (quarenta e uma) ações de curatela ajuizadas e sentenciadas até outubro 2018, em nenhuma delas foram determinadas as providências necessárias para uma avaliação multidisciplinar³¹.

31 CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-26/justica-nao-respeita-procedimentos-lei-inclusao-curatela>. Acesso em 02 jul. 21.

Deve-se, pois, sempre que possível e houver estrutura da organização judiciária para tanto, prestigiar-se fielmente os termos da Convenção de Nova Iorque e da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, realizando-se o exame multidisciplinar da condição da pessoa com deficiência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por certo, as pessoas com deficiência, felizmente, com o advento da Convenção de Nova Iorque e, ainda, com a Lei Brasileira de Inclusão, passaram a ter, aprioristicamente, a capacidade civil reconhecida e conseqüente autonomia para, de per si, praticarem os atos da vida civil, o que só pode ser restrito através de salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, bem como proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

No caso brasileiro, as referidas salvaguardas são a tomada de decisão apoiada e a curatela, sendo que para aplicação de ambas, exige a normativa internacional e a Lei Brasileira de Introdução a análise prévia da pessoa em vulnerabilidade por parte de uma equipe multidisciplinar. Isso porque o paradigma médico da deficiência não mais prevalece, passa-se a buscar o paradigma social.

Contudo, a despeito da beleza do instituto, a realidade do Estado do Amazonas, objeto do presente artigo, é muito precária ante a ausência de material humano tanto em na própria área do Direito como para formação de uma equipe multidisciplinar. Pode-se dizer, ainda que a ausência de profissionais capacitados para atuar na área acaba por tornar ineficaz o instrumento para garantir o direito da pessoa com deficiência. Em outras palavras, enquanto não for vencido pelo Estado a limitação geográfica e falta de pessoal atuante, o acesso à justiça de pessoas com deficiência nos rincões do Brasil, especificamente no

interior do Amazonas restará prejudicado e, aquele belíssimo instrumento normativo não passará de letra morta.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Roger Luiz Paz de; MAMED, Danielle de Ouro. O problema do acesso à justiça em áreas com deficiência de estrutura estatal/judiciária: o caso do Estado do Amazonas e a busca por alternativas pelo neoconstitucionalismo. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?co-d=3b847a075d855568>. Acesso em: 02 jul. 2021.
- ALMEIDA, Vitor. Autonomia da pessoa com deficiência e tomada de decisão apoiada: alcance, efeitos e fins. In: TEPEDINO, Gustavo. MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord.); Autonomia, liberdade existencial e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A perícia multidisciplinar de curatela e o aparente conflito entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código de Processo Civil: Reflexões metodológicas à luz da teoria geral do direito. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 18, n. 1, p. 227-256, jan./abr. 2017.
- AZEVEDO, Rafael Vieira de. A capacidade civil da pessoa com deficiência no direito brasileiro: Reflexões acerca da Convenção de Nova Iorque e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: LumenJurs. 2017.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: Cuidado e Vulnerabilidade. PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). São Paulo: Atlas, 2009.
- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Victor. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: Joyceane Bezerra de Menezes (org). Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2020.
- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A (in)capacidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual e o regime das invalidades: primeiras reflexões. In: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.) Impactos do novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BARIFFI, Francisco. El regimén jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Madrid: Cinca, 2014.
- BERLINI, Luciana Fernandes. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – modificações substanciais. In: Joyceane Bezerra de Menezes (org). Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2020.
- BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de Agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em: 02 jul. 2021.

- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 jul. 2021.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 02 jul. 2021.
- BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de Julho de 2015. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 6 jul. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 02 jul. 2021.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, colab. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris: 1988.
- CASTRO, Maria Clara Versiani. Tomada de decisão apoiada: a (in)efetividade do sistema e apoio no ordenamento jurídico brasileiro. In: PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves (orgs.). Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- DHANDA, Amita. Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Trad, Pedro Maia Soares. Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, v.5, n. 8, 2008.
- DIDIER JR, Fredie. Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão. Editorial 187. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/>. Acesso em: 02 jul. 2021.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.
- FERRAZ, Carolina Valença; LEITE; Glauber Salomão. Capítulo II: Da Igualdade e da Não Discriminação. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; FILHO, Waldir Macira da Costa (Coord.). Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GUIMARÃES, Luísa Resende. O sistema de apoio e sua (in)compatibilidade com mecanismos de substituição de vontade. In: PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves (orgs.). Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- LEAL JÚNIOR, João Carlos. Neoconstitucionalismo e o acesso à justiça no estado brasileiro contemporâneo. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR, Fredie(org.). Teoria Geral do Processo I. (Coleção doutrinas essenciais: novo processo civil; v. I) -2. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- LUCENA, Ketlen K. Teles; MOURA, Luzinaldo; NASCIMENTO, Selma; OLIVEIRA, Adenilson; SOUZA, Gisele; LUCENA, Walfredo. O desafio da educação à distância na Amazônia: um estudo de caso. Simpósio Internacional de Educação à Distância. São Carlos: UFSCAR, 2012.
- MENDONÇA, Bruna Lima de. Proteção liberdade e responsabilidade: uma interpretação axiológica-sistemática da (in)capacidade de agir e da instituição da curatela. In: BARBOZA, Heloisa Helena. MENDONÇA, Bruna Lima de. ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

- MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei n 13.146/2016). *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas: Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2020.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016.
- OLIVEIRA, Ludmila Junqueira Duarte. Sistema de apoios, tomada de decisão apoiada e influência indevida no direito brasileiro. *In*: PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves (Orgs.). Deficiência & Direito Privado: Novas Reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- PEDRON, Flávio Quinaud; BACHA e SILVA, Diogo; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Uma (re)construção jurídico-política do direito processual civil brasileiro: o Código de Processo Civil de 2015 como superação de certa tradição autoritária do processo. *In*: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR, Fredie(org.). Teoria Geral do Processo I. (Coleção doutrinas essenciais: novo processo civil; v. I) –2. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis de Direito Civil: uma introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- QUINTAS, Fábio Lima. Para que um novo Código de Processo Civil? Uma Reflexão sobre os novos contornos da função jurisdicional. *In*: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR, Fredie (org.). Teoria Geral do Processo I. (Coleção doutrinas essenciais: novo processo civil; v.I) –2. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- REICHELT, Luis Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional. *In*: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR, Fredie(org.). Teoria Geral do Processo I. (Coleção doutrinas essenciais: novo processo civil; v. I) –2. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- ROSENVALD, Nelson. Curatela. Capítulo 14. Inédito. 2016.
- ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Christiano Chaves de. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. 15. ed. Salvador: Juspodivm. 2017.
- SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. *In*: LIVIANU, R., coord. Justiça, cidadania e democracia[online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. pp. 170-180. ISBN 978-85-7982-013-7. Disponível em: <http://books.scielo.org>. Acesso em 02 jul. 2021.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 34ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para constitucionalização do Direito Civil.*In*: Temas de Direito Civil. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas

Relações Privadas: Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM, Teresa. Anotações sobre a efetividade do processo. In: _____ Doutrinas essenciais – Processo Civil: Princípios e temas gerais do processo civil. São Paulo: ED. RT, 2011.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.) Participação e processo. São Paulo: RT, 1988.

Decreto Regulamentar e os Limites Impostos ao Poder Normativo

*Regulatory Decree and the Limits
imposed on the legal power*

THIAGO DA PENHA LIMA

THIAGO DA PENHA LIMA

Mestrando em Constitucionalismo e Direito na Amazônia pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Martha Falcão (FMF/IESA) e em Direito Processual Civil Aplicado pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Assessor de Magistrado no Tribunal de Justiça do Estado no Amazonas. Foi Residente Jurídico no quadro da Procuradoria Geral do Município de Manaus. E-mail: thiago_lim4@hotmail.com.

Resumo: O presente artigo possui como escopo analisar os preceitos normativos que envolvem o poder regulamentar da administração pública e os limites impostos aos atos administrativos pela ordem constitucional contemporânea. Neste artigo foi feita uma pesquisa bibliográfica qualitativa, sendo consultadas doutrinas nacionais e estrangeiras que se debruçaram sobre tema. Sugere-se uma interpretação restritiva dos decretos autônomos e demais atos administrativos que sejam utilizados com a finalidade de inovar na ordem jurídica.

Palavras-Chave: Atos administrativos; Poder Regulamentar; Controle da Administração Pública.

Abstract: The scope of this paper is to analyze the normative precepts that involve the regulatory power of the public administration and the limits imposed on administrative acts by the contemporary constitutional order. In this paper a qualitative bibliographic research was made, being consulted national and foreign doctrines that focused on the subject. A restrictive interpretation of autonomous decrees and other administrative acts that are used for the purpose of innovating in the legal system is suggested.

Keywords: Administrative acts; Regulatory Power; Public Administration Control.

INTRODUÇÃO

Compreender os atos administrativos como um todo é entender boa parte do ordenamento jurídico brasileiro, já que o tema envolve assuntos de interesse do Direito Administrativo e Constitucional, além de que possui como pressuposto estudos amplos sobre a Administração Pública.

Ao editar determinados atos normativos, muito no que diz respeito aos decretos regulamentares, o Chefe do Poder Executivo deve se ater os preceitos existentes nas leis, não podendo contrariá-la, nem exorbitar o limite por ela proposto. Todavia, atualmente, isso é algo que nem sempre tem acontecido na seara jurídica nacional. Os métodos de emissão, os elementos e os limites dos atos administrativos precisam ser esmiuçados para que se possa entender sua real efetividade no mundo jurídico

A temática em questão possui a proposta de pormenorizar os atos normativos, especificamente os decretos executivos, buscando analisar suas finalidades precípua e os métodos de controle que a Constituição Federal outorga aos Poderes constituídos para que estes possam extirpar qualquer ilegalidade presentes nos referidos atos. Para atingir esse objetivo, o presente artigo foi dividido em quatro partes. Primeiramente, são tratadas as nuances gerais que envolvem os atos administrativos. Posteriormente, se analisará de maneira específica os decretos regulamentares e as problemáticas doutrinárias que cercam sua utilização prática. Em seguida, serão examinados os polêmicos decretos autônomos e a sua (in)existência no sistema normativo pátrio. Por fim, serão esmiuçados os métodos de controle que constam na ordem constitucional vigente, fazendo um aparato quanto aos limites impostos aos atos administrativos e aos métodos de controle em si.

1 ASPECTOS GERAIS SOBRE OS ATOS ADMINISTRATIVOS

Os atos administrativos em geral constituem, sem sombra de dúvida, um dos institutos mais ricos das ciências jurídicas, no que diz respeito tanto aos seus aspectos doutrinários quanto ao seu uso prático na atividade forense.

São entendidos, portanto, como a declaração do Estado, ou de quem o esteja substituindo, que seja manifestada em regime jurídico predominantemente público, com vistas de complementar a lei e constituir, alterar ou extinguir uma relação jurídica, sempre sujeita ao controle exercido pelo Poder Judiciário (MELLO, 2011). Cumpre notar que países como a Estônia, Alemanha, França, Noruega e Suécia adotam uma concepção muito parecida com a que foi exposta na conceituação de atos administrativos, que consistem em uma espécie de decisão individual tomada por uma autoridade para dar seguimento ordinatório em determinado caso, submetida aos ditames imediatos da lei (MUÑOZ, 2016).

Embora não seja possível encontrar unanimidade entre os autores, podem ser traçadas algumas características importantes aos atos administrativos, quais sejam: a) imperatividade: o ato administrativo emitido pelo poder público se impõe ao particular que é seu destinatário, independentemente do aceite ou recusa deste³²; b) presunção de legitimidade e veracidade: como manifestação de vontades emitidas pelo poder público, os atos administrativos gozam da presunção de que estão de acordo com a lei e que são verídicos. Cumpre anotar que tal presunção de legitimidade e veracidade é *juris tantum*, ou seja, admite prova em contrário; c) autoexecutoriedade: alguns atos adminis-

32 Conforme a doutrina majoritária, tal característica não está presente em todos os atos administrativos, mas apenas naqueles que constituem obrigações (DI PIETRO, 2017).

trativos, pela sua presunção de legitimidade e veracidade, podem ser postos em prática e consistir em atos mat\u00e9rias exercidos pela Administra\u00e7\u00e3o sem necessidade de interven\u00e7\u00e3o do Poder Judici\u00e1rio, sendo tal caracter\u00edstica constada apenas se expressamente prevista em lei ou quando se tratar de medidas urgentes (MEIRELLES, 2016).

Ainda de acordo com sua extensa classifica\u00e7\u00e3o, os atos administrativos podem ser constitu\u00eddos como atos normativos, ordinat\u00f3rios, negociais ou enunciativos (MOREIRA NETO, 2014), cada qual com suas nuances e peculiaridades pr\u00f3prias. A n\u00f3s, no presente momento, compete analisar os atos normativos, especificamente o decreto regulamentar.

Por oportuno, cumpre esclarecer que os atos normativos s\u00e3o aqueles que possuem um comando geral e se revestem de ampla abstrac\u00e7\u00e3o, n\u00e3o possuindo, em regra, destinat\u00e1rios espec\u00edficos. S\u00e3o tamb\u00e9m chamados de ato regra (MOREIRA NETO, 2014). A t\u00edtulo exemplificativo, podemos citar como atos normativos, dentre muitos outros que podem ser constatados, os regulamentos, as resolu\u00e7\u00f5es, as instru\u00e7\u00f5es normativas e os decretos regulamentares. Estes \u00faltimos s\u00e3o o objeto de an\u00e1lise da mat\u00e9ria aqui abordada.

Denominados decretos regulamentares ou executivos, essa esp\u00e9cie do poder normativo s\u00e3o atos de manifesta\u00e7\u00e3o de vontade privativos dos Chefes do Poder Executivo (Presidente da Rep\u00fablica, Governadores e Prefeitos), consistindo em uma compet\u00eancia espec\u00edfica de ordem administrativa (CARVALHO FILHO, 2017). S\u00e3o, geralmente, utilizados para regulamentar as leis, completando-as e esclarecendo as poss\u00edveis ambiguidades por aquelas trazidas.

Entende a maioria dos estudiosos do tema que os decretos executivos s\u00e3o concebidos pelo que se compreende por poder regulamentar da Administra\u00e7\u00e3o P\u00fablica. De maneira curiosa, o conceito de poder regulamentar est\u00e1 umbilicalmente atrelado ao de decreto executivo. Pode-se idealizar o poder regulamentar como "a atribui\u00e7\u00e3o privativa do Chefe do Poder Executivo para, mediante decreto, expedir atos

normativos, chamados regulamentos, compatíveis com a lei e visando desenvolvê-la" (GASPARINI, 2011).

Atualmente, há crescente disputa no ordenamento jurídico brasileiro para uma exata contextualização entre os conceitos de poder regulamentar e poder normativo, se esta seria uma relação de gênero e espécie, ou se tais expressões seriam sinônimas.

Em uma primeira corrente, há autores que consideram apenas existir o poder regulamentar, na mesma forma que já conceituamos, sem mencionar a existência do poder normativo (CARVALHO FILHO, 2017). Em outra vertente, existem aqueles que, além de considerarem a referida diferenciação, incluem o poder regulamentar como espécie do poder normativo, sendo este último mais amplo, de maneira a englobar os atos originários (aqueles em que a competência advém diretamente da Constituição) e os derivados (os que explicitam conteúdo normativo preexistente) (MEDAUAR, 2016).

A distinção supracitada tem importância além dos limites do âmbito acadêmico, como se verá adiante, tendo em vista que a corrente adotada terá impacto na forma prática de qual decreto regulamentar será disciplinado e efetivado no ordenamento jurídico, inclusive podendo ser ou não objeto de controle judicial em sentido amplo e de controle de constitucionalidade concentrado via ação direta de inconstitucionalidade (ADI) no Supremo Tribunal Federal.

2 DECRETO REGULAMENTAR SINGULARMENTE CONSIDERADO

No caso de se admitir que exista apenas o poder regulamentar, sem fazer diferenciação com o poder normativo, aquele teria apenas a prerrogativa de complementar as leis, sem poder inovar na ordem jurídica ou poder contrariar a legislação já positivada.

Destarte, como parte dos atos normativos, os decretos executivos teriam apenas o condão de regulamentar as leis em sua aplicação no caso concreto. Neste ponto, não seriam consideradas as possíveis funções de modificar a lei - já que seria figura de hierarquia inferior - seja restringindo seu alcance ou ampliando o âmbito de aplicação das normas.

2.1 LIMITES IMPOSTOS AO PODER REGULAMENTAR PELO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Em outra visão, há vertente também que desconsidera que os decretos executivos possam também suprir as lacunas legislativas.

No âmago de um Estado Democrático de Direito, uma das garantias que são dadas ao particular é de que este não será obrigado a fazer alguma coisa ou se omitir de ato, a não ser que haja norma legal impondo tais comportamentos. Este preceito condiz com o princípio da legalidade, presente no Art. 5º, inciso II, da Constituição Federal. Neste ponto, estamos adotando o termo lei em seu sentido formal, como sendo norma produzida pelo órgão competente (Parlamento) e segundo o processo legislativo que está disposto na Constituição. Conforme explicita Gilmar Mendes (2018, p. 920-921):

Na ordem jurídica brasileira, os decretos e regulamentos não possuem valor normativo primário, de forma que têm função meramente regulamentar da lei. Assim, pode-se afirmar que no sistema constitucional brasileiro não são admitidos os regulamentos e decretos ditos autônomos ou independentes, mas apenas os de caráter executivo (art. 84, IV) e os de natureza organizatória (art. 84, VI), os quais possuem função normativa secundária e subordinação à lei.

Entendido que o princípio constitucional da legalidade em sentido amplo limita ainda mais o âmbito de aplicação do poder regulamentar no que tange aos preceitos dispostos expressamente no

texto legal, questiona-se se aquele poderia suprir as lacunas existentes deixadas pela legislação. Parte da doutrina compreende que, mesmo que a lei disponha que cumpre ao Poder Executivo “disciplinar determinada matéria por regulamento”, tal lei teria aspectos de inconstitucionalidade, pois estaria violando o princípio da legalidade previamente mencionado. Caso contrário, o princípio perderia o caráter de ser garantia constitucional, na medida em que o administrador seria obrigado a fazer ou abster-se de ato, ora em virtude do poder regulamentar, ora em virtude de lei, conforme descrição política do Poder Legislativo (MELLO, 2011).

Diante desse cenário, é possível concluir que para a referida vertente, o poder regulamentar não seria nada mais do que uma prerrogativa dada aos Chefes do Poder Executivo para simplesmente dar caráter ordinatório às leis (ATALIBA, 2011) complementando o teor destas, de modo que não podem inovar na ordem jurídica, sendo-lhe vedado modificar a legislação ou suprir as lacunas legais presentes no sistema normativo pátrio.

3 OS DECRETOS AUTÔNOMOS E A POSSIBILIDADE DE INOVAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA

Conforme explicitado previamente, parte da doutrina administrativista considera que no ordenamento jurídico brasileiro atual existem os decretos autônomos ou independentes. Assim como os decretos regulamentares, os decretos autônomos seriam atos normativos de competência privativa dos Chefes do Poder Executivo, tendo como fundamento o art. 84, inciso VI, abaixo transcrito:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

- a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
- b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

Diferentemente dos executivos, os decretos independentes teriam o condão de inovar na ordem jurídica, estabelecendo normas sobre matérias que ainda não foram disciplinadas pela lei, não cumprindo assim nenhuma função de complementar ou desenvolver legislação prévia.

De maneira distinta do que se poderia constatar apenas pelas lições doutrinárias quanto ao conceito básico do assunto, o texto constitucional estabelece de forma muito sucinta e limitada a possibilidade de edição dos decretos autônomos. Destarte, mesmo que se admita a sua existência no ordenamento jurídico brasileiro, a aplicação dos decretos independentes teria âmbito preestabelecido pela Lei Maior, sendo possível apenas nas duas hipóteses mencionadas, ambas de caráter estritamente organizacional e administrativo. Não poderia, *v.g.*, o Presidente da República criar nova hipótese de extinção do crédito tributário por decreto autônomo (Código Tributário Nacional, art. 156), situação que seria considerada esdrúxula e totalmente inviável perante a Constituição.

Por conseguinte, ainda que se siga a teoria que tende a admitir a existência dos decretos independentes, este seria aplicável apenas nas restritas hipóteses até então presentes no texto constitucional, não sendo revestido de maiores nuances ou de uma problemática aprofundada perante esta questão.

3.1 MEDIDA PROVISÓRIA

São devidos breves comentários acerca das medidas provisórias. Compreendida como instituto *sui generis* do sistema normativo nacional, a medida provisória seria ato emanado do Chefe do Poder Executivo, com força de lei, em casos de relevância e urgência (CF, art. 62). Aparentemente, as medidas provisórias tem por fonte inspiradora a Constituição da República Italiana de 27 de dezembro de 1947, que dispõe sobre o *provvedimenti provvisori con forza di legge*, prevendo que o Governo poderá adotar, sob sua responsabilidade, em casos excepcionais de necessidade e urgência, com apresentação às Câmaras para sua conversão em lei em até 60 dias (MULLER, 2001).

Utilizada para substituir o decreto-lei³³, a medida provisória é encarada com ceticismo por boa parte da doutrina constitucionalista que a considera ato unipessoal do Poder Executivo, atribuindo a este as prerrogativas para legislar, sendo esta sua função atípica, e ainda impondo que o Legislativo analise o ato então emanado em determinado período de tempo. Em outras palavras, seriam simples atos administrativos, de caráter normativo, mas que possuem, de maneira desproporcional, força de lei e capacidade para travar a atividade legiferante em ambas as casas do Congresso Nacional (CUNHA JÚNIOR, 2016).

Embora possa ser considerada parte do poder normativo da Administração, caso feita a distinção entre este e o poder regulamentar, a medida provisória não pode ser vista como decreto emitido pelo Chefe do Poder Executivo. Mesmo em face ao decreto autônomo, a medida provisória teria âmbito de aplicação diverso, mais abrangente. Ademais, o procedimento para sua utilização é revestido de inúmeros requisitos não previstos para os decretos, como, por exemplo, ser

33 ADCT, art. 25, § 2º: Os decretos-leis editados entre 3 de setembro de 1988 e a promulgação da Constituição serão convertidos, nesta data, em medidas provisórias, aplicando-se lhes as regras estabelecidas no art. 62, parágrafo único.

apreciada por ambas as Casas do Congresso Nacional (CF, art. 62, *caput* e § 5º), e ter o condão de paralisar a atividade legiferante se não examinada em prazo determinado (CF, art. 62, § 6º).

4 MÉTODOS DE CONTROLE DOS ATOS QUE EXORBITAM O PODER REGULAMENTAR

Ao outorgar as competências típicas aos diversos órgãos que compõem o Poder Público, a Constituição cuidou também de eleger diversos métodos de controle para que os atos emanados de cada autoridade pudessem ser revistos e revogados conforme a atividade exercida pelos agentes da Administração Pública (MEIRELLES, 1973, p. 23). Adotando a classificação já consagrada pela doutrina nacional, tais controles podem ser divididos em controle administrativo, controle legislativo e controle judicial, de acordo com o órgão que o exerce. Para atingir o escopo proposto por este artigo, analisar-se-á as ramificações do controle e suas consequências de forma esmiuçada a seguir.

4.1 CONTROLE EXERCIDO PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De acordo com as Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, cumpre a própria Administração Pública, em primeiro momento, revogar ou anular seus atos, conforme critério de discricionariedade ou ilegalidade.

No caso de determinado ato administrativo exorbitar o limite que lhe é imposto pela legislação, seria este ato então ilegal, devendo ser anulado e extirpado do mundo jurídico. Destarte, o efeito que se dá à

anulação do ato administrativo é *ex tunc*, ou seja, retroage ao momento do seu nascedouro (JUSTEN FILHO, 2019). Este seria o método mais rígido para eliminação de um ato administrativo.

Na hipótese de o decreto regulamentar ser inoportuno e inconveniente, não restam dúvidas que o Chefe do Poder Executivo poderia revogar este decreto por outro ato de igual hierarquia, conforme sua discricção política. O mesmo entendimento deve ser aplicado para o caso de um decreto executivo contrário à lei. Se estendendo além dos limites impostos pela norma legal, o decreto deverá ser anulado e extinguido do sistema normativo. Esse é o teor que consta na súmula 473 do STF:

Súmula nº 473: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Cumprе anotar que, embora a súmula use a expressão “pode”, no sentido de discricção ao administrador, o entendimento majoritário é de que o agente público tem o dever de anular os atos ilegais, sob pena de ferir os princípios da legalidade, moralidade e segurança jurídica (Lei nº 9.784/99, Art. 53).

4.2 CONTROLE LEGISLATIVO

A princípio, procura-se entender o significado de controle para os fins do presente estudo. Assim, o conceituaremos como processo de limitação de poder, com imposição de vontade de um ente sobre outrem, para que o último cumpra as funções que lhes são dadas pela Constituição Federal (JUSTEN FILHO, 2006).

Conforme estabelece a Constituição Federal em seu art. 49, inciso V, é competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos

normativos que exorbitem o poder regulamentar. Tal aspecto de controle é fundamentado na ordem do sistema de freios e contrapesos presente na maioria das Repúblicas Democráticas, onde um poder tem meios previstos no texto constitucional para obstar atos ilegais do outro. No caso em questão, há doutrina que se considera verdadeiro controle político de constitucionalidade sobre os atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal, zelando e preservando sua competência (CUNHA JÚNIOR, 2016).

No mais, esta forma de controle não é frequentemente exercida pelo Legislativo, que com o auxílio do Tribunal de Contas da União, atua mais na fiscalização financeira dos demais Poderes e órgãos públicos. Isto porque a competência dada ao Legislativo seria limitada à sustação do ato, não se permitindo ao Parlamento invadir a esfera administrativa do Executivo ou disciplinar matéria cuja iniciativa seja a ele reservada (BARROSO, 2016). O abuso regulamentar, via de regra, é apreciado pelo Poder Judiciário (BASTOS; MARTINS, 1999)

4.3 CONTROLE JUDICIAL

Ao passo em que foi exposto que a Administração Pública tem o poder-dever de anular e revogar seus atos, por vício de legalidade ou por conveniência, respectivamente, assim como também o Poder Legislativo poderá sustar atos que exorbitem o poder regulamentar, deve-se alertar que o controle judicial, da mesma forma, é meio constitucionalmente permitido para controlar atos supostamente ilegais.

O controle judicial, entendido como a provocação exercida em face ao Poder Judiciário para que este exerça a verificação dos atos emanados pela Administração Pública, com a finalidade de constatar se estes estão de acordo com as leis e a Constituição, tem se mostrado como método efetivo para barrar inúmeros abusos perpetrados pelos Chefes do Poder Executivo que pratiquem atos visando interesses pessoais e contrários ao bem comum.

Como exemplo polêmico do referido controle, cita-se o caso da suspensão da nomeação do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para chefia da Casa Civil no governo de Dilma Roussef. Segundo parecer do até então Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, o ato administrativo de nomeação, em seu aspecto formal, aparentava não conter vício algum, revestindo-se de legalidade. Porém, o conteúdo do ato era viciado por este ter sido praticado com desvio de finalidade. Sendo assim, embora fosse formalmente hígido, não contendo defeitos em sua forma, o ato era praticado para satisfazer o interesse pessoal dos agentes envolvidos, desprezando assim o interesse público. Tal nomeação foi então suspensa pelo Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, que justificou sua decisão afirmando que o ex-Presidente visava obstruir as investigações que a operação Lava-Jato estava exercendo.

O caso mencionado foi citado para ilustrar o debate que está ocorrendo no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de não ser negada ao Poder Judiciário a possibilidade de apreciar lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV), muitas críticas têm sido feitas aos órgãos judicantes no sentido de que estes não estão se atendo ao princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º), adentrando inclusive no mérito dos atos administrativos emanados pelo Poder Executivo.

A doutrina clássica sempre afirmou a seguinte tese: os atos administrativos, todos eles, sejam vinculados ou discricionários, podem ser controlados pelo Poder Judiciário no que se refere aos aspectos de legalidade e aos elementos que são requisitos para sua existência (competência, finalidade, forma, objeto e motivo). O que não é permitido ao Poder Judiciário é substituir o Administrador Público no mérito dos atos praticados. O magistrado não possui conhecimentos econômicos e empíricos para substituir o Administrador Público, correndo assim o risco de ferir as políticas públicas:

A atividade jurisdicional criativa é limitada à otimização da lei, e não ao seu afastamento ou desprezo. O uso abusivo desse poder jurisprudencial tem conduzido à adoção de certas liberdades que não merecem estímulo, e, ao contrário, hão de ser coibidas, em nome das garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito. (...) É sempre lembrada e atual a advertência de Calamandrei no sentido de que o Estado de Direito exige juízes que julguem em conformidade com a lei, e não juízes que, a pretexto de aplicar a Constituição, deem à lei interpretação inteiramente incompatível com o seu próprio enunciado (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 37).

Não obstante o entendimento tradicional, o que se tem verificado na prática é uma postura proativa dos magistrados com vistas a efetivar os direitos advindos do princípio da dignidade da pessoa humana. Para os que defendem esse posicionamento, tal atitude se justifica pelo fato de que os direitos fundamentais teriam aplicação direta e imediata (CF, art. 5º, § 1º). Destarte, não poderiam os cidadãos esperar pelo legislador iniciar a atividade legiferante e nem pelo administrador, a quem compete executar as leis, pois teria o Estado o dever-poder de assegurar o mínimo existencial a cada indivíduo. Com o pretexto de perfazer os direitos fundamentais e adentrando, em tese, nas funções típicas do Legislativo e do Executivo, podem ser apontadas algumas decisões com objetivo de efetivar políticas públicas: a) determinação pelo Poder Judiciário para obrigar a Administração Pública a manter quantidade mínima de medicamentos em estoque (STF, RE 429903/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 25/06/2014, Informativo nº 752); b) O Poder Judiciário pode obrigar a Administração Pública a garantir o direito de acessibilidade em prédios públicos (STJ, REsp 1.607.472-PE, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 15/09/2016, Informativo nº 592); c) O Poder judiciário pode determinar a realização de obras emergenciais em estabelecimento prisional (STF, RE 592581/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 13/08/2015, Informativo nº 794).

As decisões citadas acima possuem como fundamento em comum a proteção de princípios como a dignidade da pessoa humana,

respeito ao mínimo existencial e reconhecimento de outros direitos constitucionalmente estabelecidos. Mesmo que a evolução sociedade e a perspectiva que se tem dos direitos em questão esteja se desenvolvendo e mereça um olhar diferenciado por parte dos órgãos judicantes, o comportamento da magistratura atual não escapa das críticas elaboradas por juristas mais tradicionais. Conforme preleciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 903-905):

Paralelamente, o art. 6º da Constituição indica o rol dos direitos sociais: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados

(...).

No entanto, o Judiciário vem, direta ou indiretamente, interferindo nas políticas públicas definidas pelos poderes competentes. Parte da doutrina defende essa possibilidade, colocando em xeque a forma de aplicação do princípio tradicional da separação dos poderes.

(...)

Rigorosamente, não pode o Judiciário interferir em políticas públicas, naquilo que a sua definição envolver aspectos de discricionariedade legislativa ou administrativa. O cumprimento das metas constitucionais exige planejamento e exige destinação orçamentária dos recursos públicos. Estes são finitos. Não existem em quantidade suficiente para atender a todos os direitos nas áreas social e econômica. Essa definição está fora das atribuições constitucionais do Poder Judiciário.

Embora louvável a iniciativa dos magistrados em busca de decidir com equidade, não se pode negar que possivelmente, nas decisões ora mencionadas e em outras de igual teor, o Poder Judiciário tem se imiscuído no mérito da atividade administrativa e da atividade legislativa, levando a comunidade jurídica a questionar qual a real efetividade dos métodos de freios e contrapesos previstos na Constituição

Federal quando se trata de atividade judicante que, em tese, não respeita o princípio da separação dos Poderes.

4.3.1 Controle de constitucionalidade

Entendido como método de verificação de compatibilidade entre lei ou ato normativo em face à Constituição Federal, o controle de constitucionalidade das normas é um instrumento que visa manter a higidez do ordenamento jurídico e a supremacia da Constituição (CUNHA JÚNIOR, 2017). É encarado como uma das maiores inovações políticas e ricas em conteúdo do direito constitucional moderno (MENDES, 2012).

No que se refere aos decretos executivos, objeto deste estudo, cumpre anotar que, geralmente, não caberá controle de constitucionalidade para atacar esta espécie de ato administrativo. Explica-se: como procedimento geral, o controle de constitucionalidade é utilizado para declarar a inconstitucionalidade/constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo do poder público, sendo requisito para estes últimos que inovem na ordem jurídica, além de possuírem caráter geral e abstrato. Temos como exemplos de atos normativos que criam direitos ou obrigações no sistema normativo e já foram objeto de controle de constitucionalidade: as resoluções do CNMP (STF, ADI 4263/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 24/04/2018, Informativo nº 899), e as Resoluções do TSE (STF, ADI 5122, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 03/05/2018, Informativo nº 900), além do regimento interno de Assembleia Legislativa (STF, ADI 4587/GO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 22/05/2014, Informativo nº 747).

Conforme previamente mencionado, os decretos regulamentares não possuem o condão de inovar na ordem jurídica, nem mesmo de contrariar as leis que complementam. Mesmo na hipótese de estar em desacordo com a legislação, não seria caso de inconstitucionalidade do decreto, mas sim de ilegalidade em face a regra normativa

(STF, ADI 4409/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 06/06/2018, Informativo nº 905).

Todavia, deve ser retomada a discussão sobre a possibilidade de existência dos decretos autônomos, aqueles que possuem a capacidade de inovar no ordenamento jurídico. No caso de seguir a corrente mais tradicional, tais decretos independentes não existem no ordenamento jurídico brasileiro, levando a conclusão que no caso de estarem em desacordo com a lei da qual recebem fundamento, deverão ser anulados por outro remédio jurídico que não a ação de controle concentrado de constitucionalidade. Porém, no caso de reconhecimento dos decretos autônomos, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, estes poderiam ser objeto de controle concentrado, conforme a seguinte decisão transcrita:

Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido liminar. Decreto nº 409, de 30.12.91. – *Esta Corte, excepcionalmente, tem admitido ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja decreto, quando este, no todo ou em parte, manifestamente não regulamenta lei, apresentando-se, assim, como decreto autônomo, o que da margem a que seja ele examinado em face diretamente da Constituição no que diz respeito ao princípio da reserva legal.* No caso, o decreto impugnado se situa no âmbito da regulamentação do poder de fiscalização de concessões de distribuição de energia elétrica. O que visa a presente ação direta de inconstitucionalidade é resolver, em abstrato, questões que podem dar margem a discussão, em casos concretos, sobre ilegalidade ou violação de direitos adquiridos aferíveis dos termos de cada concessão, exames esses que são insuscetíveis de ser feitos em ação direta de inconstitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida, ficando, assim, prejudicado o pedido cautelar.

STF, ADI 708/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 22/05/1992 (sem grifos no original).

Dessa forma, percebe-se que deve ser evitado o ajuizamento da ação de controle concentrado para impugnar decreto meramente

regulamentar, cabendo, excepcionalmente, ADI em face de decreto autônomo, como no caso concreto a seguir.

4.3.2 Estatuto do Desarmamento e o decreto de regulamentação da posse e do porte de armas

Com vista a regulamentar o uso de armas de fogo no território nacional, foi publicada a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, conhecida como Estatuto do Desarmamento. Desde o princípio, a norma foi causa de grande polêmica. Em um primeiro ponto, mostrou-se contrária à diversas camadas da sociedade brasileira, que argumentavam que deveriam ter o direito de protegerem-se a si mesmas e também proteger sua propriedade. De outro lado, a regulamentação mais rígida foi apoiada por aqueles que alegavam que os inúmeros acidentes domésticos, além da crescente violência causada por tais instrumentos precisavam ser freados de alguma maneira.

O art. 35 do Estatuto dispõe que:

Art. 35. É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta Lei.

§ 1º Este dispositivo, para entrar em vigor, dependerá de aprovação mediante referendo popular, a ser realizado em outubro de 2005.

§ 2º Em caso de aprovação do referendo popular, o disposto neste artigo entrará em vigor na data de publicação de seu resultado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Como se percebe, para se dar efetividade ao referido dispositivo, este deveria ser aprovado por referendo popular (CF, art. 14, II). Como forma de atender o presente comando do Estatuto, foi convocado o Referendo em outubro de 2005, quase dois anos após a publicação da lei (NUCCI, 2010). A proibição de comercialização de armas de fogo, prevista no art. 35 do Estatuto, foi rejeitada por 2/3 do eleitorado

votante. Conforme noticiado³⁴, a opção pela não proibição do comércio de armas de fogo foi a opção vitoriosa em todos os Estados, mostrando o interesse da população em maior flexibilidade para a posse e o porte de armas.

Apesar do resultado referendo, o artigo. 35 do Estatuto nunca foi formalmente revogado, continuando a vigorar e restringir a posse/porte de arma de fogo por parte do cidadão comum³⁵.

Após as eleições de 2018, o Presidente da República eleito, Jair M. Bolsonaro (PSL), com o objetivo de cumprir promessas feitas em sua campanha, editou decretos regulamentares com vistas a flexibilizar a posse e o porte de armas pelo cidadão. Prontamente, o decreto em questão foi festejado por alguns e extremamente criticado por outros, na medida em que muitos consideraram que o Chefe do Poder Executivo teria exorbitado o poder regulamentar e alterado a legislação em vigor por meio de ato administrativo de caráter normativo, inovando assim na ordem jurídica³⁶.

Os argumentos contrários ao decreto executivo elaborado pelo Presidente parecem ganhar força por alguns motivos aqui explicitados. Em primeiro lugar, ampliou demasiadamente as hipóteses previstas na legislação para a posse e, principalmente, o porte de armas. Como mencionado em momento oportuno, os decretos regulamentares apenas explicitam e complementam os preceitos já existentes na legislação, sendo totalmente vedado ampliar os conceitos ali

34 UOL. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultnot/referendo/ultimas/2005/10/23/ult3258u118.jhtm>>. Acesso em: 10/11/2021.

35 Ao não ser aprovado pela população, questiona-se se o dispositivo não teria perdido o seu fundamento de validade, sendo assim não recepcionado em vista à previsão constitucional do referendo, ou então o artigo deveria ser declarado inconstitucional por ação direta? De qualquer forma, deveria ter sido o dispositivo formalmente retirado do ordenamento jurídico, pois qualquer que fosse a fundamentação para o cessamento de sua eficácia, este não deveria ter produzido efeitos após o referendo popular, o que não foi o que se pode constatar.

36 O decreto nº 9.785/2019 ampliava demasiadamente as hipóteses de efetiva necessidade para aquisição de armas de fogo.

expostos, ou contrariar o texto legislativo³⁷. Tanto é assim que o Senado Federal, por meio da Comissão de Constituição e Justiça, considerou que o decreto em questão exorbitava o poder regulamentar, sustentando assim o ato em questão, conforme prerrogativa que lhe é dada pelo texto constitucional.

Em outro ponto, volta-se à questão da diferenciação dos decretos autônomos e decretos executivos. Se caso fosse adotada a tese de que os decreto autônomos estão presentes no ordenamento jurídico, poderia ter o Presidente Bolsonaro modificado a lei da forma como o fez? Acreditamos que não. Ainda que se credite ao sistema normativo nacional a possibilidade de existirem os decretos independentes, estes estariam limitados às hipóteses previstas no art. 84, inciso VI, quais sejam: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos. Como se pode perceber, os decretos emitidos pelo Chefe do Executivo não visavam modificar a "organização e funcionamento" da administração, muito menos extinguir funções e cargos públicos vagos. O que tais atos normativos fizeram foi modificar legislação penal extravagante. O fato é que, mesmo que se admita a existência dos decretos autônomos, estes não teriam possibilidade de alterar ou modificar a legislação em questão (NERY JÚNIOR, 2014)

Posteriormente, os atos normativos em questão foram questionados novamente, agora no âmbito do Poder Judiciário. Em 08/05/2019, foi protocolada a ADPF nº 581, de autoria do partido Rede Sustentabilidade (REDE), o qual sustentava que o decreto expedido continha ofensas aos preceitos fundamentais da República, além de que violava o Estatuto do Desarmamento. Em seguida, foi ajuizada a ADI 6.134, sendo o autor o partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Em

37 Aqui poderia ser até considerado como ato de ferir a separação dos Poderes da República, ao ponto em que estaria o Chefe do Executivo usurpando do Poder Legislativo a prerrogativa de exercer a capacidade legiferante, modificando a lei por ato de hierarquia inferior.

síntese, os argumentos foram coincidentes com os da ADPF mencionada, na medida em que também foram alegadas a exorbitância do poder regulamentar concedido ao Presidente, como também a usurpação da competência do Congresso Nacional para legislar, ferindo assim a separação dos Poderes.

Por todo o contexto exposto e com o propósito de evitar desgaste maior com o Poder Legislativo, o Presidente da República emitiu outro decreto revogando aquele que estava sendo alvo de questionamento. Ainda com buscas em flexibilizar a posse e o porte de armas, decidiu o Chefe do Executivo em enviar projeto de lei para o Legislativo, esquivando-se assim de maiores questionamentos quanto aos vícios formais do meio normativo utilizado. Resta agora aguardar o pronunciamento do Pretório Excelso sobre as ações de controle concentrado que foram ajuizadas, no intuito de descobrir se estas teriam perdido seu objeto, e assim seriam rejeitadas, em vista da revogação do decreto, ou mesmo se recebidas, quais seriam as posições adotadas pelos Ministros da Corte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstrado durante o logo do presente artigo, o poder normativo é um valioso instrumento para dar celeridade e desengessar a burocrática Administração Pública. O legislador não tem a capacidade de prever todas as nuances que envolvem a lei em sua aplicação no caso concreto, cumprindo assim ao Executivo regulamentar a aplicação da legislação, complementando-a quando necessário. Porém, tal poder deve ser exercido sempre pautado nos ditames constitucionais e respeitando o princípio da separação dos poderes. Não pode o administrador, com busca em efetivar o bem comum, atuar

usurpando a função típica de outro poder e violar a Carta Constitucional.

Por mais significativa e atuante que seja a performance do agente político, as diretrizes impostas pela Constituição são limites intransponíveis, limites estes que foram editados no intuito correto que objetiva ressaltar que a autonomia concedida aos Poderes da República e aos entes da Federação não pode ser confundida com soberania, ao passo que todos aqueles que fazem parte do Estado de Direito (*Rule of Law*) devem obediências às normas fundamentais que emanam da Lei Maior.

Por mais que o apelo evocado possa parecer exaustivo e com uma praxe doutrinária já esgotada, há de salientar que os problemas mencionados no texto ainda persistem nos casos concretos, vez que a interpretação exercida pelos órgãos de controle parece encontrar brechas e falhas no sistema normativo que “autorizam” a burla dos comandos legais ora comentados. A versatilidade da vida social e as formas de regulamentação precisam coexistir de maneira a não violar a ordem legal hodierna, em vista de que a liberdade dada ao Administrador Público não pode se transverter em uma carta branca para o cometimento de atos que atendam aos interesses ilícitos de alguns poucos em detrimento da justiça social.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. Poder Regulamentar do Executivo. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, São Paulo, vol. 4, p. 461-492, mai. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

- BRASIL. Código Tributário Nacional: Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 19 out. 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Estatuto do Desarmamento: Lei nº 10.826 de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.826compilado.htm. Acesso em: 19 out. 2020.
- BRASIL. Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 20 out. 2020.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria das nulidades no Direito Administrativo. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 1000, p. 73-84, fev. 2019.
- MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 20. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MEIRELLES, Hely Lopes. A Administração Pública e seus controles. Revista de Direito Público (RDP), p. 23-32, jan./mar. 1973.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MULLER, Friedrich. As medidas provisórias no Brasil diante do Pano de Fundo das Experiências Alemãs. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MUÑOZ, Jaime Rodriguez-Arana. Recognition of Foreign Administrative Acts. Springer International Publishing, 2016.

- NERY JÚNIOR, Nelson. Limites ao Poder Regulamentar do Presidente da República. Soluções Práticas de Direito, São Paulo, vol. 1, p. 109-155, set. 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum: vol. I. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NEOCONSTITUCIONALISMO OU CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: REALIDADE AMAZÔNICA

*Neoconstitutionalism or Constitutionalism
Latin American: amazonic reality*

WAGNER GUIMARÃES CARVALHO DE BARROS
IGO ZANY NUNES CORRÊA

WAGNER GUIMARÃES CARVALHO DE BARROS

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Pós-Graduando em Direito Público pela Universidade Estadual do Amazonas. Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2005). E-mail: rafwag79@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9850-4714>.

IGO ZANY NUNES CORRÊA

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. E-mail: zanyigo@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2743-0476>.

Resumo: A temática abordada neste ensaio diz respeito à distinção entre o Neoconstitucionalismo e o Constitucionalismo Latino-Americano, mormente sob o espectro da efetividade da tutela do bioma amazônico e sua influência como instrumento teórico para tutelar direitos fundamentais, como o meio ambiente sadio e equilibrado. Estuda-se sobre este assunto em razão da onda andina originada nos países do sul global que buscam o rompimento da visão eurocêntrica e antropocêntrica do constitucionalismo europeu especificamente no que tange à salvaguarda da Floresta Amazônica. Tal contexto acarreta tratamento diverso no tocante à tutela da Floresta Amazônica considerando os países constantes da Pan-Amazônia e os princípios do “*Buen vivir*” insculpidos nas constituições de países como a Bolívia e Equador emergindo a necessidade de emprego dos princípios do Constitucionalismo Latino-Americano para proteger eficazmente a floresta Amazônica. Neste ínterim, adotando-se uma pesquisa referencial bibliográfica, utilizando-se de livros, artigos e revistas relacionados ao tema ora estudado, abordou-se a questão da necessidade de efetividade do direito fundamental ao meio ambiente por meio do Constitucionalismo Latino-Americano como ferramenta para tutelar espaços transnacionais como o bioma amazônico.

Palavras-Chave: Neoconstitucionalismo. Constitucionalismo Latino-Americano. Amazônia.

Abstract: The thematic addressed in this essay talk about of the distinction between Neoconstitutionalism and Latin American Constitutionalism, especially under the specter of the effectiveness in protection of Amazonian biome and its influence as a theoretical instrument to protect fundamental rights, such as a healthy and balanced environment. It is studied on this subject due to the Andean wave originating in the countries of the global south that seek to break the eurocentric and anthropocentric vision of European constitutionalism specifically with regard to the safeguarding of the Amazon Forest. Such context entails different treatment regarding the protection of the Amazon Forest considering the countries included in the Pan-Amazon and the principles of “*Buen vivir*” inscribed in the constitutions of countries such as Bolivia and Ecuador, emerging the need of use the principles of Latin American Constitutionalism to effectively protect the Amazon rainforest. In the meantime, adopting a bibliographic referential research, using books, articles and magazines related to the theme studied here, the issue of the need for effectiveness of the fundamental right was addressed Latin American Constitutionalism as a tool to protect transnational spaces such as the Amazon biome.

Keywords: Neoconstitutionalism. Latin American Constitutionalism. Amazon.

INTRODUÇÃO

Os anos de 2020 e 2021 estão sendo marcados fortemente por uma luta sem fim contra a propagação do vírus da Síndrome respiratória aguda grave 2 (Sars-Cov-2) que acarreta a doença denominada COVID-19, vírus esse que traz enormes prejuízos para a humanidade em várias de seus matizes, psicológico, econômico, político, social etc.

Contudo, não se deve esquecer dos reflexos para a tutela do meio ambiente, especificamente para a floresta amazônica, e por isso importante direcionar os esforços para os reflexos da efetividade da tutela considerando o Constitucionalismo Latino-Americano como ferramenta teórica para fundamentar a proteção do bioma amazônico.

Neste particular, importante destacar que a Pan-Amazônia compreende nove países da América Latina, quais sejam, Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Guiana Francesa, Peru, Suriname e Venezuela, sendo o bioma amazônico o elemento geográfico comum entre os referidos países.

Não obstante as similitudes das características da floresta amazônica, os países da Amazônia Internacional possuem tratamento distinto quanto ao relacionamento com a natureza, mormente quando considerado os princípios do “*buen vivir*” insculpidos nas constituições do Equador e Bolívia, instituto típico do Constitucionalismo Latino-Americano.

Assim, países da Pan-Amazônia como a Bolívia e o Equador na vanguarda dos demais países assumiram papel de destaque e merecedores de relevância internacional ao introduzir princípios e modos de relacionamento com o mundo próprios dos povos originários como o Sumak Kawsay, na Constituição do Equador, e o Suma Qamaña, na Constituição da Bolívia.

A ruptura do Constitucionalismo Latino-Americano com os dogmas do constitucionalismo europeu é latente em alguns países do sul global, na busca de efetivação de direitos fundamentais para sujeitos

até então oprimidos e silenciados, como os povos originários, os quilombolas e os ribeirinhos.

Ademais, os direitos da natureza foram reconhecidos pela constituição equatoriana, inaugurando nos países da Pan-Amazônia uma nova visão de relacionamento com a *Pacha Mama* que se afasta do conceito simples de desenvolvimento sustentável.

Nessa esteira, merece destaque o biocentrismo, característica marcante do Constitucionalismo Latino-Americano fundado na forma de relacionamento do homem com a natureza (*PachaMama/Madre Tierra*), no qual prevalece a harmonia entre os viventes do planeta terra, a partir da concepção de que cada ser possui um papel preponderante para a manutenção da vida.

Assim, a visão biocêntrica rompe com o antropocentrismo, por meio do qual o ser humano estaria no centro da vida e que todas os demais viventes seriam seus subordinados e existem para seu bel desfrute.

Nesse ínterim, discute-se como o Constitucionalismo Latino-Americano pode influenciar o ordenamento jurídico pátrio pelos ventos andinos trazidos da Bolívia e do Equador, mormente no que se refere ao tratamento dispensado ao bioma amazônico.

Além disso, não se deve dispensar o aprofundamento do estudo do impacto do modo de viver dos povos originários para a preservação da floresta amazônica, na medida em que o necessário para seu viver difere em muito do consumo desenfreado do capitalismo, mesmo considerando os princípios do desenvolvimento sustentável, embebido pela valorização e estímulo ao lucro.

Diferentemente dos povos originários que possuem a consciência de seu consumo pautado na subsistência, consumindo o necessário apenas para a sobrevivência de seu povo, contribuindo sobremaneira para salvaguardar seu território para as presentes e futuras gerações.

Além do mais, esse harmonioso relacionamento dos povos originários com o meio ambiente salta aos olhos de importância quando é

considerada a área total ocupada pelo bioma amazônico no território nacional de 5.015.067,749 km², conforme página do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Nesse contexto, considerando apenas o estado do Amazonas que possui a extensão territorial de 1.559.146,889 km², estado de maior extensão territorial do Brasil, as terras indígenas compreendem 45.232.159 km² correspondendo cerca de 28,54% (IBGE, 2020) da área total e apresentam uma porcentagem de desmatamento ínfima em relação a outras áreas do estado do Amazonas que não estão inseridas em terras indígenas.

Noutro giro, o neoconstitucionalismo apesar do significativo progresso para a efetivação dos direitos fundamentais, por meio do reconhecimento da supremacia do texto constitucional, da força normativa dos princípios constitucionais e da ampliação da jurisdição constitucional, representa o dogma do constitucionalismo fundado no eurocentrismo.

O neoconstitucionalismo, em que pese suas características, não vem alcançando efetividade no combate ao desmatamento e queimadas no Brasil. Segundo o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE, 2021) a taxa de desmatamento na Amazônia Legal Brasileira (ALB), no período de 01 agosto de 2019 a 31 julho de 2020, foi de 11.088 km² e representa um aumento de 9,5% em relação a taxa de desmatamento apurada no período de 2018 a 2019.

Neste contexto, surgem os seguintes questionamentos: O Constitucionalismo Latino-Americano pode influenciar o ordenamento jurídico pátrio como marco teórico na tutela do bioma amazônico? O Constitucionalismo Latino-Americano é uma espécie do neoconstitucionalismo ou uma nova vertente do constitucionalismo?

Destarte, resta demonstrada a importância do presente trabalho para contribuir com os estudos relacionados a preservar/salvaguardar o bioma amazônico por meio do Constitucionalismo Latino-Americano e seus princípios de plena harmonia entre os seres vivos do planeta terra.

Sendo assim, objetiva-se discorrer sobre a historicidade e distinções entre o Constitucionalismo Latino-Americano e o Neoconstitucionalismo, demonstrar como o Constitucionalismo Latino-Americano pode influenciar como marco teórico na tutela do bioma amazônico e, por fim, discutir acerca do movimento descolonial como causa do rompimento com as estruturas hegemônicas e os dogmas do eurocentrismo.

Para tanto, vale-se de exaustiva pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, orientando-se pelo método de pesquisa dedutivo, abordando-se no tópico seguinte a temática referente à historicidade do constitucionalismo.

1 HISTORICIDADE SINTETIZADA DO CONSTITUCIONALISMO

Segundo o Vocabulário jurídico (Tesouro) do Supremo Tribunal Federal (STF) constitucionalismo é um "movimento político surgido com a Revolução Francesa ou doutrina jurídico-política baseada na Constituição, opondo-se a autocracia, com o escopo de estabelecer o regime constitucional [...] tendo sua ação e seus poderes limitados por uma Constituição escrita."

Preliminarmente importante ser destacado o caminho do constitucionalismo, a partir do constitucionalismo moderno, até desdobrarmos no Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo Latino-Americano de concepção do sul global.

O Estado de Direito possui como precedente o Estado Absolutista, neste período que perdurou até o século XVIII, não havia uma constituição escrita e prevalecia a vontade dos governantes.

Entre os séculos XVII e XVIII, inúmeros documentos foram criados na esteira de resguardar direitos individuais, período denominado de constitucionalismo antigo. Dentre os documentos assecuratórios de direitos individuais pode-se citar a Magna carta (1215), a Petição de Direito, em 1628, encaminhada ao rei Charles I, pelo Parlamento inglês que cunhava uma declaração de liberdades civis; *Habeas Corpus Act* (1679), instrumento empregado em face de prisões consideradas arbitrárias de pessoas acusadas de cometer crime e o *Bill of Rights*, em 1689, que reduzia o poder monárquico e estabeleceu a monarquia parlamentar em detrimento do absolutismo inglês (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 60).

Além dos supracitados documentos ingleses, de grande valia para o desenvolvimento do constitucionalismo foi a Declaração de Direito da Virgínia (1776), no contexto da luta dos Estados Unidos da América na independência da coroa inglesa, que proclamou direitos inerentes ao ser humano em detrimento de um governo não reconhecido e considerado inadequado para as colônias americanas (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 62-63).

A referida luta contra a metrópole inglesa culminou na independência das colônias americanas e promulgação na primeira constituição escrita, a Constituição Americana de 1787, marcando assim a ruptura com o Estado absolutista até então preponderante para iniciar o Estado de Direito (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 62-63).

Segundo Canotilho (2003, p. 51) “[...] o constitucionalismo moderno representará um técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.”

Ademais, leciona Canotilho (2003, p. 51) que o constitucionalismo está relacionado a movimentos constitucionais, como o inglês (século XIII e XVII), americano e francês (século XVIII) que buscavam a limitação do poder do monarca e o reconhecimento de direitos.

TABELA 10: MOVIMENTOS CONSTITUCIONAIS

MOVIMENTOS CONSTITUCIONAIS				
País	INGLATERRA		ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	FRANÇA
Período	Século XIII	Século XVII	Século XVIII	Século XVIII
Revolução	Revolta dos Barões e da Igreja	Revolução Gloriosa	Revoluções Burguesas	Revoluções Burguesas
Característica	Limitação do poder absoluto do Rei	Supremacia do Parlamento	Separação dos Poderes	Separação dos Poderes
Documento Principal	Magna Charta Libertatum (1215)	Bill of Rights (1689)	Bill of Rights (1789)	Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)
Constituição	Material, Não escrita, histórica	Material, Não escrita, histórica	Formal e Escrita	Formal e Escrita (1791)

Fonte: Elaborado pelos autores. Dados: (CANOTILHO, 2003) e (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012)

O Estado de Direito pode ser dividido em três fases, quais sejam, Liberal, Social e Contemporânea, registrados a partir do final do século XVIII, período de constitucionalismo moderno.

O Estado Liberal é marcado pela promulgação das Constituições Americana (1789) e Francesa (1791), pela não intervenção estatal e pela garantia nas cartas constitucionais de direitos individuais e políticos (direitos de primeira geração ou de primeira dimensão), limitando o poder do estado face aos direitos individuais e políticos e uma diminuta atuação estatal (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 60-61).

Já no Estado Social há uma maior atuação do estado, caracterizando o intervencionismo estatal, e a garantia de direitos sociais, direitos de segunda geração ou de segunda dimensão insculpidos nas Constituições do México (1917), da Alemanha (Weimar) 1919, cartas constitucionais pioneiras na garantia de direitos sociais (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 67).

Na busca pelo avanço da teoria constitucionalista, principalmente no que se refere a sua concretização, a partir da segunda metade do século XX, surgiram premissas fundamentadas na força normativa da constituição nos sentidos formais e valorativos. Soma-se a isso o reconhecimento de direitos de terceira dimensão fundados na solidariedade e fraternidade.

Ademais, a concretização dos direitos de primeira, segunda e terceira dimensões estão sedimentados no princípio matriz da dignidade da pessoa humana a partir do reconhecimento de cogência aos princípios constitucionais.

O progresso do constitucionalismo até o neoconstitucionalismo possui alguns marcos fundamentais para o seu atual desenvolvimento, quais sejam, marcos histórico, filosófico e teórico.

TABELA 11: MARCOS FUNDAMENTAIS

MARCOS FUNDAMENTAIS

HISTÓRICO	FILOSÓFICO	TEÓRICO
Pós 2ª Guerra Mundial; Estado Constitucional do Direito; Redemocratização.	Pós-positivismo; Direitos fundamentais; Aproximação entre Direito e Ética.	Força Normativa da Constituição; Supremacia Constitucional; Nova Dogmática de hermenêutica constitucional.

Fonte: Elaborado pelos autores. Dados: (BARROSO, 2006)

O neoconstitucionalismo segundo Barroso (2006, p. 57):

[...] identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio as quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição da constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Nessa esteira, a partir da concepção do neoconstitucionalismo as constituições não necessitam de regulamentação por leis e/ou decretos para serem concretizadas, ou seja, sua força normativa prescinde de leis para aplicar-se aos casos concretos.

No mesmo sentido ensina Lenio Luiz Streck (STF, 2021) o neoconstitucionalismo como uma “nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição considerando-a como fonte autoaplicativa e tendo como base o paradigma da interpretação para compreensão e da compreensão para a interpretação”.

Ademais, em que pese autores estudarem e discutirem as características do “constitucionalismo do futuro”, do transconstitucionalismo, do constitucionalismo globalizado, por fins didáticos o presente estudo irá ater-se aos pontos de congruência e dissonantes do neoconstitucionalismo e do constitucionalismo latino-americano principalmente no que se refere à tutela do bioma amazônico. Para tanto, através de uma abordagem dedutiva, será realizada uma pesquisa bibliográfica e estudo comparado das constituições de Brasil, Equador e Bolívia.

2 O NEOCONSTITUCIONALISMO E O CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: GÊNERO, ESPÉCIE OU AVANÇO CONSTITUCIONAL?

O surgimento de novos sujeitos coletivos estimula o pensamento decolonial e a internalização do modo de ser e viver dos países do sul global calcado no concreto e plano fático para o abstrato representando o avanço do constitucionalismo.

O termo neoconstitucionalismo é criticado por alguns doutrinadores como Lenio Luiz Streck. Segundo o referido autor (2011, p. 5) deve ser denominado de Constitucionalismo Contemporâneo o movimento posterior à segunda guerra mundial e que perdura nos dias atuais e não “neoconstitucionalismo” “para mencionar aquilo que essa obra pretende apontar: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição” e posiciona-se contrariamente às correntes neoconstitucionalistas que adotam a metodologia da ponderação e subsunção.

Noutro giro, em que pese a discordância entre autores acerca da nomenclatura do neoconstitucionalismo, as características desse novo constitucionalismo após as atrocidades cometidas na segunda guerra mundial são extremamente importantes para salvaguardar e efetivar os direitos fundamentais por meio da força normativa da constituição, uma nova hermenêutica constitucional e pela ampliação da jurisdição constitucional.

O neoconstitucionalismo no Brasil possui como marco a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). A constituição cidadã é resposta ao período dos governos militares com o avanço da redemocratização e traz em seu arcabouço uma gama complexa de direitos e garantias fundamentais.

Segundo Melo (2013, p. 66) o “[...] neoconstitucionalismo se relaciona com as novas articulações da teoria do direito, fundadas na centralidade da constituição e na superação de algumas peremptórias distinções”.

Dessa forma, constata-se que o neoconstitucionalismo com sua concepção pós-positivista contribui sobremaneira para a concretização dos direitos fundamentais como a busca pelo meio ambiente equilibrado^{38*}.

38 * EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL EM DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECUPERAÇÃO DE DANOS AMBIENTAIS. OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. [...] 3. Sob a égide do neoconstitucionalismo consagrado após a Segunda Guerra Mundial,

Na mesma direção, acerca da concepção pós-positivista da norma jurídica, Müller (2009, p. 167) leciona que “[...] o Estado de Direito, os direitos fundamentais e a democracia se condicionam reciprocamente e necessitam uns dos outros”.

Ademais, nessa relação recíproca entre as garantias materiais e o Estado de Direito, leciona Müller (2009, p. 151) que a concretização dos direitos fundamentais não se reveste “à maneira do positivismo antigo, interpretar, aplicar, subsumir silogisticamente e concluir.”

Ao revés ministra Müller (2009, p. 151) que concretizar os direitos fundamentais “[...] significa: produzir diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse quadro no caso de uma democracia e de um estado de direito”.

Nesse sentido, não obstante o cabedal de direitos e garantias expressos na CRFB/88, a realidade do povo brasileiro não se amolda às maravilhas ali estampadas. Cite-se o exemplo do direito social do salário-mínimo previsto no inciso IV do art. 7, da CRFB/88 (BRASIL, 1988) que assim dispõe:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV - salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

impossível emprestar ao princípio da separação dos Poderes contorno rígido e absoluto, próprio do Estado legislativo de direito dos séculos XVIII e XIX. 4. A determinação judicial voltada à implementação de gestão ambiental adequada dos espaços públicos não implica violação ao princípio da separação dos poderes. APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDAS E DESPROVIDA. (TJ-GO - APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA Nr 0318723.58.2013.8.09.0051 Relator Desembargador Orloff Neves Rocha.

O Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.442 (STF, 2005), que tratou da insuficiência do valor correspondente ao salário-mínimo, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello, já se posicionou que a “omissão inconstitucional, ainda que se cuide de omissão parcial, refletem comportamento estatal que deve ser repellido”.

Contudo, claramente o poder do capital por meio de suas estruturas hegemônicas perpetuam a desigualdades exacerbando numa curva crescente a distância social e econômica entre as camadas da sociedade.

Assim, direitos fundamentais previstos na carta magna de 1988 esvaziem-se de efetividade e acabam por transmitir a mensagem de que aqueles direitos conquistados na Constituinte não são para todos.

A referida mensagem é percebida principalmente pela ausência de adequação do texto legislativo com a realidade fática, carece de localismo e de concretização dos direitos previstos na legislação vigente.

Nessa esteira de opressão, descaso e silenciamento emergiu o constitucionalismo latino-americano fruto de reivindicações sociais históricas, para propiciar maior legitimidade de sujeitos até então colocados em segundo plano na forma de participação popular.

Ademais, o constitucionalismo latino-americano objetiva a refundação estatal, rompendo com o liberalismo, o individualismo e a visão eurocêntrica e assim empregar um constitucionalismo que possui um olhar para as vicissitudes e dificuldades do povo de sua terra, não importando soluções prontas.

O constitucionalismo do sul global se afasta das fórmulas de bolo que foram empregadas em outrora para desenvolver seus próprios dogmas a partir de suas reais necessidades, valorizando o pluralismo jurídico, cultural, étnico, político e social.

Países da Pan-Amazônia como Bolívia e Equador são exemplos dessa nova direção e por meio de suas cartas magnas introjetaram princípios e valores que contribuíram sobremaneira no reconhecimento

daqueles que outrora estavam esquecidos como os povos originários e que não tinham poder decisório.

O poder decisório por meio do constitucionalismo latino-americano é repartido entre aqueles que possuem interesse e serão de alguma forma afetados pelas políticas públicas decorrentes.

Os sujeitos coletivos por meio do constitucionalismo latino-americano participam efetivamente no Estado Plurinacional construindo um “constitucionalismo desde abajo”, segundo Wolkmer (2013).

Nesse aspecto, destaca-se a Constituição Bolivariana pela institucionalização do pluralismo jurídico trazendo modificações que se opõem à visão eurocêntrica, refundando-se num estado plurinacional, anticolonialista e indígena (WOLKMER, 2015, p. 244).

Já a Constituição equatoriana traz em seu preâmbulo a *Pacha Mama reconhecendo os direitos da natureza e marcando seu viés biocêntrico e os direitos do desenvolvimento do “buen vivir”* estabelecendo a necessidade de uma relação harmônica entre o homem e a natureza (WOLKMER, 2015, p. 244).

As características do constitucionalismo latino-americano ampliam sobremaneira a possibilidade de que haja efetividade em suas políticas públicas na medida em que está internalizada em seus princípios a participação democrática daqueles que outrora foram esquecidos.

Segundo Wolkmer (2013, p. 10-14) “o “novo” constitucionalismo incide em ruptura de paradigma com a teoria constitucional clássica da modernidade eurocêntrica”, uma vez que as teses neoconstitucionalistas “presas a uma visão eurocêntrica, não conseguem acolher integralmente as inovações e os desafios das práticas constitucionais mais recentes da região” do sul global.

Na mesma direção leciona Melo (2013, p. 82) que “[...] as teses do neoconstitucionalismo, partindo de uma visão eurocêntrica, não permitem acolher com a devida atenção as inovações aportadas pelas recentes evoluções do direito constitucional da América Latina”.

Nesse sentido, partindo de suas características precípua constata-se que o constitucionalismo latino-americano não é gênero, muito menos espécie do neoconstitucionalismo. Em verdade, transmuta-se em um novo constitucionalismo arraigado com as necessárias especificidades dos países do sul global libertando-se das fórmulas de bolo que por séculos foram importadas para a América do Sul.

3 A DESCOLONIALIDADE COMO NOVO OLHAR DO SUL GLOBAL

Reconhecida a independência desse novo constitucionalismo oriundo dos países andinos, resta clara a necessidade de nos apartar dos dogmas eurocêntricos, para tanto relevante ser realizado uma comparação para que não perca a trilha do novo constitucionalismo.

TABELA 12: COMPARAÇÃO DAS CARACTERÍSTICAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO E DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

CONSTITUCIONALISMO	NEOCONSTITUCIONALISMO	CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO
Centralidade	Antropocêntrico	Biocêntrico
Sociedade	Individualista	Pluralista
Estado	Monocultural, Multicultural, monismo jurídico	Plurinacional, pluralismo jurídico
Visão	Eurocêntrica	Sul Global
Legitimidade	Força Normativa constitucional	Força Normativa constitucional + Reivindicações sociais
Características	Mimetismo, Colonialidade e Inferioridade	Originalidade, Criatividade e Identidade
Ecologia	Rasa	Profunda

Fonte: Elaborado pelos autores. Dados: (CAPRA, 1996); (MELO, 2013); (WOLKMER, 2013); (DANTAS, 2014)

Dessa forma, o rompimento com o antropocentrismo, o liberalismo e o individualismo é de fundamental importância para que se propicie a internalização do “*constitucionalismo desde abajo*”.

As reivindicações sociais nos países da América Latina acarretaram um processo de resistência e ruptura com os dogmas europeus contribuindo sobremaneira na identidade de culturas do sul global e culminado com processos de descolonização, pluralidade e interculturalidade (WOLKMER, 2013, p. 9).

Leciona, inclusive, Wolkmer (2013, p. 9) que as constituições de países como a Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009) são resultados de manifestações populares como “na Venezuela (o Caracazo, de 1989), na Bolívia (Guerra da Água³⁹, 2000 e do Gás, 2003) e no Equador (2005).

A referidas rupturas, segundo Wolkmer (2013, p. 10) representam sobretudo projetos de emancipação que contribuem para a erradicação de práticas históricas de dominação social e econômica por meio de modelos colonizadores, dependentes e eletistas.

Em verdade, erude Wolkmer (2013, p. 10) que o constitucionalismo surge através de pensamentos “[...] das comunidades indígenas, camponesas e dos povos originários dos Andes”.

A cultura libertadora dos Andes, representada pelos povos oprimidos e excluídos, por meio de um “giro “descolonial” baseado na criatividade, originalidade e identidade quebram e se apartam do mimetismo, a colonialidade e a inferioridade imposta pelo Norte” (WOLKMER, 2013, p. 10).

O referido giro descolonial, fruto do “direito insurgente” latino-americano demonstra a necessidade do reconhecimento da alteridade e da “construção de uma juridicidade descolonizadora, nos âmbitos político, ético e epistemológico” (ALMEIDA, 2013, p. 169-187).

39 Segundo a senadora suplente Peredo, da Bolívia, os guerreiros da água influíram de forma direta na Nova Constituição Política de Estado, colocando os recursos hídricos como um direito humano fundamental e estabelecendo “cadeados jurídicos que impedem a volta da tragédia” (MANSUR, 2010).

Ministra, ainda, Wolkmer (2013, p. 10) em relação ao constitucionalismo latino-americano que:

Este “novo” tipo de constitucionalismo - expresso nas Constituições da Venezuela 1999, do Equador 2008 e da Bolívia de 2009 - oferece elementos (extraídos da Cosmologia Andina) para “um giro ecocêntrico” e para um “biosocialismo republicano”, polarizados nos eixos do reconhecimento de direitos da natureza (*Pachamama*), da constitucionalização da proposta do Bem viver (*Sumak Kawsay*), da edificação participativa de convivência plurinacional (refundação do Estado) e da oficialidade democrática do pluralismo jurídico comunitário.

Nessa senda, a CRFB/88 carta símbolo da nova era do constitucionalismo brasileiro necessita surfar nessa onda andina para internalizar desses elementos que se encaixam na forma de ser da América Latina, a partir de nossas próprias experiências, caminhando para o fim desejado e convivendo com os erros e acertos com base na criatividade, originalidade e identidade do sul global.

Leciona Dantas (2014, p. 362) que:

A Constituição de 1988, do ponto de vista jurídico-formal, provoca uma ruptura no regime do ocultamento e da invisibilidade ao conceber que as pessoas indígenas e suas sociedades configuram diferenças étnico-culturais. Isto ocorre pelo reconhecimento dos índios, suas organizações sociais, usos, costumes, tradições, direito ao território e capacidade postulatória.

Contudo, apesar dos avanços significativos expressos na CRFB/88 ensina Dantas (2014, p. 362) que “reconhecer, somente no plano formal, a natureza plural e multicultural que conforma a sociedade brasileira não é tudo.”

Assim, embora o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado esteja insculpido no art. 225, da CRFB/88 (BRASIL,

1988), as políticas públicas cada vez mais distanciam-se do ideal de tutela ambiental, em todos os seus matizes.

A título de exemplo, cita-se apenas a questão do desmatamento no bioma amazônico, pois segundo Nogueira; Osoegawa e Almeida (2019, p. 165):

A área total desmatada aumenta ano após ano e estima-se que já tenham sido desmatados 20% da Floresta, de forma que estamos cada vez mais próximos do ponto de não retorno (*tipping point*), estimado entre 20-25%, em que as mudanças ecossistêmicas provocariam um efeito cascata irreversível.

Nesse sentido, observa-se ainda o engatinhamento ou inércia no que se refere a garantir a solidariedade sincrônica e diacrônica desse direito intergeracional que consiste no meio ambiente, refletindo segundo Fraser (2018, p. 176) na “governança sem governo” subordinada ao capital.

Além disso, a CRFB/88 está longe de insculpir em suas normas a visão biocêntrica por meio da qual a natureza é reconhecida como sujeito de direitos e não apenas como uma forma e/ou meio disponível ao bel prazer humano.

4 A VISÃO BIOCÊNTRICA COMO FATOR QUALITATIVO/QUANTITATIVO NA TUTELA DO BIOMA AMAZÔNICO

A etimologia da palavra bioma do grego *bios* (vida) e *oma* (grupo ou massa) foi utilizada pela primeira vez pelo botânico norte americano Frederic Edward Clements (COUTINHO, 2006, p. 15, *apud* Font Quer, 1953).

Ensina Coutinho (2006, p. 18 *apud* Dias *et al.*, 2020, p. 217) que “bioma é uma área do espaço geográfico [...] que tem por características a uniformidade de um macroclima definido, de uma determinada fitossonomia ou formação vegetal, de uma fauna e outros organismos vivos associados”.

O bioma amazônico, como retratado alhures, possui dimensões continentais e está compreendido na área denominada Pan-Amazônia do território de 9 países sul-americanos.

Dentre os países aquinhoados com tamanha riqueza de flora e fauna estão a Bolívia, Equador e o Brasil, sendo o território brasileiro possuidor de 60% de todo o bioma amazônico (COUTINHO, 2016, p. 32).

A tutela da floresta amazônica é alvo de discussões (VEJA, 2019) e debates acalorados por parte dos representantes dos países membros nas reuniões e conferências das nações unidas principalmente em razão das características únicas do bioma amazônico e pelos compromissos assumidos pelo Brasil perante a Organização das Nações Unidas (ONU) para combater e desencadear ações contra o aquecimento global e o desmatamento, como no Acordo de Paris (ONU, 2015).

Nesse sentido, o Brasil acaba por ser destaque internacionalmente, de forma positiva ou negativa, pelos seguintes motivos: a **um**, pela proeminência da parte brasileira que abrange o bioma amazônico; a **dois**, pela liderança nas temáticas que envolvem o meio ambiente, como por exemplo na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (ECO 92) e na Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB); a **três**, pela complexa biodiversidade constante do território; e a **quatro**, pela presença de povos originários em grande parte do bioma amazônico.

Os países membros da ONU preocupam-se com as medidas adotadas no continente americano, mormente na América do Sul, em virtude da correta ideia de que a proteção ao meio ambiente não deve estar atrelada às fronteiras políticas dos países (MARTÍN MATEO *apud*

CRUZ; BODNAR, 2012, p. 166), uma vez que a natureza, como o bioma amazônico, transpassa as fronteiras dos países e por isso a eficácia das ações depende de interligação, de conexão e de um direito que possa efetivamente gerir os interesses congruentes e dissonantes dos Estados, com destaque segundo Piffer e Cruz (2018, p. 8) para o Direito Transnacional e a transnacionalidade.

A CRFB/88 apesar de possuir um capítulo exclusivo que trata do meio ambiente e de ter sido vanguardista no que se refere a constitucionalizar o meio ambiente como direito fundamental, representa a visão antropocêntrica de que o meio ambiente serve para assegurar a saúde e o bem-estar do homem.

Nesse íterim, cresce de importância os princípios e valores do constitucionalismo latino-americano de harmonia das culturais locais com a *Pacha Mama, Madre Tierra*, equilíbrio este que interfere diretamente na sobrevivência do próprio ser humano, pois conforme Milaré (2009, p. 36) “[...] a agressão aos bens da natureza, está pondo em risco o destino do homem [...]”.

No entanto, o “*constitucionalismo desde abajo*” não se limita a preocupar-se apenas com o ser humano, mas também com a natureza, sendo ícones dessa virada descolonial o Equador e a Bolívia.

Esse viés alinha-se com o pensamento segundo a escola filosófica criada por Arne Naess que distingue a ecologia rasa da ecologia profunda. Leciona Capra (1996, p. 17) que a ecologia rasa está centrada no ser humano, onde todos os demais seres vivos subordinam-se e possuem a finalidade de subserviência ao ser humano, enquanto a ecologia profunda observa o mundo como um todo conectado e dependente de cada ser vivo no planeta.

Ensina Capra (1996, p. 15) que “[...] a ecologia profunda reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida.”

O conceito de ecologia profunda coincide com os pensamentos dos povos originários de relacionamento com o mundo como o *Sumak*

Kawsay, no Equador e o *Suma Qamaña*, na Bolívia, comportamentos fundamentados nas culturas dos povos locais e respeito mútuo entre os seres vivos humanos ou não-humanos na busca do “*buen vivir*”.

Ademais, os direitos da natureza foram internalizados nas Constituições do Equador e Bolívia, fruto do constitucionalismo latino-americano, marcando a descolonialidade do viés antropocêntrico para o biocêntrico.

A constituição equatoriana (EQUADOR, 2008) prevê em seu preâmbulo reconhece que os seres humanos fazem parte da natureza e que é vital para a nossa própria existência, “[...] *CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencial...*].”

Além disso, inaugura um capítulo específico para tratar dos “*Derechos de la naturaleza*” em seu art. 71, senão vejamos:

Art. 71. A natureza ou *Pacha Mama*, onde se reproduz e se realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente a sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos.

Toda pessoa, comunidade, povoado, ou nacionalidade poderá exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar estes direitos, observar-se-ão os princípios estabelecidos na Constituição no que for pertinente.

O Estado incentivará as pessoas naturais e jurídicas e os entes coletivos para que protejam a natureza e promovam o respeito a todos os elementos que formam um ecossistema.^{40*}

40 * Tradução livre: Art. 71- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecossistema.

No mesmo sentido, a constituição boliviana (BOLÍVIA, 2009) menciona no art. 33 o direito de seres vivos não humanos, permitindo seu desenvolvimento natural, sem a intromissão indevida do homem, a seguir:

Art. 33 - As pessoas têm direito a um meio ambiente saudável, protegido e equilibrado. O exercício deste direito deve permitir que os indivíduos e comunidades das gerações presentes e futuras, bem como outros seres vivos, se desenvolvam de forma normal e permanente.^{41*}

Comparando as constituições do Brasil (1988) e do Equador (2009) utilizando-se apenas o parâmetro de pesquisa pelas palavras natureza e meio ambiente constata-se que na CRFB/88 das 37 incidências a natureza/meio ambiente são citados 19 vezes em todo o corpo constitucional, já na Constituição do Equador das 29 incidências, empregando o mesmo parâmetro, a natureza é evidenciada 24 vezes.

A pequena diferença para o leitor desavisado pode passar despercebida, mormente pelo avanço constitucional em relação ao meio ambiente na constituinte de 1988. Ocorre que o Brasil, em verdade, ainda não foi contagiado pelo descolonialismo principalmente no que se refere à visão biocêntrica e não há no ordenamento brasileiro nenhuma legislação que atribua direitos à natureza, como expresso no art. 10 da constituição equatoriana, reconhecendo o meio ambiente como sujeito de direitos, como ocorreu com o Rio Vilcabamba, no Equador.

Art. 10 - Indivíduos, comunidades, povos, nacionalidades e grupos são titulares e gozarão dos direitos garantidos na Constituição e nos instrumentos internacionais. A natureza estará sujeita aos direitos reconhecidos pela Constituição.^{42*}

41 * Tradução livre: Art. 33 - Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.

42 * Tradução nossa: Art. 10 - Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

Noutro giro, em que pese no ordenamento jurídico pátrio haver a possibilidade de manejo da ação popular em face de atos lesivos ao meio ambiente por qualquer cidadão consoante o inciso LXXIII, do art. 5, da CRFB/88 (BRASIL, 1988) e nos estritos termos da Lei Nr 4.717, de 29 de junho de 1965 (BRASIL, 1965), e da ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, conforme a Lei Nr 7.347, de 24 de julho de 1985 (BRASIL, 1985), o olhar biocêntrico do constitucionalismo latino-americano de forma holística para a natureza, com o homem sendo apenas uma de suas espécies traria mudanças significativas na forma de planejar e executar as políticas públicas, bem como o comportamento de cada brasileiro nas pequenas ações do dia a dia, cada um cuidando de seu mundinho intramuros em prol de todo um sistema complexo de seres vivos.

Infelizmente a visão biocêntrica ainda não é uma realidade entre os parlamentares e muito menos na população. A assertiva deve-se ao fato de uma ideia legislativa (SENADO FEDERAL, 2021)⁴³, forma de participação popular no portal e-cidadania, que propôs alterar o art. 225 da CRFB/88 para inserir a expressão “todos os membros da Natureza”, ter expirado no ano de 2018 e sequer ter alcançado o mínimo de 20.000 apoios para ser encaminhada para a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa.

O referido comportamento também se reflete nas políticas públicas que acabam por adotar modelos que privilegiam o antropocentrismo, ou seja, no ensinamento de Milaré (2009, p. 100) “[...] faz do Homem o centro do universo, [...] a referência máxima e absoluta de valores (verdade, bem, destino último, norma última e definitiva.”

Por outro lado, lecionam Nogueira; Osoegawa e Almeida (2019, p. 163-164) *que as terras indígenas se mostram eficazes contra o*

⁴³ Forma de participação popular, por meio do qual o cidadão poderá “enviar e apoiar ideias legislativas, que são sugestões de alteração na legislação vigente ou de criação de novas leis. As ideias que receberem 20 mil apoios serão encaminhadas para a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), onde receberão parecer”.

desmatamento, demonstrado a partir de visualização do desmatamento no entorno da Terra indígena Mekrãgnoti.

Assim, ainda que haja maior fiscalização ambiental nas terras indígenas em relação aos demais territórios amazônicos, o modo do “*buen vivir*” intrínseco dos povos originários contribuem sobremaneira em sua preservação, a partir da concepção biocêntrica de harmonia com a *Madre Tierra*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O neoconstitucionalismo representa um avanço considerável para a efetividade dos direitos fundamentais, precipuamente pela força normativa da Constituição e ampliação da jurisdição constitucional.

Ocorre que apesar do progresso considerável, o neoconstitucionalismo possui seus matizes intrínsecos ao eurocentrismo e por isso de cunho antropocêntrico, liberal e individualista.

Ademais, representa a visão e preceitos colonialistas que por séculos são importados com fórmulas prontas dissociadas da realidade do sul global, perpetuando a colonialidade até os dias atuais.

Noutro giro, o constitucionalismo latino-americano fundamentado nos valores e princípios próprios dos povos do sul global representam a ruptura com os dogmas eurocêtricos e a quebra das amarras colonialistas e abstratas.

O “*constitucionalismo desde abajo*”, além de tudo, é fruto de reivindicações para efetivação de direitos fundamentais de sujeitos até então oprimidos e esquecidos baseados no biocentrismo, no pluralismo social, político, jurídico, na originalidade, criatividade e identidade dos povos originários, tradicionais e do sul global, na ecologia profunda e no esforço da adequação do ordenamento e políticas públicas à realidade fática e localismo.

Dentre as referidas características prevalentes do constitucionalismo andino ressalta para o presente estudo a visão biocêntrica internalizada nas Constituições do Equador e Bolívia que propiciam o reconhecimento dos direitos da natureza, dos seres não humanos e acima de tudo aclama a Pacha Mama, Madre Tierra como sujeito de direitos.

Ademais, o constitucionalismo latino-americano também busca o “buen vivir” através do equilíbrio material e espiritual entre os seres vivos no planeta traduzidos no Sumak Kawsay e do Suma Qamaña, princípios e valores essenciais para a tutela do bioma amazônico, comprovadamente necessários, quando observada a porcentagem de preservação da floresta amazônica em terras indígenas.

No entanto, em que pese os ventos andinos em países pertencentes a Pan-Amazônia, o Brasil ainda não foi contagiado pela visão biocêntrica, mormente no que tange a alteração legislativa constitucional e infraconstitucional e de comportamento do entendimento da população brasileira, salvo poucas decisões judiciais.

Por fim, a mudança de paradigma é crucial para seguir em frente aprendendo com os erros e acertos dos países, adotando uma postura que beneficie o planeta em toda a sua plenitude independentemente de fronteiras políticas, geográficas, culturais e bandeiras, pois somos parte de um todo, da Pacha Mama e não ao contrário.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Marina Corrêa de. Direito Insurgente Latino-Americano: Pluralismo, Sujeitos Coletivos e Nova Juridicidade no século XXI. In WOLKMER, Antônio Carlos e MELLO, Milena Petters (Org.). Constitucionalismo Latino-Americano: Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá Editora, 2013.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista da EMERJ, v. 9, n. 33, 2006, p. 43-92. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista33/Revista33_43.pdf. Acesso em 23 jan. 2021.

- BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jan. 2021.
- BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (Regula a ação popular). Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 28 jan. 2021.
- BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/Mvcp359-85.htm. Acesso em: 28 jan. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Vocábulo Jurídico (Tesouro). 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesouro.asp?txtPesquisaLivre=CONSTITUCIONALISMO>. Acesso em 21 jan. 21.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nr 1.442-1 - DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal, DJ 29/04/2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=389587>. Acesso em 21 jan. 2021.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. Apelação de Reexame Necessário Nr 0318723-58.2013.8.09.0051. Relator: Orloff Neves Rocha. Goiás, 7 de novembro de 2018. Dj 07/11/2018. JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/934549260/apelacao-reexame-necessario-3187235820138090051>. Acesso em 21 jan. 2021.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPRA, Fritjof. A teia da vida - Uma nova compreensão dos sistemas vivos. Tradução: Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Editora Cultrix, 1996. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/marcelobiosul/fritjof-capra-a-teia-da-vida-pdf>. Acesso em 27 jan. 2021.
- CONSTITUIÇÃO Política do Estado de Bolívia (2009). Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009?lang=es. Acesso em: 28 jan. 2021.
- COUTINHO, Leopoldo Magno. Biomas brasileiros. São Paulo: Oficina de Textos, 2016.
- DANTAS, F. A. de C. Descolonialidade e direitos humanos dos povos indígenas. Revista de Educação Pública, [S. l.], v. 23, n. 53/1, p. 343-367, 2014. DOI: 10.29286/rep.v23i53/1.1621. Disponível em: <https://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/educacaopublica/article/view/1621>. Acesso em: 27 jan. 2021.
- ECUADOR. Constitución de la Republica del Ecuador de 2008. [2015]. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Ecuador_2015?lang=es. Acesso em 28 jan. 2021.
- FRASER, Nancy. Crise de Legitimação? Sobre as contradições políticas do capitalismo financeirizado (Trad. De José Ivan Rodrigues de Sousa Filho - Universidade Federal de Santa Catarina). Cadernos de Filosofia Alemã, v.23, n. 2, p. 153-188, 2018.

- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Amazônia Legal. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/geociencias/organizacao-do-territorio/estrutura-territorial/15761-areas-dos-municipios.html?=&t=sobre>. Acesso em 20 jan. 21.
- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Amazônia Legal. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/geociencias/organizacao-do-territorio/estrutura-territorial/15819-amazonia-legal.html?=&t=acesso-ao-produto>. Acesso em 2 abr. 2021.
- INPE. Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais. A taxa consolidada de desmatamento por corte raso para os nove estados da Amazônia Legal em 2020 foi de 10.851 km². Disponível em: http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?-Cod_Noticia=5811. Acesso em 20 jan. 21.
- MANSUR, Vinícius. Cochabamba. Guerra da Água completa 10 anos. Brasil de Fato. 2021. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2010/03/01/cochabamba-guerra-da-agua-completa-10-anos/>. Acesso em 21 jan. 2021.
- MELO, Milena Petters. As recentes evoluções do Constitucionalismo na América Latina: Neoconstitucionalismo? In WOLKMER, Antônio Carlos e MELLO, Milena Petters (Org.). Constitucionalismo Latino-Americano: Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá Editora, 2013.
- MÜLLER, Friedrich. O Novo Paradigma do Direito: Introdução à Teoria Metódica Estruturante. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- NOGUEIRA, C. B. C.; OSOEGAWA, D. K.; ALMEIDA, R. L. P. Políticas Desenvolvimentistas na Amazônia: análise do desmatamento nos últimos dez anos (2009-2018). Revista Culturas Jurídicas, v. 6, p. 145-169-169, 2019. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45219>. Acesso em 27 jan. 2021.
- ONU. Organização das Nações Unidas. Acordo de Paris. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-08/Acordo-de-Paris.pdf>. Acesso em 23 fev. 2021.
- PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. Manifestações do Direito Transnacional e da Transnacionalidade. Piffer, Carla; BALDAN, Guilherme Ribeiro; CRUZ, Paulo Márcio (Orgs.). Transnacionalidade e sustentabilidade: dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação. Porto Velho: Emeron, 2018. Disponível em: https://emeron.tjro.jus.br/images/noticias/2018/04/Ebook_transnacionalidade-Sustentabilidade.pdf. Acesso em 25 jan. 2021.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27.
- VEJA. Crise na Amazônia fica mais internacional e pode envolver pacto na ONU. 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/crise-na-amazonia-fica-mais-internacional-e-pode-envolver-pacto-na-onu/>. Acesso em 27 jan. 2021.
- WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Crítico e Perspectivas para um Novo Constitucionalismo na América Latina. In WOLKMER, Antônio Carlos e MELLO, Milena Petters (Org.). Constitucionalismo Latino-Americano: Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

A VACINA CONTRA A COVID-19 E A POPULAÇÃO PRIVADA DE LIBERDADE: ASPECTOS JURÍDICOS ACERCA DA INSERÇÃO DAS PESSOAS PRESAS COMO GRUPO PRIORITÁRIO

*Covid-19 Vaccine and the People Deprived of Freedom:
legal aspects about the insertion of prisoners as a
priority group*

WILKEN ALMEIDA ROBERT

WILKEN ALMEIDA ROBERT

Mestrando em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Amazonas (2018). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá em parceria com o Centro de Ensino Renato Saraiva - CERS (2017). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (2015). Atualmente é Chefe de Gabinete de Desembargador no Tribunal de Justiça do Amazonas. Email: wilken_robert@hotmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-3651-759X>.

Resumo: O Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, elaborado pelo Ministério da Saúde brasileiro, definiu como um dos grupos prioritários para a imunização as pessoas privadas de liberdade. Tal decisão, todavia, está envolta em algumas polêmicas desde antes da publicação do documento, o que gerou certos atritos nos meios de comunicação entre cientistas e políticos. Neste contexto, o objetivo do presente trabalho é avaliar juridicamente o acerto ou não da inserção das pessoas privadas de liberdade no rol de sujeitos que integram os denominados grupos prioritários no referido Plano Nacional. Para tanto, far-se-á uso do método dedutivo, partindo-se de uma análise geral da questão do preso no ordenamento jurídico brasileiro até a situação particular de sua vacinação prioritária, valendo-se, principalmente de uma pesquisa bibliográfica e documental, de natureza exploratória e com abordagem qualitativa. Tudo isso para, ao fim, se alcançar como conclusão o acerto na inclusão da população privada de liberdade no Plano Nacional nos grupos prioritários de vacinação contra a Covid-19, com a ressalva de que tal situação precisa ser monitorada para não ser arbitrariamente alterada.

Palavras-Chave: Covid-19; Plano Nacional de Vacinação; População privada de liberdade; Vulnerabilidade social; Grupos Prioritários.

Abstract: The National Plan for the Operationalisation of Vaccination against Covid-19, drafted by the Brazilian Ministry of Health, has defined people deprived of freedom as one of the priority groups for immunization. This decision, however, is surrounded by some controversies long before the document was published, which caused certain frictions among the media between scientists and politicians. In this context, the objective of the present work is to legally evaluate if the inclusion of prisoners in the list of subjects classified as priority groups in the aforementioned National Plan is, whether or not, correct. For this purpose, the deductive method will be used, starting from a general analysis of the issues of the prisoner in the Brazilian legal system up to the particular situation of his or her priority vaccination, using mainly an exploratory and qualitative bibliographic and documentary research. All this in order to, by the end, settle the rightness in including the population deprived of freedom in the National Plan in the priority groups of vaccination against Covid-19, with the exception that such situation needs to be monitored in order to not to be arbitrarily changed.

Keywords: Covid-19; National Vaccination Plan; Population deprived of freedom; Social Vulnerability; Priority Groups.

INTRODUÇÃO

No dia 16 de dezembro de 2021, o Ministério da Saúde brasileiro, por meio do Programa Nacional de Imunizações do Departamento de Imunização e Doenças Transmissíveis da Secretaria de Vigilância em Saúde, tornou público o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, como medida de resposta ao enfrentamento da pandemia que assola o mundo e com grave repercussão no Brasil.

Dentre os objetivos do referido Plano Nacional vislumbra-se, dentre outros, o de estabelecer a população-alvo e grupos prioritários para vacinação. Tal questão certamente é um dos pontos de maior debate no campo científico e político, a fim de que se estabeleça critérios justos para a definição de tais grupos com prioridade.

Em meio a estas discussões, um dos pontos de maior polêmica é o referente a inclusão da população prisional dentre os primeiros a serem vacinados.

Neste sentido, o presente estudo visa avaliar juridicamente se é acertada ou não a decisão de se inserir as pessoas privadas de liberdade no rol de sujeitos que integram os denominados grupos prioritários de vacinação.

O tema mostra-se, portanto, de significativa relevância na medida em que são atuais os debates relacionados à pandemia da Covid-19 – sobretudo no que diz respeito a persecução global em relação às vacinas e à redução do número de óbitos – e as consequentes implicações jurídicas advindas deste cenário de crise sanitária e humanitária.

Ademais, a produção jurídico-científica sobre a questão permite uma melhor reflexão, com impacto social, acerca das controvérsias existentes em relação a situação do preso no Brasil, em um cenário em que a cada dia mais ganham relevo a mídia sensacionalista, a propagação de notícias falsas, a desinformação e os discursos de ódio.

Neste sentido, a fim de alcançar o objetivo proposto, utilizar-se-á o método dedutivo, realizando-se uma cadeia de raciocínio descendente, ou seja, partindo-se de uma análise geral da questão do preso no ordenamento jurídico brasileiro até a situação particular de sua vacinação prioritária, valendo-se, principalmente de uma pesquisa bibliográfica e documental, de natureza exploratória e com abordagem qualitativa.

Quanto a estrutura, no primeiro momento serão analisados os direitos conservados pela pessoa humana quando privada de liberdade em virtude de prisões processuais ou para o cumprimento de pena, bem como o estado de vulnerabilidade social a que é submetido o preso, sobretudo na realidade dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

No segundo tópico, buscar-se-á compreender o papel desempenhado pelo Estado na execução penal e no sistema prisional como um todo, perquirindo-se acerca de sua responsabilidade administrativa perante as pessoas privadas de liberdade sob sua guarda.

Por fim, debruçar-se-á sobre o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, destacando o seu processo de elaboração, os critérios adotados para formulação dos grupos prioritários e o eventual acerto, ou não, na inserção dos presos no rol de pessoas que devem ser vacinadas com prioridade em relação ao restante da população.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE E SUA VULNERABILIDADE SOCIAL

Em 1984, surge no Brasil a Lei de Execução Penal – LEP – (Lei n. 7.210 de 11.07.1984), diploma legal que enumera e consagra o respeito a inúmeros direitos e obrigações dos presos.

Logo em seu artigo 3º, o referido diploma legal dispõe que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (artigo 3º) e, de modo semelhante, estabelece a norma do artigo 38 do Código Penal ao prever que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade.

Os referidos dispositivos legais, retratam um fato que pode até parecer óbvio sob a ótica jurídica, mas esquecido (ou negligenciado) no aspecto político-social: os direitos constitucionalmente garantidos a qualquer cidadão – *uti cives*, nas palavras de Jason Albergaria (1987) – são conservados pelos encarcerados, exceto os que expressa ou necessariamente são retirados pela lei ou pela sentença.

Ainda assim, a população carcerária mostra-se extremamente vulnerável do ponto de vista social, sendo tolhida não apenas do direito de ir e vir, mas vendo-se reduzida muitas vezes a condições tão degradantes que corrompem por completo o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Este item do trabalho irá abordar justamente os direitos do preso e a sua não observância por parte do Estado e da sociedade em geral, conduzindo a natural vulnerabilidade da pessoa privada de liberdade a uma situação de hipervulnerabilidade.

1.1 DOS DIREITOS DA PESSOA PRESA

A Constituição Federal, ao dispor sobre os direitos fundamentais do cidadão, não os reserva apenas aos indivíduos em liberdade, mas a todos, indistintamente, incluindo-se as pessoas privadas de liberdade.

Ora, não é porque condenada que a pessoa presa perde sua natureza de ser humano e deixa de ser sujeito de direitos garantidos a todos, obviamente, com a ressalva daqueles direitos expressamente perdidos ou limitados pela sentença condenatória (a exemplo da liberdade de locomoção).

Deste modo, apenas os direitos relacionados com a livre locomoção do preso estariam suspensos durante o cumprimento da pena privativa de liberdade e, ainda assim, quando se tratar de regime fechado. Suprimir do preso outros direitos desvinculados à liberdade de locomoção seria aplicar-lhe uma pena suplementar não prevista em lei (MIRABETE, 2017).

Rodrigo Roig (2018), por sua vez, afirma que os limites da condenação decorrem do próprio princípio da legalidade, de modo que os efeitos da pena devem se circunscrever aos gravames normativos e judiciais, sob pena de mácula ao princípio do *ne bis in idem*, uma vez que o condenado não pode, ao mesmo tempo e pelo mesmo fato, ser duplamente punido.

Em arremate, Edmundo de Oliveira (1980) enfatiza que a vida carcerária não pode subestimar a condição de homem do condenado, e a perda de alguns de seus direitos, em decorrência da sentença condenatória, não pode significar uma morte civil.

Dessa forma, evidencia-se que o rol de direitos previstos na Lei de Execução Penal, em sua grande maioria no artigo 41 do referido diploma legal⁴⁴, não é exaustivo.

Albergaria (1987) destaca, nesta linha, que o Estatuto da Execução Penal, ao elencar direitos em seus artigos, nada mais faz que destacá-los, não afastando outros direitos assegurados em outras legislações, sobretudo os direitos humanos fundamentais constitucionalmente previstos. É o que o referido autor chama de “direitos penitenciários”,

⁴⁴ Art. 41 - Constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

os quais correspondem às obrigações da Administração Penitenciária, previstos em forma de assistência, conforme será visto adiante.

Portanto, o condenado que recolhido à prisão e que cumpre sua pena não só tem deveres, mas é também sujeito de direitos que terão de ser reconhecidos e amparados pelo Estado e até mesmo pela comunidade internacional.

Com isso, não há qualquer sentido em não se reconhecer a condição de cidadã à pessoa reclusa, devendo a ela ser garantidos todos os direitos fundamentais, decorrentes da própria natureza humana (desde que não limitados pela sentença condenatória).

É preciso recordar que o encarceramento, por si, já retira o ser humano da ampla disponibilidade de seus direitos, o colocando em uma posição de vulnerabilidade frente ao Estado e à sociedade. A pena privativa de liberdade se cumpre com a retirada do convívio social, com a finalidade dupla retribuição e prevenção, e isso já é uma sanção gravosa em si.

Se, para além disso, não houver o asseguramento e provimento por parte da Administração dos direitos fundamentais – individuais e sociais – que lhe resta, tais como saúde, educação, segurança, etc, a pena deixa de ser privativa de liberdade e passa a ser privativa de dignidade.

1.2 A VULNERABILIDADE DA POPULAÇÃO ENCARCERADA

O conceito de vulnerabilidade social deriva da ideia de desigualdade, ou seja, a origem da vulnerabilidade é a ausência de igualdade.

Para Castro *et al.* (2002, p. 30), a vulnerabilidade pode ser definida como:

[...] situação em que o conjunto de características, recursos e habilidades inerentes a um dado grupo social se revelam insuficientes, inadequados ou difíceis para lidar com o sistema de oportunidades oferecido pela sociedade,

de forma a ascender a maiores níveis de bem-estar ou diminuir probabilidades de deterioração das condições de vida de determinados atores sociais.

Conforme se apontou acima, a privação de liberdade em si já põe o cidadão em uma condição de vulnerabilidade. Esta, portanto, é inerente à própria pena que lhe foi imposta.

Dizer que as pessoas encarceradas são vulneráveis significa, portanto, dizer tal população está em situação na qual o conjunto de recursos e habilidades a eles disponíveis não são suficientes para equipará-los ao restante da sociedade.

Para a compreensão de tal condição do preso, deve-se partir da desigualdade material existente entre Estado-exequente e condenado-executado, cuja relação é dispar por natureza, havendo clara supremacia de uma parte em relação a outra.

Maurílio Maia (2015, n.p.), nesta esteira, destaca, a existência de uma “presunção de vulnerabilidade do encarcerado”, ao dispor que

a aceitação da real diferença entre Estado-exequente e o condenado penal – caracterizando por uma relação verticalizada –, impõe ao jurista a presunção de vulnerabilidade do encarcerado visando ao tratamento desigual a fim de igualá-los em paridade de armas principalmente no âmbito processual penal executivo.

José Adaumir Arruda da Silva e Arthur Corrêa da Silva Neto (2012, p. 126), por sua vez, elevam a vulnerabilidade do preso ao patamar de princípio, explicando-o da seguinte forma: “O princípio em análise se constrói partir do reconhecimento que as relações jurídicas, no âmbito da Execução Penal, dão-se em um plano de superioridade do Estado para com o Preso. Destarte, dessa constatação se origina uma proposta de busca pela equivalência jurídica”.

Para estes últimos autores, a ideia de vulnerabilidade advém do Direito do Consumidor e da Lei Federal nº. 8.078/1990, destacando que o preso, ao mesmo tempo, é vulnerável juridicamente (em virtude da falta

de técnica jurídica e poderes de defesa por si), faticamente (relativo ao complicado quadro social e econômico a que geralmente se expõe o preso) e informacionalmente (no que diz respeito à falta de informação do presidiário, inclusive reconhecida pela Lei de Execução Penal, em seu artigo 46, quando determina a cientificação do preso acerca das normas disciplinares), perfazendo, assim, o que seria uma tríplice vulnerabilidade no contexto do cárcere (SILVA; SILVA NETO, 2012).

Ocorre ainda que o grau dessa vulnerabilidade pode ser maior ou menor, dependendo das condições do encarceramento, de modo que, na realidade dos presídios brasileiros, poder-se-ia falar em uma vulnerabilidade agravada.

É que, não bastasse as formas de vulnerabilidade supramencionadas, a situação do preso é desigual em relação ao restante da população também do ponto de vista sanitário ou biológico – decorrente das condições sub-humanas às quais muitos presidiários são expostos, conforme se verá nos próximos tópicos – e político – em razão da falta de representatividade desse grupo na esfera política, sendo um exemplo de minoria no contexto sociopolítico e democrático (MAIA, 2015).

Assim, a população privada de liberdade é severamente afetada por diversos fatores de fraqueza e desvantagem (vulnerabilidade), devendo o Estado reconhecer não ser caso de uma vulnerabilidade geral, mas uma vulnerabilidade agravada ou hipervulnerabilidade – em que o indivíduo está em um quadro de fragilidade muito maior que a vulnerabilidade de qualquer outro cidadão em sociedade (MAIA, 2015).

No que diz respeito especificamente ao aspecto sanitário, tal enfoque da vulnerabilidade é sem dúvida o de maior relevo para os fins do presente estudo.

No contexto de pandemia vivido, a hipervulnerabilidade da população privada de liberdade ganha relevo ainda maior, pois as condições a que são submetidas as pessoas presas põem o seu próprio direito a vida.

Superlotação, falta de higiene e saneamento básico, ausência de assistência à saúde adequada são apenas alguns dos problemas que

reforçam a necessidade de uma tutela eficiente do encarcerado vulnerável. Tal dever decorre dos mandamentos constitucionais, do princípio da solidariedade e da igualdade substancial e pressupõe práticas que visem o reequilíbrio e proteção proporcionais ao nível de exposição a danos do preso (MAIA, 2015).

A inclusão desta população nos grupos prioritários de vacinação é, destarte, um exemplo de medida proporcional que visa reequilibrar tal situação e, mais do que isso, é um dever do Estado, conforme se verá nos tópicos seguintes.

2 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA TUTELA DO PRESO

É um brocardo antigo o que diz que “a todo direito corresponde um dever” e em matéria de execução penal e dos direitos da pessoa presa isso não é exceção.

No tópico anterior, abordou-se os direitos comuns e próprios da população privada de liberdade, bem como a sua condição de vulnerabilidade. A tais direitos correspondem deveres por parte do Estado, na qualidade de executor das penas privativas de liberdade e tutor do indivíduo preso, com o fim de reintegrar o preso a sociedade.

É sobre estas obrigações do Estado e os papéis por ele exercidos no âmbito da execução penal que trata o presente item.

2.1 O PAPEL DO ESTADO NA EXECUÇÃO PENAL E SUAS RESPONSABILIDADES

Ao sentenciar uma pessoa a uma pena privativa de liberdade, o Estado-juiz faz surgir a obrigação de fornecer a ela os elementos mínimos para a manutenção de suas necessidades básicas quanto à

alimentação, vestuário, acomodação, ensino, profissionalização, religiosidade e quaisquer outras que não confrontem com a natureza da execução da pena. A reclusão somente poderá reeducar para a liberdade enquanto o modo de vida do recluso esteja prudentemente disposto para essa finalidade (CARNELUTTI, 1947).

Inegável, portanto, a responsabilidade civil do Estado em relação às pessoas privadas de liberdade, tendo em vista se tratar sujeito de direitos, submetido à total e integral custódia por parte da Administração Pública.

O papel do Estado na Execução penal é de tutor, devendo prezar pela manutenção de seus direitos mais básicos, aí incluindo-se sua saúde e integridade física.

Violado esse dever de cuidado, seja por comissão, seja por omissão, nasce para o Estado o dever de indenizar.

É o que se denomina responsabilidade objetiva do Estado, a qual dispensa a existência de culpa, sendo suficiente a comprovação do dano, da conduta e do nexo causal, elidindo a necessidade de comprovação do dolo ou da culpa, podendo derivar de ato lícito ou ilícito. (SOUZA, 2019).

O plenário do Supremo Tribunal Federal, aplicando tal teoria, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.252, em sede de repercussão geral, entendeu ser dever do Estado em indenizar o preso submetido à condições de vida degradantes durante o tempo que esteve sob sua custódia, fixando a tese:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. (STF – RE: 580-252-MS. Relator: Min. Teori Zavascki. Data de julgamento: 16/2/2017, Tribunal Pleno).

Neste sentido, considerando o papel do Estado e sua responsabilidade objetiva no âmbito da execução penal, é preciso identificar quais seus deveres para com os presos, o que será objeto do tópico a seguir.

2.2 DO DEVER DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL E AS ASSISTÊNCIAS AO PRESO

O artigo 1º da Lei de Execuções Penais dispõe que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Em outras palavras, segundo ensinamentos de Alexandre de Moraes e Gianpaolo Smanio (2006, p. 162), “os objetivos primordiais da Lei de Execuções Penais são: propiciar meios para que a sentença seja integralmente cumprida e reintegrar o sentenciado ao convívio social”.

Na concepção doutrinária, a Lei de Execuções Penais brasileira é uma das mais modernas e avançadas do mundo e, nas palavras do professor Damásio de Jesus (1997, p. 26), “se fosse cumprida integralmente, na prática, seguramente, propiciaria a ‘reintegração’ e a ‘ressocialização’ de uma parcela significativa da população carcerária atual”.

Essa reintegração social pressupõe, assim, uma pena que respeite o preso como ser humano e que possua meios hábeis a auxiliá-lo, fornecendo-lhe condições favoráveis para o retorno ao convívio social harmônico, afastados da prática delituosa.

Defende, nesse sentido, Vitor Gonçalves Machado (2014, p. 1) que a ressocialização

tem por escopo a ideia de humanização, consistindo num modelo onde seja proporcionado ao preso condições e meios essenciais para a sua reintegração efetiva a sociedade, evitando, ao mesmo tempo, a reincidência. [...] a meta ressocializadora prima pela neutralização dos efeitos nefastos adquiridos especialmente na execução da pena de prisão, de forma a não

estigmatizar o preso. Sugere, para tanto, uma intervenção positiva neste com o fim de habilitá-lo para se integrar e participar, digna e ativamente, da sociedade, sem traumas e limitações.

Ainda sobre a ressocialização arremata René Ariel Dotti (1991, p. 93) que:

O sentido imanente de reinserção social deve ser compreendido como ajuda ou apoio a fim de que o condenado possa livremente eleger seus caminhos futuros. [Sendo que] o fim da reinserção social deve ser entendido como possibilidade de participação nos sistemas sociais e não como reforma ou metamorfose da personalidade.

Para alcançar tal finalidade – ressocialização/reintegração –, a Lei de Execução Penal prevê uma série de deveres com este propósito, destacando-se entre elas as assistências prescritas, em seu artigo 11, quais sejam: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa.

Embora não listada no referido dispositivo legal ou no capítulo “Da Assistência” da referida lei (decisão questionada por alguns estudiosos do tema), o trabalho (artigos 28 a 37 do referido estatuto), também é uma forma de assistência e que, como tal, merece proteção e prestação por parte do Estado.

Estas assistências são, portanto, deveres do Estado e que deverão ser estendidas a todos os que estiverem sujeitos à execução penal com o condenado, o provisório, o internado, o egresso, etc, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade, conforme o artigo 10 da Lei de Execução Penal.

Conforme a lição de Rodrigo Roig (2018), a assistência é exigência básica do Estado de Direito, inclusive para que se evite a ruptura do diálogo entre o recluso e a comunidade, o que somente agravaria a dessocialização já típica do processo de encarceramento.

Ainda segundo o autor, o direito a assistência no âmbito da Execução Penal possui índole legal e constitucional e pode ser defendido e

exigido tanto a título individual, quanto coletivo, (inclusive, mediante a realização de Termos de Ajustamento de Conduta e o ajuizamento de Ações Civis Públicas).

O processo de reintegração social do preso, portanto, pressupõe a observância dos deveres de assistência e, dentre eles, está a assistência à saúde do preso, a qual merece especial atenção pela pertinência com o tema tratado no presente estudo.

Nos termos do artigo 14 da Lei de Execução Penal, a assistência à saúde do preso e do internado possui caráter preventivo e curativo, compreendendo os atendimentos médico, farmacêutico e odontológico.

Tal dispositivo é relevante, na medida em que o encarceramento, nas condições em que normalmente se apresenta, é por si só fator de agravamento do quadro da saúde das pessoas presas, o que indica, para Rodrigo Roig (2018) que ainda permanecem vivas as penas de caráter corporal, por muitos considerada extinta inadvertida ou cinicamente.

Para Marco Ruotolo (2011), eventuais limitações ligadas a questões estruturais, financeiras ou securitárias não podem ser consideradas legítimas se impuserem a violação do núcleo irreduzível do direito à saúde, protegido pela Constituição, o que para muitos doutrinadores, e até mesmo para a jurisprudência dos Tribunais, caracteriza o direito do preso a prisão domiciliar até que se restabeleça as condições para que o Estado proveja a devida assistência à saúde.

Sobre o tema, o julgamento do Recurso Extraordinário 592.581 pelo Supremo Tribunal Federal entendeu que o Juízo da Vara de Execuções pode e deve determinar a realização de cirurgias e intervenções médicas, pois se encontra em risco o direito fundamental à saúde.

No âmbito do Poder Executivo, pertinente destacar também a edição da Portaria Interministerial n. 1, de 2 de janeiro de 2014, que instituiu a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) no âmbito do Sistema Único de

Saúde (SUS), com o objetivo essencial de promover o acesso das pessoas privadas de liberdade à Rede de Atenção à Saúde, visando o cuidado integral prestado por serviços e equipes multidisciplinares.

Por óbvio, em relação à vacinação, a situação não é diferente. Como já se disse, fatores comuns à maioria dos estabelecimentos penais brasileiros, tais como alta taxa de ocupação, condições precárias de higiene, insuficiente ventilação, etc, colocam as pessoas presas em condição de vulnerabilidade sanitária, muito propensas a doenças respiratórias.

A tuberculose, por exemplo, já foi alvo de alguns programas de vacinação voltados especificamente à população prisional, justamente em razão da realidade vivenciada nos estabelecimentos penais e o elevado número de casos da doença nesta população.

Isso só reforça a necessidade de que, no que se refere a Covid-19, práticas semelhantes sejam observadas, a fim de resguardar tão vulnerável população.

3 O PLANO NACIONAL DE OPERACIONALIZAÇÃO DA VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19 E A (“POLÊMICA”) INSERÇÃO DOS PRESOS COMO GRUPO PRIORITÁRIO

Desde que se iniciaram os debates acerca do início da vacinação contra a Covid-19 no Brasil e no mundo, logo se compreendeu que, considerando a elevada transmissibilidade da doença, pelo menos cerca de 70% (setenta por cento) da população mundial precisaria estar imune para interromper a circulação do vírus.

Ocorre que as limitações na produção, comercialização e logística de distribuição das vacinas para se imunizar de imediato parcela tão grande de pessoas, impõem o estabelecimento de grupos prioritários no processo de vacinação.

A definição de tais critérios, no entanto, não é tarefa das mais simples, uma vez que, sempre que se prioriza determinado grupo populacional, outro é, ao mesmo tempo, preterido, devendo, portanto, ser previamente estabelecidos critérios que permitam o alcance de uma igualdade material. Assim, não haverá que se falar em privilégios, mas sim em verdadeira observância ao princípio constitucional da isonomia.

Neste cenário, um dos grupos que mais causam inquietação popular ao figurarem entre as prioridades para a imunização por meio da vacina é a população privada de liberdade.

Em que pese haver uma série de razões para a inclusão de tais pessoas nos grupos prioritários, conforme será visto neste tópico, a opinião pública e as bandeiras políticas acabam por influenciar nesse processo decisório.

Não à toa, desde que anunciado o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 no Brasil, o debate em torno do tema polemizou-se e já foi objeto de várias contradições por parte do Ministério da Saúde.

Inicialmente, quando do anúncio do Plano, em 1º de dezembro de 2020, figuravam dentre os grupos incluídos como prioritários, as pessoas privadas de liberdade^{45*}. Posteriormente, em 4 de dezembro de 2020, a nota constante do sítio eletrônico do Ministério da Saúde, foi atualizada, retirando-se dos grupos prioritários a população prisional e mantendo-se todos os demais grupos^{46*}.

45 * Vide a íntegra do documento publicado pela Assessoria de Comunicação do Ministério da Saúde. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2020/12/01.12.2020_Vacinacao_Covid19-2.pdf. Acesso em: 27 jan. 2021.

46 * Vide a íntegra da publicação do sítio eletrônico do Ministério da Saúde. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/12/Plano-preliminar-de-vacinacao-contra-a-Covid-19-preve-quatro-fases-%E2%80%94-Portugues-Brasil.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2021.

Após grande repercussão da questão⁴⁷, na oportunidade da publicação oficial da primeira edição do Plano Nacional de Operacionalização das vacinas, em 16 de dezembro de 2020, a população carcerária voltou a ser incluída no rol de grupos que deveriam ter prioridade no processo de imunização.

O documento em questão ainda viria a ser alterado, publicando-se uma segunda edição em 22 de janeiro de 2021, mas desta vez apenas com aperfeiçoamento e melhor detalhamento técnico, sem qualquer alteração quanto aos grupos de vacinação.

É esta segunda edição que será utilizada na discussão do presente estudo.

3.1 GRUPOS PRIORITÁRIOS – CRITÉRIOS ADOTADOS

No Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 (2ª Edição), em vigor na data de elaboração do presente artigo, constam, no item denominado “Situação Epidemiológica da Covid-19 e Grupos de Risco”, os critérios para identificação de cada um dos grupos de maior risco de epidemiológico da doença, subdividindo-os em “Grupos de Risco para agravamento e óbito pela Covid-19” e “Grupos com elevada vulnerabilidade social.

No primeiro gênero, o referido plano identifica e classifica os grupos com maior risco de agravamento e óbito por Covid-19 de acordo com:

características sociodemográficas; preexistência de comorbidades, tais como: insuficiência renal, doenças cardiovasculares e cerebrovasculares, diabetes mellitus, hipertensão arterial grave, doença pulmonar obstrutiva crônica (DPOC), anemia falciforme, câncer, obesidade mórbida (IMC≥40);

⁴⁷ * O fato foi noticiado de forma ampla em vários portais de notícia do país. A respeito, entre outras fontes, confira-se os seguintes destaques: (i) <https://blogs.oglobo.globo.com/lauro-jardim/post/ministerio-da-saude-retira-presos-da-lista-de-prioridades-para-vacinacao-de-covid.html>; (ii) <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,ministerio-da-saude-pretende-tirar-populacao-carceraria-da-prioridade-para-vacina-contra-covid-19,70003545487>; (iii) <https://www.cartacapital.com.br/cartaexpressa/ministerio-da-saude-tira-presos-da-lista-de-prioridade-da-vacina-da-covid-19/>.

síndrome de down; além de idade superior a 60 anos e indivíduos transplantados de órgãos sólidos (BRASIL, 2021a, p. 13).

Este grupo, portanto, se forma por similitude, levando em consideração condições individuais das pessoas, que as tornam, individualmente, mais suscetíveis a complicações decorrentes da infecção pela Covid-19. Ou seja, o “sobrerrisco” do grupo é estabelecido por afinidade, de acordo com o perfil de casos anteriores que mais levaram a hospitalização ou morte.

No segundo gênero, diferentemente do anterior, o Plano Nacional analisa o risco epidemiológico da Covid-19 de acordo com o critério da vulnerabilidade social, e não mais de acordo com as condições clínicas e demográficas.

Segundo a referida publicação,

existem ainda grupos com elevado grau de vulnerabilidade social e, portanto, suscetíveis a um maior impacto ocasionado pela covid-19. Neste contexto, é importante que os Determinantes Sociais da Saúde (DSS) também sejam levados em consideração ao pensar a vulnerabilidade à covid-19 (BRASIL, 2021a, p. 14).

Noutras palavras, por este segundo critério, o risco não é avaliado em relação às condições das pessoas individualizadamente, mas por questões que colocam toda uma coletividade fática, ao mesmo tempo, em risco em razão da condição social em que se encontram – são as chamadas “determinantes sociais da saúde”.

Amparando-se em dados estatísticos obtidos em pesquisas realizadas nos Estados Unidos da América e no Brasil, identificou-se que alguns grupos sociais estão mais suscetíveis à maior gravidade da doença, sobretudo em razão da pior qualidade e acesso mais restrito aos serviços de saúde. É o caso dos povos nativos, afrodescendentes e comunidades latinas, naquele país, e dos indígenas, populações ribeirinhas e quilombolas, no Brasil (BRASIL, 2021a).

O plano em comento destaca ainda a existência de “outros grupos populacionais caracterizados pela vulnerabilidade social e econômica que os colocam em situação de maior exposição à infecção e impacto pela doença”. Dentre esses grupos, cita as pessoas em situação de rua, os refugiados residentes em abrigos e pessoas com deficiência, que “têm encontrado diversas barreiras para adesão a medidas não farmacológicas” (BRASIL, 2021a, p. 15).

Na mesma categoria de vulneráveis, é incluída ainda a população privada de liberdade, que é objeto do presente estudo, e sobre a qual se abordará adiante.

Com base nesses critérios, no momento inicial da vacinação contra a Covid-19, em que inexiste uma disponibilidade ampla de doses no mercado, o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 estabeleceu como objetivo principal a “redução da morbimortalidade causada pelo novo coronavírus, bem como a manutenção do funcionamento da força de trabalho dos serviços de saúde e a manutenção do funcionamento dos serviços essenciais” (BRASIL, 2021a, p. 19).

Neste sentido, segundo consta da publicação oficial do Ministério da Saúde, o plano de vacinação foi desenvolvido pelo Programa Nacional de Imunizações em cooperação com o comitê de especialistas da Câmara Técnica, baseando-se em pressupostos similares aos estabelecidos pela OMS, bem como nas considerações sobre a viabilização operacional das ações de vacinação, optando-se pela priorização da:

preservação do funcionamento dos serviços de saúde, proteção dos indivíduos com maior risco de desenvolvimento de formas graves e óbitos, seguido da proteção dos indivíduos com maior risco de infecção e a preservação do funcionamento dos serviços essenciais (BRASIL, 2021a, p. 19).

Foram elencados, por conseguinte, os seguintes grupos que terão prioridade na vacinação:

pessoas com 60 anos ou mais institucionalizadas, pessoas com deficiência institucionalizadas, povos indígenas vivendo em terras indígenas, trabalhadores de saúde, pessoas de 75 anos ou mais; povos e comunidades tradicionais ribeirinhas; povos e comunidades tradicionais quilombolas, pessoas de 60 a 74 anos, pessoas com comorbidades, pessoas com deficiência permanente grave, pessoas em situação de rua, **população privada de liberdade**, funcionários do sistema de privação de liberdade, trabalhadores da educação do ensino básico (creche, pré-escolas, ensino fundamental, ensino médio, profissionalizantes e EJA), trabalhadores da educação do ensino superior, forças de segurança e salvamento, forças armadas, trabalhadores de transporte coletivo rodoviário de passageiros, trabalhadores de transporte metroviário e ferroviário, trabalhadores de transporte aéreo, trabalhadores de transporte aquaviário, caminhoneiros, trabalhadores portuários, trabalhadores industriais. (BRASIL, 2021a, p. 19-20) (**Grifo nosso**)

Para os fins do presente trabalho, limitar-se-á à população privada de liberdade, objeto do tópico a seguir.

3.2 A INCLUSÃO DA PESSOA PRIVADA DE LIBERDADE COMO PARTE DOS GRUPOS PRIORITÁRIOS

O Plano Nacional do Ministério da Saúde ora em apreço, conforme se adiantou anteriormente, indica como grupo em vulnerabilidade social a população privada de liberdade, acompanhando o raciocínio desenvolvido nos tópicos anteriores deste artigo.

Aponta o documento que os presos são mais suscetíveis

a doenças infectocontagiosas, como demonstrado pela prevalência aumentada de infecções transmissíveis nesta população em relação à população em liberdade, sobretudo pelas más condições de habitação e circulação restrita, além da inviabilidade de adoção de medidas não farmacológicas efetivas nos estabelecimentos de privação de liberdade, tratando-se de um ambiente potencial para ocorrência de surtos, o que pode fomentar ainda a ocorrência de casos fora desses estabelecimentos (BRASIL, 2021a, p. 15).

Vê-se que o plano em questão extrai tal conclusão com base em fato que não é qualquer novidade: os estabelecimentos penais brasileiros vivem em crise profunda, e talvez irreversível.

Tal crise, aliás, não é apenas sanitária. A pena privativa de liberdade que deveria reintegrar o preso, dando-lhe condições de retornar à sociedade, é raríssima exceção.

Segundo Bitencourt (2017, p. 603),

[...] atualmente predomina uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão continua em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se fazem à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta e relativa – de obter algum efetivo positivo sobre o apenado.

Um dos principais motivos que levam a isso é justamente o atual ambiente carcerário, totalmente desfavorável a um cumprimento de pena reabilitador. Em uma breve relação destes problemas, destacam-se deficiências do tipo: maus-tratos verbais e físicos; superpopulação carcerária, levando a uma drástica redução do aproveitamento de outras atividades que o centro penal deve proporcionar para atingir a ressocialização de cada apenado; falta de higiene; condições precárias de trabalho, facilitando o ócio; deficiência nos serviços médicos; assistência psiquiátrica deficiente; má alimentação; elevado índice de consumo de drogas; abusos sexuais; ambiente propício à violência (BITENCOURT, 2004).

Não por acaso, em 2015, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347, o Supremo Tribunal Federal considerou a situação prisional brasileira um “estado de coisas inconstitucional”, com violação massiva de direitos fundamentais da população prisional, por omissão do poder público.

A respeito disso, pertinente a transcrição de trecho do voto do Ministro Marco Aurélio no referido julgado, apontando a indignidade do cárcere no Brasil:

no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se 'lixo digno do pior tratamento possível', sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as 'masmorras medievais'. (ADPF 347 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016)

A crise do sistema penitenciário, segundo Bitencourt (2017), é resultante da deficiente atenção da sociedade e, sobretudo, dos governantes sobre os problemas ali existentes, demonstrando a necessidade de uma série de reformas que permitam converter a pena privativa de liberdade em um meio efetivamente ressocializador.

Certo é que, no estado pandêmico em que se encontra o mundo, e, principalmente o Brasil, a crise sanitária agrava ainda mais o estado de coisas inconstitucional vivido nos estabelecimentos prisionais. Os números da Covid-19 no país ratificam tal afirmação.

Segundo o Boletim Semanal sobre Contágios e Óbitos no Sistema Prisional e no Socioeducativo, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça e publicado em 20 de janeiro de 2021, até a última atualização, foram registrados 43.799 (quarenta e três mil, setecentos e noventa e nove) casos de presos infectados pela Covid-19 desde o início da pandemia e um total de 130 (cento e trinta) óbitos (BRASIL, 2021b).

Se a estes números forem somados os servidores do sistema prisional, a quantidade de casos confirmados se eleva para 57.454 (cinquenta e sete mil, quatrocentos e cinquenta e quatro) e para 229 (duzentos e vinte e nove) os óbitos (BRASIL, 2021b).

O Boletim do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2021b) leva em consideração para esses números a totalidade de casos de contágios e mortes por Covid-19 nos sistemas prisional, a partir de informações provenientes dos poderes executivo e judiciário estaduais, incluindo dados repassados pelos Grupos de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário, boletins epidemiológicos de secretarias estaduais e dados informados ao Departamento Penitenciário Nacional (Depen).

Em que pese a periodicidade dos boletins e o esforço do Conselho Nacional de Justiça para manter atualizados e fidedignos os números relacionados a pandemia, é certo que tais dados são provisórios e incompletos, razão pela qual a contagem pode ainda estar subestimada.

Todavia, já há diversos estudos estatísticos que apontam que os casos graves e óbitos pela doença dentre as pessoas privadas de liberdade são bem superiores à da população em geral. Conforme parecer elaborado pela Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FAU/UFRJ) em conjunto com a Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), por exemplo, a taxa de incidência entre os presos pode ser até 38 vezes maior quando comparada ao total da população, e o número de óbitos, por sua vez, pode ser até 9 vezes superior (GRUPO DE TRABALHO INTERINSTITUCIONAL DE DEFESA DA CIDADANIA, 2020).

São por razões como estas, que o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 incluiu a população carcerária dentre os grupos prioritários para o recebimento da vacina.

No Planejamento do Governo Federal, é previsto que a Campanha Nacional de Vacinação atinja a totalidade da população prisional do país, acima de 18 (dezoito) anos de idade, totalizando, segundo dados

do Departamento Penitenciário Nacional - Infopen, do ano de 2020, 753.966 (setecentas e cinquenta e três mil, novecentas e sessenta e seis) pessoas, para as quais seriam necessárias o dobro do número de vacinas, ou seja, mais de um milhão e quinhentas mil doses.

A inclusão dos presos dentre os grupos prioritários de vacinação contra a covid-19, em que pese as justificativas acima expostas, não possui amplo apoio popular, sobretudo em um cenário em que não há doses suficientes para toda a população.

Tal discussão, aliás, não ocorre apenas no Brasil.

Nos Estados Unidos, país que possui a maior população prisional *per capita do mundo*⁴⁸, foram registradas cerca de 250.000 (duzentos e cinquenta mil) casos e mais de 1.600 (mil e seiscentos) óbitos até o final de 2020 (CORREA, 2020).

No entanto, até dezembro de 2020, somente 6 (seis) dos 50 (cinquenta) Estados anunciaram a inclusão da população carcerária em seus planos para a primeira fase de vacinação, ao passo que, em apenas 19 (dezenove) Estados, os presos deverão ser imunizados em uma segunda fase, quando houver disponibilidade de maior número de doses (CORREA, 2020).

Isso demonstra que, apesar dos argumentos jurídicos e de saúde pública favoráveis à vacinação das pessoas privadas de liberdade, a medida não é popular em meio à opinião pública e do ponto de vista do político.

É comum ouvir ou ler argumentos, tanto entre brasileiros quanto entre americanos, contrários a vacinação das pessoas privadas de liberdade do tipo: "é inadmissível que assassinos e estupradores recebam a vacina antes do restante da população" ou ainda que "os presos já estão em isolamento nos presídios e, por isso, não precisam de vacina".

48 Os Estados Unidos da América possuem a maior população carcerária do mundo também em números yabsolutos, com mais de 2,2 milhões de pessoas presas, segundo o sítio eletrônico do "The Sentencing Project" (2020), uma organização sem fins lucrativos que trabalha pela justiça e eficácia do sistema de justiça criminal americano.

Tais argumentos refletem, dentre outras, duas linhas de justificativas contrárias à inclusão dos presos no rol de grupos prioritários de vacinação: (i) a relacionada ao estigma social que recai sobre as pessoas privadas de liberdade; (ii) a relativa à falsa percepção de que os estabelecimentos prisionais são locais completamente isolados em relação ao mundo exterior.

No que tange ao estigma social das pessoas presas, imperioso destacar que esta decorre da visão popular do encarcerado como pessoas más, perigosas e que devem ser evitadas. Neste sentido leciona Pastore (2011, p. 62) que

A desconfiança e o medo dominam a maioria da população. A estigmatização é frequente, sendo caracterizada pela desqualificação das pessoas com base em apenas um de seus predicados, sem levar em conta outras dimensões de sua personalidade. Trata-se de uma concepção discrepante entre a identidade real e identidade virtual, mas que tem muita força na formação das atitudes em relação aos [detentos e] ex-detentos.

O senso comum vê no encarceramento a solução para a criminalidade, mas esquece-se que, tão logo cumpra sua pena, ou até mesmo antes, o indivíduo será devolvido à sociedade, mas agora na qualidade de egresso não reintegrado socialmente, tendente à reincidência criminosa.

Isso leva a um ciclo vicioso, destacando-se o fator criminógeno da privação da liberdade, consistente no fato de a prisão, em vez de frear a delinquência, estimula o cometimento de novos crimes, não trazendo nenhum benefício ao apenado ou para a sociedade. Pelo contrário, possibilita toda sorte de vícios e degradações.

A respeito, comenta Paulo Queiroz (2020, p. 430):

Não é preciso lembrar que a prisão, longe de ressocializar, em geral des-socia, corrompe, embrutece e, pior, não tem impedido os criminosos de

continuarem a delinquir mesmo quando encarcerados em presídios de ditos de segurança máxima.

O cárcere, portanto, de um modo geral, mais estigmatiza do que resolve as questões relativas à criminalidade, e tratar indiscriminadamente a população prisional com desumanidade só torna o cenário ainda pior.

Não se pode olvidar que boa parte da população prisional é formada por pessoas presas sem condenação definitiva, outras por crimes de menor gravidade e sem violência e outras ainda por questões civis (prestação de alimentos em atraso) e até mesmo políticas.

Mesmo entre os presos condenados, por exemplo, merece ser frisado o fato de que, no modelo do sistema de execução penal brasileiro, as penas privativas de liberdade possuem um caráter ressocializador, o qual visa justamente a reinserção do preso no convívio social após o cumprimento da sanção que lhe foi imposta.

Ademais, independentemente do tipo de condenação, a sentença deve ser cumprida nos ditames legais e constitucionais, de modo que ninguém pode ser punido com a morte ou com a indignidade, sendo privado de direitos básicos como o acesso à saúde, conforme se discorreu anteriormente.

Quanto ao argumento relativo à desnecessidade de imunização das pessoas presas em virtude de já estarem isoladas, deve ser considerado que tal isolamento não é absoluto.

Na realidade dos estabelecimentos penais, todos os dias circulam dezenas e até centenas de pessoas diariamente, considerando o número de presos libertados, os familiares em visitas, advogados, os funcionários do sistema prisional, os responsáveis pela guarda e segurança das unidades, entre outros.

A despeito do fato de o cárcere privar o indivíduo do direito à liberdade, este não deixa de socializar com seus pares com sujeitos externos, de modo que, apesar de adotadas medidas com o fim de reduzir

o trânsito de pessoas nas unidades prisionais, o afastamento completo da população privada de liberdade jamais ocorrerá.

É preciso ter em mente, portanto, que existem inúmeras espécies de prisão (processual, para cumprimento de pena, etc.), diferentes fundamentações (prisões civis, políticas, por crimes violentos e não violentos, etc.), diversos motivos para circulação de pessoas nos estabelecimentos penais (cumprimento de pena, visita a familiares, trabalho no sistema carcerário, etc), razão pela qual argumentos generalizantes contrários a vacinação da população presa sempre deixarão de levar em consideração a individualidade dos presos e o constante fluxo de pessoas nestes locais.

Não bastasse isso, segundo Renato Kfourri (*apud* SESTREM, 2021), a priorização dos detentos pode ser positiva também do ponto de vista econômico, já que a ocorrência de doenças transmissíveis no sistema prisional tem custos para o poder público.

Assim, inúmeros são os motivos que levam a conclusão de que é acertada a inserção, neste primeiro momento, da população privada de liberdade nos grupos prioritários de vacinação contra a Covid-19, constante do Plano Nacional do Governo Federal.

Entretanto, é preciso destacar que embora as pessoas privadas de liberdade estejam – até a data de elaboração do presente artigo – incluídas nos grupos de vacinação prioritária, sabe-se que tal status de prioridade pode ser alterado a qualquer momento, quer pelo Governo Federal, quer pelos demais entes federados, uma vez que estes (estados e municípios) possuem autonomia para adaptar o Plano Nacional caso entendam necessário.

Assim sendo, qualquer juízo de valor definitivo acerca da postura dos entes federados na inclusão e remoção de grupos prioritários no programa de vacinação, somente poderá ser feito após o início da vacinação de cada categoria específica, não sendo diferente a situação da população privada de liberdade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se viu no decorrer do presente trabalho, a pessoa presa não perde sua condição de ser humano, e como tal, sujeito de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana. À população privada de liberdade, portanto, devem ser resguardados todos os direitos não limitados pela sentença condenatória.

A estes direitos, por óbvio, correspondem deveres por parte do Estado, o qual possui um papel de tuto e provedor das necessidades mais básicas quanto à alimentação, vestuário, acomodação, ensino, profissionalização, religiosidade e quaisquer outras que não conflitem com a natureza da execução da pena, a fim de que seja perseguido sempre o caráter ressocializador da pena.

Muitos destes deveres materializaram-se na Lei de Execução Penal sob a forma de assistências, de modo que as obrigações, que decorrem da própria constituição, estão também previstas em lei específica.

Destacou-se para os fins do presente trabalho, dentre o rol de assistências a serem providas pelo Estado, o do acesso à saúde. Isso porque, é também com base nesse dever de prestação da saúde integral do preso que se pode exigir medidas preventivas tal qual a vacinação.

No entanto, a questão do reconhecimento do direito a vacinação não esgota a discussão, uma vez que é preciso ir além e se reconhecer também a necessidade de priorização da população privada de liberdade no processo de imunização.

É este, talvez, o ponto verdadeiramente “polêmico” da questão, e não em razão de contraditórios posicionamentos jurídico-científicos sobre o tema, uma vez que reconhecida vulnerabilidade e alto grau de incidência da doença na população prisional, mas muito mais em razão de preconceitos e politização do tema.

Noutras palavras, restaram mais do que evidenciados os fundamentos jurídicos, éticos, sanitários e até econômicos para a inclusão da população privada de liberdade nos grupos prioritários de vacinação, mas o empecilho maior é o estigma social que recobre a população encarcerada e as disputas políticas que usam tal debate como palco.

Como se apontou no decorrer deste artigo, é certo que ninguém no Brasil estará preso perpetuamente ou está isento de ter contato com pessoas que transitaram em algum momento nos estabelecimentos prisionais, de modo que a vacinação da população carcerária se mostra importante também do ponto de vista de prevenção da população em geral.

Por todo o exposto, longe de se esgotar o tema, que ainda comporta discussões, mostra-se, até aqui, louvável a decisão de incluir a população privada de liberdade no Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19. É preciso, contudo, se aguardar o desenrolar da execução do plano, a fim e que se verifique o seu regular cumprimento e o êxito da medida.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. Comentários à Lei de Execução Penal. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1. 23. ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Boletim CNJ de Monitoramento Covid-19 - Registro de casos e óbitos. 20 jan. 2021b. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/01/Monitoramento-Casos-e-%C3%93bitos-Covid-19-201.21-Info.pdf>>

Acesso em: 27 jan. 2021. (BRASIL, 2021b)

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/compilado.htm. Acesso em: 29 dez. 2020.

- BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 dez. 2020.
- BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 29 dez. 2020.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 28 jan. 2021.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19. 2 ed. 22 jan. 2021a. Disponível em: http://www.saude.pi.gov.br/uploads/warning_document/file/641/Plano_Nacional_de_Vacina%C3%A7%C3%A3o_Covid19.pdf. Acesso em: 26 jan. 2021. (BRASIL, 2021a)
- BRASIL. Portaria Interministerial n. 1, de 2 de janeiro de 2014. Institui a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/pri0001_02_01_2014.html. Acesso em 28 jan. 2021.
- CARNELUTTI, Francesco. El problema de la pena. Buenos Aires: Europa-América, 1947.
- CASTRO, Mary Garcia et al. Juventude, violência e vulnerabilidade social na América Latina: desafios para políticas públicas. Brasília: Unesco; BID, 2002. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127138por.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.
- CORREA, Alessandra. Por que especialistas defendem que presos estejam entre grupos prioritários na vacinação contra a covid-19. In: BBC News Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55360536>. Acesso em: 25 jan. 2021.
- DOTTI, René Ariel. Execução penal no Brasil: aspectos constitucionais e legais. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello (Org.). Sistema penal para o terceiro milênio. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- GRUPO DE TRABALHO INTERINSTITUCIONAL DE DEFESA DA CIDADANIA. (2020). Nota Técnica n. 6. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/regiao2/sala-de-imprensa/nota-tecnica-6-2020>. Acesso em: 26 jan. 2021.
- JESUS, Damásio E. de. Sistema penal brasileiro: execução das penas no Brasil. Revista Consulex. São Paulo: Ano I, n 1, p. 24-28, jan. 1997.
- MACHADO, Vitor Gonçalves. A reintegração social do preso: uma análise sobre os principais discursos contrários e favoráveis à finalidade ressocializadora da pena. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. abr. 2014. Disponível em: www.ibccrim.org.br/artigos/2010/04. Acesso em: 02 dez. 2020.
- MAIA, Maurílio Casas. A vulnerabilidade dos encarcerados e sua tutela jurídica: breves linhas. In: Empório do Direito. 10 out. 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-vulnerabilidade-dos-encarcerados-e-sua-tutela-juridica-breves-linhas>. Acesso em: 26 jan. 2021.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legislação penal especial. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- OLIVEIRA, Edmundo de. Direitos e deveres do condenado. São Paulo: Saraiva, 1980.

- PASTORE, José. Trabalho para ex-infratores. São Paulo: Saraiva, 2011.
- QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: Parte Geral. 14. ed. rev., ampl., e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução penal: teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- RUOTOLO, Marco. Dignità e carcere. Napoli: Editoriale Scientifica, 2011.
- SESTREM, Gabriel. Por que os presidiários são prioritários na fila da vacina. In: Gazeta do Povo. 24 jan. 2021. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/por-que-os-presidiarios-sao-prioritarios-na-fila-da-vacina/>. Acesso em: 26 jan. 2021.
- SILVA, José Adaumir Arruda da. SILVA NETO, Arthur Corrêa da. Execução Penal: Novos rumo, novos paradigmas. 2ª tiragem - revisada. Manaus: Editora Aufiero, 2012.
- SOUZA, Whathila Costa Ramos de. Responsabilidade civil do Estado na integridade física do preso. In: Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5874, 1 ago. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72421>. Acesso em: 28 jan. 2021.
- THE SENTENCING PROJECT. Incarceration. 2020. Disponível em: <https://www.sentencingproject.org/issues/incarceration/>. Acesso em: 30 dez. 2020.