



EDITORA CONHECIMENTO LIVRE

CIÊNCIAS SOCIAIS: A SOCIEDADE EM SUA INTEGRALIDADE

VOLUME XII

Frederico Celestino Barbosa

Ciências sociais: a sociedade em sua integralidade

12^a ed.

Piracanjuba-GO
Editora Conhecimento Livre
Piracanjuba-GO

12ª ed.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Barbosa, Frederico Celestino
B238C Ciências sociais: a sociedade em sua integralidade
/ Frederico Celestino Barbosa. – Piracanjuba-GO

Editora Conhecimento Livre, 2024

214 f.: il

DOI: 10.37423/2024.edcl1011

ISBN: 978-65-5367-553-7

Modo de acesso: World Wide Web

Incluir Bibliografia

1. atualidade 2. relacionamento 3. soluções I. Barbosa, Frederico Celestino II. Título

CDU: 300

<https://doi.org/10.37423/2024.edcl1011>

O conteúdo dos artigos e sua correção ortográfica são de responsabilidade exclusiva dos seus respectivos autores.

EDITORIA CONHECIMENTO LIVRE

Corpo Editorial

MSc Edson Ribeiro de Britto de Almeida Junior

MSc Humberto Costa

MSc Thays Merçon

MSc Adalberto Zorzo

MSc Taiane Aparecida Ribeiro Nepomoceno

PHD Willian Douglas Guilherme

MSc Andrea Carla Agnes e Silva Pinto

MSc Walmir Fernandes Pereira

MSc Edisio Alves de Aguiar Junior

MSc Rodrigo Sanchotene Silva

MSc Adriano Pereira da Silva

MSc Frederico Celestino Barbosa

MSc Guilherme Fernando Ribeiro

MSc. Plínio Ferreira Pires

MSc Fabricio Vieira Cavalcante

PHD Marcus Fernando da Silva Praxedes

MSc Simone Buchignani Maigret

Dr. Adilson Tadeu Basquerote

Dra. Thays Zigante Furlan

MSc Camila Concato

PHD Miguel Adriano Inácio

MSc Anelisa Mota Gregoleti

PHD Jesus Rodrigues Lemos

MSc Gabriela Cristina Borborema Bozzo

MSc Karine Moreira Gomes Sales

Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

MSc Pedro Panhoca da Silva

MSc Helton Rangel Coutinho Junior

MSc Carlos Augusto Zilli

MSc Euvaldo de Sousa Costa Junior

Dra. Suely Lopes de Azevedo

Dr. Francisco Odecio Sales

MSc Ezequiel Martins Ferreira

MSc Eliane Avelina de Azevedo Sampaio

MSc Carlos Eduardo De Oliveira Gontijo

Dr. Rodrigo Couto Santos

Dra. Milena Gaion Malosso

PHD Marcos Pereira Dos Santos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	5
(IN)JUSTIÇA AMBIENTAL EM UMA PERSPECTIVA REGIONAL	
Tauã Lima Verdan Rangel	
Thalles Moraes Machado	
DOI 10.37423/240909278	
CAPÍTULO 2	33
AS FALSAS MEMÓRIAS E A FRAGILIDADE DO RECONHECIMENTO PESSOAL COMO MEIO DE PROVA	
Tauã Lima Verdan Rangel	
Marcos Vinicius Freitas Ribeiro	
DOI 10.37423/240909279	
CAPÍTULO 3	54
O BPC-LOAS EM UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	
Tauã Lima Verdan Rangel	
Daniel Nelo Nunes	
DOI 10.37423/240909295	
CAPÍTULO 4	82
O CAMPESINATO BRASILEIRO E O SUJEITO DA REFORMA AGRÁRIA: CONFLITOS, CONTRADIÇÕES E ORGANIZAÇÃO	
Rômulo Luiz Silva Panta	
DOI 10.37423/240909306	
CAPÍTULO 5	111
ENTRE A ESCOLA DA EXEGESE E A USURPAÇÃO DA FUNÇÃO TÍPICA LEGISLATIVA	
Tauã Lima Verdan Rangel	
Esdras Risperi Dias Paulo	
DOI 10.37423/240909310	
CAPÍTULO 6	135
OS DESAFIOS DAS EMPRESAS EM CONTRATAR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	
Manoel Augusto de Oliveira Ribeiro	
Cristiano Tessinari Modesto	
DOI 10.37423/240909336	
CAPÍTULO 7	152
A RESPONSABILIDADE PENAL NOS CRIMES DE HOMICÍDIO E INFANTÍCIDIO COMETIDOS POR INDÍGENAS	
DÉBORA BRAGA ALVARISTO	
THIAGO TRAVAGLIA DE MORAIS	
DOI 10.37423/240909343	

CAPÍTULO 8 169

AÇÕES AFIRMATIVAS E SUAS POLÍTICAS: A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE COTAS E DO PL 1.958/2021

Hugo César Severino Abadia

DOI 10.37423/240909344

CAPÍTULO 9 197

PUBLICIDADE DOS DADOS PESSOAIS NO PROCESSO ELETRÔNICO

Letícia Kahuanna Silva Vimercati

Valber Cruz Cereza

DOI 10.37423/241009358

Capítulo 1



10.37423/240909278

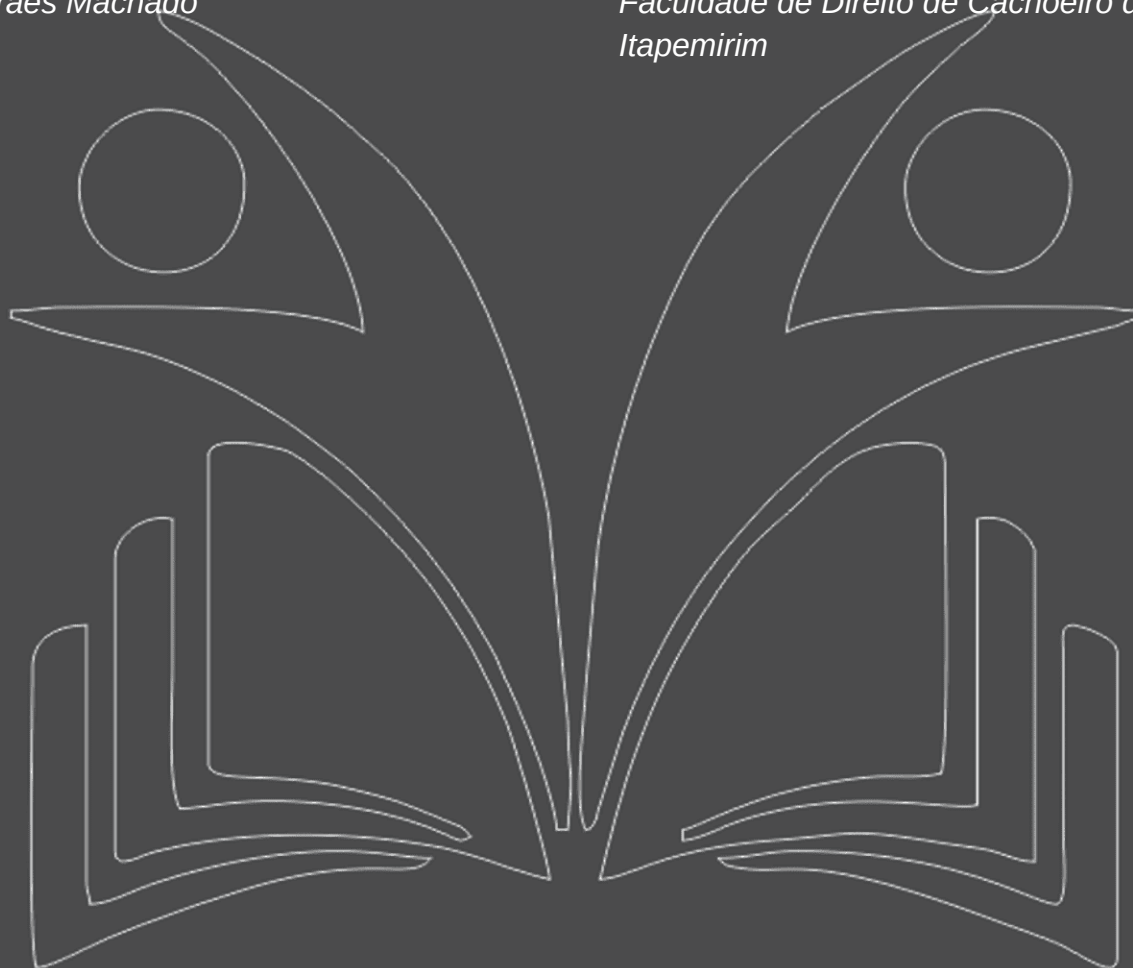
(IN)JUSTIÇA AMBIENTAL EM UMA PERSPECTIVA REGIONAL

Tauã Lima Verdan Rangel

Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim

Thalles Moraes Machado

Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim



Resumo: O escopo do presente foi analisar a contribuição do Ministério Público no enfrentamento da poluição na Lagoa Mãe-Bá em Anchieta/ES, causada pela empresa Samarco. Como é cediço, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, promoveu-se um verdadeiro alargamento na compreensão de direitos fundamentais, os quais passaram a abrigar, com disposição específica, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Com efeito, apesar da previsão de índole constitucional, é fato que os passivos ambientais e consequências advindas do desenvolvimento econômico e industrial não são percebidos e experimentados de modo isonômico pela população. Ao reverso, tem-se um contexto em que grupos são expostos a um contexto maior vulnerabilidade, o que reflete a percepção de injustiça ambiental, que, em apertada síntese, constitui uma perspectiva interdisciplinar sobre as consequências do desenvolvimento para determinados grupos. Nesta toada, ao se abordar o contexto da Lagoa Mãe-Bá, localizada no município de Anchieta/ES, estar-se-ia, conforme caracterização apresentada pela Fundação Oswaldo Cruz, em seu Mapa de Conflitos em Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil, em verdadeiro conflito de natureza ambiental, o qual opõe a comunidade local e a empresa Samarco entorno dos rejeitos e contaminantes oriundos da atividade industrial. Neste campo, como verdadeiro curador do meio ambiente, o papel desempenhado pelo Ministério Público Estadual se apresenta dotado de robusta relevância, eis que atua como verdadeiro agente de curadoria dos direitos difusos vinculados ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, por via de consequência, de combate ao fenômeno, em escala local, da injustiça ambiental. A metodologia empregada pautou-se na utilização dos métodos científicos historiográfico e dedutivo; no tocante à classificação da pesquisa, enquadra-se como dotada de natureza exploratória; em relação à abordagem do objeto, a pesquisa é considerada como detentora de aspecto qualitativo.

Palavras-chave: Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado; Ministério Público; Justiça Ambiental; Lagoa Mãe-Bá; Poluição.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No presente artigo, estabeleceu-se como objetivo analisar a contribuição do Ministério Público no enfrentamento da poluição na Lagoa Mãe-Bá em Anchieta/ES, causada pela empresa Samarco. Para tanto, foram examinadas as medidas adotadas pelo Ministério Público de acordo com os princípios ambientais, como a prevenção, precaução e responsabilidade ambiental, com o escopo de proteger o meio ambiente e garantir o mínimo vital das comunidades afetadas. Assim, o presente não se propõe, no primeiro momento, a fazer um exame a respeito das atividades industriais empreendidas pela Samarco, mas sim a análise da atuação do Ministério Público, enquanto curador do meio ambiente, e sua importância na busca por soluções e reparação dos danos ambientais.

Na seção 2, foi proposta uma abordagem a respeito dos direitos fundamentais, enquanto ferramentas de defesa do cidadão contra a ação estatal, baseados no princípio da dignidade da pessoa humana, valores atemporais e globais que exigem atenção e apoio do Estado. Não obstante, tais direitos garantem liberdade, igualdade e dignidade, proporcionando convivência digna, livre e igualitária, bem como fixam limites legítimos para evitar a interferência do Estado na esfera do indivíduo. Ainda neste compasso, fixou-se, a partir de um revolvimento teórico e analíticos a distinção entre as concepções de direitos humanos, que são derivados da natureza humana, atemporais e universais, e os direitos fundamentais, que decorrem da especificidade de cada ordem jurídica.

Assim, o direito ao meio ambiente equilibrado é essencial e garantido pela Constituição Federal de 1988 como um direito de terceira dimensão. Consoante dicionou o Texto de 1988, em seu artigo 225, todos têm direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, considerado um bem de uso coletivo e essencial para uma vida saudável, incumbindo, por via de consequência, ao Poder Público e à sociedade proteger e preservar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. Sem embargos, o equilíbrio ecológico é fundamental para garantir a dignidade humana e o bem-estar social, tal como conservar o meio ambiente é crucial para garantir o bem-estar e a dignidade dos indivíduos. A valorização do ser humano e a preservação do meio ambiente são fundamentais para assegurar um padrão mínimo de vida digna, não podendo ser alterados ou eliminados. Todas as ações que ameacem esses valores devem ser impedidas imediatamente.

Dando continuidade, a seção 3, por seu turno, apresentou a importância da curadoria do Ministério Público e o papel fundamental desempenhado para proteger o meio ambiente, garantindo uma vida saudável para todos. Assim, as funções incluem fiscalização, acesso à justiça e defesa do meio ambiente, conforme a Constituição de 1988. O Órgão Ministerial atua de forma independente e ética,

protegendo interesses coletivos e individuais, como a preservação ambiental. Destarte, a atuação visa promover a justiça ambiental e prevenir danos, em conformidade com a Política Nacional do Meio Ambiente. O Ministério Público desempenha um papel crucial na harmonia ecológica, preservando recursos naturais.

Em apertada síntese, o Ministério Público desempenha um papel vital na defesa do meio ambiente e dos direitos fundamentais da população. Desta feita, a atuação é imprescindível para garantir a proteção do meio ambiente e dos interesses coletivos, individuais homogêneos e difusos. Com poderes adequados e instrumentos jurídicos eficazes, o Ministério Público desempenha um papel fundamental na promoção da justiça ambiental e na garantia de um ambiente equilibrado e saudável para todos.

Por derradeiro, a seção 4 se propôs abordar o caso da Lagoa Mãe-Bá, apontando a promoção da justiça ambiental pelo Ministério Público, ao buscar evitar que um grupo da sociedade seja mais prejudicado pelos impactos ambientais negativos. No Brasil, a desigualdade na distribuição dos riscos ambientais é evidente, afetando os mais vulneráveis, como os pobres, indígenas e quilombolas. A discriminação racial e a desigualdade ambiental são desafios enfrentados por esses grupos, enquanto os países desenvolvidos transferem seus impactos negativos para os mais pobres. A proteção do meio ambiente é fundamental, com o Ministério Público desempenhando um papel relevante nesse sentido.

O caso da Lagoa Mãe-Bá em Anchieta/ES ilustra os conflitos entre as indústrias e a economia local, enquanto a resistência às atividades prejudiciais destaca a importância da justiça socioambiental. O governo e a prefeitura de Anchieta devem considerar os impactos socioambientais em suas decisões, com a Constituição de 1988 estabelecendo a responsabilidade do Estado e da sociedade na preservação do meio ambiente.

Em termos metodológicos, foram empregados os métodos científicos historiográfico e dedutivo. O primeiro método foi utilizado no estabelecimento da análise histórico-normativa da fundamentalidade do meio ambiente ecologicamente equilibrada, tendo como paradigma o tratamento da questão na ordem constitucional brasileira. Já o método dedutivo encontrou aplicabilidade no recorte temático proposto para o debate central do artigo. Ainda no que concerne à classificação, a pesquisa se apresenta como dotada de aspecto exploratório e se fundamenta em uma análise conteudística de natureza qualitativa.

Como técnicas de pesquisa, optou-se pela adoção da revisão de literatura sob o formato sistemático, acompanhado de revisão bibliográfica. O critério de seleção do material empregado pautou-se em um

viés de aproximação com a temática estabelecida, a partir de um recorte regional. As plataformas de pesquisa utilizadas foram o *Google Acadêmico*, o *Scielo* e o *Scopus*, sendo, para tanto, utilizados como descritores de seleção do material as expressões “Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado”, “Ministério Público”, “Justiça Ambiental”, “Lagoa Mãe-Bá” e “Poluição”

2 APONTAMENTOS SOBRE O RECONHECIMENTO DA FUNDAMENTALIDADE DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Os direitos fundamentais são ferramentas de defesa do cidadão diante da ação estatal, tendo como base o princípio da dignidade humana, são valores atemporais e globais, os quais exigem do Estado uma atenção dedicada e apoio completo (Dimoulis; Martins, 2007 *apud* Fonteles, 2022). Os direitos fundamentais são conquistas históricas que decorrem de movimentos e momentos históricos de rupturas que, em determinado período da história, atendem às necessidades de liberdade, igualdade e dignidade das pessoas, garantindo a todos uma convivência digna, livre e igualitária (Canotilho, 2004 *apud* Silva, 2009). Assim, percebe-se que os direitos fundamentais constituem a base essencial de uma comunidade política, visando a assegurar a dignidade de cada indivíduo, por isso, não devem ser apenas reconhecidos de maneira superficial, mas sim realizados de forma concreta e constante pelas autoridades governamentais (Sarlet, 2009).

É importante ressaltar que os direitos fundamentais estabelecem limites fundamentados e legítimos para que o Estado não interfira na esfera jurídica individual (Dimoulis; Martins, 2007 *apud* Fonteles, 2022). Mencionados direitos representam restrições estabelecidas pela vontade do povo aos órgãos do Estado, sendo considerados como consequência inevitável de diferentes eventos do passado e correntes de pensamento marcadas pelos valores da liberdade, igualdade e dignidade humana. Aludidas ideias foram historicamente inspiradas por movimentos que buscavam reformar o Estado e estabelecer um Estado baseado na democracia e no respeito ao Direito (Costa, 2010 *apud* Bergamin, 2016).

Os direitos fundamentais são aqueles pertencentes ao ser humano no campo jurídico, oficializados e respaldados de forma objetiva em uma ordem jurídica específica. Isto é, os direitos fundamentais são os direitos inerentes ao ser humano, assegurados e delimitados no espaço e tempo, o que significa que, enquanto os direitos humanos são derivados da natureza humana em si, possuindo, portanto, caráter inviolável, atemporal e universal, os direitos essenciais são os direitos em vigor em uma ordem jurídica particular (Sarlet, 2009).

Nessa perspectiva, pode-se dizer que são fundamentais os direitos que são claramente estabelecidos e incorporados na legislação de um país, com limites espaciais e temporais definidos, enquanto os direitos humanos são reconhecidos em tratados internacionais, sem depender de qualquer relação do indivíduo com a constituição de um país específico. Isso se deve ao fato de que os direitos humanos são prerrogativas legais concedidas a todas as pessoas, independentemente de sua ligação jurídica com um Estado (Canotilho, 2004 *apud* Silva, 2009).

Os direitos humanos compreendem aqueles que são estabelecidos em acordos internacionais e considerados essenciais para garantir uma vida digna, como saúde, liberdade, igualdade, moradia, educação e privacidade (Dimoulis; Martins, 2007 *apud* Fonteles, 2022). Nesta análise, os direitos humanos são uma proteção mínima que permita que o ser humano viva de forma digna. É uma esfera essencialmente indisponível que gira em torno do indivíduo e tem como objetivo o respeito mais profundo à pessoa humana (Ferreira Filho, 1995 *apud* Moraes, 2014).

De acordo com Flores (2009, p. 21), em relação aos direitos humanos: "Além de simples direitos, são maneiras de agir, ou seja, o desfecho, constantemente temporário, das batalhas que as pessoas travam para garantir o acesso aos recursos essenciais para a sobrevivência". Cumpre ressaltar, nesse contexto, em consonância com Beltramelli Neto (2018), que, para garantir a defesa e a promoção dos direitos fundamentais, é necessário atentar para três elementos fundamentais de qualquer sistema jurídico democrático, a saber: a) o Estado de Direito Democrático, que direciona e restringe o poder do Estado (objetivo histórico dos direitos humanos); b) a Constituição rígida, que atua como barreira contra qualquer retrocesso legal em relação aos direitos já estabelecidos; c) o controle de constitucionalidade, que se apresenta como o mecanismo para invalidar ações que violem a constituição.

Os direitos humanos representam os direitos essenciais da pessoa humana, que têm como objetivo proteger a sua integridade física e mental diante de outros indivíduos e das autoridades do Estado, limitando o exercício do poder e garantindo o bem-estar social através da igualdade, fraternidade e da proibição de qualquer forma de discriminação (Alves, 1994 *apud* Belli, 2022). Por outro lado, os direitos fundamentais são aquelas situações jurídicas indispensáveis para que a pessoa humana possa se realizar, conviver e até mesmo sobreviver; fundamentais para todos os seres humanos, que devem não apenas ser reconhecidos formalmente, mas também concretamente efetivados. A discrepância entre os dois reside na forma, não no conteúdo. Os direitos humanos são estabelecidos pelo direito internacional, enquanto os direitos fundamentais fazem parte do sistema constitucional interno. No

Brasil, é imperativo que a Constituição Federal de 1988 seja efetiva para garantir os direitos fundamentais (Ferreira Filho, 1995 *apud* Moraes, 2016).

Para fins de definição dos direitos humanos fundamentais, entende-se que são direitos inerentes à própria natureza humana e que existem mesmo antes de serem reconhecidos legalmente. Esses direitos surgem como consequência de injustiças ou agressões a valores essenciais do ser humano. Por sua natureza, esses direitos vão além dos Direitos Fundamentais, pois seu conteúdo é baseado em princípios universais, aplicáveis em todas as situações e para todos os povos, sem depender de leis específicas (Costa, 2010 *apud* Bergamin, 2016)).

O objetivo dos direitos humanos fundamentais é proteger não só o indivíduo, mas toda a comunidade. Por esse motivo, a Constituição de 1988 incluiu a proteção ao meio ambiente (direitos humanos de terceira geração). Ressalta-se que é importante diferenciá-los dos direitos fundamentais, que são frequentemente vistos como sinônimos. Quando os direitos humanos são adotados pela Constituição de um país, eles se tornam direitos fundamentais, pois o poder constituinte escolhe quais direitos humanos serão constitucionalizados. A partir desse momento, eles passam a ser considerados direitos fundamentais, cujo reconhecimento tem como base os direitos humanos (Sarlet, 2009).

Uma das ideias principais a serem consideradas sobre o direito ao meio ambiente equilibrado é que ele é um direito garantido pela Constituição, sendo esse reconhecimento constitucional uma conquista essencial para o Brasil (Granziera, 2014). Trata-se de um direito de terceira dimensão, que são definidos como direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Originam-se do indivíduo e têm como objetivo proteger um grupo de indivíduos envolvidos, em conjunto com o direito à união, cooperação, harmonia, ao legado histórico e cultural e do consumidor (Costa, 2010 *apud* Bergamin, 2016)). O reconhecimento desse direito em nossa legislação é uma garantia fundamental concedida às sociedades atuais, evidenciando a importância de garantir que todos tenham acesso a um ambiente equilibrado ecologicamente.

O dispositivo previsto no artigo 225 da Constituição Federal de 1988 assegura a máxima proteção legal ao meio ambiente equilibrado ecologicamente, com fundamentos que se relacionam com a preservação da vida e da saúde, garantindo a dignidade humana e buscando a harmonização ecológica da convivência social. De acordo com o texto, todos têm o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, considerado bem de uso coletivo e essencial para uma qualidade de vida saudável, incumbindo ao governo e à sociedade o dever de protegê-lo e preservá-lo para as atuais e futuras gerações (Granziera, 2014).

Dessa forma, pode-se observar, no texto do artigo 225 da Constituição de 1988, que diversas ideias sobre a questão ambiental foram incorporadas pela legislação, como: a) o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto um direito de todos; b) esse direito se refere a um recurso de uso coletivo e essencial para uma vida de qualidade, ou seja, trata-se do meio ambiente; c) a Constituição de 1988 estabeleceu tanto ao governo quanto à sociedade o dever de proteger o meio ambiente, conservando-o; d) não apenas as atuais, mas também as futuras gerações têm responsabilidade pela preservação do meio ambiente (Antunes, 2004).

De acordo com Granziera (2014), os princípios do conceito de meio ambiente estão relacionados à preservação da vida e da saúde, garantindo a honra da pessoa humana e, trata-se de um interesse compartilhado pela sociedade e vital para uma vida plena, uma vez que a obrigação. Ora, a incumbência de cuidar do meio ambiente é tanto do Poder Público quanto da população em geral pensando nas próximas gerações, prevenindo a ocorrência de conflitos graves entre diferentes gerações caracterizados pela falta de respeito ao compromisso de solidariedade na defesa da integridade desse recurso essencial de uso coletivo.

No que diz respeito à melhoria da vida, o direito a um ambiente equilibrado visa enriquecer a dignidade da pessoa humana garantindo um nível mais abrangente de qualidade e segurança ambiental (Costa, 2010 *apud* Bergamin, 2016)). De acordo com Fonteles (2022), o ser humano não pode ser tratado como mero objeto, mas sim deve ser considerado um fim em si mesmo, quer perante o Estado, quer perante outros indivíduos. Essa ideia está diretamente ligada aos conceitos de autonomia, liberdade, racionalidade e autodeterminação que são inerentes à natureza humana.

Ademais, sob a ótica ambiental, assegurar a preservação em um ecossistema equilibrado significa o direito de habitar em um lugar onde as atividades naturais dos recursos do meio ambiente, assim como das diversas espécies que integram a biodiversidade, estejam em harmonia, ou seja, em pleno funcionamento de forma segura. Conforme se pode observar, "o equilíbrio pode ser definido como uma igualdade, total ou aproximada, entre forças contrárias" (Ferreira, 1999 *apud* Machado, 2014 p. 62). O direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, passa então a influenciar a aplicação e interpretação do direito (art. 1º, inciso III, CF/88), com a dignidade humana adquirindo uma dimensão ecológica e centrada no ser humano, na qual a proteção ambiental está diretamente ligada ao próprio bem-estar humano, não podendo ser considerada separadamente ou algo diferente (Azevedo, 2014).

A partir da base da Constituição (1988), a dignidade surge como um princípio ético-jurídico que dá coesão e coerência ao sistema legal, estabelecendo a liberdade de decisão em benefício da

coletividade, permitindo assim o pleno desenvolvimento da identidade de cada indivíduo na sociedade (Milaré, 2011 *apud* Paixão, 2020). A elaboração do conceito de mínimo existencial relacionado ao cerne dos direitos fundamentais parece contemplar a importância que eles possuem em relação à dignidade humana, no entanto, ainda restringe o mínimo existencial a uma condição vital básica, priorizando mais a ideia de sobrevivência do que de plenitude existencial (Dimoulis; Martins, 2007 *apud* Fonteles, 2022).

Com essa perspectiva, o mínimo existencial abrange os direitos humanos essenciais e promove a diversidade constitucional ao garantir que o indivíduo tenha condições básicas para participar da sociedade em todos os aspectos, como social, político e cultural, com o objetivo de combater a desigualdade através do acesso aos recursos indispensáveis para alcançar a plenitude humana (Azevedo, 2014).

O mínimo existencial alcança, portanto, uma amplitude que vai além da ideia do Estado Liberal para garantir as liberdades públicas e do Estado Social, lutando pela justiça social e garantia dos direitos sociais. Isso significa a transição para o Estado Socioambiental, que visa garantir os direitos coletivos, incluindo o meio ambiente, tornando-se assim o mínimo existencial ecológico (Milaré, 2011 *apud* Paixão, 2020).

A elaboração da ideia de mínimo existencial relacionado ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais parece corresponder à importância que aludidos direitos possuem em relação à dignidade (Oliveira, 2010). No entanto, ainda parece restringir o mínimo existencial a um mínimo vital, destacando mais a ideia de mera sobrevivência do que de plenitude de existência. Dimoulis e Martins (2007 *apud* Fonteles, 2022) defendem que o mínimo existencial incluiria as bases essenciais para uma vida digna, bem como os princípios indispensáveis para o correto funcionamento do sistema jurídico democrático em si, que constituem uma base inalterável, não negociável e não sujeita a restrições por parte dos poderes públicos e controladas pela jurisdição.

O conceito de mínimo existencial vai além da garantia da sobrevivência física, abrangendo a vida em toda a sua potencialidade. Isso inclui o acesso aos bens necessários não apenas para manter a existência, mas para realizar plenamente o ser humano. Alguns autores defendem que isso envolve o acesso a bens culturais, a participação na vida social e política. Sob essa ótica, o mínimo existencial engloba os direitos humanos fundamentais e promove o pluralismo constitucional ao garantir o acesso do indivíduo à vida social, política e cultural, como forma de superar a desigualdade. O sistema de proteção dos direitos humanos fundamentais atua na proteção e promoção dos direitos do homem,

seja no âmbito internacional por meio de tratados e convenções internacionais, ou no âmbito nacional através dos direitos constitucionais e legais. Portanto, o mínimo existencial não pode ser reduzido a alguns direitos específicos (Azevedo, 2014).

Pelo contrário, é essencial compreender e conectar esse direito ao sistema garantista, de modo a integrar em sua extensão mínima o acesso à concretização do cerne fundamental dos direitos ligados ao ser humano em seu contexto de vida, possibilitando a ampla realização a partir de seu conteúdo relacional e relativo. Isso implica reconhecer que o mínimo existencial não se limita aos direitos individuais, como as liberdades, incluindo a vida, ou aos direitos sociais, como a saúde ou a educação, mas também deve englobar de forma mínima a realização dos direitos políticos, coletivos e difusos necessários para a concretização da vida humana (Ferreira Filho, 1995 *apud* Moraes, 2014).

A definição de um conjunto mínimo de direitos a serem assegurados ao indivíduo tem suas raízes profundamente enraizadas no âmbito internacional através dos tratados de direitos básicos, que ajudam a moldar a teoria das diferentes gerações de direitos humanos. Com o avançar da história, esses direitos passam a se refletir nas diferentes gerações de direitos fundamentais, que foram incorporados pelos países em suas respectivas constituições. A preservação do meio ambiente em equilíbrio ecológico é um desses direitos e tem sido reconhecido como um direito fundamental nas últimas décadas (Ferreira Filho, 1995 *apud* Moraes, 2014).

Tratados, acordos e convenções internacionais estabelecem padrões mínimos de direitos que devem ser assegurados pelo país que assina, demonstrando assim sua capacidade de cumprir com o combinado. Caso contrário, seria uma clara violação, uma vez que o objetivo é garantir os direitos estabelecidos e progredir nessa direção. Dessa maneira, a essência do mínimo existencial deve ser reconhecida como a parte fundamental dos direitos básicos, ou seja, a garantia de serviços essenciais para alcançar o mínimo necessário para uma vida livre e digna (Azevedo, 2014).

Quando se relaciona o mínimo existencial ao conceito de pluralismo constitucional, percebe-se que a garantia da efetiva promoção dos direitos fundamentais passa pelo reconhecimento da desigualdade e pela busca de meios para superá-la através da concretização de direitos, incluindo a oferta de certos benefícios essenciais. O mínimo existencial assume, dessa forma, uma extensão que vai além da ideia de Estado Liberal para a realização das liberdades públicas e do Estado Social, com o objetivo de alcançar a justiça social e efetivar os direitos sociais. Isso envolve a noção de Estado Socioambiental, que busca a concretização dos direitos coletivos, como o meio ambiente, transformando-se em um mínimo existencial ecologicamente sustentável (Fonteles, 2022).

O ambiente natural em equilíbrio há muito tempo é reconhecido como um direito essencial e uma extensão do direito à vida. Torna-se evidente, portanto, que reconhecer um ambiente saudável é, como mencionado, uma extensão do direito à vida, “seja sob a perspectiva da própria existência física e saúde dos seres humanos, ou em relação à dignidade dessa existência, a qualidade de vida, que torna a vida valiosa” (Milaré, 2005, p. 158-159).

Uma vez comprovado que o ambiente natural é um direito essencial do ser humano, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, não se pode afirmar que sem o devido respeito o desenvolvimento pleno e satisfatório do ser humano seja possível. A preservação do ambiente natural é vista como um avanço nos direitos humanos e cada vez mais a jurisprudência tem reconhecido que a proteção ao meio ambiente não pode ser realizada sem o respeito aos direitos e garantias fundamentais (Oliveira, 2010).

A qualidade de vida saudável depende da manutenção do equilíbrio ecológico no ambiente em que se vive. Viver em um lugar livre de poluição é fundamental para garantir uma vida digna e saudável. É somente dessa forma que as pessoas podem desenvolver suas vidas de maneira completa e digna, tendo sua dignidade respeitada. Por isso, negar a alguém o direito de viver em um ambiente saudável é negar também o acesso a um conjunto de serviços básicos essenciais para viver com dignidade (Costa, 2010 *apud* Bergamin, 2016)).

Nesta esteira de exposição, o meio ambiente é considerado uma das exigências fundamentais para a sociedade humana, sendo indispensável para a preservação da dignidade e bem-estar social. Sem garantir condições básicas de sobrevivência, que abrangem também um nível mínimo de preservação ambiental, não é possível alcançar verdadeira liberdade e uma qualidade de vida digna (Milare, 2011 *apud* Paixão, 2020).

Dessa forma, da mesma maneira que certas condições materiais são cruciais para garantir níveis adequados de desenvolvimento e bem-estar social, como saúde, educação, segurança, etc., também no campo ecológico existem requisitos mínimos em termos de qualidade e segurança ambiental. Sem tais condições, o desenvolvimento da vida humana, incluindo a integridade física do indivíduo, não é plenamente alcançado, o que resulta em uma vida sem dignidade. Portanto, assegurar um ambiente saudável para todos, através de ações como saneamento básico, reflorestamento, punição de responsáveis por desastres ambientais, preservação do meio ambiente, etc., é garantir parte do mínimo essencial para uma vida digna e eficaz (Azevedo, 2014).

Conforme a Constituição Federal de 1988, a importância da dignidade humana é destacada como um princípio essencial estabelecido pela legislação suprema. Esse ponto abrange os direitos e condições básicas para uma existência digna, como acesso à educação, saúde e justiça. É responsabilidade do Estado assegurar a todos os cidadãos o mínimo necessário para que possam buscar seus objetivos pessoais. Ademais, a preservação do meio ambiente em equilíbrio é parte integrante da dignidade da pessoa humana, sendo crucial para garantir uma vida digna (Beltramelli Neto, 2018).

Dessa forma, compreende-se que o meio ambiente é um direito essencial assegurado na Constituição Federal. Nesse sentido, é relevante ressaltar que o direito ao meio ambiente abrange não apenas os aspectos naturais e biológicos, mas também a cultura, o espaço construído e a atividade laboral. Assim, é evidente a importância de preservar e utilizar o meio ambiente de modo saudável, uma vez que é um recurso compartilhado que requer ações tanto do Estado quanto da sociedade para garantir sua preservação (Antunes, 2004).

As violações ambientais ultrapassam limites territoriais, gerando impactos significativos em escala global. A deterioração da qualidade de vida afeta a população mundial de maneira generalizada (Gaspar, 2005). É evidente que a degradação do ar e o desmatamento impactam a sociedade, causando consideráveis alterações no clima global, entre outros danos. Por isso, é crucial conservar o meio ambiente para garantir o bem-estar, a segurança e a dignidade dos indivíduos (Costa, 2010 *apud* Bergamin, 2016)).

A valorização do ser humano e a preservação do meio ambiente são elementos fundamentais para assegurar um padrão mínimo de vida digna. Definidos legalmente, esses valores são imprescindíveis transpassados pela Constituição Federal, o que significa que não podem ser alterados. Podem ser aprimorados, mas jamais eliminados, portanto, todas as ações que ameacem esses valores devem ser impedidas imediatamente (Fiorillo, 2004).

3 O MINISTÉRIO PÚBLICO ENQUANTO CURADOR DO MEIO AMBIENTE

O Ministério Público, conforme a Constituição, é responsável por zelar pelo meio ambiente. Nessa função, atua nos campos administrativo, civil e penal. Dessa forma, fiscaliza as atividades administrativas dos órgãos ligados à administração pública que atuam em favor do meio ambiente; auxilia no acesso à justiça, representando a sociedade no Inquérito Civil e na Ação Civil Pública; e também atua de forma repressiva e punitiva, por meio da Ação Penal Pública em defesa do meio

ambiente. Com uma estrutura independente de Promotores de Justiça especializados, o Ministério Público tem plenas condições de garantir a proteção ambiental (Ramos, 2016).

Com a nova abordagem estabelecida pela redação do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o meio ambiente conquistou independência, ou seja, não precisa depender de danos causados aos seres humanos para ser protegido das punições aplicadas em relação ao ato cometido. Representa um bem de uso coletivo o segundo alicerce que sustenta o tema em questão. O princípio a ser explorado está relacionado ao meio ambiente como elemento essencial para a qualidade de vida saudável, expressando-se na salubridade, principalmente, ao considerar o impacto sobre a humanidade em termos de bem-estar e condições mínimas de vida. Da mesma forma, o alicerce em análise se materializa também na saúde, ao respeitar os princípios de equilíbrio ecológico, protegendo a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies) (Rangel, 2012).

Com reflexos claros, a Assembleia Nacional Constituinte de 1988 promoveu mudanças significativas na natureza jurídica do Ministério Público, conferindo-lhe uma nova estrutura institucional. Ao contrário das constituições anteriores, que pouco abordavam o tema, deixando essa responsabilidade para a legislação secundária, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um capítulo específico, delineando claramente um modelo constitucional para o órgão. Em resumo, o Constituinte original optou por posicionar o Ministério Público, apesar de incluí-lo na estrutura estatal, fora de qualquer um dos poderes, com uma forte ligação com a sociedade. Como resultado, o Ministério Público brasileiro ganhou uma identidade institucional e um status político inovador em escala global (Ramos, 2016).

Nesse contexto, o Órgão Ministerial se tornou o guardião da ordem democrática, o defensor da lei e do interesse público, em um país caracterizado por profundas disparidades sociais, em que a visão da pobreza aflige a consciência humana, e por uma fraca tradição de respeito à coisa pública, especialmente por parte dos poderosos infratores detentores do poder (Ramos, 2016). Diante disso, o Ministério Público se transformou em um elemento impulsionador da atividade judicial, tornando-se um instrumento fundamental para garantir o acesso à justiça conforme o princípio constitucional, protegendo os bens e valores de interesse da sociedade como um todo.

Ao determinar que o Ministério Público é uma instituição indispensável para a função jurisdicional do Estado, a Constituição de 1988 reconheceu sua importância para a manutenção da democracia. Essa necessidade deve ser evidenciada na maneira como o órgão cumpre seu papel constitucional, sempre buscando atender de forma segura e adequada aqueles que recorrem ao Poder Judiciário em busca

da proteção de seus direitos e garantias fundamentais. O Estado Democrático tem como base a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores éticos e sociais, valorizando o trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo jurídico. Além disso, o Ministério Público, como instituição no Estado atual, está de acordo com o perfil constitucional, sendo única no mundo. As funções do Ministério Público, mesmo que em grande parte de natureza administrativa, não se encaixam em nenhuma das funções tradicionais do Estado, sendo, portanto, de uma natureza única (Machado, 2013).

É importante destacar que o princípio do conceito material da Constituição, conforme o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, reconhece que existem direitos essenciais que pertencem ao núcleo principal da Constituição, mesmo que não estejam explicitamente listados. É necessário ressaltar que o rol enumerado no artigo 5º não possui natureza taxativa (*numerus clausus*), diferente da Constituição portuguesa, que apenas menciona a possibilidade de outros Direitos Fundamentais presentes em leis e regras internacionais (Brasil, 1988).

A proteção dos interesses da sociedade é mais uma das responsabilidades do Ministério Público previstas na Constituição. Dentro dos interesses da sociedade em sentido amplo, devemos considerar os direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos, que envolvem não um número indefinido de pessoas, mas sim uma parte específica da comunidade. Enquanto os direitos sociais e coletivos estão relacionados ao primeiro grupo, os direitos difusos ou metaindividuais estão ligados ao segundo. Dessa forma, a preservação do meio ambiente, do patrimônio público, histórico, cultural, artístico, arquitetônico e paisagístico, evitando danos coletivos ou metaindividuais, pode ser realizada através da abertura de investigações civis e posterior ação penal pública, que é uma das principais atribuições do Ministério Público (Barazal, 2013).

É importante destacar que o Poder Público deve respeitar os direitos e garantias fundamentais, ou seja, todos os órgãos públicos devem seguir as regras de proteção estabelecidas. Além disso, os direitos e garantias fundamentais também impõem limites ao trabalho do legislador. De forma positiva, o legislador deve criar leis de acordo com os princípios dos Direitos Fundamentais e garantir a realização desses direitos. Já de forma negativa, o legislador não pode criar leis que violem as normas dos Direitos Fundamentais, bem como não pode agir para abolir ou enfraquecer essas normas (Rangel, 2012).

Ao lado disso, deve-se pontuar que o perfil do Ministério Público tem se destacado como o principal defensor dos direitos fundamentais, conforme previsto na Constituição Federal de 1988. Assim, a

atuação é forte tanto no campo judicial quanto no extrajudicial, estendendo-se cada vez mais na defesa de interesses em massa, superando outros atores com a mesma finalidade. Portanto, é essencial interpretar as ações do Ministério Público, à luz do neoconstitucionalismo, para garantir a proteção não apenas da Instituição, mas também dos valores que ela representa (Rodrigues, 2012).

Nesse sentido, a Carta Magna garantiu ao Ministério Público (MP) as bases necessárias para melhor exercer suas funções sociais, incluindo seus princípios, garantias e prerrogativas constitucionais. Com isso, os integrantes do MP poderão cumprir suas atribuições de forma independente dos demais poderes e comprometidos com uma Constituição baseada em princípios éticos. Os princípios que orientam o Órgão do Ministério Público também estão presentes no artigo 127 da Constituição, sendo eles a Unidade, a Indivisibilidade e a Independência Funcional (Ramos, 2016).

Ademais, as atribuições conferidas ao Ministério Público pela Constituição, seus valores, suas prerrogativas, seus direitos e obrigações, acabam destacando a Instituição como um "verdadeiro poder independente" em nível nacional, resultando no desaparecimento das atribuições consideradas atípicas, substituídas pelas decorrentes de sua missão constitucional de "proteção da ordem jurídica, do sistema democrático e dos interesses sociais e individuais essenciais" (Carneiro, 1989, p. 59 *apud* Vasconcellos, 2008). Dessa forma, a Constituição determinou que o *Parquet* seja o guardião da ordem jurídica, do sistema democrático e dos direitos fundamentais. A Instituição recebeu o *status* de cláusula imutável, justamente por ser ela a guardiã dos direitos e garantias fundamentais da Lei Maior, com a responsabilidade direta de garantir a perpetuação da vontade do Poder Constituinte Original e concretizar os valores essenciais estabelecidos, ressalta Rodrigues (2012).

Seguindo adiante, o Ministério Público, em conformidade com sua função constitucional, visa ser proativo em vez de reativo, como afirmado por Rômulo Andrade Moreira (2016, n.p.) "não se deve simplificar e limitar as responsabilidades do Ministério Público apenas ao Processo Penal e ao seu papel de acusador público". O autor ressalta que o *Parquet* é muito ativo, um guardião diligente dos direitos humanos, agindo com firmeza na luta contra os crimes cometidos por grupos de extermínio, violações contra líderes sindicais ou ambientais, defensor incansável de crianças e adolescentes, mulheres, idosos, pessoas com deficiência e muitos outros considerados vulneráveis.

A Carta Magna de 1988 ampliou de forma substancial o rol dos direitos e garantias individuais essenciais, na edificação de um Estado de Direito Democrático que se consolida por meio dos princípios e finalidades perseguidos pela sociedade. Nesse mesmo viés, Ana Paula de Barcellos (2002 *apud* Gomes, 2013) argumenta que o conceito jurídico da dignidade da pessoa humana está

relacionado aos denominados direitos fundamentais, ou seja, será assegurada a sua dignidade àquele indivíduo cujos direitos fundamentais sejam respeitados e efetivados, mesmo que a dignidade não se limite a eles. Quanto à extensão dessa dignidade, sustenta-se que deve ser aplicada e assegurada ao indivíduo em si mesmo, ou seja, pelo mero fato de ser um ser humano e possuir uma dignidade intrínseca à sua condição, independentemente do seu estado físico para expressar sua vontade, pois tem o direito de ser tratado com dignidade.

A ampliação do campo de atuação do Ministério Público, tanto na esfera judicial quanto na extrajudicial, é decorrente da função atribuída ao Parquet no neoconstitucionalismo, que priorizou o Direito Constitucional baseado no princípio da dignidade humana, destacando o fim dos regimes totalitários que persistiam em muitos Estados no período pós-Segunda Guerra, os quais eram responsáveis por violações dos direitos básicos. O novo constitucionalismo defendia e promovia Constituições democráticas, com ênfase nos direitos humanos. Para isso, era necessário estabelecer mecanismos que fossem suficientemente fortes e independentes para efetivar os valores constitucionais emergentes e proteger os direitos fundamentais de maneira individual e coletiva. De acordo com Rodrigues (2012), o Ministério Público é apontado como um desses mecanismos, uma ferramenta essencial na consolidação e preservação do Estado Democrático de Direito.

O direito a um ambiente equilibrado ecologicamente tem como objetivo proteger a vida, sendo considerado um direito de terceira geração com grande solidariedade e humanismo. De acordo com Bonavides (2009 *apud* Costa, 2010), esses direitos englobam o direito ao progresso, o direito à paz, ao ambiente, a propriedade do patrimônio compartilhado pela humanidade e o direito de comunicação. Todos eles possuem um elevado nível de humanismo e universalidade. Dessa forma, a proteção ambiental, como um direito fundamental, visa garantir a vida, a qualidade de vida saudável e a saúde, direitos essenciais ligados ao princípio da dignidade humana.

Assim, o aumento da conscientização ambiental, o engajamento de grupos ambientalistas, a criação de entidades associativas, a implementação de políticas governamentais e a atuação de plataformas governamentais têm evidenciado a urgência de preservar os recursos naturais e a harmonia ecológica, essenciais para garantir a qualidade de vida das atuais e das próximas gerações (Bonavides, 2009 *apud* Costa, 2010).

O Ministério Público, juntamente com outros órgãos previstos no artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública, será responsável por assumir o papel principal em situações de desistência injustificada ou abandono

do processo por associação credenciada. Por isso, a atuação do Ministério Público é fundamental para a proteção do meio ambiente, seja como parte interessada ou como fiscal da lei (Moreira, 2016).

Nesse sentido, a atuação do Ministério Público em defesa do meio ambiente e de outros direitos emergentes é uma exigência da própria Constituição. No que se refere à proteção ambiental, a Carta Magna de 1988 veio fortalecer o que já estava previsto na Lei nº 6.938/81, que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, incluindo a responsabilidade do poluidor, mesmo sem a necessidade de comprovação de culpa, e a atribuição ao Órgão do Ministério Público de mover ações civis e criminais para reparar ou prevenir danos ao meio ambiente. Diante das profundas mudanças sociais, econômicas, ambientais e políticas ocorridas nas últimas décadas no Brasil, surgiu a necessidade de um processo civil em larga escala para lidar com os novos desafios do desenvolvimento, progresso, crescimento populacional, expansão urbana e produção e consumo em larga escala (Ramos, 2016).

Conforme a análise de Silva (2011, p.31), as instituições judiciárias e os mecanismos jurídicos são baseados em uma visão liberal-individualista do direito, o que torna difícil atender às necessidades de Justiça e lidar com os novos tipos de conflitos que surgem nos tribunais. Segundo o argumento de Pinzetta (2003, p. 6), se a Constituição Federal estabelece que é responsabilidade do Poder Público e de todos os cidadãos proteger e preservar o meio ambiente, isso requer ainda mais empenho por parte do Ministério Público, que tem como função institucional promover o inquérito civil e a ação civil pública em prol da preservação ambiental.

Na defesa dos direitos acima mencionados, o Ministério Público é autorizado a propor ação civil pública, conforme previsto nos artigos 127 e 129, inciso III, da Constituição Federal, em defesa de interesses coletivos. Esse campo de atuação foi expandido, uma vez que já estava presente, no âmbito Civil, de acordo com a Lei da Ação Civil Pública (LACP) - Lei nº 7.347/85. De acordo com Silva, ao "estabelecer o inquérito civil e a ação civil pública, concedendo a titularidade de ambos ao Ministério Público, a LACP representou um marco para uma nova forma de atuação institucional" (Silva, 2011, p. 160), tornando o órgão um agente de mudança na realidade social.

Dessa maneira, há que se salientar que, com poderes adequados, os membros do Órgão do Ministério Público puderam usar várias ferramentas para evitar violações dos direitos fundamentais, investigar e realizar acordos de ajustamento de conduta. Portanto, nesse contexto, a ação civil pública, de acordo com Milaré (2013 *apud* Moraes, 2016), se encaixa no cenário de ampla democratização do processo e em um contexto que é conhecido, modernamente, como "teoria da implementação", apresentando características específicas e inovadoras no direito brasileiro.

Segundo Milaré (2013 *apud* Moraes, 2016), a ação civil pública não é considerada pública porque o Ministério Público é o único responsável por promovê-la, mas sim devido ao seu alcance amplo de interesses e valores de grande importância social, possibilitando resolver conflitos que afetam grupos de pessoas de forma coletiva e que, de outra forma, não seriam solucionados. A Lei nº 7.345/85 introduziu duas mudanças significativas: a separação da Ação Civil Pública como instrumento processual exclusivo do Ministério Público e a concepção da ação como coletiva.

Neste caso, a referida lei protege interesses ou direitos que, segundo Milaré (2013, *apud* Moraes, 2016), são vistos como coletivos de forma material, abrangendo os difusos e os coletivos em sentido estrito, além de outros direitos que são considerados formalmente coletivos ou (acidentalmente coletivos), os chamados individuais homogêneos. Seguindo essa linha de raciocínio, o professor Paulo Affonso Leme Machado (2013, p. 162) destaca que o meio ambiente passou a ter um suporte substancial no âmbito constitucional do Ministério Público, reforçando a legislação anterior à Constituição.

De fato, a proteção dos embates relacionados a interesses coletivos e individuais homogêneos, por meio da ação civil pública, representou um avanço essencial na garantia desses direitos e uma forma significativa da sociedade se envolver nas diversas questões legais do processo em grupo. É importante salientar que anteriormente havia uma grande dificuldade em resolver conflitos coletivos devido à preferência do Código de Processo Civil pelo sistema individualista liberal. O acordo de ajustamento de conduta ambiental é uma medida jurídica relevante, na qual o indivíduo ou empresa se compromete a reparar o dano causado a um bem comum ou coletivo. Dessa forma, o acordo de ajustamento, conforme explicado por Freitas (2005, p. 88), busca restaurar o meio ambiente prejudicado por meio de obrigações técnicas e condições que devem ser cumpridas pelo responsável pelo dano.

Nesse contexto de exposição, consolidou-se na sociedade a percepção do promotor de Justiça responsável pelo meio ambiente como um mediador confiável e ativo na proteção do meio ambiente, eliminando a antiga noção de impunidade para os danos à natureza. Dessa forma, presencia-se a restauração da autoridade do direito ambiental em sua essência imperativa (Rangel, 2012).

4 A PROMOÇÃO DA JUSTIÇA AMBIENTAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO A PARTIR DE UM RECORTE EMPÍRICO: O CASO DA LAGOA MÃE-BÁ, DISTRITO DE UBU, MUNICÍPIO DE ANCHIETA-ES

A justiça ambiental trata de princípios que garantem que nenhum segmento da população, seja ele formado por grupos étnicos, raciais ou de diferentes classes sociais, seja sobrecarregado desproporcionalmente pelos impactos negativos no ambiente compartilhado (Acselrad; Herculano; Pádua, 2004). A disparidade na distribuição dos riscos ambientais entre os estratos sociais é uma resultante do sistema econômico capitalista, no qual os ganhos provenientes da produção de bens e serviços se concentram nas classes mais privilegiadas, ao passo que os riscos ambientais são direcionados às classes menos favorecidas. Além disso, pode-se definir como injustiça ambiental o processo no qual grupos sociais menos favorecidos, como trabalhadores, famílias de baixa renda, comunidades discriminadas racialmente, grupos marginalizados e vulneráveis, acabam sofrendo os maiores impactos dos danos ambientais causados pelo desenvolvimento (Low; Gleeson, 2000 *apud* Bezerra, 2014).

É desigual que os impactos ambientais mais prejudiciais sejam suportados unicamente por um grupo específico da sociedade, ou seja, os indivíduos mais desfavorecidos socialmente, como os pobres, indígenas e quilombolas, no contexto brasileiro. A luta por equidade ambiental é um fenômeno relativamente recente nas sociedades de hoje, tendo início nos anos 60 e relacionado aos movimentos de direitos civis dos afrodescendentes nos Estados Unidos. Seu objetivo é denunciar e reverter o tratamento discriminatório dado a grupos étnicos vulneráveis. Conforme afirmou Rogério Rammê:

Atualmente, o movimento por equidade ambiental engloba todos os conflitos socioambientais em que os riscos são desproporcionalmente suportados por populações socialmente vulneráveis ou até mesmo por países classificados como 'Terceiro Mundo' (Rammê, 2012, p 23).

É possível observar que a injustiça ambiental se manifesta em determinados países, como o Brasil, quando os efeitos dos desastres naturais afetam de maneira desigual as comunidades mais vulneráveis socialmente, como os pobres, povos nativos e a população negra. Inundações, deslizamentos de terra, rompimentos de barragens, ocupação de terras, falta de acesso à água potável e saneamento básico ou coleta de lixo precária são exemplos que demonstram a discriminação racial e a desigualdade ambiental que esses grupos enfrentam no dia a dia no nosso país, caracterizando a injustiça no tratamento injusto e preconceituoso que eles recebem, principalmente por parte das autoridades públicas. Além disso, há, também, uma outra forma de desigualdade ambiental que pode ser identificada, especialmente nas relações entre países, ou entre indivíduos de nacionalidades distintas,

uma vez que os países mais desenvolvidos são os maiores poluidores, porém os impactos ambientais são mais sentidos nos países mais pobres (Moreira, 2016).

Neste contexto, ao se pensar na caracterização de movimentos de (in)justiça ambiental, a incidência a o agravamento da poluição e, ainda, o reforço na vulnerabilidade de determinados grupos, salta aos olhos a necessidade, não raramente, da judicialização da temática, de modo a assegurar tutelas preventivas e repressivas acerca do comprometimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Neste quadrante, atores institucionais desempenham papel de maciça relevância, enquanto atuantes em prol da proteção do meio ambiente e dos grupos diretamente afetados.

Em complemento, ao se pensar em tais agentes institucionais, deve-se reafirmar o papel desempenhado pelo Ministério Público, que tem a responsabilidade constitucional de zelar pelo meio ambiente. Para desempenhar esse papel de guardião da natureza, ele atua em diferentes áreas do direito: administrativo, civil e penal. Assim, o Ministério Público supervisiona as atividades administrativas dos órgãos ligados à administração pública que atuam em prol do meio ambiente; além disso, facilita o acesso à justiça, atuando em nome da sociedade no Inquérito Civil e na Ação Civil Pública; e também atua de forma repressiva e punitiva, por meio da Ação Penal Pública na proteção ambiental. O Ministério Público está habilitado para proteger o meio ambiente, pois conta com uma estrutura funcional independente e Promotores de Justiça qualificados para lidar com questões relacionadas à defesa ambiental (Rangel, 2012).

A importância de preservar a natureza surgiu devido ao desequilíbrio ambiental causado pela constante intervenção do homem para obter mais conforto tecnológico. Sem uma estrutura natural capaz de suportar o progresso industrial humano, a evolução da sociedade acaba prejudicando o meio ambiente. Essas ações, embora causem danos, também despertam a consciência coletiva, que ressalta a importância da preservação ambiental. Com isso, a sociedade percebe a necessidade de proteger o meio ambiente para garantir o desenvolvimento das próximas gerações (Silva, 2011).

Tem-se, neste quadrante, como argumentos de discussão, o caso da Lagoa Mãe-Bá, no Município de Anchieta/ES, em que o embate entre as recentes indústrias em ascensão e a economia tradicional do povo tem ocasionado grandes conflitos na cidade, principalmente devido aos sérios danos provocados pelas atividades já existentes ao meio ambiente local, agravando a degradação de regiões essenciais para a sobrevivência da pesca e da agricultura (Souza, 2008).

Desde meados da década de 1970, com a inauguração da primeira fábrica de pelletização da empresa Samarco Mineração na cidade, a indústria tornou-se uma importante fonte de receita para o município

(Pereira, 2003 *apud* Pereira; Mendonça; Andrade Filho, 2006). A lagoa Mãe-Bá é um exemplo evidente desse fenômeno, pois costumava ser uma fonte significativa de água para a cidade, mas agora está praticamente inutilizável devido à contaminação causada pelo descarte de resíduos do processo industrial realizado pela Samarco. Levantamentos realizados pela Petrobras mostram que os peixes estão se afastando e a pesca está se tornando cada vez mais difícil, e a construção de terminais portuários em locais importantes para a pesca promete impactar ainda mais essa atividade (Souza, 2008).

Dentre as propostas de investimento para o município, incluem-se a implantação de uma fábrica de aço; a extensão da linha férrea que conecta Vitória a Cachoeiro de Itapemirim; a construção de um novo porto marítimo; o aumento das operações da Samarco Mineração; a instalação de uma planta de processamento de gás pela Petrobrás e a edificação de novas unidades fabris pela Vale do Rio Doce (Souza, 2008).

Atualmente, a principal origem de água para o uso dos habitantes da cidade já está quase esgotada. Dessa forma, existe o perigo de que a futura usina siderúrgica acarrete tanto na diminuição de terras cultiváveis quanto na urgência de limitar o consumo de água pela população local. Por essa razão, vários coletivos de Anchieta e arredores estão se unindo para se opor a esses projetos, incluindo o Ministério Público Estadual (MPE/ES), que tem se destacado como um aliado importante das comunidades afetadas (ou em risco de serem afetadas) (Costa, 2010 *apud* Bergamin, 2016)).

Afora isso, a Samarco afirma que trabalha com a gestão responsável dos recursos hídricos, resíduos, emissões atmosféricas, recuperação de áreas degradadas, conservação da biodiversidade e educação ambiental, tendo como fundamento a Política Integrada de Gestão. Contudo, deve-se reconhecer que a empresa vem enfrentando várias denúncias nos últimos anos devido aos impactos socioambientais negativos causados por suas atividades e sua relação com as comunidades locais, mesmo tendo certificação ISO 14001 para o seu sistema de gestão ambiental (Souza, 2008).

O Mapa da Desigualdade Ambiental e Saúde no Brasil, desenvolvido pela Fundação Oswaldo Cruz, conta com outras seções que examinam os efeitos da exploração de minério de ferro sobre as populações próximas às minas e ao longo dos minerodutos. Neste sentido, iremos nos concentrar em analisar como a resistência a esses impactos tem sido desenvolvida nas proximidades da unidade de processamento e transporte da empresa em Anchieta, e como essas ações se relacionam com projetos semelhantes planejados para integrar o chamado Polo Siderúrgico do município. Isso não quer dizer, necessariamente, que não existam danos para as comunidades durante a fase de extração ou ao longo

das áreas percorridas pelos minerodutos, nem que as comunidades afetadas não estejam se mobilizando para enfrentar esses problemas (Alves, 2023).

A construção das duas primeiras fábricas de pelotização, uma na década de 1970 e outra na década de 1990, juntamente com o porto em Ubu, aconteceu em um cenário político e social muito mais propício para a companhia. As questões relacionadas às políticas ambientais e aos efeitos da indústria foram deixadas de lado diante de assuntos considerados prioritários, como a busca pela democracia, a recuperação econômica, a luta contra a inflação descontrolada. Um movimento ambientalista restrito a algumas comunidades se tornou uma voz discordante em um cenário onde o desenvolvimento era priorizado mesmo que causando impactos negativos na sociedade e no meio ambiente (Pereira, 2003 *apud* Pereira; Mendonça; Andrade Filho, 2006).

O Fórum Permanente de Defesa de Meaípe é um exemplo de grupo que se destaca na batalha contra a expansão da Samarco em Anchieta e na redução dos impactos sociais e ambientais causados pela empresa no sul do Espírito Santo. Apesar de Meaípe estar localizado em Guarapari, os moradores dali também sofrem com os efeitos negativos do processo de produção de pelotas e do aumento do tráfego marítimo. Em 07 de março de 2005, a organização apresentou uma denúncia ao Ministério Público Estadual (MPE/ES), pedindo para que medidas fossem tomadas contra a construção da terceira usina de pelotização da Samarco (Souza, 2008).

Dentre as falhas identificadas pelo Grupo estavam: (1) a contaminação da Lagoa Mãe-Bá por substâncias tóxicas, como mercúrio em alta quantidade; (2) a utilização do braço setentrional da lagoa como parte da estrutura para o descarte de resíduos da companhia, impedindo que fosse utilizada para outros fins, como o fornecimento de água para a população, ou para a preservação da vida aquática; (3) efeitos indiretos sobre o distrito de Maimbá, conforme a organização, as ações da Samarco contribuíram para o crescimento desordenado da região com impactos nos índices de violência, criminalidade, aumento do tráfico de drogas e poluição; (4) liberação desenfreada de material em partículas, de acordo com o Grupo, isso estaria acima dos limites estabelecidos pelo CONAMA (Costa, 2010 *apud* Bergamin, 2016)).

A empresa Samarco, assim como diversas outras empresas de grande porte, já adotou diversas das solicitações das organizações sociais e o compromisso com a responsabilidade socioambiental, buscando construir uma reputação positiva como agente de mudança na sociedade. Dessa forma, além de gerar empregos, renda e promover o crescimento econômico, a empresa busca fazê-lo de maneira que respeite o meio ambiente e a comunidade local, contribuindo para a preservação da

qualidade ambiental e o avanço social das comunidades. A companhia apresentou planos para validar a sua iniciativa perante a população, fornecendo cursos gratuitos voltados para os líderes locais, em colaboração com o Ministério Público Estadual (MPES) (Costa, 2010 *apud* Bergamin, 2016)).

O governo do estado do Espírito Santo e a prefeitura do município de Anchieta estão direcionando seus esforços para promover o crescimento econômico e social, sem considerar devidamente questões de equilíbrio e justiça socioambiental. Nesse sentido, a prioridade é a instalação de novas plantas logísticas e industriais, sem levar em conta os impactos socioambientais e externos que possam surgir. Como resultado, há críticas frequentes por parte de organizações sociais em relação ao processo de licenciamento ambiental desses projetos, e à falta de regulação e controle por parte do Estado no uso do espaço (Costa, 2010 *apud* Bergamin, 2016)).

A própria Carta Magna de 1988, estabeleceu em seu texto e parágrafos a importância da preservação do ecossistema ao considerá-lo como bem de uso coletivo e essencial para uma vida saudável, cabendo ao Estado e à sociedade a responsabilidade de proteger e conservar o meio ambiente. Além disso, os parágrafos 2º e 3º do mesmo artigo da Constituição impõem a obrigação de reparar danos ambientais, bem como a imposição de punições penais e administrativas àqueles que prejudicarem de alguma forma o meio ambiente (Rangel, 2012).

Portanto, para garantir a proteção do meio ambiente, é fundamental que o Ministério Público atue de forma proativa na prevenção de danos futuros. Essa abordagem preventiva deve ser priorizada nos processos de autorização ambiental, mesmo que envolvam grandes projetos de infraestrutura, nos quais o governo seja responsável pela execução das obras e projetos (Moreira, 2016).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo analisar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à luz do papel fundamental do Ministério Público, com a seriedade e comprometimento que o assunto merece, tendo como escopo o problema causado pela poluição na Lagoa-Mãe-Bá, no Município de Anchieta/ ES. Ressalte-se que a preocupação com o meio ambiente se torna cada vez mais necessária para enfrentar as consequências dos excessos humanos, sendo fundamental colocar em prática os melhores planos para reparar os danos potenciais e preservar o meio ambiente que permanece intacto.

Verificou-se que os direitos fundamentais são essenciais para proteger a dignidade humana, limitar o poder do Estado e garantir uma convivência digna, livre e igualitária. Eles são conquistas históricas que

surgiram de movimentos em prol da liberdade, igualdade e dignidade das pessoas. Enquanto os direitos humanos são universais e atemporais, os direitos fundamentais estão oficializados em ordens jurídicas específicas. No Brasil, é fundamental que a Constituição de 1988 seja eficaz na garantia desses direitos.

Além disso, o direito ao meio ambiente equilibrado é um direito de terceira geração, fundamental para uma vida digna. A legislação brasileira reconhece esse direito como parte essencial da qualidade de vida e da dignidade humana. O mínimo existencial está ligado aos direitos fundamentais e busca garantir condições básicas para a participação plena na sociedade, combatendo a desigualdade. Assim, a preservação do meio ambiente em equilíbrio é vital para assegurar a dignidade humana e uma qualidade de vida saudável para todos.

A legislação ambiental prevê a proteção do meio ambiente e a responsabilidade do poluidor, mesmo sem comprovação de culpa. O Ministério Público atua na promoção de ações civis e criminais para reparar ou prevenir danos ambientais, lidando com os desafios do desenvolvimento e da preservação dos recursos naturais. A ação civil pública, como instrumento exclusivo do Ministério Público, visa proteger interesses coletivos e valores sociais de grande importância, possibilitando a resolução de conflitos coletivos e a defesa dos direitos fundamentais.

O Ministério Público atua de forma ativa na defesa dos direitos humanos, combatendo crimes e violações contra grupos vulneráveis. A ação civil pública, movida pelo Ministério Público, se apresenta como um instrumento essencial para a proteção do meio ambiente e de outros direitos emergentes, promovendo o acesso à justiça e a resolução de conflitos coletivos. O acordo de ajustamento de conduta ambiental é uma medida importante para reparar danos ao meio ambiente causados por indivíduos ou empresas. Com poderes adequados e em conformidade com os princípios constitucionais, o Ministério Público desempenha um papel fundamental na proteção do meio ambiente e na garantia dos direitos fundamentais da sociedade.

A justiça ambiental busca garantir que nenhum grupo seja mais prejudicado pelos impactos ambientais negativos, resultado da desigualdade no sistema capitalista. O movimento por equidade ambiental combate a discriminação enfrentada por grupos étnicos vulneráveis, como pobres, povos nativos e população negra. O Ministério Público atua na proteção ambiental, essencial devido ao desequilíbrio causado pela intervenção humana.

Em Anchieta/ES, a expansão industrial tem causado danos ambientais graves, com organizações locais resistindo e buscando soluções. A empresa Samarco enfrenta denúncias devido aos impactos

negativos, enquanto governo e prefeitura focam no crescimento econômico, ignorando questões socioambientais. É crucial atuar de maneira proativa na prevenção de danos ambientais futuros, promovendo a proteção do meio ambiente e o cumprimento da legislação. A sociedade civil também desempenha papel importante nesse cenário. Sendo assim, denota-se que os direitos fundamentais são vitais para proteger a dignidade humana, limitar o poder do Estado e garantir uma convivência justa e igualitária. Eles são conquistas históricas que surgiram de lutas em prol da liberdade, igualdade e dignidade. Enquanto os direitos humanos são universais e atemporais, os direitos fundamentais estão formalizados em leis específicas, como a Constituição de 1988 no Brasil.

Por fim, o direito ao meio ambiente equilibrado é um direito fundamental para uma vida digna e de qualidade. A legislação brasileira reconhece sua importância como parte essencial da vida e da dignidade. A preservação ambiental é crucial para garantir a dignidade humana e a qualidade de vida saudável para todos. Em suma, o Ministério Público desempenha um papel essencial na proteção ambiental, promovendo ações para reparar ou prevenir danos, combatendo desafios e buscando um equilíbrio entre desenvolvimento e preservação dos recursos naturais. A atuação do Ministério Público é vital para garantir o cumprimento da lei e a proteção dos direitos fundamentais da sociedade, combatendo violações e promovendo a justiça ambiental.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto. Justiça ambiental e cidadania. Rio de Janeiro: Relumé Dumará, Fundação Ford, 2004.

ALVES, Maria Eliane. Direito ao meio ambiente saudável: implicações do uso e acesso aos recursos naturais na perspectiva das políticas para mulheres no Brasil. Revista Direito, Estado e Sociedade, Salvador, n. 62, p. 227-252, jan.-jun. 2023. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1425/705>. Acesso em: 30 ago. 2024.

ANTUNES, Paulo Bessa. Direito ambiental. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Ecocivilização ambiente e direito no limiar da vida. São Paulo: Editora RT, 2014.

BARAZAL, Marcelo. O novo perfil constitucional do Ministério Público e suas investigações. In: Jusbrasil, portal eletrônico de informações, jul. 2013. Disponível em: https://marcelobarazal2.jusbrasil.com.br/artigos/121943451/o-novo-perfil-constitucional-do-ministerio-publico-e-suas-investigacoes?ref=topic_feed. Acesso em: 13 ago. 2024.

BELLI, Jurema Iara Reis. Cidadania, direitos humanos e formação de professores: experiências pedagógicas em sala e reflexões teóricas. Jundiaí: Paco e Littera, 2022.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. Direitos Humanos. Salvador: Editora Juspodvim, 2018.

BERGAMIN, Lorena Lima Neves. Avaliação da estrutura e dinâmica das algas perifíticas em sistema de piscicultura intensiva e sua contribuição para o manejo sustentável. Orientador: Profª. Drª. Valéria de Oliveira Fernandes. 2016. 70f. Monografia (Bacharelado em Ciências Biológicas) – Curso de Ciências Biológicas, Centro de Ciências Humanas e Naturais, Universidade Federal do Espírito Santo-UFES, Vitória, 2016. Disponível em: https://cienciasbiologicas.ufes.br/sites/cienciasbiologicas.ufes.br/files/field/anexo/avaliacao_da_estrutura_e_dinamica_das_algas_perifiticas_em.pdf. Acesso em: 20 ago. 2024

BEZERRA, Ana Keuly Luz. Justiça ambiental: uma forma de revolução passiva da sociedade civil contra a hegemonia do sistema capitalista. Pensamento Plural, Pelotas, v. 8, n. 15, jul-dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/index.php/pensamentoplural/article/view/5080>. Acesso em: 17 ago. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado da República, 1988.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 14 ago. 2024.

COSTA, Pietro. Soberania, Representação, Democracia: ensaios de história do pensamento jurídico. Tradução de Alexander R. de Castro et al. Curitiba: Juruá, 2010.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2004.

FLORES, Joaquin Herrera. Teoria Crítica dos Direitos Humanos. Os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

FONTELES, Samuel Sales. Direitos Fundamentais. Salvador: Editora Juspodvim, 2022.

FREITAS, Gilberto Passos de. Ilícito Penal Ambiental e reparação do dano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FUNDAÇÃO Oswaldo Cruz. Mapa de Conflitos em Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil: Espírito Santo. Disponível em: <https://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/conflito/es-comunidades-tradicionais-de-anchieta-se-mobilizam-contr-empreendimentos-ambientalmente-danosos/>. Acesso em: 30 ago. 2024.

GASPAR, Pedro Portugal. O Estado de emergência ambiental. Coimbra: Almedina, 2005.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito Ambiental. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Mário Soares Caymmi. Apontamentos para uma análise retórica da reserva do possível como limitador da eficácia dos direitos fundamentais. Entre Aspas: Revista da UNICORP, Salvador, v. 3, p. 80-98, mar. 2013. Disponível em: <http://unicorp.tjba.jus.br/unicorp/wp-content/uploads/2019/11/ARTIGO-6-VOL-3-Apontamentos-para-uma-an%C3%A1lise-ret%C3%B3rica-da-reserva-do-poss%C3%ADvel.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2024.

MACHADO, Paulo Affonso de Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 21 ed., rev., atual. E ampl., de acordo com as Leis 12.651, de 25.5.2012 e 12.727, de 17.10.2012 e com o Decreto 7.380, de 17.10.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MILARÉ, Édis. Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo, Atlas, 2014.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MOREIRA, Rômulo Andrade. O Ministério Público e os Direitos Humanos. Jornal Jurid, Bauru, 06 dez. 2016. Disponível em: <http://www.jornaljurid.com.br/doutrina/constitucional/o-ministerio-publico-e-os-direitos-humanos>. Acesso em: 13 ago. 2024.

OLIVEIRA, Christiana D'Arc Damasceno. (O) direito do trabalho contemporâneo: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho. São Paulo, LTr, 2010.

PAIXÃO, R. M. Estudos e Impactos Ambientais. Maringá: UniCesumar, 2020.

PEREIRA, Adriana Alves; MENDONÇA, Antônio Sérgio Ferreira; ANDRADE FILHO, Mário de Castro. Aspectos Qualitativos de Águas de Lagoas Costeiras e seus Fatores Influentes – Estudo de Caso: Lagoa Mãe-Bá, Espírito Santo. Revista Brasileira de Recursos Hídricos, v. 11, n. 1, p. 63-77, jan.-mar. 2006. Disponível em: <https://abrh.s3.sa-east->

1.amazonaws.com/Sumarios/25/78b289a9b7801cf5e3d487166996b4f1_08071a060f3bf921314bf53d2c9ff112.pdf. Acesso em: 20 ago. 2024.

PINZETTA, O. Manual básico do promotor de justiça do meio ambiente: atividade extrajudicial. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, 2003.

RAMOS, Rafael Luis, O Ministério Público na Constituição de 1988.Revista Jus Navegandi, Teresina, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50238/o-ministerio-publico-na-constituicao-de-1988>. Acesso em 13 ago. 2024.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. Princípios do Direito Ambiental: A progressiva construção de um direito difuso. Âmbito Jurídico, Rio Grande, a. 15, n. 99, abr. 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11357. Acesso em: 14 ago. 2024.

RODRIGUES, Raquel Ediane. O Ministério Público como Cláusula Pétrea - análise à luz da proposta de emenda constitucional 75 de 2011. Revista do Ministério Público Distrito Federal e Territórios, Brasília, v. 1, n. 6, p. 39-90, 2012. Disponível em: https://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/comunicacao/site/revista_6.pdf. Acesso em: 13 ago. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RAMMÊ, Rogério Santos. Da justiça ambiental aos direitos e deveres ecológicos: conjecturas político-filosóficas para uma nova ordem jurídica. Caxias do Sul: EDUCS, 2012. Disponível em: https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/JUSTICA_AMBIENTAL_EDUCS_EBOOK.pdf. Acesso em: 20 ago. 2024.

SILVA, José Afonso. Direito Ambiental Constitucional. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais-conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Bruna D'Ângelo de. Estrutura, dinâmica e produtividade primária do fitoplâncton como base para estimativa do estado trófico de uma lagoa costeira no Estado do Espírito Santo (Lagoa Mãe-Bá, Guarapari). Orientador: Profa. Dra. Valéria de Oliveira Fernandes. 2008. 161f. Dissertação (Mestrado em Ecologia e Recursos Naturais) – Programa de Pós-Graduação em Ecologia e Recursos Naturais, Universidade Estadual do Norte Fluminense “Darcy Ribeiro”, Campos dos Goytacazes, 2008. Disponível em:<https://uenf.br/posgraduacao/ecologia-recursosnaturais/wp-content/uploads/sites/7/2013/10/Bruna-D%C3%82ngela-de-Souza.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2024.

VASCONCELLOS, Emanuelli Berrueta de. O Ministério Público na tutela do meio ambiente. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, v. 60, p. 163-187, ago. 2007 - abr. 2008. Disponível em: https://www.amprs.com.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246468935.pdf. Acesso em: 17 ago. 2024.

Capítulo 2



10.37423/240909279

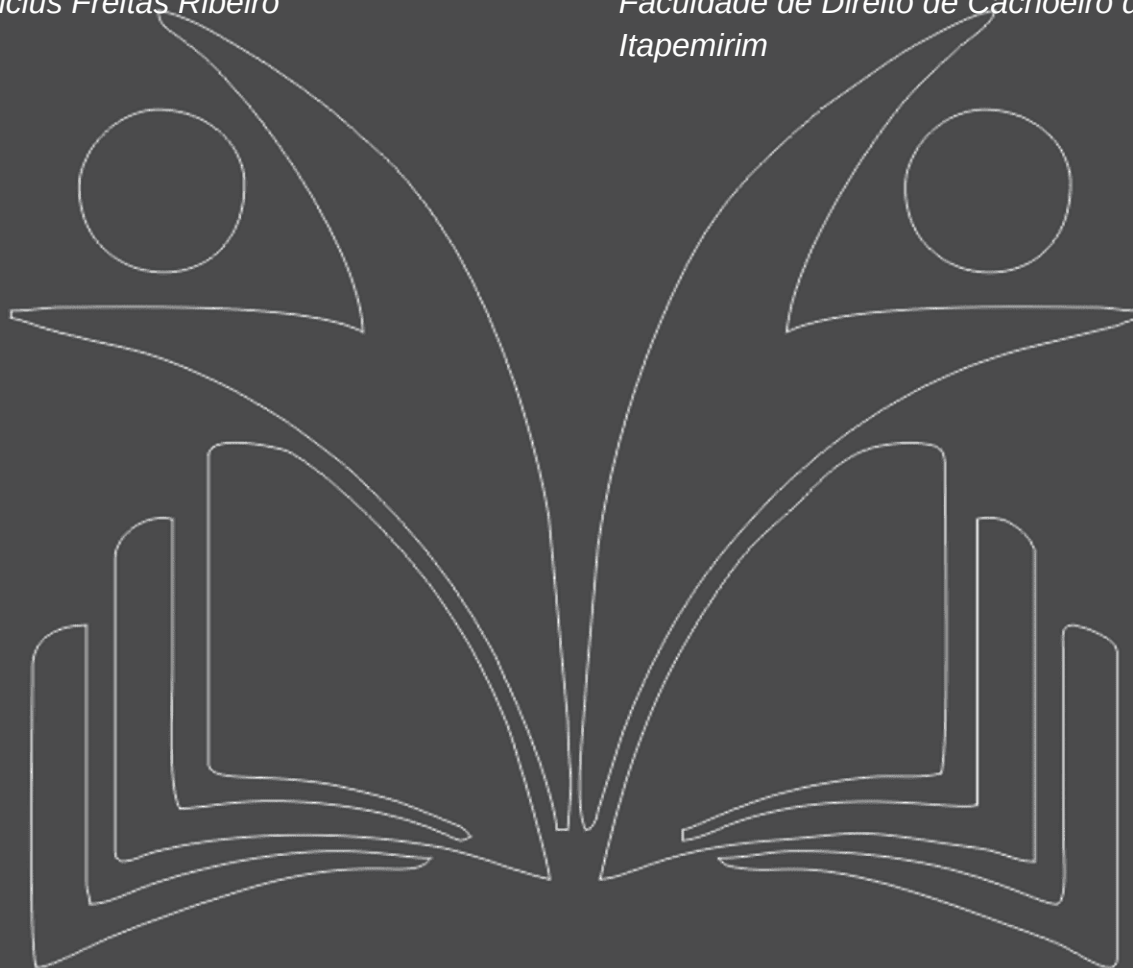
AS FALSAS MEMÓRIAS E A FRAGILIDADE DO RECONHECIMENTO PESSOAL COMO MEIO DE PROVA

Tauã Lima Verdan Rangel

Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim

Marcos Vinicius Freitas Ribeiro

Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim



Resumo: O artigo aborda a problemática das falsas memórias e a fragilidade do reconhecimento pessoal como meio de prova no contexto do processo penal brasileiro, com foco no Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 664.916 - SP. Analisa-se como as falsas memórias, um fenômeno estudado pela psicologia cognitiva, podem comprometer a confiabilidade das identificações feitas por testemunhas, resultando em potenciais erros judiciais. O estudo destaca a importância da adesão aos procedimentos legais estabelecidos e à jurisprudência pertinente, ressaltando os riscos associados ao uso do reconhecimento fotográfico e pessoal sem a devida observância das formalidades exigidas. A pesquisa utiliza uma metodologia bibliográfica, revisando literatura acadêmica e decisões judiciais para explorar as interseções entre o direito, a psicologia e as ciências da memória, oferecendo uma visão crítica sobre os impactos dessas questões no sistema de justiça penal. Conclui-se que a confiabilidade do reconhecimento pessoal como prova é altamente vulnerável, exigindo cautela e rigor na sua aplicação para evitar condenações injustas.

Palavras-Chaves: Falsas memórias; Reconhecimento pessoal; Prova penal; HC 664.916 - SP.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A análise das falsas memórias e sua relação com o reconhecimento pessoal enquanto meio de prova destaca-se como uma temática de relevância inquestionável no âmbito da teoria geral das provas e, especialmente, no contexto do processo penal brasileiro. A compreensão aprofundada dos conceitos primordiais da teoria geral das provas, aliada à investigação dos dispositivos legais e da jurisprudência pertinente, revela nuances complexas e intrigantes que permeiam esse tema.

No que concerne aos conceitos primordiais da teoria geral das provas, torna-se imprescindível abordar a distinção entre prova direta e prova indireta. Enquanto a primeira consiste na demonstração imediata do fato alegado, a segunda baseia-se em indícios e circunstâncias que, conjugados, conduzem à inferência da ocorrência do evento em questão. Nesse contexto, o reconhecimento pessoal, ao se configurar como uma forma de prova direta, adquire relevância singular. No processo penal brasileiro, o reconhecimento pessoal assume uma posição de destaque. Sob a ótica legal, o Código de Processo Penal estabelece os parâmetros e procedimentos para a realização desse ato, atribuindo-lhe especial importância no contexto probatório. Diferencia-se o reconhecimento de pessoas do reconhecimento de coisas, cada qual dotado de suas particularidades e exigências específicas.

Entretanto, é na jurisprudência brasileira que se observa a aplicação prática dos dispositivos legais relacionados ao reconhecimento pessoal. Assim sendo, denota-se que a análise dos precedentes judiciais revela a complexidade inerente a essa modalidade de prova, bem como as controvérsias que a envolvem. Em diversas decisões, os tribunais confrontam-se com a fragilidade do reconhecimento pessoal, especialmente quando este se baseia em elementos subjetivos suscetíveis à manipulação e distorção.

A fragilidade do reconhecimento pessoal é ainda mais evidenciada quando se considera o reconhecimento fotográfico como meio de prova. As falsas memórias, fenômeno amplamente estudado pela psicologia cognitiva, representam uma ameaça significativa à credibilidade do reconhecimento pessoal, podendo distorcer a percepção e a memória dos indivíduos envolvidos. Sob essa perspectiva, o princípio do "*nemo tenetur se detegere*", que visa proteger o acusado de produzir provas contra si mesmo, ganha relevo, exigindo uma abordagem cautelosa na utilização do reconhecimento pessoal como meio de prova. Ademais, a irrepetibilidade do reconhecimento pessoal e a inobservância dos procedimentos estabelecidos para sua realização emergem como questões de suma importância. A decisão proferida no Agrg no *Habeas Corpus* nº. 664.916 - SP pelo Superior

Tribunal de Justiça lança luz sobre a necessidade de observância rigorosa dos protocolos para garantir a integridade e a confiabilidade do reconhecimento pessoal como prova.

A partir disso, estabelece-se como objetivo analisar a possível fragilidade do reconhecimento fotográfico como meio de prova no sistema penal brasileiro, à luz da relação com as falsas memórias e a aderência ao princípio do *nemo tenetur se detegere*. Diante do objetivo eleito, emerge como problemática condutora da pesquisa: Qual é a fragilidade do reconhecimento fotográfico como meio de prova no sistema penal brasileiro, considerando a influência das falsas memórias, a conformidade com o princípio do *nemo tenetur se detegere* e a observância dos procedimentos para sua realização?

A abordagem metodológica adotada é qualitativa, voltada para a análise e interpretação dos conceitos, teorias e jurisprudências relevantes. O estudo tem caráter exploratório, buscando identificar e analisar os principais problemas e desafios associados ao reconhecimento fotográfico no sistema penal. A pesquisa examina questões cruciais, como as falsas memórias, o princípio do *nemo tenetur se detegere*, e a observância dos procedimentos legais pertinentes.

A metodologia utilizada é bibliográfica, fundamentada na revisão de literatura acadêmica e jurisprudencial. A pesquisa foi conduzida através da consulta às bases de dados renomadas, como *Scielo* e Google Acadêmico. Essa abordagem bibliográfica é essencial para a coleta de informações relevantes e para a construção de uma visão crítica sobre a fragilidade do reconhecimento fotográfico. A busca bibliográfica foi guiada por descritores específicos, como "falsas memórias", "reconhecimento pessoal" e "confiabilidade da memória".

2 DO RECONHECIMENTO ENQUANTO MEIO DE PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A questão da utilização do reconhecimento pessoal como meio de prova, no âmbito do Código de Processo Penal brasileiro, suscita debates profundos e complexos, especialmente quando analisada à luz do julgamento do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº. 664.916/SP. O reconhecimento pessoal, em uma primeira exposição, é um procedimento processual destinado à identificação de suspeitos por testemunhas ou vítimas e é regulamentado pelos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal. Apesar de sua aparente simplicidade, esse método enfrenta críticas significativas devido à sua vulnerabilidade à formação de falsas memórias e à consequente fragilidade probatória. (Lemes, 2023)

O reconhecimento pessoal possui um arcabouço normativo que busca garantir sua precisão e confiabilidade. O artigo 226 do Código de Processo Penal estabelece que o reconhecimento deve ser

precedido da descrição da pessoa a ser identificada pelo observador, que, posteriormente, deve escolher o suspeito entre outros indivíduos semelhantes. O mencionado procedimento é desenhado para minimizar a influência de fatores externos que possam comprometer a memória da testemunha. No entanto, a prática revela que essas garantias nem sempre são suficientes para evitar erros judiciais, uma vez que o processo de reconhecimento está profundamente sujeito a interferências psicológicas e contextuais (Lemes, 2023). Cecconello *et al*, sobre o tema, apontam:

Se a vítima identifica o suspeito como perpetrador do ato, esse rosto torna-se atrelado à memória do evento. Assim, a repetição do reconhecimento de um suspeito não resulta em nenhum benefício: uma vez que um suspeito é reconhecido (seja ele inocente ou não), há maior probabilidade que esse mesmo rosto seja identificado em um novo reconhecimento subsequente. Além disto, o procedimento de repetição do reconhecimento de um suspeito pode ter o efeito indesejado de gerar uma maior familiaridade com esse rosto, levando a testemunha a ter, ainda, maior convicção de que está diante do real perpetrador, mesmo que ele não seja. Após múltiplos reconhecimentos, a confiança da testemunha não é resultante da memória original do fato, mas sim da repetição à exposição do rosto do suspeito, o que pode levar um suspeito inocente a ser reconhecido com alto grau de certeza. (Cecconello; Stein, 2018, p. 1063)

A Psicologia Cognitiva e as Ciências da Memória oferecem *insights* importantes sobre os mecanismos que governam a formação de memórias e a sua recuperação. Estudos demonstram que as memórias humanas não funcionam como gravações precisas de eventos passados, mas sim como reconstruções suscetíveis a distorções e contaminações. Fatores como o tempo decorrido entre o evento e o reconhecimento, o estresse emocional da testemunha, e a influência de sugestões externas podem gerar falsas memórias, levando a identificações incorretas. Nesse sentido, o reconhecimento pessoal, ainda que realizado segundo os parâmetros legais, pode resultar em erros que comprometam a justiça do processo penal (Rezende; Queiroz; Souza, 2020).

Outro aspecto relevante é a formação e treinamento adequados dos profissionais envolvidos no processo penal, incluindo policiais, promotores e juízes, sobre os riscos das falsas memórias e as melhores práticas para minimizar esses riscos. A sensibilização para os aspectos psicológicos do reconhecimento pode contribuir para decisões mais informadas e cautelosas, reforçando a proteção dos direitos dos acusados e a busca pela verdade material (Nascimento, 2021).

No contexto da jurisprudência brasileira, o reconhecimento pessoal tem sido objeto de extenso debate e análise, destacando-se tanto em decisões de tribunais superiores quanto em críticas doutrinárias. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) frequentemente aborda questões relacionadas à validade, à confiabilidade e à conformidade do

reconhecimento pessoal com os preceitos legais estabelecidos pelo Código de Processo Penal. Estas decisões não só moldam a aplicação prática do reconhecimento, mas também refletem a evolução do entendimento jurídico sobre suas limitações e a necessidade de cautela em sua utilização como prova (Silva, 2023).

O STJ tem enfatizado a necessidade de que o reconhecimento pessoal observe rigorosamente o procedimento previsto no art. 226 do CPP, sob pena de invalidação da prova. Dois precedentes ilustrativos são: o HC nº. 598.051/SP (2021), quando o STJ considerou inválido o reconhecimento pessoal realizado sem o cumprimento das formalidades legais, como a apresentação de outras pessoas com características semelhantes ao suspeito e reforçou a importância da observância estrita dos requisitos do art. 226 do CPP para garantir a confiabilidade da prova; e o REsp nº. 1.497.607/SP (2015), quando o STJ decidiu que o reconhecimento pessoal feito na delegacia, sem observância das formalidades exigidas, não pode ser considerado prova isolada para condenação. O tribunal ressaltou a necessidade de cautela na utilização dessa prova, especialmente quando não corroborada por outros elementos probatórios.

O STF, por sua vez, tem tratado o reconhecimento pessoal com uma perspectiva crítica, especialmente no que se refere à sua utilização como prova exclusiva para condenação. Precedentes relevantes incluem: o HC nº. 598.051/SP (2021), quando o STF reafirmou que o reconhecimento pessoal deve ser realizado conforme as formalidades do CPP e destacou que a falta de cumprimento dessas formalidades pode comprometer o devido processo legal e resultar em nulidade da prova; e o HC nº. 94.620/RJ (2008), quando o STF considerou que o reconhecimento pessoal realizado de maneira informal, sem a presença de outras pessoas com características semelhantes, não pode servir como base exclusiva para a condenação, bem como apontou que o reconhecimento feito de forma inadequada fere o princípio da ampla defesa e do contraditório.

Esses precedentes refletem uma tendência dos tribunais superiores em exigir maior rigor na aplicação do reconhecimento pessoal como prova no processo penal. A jurisprudência brasileira tem evoluído no sentido de assegurar que essa prática respeite os direitos e garantias fundamentais, prevenindo condenações injustas baseadas em provas frágeis ou obtidas de forma irregular.

O STJ tem enfatizado a necessidade de observância estrita ao artigo 226 do Código de Processo Penal, que estipula as etapas procedimentais a serem seguidas no reconhecimento pessoal. A corte tem reiteradamente anulado condenações baseadas em reconhecimentos realizados de maneira irregular, destacando que a não observância das formalidades processuais compromete a validade da prova.

Um exemplo ilustrativo é o julgamento do *Habeas Corpus* nº. 280.167, oportunidade em que o STJ anulou a condenação de um réu devido ao fato de que o reconhecimento foi feito sem a presença de outras pessoas semelhantes, violando, assim, o protocolo estabelecido (Silva, 2023).

Além das formalidades processuais, a jurisprudência brasileira tem se debruçado sobre o tema das falsas memórias e suas implicações para o reconhecimento pessoal. O julgamento do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº. 664.916/SP, mencionado anteriormente, trouxe à tona discussões sobre a falibilidade da memória humana e a necessidade de salvaguardas adicionais para evitar erros judiciais. O STF, ao analisar casos similares, tem considerado a possibilidade de que a influência de agentes externos e o próprio contexto em que o reconhecimento é realizado podem induzir a testemunha a cometer enganos. A Corte tem, portanto, reforçado a importância de um controle rigoroso sobre os procedimentos de reconhecimento para assegurar a justiça e a equidade nos processos penais (Kalb; Souza, 2021).

Uma análise crítica da jurisprudência revela também uma tensão entre a necessidade de combater a impunidade e a proteção dos direitos individuais. O reconhecimento pessoal é frequentemente utilizado em crimes graves, como homicídios e roubos, onde a identificação do suspeito pela vítima ou testemunha pode ser crucial para o desfecho do processo. No entanto, a urgência em resolver casos graves não pode justificar a negligência com as garantias processuais e os direitos fundamentais dos acusados. A jurisprudência, ao anular condenações baseadas em reconhecimentos irregulares, busca equilibrar esses dois imperativos, embora nem sempre com a clareza e a consistência desejadas (Costa; Coutinho, 2020).

Ademais, a jurisprudência tem começado a refletir uma preocupação crescente com a necessidade de inovação e reforma processual. Em recentes acórdãos, tanto o STJ quanto o STF têm manifestado a importância de incorporar práticas baseadas em evidências científicas e em melhores práticas internacionais. Decisões recentes indicam uma tendência de acolhimento de teses que defendem a implementação de procedimentos duplo-cego, a gravação audiovisual dos procedimentos de reconhecimento e a presença obrigatória de defensores durante tais procedimentos. Essas mudanças, ainda incipientes, representam um avanço significativo no esforço de tornar o sistema de justiça penal mais preciso e menos suscetível a erros (Lemes, 2023).

Outro aspecto relevante na jurisprudência brasileira é a valorização do princípio do contraditório e da ampla defesa no contexto do reconhecimento pessoal. Os tribunais têm reiterado que a defesa tem o direito de participar ativamente do processo de reconhecimento, podendo questionar e impugnar a

forma como este foi conduzido. A falta de oportunidade para a defesa participar ou a ausência de registros adequados do procedimento pode levar à nulidade da prova de reconhecimento. Esse entendimento visa garantir que a prova de reconhecimento seja submetida a um escrutínio rigoroso, assegurando que a condenação não seja baseada em elementos frágeis ou duvidosos (Lemes, 2023).

3 O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO MEIO DE PROVA: UMA PERSPECTIVA CRÍTICA A RESPEITO DE SEU EMPREGO

A questão do reconhecimento fotográfico como meio de prova no Código de Processo Penal brasileiro merece uma análise detalhada e crítica, considerando suas peculiaridades e desafios específicos. O reconhecimento fotográfico, muitas vezes utilizado durante a fase investigativa, consiste na apresentação de fotografias de possíveis suspeitos para que a testemunha ou vítima possa identificar o autor do delito. Este procedimento, ainda que pareça mais controlado e menos invasivo do que o reconhecimento pessoal, carrega consigo uma série de problemáticas que comprometem sua confiabilidade e validade como prova (Ribeiro, 2020).

Em primeiro lugar, o reconhecimento fotográfico sofre das mesmas vulnerabilidades inerentes ao reconhecimento pessoal, exacerbadas por fatores adicionais. A apresentação de fotografias fora de um contexto controlado pode aumentar a sugestibilidade da testemunha. A forma como as fotografias são dispostas, a qualidade das imagens, e a ausência de controle sobre as reações não verbais da testemunha durante o procedimento são elementos que podem influenciar indevidamente o reconhecimento. Estudos em Psicologia Cognitiva sugerem que a memória humana é altamente suscetível a influências visuais, e que a apresentação repetida de uma mesma fotografia pode reforçar indevidamente a confiança da testemunha em sua identificação, mesmo que esta seja errônea (Garau, 2023).

Além disso, o reconhecimento fotográfico, realizado sem a presença de um advogado de defesa ou sem um registro audiovisual detalhado do procedimento, enfrenta críticas significativas. A falta de transparência e de controle sobre as condições em que o reconhecimento é feito levanta dúvidas sobre a integridade do processo. A jurisprudência brasileira, embora reconheça o valor probatório do reconhecimento fotográfico, tem se mostrado cautelosa ao avaliar sua admissibilidade e eficácia. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem reiterado a necessidade de que o reconhecimento fotográfico seja corroborado por outras provas, dada a sua fragilidade e potencial para induzir erros judiciais (Araújo, 2022).

A análise comparativa com outros sistemas jurídicos revela que muitos países impõem restrições mais rigorosas ao uso do reconhecimento fotográfico. Nos Estados Unidos, por exemplo, a Suprema Corte estabeleceu padrões estritos para a admissibilidade de reconhecimentos fotográficos, enfatizando a necessidade de procedimentos que minimizem a sugestibilidade e aumentem a precisão. Entre essas medidas estão a exigência de que a testemunha descreva previamente o suspeito antes de ver qualquer fotografia, a utilização de múltiplas fotografias de indivíduos semelhantes, e a condução do reconhecimento por um administrador que não conheça a identidade do suspeito, para evitar qualquer influência consciente ou inconsciente (Garau, 2023).

Para que o reconhecimento fotográfico seja uma ferramenta mais confiável no contexto brasileiro, reformas processuais específicas são necessárias. Uma dessas reformas poderia ser a padronização dos procedimentos de reconhecimento fotográfico, com diretrizes claras e detalhadas que estabeleçam como as fotografias devem ser apresentadas, o número mínimo de imagens a serem incluídas, e a forma de registro do procedimento. A gravação audiovisual do reconhecimento fotográfico seria uma medida essencial para garantir a transparência e permitir uma avaliação posterior da conformidade com as normas estabelecidas (Rezende; Queiroz; Souza, 2020).

Adicionalmente, a criação de bancos de dados fotográficos que atendam a critérios específicos de diversidade e representatividade pode ajudar a mitigar o risco de identificações errôneas. Esses bancos de dados devem incluir fotografias de indivíduos com características físicas semelhantes às do suspeito descrito pela testemunha, garantindo que o reconhecimento não seja enviesado pela apresentação de imagens que destaquem ou isolem indevidamente o suspeito. A gestão desses bancos de dados deve ser realizada por autoridades independentes e submetida a auditorias regulares para assegurar sua integridade e conformidade com os princípios legais (Rezende; Queiroz; Souza, 2020).

Outra questão crítica é o treinamento dos policiais e investigadores responsáveis pela condução dos reconhecimentos fotográficos. Esses profissionais devem receber formação especializada em técnicas de reconhecimento baseadas em evidências científicas e melhores práticas internacionais. O treinamento deve incluir módulos sobre os mecanismos da memória humana, os riscos de sugestão e contaminação, e a importância de seguir procedimentos padronizados e transparentes. A formação contínua e a certificação desses profissionais podem aumentar significativamente a confiabilidade dos reconhecimentos fotográficos. (Silva, 2022)

Em apertada síntese, deve-se destacar que o reconhecimento fotográfico no Código de Processo Penal brasileiro enfrenta desafios significativos que demandam uma abordagem multidimensional e inovadora. A integração de tecnologias avançadas, regulamentações robustas, formação especializada, e uma perspectiva interdisciplinar são passos essenciais para aumentar a precisão e a justiça das identificações. A evolução da jurisprudência, informada por conhecimentos científicos e tecnológicos, pode contribuir para um sistema de justiça penal que seja ao mesmo tempo eficiente e protetor dos direitos fundamentais, refletindo um compromisso contínuo com a justiça e a equidade.

4 AS FALSAS MEMÓRIAS EM ANÁLISE: DELIMITAR PARA COMPREENDER

As falsas memórias podem surgir de várias maneiras, muitas vezes como resultado da sugestão inadvertida por parte de investigadores, entrevistadores ou outras fontes de informação. Por exemplo, durante um procedimento de reconhecimento fotográfico, uma testemunha pode ser exposta a sugestões implícitas ou explícitas sobre a identidade do suspeito, levando-a a formar uma memória falsa de ter visto aquela pessoa no momento do crime. Essas sugestões podem vir na forma de linguagem sugestiva, pistas não verbais ou mesmo a simples presença do suspeito no *line-up* (Almeida, 2016).

Além disso, a exposição a informações pós-evento pode contribuir para a formação de falsas memórias. Por exemplo, se a testemunha discute o caso com outras pessoas após o evento, ela pode inadvertidamente incorporar detalhes fornecidos por terceiros em sua própria memória do evento. Essa contaminação da memória pode levar a identificações errôneas durante o processo de reconhecimento fotográfico, onde a testemunha está convencida de ter visto o suspeito, mesmo que sua memória seja imprecisa ou distorcida (Lemes, 2023).

Outro fator importante é a natureza reconstrutiva da memória humana. Quando o indivíduo se lembra de um evento passado, não se está simplesmente reproduzindo uma gravação precisa dos eventos, mas sim reconstruindo a partir de fragmentos de informação armazenados em nossa mente. Essa reconstrução pode ser influenciada por uma variedade de fatores, incluindo nossas expectativas, crenças e experiências anteriores. Como resultado, nossas memórias podem ser facilmente distorcidas ou modificadas, especialmente se estivermos expostos a informações conflitantes ou sugestões externas (Lemes, 2023).

A fragilidade das memórias humanas é amplamente reconhecida na literatura científica, e estudos demonstraram repetidamente a propensão das pessoas a formar falsas memórias em uma variedade

de contextos. No contexto jurídico, as consequências das falsas memórias podem ser especialmente graves, levando à condenação de indivíduos inocentes com base em identificações errôneas e testemunhos imprecisos (Nascimento, 2021).

Para lidar com esse desafio, é essencial implementar procedimentos rigorosos de reconhecimento que minimizem o risco de identificações errôneas e protejam os direitos dos suspeitos. Isso pode incluir a utilização de procedimentos duplo-cegos, onde o administrador do reconhecimento não sabe quem é o suspeito, a apresentação de múltiplas fotos de maneira imparcial e neutra, e a gravação audiovisual dos procedimentos para documentar qualquer sugestão ou viés inadvertido. Além disso, é importante educar os profissionais do direito, incluindo policiais, promotores e juízes, sobre os princípios da memória humana e os riscos associados ao reconhecimento fotográfico. Isso pode ajudar a aumentar a conscientização sobre as limitações da memória testemunhal e promover uma abordagem mais crítica e baseada em evidências para a avaliação das identificações feitas durante o processo judicial (Salomão Junior, 2022).

Outro aspecto relevante, ao discutir as falsas memórias no contexto do reconhecimento fotográfico, é a influência de fatores emocionais e cognitivos na formação e na recuperação das memórias. Ao lado disso, deve-se ponderar que as emoções desempenham um papel significativo na codificação e na recuperação de eventos passados, podendo tanto facilitar quanto prejudicar a precisão das lembranças. Em situações de alto estresse ou trauma, as emoções podem interferir na capacidade do indivíduo de processar informações de forma precisa e objetiva, levando a distorções na memória (Conceição, 2023).

Estudos mostram que as emoções intensas podem aumentar a focalização da atenção em certos aspectos do evento, enquanto diminuem a atenção em outros. Isso pode levar a uma representação fragmentada do evento na memória, onde certos detalhes são lembrados com clareza enquanto outros são esquecidos ou distorcidos. No contexto de um crime, por exemplo, uma testemunha pode se lembrar vividamente do rosto do agressor, mas ter dificuldade em recordar outros detalhes do evento, como o local exato ou as ações realizadas. Além disso, as emoções podem influenciar a interpretação das informações armazenadas na memória, levando a uma tendência de atribuir significado emocional a eventos neutros ou ambíguos. Esse fenômeno, conhecido como viés emocional de memória, pode resultar na formação de memórias distorcidas ou mesmo na criação de eventos que nunca ocorreram, especialmente quando há uma forte carga emocional associada ao evento em questão (Nascimento, 2021).

Do ponto de vista cognitivo, fatores como a atenção seletiva e a expectativa podem influenciar a formação e a recuperação das memórias. A atenção seletiva refere-se à tendência do cérebro de focar em certos estímulos enquanto ignora outros, com base em sua relevância percebida para a situação atual. Isso significa que a atenção de uma testemunha pode ser direcionada para certos aspectos do evento, enquanto outros detalhes passam despercebidos ou são mal interpretados (Lemes, 2023).

Da mesma forma, as expectativas podem influenciar a interpretação das informações recebidas durante um evento e a formação das memórias subsequentes. Se uma testemunha tem uma expectativa prévia sobre a identidade do agressor, por exemplo, ela pode estar mais propensa a interpretar de forma tendenciosa as informações visuais apresentadas durante o reconhecimento fotográfico, levando a uma identificação errônea. Esses fatores emocionais e cognitivos têm implicações significativas para a confiabilidade do reconhecimento fotográfico como meio de prova. A emoção intensa experimentada durante um evento traumático pode interferir na precisão das memórias testemunhais, levando a distorções ou falsas lembranças. Da mesma forma, a atenção seletiva e as expectativas podem influenciar a maneira como as testemunhas interpretam e recordam as informações visuais apresentadas durante o reconhecimento fotográfico, aumentando o risco de identificações errôneas (Lemes, 2023).

Desde a segunda metade do século passado, fica claro para a criminologia que o poder punitivo, com sua seletividade estrutural, criminaliza umas poucas pessoas e as usa para projetar-se como neutralizador da maldade social. Apresenta-se com o poder racional que encerra a irracionalidade em prisões e manicômios. Assim enfeitado, canaliza as pulsões de vingança, o que lhe proporciona uma formidável eficácia política, que não se aplica por circunstâncias conjunturais, pois se mantém inalterada ao longo da história do poder punitivo estatal e mesmo pré-estatal. (Zaffaroni, 2013, p. 176)

Para mitigar esses efeitos, é essencial que os procedimentos de reconhecimento fotográfico sejam conduzidos de maneira cuidadosa e imparcial, minimizando a influência de fatores emocionais e cognitivos sobre as identificações feitas pelas testemunhas. Isso pode incluir a utilização de procedimentos padronizados e baseados em evidências, a implementação de intervalos de tempo controlados entre o evento e o reconhecimento, e a adoção de técnicas de entrevista cognitiva para maximizar a recuperação de memórias precisas (Lemes, 2023).

5 O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E O PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

O reconhecimento fotográfico como meio de prova levanta questões intrincadas em relação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou o direito de não se autoincriminar. Esse princípio,

amplamente reconhecido em sistemas legais ao redor do mundo, garante que ninguém seja obrigado a produzir provas contra si mesmo. No entanto, a natureza do reconhecimento fotográfico pode, em certos casos, colocar em conflito esse direito fundamental com a necessidade de investigar e processar crimes (Martins; Pacheco, 2021).

O reconhecimento fotográfico geralmente envolve a apresentação de uma série de fotografias, incluindo uma do suspeito, à testemunha ocular com o objetivo de identificar o possível autor do crime. Embora esse procedimento seja amplamente utilizado pelas autoridades policiais como uma ferramenta investigativa eficaz, ele também pode potencialmente violar o direito do indivíduo à não autoincriminação. Isso ocorre porque a exigência de que o suspeito seja fotografado para inclusão em um *line-up* implica em uma produção de prova que poderia ser usada contra ele em um processo criminal (Martins; Pacheco, 2021).

Essa questão levanta preocupações importantes sobre a proteção dos direitos individuais no contexto do reconhecimento fotográfico. Por um lado, é crucial para a eficácia da justiça criminal que os responsáveis por crimes sejam identificados e responsabilizados pelos seus atos. O reconhecimento fotográfico desempenha um papel importante nesse processo, fornecendo às autoridades policiais uma ferramenta valiosa para estabelecer a identidade dos suspeitos e reunir provas para apoiar as acusações criminais (Martins; Pacheco, 2021).

Por outro lado, é fundamental garantir que os direitos dos suspeitos sejam protegidos durante o processo de identificação. Isso inclui o direito de não serem compelidos a produzir provas contra si mesmos, conforme estabelecido pelo princípio do *nemo tenetur se detegere*. A obrigatoriedade de posar para uma fotografia que será incluída em um *line-up* pode ser considerada uma violação desse direito, já que a fotografia pode potencialmente ser usada como prova incriminatória contra o suspeito em um julgamento (Stein *et al.*, 2010).

Uma abordagem para conciliar esses interesses conflitantes é garantir que o reconhecimento fotográfico seja conduzido de maneira justa e imparcial, com salvaguardas adequadas para proteger os direitos dos suspeitos. Isso pode incluir a implementação de procedimentos padronizados e baseados em evidências, como a utilização de *lineups* duplo-cegos, onde o administrador do reconhecimento não sabe quem é o suspeito, e a gravação audiovisual dos procedimentos para documentar qualquer sugestão ou viés inadvertido. (MENDES, 2020)

Além disso, é importante que os suspeitos sejam informados claramente de seus direitos antes de participarem de um reconhecimento fotográfico, incluindo o direito de recusar a participação no

procedimento se assim desejarem. Essa informação deve ser fornecida de maneira acessível e compreensível, garantindo que os suspeitos estejam plenamente cientes de seus direitos e possam tomar uma decisão informada sobre sua participação no reconhecimento fotográfico (Lopes Júnior, 2019).

Ao mesmo tempo, é essencial que as autoridades policiais tenham os recursos necessários para investigar eficazmente os crimes e proteger o público contra indivíduos perigosos. Isso significa encontrar um equilíbrio entre a necessidade de reunir provas para apoiar acusações criminais e a proteção dos direitos individuais dos suspeitos durante o processo de identificação. Além das questões legais e éticas discutidas até agora, é importante também considerar os avanços tecnológicos e científicos que estão impactando o reconhecimento fotográfico como meio de prova. Nos últimos anos, houve um aumento significativo no desenvolvimento e na aplicação de técnicas de reconhecimento facial automatizado, que têm o potencial de transformar radicalmente a maneira como o reconhecimento fotográfico é conduzido (Becker, 2019).

Em última análise, o reconhecimento facial automatizado tem o potencial de oferecer benefícios significativos para a aplicação da lei e a segurança pública, mas também levanta sérias preocupações em relação à privacidade, à segurança e aos direitos individuais. Para garantir que essas tecnologias sejam usadas de maneira ética e responsável, é essencial que políticas e regulamentações adequadas sejam desenvolvidas e implementadas, com a participação ativa da sociedade civil, legisladores, especialistas em tecnologia e defensores dos direitos humanos (Becker, 2019).

6 RECONHECIMENTO COMO MEIO DE PROVA IRREPETÍVEL E A INOBSERVÂNCIA DOS PROCEDIMENTOS PARA SUA REALIZAÇÃO: UMA ANÁLISE À LUZ DO AGRG NO HC Nº. 664.916 - SP

O reconhecimento como meio de prova irreplicável representa um componente crucial no processo judicial, muitas vezes servindo como uma peça fundamental na determinação da culpabilidade ou inocência de um acusado. No entanto, a eficácia e a validade desse método estão intrinsecamente ligadas à observância rigorosa dos procedimentos estabelecidos para sua realização. Nesse contexto, a recente análise do AgRg no *Habeas Corpus* nº. 664.916 - SP lança luz sobre as complexidades e desafios enfrentados quando os procedimentos para a realização do reconhecimento não são adequadamente seguidos (Nascimento, 2021).

Ademais, o reconhecimento como meio de prova irreplicável refere-se à identificação visual de uma pessoa pelo indivíduo que a viu em circunstâncias específicas relacionadas a um evento em questão.

Em muitos casos, essa identificação é feita por meio de *lineups*, onde o suspeito é apresentado juntamente com outras pessoas semelhantes em características físicas. Essa técnica, embora amplamente utilizada, está sujeita a uma série de vieses e erros que podem comprometer sua confiabilidade, especialmente quando os procedimentos adequados não são seguidos (Nascimento, 2021).

A análise do Agrg no *Habeas Corpus* nº. 664.916 - SP destaca a importância da observância rigorosa dos procedimentos para a realização do reconhecimento, especialmente no que diz respeito à imparcialidade e à objetividade do processo. Quando os procedimentos não são adequadamente seguidos, há um risco significativo de identificações errôneas e injustiças, onde indivíduos inocentes podem ser erroneamente identificados e acusados com base em percepções distorcidas ou sugestões inadvertidas (Stein *et al.*, 2010).

Um dos principais desafios enfrentados na condução do reconhecimento como meio de prova irreplicável é a influência de fatores externos na formação das identificações. Estudos mostram que as testemunhas podem ser facilmente influenciadas por sugestões implícitas ou explícitas por parte dos investigadores, levando a identificações tendenciosas ou imprecisas. Isso é especialmente preocupante quando se considera o impacto potencial dessas identificações na vida e na liberdade dos acusados (Almeida, 2016).

Além disso, a falta de padrões uniformes para a realização do reconhecimento pode levar a discrepâncias significativas nos procedimentos adotados pelas autoridades policiais e judiciárias. Isso pode resultar em inconsistências na coleta e na apresentação de provas, prejudicando a capacidade dos tribunais de avaliar objetivamente a credibilidade das identificações feitas durante o processo. Outra questão importante é a falta de treinamento adequado para os profissionais envolvidos na condução do reconhecimento como meio de prova irreplicável. Sem um entendimento claro dos princípios e procedimentos envolvidos, os investigadores e outros agentes da justiça podem inadvertidamente introduzir vieses e erros no processo, comprometendo sua integridade e confiabilidade (Guaragni; Tanaka, 2021).

Diante desses desafios, é essencial que sejam implementadas medidas para garantir a observância rigorosa dos procedimentos para a realização do reconhecimento como meio de prova irreplicável. Isso pode incluir a adoção de protocolos padronizados e baseados em evidências, o treinamento regular e atualizado para os profissionais envolvidos, e a supervisão independente dos procedimentos para garantir sua imparcialidade e objetividade (Nascimento, 2021).

Do mesmo modo, é importante promover a conscientização pública sobre os riscos e limitações do reconhecimento como meio de prova irreplicável, garantindo que os jurados e outros tomadores de decisão entendam os vieses e erros potenciais associados a esse método. Somente através de uma abordagem abrangente e baseada em evidências, pode-se garantir que o reconhecimento como meio de prova irreplicável seja conduzido de maneira justa, equitativa e confiável, garantindo assim a integridade do processo judicial e a proteção dos direitos individuais dos acusados (Nascimento, 2021).

Uma das questões mais intrigantes relacionadas ao reconhecimento como meio de prova irreplicável é a vulnerabilidade desse método à influência de fatores externos, como sugestões inadvertidas por parte dos investigadores ou mesmo por outras testemunhas. Estudos psicológicos demonstraram repetidamente que a memória humana é suscetível a distorções e influências externas, especialmente em situações de estresse ou trauma. Isso significa que uma testemunha pode ser facilmente influenciada a identificar erroneamente um suspeito, simplesmente com base em sugestões sutis ou na presença do suspeito em um *lineup* (Guaragni; Tanaka, 2021).

Além disso, a falta de padrões uniformes para a realização do reconhecimento pode levar a discrepâncias significativas nos procedimentos adotados pelas autoridades policiais e judiciárias. Por exemplo, em alguns casos, as testemunhas podem ser apresentadas à *lineups* em que o suspeito se destaca de maneira óbvia, enquanto em outros casos, o suspeito pode ser incluído em uma linha de fotos que não se distingue claramente dos outros indivíduos. Essa variação nos procedimentos pode ter um impacto significativo na precisão e na confiabilidade das identificações feitas durante o processo (Stein *et al.*, 2010).

Outra questão relevante diz respeito ao papel da sugestibilidade na formação das identificações durante o reconhecimento como meio de prova irreplicável. Estudos têm mostrado que as pessoas têm uma tendência natural a conformar suas respostas às expectativas dos outros, especialmente em situações de pressão social. Isso significa que uma testemunha pode ser influenciada a escolher um suspeito específico, mesmo que sua memória do evento seja vaga ou incerta, simplesmente porque acredita que essa é a resposta esperada pelos investigadores (Stein *et al.*, 2010).

Além disso, é importante promover a conscientização pública sobre os riscos e limitações do reconhecimento como meio de prova irreplicável, garantindo que os jurados e outros tomadores de decisão entendam os vieses e erros potenciais associados a esse método. Somente através de uma abordagem abrangente e baseada em evidências, pode-se garantir que o reconhecimento como meio de prova irreplicável seja conduzido de maneira justa, equitativa e confiável, assegurando, assim a

integridade do processo judicial e a proteção dos direitos individuais dos acusados (Guaragni; Tanaka, 2021).

O reconhecimento fotográfico tem sido uma ferramenta comumente utilizada no sistema penal brasileiro como meio de prova para identificar suspeitos em processos criminais. No entanto, sua eficácia e confiabilidade têm sido cada vez mais questionadas devido à fragilidade intrínseca desse método, que pode ser influenciado por uma série de fatores, incluindo falsas memórias, aderência ao princípio do *nemo tenetur se detegere* e conformidade com os procedimentos estabelecidos para sua realização (Guaragni; Tanaka, 2021).

Um dos principais desafios enfrentados pelo reconhecimento fotográfico é a questão das falsas memórias, que ocorrem quando uma pessoa tem uma lembrança vívida e detalhada de um evento que nunca ocorreu. Estudos mostram que as falsas memórias podem ser facilmente implantadas através de sugestões inadvertidas por parte dos investigadores ou da exposição a informações sugestivas antes do reconhecimento. Isso significa que uma testemunha pode identificar erroneamente um suspeito com base em uma memória falsa, comprometendo assim a integridade do processo judicial. (Lemes, 2023)

De igual modo, o reconhecimento fotográfico como meio de prova levanta questões importantes em relação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, que garante o direito de uma pessoa de não se autoincriminar. A exigência de que um suspeito seja fotografado para inclusão em um *lineup* pode ser considerada uma violação desse princípio, já que a fotografia pode potencialmente ser usada como prova incriminatória contra o suspeito em um julgamento. Isso levanta preocupações sobre a coerção involuntária de indivíduos a produzir provas contra si mesmos, comprometendo assim a justiça e a equidade do processo (Lemes, 2023).

Além disso, a observância dos procedimentos estabelecidos para a realização do reconhecimento fotográfico é crucial para garantir sua confiabilidade e validade como meio de prova. No entanto, decisões judiciais recentes, como o Agrg no HC 664.916 - SP do Superior Tribunal de Justiça, destacam a importância de seguir procedimentos rigorosos e imparciais durante o processo de identificação. Quando os procedimentos não são adequadamente seguidos, há um risco significativo de identificações errôneas e injustiças, comprometendo assim a integridade do sistema judicial como um todo (Kalb; Souza, 2021).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fragilidade do reconhecimento fotográfico como meio de prova no sistema penal brasileiro reside em diversos aspectos, incluindo a influência das falsas memórias, a conformidade com o princípio do *nemo tenetur se detegere* e a observância dos procedimentos para sua realização. Primeiramente, as falsas memórias representam um desafio significativo, pois estudos demonstram que indivíduos podem ser facilmente influenciados a recordar eventos de forma errônea, especialmente em situações de alta pressão ou sugestionáveis. Isso pode levar a identificações incorretas durante o reconhecimento fotográfico, comprometendo a precisão e a justiça do processo judicial.

Não obstante, há que considerar que a questão do princípio do *nemo tenetur se detegere* também é crucial. Este princípio garante o direito de uma pessoa de não se autoincriminar, porém, a exigência de que um suspeito seja fotografado para inclusão em um *lineup* pode ser interpretada como uma violação desse direito. A imposição dessa medida pode criar um dilema ético, pois pode pressionar o indivíduo a produzir provas contra si mesmo, contradizendo os princípios fundamentais de justiça e equidade. Por fim, a observância dos procedimentos estabelecidos para a realização do reconhecimento fotográfico é essencial para garantir sua confiabilidade e validade como meio de prova. No entanto, a falta de padronização e supervisão adequada dos procedimentos pode levar a identificações imprecisas e injustas. A ausência de diretrizes claras e uniformes pode abrir espaço para interpretações subjetivas e inconsistências na condução do processo, comprometendo assim sua integridade.

Uma nova linha de pesquisa que poderia ser explorada nesse contexto é o desenvolvimento de técnicas avançadas de análise de imagens e reconhecimento facial. Investigações que buscam aprimorar a precisão e confiabilidade do reconhecimento fotográfico, por meio de algoritmos mais sofisticados e métodos mais eficazes de comparação de características faciais, poderiam contribuir significativamente para mitigar os desafios associados ao reconhecimento fotográfico como meio de prova. Essa abordagem poderia envolver colaborações interdisciplinares entre especialistas em direito, psicologia, ciência da computação e outras áreas relevantes, visando encontrar soluções inovadoras para os problemas identificados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fábio. A prova por reconhecimento num processo penal de estrutura acusatória. Orientador: Prof. Dr. Frederico de Lacerda da Costa Pinto. 2016. 145f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2016. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/20130/1/Almeida_2016.pdf. Acesso em set. 2024.

ARAÚJO, Jamile de Moura de. O indiciamento perante prova obtida por reconhecimento fotográfico. Orientador: Prof. Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso. 2022. 63f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Curso de Direito, Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade de Taubaté, Taubaté, 2022. Disponível em:

<http://repositorio.unitau.br/jspui/bitstream/20.500.11874/6204/1/TG%20Jamilde%20de%20Moura%20de%20Araujo.pdf>. Acesso em set. 2024.

BECKER, Marcela Canton. Os limites do nemo tenetur se detegere. Orientador: Prof. Marcus Vinicius Aguiar Macedo. 2019. Monografia (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Curso de Direito, Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/221379>. Acesso em set. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em set. 2024.

CONCEIÇÃO, Bruna Moraes da. Procedimento para o Reconhecimento de Pessoas: Orientação do STJ no HC 598.886/SC e Interpretação no TJSP. Orientadora: Profa. Dra. Ana Gabriela Mendes Braga. 2023. 77f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Curso de Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio Mesquita”, Franca, 2023. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/server/api/core/bitstreams/8a15b1fc-0199-4f41-88a2-0e548c4abadb/content>. Acesso em set. 2024.

CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances en Psicología Latinoamericana*, Bogotá, v. 38, n. 1, 202. Disponível em: <https://revistas.urosario.edu.co/xml/799/79963266012/html/index.html>. Acesso em set. 2024.

COSTA, Stella Sandy Lima; COUTINHO, Hiran Souto. O processo penal: uma análise do reconhecimento pessoal e das falsas memórias da vítima quanto ao acusado. Disponível em: <https://unifan.net.br/repositorio-academico/>. Acesso em set. 2014.

GARAU, Marilha Gabriela. Práticas institucionais de reconhecimento fotográfico e pessoal no sistema de justiça criminal do estado do Rio de Janeiro. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 10, p. 1-22, 2023. Disponível em: <https://revistareed.emnuvens.com.br/reed/article/view/778/460>. Acesso em set. 2024.

GUARAGNI, Fábio André; TANAKA, Caroline Mayumi. Falsas Memórias no Processo Penal: a incidência de falsas memórias na prova testemunhal. *Revista Jurídica*, v. 2, n. 59, 2020. Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/341675764_FALSAS_MEMORIAS_NO_PROCESSO_PENAL_A_INCIDENCIA_DE_FALSAS_MEMORIAS_NA_PROVA_TESTEMUNHAL. Acesso em set. 2024.

KALB, Christiane Heloisa; SOUZA, Franciny. A falibilidade da memória nos relatos testemunhais: a implicação das falsas memórias no processo penal. *Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito*, Salvador, v. 1, n. 1, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/37472/26355>. Acesso em set. 2024.

LEMES, Jéssica Sales. A fragilidade do reconhecimento de pessoas à luz de falsas memórias: estudo das implicações do art. 226 do Código de Processo Penal. Orientador: Prof. Dr. João Costa-Neto. 2023. 51f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2023. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/37495/1/2023_JessicaSalesLemes_tcc.pdf. Acesso em 2024.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. O direito do acusado de não comparecer ao reconhecimento pessoal. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 08 mar. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-08/limite-penal-direito-acusado-nao-comparecer-reconhecimento-pessoal/>. Acesso em set. 2024.

MENDES, Kelly Gomes. Factores que influenciam a identificação de pessoas de outras raças em contexto de lineup. Orientador: Prof. Dr. Tomás Palma. Coorientador: Prof. Dr. Mário Ferreira. 2020. 111f. Dissertação (Mestrado Integrado em Psicologia) – Faculdade de Psicologia, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2020. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/47361/1/ulfpie054234_tm.pdf

NASCIMENTO, Vitória Régia Miranda. Valor probatório em xequê: a fragilidade do reconhecimento pessoal como meio de prova no Direito Processual Penal Brasileiro. Orientador; Prof. Me. Eduardo de Araújo. 2021. 53f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/28259/1/VRMN%20200721.pdf>. Acesso em set. 2024.

REZENDE, Júlia Maria Castro; QUEIROZ, Rosilene Conceição; SOUSA, Michele Faria. Análise do reconhecimento pessoal como único meio de prova no direito processual penal brasileiro. *Libertas Direito*, v. 1, n. 2, 2020. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.periodicos.famig.edu.br/index.php/direito/article/download/51/50/53&ved=2ahUKEWjbwoKV6qGIAxUeiJUCHd0cCpwQFnoECB4QAw&usg=AOvVaw3gtqZ18tniWE0yA1eZOvMU>. Acesso em set. 2024.

RIBEIRO, Nelson Santos. A prova por reconhecimento no processo penal: do reconhecimento fotográfico ao reconhecimento pessoal. Orientador: Prof. Dr. André Lamas Leite. 2020. 122f. Dissertação (Mestrado em Ciências Policiais) – Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Ministério da Administração Interna, Lisboa, 2020. Disponível em: <https://comum.rcaap.pt/handle/10400.26/34967>. Acesso em set. 2024.

SALOMÃO JUNIOR, Alberto. Reconhecimento fotográfico do acusado: Artigo 226 do Código de Processo Penal. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, 2022. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v24_n3/revista_v24_n3_9.pdf. Acesso em set. 2024.

SILVA, Bruna Dias Silva. A (i) licitude da condenação criminal por meio do reconhecimento fotográfico como meio de prova no processo penal brasileiro. Orientador: Prof. Me. Danilo Rinaldi dos Santos Júnior. 2022. 73f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Curso de Direito, Centro Universitário do Planalto Central Aparecido Santos, Gama, 2022. Disponível em: <https://dspace.uniceplac.edu.br/bitstream/123456789/1700/1/Bruna%20Dias%20Silva%20e%20Silva.pdf>. Acesso em set. 2024.

SILVA, Carlos Henrique Hora Lúcio da. O reconhecimento de pessoas no processo penal brasileiro e o filtro das falsas memórias. Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Dantas de Souza Leão. 2023. 52f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Curso de Direito, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2023. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/53479/1/2023.07.15%20Monografia.pdf>

STEIN, Lilian Milnitsky et al. Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. 1. ed. Rio Grande do Sul: Grupo A, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. A questão criminal . Tradução Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

Capítulo 3



10.37423/240909295

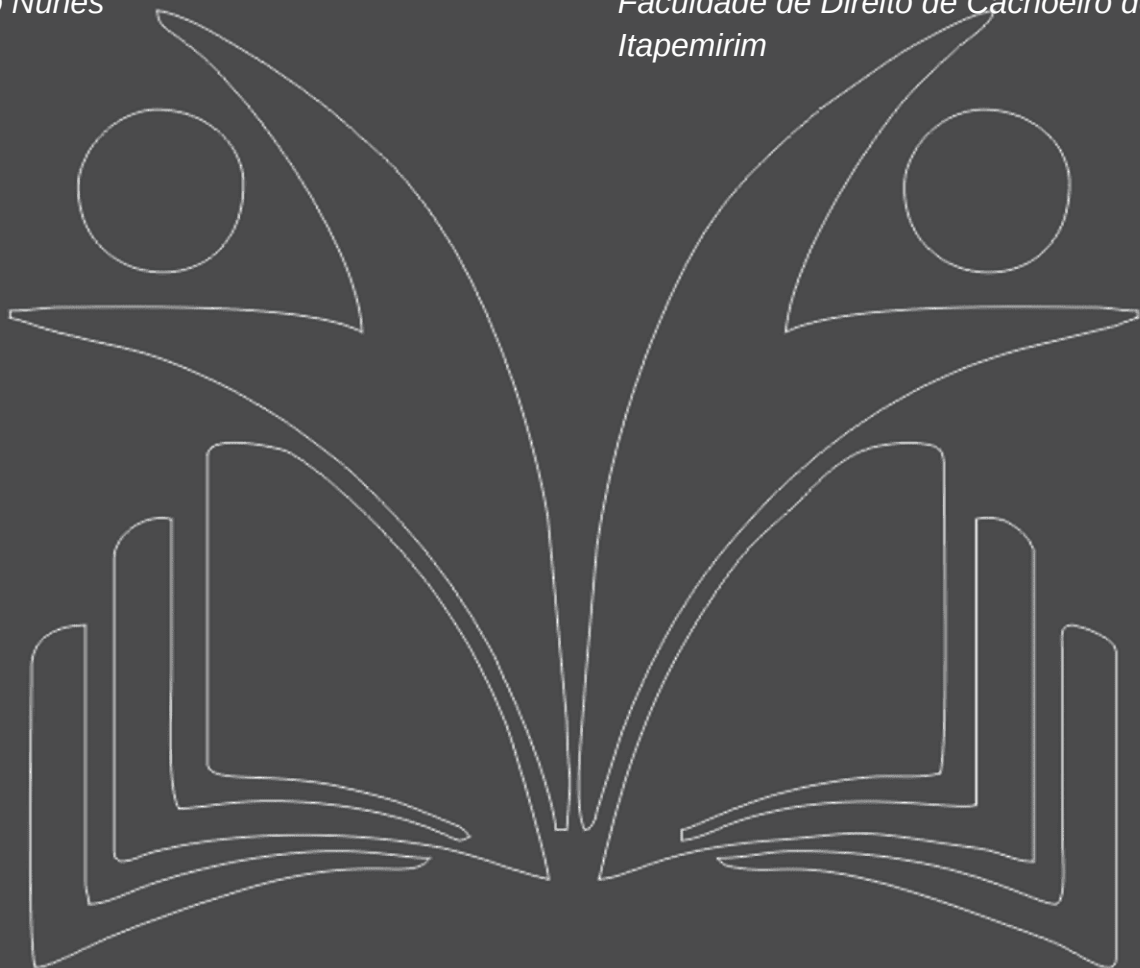
O BPC-LOAS EM UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Tauã Lima Verdan Rangel

*Faculdade de Direito de Cachoeiro de
Itapemirim*

Daniel Nelo Nunes

*Faculdade de Direito de Cachoeiro de
Itapemirim*



Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar, a partir de uma perspectiva jurisprudencial, os desafios e as dificuldades, no critério econômico, para a concessão do BPC-LOAS para as pessoas com deficiência. Como é sabido, o Benefício de Prestação Continuada, previsto na Lei Orgânica de Assistência Social (BPC-LOAS) materializa o benefício de um salário mínimo mensal, de caráter assistencial, provido pelo Estado, às pessoas que não possuem condições de trabalhar e prover o sustento próprio ou de sua família. O critério econômico para a concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC), que exige uma renda per capita familiar inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, o qual tem sido alvo de debates sobre sua constitucionalidade. Ora, o critério rígido pode excluir pessoas em situação de vulnerabilidade que, embora não atendam a essa exigência objetiva, ainda vivem em condições de extrema necessidade. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem se pronunciado sobre a necessidade de relativizar o critério econômico, considerando outros fatores de vulnerabilidade, como despesas médicas e o grau de dependência dos beneficiários. A metodologia empregada pautou-se na utilização dos métodos científicos historiográfico e dedutivo; no tocante à classificação da pesquisa, enquadra-se como dotada de natureza exploratória; em relação à abordagem do objeto, a pesquisa é considerada como detentora de aspecto qualitativo.

Palavras-chave: Benefício de Prestação Continuada; BPC-LOAS; Deficiência. Caráter Assistencial; Incapacidade Laboral; Miserabilidade; Análise Jurisprudencial.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Benefício de Prestação Continuada (BPC-LOAS), regido pela Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica de Assistência Social), é um benefício assistencial dado pelo Estado às pessoas necessitadas, com o fim de prover o mínimo social, garantindo, dentre outros princípios, a dignidade da pessoa humana, concedendo um salário mínimo mensal para atender as necessidades básicas daqueles que não possuírem condições de prover a sua manutenção.

Observa-se que muitas pessoas solicitam esse benefício perante o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), tendo em 2023 um total de 5.894.097 (cinco milhões, oitocentos e noventa e quatro mil, noventa e sete) beneficiários de BPC-LOAS no Brasil, conforme portal da transparência da Controladoria-Geral da União. No entanto, para a concessão desse benefício, existem alguns desafios para ser enfrentados, visto que os critérios de elegibilidade de deficiência e de hipossuficiência (baixa renda) são rigorosos, sendo considerados critérios mais objetivos, dificultando uma análise do caso por critérios subjetivos, ou seja, de examinar a concessão de alguns critérios conforme cada caso.

Desse modo, a incapacidade laboral gerada pela deficiência acaba alterando as condições financeiras para prover a manutenção própria ou de sua família, visto que podem surgir necessidade de novos gastos. Com isso, o BPC-LOAS serve como alternativa do Estado de prestar a assistência social, sendo este um direito do cidadão previsto na Constituição. Nesse sentido, este artigo teve como objetivo analisar, a partir de uma perspectiva jurisprudencial, os desafios e as dificuldades, no critério econômico, para a concessão do BPC-LOAS para as pessoas com deficiência. Isso se dá em razão de, muitas vezes, as pessoas com deficiência não conseguirem o reconhecimento dos critérios de elegibilidade, principalmente quanto à demonstração da deficiência como um fator de incapacidade laboral, e de demonstrar a miserabilidade por meio da baixa renda sob um aspecto subjetivo.

Assim, na primeira seção do artigo, voltou-se para a abordagem do conceito de mínimo existencial, que está diretamente vinculado à dignidade da pessoa humana, um princípio fundamental previsto pela Constituição Federal de 1988. Esse princípio estabelece que o Estado deve assegurar a todos os cidadãos condições mínimas para uma vida digna, o que inclui o acesso a direitos sociais, como saúde, educação e assistência social. Com base nesse fundamento, o mínimo existencial surge como uma ferramenta de proteção, garantindo que nenhuma pessoa viva em condições que comprometam sua dignidade, colocando o Estado como o principal responsável por assegurar tais condições.

A pesquisa sobre o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana foca no entendimento de como esses conceitos se articulam no contexto das políticas públicas e no direito assistencial brasileiro. Embora a Constituição não mencione explicitamente o termo "mínimo existencial", pode-se sustenta que tal concepção está implícita em suas garantias de direitos fundamentais, sendo um parâmetro indispensável para a promoção da justiça social. Desse modo, a discussão se volta para a necessidade de ações estatais que promovam o bem-estar social, garantindo a inclusão e a proteção das camadas mais vulneráveis da sociedade, de forma a concretizar o princípio da dignidade humana.

Por seu turno, a segunda seção promoveu uma análise a respeito do Benefício de Prestação Continuada (BPC), previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), que representa uma importante política de assistência social voltada para pessoas idosas e com deficiência que se encontram em situação de vulnerabilidade e não podem prover sua própria subsistência. O BPC garante um salário mínimo mensal aos beneficiários, funcionando como um mecanismo de proteção social que visa promover a dignidade e reduzir a desigualdade, sem a exigência de contribuição prévia ao sistema previdenciário.

Neste contexto, é importante reconhecer que o BPC se destaca como um instrumento de justiça social ao inserir indivíduos em situação de extrema pobreza no sistema de seguridade social brasileiro. A pesquisa explora como a aplicação deste benefício visa assegurar um mínimo existencial para as pessoas mais vulneráveis, ressaltando o papel do Estado na promoção do bem-estar social. Além disso, investiga os desafios e limitações impostos pelos critérios de elegibilidade, em especial o critério econômico, e sua influência na efetivação do direito à assistência social, tornando o BPC um objeto central para a análise da proteção aos direitos fundamentais no Brasil.

Na terceira seção, e que se debruça sobre a problemática proposta, abordou-se o critério econômico para a concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC), que exige uma renda per capita familiar inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, o qual tem sido alvo de debates sobre sua constitucionalidade. Ora, o critério rígido pode excluir pessoas em situação de vulnerabilidade que, embora não atendam a essa exigência objetiva, ainda vivem em condições de extrema necessidade. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem se pronunciado sobre a necessidade de relativizar o critério econômico, considerando outros fatores de vulnerabilidade, como despesas médicas e o grau de dependência dos beneficiários.

A discussão sobre a constitucionalidade desse fator envolve a interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana e a proteção ao mínimo existencial. O STF, em decisões recentes, tem permitido

que o critério de renda seja flexibilizado, com o objetivo de garantir que o BPC atenda sua função de proteção social. A pesquisa, portanto, explora essa relativização como um mecanismo necessário para assegurar a justiça social, observando a evolução jurisprudencial que busca adaptar o critério econômico às realidades diversas dos solicitantes, sem comprometer a efetividade do benefício.

Em termos metodológicos, foram empregados os métodos científicos historiográfico e dedutivo. O primeiro método foi utilizado no estabelecimento da análise histórico-normativa da dignidade da pessoa humana, tendo como paradigma o tratamento da questão na ordem constitucional brasileira. Já o método dedutivo encontrou aplicabilidade no recorte temático proposto para o debate central do artigo. Ainda no que concerne à classificação, a pesquisa se apresenta como dotada de aspecto exploratório e se fundamenta em uma análise conteudística de natureza qualitativa.

Como técnicas de pesquisa, optou-se pela adoção da revisão de literatura sob o formato sistemático, acompanhado de revisão bibliográfica. O critério de seleção do material empregado pautou-se em um viés de aproximação com a temática estabelecida, a partir de um recorte regional. As plataformas de pesquisa utilizadas foram o *Google Acadêmico*, o *Scielo* e o *Scopus*, sendo, para tanto, utilizados como descritores de seleção do material as expressões “Benefício de Prestação Continuada”; “BPC-LOAS”; “Deficiência”; “Caráter Assistencial”; “Incapacidade Laboral”; “Miserabilidade”; “Análise Jurisprudencial”.

1 O MÍNIMO EXISTENCIAL SOCIAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM DIÁLOGO: PENSAR A TEMÁTICA À LUZ DA JUSFUNDAMENTALIDADE

A Constituição Federal de 1988, comumente chamada de “Constituição Cidadã”, é um marco fundamental na história do Brasil, pois simboliza a transição de um regime autoritário para um Estado Democrático de Direito. Preliminarmente, importante destacar que a Constituição Federal de 1988, em seu preâmbulo, instituiu um Estado Democrático, assegurando o exercício de diversos direitos:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (Brasil, 1988).

O preâmbulo da Constituição reflete essa mudança de paradigma, comprometendo-se a assegurar os direitos sociais e individuais, além de valores essenciais como liberdade, igualdade e justiça. Este

preâmbulo não é apenas uma introdução formal, mas um guia hermenêutico que influencia a interpretação dos dispositivos constitucionais e orienta a aplicação das normas no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Cidadã, portanto, tornou-se um símbolo da redemocratização nacional, instituindo importantes direitos aos cidadãos, representando grande avanço em questões sociais e garantias das liberdades individuais, ao ser promulgada em um momento crítico de regime militar, em que as liberdades individuais eram deixadas de lado pelas autoridades (Silva, 2018).

Com isso, a Constituição Federal destacou-se por estabelecer um amplo conjunto de direitos sociais e atribuir aplicabilidade imediata e plena exigibilidade a todos os direitos fundamentais, o que influencia a doutrina do mínimo existencial no Brasil ao reforçar a eficácia desses direitos (Espinoza, 2017). Desse modo, o preâmbulo da Constituição de 1988 não apenas introduz o texto normativo, mas também serve como base para a consolidação de um bloco hermenêutico-político que molda a aplicação dos direitos fundamentais no Brasil.

Em síntese, a Constituição Federal de 1988 adotou a dignidade da pessoa humana como parte do direito positivo constitucional, como um princípio jurídico fundamental, estando intimamente ligado com o mínimo existencial, sendo um conjunto de condições materiais, essenciais e elementares, em que o objetivo é resguardar a dignidade da pessoa humana. Com isso, o mínimo social, também conhecido como mínimo social, se relaciona com os direitos sociais, a fim do Estado intervir com ações mínimas às pessoas, preservando um mínimo existencial, por meio da dignidade da pessoa humana, garantindo que todas as pessoas hipossuficientes tenham o mínimo existencial (Macedo, 2023).

Dessa forma, importante destacar que, embora a Constituição Federal de 1988 não mencione explicitamente o direito ao mínimo existencial, ela abrange várias dimensões desse conceito ao assegurar, por meio de dispositivos como o preâmbulo e artigos fundamentais, direitos sociais e individuais, a dignidade da pessoa humana, e o objetivo de erradicação da pobreza. No entanto, deve-se anotar que tais previsões constitucionais não se limitam à mera garantia do mínimo existencial, mas abarcam uma gama mais ampla de direitos e garantias fundamentais (Macedo, 2023).

Nesse sentido, verifica-se que a Constituição Federal aborda sobre os direitos fundamentais em seus arts. 5º a 17, que se referem aos direitos garantidos pela constituinte, os quais se subdividem em cinco: direitos individuais e coletivos (art. 5º), direitos sociais (arts. 6º a 11), direitos da nacionalidade (art. 12), direitos políticos (arts. 14 e 15) e direitos relacionados à existência (art. 17). Nesse sentido, destaca-se que o constituinte:

[...] ressaltou que o Estado Democrático de Direito que instituía tinha como fundamento a dignidade da pessoa humana, conforme previsão no Artigo 1º, inciso III. Assim, a Constituição brasileira de 1988 inovou com transformações profundas e antes não registradas na história do constitucionalismo brasileiro, representando um grande marco jurídico na redemocratização do país. Ademais ela consagrou o valor da dignidade da pessoa humana como princípio máximo e o elevou a uma categoria superlativa em nosso ordenamento, na qualidade de norma jurídica fundamental (Grobério, 2005, p. 51).

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana foi instituído, na Constituição Cidadã de 1988, a fim de garantir a todos os cidadãos que sejam concretizadas condições materiais de existência do homem (Grobério, 2005, p. 53), os quais atraem todos os direitos fundamentais. Nesse mesmo sentido, importante destacar a interpretação de Bittencourt (2021, p. 419 *apud* Luft, 2022, p. 25), sobre a dignidade da pessoa humana, em especial quando o autor aduz que:

[...] a dignidade se revela em um conjunto de políticas inclusivas, tais como especial proteção à família, direito ao estudo, à saúde, ao trabalho, à previdência social e, nas situações em que resta impossibilitado o exercício de atividade laborativa e, por consequência, o acesso ao sistema previdenciário, a cobertura assistencial comparece com seu intuito inclusivo na busca da efetivação da autorregularização (Bittencourt, 2021, p. 419 *apud* Luft, 2022, p. 25).

O princípio da dignidade da pessoa humana ocupa posição central na Constituição de 1988, figurando como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme disposto no art. 1º, inciso III. Em decorrência da centralidade conferida, a dignidade da pessoa humana é tratada como um valor supremo, eis que orienta a interpretação e aplicação de todos os direitos e garantias constitucionais, conformando, por via de consequência, a aplicação do ordenamento jurídico brasileiro, de modo a atender seu conteúdo. Assim, a dignidade da pessoa humana está intrinsecamente ligada à efetivação dos direitos sociais, que são mecanismos fundamentais para assegurar o mínimo existencial.

A teoria do mínimo existencial, amplamente discutida na doutrina jurídica, está diretamente relacionada à proteção da dignidade da pessoa humana. O princípio do mínimo existencial refere-se às necessidades de todos os indivíduos a fim de obter uma vida digna. Conforme salienta Nascimento (2016), o mínimo existencial se refere aos direitos necessários para uma vida, para garantir condições mínimas de dignidade, o qual se refere aos direitos previstos na Constituição Federal, tais como direitos sociais, econômicos e culturais, em que o Estado deve desenvolver programas para que esses direitos alcancem o indivíduo. Essa teoria postula que o Estado tem a obrigação de assegurar que todos os indivíduos disponham das condições necessárias para uma existência digna, o que inclui a garantia de direitos sociais básicos como saúde, educação, moradia e alimentação.

Desse modo, há uma ligação entre o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana em que se extrai que “há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas” (Torres, 1989, p. 29). Portanto, os princípios da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, são deveres que o Estado deve concretizar aos cidadãos:

A dignidade da pessoa humana como preceito ético e fundamento constitucional exige do Estado não só respeito e proteção, mas garantia de efetivação dos direitos dela decorrentes. Toda a pessoa é sujeito de direitos e deveres e como tal deve ser tratada. Quando, do ponto de vista jurídico, falamos de um "mínimo existencial" estamos tratando de algo intrinsecamente ligado à realização dos direitos fundamentais, que representam a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. A ideia que o norteia refere-se à preservação e garantia das condições e exigências mínimas de uma vida digna. Isso significa dizer que o direito ao mínimo existencial está alicerçado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana. Que esta seja respeitada, protegida e promovida é dever do Estado (Weber, 2013, p. 198).

A correlação entre o mínimo existencial e os direitos sociais é evidente na própria estrutura normativa da Constituição de 1988. Os direitos sociais, como saúde, educação, e assistência social, são expressamente garantidos pela Constituição como meios para assegurar as condições mínimas de existência digna. Ademais, compreende-se que, no contexto específico do Benefício de Prestação Continuada (BPC-LOAS), previsto, de maneira expressa, na redação do art. 203, inciso V, da Constituição, o Estado brasileiro assume a responsabilidade de prover um benefício assistencial a pessoas idosas ou com deficiência que não possuem meios de prover a própria subsistência.

Aludido benefício representa uma concretização do compromisso constitucional com o mínimo existencial, garantindo que indivíduos em situação de extrema vulnerabilidade possam ter acesso a um patamar básico de dignidade. Destarte, “desses dois princípios decorre a noção de ‘mínimo existencial’, que reúne todo o conjunto de fatores e direitos que são condições para uma existência digna, essencial para o atendimento de um dos três elementos da dignidade humana, que é a autonomia individual” (Levin; Levin, 2023, p. 26).

Assim, torna-se relevante abordar sobre a *jusfundamentalidade* desses direitos no ordenamento jurídico. A princípio, o estudo da *jusfundamentalidade* envolve responder quais direitos devem ser considerados fundamentais, sendo que essa resposta representa um ponto de vista externo à filosofia política da *jusfundamentalidade* de um bem, sem necessariamente refletir a identificação de um direito fundamental válido para a teoria constitucional ou para a dogmática jurídica (Ferrajoli, 2011, p. 89 *apud* Bielschowsky, 2015, p. 83). Dessa forma, conforme a interpretação de Torres (1989),

constata-se que o mínimo existencial não se encontra pronunciado na Constituição, contudo deve ser procurado na ideia de liberdade, pelos princípios da igualdade, devido processo legal, da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão.

Acrescenta Rawls (1980, p. 156 *apud* Torres, 1989) que o mínimo existencial carece de conteúdo específico, pois abrange qualquer direito, ainda que originariamente não fundamental, como o direito à saúde e à alimentação, sendo considerado sua dimensão essencial e inalienável, e ainda sem a possibilidade de ser mensurado, visto que envolve questões de qualidade e não de quantidade, sendo o princípio ligado à ideia de justiça e redistribuição da riqueza social. Diante disso, tem-se que ao garantir as exigências princípio da dignidade da pessoa humana, serão atendidas, por consequência, as condições necessárias para o mínimo existencial e social. Nesse sentido, importante trazer um maior esclarecimento sobre o tema, considerando que:

Do aprimoramento técnico das noções de auxílio material do Estado para garantia de condições mínimas indispensáveis para uma existência digna, tem-se que (i) o “auxílio material” do Estado corresponde a prestações positivas estatais, cuja essencialidade traduz-se no conteúdo dos direitos fundamentais sociais, enquanto direitos prestacionais por definição; (ii) as “condições mínimas indispensáveis” dizem respeito não a todos os direitos fundamentais sociais, nem ao conteúdo integral de cada um desses direitos, mas ao seu denominado núcleo essencial; (iii) a “existência digna” relacionada ao mínimo existencial tem como parâmetro não a dignidade humana em seu conteúdo pleno ou integral, mas em nível elementar somente. (Toledo *et al*, 2019, p. 218)

Desse modo, importante destacar alguns julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), os quais abordam sobre o dever do Estado de garantir a dignidade da pessoa humana, atendendo às necessidades básicas do cidadão, a fim de assegurar o mínimo existencial. Nesse sentido, extrai-se de julgados do STF, O compromisso do Estado Constitucional e Democrático de Direito com a cidadania e a dignidade da pessoa humana está estabelecido no artigo 1º da Constituição Federal, refletindo-se nos objetivos fundamentais da República previstos no artigo 3º, como a construção de uma sociedade justa, a erradicação da pobreza e a promoção do bem de todos. Esses princípios orientam uma atuação ativa do Poder Público, em consonância com os direitos fundamentais que possuem aplicação imediata, conforme o § 1º do artigo 5º.

Em tempos de crise, o respeito à dignidade da pessoa humana deve ser mantido, e o Estado é responsável por implementar políticas públicas que garantam a satisfação das necessidades básicas, como saúde, educação e segurança, visando o desenvolvimento das capacidades humanas e a

promoção do progresso social (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 822. Relator: Ministro Marco Aurélio, 2023).

Portanto, a Constituição Federal de 1988, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental e ao reconhecer a importância do mínimo existencial, estabelece uma base sólida para a proteção dos direitos sociais no Brasil. A correlação entre a dignidade humana e o mínimo existencial, como destacada por autores acima, reflete o compromisso do Estado com a promoção de uma vida digna para todos os cidadãos, especialmente os mais vulneráveis.

Esse compromisso é concretizado por meio de políticas públicas e benefícios assistenciais, como o BPC-LOAS, que buscam garantir que todos os indivíduos possam desfrutar de condições básicas de vida, conforme preconizado pela ordem constitucional brasileira. O reconhecimento do mínimo existencial como um núcleo essencial de direitos é fundamental para a realização da justiça social e para a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988.

2 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC) COMO INSTRUMENTO ECONÔMICO-PREVIDENCIÁRIO DE PROMOÇÃO DO SOCIAL

O Benefício de Prestação Continuada (BPC), previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) – Lei nº 8.742/1993, representa um marco importante nas políticas de assistência social no Brasil. Contudo, antes aprofundar sobre o BPC-LOAS, torna-se necessário uma abordagem sobre os direitos de segunda geração.

Primeiramente, quanto aos direitos de primeira dimensão, também conhecidos como direitos civis e políticos, concentram-se em assegurar a liberdade individual e a proteção contra a intervenção estatal indevida. Os direitos de primeira dimensão são desdobramentos da emergência do modelo de Estado de Direito, submetido ao império da legalidade, bem como as revoluções burguesas ocorridas no século XVIII, bem como o declínio da estrutura absolutista do Estado. Tem-se, aqui, a construção de paradigma ausenteísta do Estado, no tocante à vida privada do cidadão, que passa a ser o protagonista de tal modelo estatal, ao passo que o governante e a própria atuação do Estado ficam condicionadas, de maneira estrita, àquilo que o ordenamento jurídico consagra (Zoghbi, 2017).

Os direitos de segunda dimensão relacionam-se com os direitos sociais, econômicos, previdenciário e da assistência social, ora necessários para a análise do presente artigo, estão diretamente ligados às liberdades positivas e ao princípio da igualdade material entre os indivíduos. Nesse contexto, o Estado não apenas se abstém de intervir, mas é chamado a atuar ativamente na criação de políticas públicas que promovam o bem-estar social e assegurem direitos como saúde, educação, trabalho, moradia e previdência social. Tais direitos estabelecem obrigações positivas ao Estado, visando melhorar a qualidade de vida da população e garantir um nível mínimo de dignidade para o pleno exercício da liberdade. Alguns exemplos históricos desses direitos incluem a Constituição de Weimar, na Alemanha, e o Tratado de Versalhes, ambos de 1919 (Zoghbi, 2017).

Assim, os direitos de segunda dimensão exigem do Estado uma postura ativa para garantir a realização de condições mínimas para o bem-estar de seus cidadãos. É nesse contexto que emergem os direitos sociais, econômicos e previdenciários, que têm como objetivo central promover a justiça social e reduzir as desigualdades estruturais.

Destaca-se que quando os direitos de segunda dimensão deixam o campo filosófico e são incorporados em declarações de direitos, legislações e constituições, surge o Estado intervencionista, também conhecido como Estado de Bem-Estar Social ou Estado-Providência. Esse modelo estatal não se limita a proteger a liberdade individual frente ao poder público, mas assume um papel ativo na promoção da igualdade material, organizando a economia e implementando programas sociais que garantam a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, especialmente em benefício daqueles que mais necessitam do apoio estatal (Mendonça, Bertuol, 2009).

Assim, verifica-se que, na Constituição de 1988, esses direitos são encontrados no rol do art. 6º, como uma proteção dos direitos fundamentais, elevando os direitos sociais ao mesmo patamar de importância dos direitos civis e políticos, fazendo o Estado assumir o compromisso de atuar proativamente para a concretização desses direitos, utilizando-se de políticas públicas que garantam o mínimo existencial necessário à dignidade da pessoa humana.

Em relação aos direitos econômicos, a interconexão entre o desenvolvimento econômico e os direitos humanos reside no fato de que, enquanto os direitos essenciais ao ser humano não forem efetivamente garantidos, o desenvolvimento econômico será limitado. Portanto, o crescimento econômico deve ser orientado para o fortalecimento dos direitos humanos e a promoção da justiça social. O Estado deve assumir um papel ativo, incentivando o desenvolvimento econômico com um foco na equidade e na justa distribuição dos benefícios gerados (Agra, 2024). Esses direitos estão

intrinsecamente ligados à noção de bem-estar social, uma vez que a prosperidade econômica deve ser compartilhada por todos os cidadãos, e não apenas por uma parcela privilegiada da população. Nesse sentido, a ordem econômica deve estar subordinada à valorização do trabalho e à dignidade humana, conforme preconizado no artigo 170 da Constituição.

Ademais, na Constituição Federal de 1988, foram reconhecidos os direitos previdenciários no rol do art. 6º, bem como sendo especificado em um capítulo próprio, que se debruça sobre a seguridade social. Os direitos previdenciários, por sua vez, estão intimamente conectados aos direitos sociais e econômicos, uma vez que representam uma forma de proteção social contra os riscos inerentes à vida, como a velhice, a doença, a invalidez e o desemprego. Nesse sentido, a previdência social, prevista no artigo 201 da Constituição, é organizada sob a forma de regime geral e deve atender, de forma universal, a todos os trabalhadores. Dessa forma, destaca-se que:

Não por menos, a ideia de seguridade tem por finalidade prevenir o homem contra os riscos sociais a que está sujeito e que, em determinadas situações, superam suas próprias forças e previsões. Constitui um seguro de plano social, com vista a garantir um atendimento mínimo ao cidadão quando surpreendido por determinados deficiências (Rodrigues, 2015, p. 10).

A seguridade social, ao garantir os mínimos necessários para a sobrevivência do indivíduo, atua como um instrumento essencial de bem-estar. Além disso, contribui para a redução das desigualdades sociais ao suprir a falta de recursos financeiros no orçamento familiar, tornando-se um mecanismo fundamental para a promoção da justiça social (Santos, 2020, p. 13). Tanto a previdência social como a assistência social fazem parte da seguridade social, sendo institutos distintos na quanto às contribuições previdenciárias, sendo a assistência social uma proteção para os que dela necessitarem, na forma da lei, sem a necessidade do pagamento de contribuições, enquanto a previdência social é o direito dos indivíduos que pagam contribuições previdenciárias, tornando-se segurados do sistema (Santos, 2020, p. 22).

A Constituição Federal (CF) estabelece, em seu art. 194, sobre a assistência social como um direito assegurado pela seguridade social. Assim, a assistência social encontra fundamento no art. 203 da CF, sendo garantida às pessoas que dela necessitarem, independentemente de contribuição à seguridade social. A assistência social, conforme estabelecido pela Constituição, não se limita a uma função meramente assistencialista, focada em oferecer socorro temporário aos necessitados. Seu objetivo é atuar como um fator de transformação social, promovendo a inclusão e a integração dos beneficiários na comunidade. A intenção é que, a partir do suporte assistencial, essas pessoas se tornem menos

desiguais e sejam capacitadas a participar ativamente da sociedade, assegurando sua própria subsistência (Santos, 2020, p. 280).

Com a sanção da Lei nº. 8.742/1993, que dispõe sobre a organização da assistência social, sendo conhecida como a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), foram regulamentadas as regras constitucionais, que instituiu o benefício de prestação continuada. Assim, tal disposição legal trouxe os requisitos e as particularidade necessárias para o acesso ao benefício do BPC-LOAS para que o cidadão tenha as suas necessidades básicas garantidas, mesmo que não tenha contribuído para a seguridade social (Castro, Lazzari, 2023, p. 615).

Desse modo, a assistência social tem por objetivos (art. 203, incisos I ao V, da CF; art. 2º, incisos I ao III, da Lei nº 8.742/1993) de garantir: a proteção dos indivíduos; o amparo aos carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e a integração à sociedade; a garantia de um benefício mensal e sucessivo no valor de um salário mínimo a pessoa que comprovar não possuir condições de prover a manutenção própria ou de sua família; a redução da vulnerabilidade socioeconômica de pessoas em situação de pobreza ou extrema pobreza. Ademais, de acordo com Alexandre, Rosa e Lima,

A criação do benefício assistencial na CRFB/1988 transcorre pela mobilização dos movimentos sociais, sendo decorrente da Emenda Popular nº PE00077-6. Assim, o BPC foi instituído objetivando a transferência de renda a pessoas idosas e pessoas com deficiência, integrando a Proteção Social Básica no âmbito do SUAS. Não obstante, o benefício tenha sua gênese em 1988, a sua regulamentação ocorre em 1993 com a promulgação da Lei n. 8.742, denominada como LOAS. (Alexandre; Rosa; Lima, 2020, p. 36)

Assim, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) regulamenta a assistência social, tratando-se de um direito do cidadão e um dever do Estado, caracterizada como uma política de seguridade social não contributiva, destinada a atender necessidades básicas por meio de ações integradas entre o setor público e a sociedade. Embora o termo "cidadão" seja tecnicamente definido como quem possui direitos políticos, na assistência social essa noção é ampliada para abranger todos os brasileiros em situação de vulnerabilidade, mesmo que tenham perdido esses direitos, conforme previsto no art. 15 da Constituição Federal (Goés, 2022, p. 598).

Ademais, a assistência social, conforme o art. 1º da LOAS, é uma Política de Seguridade Social que visa garantir o mínimo existencial, necessário para preservar a dignidade humana. Esse mínimo, abaixo do qual o indivíduo perde sua autonomia, impõe limites à redução ou expansão excessiva dos direitos

sociais, de forma a evitar que a assistência social se transforme em assistencialismo político e comprometa outros interesses sociais, como a valorização do trabalho. Além de ser um direito do cidadão, a assistência social é um dever do Estado, não se tratando de caridade, mas de uma obrigação estatal, podendo também contar com a participação da sociedade nas ações integradas (Goés, 2022, p. 598).

Dessa forma, unindo os ensinamentos de Zoghbi (2017) e Góes (2022), ao abordar o Benefício de Prestação Continuada (BPC), é imprescindível reconhecer que ele se insere nesse contexto mais amplo de direitos de segunda dimensão. Ao garantir a subsistência de pessoas em situação de vulnerabilidade extrema, o BPC atua como um mecanismo de promoção da justiça social, assegurando que a dignidade da pessoa humana seja preservada, mesmo nas condições mais adversas. O BPC, assim, não é apenas um benefício econômico, mas uma concretização dos compromissos assumidos pela ordem constitucional brasileira na promoção dos direitos sociais, econômicos e previdenciários, por meio da assistência social.

Isso porque, enquanto a previdência social será prestada aos que dela contribuírem, a assistência social será prestada aos que dela necessitarem, independentemente de contribuição, sendo criado pela Constituição Federal como um instrumento de transformação social, sendo de além de caráter assistencial. Sendo assim, tem-se a assistência social regida por alguns princípios, destacados pelo art. 4º da Lei nº 8.742/1993 (LOAS), quais sejam: a supremacia do atendimento às necessidades sociais; a universalização dos direitos sociais; o respeito à dignidade do cidadão; à igualdade de direitos no acesso ao atendimento; a divulgação ampla dos benefícios (Goés, 2022, p. 600).

O Benefício de Prestação Continuada (BPC), previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) – Lei nº 8.742/1993, representa um marco importante nas políticas de assistência social no Brasil. Destinado a idosos com 65 anos ou mais e pessoas com deficiência de qualquer idade que vivam em condição de miserabilidade, o BPC garante um salário mínimo mensal, funcionando como um instrumento de combate à exclusão social e de promoção da dignidade humana. “A velhice é uma etapa da vida marcada por maior vulnerabilidade, tornando os idosos mais suscetíveis a diversas adversidades, o que justifica a necessidade de atenção especial por parte do Estado” (Goés, 2022, p. 600).

“O BPC contribui para ampliação da autonomia e cidadania dos beneficiários, porquanto a renda auferida propicia o aumento da independência econômica em relação às suas famílias” (Alexandre, Rosa, Lima, 2020, p. 37). Assim, a Constituição Federal de 1988, por meio da LOAS, busca cumprir o

seu papel social de garantir a dignidade dos cidadãos (princípio fundamental disposto no art. 1º, inciso III), bem como de cumprir com seus objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I), erradicando a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inciso III).

O recebimento do Benefício de Prestação Continuada (BPC) é destinado a indivíduos cuja renda pessoal seja inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, ou cujas famílias possuam uma renda per capita abaixo desse valor. Essa definição de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo foi estabelecida pelo legislador na Lei nº. 8.742/93 (LOAS), criando uma linha de marginalidade imaginária que determina quem está legitimado a receber o benefício assistencial (Calixto Júnior, 2011, p. 6).

A Lei nº. 14.176/2021, advinda da conversão da Medida Provisória nº. 1.023/2020, manteve o critério de renda per capita familiar "igual ou inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo" para o recebimento do Benefício de Prestação Continuada (BPC). No entanto, permitiu que, por regulamento, esse limite de renda pudesse ser ampliado para até $\frac{1}{2}$ do salário-mínimo. Além disso, o artigo 20-B da LOAS, também introduzido pela referida lei, estabelece que a avaliação de outros elementos probatórios da condição de miserabilidade e vulnerabilidade deve considerar aspectos como o grau de deficiência, a dependência de terceiros para atividades básicas e o comprometimento do orçamento familiar com despesas médicas e tratamentos essenciais, desde que não cobertos pelo SUS ou SUAS e comprovadamente necessários para a preservação da saúde e vida (Castro; Lazzari, 2023, p. 616).

A aplicação desse critério é um dos pontos mais discutidos em termos de justiça social, considerando as diferentes realidades econômicas e regionais do Brasil. O rigor desse limite de renda tem sido objeto de questionamentos judiciais e de discussões no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), o que será abordado na próxima seção sobre jurisprudência. Apesar das críticas, essa norma busca assegurar a concessão do BPC às famílias que realmente não têm condições de prover o sustento dos indivíduos mais vulneráveis (Goés, 2022, p. 616).

Ressalta-se que o Benefício de Prestação Continuada (BPC), previsto no art. 203, V, da Constituição Federal e regulamentado pela LOAS, é um dos principais mecanismos da assistência social, garantindo o pagamento de um salário mínimo mensal a pessoas com deficiência e idosos a partir de 65 anos que comprovem não possuir condições de se manter ou de ter seu sustento provido pela família. O BPC pode ser solicitado através dos canais do INSS ou órgãos autorizados, e sua data de início é, geralmente, a data do requerimento administrativo. Em caso de pedido judicial, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) define que, sem o requerimento administrativo prévio, o benefício deve ser contado a

partir da citação do INSS. Além disso, é exigida a inscrição no CPF e no CadÚnico para a concessão, manutenção e revisão do benefício (Góes, 2022, p. 615).

Portanto, para ter direito a receber o BPC-LOAS, deve o indivíduo “ser pessoa com deficiência ou idosa com 65 anos ou mais, que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. São requisitos cumulativos: a deficiência ou a idade e a necessidade” (Santos, 2020, p. 285). A avaliação da deficiência deve considerar o grau da limitação, medido por um instrumento biopsicossocial, além de incluir a dependência de terceiros para atividades cotidianas e os impactos financeiros no orçamento familiar decorrentes de despesas médicas, tratamentos e itens essenciais à saúde que não são oferecidos gratuitamente pelo SUS ou Suas. Esses critérios se aplicam tanto a pessoas com deficiência quanto a idosos, com particularidades para cada grupo (Castro; Lazzari, 2023, p. 616).

Para a concessão do benefício, especificamente, para a pessoa com deficiência, que é considerada como aquela que possui impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que, ao interagir com barreiras, dificulta sua participação plena na sociedade em igualdade de condições. Esses impedimentos, com duração mínima de dois anos, devem incapacitá-la para a vida independente e o trabalho. A avaliação dessa condição é realizada pelo Serviço Social e pela Perícia Médica Federal (Castro; Lazzari, 2023, p. 617).

Ademais, serão avaliados o grau da deficiência e o grau do impedimento (do art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742/1993), por meio de uma avaliação médica e avaliação social, podendo ser realizada por meio do uso de tecnologia de telemedicina ou por análise documental, conforme estabelecido no art. 40-B, § 2º, da Lei nº 8.742/1993 e no art. 2º, § 3º, da Lei nº 13.146/2015.

3 REFLEXÕES SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO FATOR ECONÔMICO COMO INSTRUMENTO PARA A CONCESSÃO DO BPC: UMA ANÁLISE ACERCA DA RELATIVIZAÇÃO À LUZ DO STF

Passando para a questão do requisito de miserabilidade para fins de concessão do BPC, a LOAS fixa, em seu art. 20, § 3º, em *per capita* de até ¼ do salário mínimo como o critério objetivo. Cabe mencionar que cinco anos após a promulgação da Lei nº. 8.742/1993, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 1.232, em 27 de agosto de 1998, validou o critério econômico de ¼ do salário mínimo como parâmetro para a caracterização da miserabilidade (Conzatti, 2024).

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já havia se posicionado em 28/10/2009, antes do julgamento do STF da inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei nº. 8.742/1993 (LOAS). O STJ, por meio do Recurso Especial (REsp) nº. 1.112.557/MG como *Leading Case*, submeteu a julgamento a questão sobre a possibilidade de demonstração da condição de miserabilidade por outros meios de prova, quando a renda *per capita* do núcleo familiar for superior a ¼ do salário mínimo, a fim de concessão do benefício assistencial (BPC), sendo firmado o Tema Repetitivo 185, com a tese que:

A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão proferido em Recurso Especial nº 1.112.557/MG. Tema Repetitivo nº. 185. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Órgão Julgador: Quinta Turma. Julgado em 28 out. 2009).

Novamente, essa questão passou a ser tema de discussão no Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário (RE) nº. 567.985, tendo como ementa:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa

Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 567.985, Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator(a) p/ Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgado em 18 abr. 2013)

Esse julgado foi interligado com o Recurso Extraordinário nº. 580.963, pelo fato de ambos tratarem da questão da inconstitucionalidade dos critérios de aferição da miserabilidade previstos no § 3º do art. 20 da Lei nº. 8.742/1993 (LOAS), sendo julgados na mesma sessão plenária do STF, em 18 de abril de 2013. Assim, o Plenário do STF, ao julgar conjuntamente os Recursos Extraordinários nº. 567.985 e nº. 580.963, em abril de 2013, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº. 8.742/1993. A decisão levou em consideração mudanças significativas no cenário político, econômico e social, bem como alterações legislativas que afetaram os critérios para concessão de benefícios assistenciais. O dispositivo foi considerado inconstitucional, mas sem pronúncia de nulidade (Conzatti, 2024).

Com base nessa decisão do STF, a análise da miserabilidade para concessão de assistência social deve considerar as condições socioeconômicas da família do beneficiário, conforme a tese fixada no Tema 27 de Repercussão Geral (Conzatti, 2024). Assim, a decisão do STF sobre o critério de renda familiar *per capita* para concessão do benefício assistencial de prestação continuada foi clara ao afirmar que:

É inconstitucional o § 3º do artigo 20 da Lei [nº.] 8.742/1993, que estabelece a renda familiar mensal per capita inferior a um quarto do salário mínimo como requisito obrigatório para concessão do benefício assistencial de prestação continuada previsto no artigo 203, V, da Constituição (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Tema nº. 27, 2013).

Como consequência do julgamento do STF, o critério legal para aferição da miserabilidade foi considerado inválido, permitindo ao Judiciário avaliar, em cada caso concreto, se há ou não direito à concessão do BPC (Santos, 2020, p. 291). Assim, o § 3º do art. 20 da Lei nº. 8.742/1993 é considerado inconstitucional, pois contraria o objetivo da Constituição Federal de garantir a proteção social a pessoas com deficiência ou idosas que não possuem meios para prover sua própria subsistência. A Constituição fixa o benefício assistencial em um salário mínimo, evidenciando que o bem-estar social

deve ser assegurado pela implementação dos direitos sociais e que ninguém pode sobreviver com menos do que o mínimo estipulado. Ao estabelecer que o critério para aferição da necessidade seria uma renda *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo, o legislador criou um *discrímen* inconstitucional, presumindo equivocadamente que aqueles que têm menos necessitariam de ainda menos para sobreviver (Santos, 2024, p. 120).

Na decisão do caso, duas perspectivas foram apresentadas. A posição predominante, defendida pelos ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes, argumentava que o critério de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo apresentava uma omissão parcial, pois não refletia adequadamente a verdadeira condição de miserabilidade do beneficiário. Os Ministros sustentavam que, apesar de uma renda per capita familiar superior, o indivíduo poderia ainda ser considerado pobre e necessitar do benefício. Para esses ministros, o direito ao benefício derivava diretamente da Constituição, e não apenas da política social estabelecida pela LOAS, que apenas operacionalizava esse direito. Eles alertavam que considerar o critério de $\frac{1}{4}$ como suficiente para identificar os mais necessitados poderia resultar na exclusão daqueles cujo direito à dignidade humana ainda estaria ameaçado pela pobreza, mesmo sem atender ao critério estabelecido (Wang, Vasconcelos, 2015, p. 141).

O Ministro Marco Aurélio argumentou que é evidente que deixar uma pessoa desamparada, sem os meios básicos para garantir sua própria subsistência, especialmente em situações de idade avançada ou deficiência, representa uma clara desconsideração do valor da dignidade humana. Além disso, a insuficiência de recursos não é o único critério relevante, pois a concessão do benefício também pressupõe a incapacidade do indivíduo ou de sua família em prover o sustento, o que enfatiza a importância da proteção social (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 567.985. Voto: Ministro Marco Aurélio, 2013).

Com o passar do tempo, a inflação e os reajustes do salário mínimo podem alterar a situação fática de forma significativa, criando um cenário que se distancia dos objetivos constitucionais. Um exemplo disso é o caso de uma família composta por dois idosos e uma criança com deficiência, onde o critério objetivo estabelecido pelo legislador para determinar a pobreza não concretiza adequadamente os preceitos constitucionais (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 567.985. Voto: Ministro Marco Aurélio, 2013, p. 9-10).

Ao focar exclusivamente no critério de "renda", o legislador ignorou outros elementos relevantes para a análise da miserabilidade. Embora o artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993 não seja, por si só, inconstitucional, ele gerou uma situação concreta de inconstitucionalidade. (Brasil. Supremo Tribunal

Federal. Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 567.985. Voto: Ministro Marco Aurélio, 2013, p. 10). Nesse mesmo sentido, o Min. Luiz Fux, votou pela declaração de inconstitucionalidade por omissão do § 3, do art. 20, da Lei nº. 8.742/1993 (LOAS), sem pronúncia de nulidade, sob a argumentação que o princípio da isonomia e o princípio da dignidade humana, explicitados na Constituição Federal de 1988 e reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal, demandam que o juiz, em períodos de lacunas legislativas, avalie como proceder em cada caso concreto para evitar violações desses princípios. Em outras palavras, essa abordagem é o que se estabelece neste contexto. (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 567.985. Voto-Vista: Ministro Luiz Fux, 2013).

A segunda perspectiva, defendida pelos ministros Teori Zavascki e Ricardo Lewandowski, sustentava que a discussão se alinhava com os termos da ADI nº. 1.232. Assim, para esses ministros, a revisão da decisão em recurso extraordinário só seria viável se o critério de renda da LOAS tivesse sofrido uma inconstitucionalidade superveniente, o que, na visão dos votos dissidentes, não havia ocorrido (Wang, Vasconcelos, 2015, p. 142).

Conforme o Ministro Teori Zavascki, a decisão do Supremo Tribunal Federal gerou muitas reservas nas instâncias inferiores, especialmente porque, nos Juizados Especiais Federais, havia a súmula n. 11 que permitia a concessão do benefício assistencial mesmo com renda per capita superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, desde que comprovada a miserabilidade por outros meios. Embora essa súmula tenha sido cancelada em 15/05/2006 devido à decisão na ADI nº 1.232/DF, sua orientação continuou a ser seguida em diversos julgados posteriores, desconsiderando a decisão do STF. A situação se agravou quando o STF, em várias decisões monocráticas, não acolheu reclamações do INSS para assegurar a aplicação da decisão na ADI nº 1.232/DF (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 567.985. Voto: Ministro Teori Zavascki, 2013, p. 7).

No final, a Corte decidiu negar provimento ao recurso e declarou incidentalmente a inconstitucionalidade parcial do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, sem alterar o texto da lei. Assim, o critério de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo continuaria em vigor e aplicável, mas sem desconsiderar outros critérios ou fontes de prova para avaliar a condição de miserabilidade no caso concreto, até que o Congresso Nacional forneça uma nova regulamentação, sem prazo definido para sua implementação (Wang, Vasconcelos, 2015, p. 142).

Assim, a decisão do STF, no RE nº 567.985/MT, reconhece que a pobreza extrema é um fenômeno complexo e multidimensional, que não pode ser avaliado unicamente por critérios objetivos e

quantitativos. O Poder Judiciário desempenha um papel essencial na proteção dos direitos das pessoas em situação de extrema pobreza, ao realizar uma análise individualizada e aprofundada dos casos, considerando todas as dimensões envolvidas. Assim, a relativização do critério de miserabilidade pelo Judiciário deve ser feita com base nas particularidades de cada caso, ressaltando que a concessão do benefício é um direito constitucional das pessoas em situação de extrema vulnerabilidade, não um privilégio. Nesse contexto, o Judiciário complementa a análise administrativa realizada pelo INSS, garantindo a efetividade do direito à assistência social, conforme previsto na Constituição Federal. A via judicial, entretanto, deve ser acionada apenas quando a análise administrativa falha em assegurar esses direitos, uma ocorrência frequente devido a reconhecidas falhas do sistema (Mendes, 2023, p. 24-25).

Dessa forma, a discussão sobre a (in) constitucionalidade do critério miserabilidade para fins de concessão do BPC-LOAS foi importante, visto que o critério de renda previsto na legislação limita significativamente a concessão de benefícios na esfera administrativa, o que frequentemente obriga os requerentes a recorrer ao Judiciário para garantir seus direitos. No âmbito judicial, o critério de renda é relativizado, permitindo que a análise considere a verdadeira condição de miserabilidade da família solicitante (Rezende, 2023, p. 92).

A partir de janeiro de 2022, o limite de renda mensal familiar per capita pode ser ampliado para até $\frac{1}{2}$ salário mínimo, conforme avaliação de outros elementos probatórios da condição de miserabilidade e da situação de vulnerabilidade, conforme previsto no art. 20, § 11-A e art. 20-B da Lei nº 8.742/1993, com redação dada pela Lei nº 14.176/2021. Essa ampliação está condicionada à regulamentação por decreto do Poder Executivo, que deve comprovar o cumprimento dos requisitos fiscais, conforme disposto no art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 14.176/2021 (Castro, Lazzari, 2023, p. 620).

Com isso, houve a relativização do critério econômico como objetivo de constatar a miserabilidade dos requerentes a fim de concessão de BPC-LOAS, a Lei nº 14.176/2021 deu uma nova redação no § 3º, do art. 20, da Lei nº 8.742/1993 (LOAS), acrescentando o trecho “observados os demais critérios de elegibilidade definidos nesta Lei”, bem como adicionando o § 11-A do referido artigo, com a seguinte descrição: “O regulamento de que trata o § 11 deste artigo poderá ampliar o limite de renda mensal familiar per capita previsto no § 3º deste artigo para até $\frac{1}{2}$ (meio) salário-mínimo, observado o disposto no art. 20-B desta Lei” (Brasil, 2021).

Dessa forma, há uma relativização do critério econômico, sendo ampliado a *per capita* de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo para até $\frac{1}{2}$ salário mínimo, conforme as condições de cada caso concreto, sendo feita uma

análise dos critérios estabelecidos, considerando os incisos do art. 20-B da Lei nº 8.742/1993 (LOAS), quais sejam, “o grau da deficiência” (inciso I); “a dependência de terceiros para o desempenho de atividades básicas da vida diária” (inciso II); e o comprometimento do orçamento do núcleo familiar com despesas médicas, tratamentos de saúde, fraldas, alimentos especiais e medicamentos do idoso ou da pessoa com deficiência não disponibilizados gratuitamente pelo SUS, ou com serviços não prestados pelo Suas, desde que comprovadamente necessários à preservação da saúde e da vida (inciso III).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo geral analisar os desafios e dificuldades enfrentados na concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC-LOAS) às pessoas com deficiência, com foco nos critérios econômicos exigidos para sua concessão. A pesquisa buscou compreender, a partir de uma análise jurisprudencial, como a aplicação estrita dos requisitos de deficiência e renda per capita impacta o acesso ao benefício, considerando também a necessidade de uma avaliação mais subjetiva para garantir que o direito à assistência social seja efetivamente assegurado.

A Constituição Federal de 1988, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, estabeleceu uma base sólida para a promoção dos direitos sociais no Brasil. O conceito de mínimo existencial, amplamente discutido na doutrina jurídica, é crucial para garantir as condições mínimas de uma vida digna. A inter-relação entre esses dois princípios impõe ao Estado a obrigação de assegurar a todos os cidadãos o acesso a direitos fundamentais como saúde, educação, e assistência social. A Constituição de 1988, ao tratar desses direitos em seu texto, reforça a necessidade de um Estado atuante na promoção do bem-estar social, especialmente dos mais vulneráveis.

Nesse contexto, o Benefício de Prestação Continuada (BPC) emerge como uma política pública essencial para concretizar esses direitos. Destinado a pessoas idosas ou com deficiência que não possuem meios de subsistência, o BPC garante um patamar básico de dignidade, materializando o compromisso do Estado com o mínimo existencial. Ao prover esse benefício, o Estado cumpre seu dever constitucional de promover uma existência digna para os indivíduos em situação de vulnerabilidade extrema, fortalecendo assim a justiça social e os valores fundamentais estabelecidos pela Constituição de 1988.

O Benefício de Prestação Continuada (BPC), regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), destaca-se como um importante instrumento de política social no Brasil, previsto no artigo

203, inciso V, da Constituição Federal de 1988. Ele se insere no contexto dos direitos de segunda geração, que envolvem obrigações do Estado em promover justiça social e bem-estar, garantindo direitos fundamentais como saúde, educação e previdência social. Destinado a idosos com 65 anos ou mais e a pessoas com deficiência em condição de miserabilidade, o BPC assegura a essas pessoas o recebimento de um salário mínimo mensal, funcionando como uma medida de proteção social e inclusão, permitindo a subsistência e autonomia econômica de seus beneficiários.

A implementação do BPC é parte de uma estratégia mais ampla de combate à pobreza e marginalização social, refletindo o compromisso da Constituição Federal de 1988 com a erradicação das desigualdades. Embora não exija contribuições previdenciárias, o BPC integra a seguridade social e serve como um mecanismo de justiça social, promovendo a igualdade material. Além disso, recentes legislações, como a Lei nº 14.176/2021, têm buscado ajustar os critérios de renda e incluir novos elementos probatórios para avaliar a condição de vulnerabilidade, demonstrando a evolução do benefício e seu papel fundamental na redução das disparidades socioeconômicas no Brasil.

A análise da constitucionalidade do critério econômico para concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC), conforme estabelecido pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), destacou a complexidade de determinar a miserabilidade com base unicamente na renda per capita familiar de até $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. O Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão histórica, reconheceu a insuficiência desse critério objetivo para avaliar adequadamente a condição de vulnerabilidade dos requerentes, considerando-o inconstitucional sem pronúncia de nulidade. A partir dessa decisão, a análise da miserabilidade passou a ser feita de maneira mais ampla e detalhada, permitindo ao Judiciário considerar outros fatores, como despesas médicas e o grau de dependência de terceiros, além da renda familiar.

Essa flexibilização do critério econômico foi posteriormente reforçada pela Lei nº 14.176/2021, que ampliou o limite de renda familiar para até $\frac{1}{2}$ salário mínimo, levando em consideração aspectos específicos de cada caso, como o comprometimento do orçamento com despesas essenciais não cobertas pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Assim, a concessão do BPC passou a refletir uma abordagem mais justa e condizente com a realidade socioeconômica dos beneficiários, assegurando o direito constitucional à assistência social e garantindo a dignidade humana mesmo diante de limitações econômicas e sociais.

Denota-se que o Benefício de Prestação Continuada (BPC-LOAS) é um importante instrumento de política pública, destinado a garantir um mínimo existencial para pessoas com deficiência ou idosos

que vivem em situação de vulnerabilidade social. Ao assegurar um salário mínimo mensal àqueles que não podem prover sua própria subsistência, o benefício reflete a preocupação do Estado brasileiro com a promoção da dignidade da pessoa humana, conforme preceitua a Constituição de 1988. No entanto, os critérios de elegibilidade, especialmente o critério econômico de renda per capita familiar, têm sido fonte de controvérsia, uma vez que muitas vezes excluem indivíduos que se encontram em evidente estado de necessidade.

O critério objetivo de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, ainda que tenha sido concebido para garantir a imparcialidade na concessão do benefício, mostrou-se insuficiente para abranger as diferentes realidades de vulnerabilidade social no Brasil. As decisões judiciais, em especial do Supremo Tribunal Federal (STF), trouxeram à tona a necessidade de uma análise mais ampla e flexível, que leve em consideração fatores além da renda, como despesas médicas e o grau de dependência dos requerentes. Essa flexibilização permitiu que o critério de miserabilidade fosse relativizado, possibilitando maior justiça na concessão do BPC.

A recente Lei nº 14.176/2021 representou um avanço ao prever a possibilidade de ampliação do limite de renda familiar para até $\frac{1}{2}$ salário mínimo, o que demonstra a evolução legislativa e a sensibilidade do sistema jurídico em adaptar-se às necessidades reais da população vulnerável. Contudo, ainda há desafios a serem enfrentados na implementação dessa legislação e na efetiva aplicação de uma análise mais subjetiva que considere a complexidade das condições de vida dos beneficiários.

Assim, para que o BPC cumpra plenamente seu papel de promoção da justiça social e da dignidade humana, é essencial que o Estado continue aprimorando seus mecanismos de avaliação, garantindo que o benefício alcance todos aqueles que realmente necessitam. A busca por uma análise mais individualizada dos casos permitirá não apenas o fortalecimento do direito à assistência social, mas também a concretização dos princípios constitucionais que regem o mínimo existencial no Brasil.

REFERÊNCIAS

AGRA, Sócrates da Costa. Direito econômico e direito ao desenvolvimento: caminhos para a consolidação de um desenvolvimento digno. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2024. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/109517/direito-economico-e-direito-ao-desenvolvimento-caminhos-para-a-consolidacao-de-um-desenvolvimento-digno>. Acesso em 30 ago. 2024.

ALEXANDRE, Maira Regina de Carvalho; ROSA, Imarcia Farias de Almeida; LIMA, Jausilene Soraia Lindoso. Benefício de Prestação Continuada: dilemas do procedimento administrativo e as alterações normativas com a pandemia da COVID-19. Revista Humanidades e Inovação, v. 7, n. 19, p. 33-48, 2020. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/3830>. Acesso em 04 set. 2024.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. Notas sobre a jusfundamentalidade: ou apontamentos sobre o problema de todo direito ser considerado fundamental. Revista de Informação Legislativa, Brasília v. 52, n. 208, p. 81-100, out.-dez. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p81. Acesso em 28 jun. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 28 jun. 2024.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Portal da Transparência do Governo Federal. Benefícios ao Cidadão: comparativo de benefícios por localidade. Disponível em: <https://portaldatransparencia.gov.br/beneficios?ano=2023>. Acesso em 4 jul. 2024.

BRASIL. Lei nº. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em 28 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº. 14.176, de 22 de junho de 2021. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para estabelecer o critério de renda familiar per capita para acesso ao benefício de prestação continuada, estipular parâmetros adicionais de caracterização da situação de miserabilidade e de vulnerabilidade social e dispor sobre o auxílio-inclusão de que trata a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência); autoriza, em caráter excepcional, a realização de avaliação social mediada por meio de videoconferência; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14176.htm. Acesso em set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tema Repetitivo nº. 185. A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=185&cod_tema_final=185. Acesso em: 08 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão proferido no Recurso Especial 1.112.557/MG, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Órgão Julgador: Quinta Turma. Julgado em 28 out. 2009. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200900409999>. Acesso em: 08 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema nº. 27. É inconstitucional o § 3º do artigo 20 da Lei 8.742/1993, que estabelece a renda familiar mensal per capita inferior a um quarto do salário mínimo como requisito obrigatório para concessão do benefício assistencial de prestação continuada previsto no artigo 203, V, da Constituição. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2569060&numeroProcesso=567985&classeProcesso=RE&numeroTema=27>. Acesso em 08 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº. 822/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Órgão Julgador Tribunal Pleno. Julgado em 27 mar. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6150239>. Acesso em 23 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido no Recurso Extraordinário 567.985/MT. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgado em 18 abr. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur243572/false>. Acesso em 06 set. 2024.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João B. Manual de Direito Previdenciário. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.

CALIXTO JÚNIOR, Jeferson. O benefício assistencial como instrumento de defesa da dignidade da pessoa humana: interpretações legais e jurisprudenciais que ensejariam uma maior efetividade e alcance do benefício assistencial do direito previdenciário. In: E-gov, Florianópolis, 2011. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-benef%C3%ADcio-assistencial-como-instrumento-de-defesa-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em 04 set. 2024.

CONZATTI, Igor Juliano. A (in)constitucionalidade do Critério Objetivo da Miserabilidade para Efeitos Da Concessão do Benefício Assistencial Estipulado pela Lei n. 8.742/93. In: JusBrasil, portal eletrônico de informações, 2024. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-in-constitucionalidade-do-criterio-objetivo-da-miserabilidade-para-efeitos-da-concessao-do-beneficio-assistencial-estipulado-pela-lei-n-8742-93/2239469486>. Acesso em: 06 set. 2024.

ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. A doutrina do mínimo existencial. Interfaces Científicas – Humanas e Sociais, v. 6, n. 1, p. 101-112, 2017. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/humanas/article/view/2747>. Acesso em 22 ago. 2024.

GÓES, Hugo. Manual de Direito Previdenciário. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.

GROBÉRIO, Sonia do Carmo. Dignidade da pessoa humana: concepção e dimensão jurídico-constitucional. Orientador: Prof. Dr. Francisco Vieira Lima Neto. 2005. 153f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2005. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/153>. Acesso em 4 jul. 2024.

LEVIN, Eduardo; LEVIN, Alexandre. O direito ao benefício assistencial de prestação continuada das pessoas em situação de rua. *Revista Brasileira de Direito Social*, Belo Horizonte, v. 5, n. 3, p. 14-30, 2023. Disponível em: <https://rbds.ieprev.com.br/rbds/article/view/187>. Acesso em: 23 ago. 2024.

LUFT, Juliana Leite Melo. Guia prático dos benefícios de prestação continuada: o ciclo dos amparos assistenciais do atendimento ao judiciário. Curitiba: Juruá, 2022.

NASCIMENTO, Suélen Pereira Coutinho de. Mínimo existencial x reserva do possível. In: JusBrasil, portal eletrônico de informações, 11 jun. 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/minimo-existencial-x-reserva-do-possivel/359772717>. Acesso em 28 jun. 2024.

MACEDO, Jocimar Sol de. Dignidade da pessoa humana mínimo existencial. *Revista FT*, v. 27, ed. 124, jul. 2023. Disponível em: <https://revistaft.com.br/dignidade-da-pessoa-humana-minimo-existencial/>. Acesso em 21 ago. 2024.

MENDES, Emanuela Alves. O critério de miserabilidade para concessão do benefício de prestação continuada. Orientador: Profa. Dra. Marina Rúbia M. Lôbo de Carvalho. 2023. 28f. Artigo Científico (Bacharelado em Direito) – Curso de Direito, Escola de Direito, Negócios e Comunicação, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2023. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/5811/1/TCC%20Emanuela%20A.M.pdf>. Acesso em 06 set. 2024.

MENDONÇA, Helena Karoline; BERTUOL, Mayara Karoline. Direitos de segunda geração – o problema da efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. In: V Encontro de Iniciação Científica; IV Encontro de Extensão Universitária; e I Encontro de Iniciação Científica para o Ensino Médio, Anais..., v. 5, n. 5, 2009. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/2026>. Acesso em: 29 ago. 2024.

REZENDE, Pedro Carraro. Prestação continuada/loas: análise dos fatores que dificultam o acesso ao benefício com apresentação de caso concreto. *Revista Animus Liber, Volta Redonda*, v. 1. n. 1. set. 2023. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/animusliber/article/view/60324/35140>. Acesso em 06 set. 2024.

RODRIGUES, Edgar Dener. A previdência social à luz da teoria dos direitos fundamentais: um direito da personalidade. *Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social*, v. 1. n. p. 207-233, jul/dez. 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/452>. Acesso em 30 ago. 2024.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito previdenciário. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024.

SILVA, Daniel Neves. Constituição de 1988. In: Mundo Educação, portal eletrônico de informações, 2018. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/historiadobrasil/constituicao-1988.htm>. Acesso em 20 ago. 2024.

TOLEDO, Cláudia et al. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial na realidade latino-americana – Brasil, Argentina, Colômbia e México. *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 41, p. 213-239, 2020. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/624>. Acesso em 22 ago. 2024.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, v. 177, p. 29-49, 1989. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/46113>. Acesso em 4 jul. 2024.

WANG, Daniel Wei L.; VASCONCELOS, Natália Pires de. Adjudicação e escolhas políticas na assistência social: o STF e o critério de renda do BPC. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 103, p. 135-151, nov. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/qLFssXptSDS7dG98RgWZjBS/abstract/?lang=pt>. Acesso em 06 set. 2024.

WEBER, Thadeu. A ideia de um “mínimo existencial” de J. Rawls”. *Revista de Filosofia*, v. 54, n. 127. p. 197-210, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/kr/a/9Xm9v9snhPspZRxqV6LtP5F/>. Acesso em 5 jul. 2024.

ZOGHBI, Sérgio. Dimensões dos direitos fundamentais: teoria geral dos direitos fundamentais. In: *JusBrasil, portal eletrônico de informações*, 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/dimensoes-dos-direitos-fundamentais/499244953>. Acesso em 27 ago. 2024.

Capítulo 4

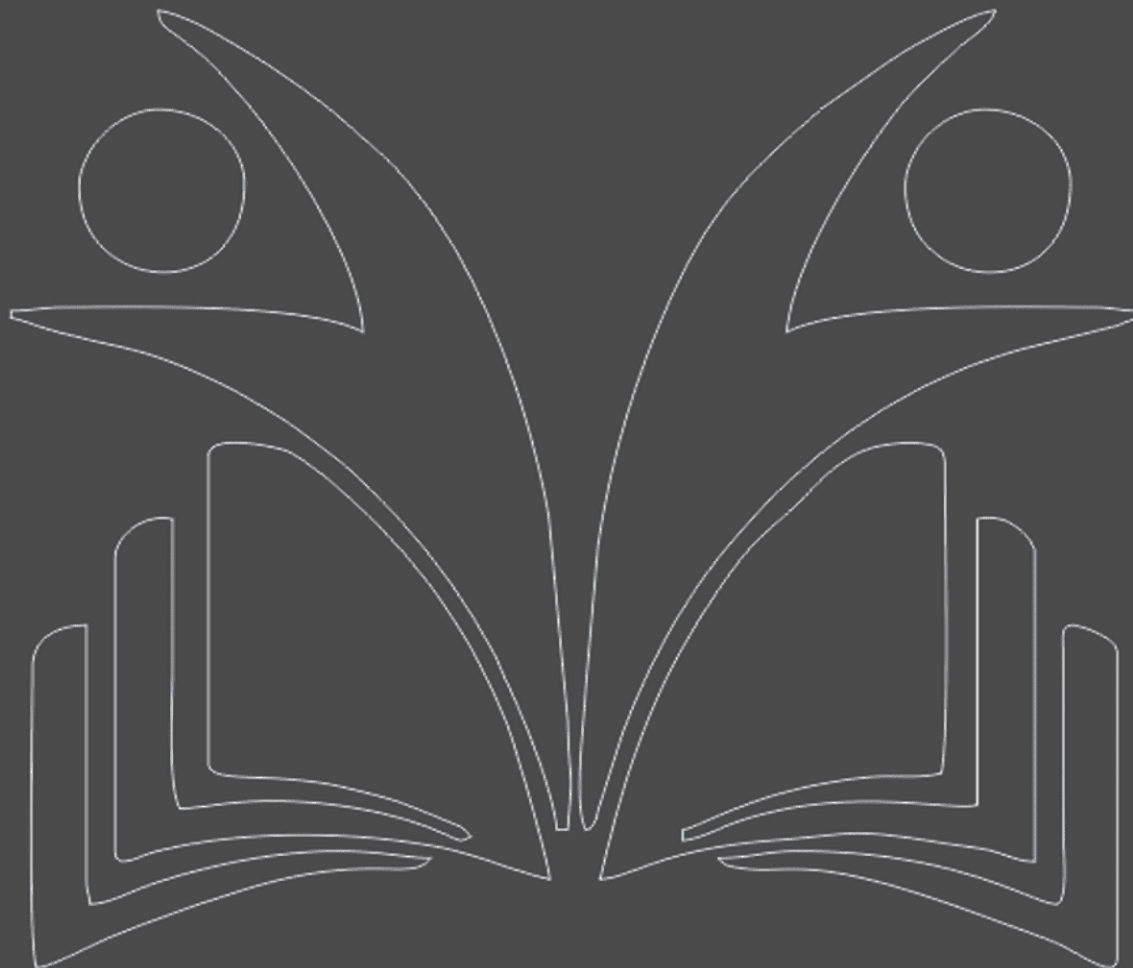


10.37423/240909306

O CAMPESinATO BRASILEIRO E O SUJEITO DA REFORMA AGRÁRIA: CONFLITOS, CONTRADIÇÕES E ORGANIZAÇÃO

Rômulo Luiz Silva Panta

Universidade Federal da Paraíba



Resumo: A categoria campesinato surgiu no Brasil como um tema político, a partir das lutas socioterritoriais travadas durante o século XX, continuando durante o século XXI. Neste artigo iremos colocar algumas considerações, leituras e entendimentos sobre o conceito do campesinato brasileiro, seu curso histórico, apontando compreensões sobre os processos, as contradições, suas lutas e sua conformação enquanto sujeito da Reforma Agrária. O objetivo deste trabalho, portanto, é perfazer um caminho teórico-histórico dos conceitos e conteúdo que envolvem o campesinato e objetificar o conceito de campesinato sujeito da Reforma Agrária. O artigo foi elaborado a partir de pesquisas bibliográficas das correntes teóricas e de obras clássicas internacionais, nas análises ortodoxa e heterodoxa da teoria marxista, sobre posição histórica do sujeito camponês diante do modelo desigual e contraditório do modo de produção capitalista, bem como, revisitar leituras das obras de autores nacionais, analisando as principais teorias e teses sobre o conceito e importância do campesinato, até seu entendimento enquanto assentado, sujeito da Reforma Agrária. Para melhor entendermos os processos e leituras do campesinato, em sua materialidade, elegemos, como recorte histórico, o Estado da Paraíba, tendo em vista evidenciarmos melhor a conformação objetiva dos sujeitos.

Palavras –chave: Campesinato; Reforma Agrária; Conflitos

INTRODUÇÃO

A categoria *campesinato* surgiu no Brasil como um tema político, a partir das lutas socioterritoriais travadas durante o século XX, continuando durante o século XXI. A interpretação do campesinato como categoria política proporciona sua leitura como uma categoria científica e social de relevância histórica, organizativa, que se adapta e confronta às transformações das relações de produção, bem como resiste às desigualdades nelas contidas, se afirmando enquanto conteúdo.

Neste artigo iremos colocar algumas considerações, leituras e entendimentos sobre o conceito do campesinato brasileiro, seu curso histórico, apontando compreensões sobre os processos, as contradições, suas lutas e sua conformação enquanto sujeito da Reforma Agrária. O objetivo deste trabalho, portanto, é perfazer um caminho teórico- histórico dos conceitos e conteúdo que envolvem o campesinato e objetificar o conceito de campesinato sujeito da Reforma Agrária.

O artigo foi elaborado a partir de uma pesquisa qualitativa e de pesquisas bibliográficas sobre as correntes teóricas e de obras clássicas internacionais, nas análises ortodoxa e heterodoxa da teoria marxista, sobre posição histórica do sujeito camponês diante do modelo desigual e contraditório do modo de produção capitalista, bem como, revisitar leituras das obras de autores nacionais, analisando as principais teorias e teses sobre o conceito e importância do campesinato, até seu entendimento enquanto assentado, sujeito da Reforma Agrária.

Neste inferi, observamos que dentro da estrutura contraditória e desigual do capitalismo, ora ele repele, espolia os sujeitos sociais e os estratos, não necessariamente capitalista, ora ele os recria de forma subordinada para subsumir, de forma ampliada o seu valor trabalho. Desta forma, o campesinato, enquanto sujeito, sofre rebatimento direto das ações centrípetas do capital, mas resiste, se recria das mais diversas formas, entre elas enquanto assentado da Reforma Agrária.

Sobre o campesinato assentado, resultante do processo de Reforma Agrária, este compreende o sujeito forjado no enfreteamento cotidiano, sujeito político produzido pela contradição do capitalismo no campo, cuja luta forçou sua existência. E sua existência deriva-se da terra, do uso da terra e do que ela produz. Assim a terra é o elemento concatenador de sua vida em família, de seu objetivo social e econômico, é o elemento capaz de derivar sua reprodução.

Para melhor entendermos os processos e leituras do campesinato, em sua materialidade, elegemos, como recorte histórico, o Estado da Paraíba, tendo em vista evidenciarmos melhor a conformação

objetiva dos sujeitos. O Estado da Paraíba tem um histórico de lutas, desde as Ligas Camponesas, até a materialização dos Assentamento Rurais da Reforma Agrária na contemporaneidade.

DISCUSSÕES

Especificamente no Brasil, o entendimento sobre o campesinato caminha por um curso extremamente atrelado aos processos das transformações econômicas na agricultura a partir dos seus desdobramentos nos territórios urbano e rural, mas sempre situado em posição de confronto, onde ora resulta em sua expropriação, ora resulta em sua permanência e recriação subordinada. Ou seja, “no projeto de desenvolvimento capitalista no território brasileiro, a existência de uma classe camponesa que corresponde aos agricultores, estes sempre foram excluídos do pacto político, são os sem vozes”, mas, que se confrontam em uma luta desigual com a estrutura dominante para existir (SABOURIN, 2009, p. 8).

Para Martins, no Brasil:

O camponês era, portanto, duplamente excluído: da condição de proprietário de terras e da condição de escravo, já que não podia ser convertido em renda capitalizada do tráfico colonial. Essa exclusão, portanto, das relações de propriedade, não excluía da propriedade. Ele viveu, durante todo o tempo do escravismo, essa contradição maior representada pelo escravo numa economia capitalista de produção escravista de mercadorias (MARTINS, 1981, p.38).

Na década de 1950¹, o conceito de campesinato se dá a partir do processo de sua recriação nas velhas estruturas contidas no interior das fazendas, engenhos e usinas, sob a condição de lavrador e morador², ou seja, nos vazios do *modus operandi*, ou sob a condição de pequeno produtor espoliado, vivendo com sua família na terra, sob uma situação marginal do ponto de vista social e produtivo, combinando relações de trabalho volante, a partir da mobilidade do trabalho e de sua peculiar resistência.

Durante o curso histórico do século XX, verificamos que o processo de exploração e subordinação existente no campo, e seu rebatimento nos trabalhadores camponeses, resultou em processos de confronto e lutas, que conformaram uma realidade desigual. Contudo, tornaram oculares as resistências camponesas diante do processo desigual no qual está envolto o campo brasileiro.

Assim, diante do processo de subordinação e exclusão, o campesinato se organiza, enquanto demanda social, levantando-se contra a condição de espoliado e contra a desigual estrutura fundiária brasileira, sendo a luta a única alternativa que possibilitasse seu engajamento e seu processo de continuísmo enquanto sujeito de existência concreta. A seguir, faremos um percurso histórico atrelado às principais

teorias e teses levantadas pela academia sobre a dinâmica do campesinato, e os desdobramentos dos efeitos do capitalismo nas populações camponesas.

As teses da aniquilação do campesinato³ face ao desenvolvimento das forças centrípetas do capitalismo, bem como a premissa de que uma possível revolução iria se desenvolver em países de capitalismo avançado (com numerosa população proletária), não se confirmaram. Contraditoriamente, as insurreições vieram a ocorrer em países de capitalismo periférico, com a importante participação dos trabalhadores do campo, que se encontravam em situação de precária sobrevivência, a exemplo da Revolução Mexicana (1910), da Guerra do Vietnã (1955), da Revolução Cubana (1959) e das Ligas Camponesas ocorridas no Brasil⁴.

Merecem igual destaque os movimentos ocorridos no campo brasileiro desde o período colonial, a exemplo da Cabanagem (região Norte) e da Balaiada (MA), bem como os decorridos na fase da república: Canudos (BA), a Guerra do Contestado (PR e SC), e Caldeirão (CE). Esses movimentos denotam o aspecto da resistência e mobilização camponesa sob as diferentes molduras do Estado no curso histórico (TARGINO, 2002).

Sobre as Ligas, elas se instituíram como movimento de resistência e insurreição frente às péssimas condições de vida e de trabalho no campo (LEMOS, 1996). Suas reivindicações assumiram conteúdo político-jurídico, na luta por reconhecimento trabalhista e, posteriormente, na luta por terra, face a extrema concentração fundiária e a desigualdade social que avança no campo de forma verticalizada. As Ligas Camponesas imprimiram importância política e de resistência do campesinato. Colocaram em evidência as desigualdades e a extrema pobreza às quais estavam subjugados pelo processo de exploração do trabalho e concentração de terras.

Nessa época, “o conceito de camponês adquire lugar de destaque nas ciências sociais brasileiras nesse momento, onde se afirma sua identidade política em nível nacional” (MARQUES, 2008, p.60). Ao mesmo tempo, é definido o conceito de latifundiário, o seu par contraditório. Assim, eles aparecem como conceitos-síntese, ou categorias-analíticas, que remetem à situação de classe em que estão enraizadas numa longa história de lutas (MARTINS, 1981, 1986).

Salientamos, aqui, a importância das Ligas Camponesas paraibanas no processo de formação dos movimentos socioterritoriais, com destaque para as Ligas de Sapé, que é o município objeto desta pesquisa. As Ligas de Sapé foram lideradas por João Pedro Teixeira, figura de grande envergadura na luta pelos direitos dos povos do campo, entre eles o direito à terra.

A atuação e formação política das Ligas podem servir como elementos propulsores para o rebatimento das teses leninistas da ortodoxia marxista sobre o fim do campesinato. Nesse período, o debate sobre o conceito político do camponês propiciou visibilidade a esse sujeito, dada sua trajetória de luta frente ao processo de desenvolvimento do capitalismo que os excluía. Naquele momento, o conceito de camponês passou a ser associado à luta por terras. Esse movimento foi repellido pelo Estado, na década de 1960, pelo processo de intervenção militar (1964-1985), por que passou o Brasil. Um dos epicentros para o golpe militar foi a questão da reforma agrária, tendo em vista que postulava, entre as bandeiras do governo João Goulart, o projeto de realizar a chamada “Reforma de Base” (TAVARES, 2014).

Durante a ditadura militar no Brasil, o uso do termo “camponês” poderia ser suficiente para desencadear prisões, torturas e assassinatos (...) foi a partir dos anos 1950 que os movimentos passaram a generalizar o uso do termo “camponês” no país, revestindo demandas locais em propostas políticas vinculadas a um projeto nacional. A palavra reunia ampla gama de categorias – lavradores, trabalhadores rurais, meeiros, foreiros, agricultores familiares, pequenos proprietários, posseiros –, articulando reivindicações diversas: direitos trabalhistas, acesso à previdência social, direito à posse, reforma agrária etc. Assim, carregava um significado simbólico e um sentido político. Foi justamente esse sentido político do termo “camponês” que passou a ser combatido, não apenas pelos agentes da repressão militar, como também por latifundiários e seus capangas (CARNEIRO e CIOCCARI, 2010, p. 37).

Desse modo, foi durante a segunda metade do século XX que os debates sobre a questão agrária brasileira e sobre o desenvolvimento do capitalismo no campo se acirram, resultando em duas vertentes que povoaram o meio acadêmico sobre a questão agrária e o campesinato e sua dinâmica socioterritorial.

A primeira compreensão parte ortodoxia marxista e da discussão sobre a compreensão histórica fundamentada na díade da teoria marxista, entre o processo de aniquilação e de recriação marginal do campesinato. A segunda, tem como centro a heterodoxia marxista⁵ e o processo de resistência e recriação do campesinato, apoiada no movimento desigual e contraditório do capital, tendo como suporte o processo de territorialização camponesa, a partir dos movimentos socioterritoriais e da Reforma Agrária.

As discussões sobre a primeira vertente se aproximavam da concepção leninista, que apontava para o desaparecimento do campesinato com o desenvolvimento do capitalismo no campo. Destacamos os

autores Alberto Passos Guimarães, Caio Prado Júnior, José Graziano da Silva, entre outros, que apresentaram contribuições de relevo para a questão agrária do Brasil.

Guimarães (1968), a partir do seu livro Quatro séculos de latifúndio, faz uma análise do curso histórico dos quatro séculos de dominação da grande agricultura no Brasil. O autor constrói seu entendimento baseando-se em três características, a saber: a) a natureza da colonização sob a forma de exploração; b) a formação da grande propriedade da terra; e c) as relações e inter-relações sociais de produção, onde se inclui as relações com o camponato.

Em seu entendimento, o autor contesta a tese de que o capitalismo foi o regime econômico colonial introduzido no Brasil.

A despeito do importante papel desempenhado pelo capital comercial na colonização do nosso país, ele não pôde desfrutar aqui a mesma posição influente, ou mesmo dominante, que havia assumido na metrópole; não conseguiu impor à sociedade colonial as características fundamentais da economia mercantil e teve de submeter-se e amoldar-se à estrutura tipicamente nobiliárquica e ao poder feudal instituídos na América portuguesa. Por conseguinte, o processo evolutivo em curso na sociedade lusa não veio continuar-se no Brasil-Colônia, onde o regime econômico instaurado significou um recuo de centenas de anos em relação ao seu ponto de partida na metrópole. Para que assim acontecesse, a classe senhorial, despojada ali de seus recursos materiais, empenhou-se a fundo na tarefa de fazer girar em sentido inverso a roda da História, embalada pelo sonho de ver reconstituído o seu passado (GUIMARÃES, 2005, p.p. 36-37).

O autor coloca que a estrutura social e econômica implantada no Brasil pela metrópole portuguesa não assumia padrões do feudalismo na compreensão clássica. A estrutura econômica implantada por Portugal não era completamente feudal, bem como não inteiramente capitalista. A propriedade da terra não era inteiramente privada, mas na produção, já tinha alcançado um sistema de trocas elevado.

Para Guimarães (1968; 2005), a origem do processo de concentração de terras no Brasil compreende a doação de sesmarias, sob a forma de monopólio territorial. No que se refere às relações de trabalho, o autor afirma que, com a abolição da escravidão, a parceria tornou-se a relação de trabalho predominante no Brasil. Nesse tipo de relação existia um processo de extrema desigualdade, onde o primeiro cedia lotes das terras de seu latifúndio para o segundo plantar lavouras alimentares, atrelados a uma servidão por dívida, que não conferia ao trabalhador nenhuma autonomia econômica sobre a produção.

Guimarães (2005) coloca que a dinâmica da organização da produção e do trabalho estabelecida pelo monopólio feudal e colonial da terra teria acentuado os fatores regressivos e anacrônicos das transações comerciais do Brasil, que passou a estar sujeito às formas primitivas de capital comercial e, posteriormente, de trustes internacionais.

Na compreensão do autor, o latifúndio colonial exigiu, para o seu funcionamento, uma articulação com os intermediários compradores e com os intermediários usurários que “atuam não só no sentido de facilitar a transferência da parte dos lucros especulativos para as mãos dos trustes internacionais, como no sentido de ainda mais reduzir a remuneração dos trabalhadores agrícolas” (GUIMARÃES, 2005, p. 35).

Assim, Guimarães (2005) apresentou dois caminhos para o desenvolvimento do capitalismo no campo brasileiro: primeiro, uma reforma conservadora burguesa sem alterações na estrutura fundiária; segundo, um plano para acabar com os “traços feudais” e as formas de produção pré-capitalistas. Contudo, suas ideias só poderiam acontecer mediante três formas de lutas: a) os assalariados e semi-assalariados rurais contra seus patrões proprietários de terra; b) o campesinato contra os resquícios do feudalismo e contra o poder dos latifundiários; e, c) a luta de toda a classe camponesa contra as múltiplas formas de espoliação (GUIMARÃES, 2005).

A compreensão do autor sobre a questão agrária e o campesinato foi abraçada por diversos intelectuais pertencentes ao Partido Comunista Brasileiro (PCB), o que referenciou boa parte da esquerda brasileira, contudo, não houve consenso. Seu projeto político era considerado democrático-burguês, e tinha como pressuposto básico a ideia de uma economia rural agroexportadora anacrônica, o que não resolveria os problemas de ordem econômica e social internos, e se posicionava em contraste com uma economia urbano-industrial, que possuía maior musculatura face ao seu rápido processo de modernização. Assim, para superar o anacronismo, seria preciso construir uma estrutura política que rompesse com a dependência do mercado externo e, por sua vez, destruísse as relações pré-capitalistas de produção.

Outro autor que discute a questão agrária brasileira é Caio Prado Junior, que defende a existência de uma economia colonial capitalista no Brasil, não a compreendendo como um resto feudal, e pressupõe a industrialização do campo via desenvolvimento das forças produtivas capitalistas. Nesta compreensão, o autor se coloca alinhado à ortodoxia marxista, onde o campesinato estaria submetido fatalmente ao desaparecimento.

Na obra *A questão Agrária* (1979), o autor defende a tese do nascedouro da agricultura brasileira já em bases capitalistas. Em suas palavras:

Ao invés de “restos feudais” e relações “semifeudais”, seria mais acertado e adequado falar em restos escravistas ou servis, e relações semi-escravistas ou semi-servis, pois uma economia de base escravista não se confunde com economia feudal, e as relações de produção são em ambas distintas (PRADO JR, 1979, p. 67).

O autor desenvolveu uma análise unilinear do curso histórico, e coloca que o Brasil teria passado diretamente das relações escravistas para o trabalho assalariado. Por essa compreensão nunca houve camponeses neste país, tendo em vista que, para a sua existência, se teria que admitir a ocorrência de relações de produção pretéritas, a exemplo, o feudalismo, bem como sua transição para o capitalismo.

Os estudos realizados por Prado Júnior compreendiam a conformação de um modo de produção no Brasil sob o sistema de “*plantation*”, como forma básica de produção da propriedade rural colonial brasileira. Entretanto, autores como Francisco Carlos Teixeira da Silva (1998) e Ciro Flamarion Cardoso (1981), passam a questionar o modelo clássico de “*plantation*” brasileiro.

Teixeira (1998) compreende que o modelo denominado “*plantation*”, fundamentado na monocultura da cana-de-açúcar e admitido pela classe dominante colonial e pela Coroa Portuguesa, tinha a preocupação de estimular também a produção dos demais gêneros alimentícios para que houvesse a garantia da segurança alimentar na Colônia.

Cardoso (1981) destaca que a obsessão para com o conceito de “*plantation*”, de Prado Júnior, reduz a complexa realidade econômica e social brasileira do período colonial, limitando a estrutura social a senhores em um polo, e escravos em outro, esquecendo-se da importância do trabalho do homem branco “livre”, ou seja, do pequeno proprietário rural, o camponês, que se estabelecia nas brechas entre as grandes plantações e as terras de baixa fertilidade.

Todavia, no livro *Formação do Brasil Contemporâneo* (2000), Prado Júnior utiliza o termo “pequena lavoura”, reconhecendo indiretamente a existência de um campesinato integrado ao capitalismo, sob a forma de parcerias, mas de forma dependente, face o predomínio das relações capitalistas no campo. Na explicação do autor, a pequena lavoura era uma parceria que se constituía como relações ajustadas, não tipicamente capitalistas, onde o pagamento se dava por formas não-monetárias.

Nas palavras do autor:

Certas relações de trabalho presentes na agropecuária brasileira, embora se revistam formalmente de caracteres que as assemelham a instituições que encontramos no feudalismo europeu onde (...) não constituem senão

modalidades de pagamento que correspondem ao salário. Isto é, são formas de retribuição de serviços prestados em que por um motivo ou outro – mas sempre motivo de ordem circunstancial – o pagamento em dinheiro é substituído por prestações de outra natureza (PRADO JR., 1979, p. 66).

O apossamento também se tornou um instrumento para o acesso da população camponesa a uma ocupação extralegal que serviu de instrumento para a formação da pequena propriedade no Brasil que, ao longo de décadas, vem sustentando uma luta contínua pelo direito ao acesso à terra e à reprodução da agricultura de raiz “familiar” (GERMANI, 2006).

Contudo, o foco analítico de Prado Júnior voltou-se às formas de trabalho assalariadas, e não as camponesas, que tinham uma importância secundária em sua obra. Diante das contradições existentes no campo brasileiro, deixadas do período colonial, o autor inscreve a questão agrária que se resolveria pelo processo por ele denominado de “Revolução Brasileira”, cujo principal objetivo seria romper com a situação de miséria vivida pelos trabalhadores do campo, por meio da regularização das leis trabalhistas e da desconcentração da propriedade fundiária (PRADO JR, 1979).

Na concepção do autor, a Revolução Brasileira resultaria em melhores condições de vida socioeconômica aos trabalhadores, via assalariamento, que inseriria toda a população brasileira de forma equilibrada no processo de desenvolvimento do capitalismo. Nesse sentido, as relações de parcerias e de moradia seriam inteiramente eliminadas, visto que no processo de revolução apontada pelo autor não caberia a ocorrência de relações extra-econômicas ao capitalismo.

Contudo, as populações do campo, neste processo, se expressavam social e politicamente a partir das relações de dependência pessoal e de clientelismo político, fundamentado na sujeição e subordinação ao poder do latifúndio. Neste cerne, o capital harmonizava a reprodução deste campesinato nos interstícios da estrutura dominante, a partir de relações de trabalho de “parceria por meia”, combinando elementos não monetizados, como, por exemplo, a moradia. Assim, controlavam as relações de produção subsumindo a renda da terra e a renda trabalho das famílias camponesas.

Em suma, as ideias apontadas por Alberto Passo Guimarães e Caio Prado Júnior para a superação da questão agrária nacional, apesar da distância quanto ao processo de construção histórica, se alinhavam na prospecção sociológica do futuro do campesinato, a partir do viés leninista. Entretanto, parece que os autores não compreendiam a magnitude e a presença produtiva, tanto na condição de camponeses integrados à grande exploração, como, também, na condição de pequenos produtores autônomos, que coexistiam de formas parcelares nas brechas da estrutura dominante.

Em nossa compreensão, o desenvolvimento do capitalismo no Brasil nunca se deu de forma isolada, ou seja, exclusivamente mediado pelo próprio capital e pelas relações impessoais capitalistas. Entendemos que, contraditoriamente, o capital conservou as formas não capitalistas de produção, atrelando-as aos seus interesses, ora as recriando no interior da grande exploração, sob diversas feições, nas parcelas marginais do sistema produtivo, ora as repelindo, quando as necessidades de acumulação tornam-se centrípetas.

Em continuidade ao processo interpretativo do rural brasileiro e dos camponeses, trazemos o modelo econômico e político instalado no país durante as décadas de 1960-1970, que compreende o período do regime militar, destacamos o processo de modernização da agricultura, decorrida das transformações capitalistas no campo, e que acirrou as contradições contidas na questão agrária, ganhando novos desenhos (SILVA, AMARAL e MACIEL, 2016). A modernização supracitada foi cimentada na alteração e ampliação da base técnica e da fronteira agrícola, que teve rebatimento direto na exclusão das populações camponesas.

Para José Graziano da Silva (1982), o desenvolvimento do capitalismo no campo se ampliou com a modernização da agricultura, com a implantação de um setor industrial voltado para a produção de equipamentos e insumos para a agricultura. Esse momento é tipificado como *modernização conservadora*.

Esse modelo de desenvolvimento, capitaneado pela modernização da base técnica, aumentava a produção e instituía a competitividade na agricultura, contudo, conservou a estrutura fundiária dominante e modificou as relações sociais de produção com a população camponesa. O processo de desenvolvimento posto consolidou-se de fato a partir de 1965, tendo com suporte a ação do Estado durante o período militar, e foi caracterizado pelos seguintes fatores: a) conformação dos complexos agroindustriais; b) incorporação de uma base técnica fundada nos oligopólios industriais do setor das máquinas, implementos e insumos agrícolas.; c) intensificação do papel do Estado nas políticas públicas no incentivo da aquisição dos produtos da indústria pela agricultura; d) criação de um Sistema Nacional de Crédito Rural para a grande agricultura; e) acelerado processo de urbanização (SILVA, 1982; MOREIRA e TARGINO, 1997).

Nesta fase, a agricultura brasileira provou um processo de modernização regulado na adoção de inovações tecnológicas no processo produtivo e na constituição dos complexos agroindustriais, o que gerou um novo reordenamento territorial no espaço agrário nacional, que conduziu o processo produtivo e as relações de trabalho que transformaram a agricultura para o mercado externo. Foi o

momento do alinhamento ao capitalismo monopolista, chancelado e incentivado pelo Estado a partir das políticas de crédito e de subsídios à agropecuária. Isto implicou na articulação da agricultura dos países subdesenvolvidos, entre eles o Brasil, ao processo de acumulação capitalista no pós guerra, mediante integração às grandes empresas e aos oligopólios internacionais, capitaneadas pelas fundações Ford, Rockefeller e pelo Banco Mundial, que articulavam os investimentos tecnológicos às políticas de dependência econômica externa (OLIVEIRA, 2003).

O desenvolvimento do capitalismo, no período posterior à Segunda Guerra Mundial, caracterizou-se, portanto, pelo processo de consolidação dos oligopólios internacionais, que deu origem às empresas multinacionais, sejam elas cartéis, trustes ou monopólios industriais e/ou financeiros. Esse processo histórico teve como sujeitos principais, a emergência dos Estados Unidos como potência econômica capitalista e a transformação interna das empresas norte-americanas. A generalização da presença das empresas multinacionais como característica do mundo pós-guerra, está intimamente ligada ao processo de reconstrução da economia capitalista destruída pela guerra na Europa e no Japão. Mas está também, relacionada com expansão da indústria norte-americana em decorrência da Segunda Guerra e da Guerra Fria (OLIVEIRA, 2003, p. 9).

As transformações decorrentes deste processo provocaram também, mudanças significativas nos processos produtivos, alterando as relações da agricultura com a natureza. Contudo, manteve as relações de controle sobre a força de trabalho da população rural, que não seria capaz, portanto, de se libertar de relações de subordinação pessoal e de subsunção dos direitos.

Um dos estudiosos que analisa o desenvolvimento do capitalismo no campo sob a perspectiva da modernização conservadora é José de Souza Martins. O autor em sua obra *“O poder do atraso. Ensaio da sociologia da história lenta”* (1995), coloca que o desenvolvimento ocorrido no campo brasileiro não superou seus problemas estruturais, pelo contrário, se deu alinhado com as antigas estruturas conservadoras de poder e subordinação.

(...) a ‘estratégia de modernização conservadora’, assim chamada, porque, diferentemente da reforma agrária, tem por objetivo o crescimento da produção agropecuária mediante a renovação tecnológica, sem que seja, tocada ou grandemente alterada a estrutura agrária (GUIMARÃES, 1977, p. 3).

Ainda sobre esse período comenta Silva (1981):

No início dos anos sessenta, que corresponde ao final da fase de industrialização pesada no Brasil, instalam-se no país as fábricas de máquinas e insumos agrícolas. Assim, por exemplo, são implantadas indústrias de tratores e equipamentos agrícolas (arados, grades, etc.), fertilizantes químicos, rações e medicamentos veterinários, etc.

Evidentemente, a indústria de fertilizantes e defensivos químicos só poderia se instalar depois de constituída a indústria petroquímica; a indústria de tratores

e equipamentos agrícolas, depois de implantada a siderúrgicas; e assim por diante. O importante é que, a partir da constituição desses ramos industriais no próprio país, a agricultura brasileira iria ter que criar um mercado consumidor para esses 'novos' meios de produção. Para garantir a ampliação desse mercado, o Estado implementou um conjunto de políticas agrícolas destinadas a incentivar a aquisição dos produtos desses novos ramos da indústria, acelerando o processo de incorporação de modernas tecnologias pelos produtores rurais. A industrialização da agricultura brasileira entrava assim numa outra etapa (SILVA, 1981, p. 27).

Esse modelo de desenvolvimento trouxe em seu bojo um conjunto de transformações, no espaço e no território, que resultaram em um maior uso da mecanização, uma maior absorção na extensão de terras; um maior uso de fertilizantes e insumos agrícolas; a precarização do trabalho; a retração das culturas alimentares em detrimento da expansão de culturas de exportação; a violência e, a expropriação do trabalhador do campo. A partir desse novo aparato técnico e das novas relações de produção, o território e a população do campo foram amplamente subordinados e atrelados a uma nova estrutura produtiva e de mercado.

Segundo Correia (2018), neste processo, destaca-se o papel das agências de fomento, como a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA) no desenvolvimento de tecnologias e melhoramentos, para a grande e média produção, e a Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural (EMATER), cujo papel foi determinante na disseminação de novas tecnologias, a partir da assistência técnica junto aos pequenos agricultores, que teriam que se adequar ao processo de transformação e integração, o que não ocorria dada sua inadequação às inovações técnicas do processo produtivo e sua incapacidade de capitalização.

A redefinição produtiva majorou os custos financeiros do processo produtivo com a aquisição de implementos e maquinários, bem como dos insumos químicos (fertilizantes, pesticidas etc.), o que inviabilizou a pequena e média produção. As tensões criadas por este processo resultaram em uma maior integração da grande e média produção aos complexos industriais, mediada pelo Estado, a partir dos pacotes de investimento; e, de outro lado, gerou um maior distanciamento entre a pequena e a grande produção.

Assim, Moreira e Targino (1997) compreendem que, neste processo:

(...) se, de um lado, a modernização levada a efeito foi responsável por uma grande expansão da produção de determinadas culturas industriais e de exportação, tais como a soja e a cana-de-açúcar, e da pecuária, pelo aumento do número de tratores utilizados, pelo crescimento do consumo de NPK e pelo fortalecimento do Complexo Agroindustrial, de outro lado, ela trouxe, no seu bojo, uma série de complicadores da ordem socioeconômica, tais como: a) a

expropriação dos pequenos produtores e sua transformação em assalariados; b) a retração da área cultivada com culturas alimentares; c) a acentuação do processo de concentração da propriedade da terra; d) a deterioração da distribuição da renda do setor agropecuário; e) a utilização indiscriminada de fertilizantes e defensivos agrícolas, comprometendo a fertilidade dos solos e provocando desequilíbrio nos ecossistemas existentes e efeitos nocivos sobre a saúde dos trabalhadores e consumidores; f) a intensificação da sazonalidade da demanda de trabalho na atividade agrícola (MOREIRA e TARGINO, 1997, p.p. 6-7).

Na Paraíba, esse processo de transformação se deu atrelado ao processo de integração entre a agricultura e a indústria, principalmente do setor sucroalcooleiro, modificando profundamente as estruturas do espaço e a formação territorial, às custas da subordinação do trabalho e da produção às necessidades de acumulação capitalista.

Ao subordinar-se às leis do lucro, a agricultura necessita aumentar a produtividade do trabalho, ou seja, ela necessita que cada trabalhador produza mais em menos tempo. Isso só é possível de obter-se aumentando a jornada e/ou intensificando o ritmo de trabalho das pessoas. Para tal, se faz necessário uma mudança nas relações técnicas de produção, o que leva a uma integração maior da agricultura com a indústria (MOREIRA e TARGINO, 1997, p.p. 197-198).

O projeto em pauta se alicerçava no aporte do crédito dirigido, no uso da técnica e de insumos e da produção agrícola, que resultou no processo acentuado de expropriação camponesa, e na redefinição do mercado de terras. Neste contexto, o camponês representava um anacronismo a ser superado pela produção estritamente capitalista com condutas padronizadas no símbolo da eficácia técnica. Assim, o camponês foi substituído pelo “trabalhador rural”, que na práxis era representado pela mesma pessoa, contudo, transformado em um trabalhador dissociado da terra e tornado “volante”.

Essa transformação se deu mediante mudanças decorridas no território ocupado pelo campesinato e nas relações de trabalho. Os pequenos sítios de produção camponesa de culturas alimentares que coexistiam com a grande exploração foram sensivelmente atingidos e suprimidos, via asfixia produtiva do campesinato e seu crescente assalariamento, o que resultou na incorporação das pequenas propriedades à grande propriedade capitalista. Neste processo, as relações de trabalho e uso da terra, levaram a “transformação do camponês num assalariado temporário, mediante a conversão das atividades acessórias da agricultura em ramos da indústria recente” (SILVA, 1981, p. 54).

Essas transformações das relações de trabalho se ampliaram com o processo de sazonalidade, que já sinalizava como estratégia para a não integralidade do processo de assalariamento e de proletarização camponesa, demonstrando o processo de debilidade social do desenvolvimento via modernização técnica do capitalismo ocorrida no campo brasileiro.

Nas palavras de Silva (1982):

A mecanização, na medida em que atinge (por questões tecnológicas) principalmente outras atividades que não a colheita, acentua a sazonalidade de ocupação dessa mão-de-obra não qualificada numa dada propriedade agrícola. A solução mais econômica para o proprietário que moderniza passa a ser a substituição do trabalhador permanente pelo volante, com o consequente aumento da sazonalidade do emprego dos trabalhadores rurais (SILVA, 1982, p. 30).

Essas modificações decorridas no rural brasileiro a partir das décadas de 1960-1970, com o desenvolvimento capitalista na agricultura, se deram pelos interesses do capital em criar um mercado interno para a indústria, com o aumento da produção agrícola nacional, atrelada a uma estratégia para a territorialização deste capital integrado aos interesses urbanos e industriais do capitalismo em sua fase monopolista (MARTINS, 1981). Este processo de modificação redefiniu as relações da agricultura capitalista com o campesinato, gerando tensões provocadas pelas crescentes expropriações camponesas decorrentes da ampliação das fronteiras agrícolas e do processo de precarização das relações de trabalho no campo.

Assim, este período foi caracterizado pelo intenso processo de migração rural. Durante as décadas de 1960-1980, 8 (oito) milhões de migrantes rurais nordestinos, o que correspondiam, na época, a 27% do total da população rural nacional e a 1/5 da população rural nordestina, migraram para as regiões urbanas (campo-cidade), bem como nas magnitudes interestaduais e inter-regionais, principalmente para as regiões Sudeste e Centro-Oeste, atraídos pelos setores industriais, fabris e principalmente para a construção civil nos grandes centros urbanos (CAMARANO e ABRAMOVAY, 1999). Desse modo, este período é caracterizado pelo processo de expropriação dos camponeses e de suas famílias da terra, pelo forte movimento do capital, provocado pela modernização técnica não inclusiva das populações do campo (MOREIRA, 1982).

Neste sentido, Guimarães (1977) considerou este modelo de modernização como conservadora em contraposição política à reforma agrária, dado que trata de uma estratégia que “tem por objetivo o crescimento da produção agropecuária mediante a renovação tecnológica, sem que seja tocada ou grandemente alterada a estrutura agrária” (1977, p. 3). Pelo contrário, a partir das políticas subsidiárias para a modernização da agricultura, o território passou por um forte processo de controle e ampliação das monoculturas para exportação em detrimento da retração das culturas alimentares e expropriação camponesas.

Em suma, as interpretações expostas filiaram-se à concepção teórica clássica, cujas transformações no campo se davam a partir das formas que o capitalismo adquiriu, em suas feições e modelos de desenvolvimento. E, neste ínterim, as relações estabelecidas entre campesinato e capitalismo, o primeiro seria condenado à extinção no plano econômico via expropriação e assalariamento.

Contudo,

(...) no final dos anos 1970 e início dos anos 1980, cresce a complexidade da problemática agrária em decorrência das mudanças verificadas no campo e os novos movimentos sociais entram em cena, como o dos atingidos por barragem, dos seringueiros, dos trabalhadores rurais sem terra etc. (MARQUES, 2008, p. 61).

Durante a década de 1980, período caracterizado pela redemocratização brasileira com o fim dos governos militares, o modelo de desenvolvimento para a agricultura pautado na modernização técnica, subsidiária e dependente passou a sofrer fissuras que se ampliaram a partir da crise fiscal, o que redefiniu o padrão intervencionista do Estado, e rebateu fortemente no setor agrícola. Este setor sempre se sustentou na viga subsidiária e protetiva do Estado, que durante muito tempo beneficiou-os com concordatas e perdão das dívidas, mas, com a crise, estes mecanismos foram sensivelmente atingidos. Em consoante a este processo de decomposição, inaugurava-se um novo padrão produtivo denominado de acumulação flexível (HARVEY, 1992).

O modelo de acumulação flexível caracterizou-se pela flexibilidade do processo e dos mercados de trabalho (terceirização), e pela flexibilidade dos produtos, dos processos produtivos (incorporação, financeirização) e padrões de consumo. Este novo processo inaugurava um padrão de acumulação que buscava superar a crise econômica vivida pelo capitalismo, a partir do processo neoliberal e neoconservador assumido pelo Estado. Ou seja, neste padrão, a figura que chancelava e capitalizava o processo de desenvolvimento agrícola anterior (Estado), foi assumida pelo capital privado internacional, cujo objetivo era a abertura da economia do país, tendo por intervenientes o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial e a Organização Mundial do Comércio (OMC) (Ibidem, 1992).

Em continuidade à discussão encaminhada, compreendemos que neste modelo os vínculos com a pequena produção e com a população foram novamente esgarçados. O processo de ajuste fiscal do Estado, acrescentado com a perda do poder político e econômico das elites latifundiárias, após a redemocratização, levou, a exemplo do que aconteceu aqui na Paraíba, as empresas rurais, inicialmente, ao processo de terceirização, caracterizado como arrendamento, e, em caso acentuado, à falência (MOREIRA e TARGINO, 1997).

Com os ajustes às situações restritivas do Estado sobre a grande exploração capitalista, o setor patronal reagiu sobre a população camponesa, subordinando/explorando e reduzindo a área plantada de culturas alimentares com intuito de expropriar os camponeses da terra. Neste momento, o contrato social foi ressignificado, em atendimento aos interesses do latifúndio capitalista, o que resultou numa reação camponesa frente a este projeto de desenvolvimento capitalista, que resultou nos constantes e violentos conflitos por terra.

Vale ressaltar que, no Brasil, o processo de acumulação primitiva de capital não se deu via modelo clássico, ele foi peculiar e tardio. Os modelos anteriormente instituídos preferiram a manutenção dos camponeses nas terras da elite fundiária, atrelados a um desenvolvimento de uma agricultura capitalista, por meio de relações anticontratuais de trabalho, controlando o território e a força de trabalho (MARTINS, 2003). Contudo, chegou o momento, a partir da nova conjuntura da acumulação capitalista flexível, de se romper com as relações de exploração envoltas de uma harmonia disfarçada.

Assim, foi necessário, diante da situação de pobreza e subordinação da população camponesa, que as teses políticas ganhassem materialidade social por um projeto de Reforma Agrária. Esse período foi caracterizado por grande efervescência, onde os movimentos sociais, de diferentes vias, desafiavam, com maior força que hoje, o latifúndio e toda a estrutura política e econômica que o sustentava (TOLETINO, 2013).

Destacamos a importância do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terras (MST), bastante aguerrido nas décadas de 1980-1990, realizando ocupações e exigindo Reforma Agrária como elemento inegociável, pois seria o condutor dos ajustes históricos das desigualdades sofridas pelos camponeses. Esse momento é caracterizado pela tensão existente no território brasileiro, pela crise do capital agrário-nacional provocada justamente pelo liberalismo econômico apregoado pelo Estado naquela época.

Neste prisma, o campesinato passa a ser compreendido a partir do processo de resistência no enfrentamento da dominância fundiária, circunscrito no movimento desigual e contraditório do capital, se recriando a partir dos seus mecanismos internos e combinados a formas de trabalho externas, contudo, subordinado à estrutura capitalista pelo processo de sujeição formal do trabalho ao capital.

Estas concepções fundamentam a segunda vertente de interpretação sobre o campesinato brasileiro, que se dá a partir do movimento desigual e contraditório, vertente a qual nos alinhamos. Sua construção teórica se orienta a partir da compreensão de Luxemburgo sobre os espaços vazios do

capitalismo, e, é realçada no Brasil por autores como Oliveira (2001; 2003; 2004; 2005; 2006), Martins (1981; 2003), Paulino e Almeida (2010).

Nessa perspectiva, o desenvolvimento do modo capitalista de produção, “para garantir sua expansão” mantém alguns traços “produtivos não capitalistas particularmente em sua etapa monopolista, onde ele cria, recria e domina estas relações não capitalistas de produção” (OLIVEIRA, 1987, p.12).

Assim, essa vertente procura compreender a totalidade a partir do *movimento desigual e contraditório*⁶ dos processos dialéticos contidos no capitalismo, e as articulações por ele precisamente realizadas entre as diferentes estruturas produtivas. Isso significa que, para que o seu desenvolvimento seja possível, ele tem que desenvolver aqueles aspectos aparentemente contraditórios (OLIVEIRA, 2004).

Desse modo, dizer que existe um desenvolvimento contraditório do capitalismo significa afirmar que para que o capitalismo se desenvolva é necessário que ele se articule a estruturas sociais não necessariamente capitalistas, a exemplo das camponesas. Contudo esta articulação continua conservando a estrutura desigual alimentada pela concentração de riqueza, pela reafirmação da propriedade privada dos meios de produção, e pelo processo desigual das relações sociais de produção.

Na compreensão de Oliveira:

Este desenvolvimento contraditório ocorre através de formas articuladas pelos próprios capitalistas que se utilizam dessas relações de trabalho para não terem que investir na contratação de mão de obra uma parte do seu capital. Ao mesmo tempo em que, utilizando-se dessa relação sem remunerá-la, recebem uma parte do fruto do trabalho desses trabalhadores parceiros ou camponeses, convertendo-a em mercadoria, vendendo-a, portanto e ficando como o dinheiro, ou seja, transformando-a em capital (OLIVEIRA, 2003, p. 46).

O autor ainda acrescenta que este tipo de relação é mais um mecanismo criado pelo capital para se apropriar de outras formas de renda e reinseri-las em seu processo reprodutivo:

Esse processo nada mais é do que o processo de produção do capital, que se faz através de relações não-capitalistas. Uma vez acumulado, esse capital poderá numa próxima etapa do processo de produção ser destinado à contratação de boias-frias, por exemplo, e então se estará implantando o trabalho assalariado na agricultura (OLIVEIRA, 2002, p. 46).

Nesta interpretação, a presença e a participação do camponato dentro do modo capitalista se dão pela própria contradição e desenvolvimento desigual do sistema, levando a população camponesa a preservar a propriedade da terra como recurso peculiar, utilizando quase unicamente o trabalho

familiar; contudo, dado seu grau de dependência, desempenham relações de trabalho a terceiros, como em parcerias e o trabalho acessório. Estas relações produtivas não possuem alcance suficiente para não subordiná-los à estrutura dominante. Por este prisma, o capital transforma o produto do trabalho camponês em mercadoria, integrando a produção camponesa ao circuito mercantil (OLIVEIRA, 2001).

Desse modo, a compreensão sobre o campesinato se localiza na posição de estranheza ao capital, tendo em vista que as forças produtivas e as relações de produção capitalista não o determina, já que seu processo de recriação se estabelece pela contradição das forças, por luta, permanência, e também pela subordinação.

Nesta tônica, também caminha José de Souza Martins, em *Os camponeses e a política no Brasil* (1981). Nesta obra, o autor discute as origens e a formação do campesinato brasileiro e compreende que o capitalismo não transforma, necessariamente, todas as relações sociais em relações capitalistas de produção, ou seja, não irá transformar todos os camponeses em trabalhadores assalariados. Ainda haverá no capitalismo, contraditoriamente, relações não capitalistas. Assim, não podemos analisar a história pela lente do desenvolvimento das forças produtivas.

Certamente, o desenvolvimento das forças produtivas tem um papel crucial no processo histórico e no alcance das lutas políticas. Entretanto fazer sinônimo de história é uma heresia. Não é preciso que as forças produtivas se desenvolvam em cada estabelecimento agrícola ou industrial, em cada sítio ou oficina, a ponto de impor a necessidade das relações caracteristicamente capitalistas de produção, de impor o trabalho assalariado, para que o capital estenda suas contradições e sua violência aos vários campos da produção no campo e na cidade (MARTINS, 1981, p. 14).

Encontramos no campo brasileiro, junto ao processo de desenvolvimento do capitalismo caracterizado pelo domínio territorial e pela implantação das relações de trabalho assalariado, também, as relações não capitalistas de produção como, por exemplo, a parceria, a reciprocidade e o trabalho familiar, que são os elementos fulcrais da resistência e da recriação camponesas.

O produtor familiar (...) continua proprietário da terra e dos instrumentos que utiliza no seu trabalho. Ele não é um assalariado de ninguém. (...) Como podemos dizer, então, que o capital instituiu a sujeição do seu trabalho, dominando-o? Nem há sujeição formal, nem há sujeição real do trabalho ao capital nesse caso. Entretanto, o capital tende a dominar cada vez mais a produção da agricultura. Não só dos setores de produção agrícola onde essa sujeição está claramente instituída, mas também do crescente setor de pequenos produtores baseados no trabalho familiar (MARTINS, 1981, p. 174).

Neste processo contraditório, a permanência dos camponeses enquanto sujeito social é estrategicamente orientada aos interesses do capital, que não aniquila inteiramente as relações de

produção não capitalistas e seus territórios, mas as conserva segundo seus interesses. Assim, ao passo que os camponeses utilizam o trabalho familiar para se reproduzirem, a força de trabalho da família camponesa é subsumida pelo processo de sujeição da renda da terra ao capital.

Paulino e Almeida (2010) propõem a leitura do campesinato brasileiro, estreitamente ligado às relações de produção e de classe, tendo como pedra angular a produção familiar e o uso da terra, que se apresenta como elemento condicionante da existência campesina, bem como palco de disputas.

É a partir da análise do uso da terra que é possível compreender os mecanismos e fenômenos de recriação do campesinato e as disputas entre classes, seja por terra ou para nela permanecer, como no caso do campesinato assentado, que é objeto desta pesquisa. Tal compreensão se aproxima da problemática em epígrafe, por entendermos que a terra e o uso dela se manifestam como vetor indissociável à construção do campesinato.

A permanência da questão camponesa no mundo “moderno” carrega consigo a problemática da terra e do território no capitalismo. Por conseguinte, não é possível falar em camponês sem fazer referência a esse debate, pois a terra, em disputa, se transforma em território e continua desempenhando papel *sui generis* no capitalismo. (PAULINO e ALMEIDA, 2010, p. 16)

Em suma, Oliveira (2006), Martins (1981), Paulino e Almeida (2010) defendem uma postura teórica em que o campesinato deve ser entendido como uma categoria independente socialmente, todavia, articulado dialeticamente e economicamente ao modo de produção dominante. As interpretações dos autores sobre a questão agrária implicam, necessariamente, na compreensão de que as relações capitalistas no campo ocorrem de modo peculiar e articulado às relações não necessariamente capitalistas.

Isto demonstra que o modo de produção capitalista não é uma estrutura isonômica. Contudo, a partir da noção de dominação indireta, ele subordina as estruturas da pequena produção, recriando-as, pois são consubstanciais para o próprio desenvolvimento do capital, a partir da subsunção das rendas da terra e do trabalho. A formação econômica social do capitalismo mantém as estruturas não capitalistas, e mantém também a ocular desigualdade entre a produção patronal e a pequena produção familiar camponesa, pois ela foge da esfera da relação do sistema capitalista (acúmulo de capital) sendo apropriada no processo de acumulação capitalista (ARAUJO, 1998).

Neste sentido, a estrutura camponesa de produção familiar se confronta com a grande estrutura em uma dialética permanente do seu próprio existir, em uma histórica luta de classes alimentada pelas

desigualdades promovidas pelo capital. Estas desigualdades são percebidas pelas distintas relações de produção, entre a pequena e grande agricultura e pela vertical concentração de terras.

Quando essas desigualdades atingem um nível, consideravelmente acentuado e violento, ampliam-se os conflitos. O campesinato se levanta, e se coloca enquanto sujeito político, ou seja, por meio da luta por terra e para permanecer nela. Assim, para dirimir os conflitos e preservar a superestrutura da formação social brasileira, o Estado, movido pelos processos de luta e pressão social, apresenta, em último caso, o projeto de Reforma Agrária como elemento reducionista do impasse, com a criação dos assentamentos rurais.

Contudo, vale ressaltar, para os homens e mulheres do campo, espoliados pelo processo de sujeição real do trabalho ao capital, a apropriação de uma fração do território representou uma possibilidade de vida mais justa e digna. Assim, compreendemos que, quando os camponeses se territorializam, com o acesso à terra e aos recursos naturais que ela suporta, passam a deliberar sobre suas dificuldades reprodutivas e necessidades imediatas de consumo, que permitem cumprir adequadamente o ciclo de vida da família. Eles se recriam, se constituem como sujeitos de múltiplas expressões de existência, cuja orientação social se deu forjada na luta, na resistência cotidiana às manobras da exploração.

Ressaltamos a nossa compreensão de que o processo de Reforma Agrária, mesmo derivado das lutas estabelecidas pela desigual estrutura fundiária e social, não representa um projeto revolucionário. Ela é um projeto mediado pelo Estado, com interesses preestabelecidos e direcionados. Ao passo que minimiza os conflitos, reafirma o controle da terra, pela manutenção do seu aparelho jurídico-institucional pela manutenção da propriedade privada dos meios de produção, e conserva a desigual estrutura agrária contida no campo, embora atenuando-a.

Contudo, não podemos negar a importância que tem a Reforma Agrária, como elemento modificador da estrutura fundiária a partir da criação dos assentamentos. Ela sinaliza uma das poucas oportunidades de acesso à terra para quem dela precisa para viver e se recriar enquanto camponês, mesmo que de forma relativa e submetidos a constantes ataques pelo capital. Sinalizamos também seu potencial enquanto inserção de uma parcela de força de trabalho volante, de espoliados no campo e nas periferias das cidades.

Sobre isto trazemos as compreensões de Shanin (2008) sobre o processo de criação de um campesinato assentado, oriundo do programa de Reforma Agrária:

(...) a criação do campesinato, que acontece em muitos países, entre eles o Brasil, em que pessoas que não são camponeses ou pessoas que são “sem-terra” recebem terra por meio de políticas de redistribuição fundiária. Há, também, então, o processo de criação e recriação do campesinato. Para provar que este processo não é uma particularidade do Brasil (SHANIN, 2008, p. 27).

O autor ainda coloca que este campesinato, fruto da Reforma Agrária, representa uma resistência incômoda, porque não aceita facilmente ser cooptado pelo capital. O campesinato vive seu tempo e viveu todos os tempos: nas sociedades escravocratas, feudais e capitalistas. É sujeito histórico perene que luta para ser ele mesmo, pois ainda não foi possível suprimi-lo, sufocá-lo, apesar das constantes tentativas e do processo de evolução tecnológica e científica (SHANIN, 1983).

Assim, as manifestações da capacidade dos camponeses da Reforma Agrária advém do processo de construção diária, onde enfrentam desafios para garantir sua reprodução social, enquanto unidade de produção familiar, numa formação social sob dominação do modo de produção capitalista (STEDILE, 2016).

Nesse sentido, se faz necessário investigar os processos de transformação, lutas, resistências, recuos, avanços e recriação do campesinato, como sujeito que tem historicidade e materialidade concreta. Estamos aqui nos referindo a um campesinato assentado, ou seja, forjado na luta pela terra para permanecer nela sob condição de camponês.

Por extensão, o conceito de *campesinato assentado* é compreendido como síntese concreta, resultante do processo contraditório de forças opostas que atuam no campo. Seu conteúdo está orientado a partir do processo de formação política de luta por terras, contra as condições desiguais de exploração mantida pelas distintas relações de produção no campo, que marcaram a estruturação do espaço e a formação territorial brasileira.

Para Martins (2003, p. 10), o campesinato assentado, é “o sujeito da reforma agrária, é vivencial, está inserido na prática cotidiana da questão agrária, das tensões e conflitos decorrentes da própria reforma, longe das teorias e das ideologias que a ele se referem”, é gestado no próprio processo da reforma. É o sujeito marcado pela ambivalência orientada e dividida entre a de trabalhador volante, em sua condição anterior, e a de proprietário de terra.

O campesinato assentado se apresenta como sujeito derivado de um processo de confronto e regularização. Confronto porque seu processo de assentamento, em sua maioria, não se deu de maneira pacífica proveniente do reconhecimento da histórica exploração no campo e da população contida nele. Regularização pelo fato dos assentamentos surgirem movidos por uma forte tensão

social iniciada pelas resistências à expulsão, ocupações e acampamentos à política agrária, que representa a estratégia encontrada pelo Estado para sanar os conflitos e, ao mesmo tempo, limitá-los enquanto processos de luta, sem alterar a estrutura fundiária e a organização da formação social brasileira.

Assim, o camponês assentado carrega traços sociais que o qualificam enquanto homem da terra, que utiliza e conduz em seu processo produtivo as necessidades da família, bem como o de titular da renda da terra:

(...) sujeito que se determina por aquilo que nega, como é fundamental o caso da renda da terra. O assentado também é titular da renda fundiária, mesmo que sua existência social se organize ainda a partir de mediações específicas e próprias de sua situação social e de classe e da dominância que nela tem o trabalho (MARTINS, 2003, p. 10).

Na compreensão do autor, a conformação dos assentamentos também imprime a tutela conservadora do ponto de vista territorial. O assentado não é o sujeito real que controla o modo de produção e a ação territorial, ele “é dilacerado e desafiado pela incoerência entre a situação social de trabalhador e a situação social de proprietário e titular de renda fundiária” (*Ibidem*, 2003, p.11). Essa polarização marca profundamente os nós que os compactam na figura do agricultor familiar.

Vale ressaltar, que o termo “agricultura familiar”, ganhou conteúdo na agenda e nas políticas públicas, tendo significado político, teórico e ideológico distinto da agricultura camponesa, considerada erroneamente como improdutiva. Como objeto teórico, o agricultor familiar surge como forma de classificar o trabalhador que utiliza a força de trabalho da família na produção e está incorporado à racionalidade econômica e competitiva do mercado capitalista. A nomenclatura ideológica da agricultura familiar foi o elemento concatenador dos camponeses à moldura compactada de projetos que visam sua reprodução controlada, subordinada e gestada pelos programas e políticas públicas, a exemplo do crédito dirigido, que orienta o uso e a gestão do território e tenta exercer controle sobre a força de trabalho contida nele.

Entretanto, em nossa compreensão, toda a agricultura camponesa é eminentemente familiar, ou seja, produz com e para as necessidades da família, e sua integração com o mercado não se dá de forma verticalizada. Assim, reafirmamos o conceito de agricultura camponesa, como um conceito em totalidade que cultiva as características naturais do devir social, histórico, econômico e produtivo do camponês e de sua família.

Assim, em nossa compreensão, o campesinato assentado, mesmo direcionado pela gerência via pública/institucional da agricultura familiar, se capacita como sujeito de amplas significações, pois, estas foram constituídas no processo contraditório de luta e resistência. Não são coletividades residuais, mas indivíduos que em seu devir político e econômico, se interligam e se relacionam às estruturas internas e externas, contudo, sem perder o que lhes é característico, a autonomia relativa da produção, que se dá a partir do trabalho, eminentemente familiar, e do uso coletivo da terra como elemento provedor.

O campesinato assentado, ou seja, da Reforma Agrária, está envolto em um hibridismo econômico e social, estabelecido entre os processos de recriação e subordinação. Contudo, dado o seu conjunto de arranjos internos e de sua razão econômica peculiar, conseguem suportar a irracionalidade brutal do modo dominante a partir do seu malabarismo socioeconômico e da sua resistência, mesmo que subordinada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não podemos ler o campesinato assentado, na atualidade, nem por sua essência endógena, ou seja, decorrente exclusivamente do seu processo de diferenciação interna e do conjunto de estratégias por ele desenvolvidas para prover sua recriação, nem isoladamente, como indivíduos estreitamente ligados e totalmente subordinados ao processo da reprodução capitalista. Eles estão inseridos em uma constante dialética, que estabelecem em seus processos produtivos e reprodutivos. No aspecto produtivo, eles se relacionam e se sujeitam, conforme coloca Shanin (1983; 2005) às estruturas do Estado e do mercado e à natureza.

Sua articulação à natureza é pré-condicionante à sua reprodução. Dela ele depende, e, a partir dos seus recursos, se torna sujeito, ser vivente. Dada a limitação técnica, em sua maioria, a reprodução se dá extremamente dependente do calendário agrícola. Ou seja, seu processo produtivo é vinculado aos períodos de dependência da dinâmica da natureza mediado pelos regimes das chuvas e estiagem.

Já a sujeição ao Estado se dá por via institucional, desde a manutenção jurídica da propriedade privada da terra, seguindo via implementação das políticas, programas e recursos, a quem muitas das vezes dirigem, ou tentam dirigir, sua ordem produtiva e reprodutiva. Seu baixo nível de capitalização, acentuado pelas necessidades de infraestrutura e canais de comercialização, fazem com que eles subordinem-se à dinâmica proposta pelo Estado, que impulsiona a lógica produtivista de racionalidade de mercado, contrária à razão econômica camponesa.

A relação que os camponeses mantêm com o mercado, também, se faz de forma subordinada ao capital em sua feição industrial, comercial e financeira. Tal fato se dá desde o processo produtivo quando eles recorrem ao mercado para aquisição de implementos, defensivos, equipamentos, alguns instrumentos de trabalho e aos financiamentos, ou quando colocam em circulação sua produção. A subordinação na circulação ocorre quando os camponeses entregam o seu excedente produtivo ao atravessador, maioria dos casos, ou, às agroindústrias. Desse modo, são subordinados pelas regras do capital, onde as trocas realizadas entre os camponeses e o capital comercial decorrem dos processos de subsunção das rendas da terra e do trabalho, visto que os preços conseguidos pela produção colocada no mercado não correspondem ao volume do trabalho dispendido, nem aos recursos investidos pelos camponeses para gerar o excedente produtivo.

Contudo, os camponeses continuam produzindo, mesmo que do ponto de vista do capitalismo seja uma produção irracional. A irracionalidade é percebida como um elemento de resistência e continuísmo do campesinato frente ao modo de produzir capitalista, que, nessa situação de prejuízo, estaria fadado à iminente falência produtiva, entretanto, o campesinato continua.

Assim, compreendemos que o campesinato, tem sua razão econômica própria. Tentar enquadrá-la na lógica capitalista da eficiência produtiva é uma impropriedade do ponto de vista analítico. A compreensão das relações e articulações e os mecanismos internos que o campesinato, em especial o campesinato assentado, mantém em seu processo produtivo e reprodutivo são o que lhes dão suporte, e nos auxiliam na sua compreensão.

Desse modo, selecionamos sete pontos que compreendemos os mais proeminentes: a) autonomia produtiva relativa: controla seus meios de produção e o seu trabalho, contudo, está ligado aos mercados diversificados estabelecidos a partir dos programas e políticas públicas de Estado; b) dependência aos recursos naturais: o campesinato pouco capitalizado e com recursos escassos, não dispõe de suporte tecnológico, o que o faz extremamente dependente da natureza. Para dirimir a dependência, faz uso de tecnologias sociais e da variação de suas habilidades e adaptações do seu ciclo produtivo às condições da sazonalidade natural de sua área; c) dependência dos programas institucionais: sua inserção em programas de fomento à comercialização de canais diretos de venda da produção; d) regras próprias derivadas do patrimônio cultural e hereditário: o campesinato possui um conjunto de habilidades contidas no seu patrimônio cultural e hereditário, mediado pelas relações de parentesco e reciprocidade, que permitem uma gestão do trabalho mais eficiente de suas necessidades e dificuldades produtivas; e) importância do trabalho familiar: possui como caráter

central e indissociável o trabalho familiar, que é o elemento gerador de sua racionalidade produtiva, e ao mesmo tempo mantedor do seu processo reprodutivo; f) objetivo de sua reprodução: o processo produtivo tem como objetivo imanente sua própria reprodução como unidade imediata de trabalho e de consumo, de maneira que mesmo que produza, unilateralmente, para a venda e adquira mercadorias para seu consumo, seu objetivo continuará sendo a produção de valores de uso; g) prioridade dada aos recursos obtidos: os recursos obtidos são destinados à família, para atender suas necessidades de consumo e de investimento produtivo, havendo um equilíbrio mediado pelo nível de satisfação e intensificação do trabalho.

Deste modo, analisando estes pontos, verificamos que o processo reprodutivo do camponato assentado possui estreitas ligações com as abordagens contidas na literatura, que se direciona à compreensão peculiar dessa formação social, ou seja, nas compreensões ligadas à lógica interna do seu processo reprodutivo, como sinalizam Chayanov (2014) e Mendras (1978). Contudo, isso não significa que estamos diante de um camponato ilhado em sua rede reprodutiva, fora da formação social, pelo contrário, ele se intercambia constantemente para desenvolver-se enquanto sujeito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Manuel Correia de. A terra e o homem no Nordeste. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1978.
- ARAUJO, Tania Bacelar. Governo FHC prioriza o setor financeiro. Jornal Sem Terra, São Paulo, Fev, 1998.
- AZEVEDO, Fernando Antonio. As Ligas Camponesas. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1982.
- CAMARANO, Ana Amélia; ABRMOVAY, Ricardo. Êxodo rural, envelhecimento e masculinização no Brasil: panorama dos últimos 50 anos. In: Texto para discussão número 621- IPEA, 1999.
- CANDIDO, Antonio. Os parceiros do Rio Bonito. São Paulo: Duas cidades, 1979
- CARNEIRO, Ana; CIOCCARI, Marta. Retrato da Repressão Política no Campo – Brasil 1962-1985 – Camponeses torturados, mortos e desaparecidos. Brasília: MDA, 2010.
- CARVALHO, Horácio Martins de. O campesinato no século XXI. Petrópolis: Ed. Vozes, 2005.
- CHAYANOV, Alexander V. Teoria dos sistemas econômicas não capitalistas (1924). In: CARVALHO, Horácio Martins de. Chayanov e o campesinato. São Paulo: Expressão Popular, 2014
- CORREIA, Silvana Cristina Costa. Produção do capital avícola e campesinato no espaço agrário do agreste paraibano. 2018. (Tese de doutorado). 403 f. Centro de Ciências Exatas e da Natureza, Programa de Pós Graduação em Geografia. Universidade Federal da Paraíba, 2018.
- GERMANI, Guiomar Inez. GeoTextos, vol. 2, n. 2, 115-147, 2006.
- GUIMARÃES, Alberto Passos. Quatro séculos de latifúndio. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1968.
- GUIMARÃES, Alberto Passos. O complexo agroindustrial. Revista Reforma Agrária, ano 7, n. 6, nov/dez. 1977.
- GUIMARÃES, Alberto Passos. Quatro séculos de latifúndio. In: STEDILLE, João Pedro (coord). A questão agrária no Brasil. São Paulo: Ed. Expressão Popular, 2005.
- KAUTSKY, Karl. A questão Agrária. São Paulo: Nova Cultural, 1986.
- LEMOES, Francisco de Assis. Nordeste, o Vietinã que não houve. Ligas camponesas e o golpe de 64. Londrina/PR: editorada UEL, 1996.
- LÊNIN, Vladimir Ilich. Desenvolvimento do capitalismo na Rússia. São Paulo: Nova Cultural, 1982.
- LUXEMBURGO, Rosa. A acumulação de capital. Contribuição ao estudo econômico do imperialismo. São Paulo: Nova Cultura, 1985.
- MARQUES, Marta Inez Medeiros. Agricultura e campesinato no mundo e no Brasil: um renovado desafio à reflexão teórica. In: PAULINO, Eliane Tomiasi. FABRINI, João Edmilson. Campesinato e território em disputa. São Paulo: Ed. Expressão Popular e UNESP, 2008.
- MARTINS, José de Souza. Os camponeses e a política no Brasil. Petrópolis: Vozes, 1981.

MARTINS, José de Sousa. A reforma agrária e os limites da democracia na “Nova República”. São Paulo: Hucitec, 1986.

MARTINS, José de Souza. O poder do atraso: ensaio da sociologia da história lenta. São Paulo: Hucitec, 1995.

MARTINS, José de Sousa. O sujeito oculto: ordem e transgressão na reforma agrária. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2003.

MENDRAS, Henri. Sociedades camponesas. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1978.

MOREIRA, Ivan Targino. Les facteurs déterminants du processus migratoire au Nord-Est du Brésil. 1982 (Tese de doutorado) Doutorado em Desenvolvimento Econômico e Social. Paris: Université de Paris I, 1982.

MOREIRA, Emília. Evolução do processo de produção do espaço paraibano. Joao Pessoa, Cadernos do NDIHR, nº 23, 1990.

MOREIRA, Emília; TARGINO, Ivan. Capítulos de Geografia Agrária da Paraíba. João Pessoa: Editora Universitária, 1997.

OLIVEIRA, Ariovaldo Umbelino de. A longa marcha do capitalismo brasileiro: movimentos sociais conflitos e Reforma Agrária. In: Estudos Avançados. Vol. 15 nº 43. São Paulo, Set/Dez, 2001.

OLIVEIRA, Ariovaldo Umbelino de. A geografia agrária e as transformações territoriais recentes no campo brasileiro. In: CARLOS, Ana Fani Alessandri (org.). Novos caminhos da Geografia. São Paulo: Ed. Contexto, 2002.

OLIVEIRA, Ariovaldo Umbelino de. Barbárie e modernidade: o agronegócio e as transformações no campo. Terra Livre. São Paulo, n. 21, p. 113-156, 2003. Disponível: www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&pid=S1982...lng=en. Acesso. 15/06/2019.

OLIVEIRA, Ariovaldo Umbelino de. Geografia agrária: perspectivas no início do século XXI. In: OLIVEIRA, Ariovaldo U. de; MARQUES, Marta Inês Medeiros (Org.). O campo no século XXI: território de vida, de luta e de construção da justiça social. São Paulo: Casa amarela; Paz e Terra, 2004. p. 27-64.

OLIVEIRA, Ariovaldo Umbelino de. “Quem sabe faz agora, não espera acontecer”: o MST como movimento socioterritorial moderno. Revista USP, São Paulo. V. 64, 2005, p. 156-72.

OLIVEIRA, Ariovaldo Umbelino de. A Amazônia e a nova Geografia da produção da soja. Revista Terra livre, São Paulo, ano 22, v. 1, n. 26, p. 13-43, jan.–jun, 2006.

PAULINO, Eliane Tomiasi; ALMEIDA, Rosemeire Aparecida. Terra e território: a questão camponesa no capitalismo. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

PRADO JR, Caio. A questão agrária. São Paulo: Editora Brasiliense, 1979.

SABOURIN, Eric. Camponeses do Brasil: entre a troca mercantil e a reciprocidade. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SANTOS, José Vicente dos. Os colonos do vinho. São Paulo: Hucitec, 1978

SHANIN, Teodor. La classe incómoda. Socióloga política do campesinato em uma sociedade em desarrollo (Rusia 1910-1925). Madri: Alianza Editorial, 1983.

SHANIN, Teodor. A definição de camponês: conceituações e desconceituações-o velho e novo em uma discussão marxista. Presidente Prudente. Revista NERA- ano 8, n. 7- junho/dezembro de 2005, pp. 1-21.

SHANIN, Teodor. Lições camponesas. In: PAULINO, E. T.; FABRINI, J. E. Campesinato e territórios em disputa. São Paulo: Expressão Popular, 2008. p.23-48.

SILVA, José Graziano da. O que é questão agrária. São Paulo: Brasiliense, 1981.

SILVA, José Graziano da. A modernização dolorosa- Estrutura agrária, fronteira agrícola e trabalhadores rurais no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1982.

SILVA E. V, AMARAL R. F. e MACIEL H. M. Campesinato e Reforma Agrária: Um debate contemporâneo. In: Perpescitvasonline: Ciências Humanas e Sociais. Campo dos Goytazases, 2016.

STEDILE, João Pedro. Lider do MST diz que haverá menos ocupações de terra no governo Bolsonaro. Revista Exame. Publicado em 10 de set. de 2019. São Paulo. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/>. Acesso em 10 de fev. de 2020.

TARGINO, Ivan. A luta pela terra e os movimentos sociais no Brasil. In: Raízes, Campina Grande, vol 21, nº 01, p. 148-160, jan/jun. 2002.

TARGINO, Ivan; MOREIRA, Emília; MENEZES, Marilda. As ligas camponesas na Paraíba: um relato a partir da memória dos seus protagonistas. In Ruris, v. 5, p. 83-117, 2011.

TAVARES, Flávio. 1964: o Golpe. Porto Alegre: L&PM, 2014.

TOLENTINO, Michel Leonard Duarte de Lima. O (Des)envolvimento do PRONAF: as contradições entre as representações hegemônicas e os usos dos camponeses. 2013. (Dissertação de Mestrado). Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Geografia Humana. São Paulo, 2013.

WOLF, Eric R. Guerras camponesas do século XX. São Paulo: Global Editora, 1984.

Capítulo 5



10.37423/240909310

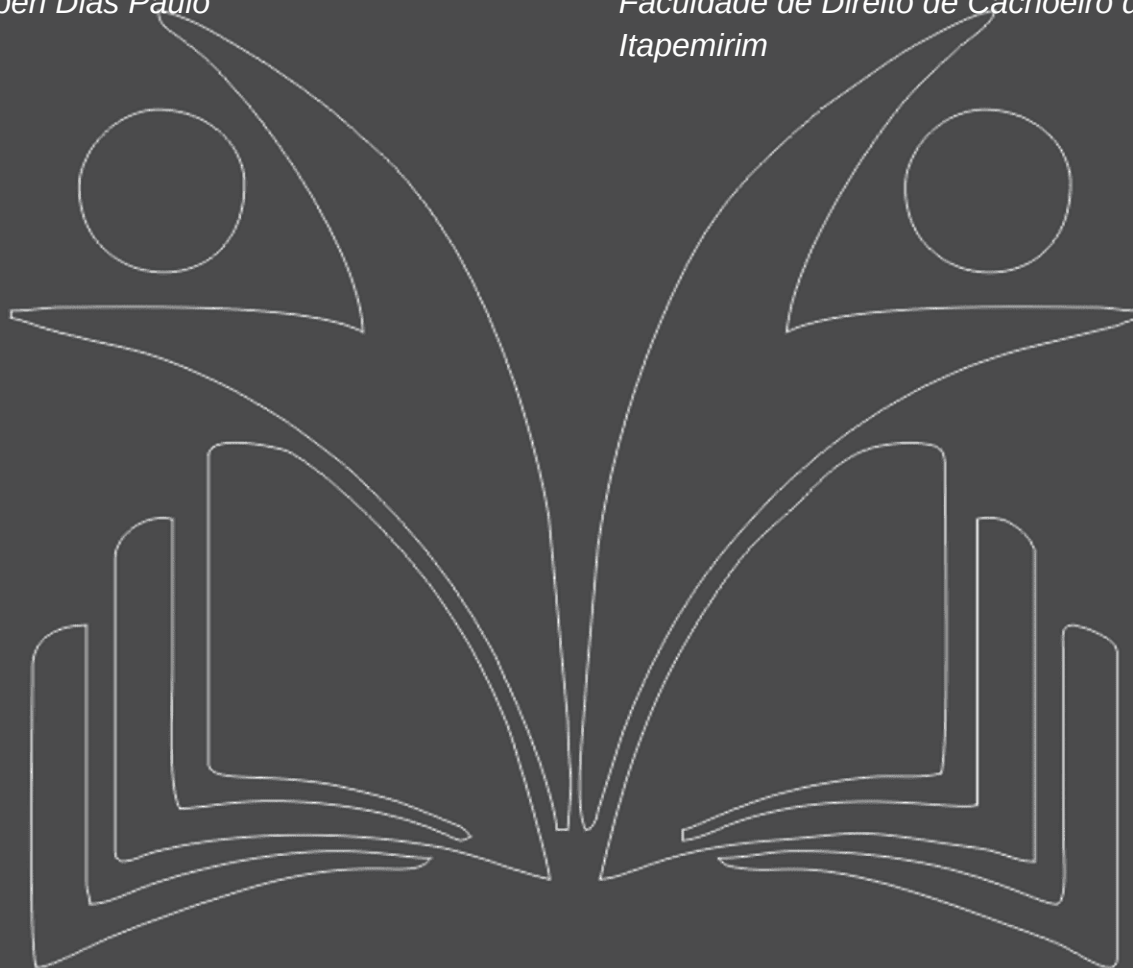
ENTRE A ESCOLA DA EXEGESE E A USURPAÇÃO DA FUNÇÃO TÍPICA LEGISLATIVA

Tauã Lima Verdan Rangel

*Faculdade de Direito de Cachoeiro de
Itapemirim*

Esdras Risperi Dias Paulo

*Faculdade de Direito de Cachoeiro de
Itapemirim*



Resumo: O escopo do artigo é analisar o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, abordando, para tanto, a interação entre a escola da exegese e a possível usurpação da função típica legislativa, quando do julgamento. Tradicionalmente, o papel desempenhado pelo Poder Judiciário esteve vinculado a uma atuação interpretativa sobre o ordenamento jurídico, vedando-se, contudo, mecanismos que fossem capazes de inovar a ordem estabelecida. Neste contexto, com a reconfiguração do Supremo Tribunal Federal, a partir da Constituição Federal de 1988, a Corte Constitucional recebeu uma oxigenação importante em suas atribuições e o seu papel enquanto guardião do Texto Constitucional. Para tanto, tal contexto implica no desempenho, sobretudo, da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, o que redundou, não raramente, que os seus julgamentos tenham por objetivo a proteção das minorias e uma atuação contramajoritária. Tal manifestação ficou perceptível, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº. 26, oportunidade em que, diante da mora do Poder Legislativo em legislar sobre a violência contra as minorias sexuais, a Corte Constitucional, para fins de aplicação e preservação de tal grupo, equiparou a homotransfobia aos crimes contidos na legislação de racismo, o que configurou, na prática, verdade inovação na ordem normativa, estabelecendo uma figura penal, a princípio, não prevista pelo legislador. A metodologia empregada pautou-se na utilização dos métodos científicos historiográfico e dedutivo; no tocante à classificação da pesquisa, enquadra-se como dotada de natureza exploratória; em relação à abordagem do objeto, a pesquisa é considerada como detentora de aspecto qualitativo.

Palavras-chave: Escola da Exegese; Controle de Constitucionalidade; Omissões Constitucionais; Ação Declaração de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO); Supremo Tribunal Federal.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este trabalho tem como objetivo analisar o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, abordando, para tanto, a interação entre a escola da exegese e a possível usurpação da função típica legislativa, quando do julgamento. Busca-se, dessa maneira, compreender as eventuais consequências jurídicas e políticas advindas dessa decisão, que tratou da criminalização da homofobia e transfobia, frente à possível omissão do Poder Legislativo.

O Supremo Tribunal Federal (STF) desempenha, no atual contexto constitucional, um papel duplo, funcionando como guardião da Constituição e a de árbitro em questões de grande relevância social e política. Desde sua criação em 1891, o STF tem sido o principal responsável por assegurar que leis e atos normativos estejam em conformidade com a Constituição, mas, ao longo dos anos, sua atuação evoluiu para um papel mais ativo na proteção de direitos fundamentais.

A partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que introduziu a possibilidade de editar súmulas vinculantes, houve uma expansão de atribuições que podem refletir em uma atuação mais proativa, principalmente em temas de relevância social, como o julgamento da ADO nº. 26, a partir do momento em que o STF passou a agir com maior ativismo, diante da inércia legislativa.

A Constituição de 1988 introduziu mecanismos para o controle de omissões legislativas, como será visto no presente artigo as ações como a ADO e o Mandado de Injunção. A ADO, em especial, foi projetada com o objetivo de suprir lacunas presentes devido a inércia do legislador garantindo assim que as normas constitucionais não fiquem sem eficácia. O caso da ADO nº 26 é um exemplo emblemático desse controle, em que o STF supriu a ausência de legislação sobre homofobia e transfobia, equiparando essas condutas ao crime de racismo.

A Escola da Exegese, que prega uma interpretação estritamente literal das leis, contrasta com a atuação do STF no julgamento da ADO nº 26. A questão central da problemática trazida no presente artigo gira em torno da possibilidade de o STF, ao julgar a ADO, ter preenchido uma lacuna legislativa, assumindo uma função que é típica do Poder Legislativo. Para alguns, essa atuação foi necessária e temporária, enquanto outros veem nisso uma usurpação da função legislativa, o que gera discussões sobre ativismo judicial e a separação dos poderes.

Em termos metodológicos, foram empregados os métodos científicos historiográfico e dedutivo. O primeiro método foi utilizado no estabelecimento da análise histórico-normativa do Supremo Tribunal Federal, tendo como paradigma o tratamento da questão na ordem constitucional brasileira. Já o método dedutivo encontrou aplicabilidade no recorte temático proposto para o debate central do artigo. Ainda no que concerne à classificação, a pesquisa se apresenta como dotada de aspecto exploratório e se fundamenta em uma análise conteudística de natureza qualitativa.

Como técnicas de pesquisa, optou-se pela adoção da revisão de literatura sob o formato sistemático, acompanhado de revisão bibliográfica. O critério de seleção do material empregado pautou-se em um viés de aproximação com a temática estabelecida, a partir de um recorte regional. As plataformas de pesquisa utilizadas foram o *Google Acadêmico*, o *Scielo* e o *Scopus*, sendo, para tanto, utilizados como descritores de seleção do material as expressões “Escola da Exegese”; “Controle de Constitucionalidade”; “Omissões Constitucionais”; “Ação Declaração de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)” e “Supremo Tribunal Federal”.

2 O DUAL PAPEL DESEMPENHADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Historicamente, o Supremo Tribunal Federal (STF), enquanto órgão da cúpula do Poder Judiciário, encontra suas balizas e os seus fundamentos com a instauração do período republicano no contexto brasileiro, com a edição da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891. Com expressa previsão, o Texto de 1891, em seu artigo 55, estabeleceu que “o Poder Judiciário, da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juízes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar” (Brasil, 1891). Em complemento, o artigo 56 dispôs acerca da composição do Supremo Tribunal Federal, constituído por quinze juízes, escolhidos dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado.

No ano de 1931, contudo, a composição do Supremo Tribunal Federal é objeto de redução, passando a contar, nos termos do Decreto nº. 19.656, com onze componentes, nos termos do artigo 1º: “Art. 1º Fica reduzido a onze o número de juizes do Supremo Tribunal Federal” (Brasil, 1931). Em continuidade, o art. 73 da Constituição de 1934 realizou uma alteração no nome do, até então, órgão de cúpula da justiça para “Corte Suprema” e, ainda assim, manteve em onze o número de Ministros, estabelecendo como sede a capital da República e possuindo jurisdição em todo o território nacional. Todavia, o nome

de Corte Suprema permaneceu somente até a promulgação da Constituição sucessora, quando se restaurou o nome para “Supremo Tribunal Federal” (STF), nome este que não fora alterado nas Constituições posteriores, mantendo-se, de igual modo, o mesmo quantitativo de Ministros outrora estabelecido (Brasil, 1937).

Com a Constituição de 1946, houve a previsão da alteração na quantificação de Ministros, bem como das turmas. O STF, a partir daquele momento, contaria com dezesseis Ministro e o Plenário seria dividido em três Turmas, possuindo cinco Ministros por turma.

Art. 98 - O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de dezesseis Ministros.

Parágrafo único - O Tribunal funcionará em Plenário e dividido em três Turmas de cinco Ministros cada uma (Brasil, 1946).

De acordo com o sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (2018, n.p.), enquanto vigente o período do regime militar, houve a edição do Ato Institucional nº. 2 (AI-2), de 27 de outubro de 1965, que promoveu a ampliação do número de ministros, passando de onze para dezesseis, acréscimo que fora mantido pela Constituição de 24 de janeiro de 1967. Em que pese a Constituição de 1946 elucidar que somente o STF poderia aumentar o número de Ministros, foi a proposta do governo à época através do AI-2 que foi aprovada e posta em prática.

Segundo a Constituição de 1946, a possibilidade de aumento do número de ministros somente poderia ser feita através da iniciativa do próprio STF, porém a reforma do Judiciário proposta pelo governo e posta em prática com a edição do AI-2 foi a de que o número de ministros seria aumentado de 11 para 16, sem nenhuma consulta ao Supremo (Torres, 2019, p.464)

Por fim, chega-se à atual Constituição de 1988, que preserva o STF como cúpula do Poder Judiciário e mantém em onze Ministros, sendo estes cidadãos, com mais de trinta e cinco anos e menos de setenta anos de idade, possuindo reputação ilibada e notável saber jurídico, Ministros este que serão indicados pelo Chefe do Poder Executivo e aprovados pela maioria absoluta do Senado Federal. A contemporânea Constituição atribui, ainda, em seu art. 12, §3º, IV, a condição de ser brasileiro nato para se tornar Ministro do STF.

Originalmente, o Supremo Tribunal Federal possui atribuições que são bem delineadas ao longo do Texto Constitucional de 1988, contudo seu papel tem sido ampliado ao longo dos anos através das emendas e interpretações constitucionais que poderão ser exemplificadas através da Emenda Constitucional nº 45, de 2004 (EC nº45/2004), que introduziu a reforma do Judiciário e, ainda, no órgão máximo do Poder Judiciário. Conforme o sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

A partir da Emenda Constitucional 45/2004, foi introduzida a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal aprovar, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 103-A da CF/1988) (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2023, n.p.).

Para esclarecer de maneira mais detalhada o processo de ampliação das atribuições do Supremo Tribunal Federal (STF), é fundamental destacar e evidenciar as funções e responsabilidades específicas que este órgão desempenha no sistema jurídico. Para tanto o sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal também elucida:

O STF julga casos relacionados à Constituição. Até chegar ao Supremo, o processo judicial pode percorrer outras instâncias do Poder Judiciário. O Supremo dará a palavra final, e a decisão tem que ser respeitada e cumprida por todos. Mas há também processos que chegam diretamente ao Tribunal. E muitos deles impactam a vida de toda sociedade (Brasil. Supremo Tribunal Federal, [s.d.], n.p.).

A Corte Constitucional Nacional apresenta-se como instância máxima do Poder Judiciário no Brasil, e possui, por essencialidade, a guarda da Constituição Federal. Assim, fiel à tal atribuição, o STF é o órgão responsável por promover interpretações e assegurar que todas as leis e atos normativos estejam em conformidade com a Constituição, tendo sua competência expressamente prevista na redação do art.102 do Texto de 1988. Apesar do Constituição Cidadã estabelecer as atribuições da Corte Suprema Brasileira, tais prerrogativas são passíveis de críticas quanto ao modelo de controle de constitucionalidade atribuído e por este modelo ser abrangente aos demais juízes e tribunais.

Não há, no Brasil, uma Corte Constitucional nos moldes conhecidos em alguns países europeus (como órgão separado do Poder Judiciário, com função de realizar, tão somente, controle concentrado e abstrato de constitucionalidade; além disso, no sistema adotado entre nós, qualquer juiz ou tribunal – e não apenas o STF – pode deixar de aplicar alguma norma por considerá-la contrária à Constituição, realizando controle difuso de constitucionalidade (Medina, 2022, n.p.)

Depreende-se que, apesar da atual Constituição atribuir a prerrogativa de controle de constitucionalidade ao órgão Supremo do Poder Judiciário, concede, ainda, tais prerrogativas por parte de qualquer juiz ou tribunal, de modo a desconcentrar que somente um órgão possa realizar o controle de constitucionalidade, nos termos contidos no artigo 97 da Constituição Federal combinado com as disposições dos artigos 948 a 950 do Código de Processo Civil. Ao lado disso, incumbe, ainda, ao STF atuar no controle de constitucionalidade, incluindo a interpretação da Constituição em ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade, além de deter competência para julgar, em recurso extraordinário, causas decididas em única ou última instância,

quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, conforme art. 102, §2º c/c 102, III, “a” (Brasil, 1988).

Como já supramencionado, o STF possui por essencialidade a guarda da Constituição, que lhe é atribuída pelo próprio Texto Constitucional, em seu art. 102. Contudo, a Corte também poderá fazer a manutenção da interpretação do texto constitucional. Segundo Gerson dos Santos Sicca ([s.d.]), para que se faça a interpretação da Constituição, seria necessário um entendimento prévio sobre o conteúdo do Texto Constitucional, além de que a pessoa do julgador, ao realizar a interpretação, deveria verificar até que momento o legislador poderá utilizar a concretização dos valores constitucionais que estavam expostos nas normas jurídicas.

De igual modo, o julgador deve reconhecer os seus limites e que este venha a procurar, no texto da norma, significados compatíveis com a interpretação da norma constitucional, bem como os princípios explícitos e implícitos (Sicca, [s.d.]). Ademais, a interpretação realizada pelo julgador, compatível com a Constituição Federal de 1988, seja como um mecanismo de controle de constitucionalidade, pois é o julgador que declara em qual sentido a norma é constitucional.

A Suprema Corte do Brasil possui uma função típica que se desempenha dentro de uma estrutura democrática, essa atribuição é a contramajoritária, porém o que se entende por tal exercício? Para o sítio eletrônico Consultor Jurídico (2014, n.p.), o STF desempenha o papel contramajoritário quando este invalida os atos dos Poderes Legislativo e Executivo que são contrários à Constituição, com isso entende-se que a Corte Constitucional nacional, dentro de uma estrutura do Poder Judiciário, é um contrapeso Executivo e do Legislativo.

Compreende-se que o aludido órgão é contramajoritário em razão das decisões legislativas, sejam leis ou atos normativos, possuírem um processo que é conduzido por representantes eleitos democraticamente pela maioria do povo através do voto, entretanto, as decisões judiciais são tomadas por ministros que possuem critérios meritórios (Zanelatto, 2020). A função contramajoritária é essencial na promoção da proteção de minorias, para que se possa garantir uma sociedade justa e inclusiva, sem distinção de qualquer pessoa e, dessa forma, o STF estará assegurando o direito das minorias. Depreende-se, portanto, que a jurisdição pátria implementada pelo STF, possui a função de conter, organizar e fiscalizar o poder estatal, possuindo como objetivo garantir a proteção das minorias, dos mais fracos e assim proporcionar a reparação dos possíveis perigos que poderão acontecer, indo de encontro com a dignidade da pessoa humana (Abboud, 2012)

3. O SISTEMA DE CONTROLE DAS OMISSÕES CONSTITUCIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: EM EXAME, A AÇÃO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO)

Para um melhor entendimento, mostra-se necessária a demonstração da evolução do sistema brasileiro, no que tange ao controle de constitucionalidade a partir do momento histórico em que o Brasil se tornara uma República no ano de 1891. Segundo Pedro Lenza (2023), a Constituição de 1891 sofreu uma influência do Direito dos Estados Unidos da América que é presente até a atual Constituição de 1988, essa influência culminou na existência do modelo difuso de constitucionalidade. Assim, estabeleceu-se a prática do controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos infraconstitucionais, podendo ser realizada por qualquer juiz ou tribunal, atentando-se às regras de competência e organização judiciária. Dessa maneira, sob a influência do Direito Estadunidense, a Constituição de 1981, em seu art. 97, estabeleceu a adoção do controle difuso de constitucionalidade, podendo ser repressivo, posterior e realizado de forma incidental, ou seja, como questão prejudicial ao mérito (Lenza, 2023).

Ademais, o art.179da Constituição de 1934 manteve o controle difuso de constitucionalidade, bem como esta Lei Maior inovou ao trazer em seu corpo textual a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, conhecida como a cláusula de reserva de plenário. De igual modo, o art. 91, inciso IV, da Carta de 1934 estabeleceu ao Senado Federal a autoridade/competência de interromper e/ou suspender a aplicação de uma lei ou ato considerado inconstitucional por uma decisão final.

A Constituição de 1937, por sua vez, manteve o sistema difuso de controle de constitucionalidade e inovou ao elaborar e apresentar a possibilidade do Presidente da República de interferir nas decisões realizados pelo Poder Judiciário e que declarassem a inconstitucionalidade de uma lei. Assim, o art. 96, parágrafo único, da Constituição de 1937, permitiu que o Presidente da República representasse ao Poder Legislativo a referida lei e estes pudessem retirar o efeito de inconstitucionalidade da lei quando votada e aprovada por 2/3 de ambas as casas do Poder Legislativo.

Segundo Marques (2006), a Lei Maior de 1946 trouxe, através da Emenda Constitucional nº 16/1965, uma atualizada modalidade quanto ao controle de constitucionalidade, passando a prever a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), oportunidade em que se conferiu ao STF competência originária para julgar a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, tanto federais quanto estaduais, bem como, adicionalmente, foi estipulada a viabilidade de realizar o controle concentrado de constitucionalidade em qualquer ato que tenha caráter normativo, independentemente de ser de

competência estadual ou federal, e não apenas nas leis estaduais que poderiam justificar uma intervenção federal.

A Constituição de 1967, através da Emenda Constitucional nº 1/1969, em seu art. 13, atribuiu aos Estados que estes pudessem se organizar e reger pelas Constituições e leis estaduais, tendo apenas que atender e observar os princípios estabelecidos na Constituição de 1967. Em continuidade, o art. 10, inciso VII, alíneas “c”, “d” e “e” da EC nº 1/69, também corrobora para independência dos três Poderes, as garantias do Poder Judiciário, bem como a autonomia municipal, com isso ampliou-se ainda mais o alcance do sistema de controle de constitucionalidade das leis municipais em comparação à Constituição Estadual de cada Ente Federativo, para que, se necessário, houvesse uma intervenção no Município.

Chega-se a Constituição de 1988, também conhecida como “Constituição Cidadã”, que trouxe quatro inovações a respeito do controle de constitucionalidade. Ao tratar da matéria, sustenta que a Constituição de 1988, em seu art. 103, promoveu verdadeira expansão quanto aos legitimados para que se possa propor uma representação de constitucionalidade, exaurindo com a exclusividade do PGR:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (Brasil, 1988)

Em prosseguimento, Luiz Henrique Diniz Araujo (2021), ressalta que a Constituição de 1988 instituiu o controle de constitucionalidade quanto às omissões legislativas, para que se possa ter o resguardo aos direitos fundamentais em decorrência das omissões legislativas e que se possa solucionar, judicialmente, omissões inconstitucionais. As ações para as omissões legislativas podem ocorrer em sede de controle concentrado e em sede de controle difuso (Lenza, 2023). No âmbito do controle

concentrado, o Texto Constitucional consagrou a figura da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) em seu art. 103, §2º da CRFB/88, ao passo que, no controle difuso, foi instituído o Mandado de Injunção (MI) em seu art. 5º LXXI, da CRFB/88, nas modalidades individual e coletiva.

A Constituição de 1988 trouxe também a possibilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), em seu art. 102, §1º, da CRFB/88, onde esta ação completou as lacunas em que as ADI's não ocupavam (Medeiros, 2013). Por fim, a redação dada através da Emenda Constitucional nº 3/1993, no art. 102, inciso I, "a", da CRFB/88 introduzindo ao corpo constitucional de 1988, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), não obstante a Emenda Constitucional nº 45/2004 equiparou os legitimados aos mesmos da ADI.

Depreende-se, portanto, que as quatro inovações estabelecidas na Lei Maior de 1988 foram a ampliação dos legitimados para possível propositura de uma representação de constitucionalidade (art. 103, da CRFB/88), a instauração do controle de constitucionalidade quanto as omissões legislativas (art. 103, §2º, da CRFB/88) - tanto em sede de controle concentrado quanto difuso, Além disso, de maneira inédita em toda a trajetória histórica, a possibilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102 §1º, da CRFB/88) e, por fim, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, inciso I, "a", da CRFB/88) equiparando-se os legitimados ativos para sua propositura conforme já fundamentado.

Como já mencionado, o constitucionalismo dos Estados Unidos da América efetuou grande indução para que o Brasil instaurasse o modelo republicano e aceitasse o princípio da *judicial review*, onde o referido princípio implica na legitimidade de o Poder Judiciário rever ações dos demais Poderes (Marques, 2010). Vislumbra-se a presença do supracitado princípio na atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quando os dispositivos desta permitem que haja um controle de constitucionalidade. Como dito, o art. 102, inciso I, alínea "a", fixa a competência para o STF processar e julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) e Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC), bem como, em seu art. 102, §1º, trata a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Em continuidade, o art. 103, §2º que trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Com isso, Pedro Lenza (2023) esclarece que os legisladores constituintes criaram mecanismos para que se possa observar e controlar os atos normativos para que estes atos estejam em harmonia com a Constituição. Tais mecanismos podem ser compreendidos como controle de constitucionalidade

contando-se com o requisito da Constituição rígida e da atribuição de competência a um órgão, que irá variar entre o sistema de controle difuso ou concentrado.

Após a demonstração da evolução no sistema brasileiro no controle de constitucionalidade, devemos examinar, com fulcro, a Ação de Controle de Constitucionalidade por Omissão (ADO), pois é esta ação a ser utilizada quando há necessidade de controlar uma omissão Constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, conforme descreve o art. 103, §2º da CRFB/88. Segundo Medeiros (2013), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) foi inserida ao Ordenamento Jurídico Pátrio através da influência da Constituição Portuguesa de 1976, onde esta prevê expressamente em seu art. 283 a inconstitucionalidade por omissão.

Conforme elucidam Oliveira, Amorim e Ryndack (2024) o surgimento da ADO no Brasil se deu através da EC nº. 3/93 com o objetivo de enfrentar a ineficácia e/ou lacuna normativa das normas constitucionais no controle de constitucionalidade concentrado. Em continuidade, Barroso (2019) afirma que a Constituição de 1988 abordou claramente quanto ao tema das omissões legislativas que resultaram em duas ferramentas de combate, quais sejam o Mandado de Injunção (MI) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). A ação em comento é utilizada para o combate de uma “doença” conhecida como síndrome da inefetividade das normas constitucionais e possui a finalidade de tornar eficaz uma norma constitucional que está desempossada de sua efetividade (Lenza 2023).

A ADO é destinada a assegurar a implementação de uma disposição constitucional que, requer uma regulamentação complementar para ser plenamente efetivada, porém, essa implementação não ocorre devido à falta de ação por parte do órgão competente, que deveria elaborar a norma necessária, mas permanece inerte, deixando a disposição constitucional sem a devida concretização (Medeiros, 2013). A Constituição possui normas imperativas, que expressam uma ordem, porém, tais normas podem ser descumpridas de duas maneiras:

Descumpre-se a imperatividade de uma norma constitucional quer quando se adota uma conduta por ela vedada — em violação de uma norma proibitiva — , quer quando se deixa de adotar uma conduta por ela determinada — em violação de uma norma preceptiva. Porque assim é, a Constituição é suscetível de violação tanto por ação como por omissão (Barroso, 2019, p. 328).

De acordo com J.J. Gomes Canotilho (1994), citado por Reinaldo Pereira e Silva (2009), a omissão inconstitucional é referida através do fato de que o legislador deixa de cumprir uma obrigação específica imposta pela Constituição, ou seja, isso não se resume a uma simples ausência de ação; trata-se de não realizar uma tarefa que a Constituição determinava de maneira concreta e explícita.

Levando a uma melhor compreensão, Reinaldo Pereira e Silva (2009) elucida que o silêncio do legislador, que configura a omissão inconstitucional, pode ser total ou parcial.

Para seguir uma encadeamento lógico de ideias, preferível é abordar as espécies de omissões que segundo Pedro Lenza, (2023) existem espécies que devem ser destacadas, tais como as omissões totais/absolutas e as omissões parciais, compreende-se como omissões totais/absolutas aquelas que são identificadas quando não se cumpre o dever de regulamentar, editando uma medida para aplicar eficazmente a norma constitucional, por outro lado as omissões parciais podem ser caracterizadas quando existem a regulamentação infraconstitucional, porém se mostra ineficaz ou insuficiente.

A omissão inconstitucional poderá ocorrer na sede do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, através da ociosidade de uma diligência que pode ser normativa, político-administrativa ou judicial (Barroso, 2019). Compartilhando do mesmo entendimento, Jorge Miranda (2005), citado por Reinaldo Pereira e Silva (2009), alega que em relação a função do Estado que é dada através da Constituição, é comum identificar possíveis manifestações de comportamentos omissivos, sejam eles omissões de atos normativos ou de atos de conteúdo não normativo. Isso poderá ocorrer tanto nas atribuições legislativas quanto nas funções políticas ou de governo, no encargo administrativo e, até mesmo, na função jurisdicional.

Ao abordar sobre o objeto da ADO, Medeiros (2013) expõe que a ação em comento possui a função de suprir a norma que está ausente no ordenamento jurídico pátrio, cumprindo assim a função integrativa do sistema jurídico. Como base legal do objeto da Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão (ADO) observa-se o art. 103, §2º da CRFB/88 quando este dispositivo se refere a respeito da existência de uma omissão de medida para que assim possa tornar efetiva norma constitucional em razão de omissão de qualquer dos Poderes ou até mesmo de órgão administrativo.

Tratando sobre a competência para processar e julgar a ADO:

O constituinte procurou tratar a jurisdição constitucional abstrata como uma unidade, variando apenas o pedido, que poderá ser a declaração de inconstitucionalidade, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade por omissão. Nas três hipóteses, a regra de competência vem inscrita no mesmo dispositivo constitucional (Barroso, 2019, p.331).

Em continuidade, afirma o magistério de Medeiros (2013) que a ADO e a ADI compartilham a mesma natureza jurídica, ambas são ações de controle abstrato, instaurando processos essencialmente objetivos para fiscalizar a validade das leis e dos atos normativos. Para tanto, poderão ser propostas pelos mesmos legitimados e são de competência exclusiva do STF quando se trata de questões

referentes à Constituição Federal. No tocante aos efeitos que ocorrem através de uma decisão de ADO, têm-se que quando é identificada a omissão através do Poder Público por não exercer uma diretriz normativa que a própria Constituição impõe que se tenha a efetiva eficácia, o Supremo Tribunal Federal comunica o poder competente para que este possa tomar as devidas providências, porém, se tratando de um órgão administrativo, este terá um prazo de 30 dias para adotar as medidas necessárias

Ademais, a depender do caso concreto, a própria Corte Suprema pode estabelecer um prazo diferente em função do específico caso, devendo também estar associado com o interesse público, podendo até desenvolver uma responsabilidade em caso de continuidade da omissão que é objeto da ação (Medeiros, 2024). Por fim, na ADO, não existe uma lide, um conflito propriamente dito, o que existe é a impugnação de um ato normativo, seja por omissão parcial –ou sua falta, ou a omissão total que viole a CRFB/88 (Oliveira; Amorim; Ryndack, 2024)

4 ENTRE A ESCOLA DA EXEGESE E A USURPAÇÃO DA FUNÇÃO TÍPICA LEGISLATIVA: UMA ANÁLISE A RESPEITO DO PAPEL DESEMPENHADO PELO STF NO JULGAMENTO DA ADO Nº. 26

A princípio, cumpre destacar o nascimento da Escola da Exegese, segundo Lima (2008), se deu após a criação do Código Civil Napoleônico, em 1804, na França. Em continuidade, Chaves (2012) elucida que a origem da referida escola se deu em uma fase conturbada política e social na França, no início do século XIX, pois ocorriam muitas alterações no governo o que provocara certa desarmonia no ordenamento jurídico francês.

Quanto à compreensão estabelecida pela Escola de Exegese, esta é conhecida por possuir uma linha de pensamento na qual reconhece o Direito através da Lei que tem sua origem no Estado, principalmente aquela que está codificada (Staut Junior, 2008). A referida escola estabelecia que todos os atos ou ações realizadas na sociedade deveriam estar previstos em uma lei, com isso o Direito poderia ser aplicado em todos os casos por ser completo, portanto, os pensadores desta escola possuíam uma linha de pensamento na qual a lei é absoluta e que o juiz deveria apenas extrair os significados da lei para poder utilizar em cada caso (Mello Filho, 2003).

A Escola da Exegese atribuiu força àquele que é o promulgador de normas e cerceou de maneira equitativa a interpretação em que os juízes à época poderiam realizar quanto às formas gramaticais e sistemáticas das disposições atribuídas ao Código (Cicco, 2017). Ainda sobre o entendimento da Escola de Exegese, existiam fundamentos que deveriam ser seguidos:

1º) a riqueza da legislação, a partir da promulgação dos códigos, torna praticamente impossível a existência de lacunas; 2º) na hipótese de lacuna, deve o intérprete se valer dos recursos fornecidos pela analogia; 3º) a interpretação tem como objetivo investigar a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*), tendo em vista ser este o autor da lei (Lima, 2008, p. 111).

Para os legisladores, o Direito se tornara um aglomerado de normas escritas/positivadas pelo próprio Estado, com isso, o entendimento que se tinha era de que qualquer outra norma de comportamento social ou costumeira deveria ser ignorada, para tanto, o juiz deveria apenas aplicar a letra da lei respeitando sempre a vontade do legislador (Mello Filho, 2003).

Por fim, partilhando da mesma visão, Lima (2008) o intérprete exerce sua função restrito ao texto da lei, sem poder ir além dele, limitando-se a uma interpretação estrita do texto legal com a suposição de que a legislação escrita cobre todo o direito, configurando um sistema fechado que assume a integridade e perfeição da lei escrita como uma revelação completa e final do direito. É relevante abordar qual seria a compreensão de usurpação de função típica legislativa, por este motivo Marques ([s.d.]) elucida que usurpar é tomar posse sem obter o direito, praticando um ato ou ação que não lhe é devida.

O que seria a função típica de legislar? Segundo o sítio eletrônico do Senado Federal ([s.d.], n.p.), a função típica de legislar refere-se à elaboração de normas jurídicas primárias, em que suas bases estão diretamente na Constituição Federal e que têm a capacidade de estabelecer direitos ou gerar obrigações, que se dão através de um processo legislativo para criação de Emendas à Constituição, leis ordinárias, leis complementares, medidas provisórias, resoluções, leis delegadas e decretos legislativos.

Em complemento, o sítio eletrônico do Senado Federal ([s.d.], n.p.) informa que Congresso Nacional, que é composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, é responsável pelo exercício do Poder Legislativo Federal. Dessa forma, pode-se afirmar que o Poder Legislativo Federal é bicameral, possuindo como principais funções do Poder Legislativo são a elaboração de leis e a fiscalização.

Em continuidade, o art. 49, inciso XI, da CRFB/88 assegura que a competência de legislar cabe ao Congresso Nacional e este deve garantir e proteger a sua competência em razão das funções normativas dos outros Poderes. O art. 2º da CRFB/88 elucida sobre o princípio da separação dos poderes ao dispor que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, pertencentes à União, são harmônicos e Independententes entre si.

Ademais, Saleme (2022) elucida que embora o poder seja unitário, a tripartição dos poderes com suas respectivas funções deve ser independente e harmônica, basta que as ações desses poderes estejam em harmonia com o bem-estar da sociedade, garantindo assim que o poder seja exercido dentro dos limites definidos e com respeito às funções específicas de cada setor. Dessa forma, a teoria aplicada assegura a unidade do poder.

De muita relevância é o art. 60, §4º, inciso III, da CRFB/88, que é uma das nossas cláusulas pétreas, onde está descrito expressamente que a separação dos poderes não poderá sequer ser objeto de Emenda Constitucional que tenda a abolir. Diante de tudo o que fora abordado neste tópico sobre o que seria a usurpação, o que seria a função típica de legislar, qual dos poderes detém a competência para legislar e sobre o princípio da separação dos poderes, remete-se à dúvida: se o Poder Legislativo for omissivo em sua função, poderia o STF preencher a mora estabelecida pelo legislador enquanto este não edita a lei?

Segundo Barbosa (2012), quando o Poder Legislativo se mantiver inerte, em silêncio ou omissivo, o Poder Judiciário deverá viabilizar o cumprimento da norma, analisando os dispositivos constitucionais que definem os direitos fundamentais e aplicando-os ao caso específico em questão. Comisso, a norma deverá possuir aplicação imediata nos casos em que não houver uma lei regulamentadora. Portanto, quando o Poder Público fica inerte, o Poder Judiciário possui o dever de resolver os casos que lhe são apresentados até que o legislador cumpra o preceito constitucional e legisle sobre o direito que está sendo impedido.

Diante disso, remete-se a uma nova questão: o STF estaria ocasionando um ativismo judicial? Conforme descreve Saleme (2022), o STF estaria praticando o ativismo judicial, porém, este ativismo não deveria ser alvo de críticas mediante a uma omissão do Poder Legislativo, visto que, este poder costuma não se manifestar quanto às normas consideradas ofensivas, que detenham certos posicionamentos ideológicos, que envolva a ética ou a religião, embora encontre imediata necessidade para todo o corpo social. Seguindo a mesma linha, Barbosa (2012) defende que se há uma omissão do Poder Legislativo, o Poder Judiciário deverá solucionar o caso em que foi trazido a este, declarando também a mora do poder competente.

Realizada as devidas ponderações, deve-se analisar o papel desempenhado pelo STF no julgamento da ADO nº 26, quando a ação tratava sobre a criminalização de todas as formas de homofobia e transfobia. Para tanto, o debate propunha a abrangência, de maneira particular, mas não exclusiva, as discriminações, ofensas, agressões e até mesmo homicídios que seriam motivadas pela escolha da

pessoa quanto a sua orientação sexual e/ou identidade de gênero, de modo real ou suposto. A criminalização fora solicitada pelo Partido Popular Socialista (PPS), como consequência da obrigação constitucional de legislar a respeito do racismo, conforme o art. 5º, inciso XLII, da CRFB/88 ou, de forma alternativa, sobre discriminações que atentam contra direitos e liberdades fundamentais, segundo art. 5º, inciso XLI da CRFB/88, ou ainda, de maneira subsidiária, com base no princípio da proporcionalidade na perspectiva da proibição de proteção insuficiente, conforme art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88 (Moraes 2019).

Ademais, o relator da referida ADO discorre sobre o que fora peticionado:

Postulam-se, essencialmente, desse modo, as seguintes providências : (a) “que seja reconhecido que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo (STF, HC nº 82.424/RS), de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar o racismo constante do art. 5º, inc. XLII, da CF/88”; (b) “que seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia (...), determinando-se que ele aprove legislação criminal que puna, de forma específica, especialmente (mas não exclusivamente) a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de ‘praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação’ por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa”; (c) “que seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia (...), sugerindo- -se aqui o prazo de um ano já que o Congresso Nacional debate o tema há aproximadamente doze anos”; (d) “caso transcorra o prazo fixado por esta Suprema Corte sem que o Congresso Nacional efetive a criminalização/punição criminal específica citada ou caso esta Corte entenda desnecessária a fixação deste prazo, [requer-se] sejam efetivamente tipificadas a homofobia e a transfobia como crime (s) específico(s) por decisão desta Suprema Corte, por troca de sujeito e atividade legislativa atípica da Corte, ante a inércia inconstitucional do Parlamento em fazê-lo, de sorte a dar cumprimento à ordem constitucional de punir criminalmente a homofobia e a transfobia (...), superando-se a exigência de legalidade estrita parlamentar”; (e) “a inclusão da criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente), das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima na Lei de Racismo (Lei n.º 7.716/89) ou em outra lei que venha a substituí-la, determinando-se a aplicação da referida lei (e outra que eventualmente a substitua) para punir tais atos até que o Congresso Nacional se digne a criminalizar tais condutas” e (f) “que seja fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro , inclusive dos parlamentares responsáveis pela inércia inconstitucional do Estado como devedores solidários por serem eles os efetivamente responsáveis por tal inércia, ante a responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, §6º, da CF/88) em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26-DF, 2019, p.15)

Lunardi (2020) alerta que a conduta permissiva do STF, alinhada com a atual arquitetura constitucional, faz tornar com facilidade a Suprema Corte em um órgão pelo qual são realizadas as judicializações das disputas políticas. Em contrapartida, Paula (2020) relata que no caso da ADO 26, o STF foi provocado a tomar uma decisão, pois o Poder Legislativo não havia editado lei a respeito e o Congresso Nacional se manteve inerte. Em complemento com o que fora citado, o voto da Ministra Weber (2019) trouxe a alegação da inércia legislativa do Congresso Nacional sobre a tutela jurídica para as pessoas integrantes da comunidade LGBTQIA+.

Apesar da grande conquista da comunidade LGBTQIA+, os doutrinadores e juristas consideraram que compreensão que a Suprema Corte teve era arriscada, pois, o STF poderia ter agido como legislador ao criar um tipo penal e que, ao fazer isto, violaria princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, como o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva legal (Nogueira; Maia; Moésia, 2021).

Segundo Lunardi (2020), a Corte Suprema Constitucional Brasileira, quando atua em conflitos políticos, adota um comportamento prudente, pois, porém, essa prudência poderá se tornar um malefício com o decorrer do tempo, pois a atuação desta a respeito dos litígios políticos, poderão ser vistos como uma atuação fraca, parcial e incapaz de assegurar a defesa dos direitos. Para Barbosa (2015), quando é julgada procedente a ADO, esta resulta unicamente na declaração do defeito, ou seja, da omissão inconstitucional, e na notificação do órgão competente para que adote as medidas necessárias, caso se trate de uma entidade da administração pública, no prazo de 30 dias, ou seja, a sentença possui natureza apenas declaratória e mandamental.

Rememora-se o art. 49, inciso XI, da CRFB/88, que está expresso que a competência para legislar é do Poder Legislativo e este poder deve garantir a sua competência, bem como também elucidam Nogueira, Maria e Moésia (2021) que o único poder que pode criar leis, e modificar a Constituição é o Poder Legislativo, enquanto a Suprema Corte do Brasil teria somente a forma atípica para legislar, qual seja, dentro do próprio Poder Judiciário, com isso, mesmo com o clamor social obtido em face da carência de norma específica que garantisse a tutela jurídica à comunidade LGBTQIA+, o STF teria excedido sua competência ao enquadrar a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero como crime de racismo.

Importante trazer a teoria dos freios e contrapesos, notadamente como elemento de conformação dos Poderes, quando Paula (2020) relata que esta teoria deve ser utilizada para que os poderes possam funcionar de forma efetiva e independente, de modo a prevenir o autoritarismo, mesmo com funções

distintas devem atuar de forma conjunta demonstrando assim que não hierarquia entre os três poderes.

No caso da ADO 26, elucida Barbosa (2015) que o correto seria a Corte Suprema do Brasil, ao reconhecer a ADO, notificasse o legislador e estabelecesse um prazo para que este então pudesse tornar a lei eficaz e se o prazo estabelecido outrora fosse exaurido, sem que a lacuna fosse satisfeita, o STF poderia realizar uma decisão normativa, porém, de caráter provisório para que o legislador cumpra com sua obrigação e possa criar a norma faltante, assegurando um direito que é garantido através da lei maior.

No caso da ADO 26, elucidam Nogueira, Maia e Moésia (2021) que o STF adotou uma abordagem mais interventiva para que houvesse uma verdadeira eficácia a um dispositivo que era pouco efetivo. Contudo, ao fazer isso, o STF acabou invadindo a competência do Poder Legislativo, usurpando assim a sua competência, ao criar tipos penais, uma função que, de acordo com o princípio da reserva legal, deveria ser exercida exclusivamente por meio de lei *stricto sensu*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo examinar o papel desempenhado pelo STF no julgamento da ADO nº.26, com foco na análise das consequências jurídicas e também políticas de sua atuação ao suprir a omissão legislativa na criminalização da homofobia e transfobia. O estudo visou examinar a legitimidade da atuação contramajoritária do STF ao considerar a relação entre a Escola da Exegese e a teoria da separação dos poderes, bem como as implicações dessa intervenção para a segurança jurídica e a proteção dos direitos fundamentais no Brasil.

Assim, ao pensar sobre a temática, faz necessário compreender a respeito da evolução do Supremo Tribunal Federal (STF), desde a sua criação, com o intuito de abordar o processo de expansão das funções, ao longo do tempo. É notável que inicialmente, o STF tinha funções bem definidas, porém, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, suas atribuições foram ampliadas, de modo que fora permitido a criação, edição e até mesmo a anulação de súmulas vinculantes. Esse processo trouxe discussões sobre o modelo de controle de constitucionalidade no Brasil, que envolve tanto o controle concentrado quanto o difuso. O controle difuso, em especial, permitiu que outros juízes e tribunais também participassem do processo de controle constitucional, descentralizando o papel do STF, mas ampliando a função de todo o Judiciário no cenário nacional.

O papel do STF também foi desenvolvido por meio de suas próprias decisões, onde o próprio tribunal consolidou sua posição como guardião da Constituição. A interpretação evolutiva do texto constitucional permitiu que a Suprema Corte moldasse o Direito conforme as necessidades e evoluções sociais, reforçando assim a sua importância no cenário jurídico brasileiro. Importante ressaltar que este alargamento de funções trouxe desafios para a citada Corte, especialmente ao tratar sobre o equilíbrio entre poder judicial e legislativo. As críticas ao modelo de controle difuso e à atuação expansiva do STF refletem a complexidade de seu papel na proteção dos direitos fundamentais.

Ademais, ao se analisar o processo de controle de constitucionalidade no decurso da história brasileira, desde a Constituição de 1891 até a atual, denota-se que a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) representou uma evolução significativa na proteção dos direitos fundamentais, permitindo que o STF atuasse em casos onde o Legislativo se mostrasse inerte. A ADO possibilita a Corte que identifique as omissões e supra as lacunas na regulamentação de normas constitucionais até que o Poder Legislativo assim o faça. Com base neste contexto, o papel do STF é de garantir a eficácia plena das normas constitucionais, assegurando que a inércia legislativa não prejudique a aplicação dos direitos garantidos pela Constituição.

O controle de omissões constitucionais destaca a relevância da Suprema Corte na correção de falhas e omissões legislativas que podem comprometer a real eficácia das normas constitucionais. A ADO se tornou uma ação/ferramenta considerada essencial para garantir que os direitos previstos na Constituição não sejam negligenciados por falta de regulamentação. O desafio do STF está em equilibrar a necessidade de ação judicial com o respeito à função legislativa, evitando que o Poder Judiciário ultrapasse seus limites usurpando a função típica do Poder Legislativo.

O julgamento da ADO nº 26 pelo STF, oportunidade em que se tipificou homofobia e transfobia como crimes equiparados às condutas racismo, gerou conflitos e debates sobre uma suposta usurpação da função legislativa. Os argumentos são de que a Corte, ao criar um tipo penal, ultrapassou as suas atribuições e infringiu o princípio da separação dos poderes, porém existem argumentos que a referida decisão destacam a necessidade de proteção imediata dos direitos fundamentais, mesmo diante da inércia do Legislativo, justificando a intervenção judicial como medida necessária para garantir a justiça e a igualdade.

Depreende-se que a Escola da Exegese, com seu enfoque na aplicação literal da lei, contrasta com a postura do STF de interpretar a Constituição de maneira a proteger direitos fundamentais. Este julgamento exemplificou o dilema entre a necessidade de intervenção judicial e o risco de usurpação

da função legislativa. A intervenção da Suprema Corte para criminalizar a homofobia e transfobia, diante da omissão legislativa, levanta questões importantes sobre a separação dos poderes e a legitimidade da atuação judicial em contextos de inércia. A atuação contramajoritária do STF, ao preencher lacunas deixadas pelo Legislativo, reflete o desafio de equilibrar a proteção dos direitos fundamentais com o respeito às funções de cada poder.

Embora a decisão do STF na ADO nº. 26 tenha sido vista como um avanço na defesa dos direitos humanos, ela também gerou críticas por potencialmente ultrapassar os limites do Poder Judiciário. A criação de um tipo penal pelo STF, sem a devida participação do Poder Legislativo, acarreta preocupações sobre o ativismo judicial e a usurpação de funções que tradicionalmente pertencem ao Congresso Nacional. Com isso, reforça a necessidade de um diálogo contínuo entre os poderes, assegurando que as intervenções do Judiciário ocorram dentro de limites constitucionais claros.

Por fim, o julgamento da ADO nº. 26 destaca a importância de se repensar o papel do STF em situações de omissão legislativa, promovendo uma atuação que proteja os direitos fundamentais sem comprometer a autonomia dos poderes. A busca por um equilíbrio entre intervenção judicial e respeito à separação dos poderes é essencial para a manutenção da ordem democrática e para garantir que o Judiciário não se torne um poder que substitua o Legislativo, mas sim um guardião eficaz da Constituição.

REFERENCIAS

ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 921, p. 191-214, 2012.

ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. Os efeitos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão: a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até a ADO nº. 26/DF. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 21, n. 86, p. 131-155, 2021. Disponível em: <https://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1490>. Acesso em set. 2024.

BARBOSA, Cibele Borges. Postura do STF diante da omissão inconstitucional: ativismo judicial? Orientador: Profa. Ma. Christine Oliveira Peter da Silva. 2015. 61f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Curso de Direito, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/592/3/20768808_Cibele%20Barbosa.pdf. Acesso em set. 2024.

BARROSO, Luís R. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019.

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em jul. 2024.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em jul. 2024.

BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Outorgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em jul. 2024.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em jul. 2024.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em jul. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto nº 19.656, de 3 de fevereiro de 1931. Reorganiza provisoriamente o Supremo Tribunal Federal e estabelece regras para abreviar os seus julgamentos. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19656-3-fevereiro-1931-508520-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 07 jun. 2024.

BRASIL. Emenda Constitucional nº. 01, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em set. 2024.

BRASIL. Emenda Constitucional nº. 03, de 17 de março 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm. Acesso em set. 2024.

BRASIL. Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em set. 2024.

BRASIL. Senado Federal. Institucional. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/documentos/sobre-o-senado/atividade/atribuicoes>. Acesso em set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26-DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgado em 13 jun. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF com você: A Suprema Corte do nosso Brasil. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/comvoce/>. Acesso em: 08 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sobre o STF: conheça o STF - Institucional. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>. Acesso em: 08 jun. 2024.

CHAVES, Daniel Rodrigues. A Escola da Exegese: origem, características e contribuições. Revista Jus Navigandi, Teresina, a. 17, n. 3.440, 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23137/a-escola-da-exegese-origem-caracteristicas-e-contribuicoes>. Acesso em set. 2024.

CICCO, Cláudio de. História do Direito e do Pensamento Jurídico. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2017.

CONSULTOR Jurídico. O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal. Consultor Jurídico, São Paulo, 21 jun. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jun-21/o-papel-contramajoritario-do-supremo-tribunal-federal/>. Acesso em ago. 2024.

LEITE, Glauco Salomão. Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira. Revista Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 45, p. 10-31, jul.-dez. 2014. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/428>. Acesso em set. 2024.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

LIMA, Iara Menezes. Escola da exegese. Revista Brasileira Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 97, p. 105-122, 2008. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/55>. Acesso em set. 2024.

LUNARDI, Fabrício C. O STF na Política e a Política no STF. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. Evolução do instituto do controle de constitucionalidade no Brasil: da Constituição Imperial à Emenda Constitucional nº 45/2004. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 43, n. 170, p. 17-23, abr.-jun. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92446/Marques%20Andreo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em set. 2024.

MARQUES, Archimedes José Melo. Usurpação de função pública. Disponível em: <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/atualidades/usurpacao-funcao-publica.htm>. Acesso em set. 2024.

MEDEIROS, Orione Dantas de. O controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988: do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 50, n. 200, p. 189-210, out.-dez. 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502943/000991834.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em set. 2024.

MEDINA, José. Seção II. Do Supremo Tribunal Federal. In: MEDINA, José (org.). Constituição Federal Comentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2022.

MELLO FILHO, Rogério Machado. A Aplicação do Direito sob a Ótica das Escolas de Interpretação das Normas jurídicas. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 5, n. 50, 2003. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/711>. Acesso em set. 2014.

NOGUEIRA, Arley Luna; MAIA, Kyev Moura; MOÉSIA, Camila Vila. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal quanto as omissões legislativas e suas repercussões jurídicas decorrentes do julgamento da ADO nº. 26. Revista de Direito e Atualidades, v. 1, n. 2, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/rda/article/view/5839>. Acesso em set. 2024.

PAULA, Matheus Souza de. A constitucionalidade no julgamento da ADO 26 e do MI 4733: a interpretação político-social de condutas homotransfóbicas como condutas racistas. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, Franca, v. 15, n. 2, p. 155-184, 2020. <http://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/1015>. Acesso em set. 2024.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; AMORIM, Leonardo Muller; RYNDACK, Jaqueline Maria. A ADO 26 e os efeitos das decisões em ação direta de inconstitucionalidade por omissão. RJLB, a. 10, n. 1, p. 189-220, 2024. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2024/1/2024_01_0189_0220.pdf. Acesso em set. 2024.

SALEME, Edson R. Direito Constitucional. Barueri: Editora Manole, 2022.

SILVA, Reinaldo Pereira e. omissões administrativas e controle concentrado de constitucionalidade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 46, n. 181, p. 29-52, jan.-mar. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194892/000861665.pdf?sequence=3>. Acesso em set. 2024.

SICCA, Gerson dos Santos. A interpretação conforme a constituição: *vefassungskonforme auslegung* no direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 36, n. 143, p. 19-33, 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/500/r143-03.PDF?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em set. 2024.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. A Escola da Exegese: percurso histórico de uma simplificação e redução do Direito. Disponível em: https://www.academia.edu/41145271/A_Escola_da_Exegese_percurso_hist%C3%B3rico_de_uma_simplifica%C3%A7%C3%A3o_e_redu%C3%A7%C3%A3o_do_Direito. Acesso em set. 2024.

TORRES, Mateus Gamba. O Ato Institucional nº 2: lutas judiciais, imprensa e divergências na ditadura civil-militar (1964-1965). História: Debates e Tendências, v. 19, n. 3, p. 457-476, 2019. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/5524/552464576007/552464576007.pdf>. Acesso em set. 2024.

ZANELATO, Bianca Michelli. A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://ajufesc.org.br/wp-content/uploads/2021/05/Bianca-Michelli-Zanelato.pdf>. Acesso em set. 2024.

Capítulo 6



10.37423/240909336

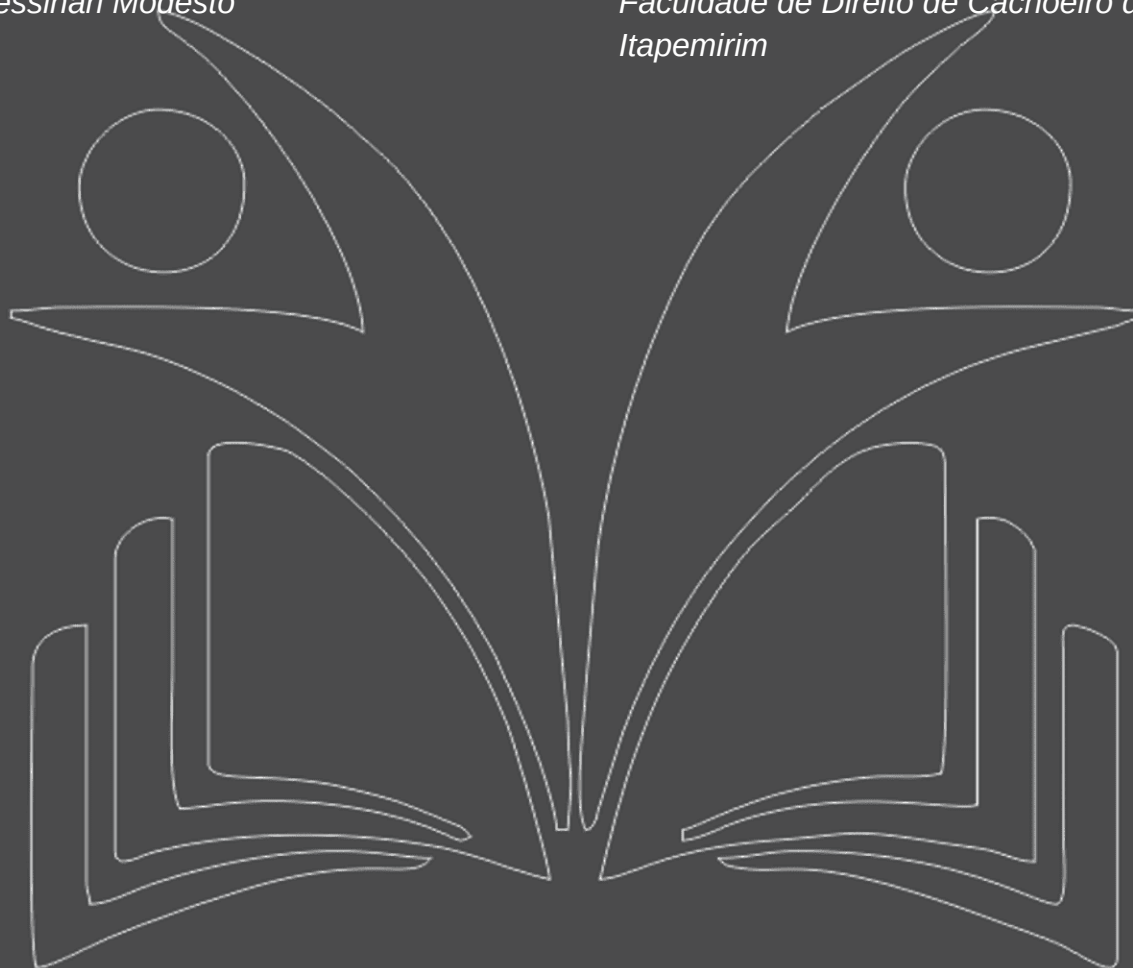
OS DESAFIOS DAS EMPRESAS EM CONTRATAR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Manoel Augusto de Oliveira Ribeiro

Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim

Cristiano Tessinari Modesto

Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim



Resumo: Este artigo aborda a complexa questão da aplicação dos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) entre empresas e o Ministério Público. A pesquisa visa identificar as causas da escassez de profissionais com deficiência (PcD) no mercado de trabalho, com foco nas dificuldades enfrentadas no cumprimento das cotas obrigatórias para a contratação de PcDs e na proposição de soluções alternativas para esses desafios. A metodologia empregada neste estudo se baseia em métodos dedutivos e historiográficos. A pesquisa é qualitativa e, quanto às técnicas de pesquisa, foram utilizados modelos bibliográficos e revisão sistemática da literatura.

Palavras-Chave: Pessoa com Deficiência, Termo de Ajustamento de Conduta e Multa.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho tem como fundamento a importância de um entendimento profundo dos direitos e deveres estabelecidos pela legislação para pessoas com deficiência (PcD), um conhecimento essencial não apenas para estudantes de Direito, mas também para toda a sociedade.

Esse entendimento é fundamental para a correta aplicação das normas que regem a inclusão e a equidade no mercado de trabalho. Neste sentido, o artigo examina a concepção e a implementação prática dos direitos das PcD no ambiente corporativo, abordando também as dificuldades das empresas em cumprir tais determinações.

A análise destaca os mecanismos normativos e jurídicos que impõem penalidades às empresas que não atendem às cotas de contratação de PcDs, investigando como essas normas são aplicadas e os seus efeitos práticos nas organizações.

1.1. PROBLEMA

Este estudo examina a formalização dos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) entre empresas e o Ministério Público, com ênfase nas penalidades financeiras impostas pelo descumprimento das cotas legais de contratação de pessoas com deficiência (PcD).

Embora as multas aplicadas possam ser frequentemente significativas, o problema vai além do simples descumprimento por parte das empresas. A escassez de profissionais PcD qualificados no mercado de trabalho representa um desafio adicional, dificultando a capacidade das empresas de atenderem às exigências legais.

O presente trabalho, portanto, busca analisar as implicações dessa realidade e investigar possíveis soluções, considerando que a legislação vigente nem sempre oferece diretrizes claras para lidar com essas complexidades.

A problemática central que surge reside na eficácia da aplicação contínua de multas como um meio de conformidade, frente à necessidade de reavaliar as abordagens legais para assegurar de forma efetiva a inclusão de pessoas com deficiência (PcD) no mercado de trabalho.

Assim, é crucial questionar se a imposição de penalidades financeiras realmente se mostra eficaz para enfrentar o desafio da escassez de profissionais PcD qualificados, ou se há necessidade de repensar políticas e estratégias que promovam uma inclusão mais eficiente e sustentável.

1.2 OBJETIVO GERAL E ESPECÍFICO

O objetivo geral deste estudo é demonstrar que a responsabilidade pela escassez de profissionais com deficiência (PcD) no mercado de trabalho não deve recair exclusivamente sobre as empresas.

Para alcançar esse objetivo, o trabalho se propõe a analisar o impacto das multas elevadas impostas pelas TACs (Termos de Ajustamento de Conduta) sobre as empresas, identificando de que forma essas penalidades influenciam o ambiente corporativo.

Além disso, será investigada a inadequação da responsabilidade exclusiva das empresas pelo não cumprimento das cotas de PcD, considerando as dificuldades estruturais, a escassez de mão de obra de pessoas com deficiência e a falta de profissionais qualificados no mercado.

Finalmente, o estudo apresentará uma proposta inovadora para enfrentar a questão da inclusão de PcDs no mercado de trabalho, buscando alternativas que ofereçam soluções mais efetivas e realistas para o problema.

1.3 JUSTIFICATIVA

A justificativa deste estudo se fundamenta na necessidade de compreender e enfrentar as complexidades associadas à contratação de pessoas com deficiência (PcD) no contexto empresarial brasileiro.

Embora a legislação vigente estabeleça cotas para a inclusão de PcDs nas empresas, muitas organizações enfrentam obstáculos significativos para cumprir essas exigências.

Esses desafios não decorrem necessariamente de discriminação ou preconceito, mas frequentemente da escassez de profissionais PcD e da falta de candidatos disponíveis no mercado. A dificuldade em encontrar candidatos com deficiência que atendam às necessidades específicas das empresas pode ser atribuída a diversos fatores, como a insuficiência de programas de formação e qualificação voltados a este grupo. Além disso, a carência de mão de obra PcD torna ainda mais desafiados o cumprimento das cotas estabelecidas pela legislação.

Entretanto, a aplicação recorrente de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) e as multas associadas ao não cumprimento das cotas evidenciam uma lacuna entre as políticas de inclusão e a realidade operacional das empresas.

Essa discrepância não apenas impõe um ônus financeiro significativo sobre as organizações, mas também suscita dúvidas sobre a eficácia das medidas regulatórias atuais em promover uma inclusão efetiva no mercado de trabalho.

Portanto, este estudo se propõe a investigar alternativas ao modelo atual de cumprimento de cotas, com o objetivo de desenvolver uma solução inovadora que alinhe a necessidade de inclusão social das PcDs com a realidade operacional e econômica das empresas. A pesquisa busca explorar propostas que ofereçam uma abordagem mais prática e eficiente para a inclusão de PcDs, reduzindo as penalidades financeiras para as empresas e maximizando os benefícios sociais.

1.4 METODOLOGIA

Foram empregados os métodos científico, historiográfico e dedutivo para orientar o desenvolvimento do estudo. O método científico foi aplicado para estabelecer as bases históricas e jurídicas relacionadas ao conceito de pessoa com deficiência (PcD), proporcionando um entendimento robusto da evolução e das definições legais pertinentes.

Já o método historiográfico foi aplicado para contextualizar o desenvolvimento histórico das políticas e práticas relacionadas à inclusão de PcDs no mercado de trabalho. Por sua vez, o método dedutivo foi utilizado para direcionar a análise do recorte temático específico e o debate central do artigo.

A pesquisa é classificada como exploratória, baseada em uma análise qualitativa do conteúdo. As técnicas de pesquisa adotadas incluem a revisão de literatura no formato sistemático, complementada por uma revisão bibliográfica. O critério de seleção do material foi pautado pela proximidade com a temática abordada, com foco na relevância e a qualidade das fontes.

As plataformas de pesquisa utilizadas foram Google, Google Acadêmico e Scielo. Para a seleção do material, foram empregados descritores como “Desafios na empregabilidade de PcD”, entre outros termos relacionados ao tema da pesquisa. A escolha dessas plataformas e descritores buscou garantir a abrangência e a precisão na coleta de dados relevantes.

Além disso, o objetivo central deste artigo é proporcionar uma visão clara da realidade atual, demonstrando como, no competitivo mercado de trabalho, as empresas enfrentam desafios para cumprir as exigências legais e, ao mesmo tempo, atender às necessidades dos seus clientes.

A pesquisa busca ilustrar a tensão entre a conformidade regulatória e a realidade prática enfrentada pelas organizações, com o intuito de oferecer insights valiosos para a formulação de políticas mais eficazes e para a melhoria da inclusão de PcDs no mercado de trabalho.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA LEGISLATIVA

Para uma melhor compreensão, é essencial fornecer uma visão abrangente do contexto histórico e jurídico dos desafios e das práticas relacionadas à inclusão de pessoas com deficiência (PcD) no mercado de trabalho, observando debate e estudo sobre o tema.

Historicamente, a inclusão de PcD no mercado de trabalho evoluiu a partir de um cenário de exclusão e marginalização para um contexto de direitos assegurados e políticas de inclusão.

O avanço legal mais relevante nesse contexto é a Lei 13.146, sancionada em 6 de julho de 2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Essa legislação representa um marco na proteção e promoção dos direitos das PcD, estabelecendo um conjunto de normas que visam garantir a inclusão social, acessibilidade e igualdade de oportunidades.

Essa foi a legislação que definiu o conceito de “pessoa com deficiência”, ampliando-o para além de limitações estritamente físicas, reconhecendo também as barreiras sociais e ambientais que podem impactar a participação das PcD no mercado de trabalho. O artigo 2º dispõe:

“Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

Embora o Estatuto da Pessoa com Deficiência, estabelecido pela Lei 13.146 de 2015, represente um marco importante na legislação brasileira, a preocupação com a inclusão de PcD no mercado de trabalho vem de longa data.

Já em 1960, a legislação brasileira demonstrava preocupação em assegurar oportunidades para esse grupo, por meio da Lei nº 3.807, que em seu artigo 55, dispunha que “as organizações que dispuserem de 20 (vinte) ou mais empregados seriam obrigadas a reservas de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) de cargos, para acolher aos casos de readaptados ou reeducados profissionalmente”.

Todavia, naquela época, não havia punições para as organizações/empresas que não contratassem pessoas com deficiência, ficando a contratação a depender da boa vontade dos empregadores.

Nessa perspectiva, o IBDD - Instituto Brasileiro dos Direitos da Pessoa com Deficiência (2008) destaca que o momento mais complexo nesse processo é a decisão da organização em desempenhar ações de responsabilidade social que sejam transformadoras e incluam todos os fatores que convergem para inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

Em 1991, foi criada a Lei 8.213, que dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e outras providências. Em seu artigo 93 estabelece a obrigatoriedade para empresas com 100 (cem) ou mais empregados de reservar uma cota de contratação de Pessoas com Deficiência, entre 2 a 5% da equipe, dependendo da quantidade de trabalhadores.

Além disso, em 1999, o Decreto 3.298 reforçou essa obrigação ao estabelecer que empresas com 100 ou mais empregados devem preencher de 2% a 5% de seus cargos com trabalhadores PcD. Posteriormente, em 2015, a Lei nº 13.146 consolidou esta questão ao instituir a Lei Brasileira de Inclusão (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Diante disso, é evidente que o movimento social, juntamente com a legislação brasileira, tratou a inclusão de PcD no mercado de trabalho com grande ênfase e empenho. Esse conjunto de medidas trouxe uma conquista significativa, destacando que o objetivo dos dispositivos legais é ampliar a empregabilidade e proporcionar oportunidades de desenvolvimento profissional a todas as pessoas, independentemente de suas condições.

2.2 DO DESEMPREGO DOS PCD E DO AUMENTO DE AUTUAÇÃO EM FACE DAS EMPRESAS

Apesar da legislação brasileira estabelecer a obrigatoriedade da contratação de pessoas com deficiência (PcD), com uma cota mínima definida, o desemprego entre esse grupo continua a ser um problema significativo.

De acordo com dados divulgados pelo IBGE em 2023, apenas 26,6% das pessoas com deficiência conseguem encontrar oportunidades formais de emprego. Além disso, cerca de 55% dos trabalhadores PcD atuam em condições de informalidade, sem o registro formal em carteira, o que compromete sua proteção social e o acesso pleno a direitos trabalhistas.

Nos anos de 2020 e 2021, o número de fiscalizações e autuações em relação ao cumprimento das cotas para pessoas com deficiência (PcD) atingiu níveis recordes, conforme divulgado pela Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT)¹.

Figura 1: Dados referentes ao ano de 2020,



Fonte: Portal da Segurança do Trabalho; Radar SIT.

Figura 2: Dados referentes ao ano de 2021.



Fonte: Portal da Segurança do Trabalho; Radar SIT.

Apesar do aumento significativo nas ações de fiscalização, que refletem diretamente em uma intensificação do controle sobre as empresas quanto à observância das normas legais, a simples aplicação de multas não tem sido suficiente para resolver o problema subjacente da inclusão de PcD no mercado de trabalho, conforme mencionado anteriormente sobre o déficit.

Essa situação evidencia que a imposição de multas às empresas que não cumprem as cotas estabelecidas não é suficiente para promover a inclusão efetiva de PcD no mercado de trabalho. Embora as penalidades financeiras possam incentivar o cumprimento das normas, elas não abordam as barreiras estruturais e sociais que impedem a verdadeira integração de pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

Vasconcelos e Maranhão (2020) destacam a importância não apenas da aplicação da lei, mas também da necessidade de transformação da sociedade, para que a inclusão ocorra de fato, especialmente no mercado de trabalho:

“Há um grande instrumento legal firmemente estabelecido que objetiva a inserção social das pessoas com deficiências. Contudo, além da base legal, é preciso que ocorra uma transformação nos vínculos sociais para que esse propósito de fato ocorra, principalmente para a inclusão desses indivíduos no mercado de trabalho.”

Portanto, é evidente que, embora a aplicação das cotas seja importante, ela, por si só, não resolve o problema do desemprego entre PcD. É necessário ir além da punição financeira e implementar estratégias que promovam a integração real e sustentável de PcD, garantindo que a legislação resulte em oportunidades concretas e condições de trabalho adequadas, e não apenas ônus para os empregadores.

2.2 DO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO E ATUAÇÃO EM FACE DAS EMPRESAS

Antes de analisar o processo fiscalizatório, é preciso ressaltar que um dos objetivos da Constituição Federal de 1988 é garantir o efetivo acesso dos brasileiros aos direitos previstos, em especial o direito ao trabalho.

Nesse sentido, o artigo 21, XXIV, atribui à União a competência para organizar, manter e executar a Inspeção do Trabalho. Tal competência é exercida pelos Auditores-Fiscais do Trabalho (AFT), que são vinculados diretamente à Secretaria de Inspeção do Trabalho, conforme descrito na Lei 10.593, de 06 de dezembro de 2002.

A referida lei, em seu artigo 11, somado ao Regulamento da Inspeção do Trabalho (Decreto nº 4.452/2002), atribui aos auditores fiscais do trabalho o compromisso de assegurar: o cumprimento de disposições legais e regulamentares, inclusive as relacionadas à segurança e à medicina do trabalho; a verificação dos registros em Carteira de Trabalho e Previdência Social; à verificação do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); o cumprimento de acordos, convenções e contrato coletivos de trabalho celebrados entre empregados e empregadores; ao respeito aos acordos, tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário; embargo de obra e interdição de setor de serviço e estabelecimento; o combate às formas contemporâneas de trabalho escravo; combate ao trabalho infantil; e a promoção de inserção de pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

Segundo o Auditor Fiscal Joaquim Travassos, o roteiro da fiscalização para verificar se uma empresa está cumprindo a inserção de PcD segue os seguintes passos: 1º Seleção das empresas; 2º Emissão de Notificação para Apresentação de Documentos; 3º Cálculo das cotas; 4º Análise de laudos/certificados e documentos; 5º Fiscalização “in loco”; e por último 6º Autuação (quando cabível).

Diante disso, o processo de fiscalização em face das empresas em relação ao cumprimento das cotas de contratação de pessoas com deficiência (PcD) pode culminar na celebração de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) e na autuação, quando for constatado descumprimento da lei.

Se durante a fiscalização forem identificadas irregularidades no cumprimento das cotas, o Ministério Público do Trabalho (MPT) ou outro órgão competente pode propor a celebração de um TAC, conforme previsto no art. 5º, §6º da Lei nº 7.347/1985.

Este acordo formal deve detalhar as ações corretivas que a empresa deve implementar para se adequar às exigências legais, especificando prazos, medidas a serem adotadas e formas de acompanhamento.

Uma vez acordado, o TAC é assinado por ambas as partes e passa a ser um compromisso legal, monitorado pelo órgão fiscalizador, que pode realizar novas inspeções e exigir relatórios periódicos da empresa.

Se a empresa cumprir todos os termos dentro do prazo estabelecido, o processo é encerrado sem a aplicação de multas. No entanto, se a empresa não cumprir as exigências, o órgão fiscalizador pode optar por aplicar uma multa, conforme estabelecido no artigo 84 da Portaria MTP Nº 667 DE 08/11/2021 e 133 da Lei 8.213, de 1991.

A aplicação de multas ocorre quando a empresa não atende às exigências legais ou aos termos do TAC. O valor da multa é calculado com base na gravidade da infração e no porte da empresa, podendo ser substancial, especialmente em casos de reincidência.

A empresa é então notificada formalmente sobre a multa, incluindo o valor, fundamentos legais e o prazo para pagamento, além dos procedimentos para contestação. Caso deseje contestar a penalidade, a empresa tem a oportunidade de apresentar defesa. Frisa-se que o não pagamento pode resultar em penalidades adicionais ou ações legais.

Por fim, ressalta-se que mesmo após a aplicação de multas, o órgão fiscalizador pode continuar a monitorar a empresa para garantir a conformidade contínua com as leis e regulamentos.

Além das penalidades, frequentemente são promovidos programas de orientação e capacitação para ajudar as empresas a entender e cumprir suas obrigações legais. Essa abordagem visa não apenas punir, mas também incentivar a conformidade e promover a inclusão efetiva de PcDs no mercado de trabalho, equilibrando a necessidade de cumprimento das normas com a promoção da equidade e justiça no ambiente corporativo.

3. DAS HIPÓTESES DE SOLUÇÃO

3.1. DA APLICAÇÃO DA MULTA

A solução primária a ser considerada reside na aplicação da diretriz normativa que visa mitigar eventuais exclusões de pessoas com deficiência no preenchimento de vagas disponíveis no mercado de trabalho.

Conforme previsto no artigo 93 da Lei n.º 8.213/1991, a legislação estabelece um mecanismo compulsório de inclusão que impõe às empresas a obrigação de contratar de 2% a 5% de trabalhadores com deficiência, proporcionalmente ao número total de empregados, desde que a empresa possua mais de 100 colaboradores.

Embora essa imposição normativa tenha como finalidade não apenas ampliar o quadro de colaboradores, mas, sobretudo, promover um ambiente de trabalho mais inclusivo e equitativo, a realidade prática tem revelado um cenário diferente.

Conforme evidenciado na seção 2.2, apesar do aumento significativo nas ações de fiscalização e nas autuações, essas medidas não têm demonstrado eficácia concreta na redução do déficit de inclusão ou na ampliação efetiva da participação de pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

Em vez de alcançar a inclusão desejada, a aplicação da legislação tem resultado na imposição frequente de penalidades financeiras significativas para as empresas. As ações de fiscalização conduzidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) podem culminar em multas que variam entre R\$ 3.215,07 a R\$ 321.505,87, por colaborador contratado, dependendo da gravidade da infração constatada, segundo a Portaria Interministerial MTP/ME Nº 23, de 11 de janeiro de 2024.

Ademais, em casos de reincidência, essas penalidades podem ser agravadas, considerando a persistência do descumprimento e a resistência das empresas em implementar medidas efetivas de inclusão. Essas multas, além de prejudicarem a imagem da empresa, podem reduzir significativamente suas margens de lucro, especialmente para as de menor porte,

Além disso, para arcar com essas multas, as empresas podem ser forçadas a cortar custos operacionais em áreas essenciais, o que pode resultar em cortes de benefícios ou até mesmo afastamento de colaboradores, impactando negativamente a moral e a produtividade, afetando, por consequência, sua competitividade e eficiência.

Outro efeito é a dificuldade em acessar linhas de crédito e financiamento, uma vez que a aplicação de multas pode prejudicar a credibilidade financeira da empresa, resultando em condições menos favoráveis para obtenção de crédito.

Por fim, empresas penalizadas podem sofrer danos reputacionais, afetando negativamente a percepção pública, a fidelização da clientela e a capacidade de atrair novos talentos. Em suma, esses efeitos ressaltam a necessidade de uma abordagem equilibrada na implementação das cotas de inclusão, para garantir que os objetivos sociais sejam alcançados sem comprometer a viabilidade econômica das empresas.

Dessa maneira, essa alternativa mostra-se inviável tanto nos casos analisados quanto para situações futuras, pois além de não resolver a questão da inclusão, pode impactar negativamente a sustentabilidade financeira de muitas empresas, criando um ambiente de insegurança jurídica e financeira, o que contradiz os objetivos iniciais da norma.

3.1. DA COMPENSAÇÃO FINANCEIRA

Com a ineficácia da aplicação de multa e a permanência da escassez de mão de obra qualificada de PcD, surge a possibilidade de aplicar outra forma ou modelo de solução para o problema.

Nesse sentido, propõe-se a adoção do instituto da compensação ambiental, proveniente do direito ambiental, adaptando-o para a relação trabalhista com os PcD. Neste modelo, empresas que não conseguem cumprir integralmente as cotas estabelecidas poderiam destinar valores a instituições especializadas na inclusão e capacitação de pessoas com deficiência.

Este modelo é inspirado na lógica ambiental, cujo objetivo é equilibrar a relação entre o direito de propriedade e o direito de toda a coletividade a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Quando um grande empreendimento causa significativo dano ao ambiente, o impacto não afeta apenas a geração presente, mas também as futuras, gerando ao responsável o dever de compensação.

Assim, a compensação ambiental é uma forma de compensar financeiramente uma área previamente degradada, seja por meio da recuperação de outra área, ou da destinação de recursos para projetos

de preservação. Nesses casos, a compensação pode ser realizada mediante a destinação de uma área equivalente à extensão da área desmatada.

Nessa perspectiva, o modelo de compensação proposto transcende os limites do direito ambiental e pode ser adaptado para outras áreas, como a questão da escassez de mão de obra de pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

Dessa forma, surge a possibilidade de compensação financeira como uma alternativa viável para empresas que enfrentam dificuldades em cumprir integralmente as cotas estabelecidas. Neste cenário, seria possível a destinação de valores de multa aplicadas às empresas para o Comitê Paralímpico Brasileiro (CPB), por exemplo, e não apenas aos cofres públicos.

Vale lembrar que o CPB exerce uma função essencial no desenvolvimento e suporte aos atletas paralímpicos, pois promove um ambiente que favorece o aprimoramento de talentos e a participação em competições.

Além disso, o comitê desempenha um papel crucial na promoção da inclusão social, utilizando a visibilidade dos atletas para dismantelar barreiras e preconceitos. Através de campanhas de educação e conscientização, o Comitê contribui para o aumento da aceitação e respeito pela comunidade de pessoas com deficiência (PcD), promovendo uma mudança cultural em relação às suas capacidades e direitos.

Insta frisar que essa proposta de compensação financeira para empresas que não conseguem cumprir integralmente as cotas estabelecidas envolve o direcionamento de valores a instituições que promovem a inclusão e o desenvolvimento de pessoas com deficiência, como o CPB, e não apenas o ferecimento de recursos financeiros de forma genérica.

Na prática, seria necessário estabelecer um método transparente e equitativo, a fim calcular quanto cada empresa deve contribuir. Sugerimos que o cálculo seja baseado no valor médio da multa que a empresa teria que pagar por não cumprir as cotas de PcD. Esse valor seria baseado na faixa de multas estabelecidas, que podem variar de R\$ 3.215,07 a R\$ 321.505,87 por colaborador, dependendo da gravidade da infração e do número de vagas não preenchidas.

Uma vez determinado o valor médio da multa, define-se um percentual desse valor que será direcionado ao CPB. Esse percentual poderá ser fixo ou variável, considerando a gravidade da infração e as condições financeiras da empresa.

Por exemplo, pode-se estipular que 50% do valor médio da multa seja destinado ao CPB, enquanto o restante seja utilizado para outras ações de compensação social, programas de inclusão ou até mesmo para investimento na própria empresa em estrutura física e treinamentos para garantir a inclusão de PcDs.

A fórmula para calcular o valor a ser enviado ao CPB pode ser expressa da seguinte forma:

Figura 3: Fórmula para cálculo de compensação.

$$\text{Valor de compensação} = \text{Valor médio da multa} \times \text{Percentual de Compensação}$$

Suponhamos que uma empresa tenha sido penalizada com uma multa média de R\$ 100.000,00 por não cumprir a cota de PcD. Se o percentual de compensação definido for de 50%, o valor a ser destinado ao CPB seria:

Figura 3: Exemplo de cálculo utilizando a fórmula de compensação.

$$\text{Valor de compensação} = \text{R\$ 100.000,00} \times 50\% = \text{R\$ 50.000,00}$$

Em relação ao procedimento para pagamento, pode ser realizado diretamente ao CPB, com a empresa fornecendo comprovantes e relatórios de que o valor foi devidamente transferido.

Por outro lado, o Comitê Paralímpico Brasileiro (CPB) deve emitir um recibo ou declaração confirmando o recebimento dos valores destinados, que deverá ser apresentado à fiscalização como prova de conformidade.

Para assegurar a transparência e a eficácia da compensação, é necessário estabelecer um sistema de monitoramento. O CPB, por sua vez, deve fornecer relatórios periódicos detalhando a aplicação dos recursos recebidos, evidenciando como esses valores estão contribuindo para o desenvolvimento e a inclusão de PcDs.

Desse modo, este modelo de compensação financeira não busca apenas substituir as penalidades financeiras por investimentos em iniciativas de inclusão, mas também promover um ambiente de trabalho mais inclusivo e sustentável. O suporte ao CPB ajudará a melhorar a infraestrutura e as oportunidades para atletas paralímpicos, alinhando-se ao propósito da legislação de inclusão e contribuindo para uma mudança cultural mais ampla.

Além disso, os impactos dessa proposta de solução, somados às iniciativas já realizadas pelo comitê, são amplamente positivos e abrangem diversas dimensões. O modelo não apenas atende às normas legais, mas também contribui para o desenvolvimento do esporte paralímpico e para a promoção da inclusão social de maneira mais efetiva.

5. CONCLUSÃO

A pesquisa intitulada "Os Desafios das Empresas em Contratar Pessoas com Deficiência", teve como objetivo investigar os obstáculos enfrentados pelas empresas brasileiras na contratação de pessoas com deficiência (PcD), com enfoque nas penalidades financeiras impostas por meio dos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC).

A pesquisa, de caráter qualitativo, utilizou revisão sistemática de literatura e análise de conteúdo para examinar os mecanismos normativos e jurídicos que regulam a contratação de PcD, além de suas repercussões no ambiente organizacional.

A metodologia adotada integrou métodos dedutivos e historiográficos, permitindo uma compreensão abrangente da evolução histórica e das definições legais pertinentes ao tema. Para a coleta de dados, foram utilizadas as plataformas Google, Google Acadêmico e Scielo, com descritores como "Desafios na empregabilidade de PcD" e termos relacionados.

Os resultados indicam que a escassez de profissionais PcD no mercado de trabalho não podem ser atribuídas exclusivamente às empresas, pois fatores estruturais e a falta de qualificação profissional também desempenham um papel significativo nesse cenário.

A pesquisa analisou, em particular, a eficácia das penalidades financeiras impostas às empresas por meio dos TACs. Foi possível constatar que, apesar das boas intenções da legislação e do aumento nas fiscalizações, as penalidades financeiras não têm promovido a inclusão efetiva de PcDs no mercado de trabalho. Em muitos casos, essas penalidades acabam por impactar negativamente a sustentabilidade econômica das empresas, limitando sua capacidade de investir de maneira significativa na inclusão.

Duas possíveis soluções foram discutidas: a aplicação direta de multas, que mostrou-se insatisfatória por não resolver a questão da inclusão e gerar insegurança jurídica e financeira; e a proposta de compensação financeira, que sugere a conversão das penalidades em investimentos destinados a instituições como o Comitê Paralímpico Brasileiro (CPB).

A segunda abordagem se apresenta como uma alternativa promissora, pois alinha-se ao espírito da legislação e contribui para o desenvolvimento de atletas paralímpicos, ao mesmo tempo que promove um impacto mais amplo na inclusão social de PcDs.

A proposta de compensação financeira se destaca por sua capacidade de criar um ciclo virtuoso, onde recursos provenientes de penalidades são aplicados em ações concretas para promover a inclusão de PcDs. O modelo sugerido, que envolve a definição de um percentual da multa a ser direcionado ao CPB, oferece um mecanismo transparente e equitativo para garantir a eficácia dos recursos.

Ademais, a implementação deste modelo requer um sistema de monitoramento robusto, que permita a avaliação contínua da aplicação dos recursos e assegure a transparência na gestão dos fundos. Esse sistema deve incluir relatórios periódicos e mecanismos de fiscalização que garantam o uso adequado dos valores direcionados.

A pesquisa conclui que, para alcançar uma inclusão efetiva e sustentável de PcDs no mercado de trabalho, é essencial adotar soluções que não apenas penalizem, mas também incentivem e apoiem as empresas na integração de PcDs. O modelo de compensação financeira proposto representa uma abordagem inovadora e pragmática, que busca equilibrar os objetivos sociais e econômicos, promovendo um ambiente de trabalho mais inclusivo e colaborativo.

Por fim, recomenda-se que futuras pesquisas explorem a eficácia do modelo de compensação financeira em diferentes contextos e setores, assim como a possibilidade de adaptar a proposta a outras áreas de políticas de inclusão. A busca contínua por soluções adaptáveis e eficazes é essencial para o avanço da inclusão e para garantir que todos os cidadãos tenham oportunidade de contribuir e prosperar no mercado de trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30 de jun de 2024.

BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em 12 de ago de 2024.

BRASIL. Lei Nº 3.807, de 26 de agosto de 1960. Disponível em : https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm. Acesso em: 30 de jun de 2024.

BRASIL. Lei Nº 8.213, DE 24 DE JULHO DE 1991. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 30 de jun de 2024.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 01 ago de 2024.

BRASIL. Brasil tem 18,6 milhões de pessoas com deficiência, indica pesquisa divulgada pelo IBGE e MDHC. Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, 26 jul. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2023/julho/brasil-tem-18-6-milhoes-de-pessoas-com-deficiencia-indica-pesquisa-divulgada-pelo-ibge-e-mdhc>. Acesso em: 24 ago. 2024.

COPPETEC. Fiscalização das cotas de contratação de pessoas com deficiência. Disponível em: http://inclusao.coppetec.coppe.ufrj.br/documentoslegislacao/Fiscalizacao_Cotas.pdf. Acesso em: 20 ago. 2024

IOB, trabalho e previdência, inserção de pessoas com deficiência do mercado de trabalho, 4. Ed, São Paulo. IOB 2008.

LEITE, Joaquim Travassos. Fiscalização das cotas para pessoas com deficiência. Disponível em: http://inclusao.coppetec.coppe.ufrj.br/documentoslegislacao/Fiscalizacao_Cotas.pdf. Acesso em: 5 jul. 2024.

VASCONCELOS, Flaviane Santiago de; MARANHÃO, Thércia Lucena Grangeiro. Os Desafios das Empresas em Contratar Pessoas com Deficiência: Revisão Sistemática da Literatura. Id on Line Rev.Mult.Psic.,Julho/2020, vol.14, n.51,p.754-773.ISSN: 1981-1179.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Radar do Trabalho. Disponível em: <https://sit.trabalho.gov.br/radar/>. Acesso em: 20 ago. 2024.

Capítulo 7



10.37423/240909343

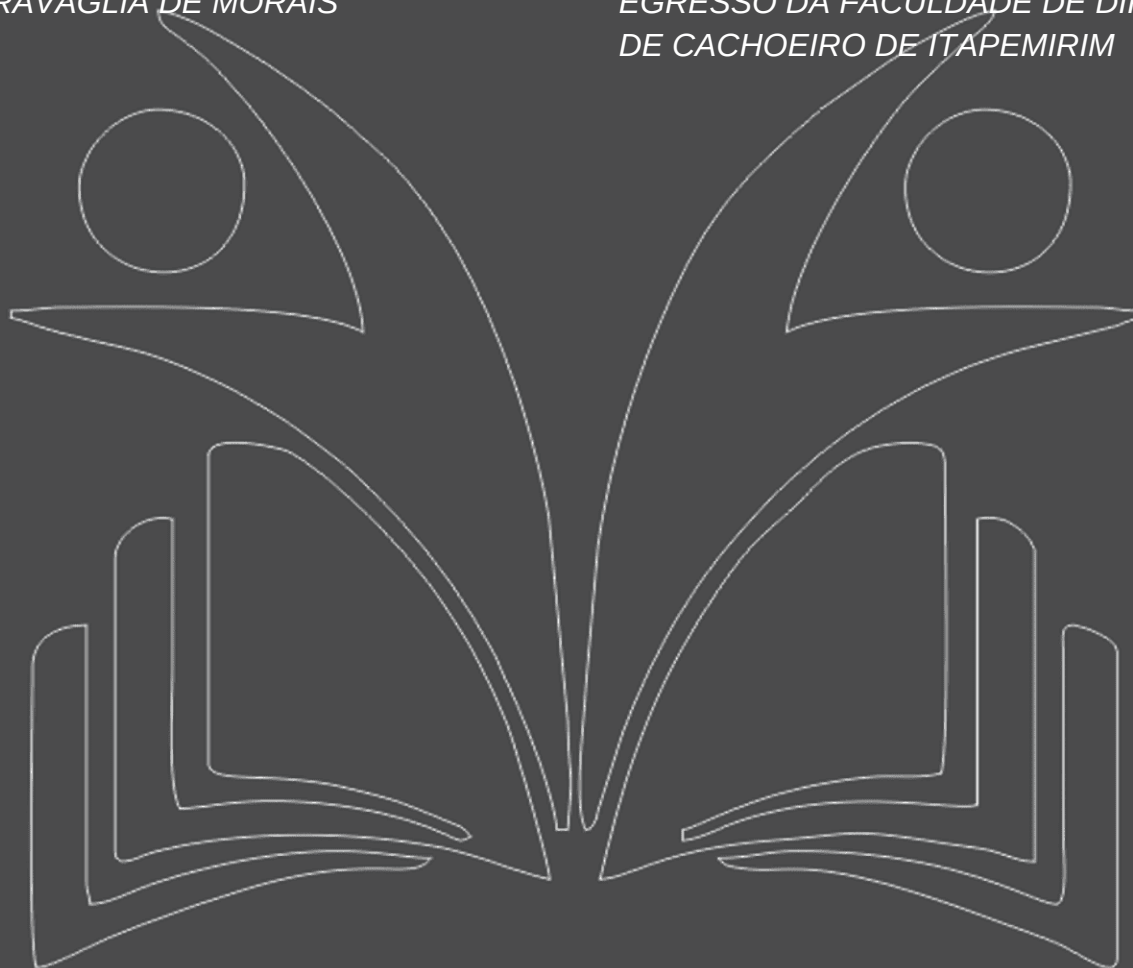
A RESPONSABILIDADE PENAL NOS CRIMES DE HOMICÍDIO E INFANTÍCIDIO COMETIDOS POR INDÍGENAS

DÉBORA BRAGA ALVARISTO

*FACULDADE DE DIREITO DE CACHOEIRO
DE ITAPEMIRIM*

THIAGO TRAVAGLIA DE MORAIS

*EGRESSO DA FACULDADE DE DIREITO
DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM*



Resumo: O presente artigo apresenta que a responsabilidade penal se entende sobre o dever jurídico de responder pela ação delituosa, e para isso deve-se analisar o caso concreto. Quando se trata de crimes praticados por indígenas, é necessário averiguar, se de acordo com sua cultura, integração na sociedade, costume e tradição, esse tinha entendimento que a ação que cometeu era ilícita, ou seja, considerada crime em lei.

A óbice do tema proposto, recai também sobre a aplicação da legislação penal, tendo em vista que em razão de sua cultura diferente, há de se falar de um tratamento diferenciado, em determinados casos, para o direito penal não ser utilizado como a *ultima ratio* e não ser violado tal princípio que rege e limita a Legislação Penal, resguardando que o agente sofrerá a punição em casos que o bem jurídico causa danos ao social/coletivo.

Ou seja, os direitos adquiridos pelos indígenas devem ser sempre avaliados, uma vez que se trata de um povo que em certos casos nem falam nossa língua. Outro ponto divergente no trabalho é a aplicação da pena ao índio, pois deve ser analisada as causas de diminuição de pena. Deve haver por parte dos operadores do direito, um enfoque mais vasto, sem levar em conta somente a legislação estrita de uma fixação de pena que a pessoa comum se daria.

Diante do exposto, o ponto fundamental a ser apontado no trabalho são as formas de tratar o índio, sem o considerar frágil penalmente, pois não há nada mais equivocado e imoral. Devemos dar relevância a esse tema, principalmente por vivermos em um país ricamente cultural e ainda muito povoado por índios.

Palavras-Chave: Excludentes da culpabilidade. Imputabilidade. Homicídio. Infanticídio. Estatuto do índio.

1. INTRODUÇÃO

O tema abordado no trabalho, consiste em concluir qual a responsabilidade penal do índio segundo suas características e em certos tipos penais, ou seja, o tratamento diferenciado que se aplicará, a um povo de cultura e costumes diferentes. Começo expondo que o nosso país é carecido quando se trata de conteúdo jurídico sobre o assunto. Considerando que a Constituição Federal resguarda direitos à diversidade, desse povo, era para termos uma legislação específica para não tratarmos de forma desigual, na medida da sua desigualdade, na hora da aplicação da nossa lei. Ressalta-se que o índio dispõe de um Estatuto próprio, entretanto, foi promulgado durante a ditadura militar que acometera o país e que pode conter uma parcela de divergência em seu bojo.

Os operadores do direito, em seus casos concretos, quando se depararem com esse tipo de conflito devem pleitear que seja feito o exame antropológico, que é uma perícia feita para aferir em qual nível de integração na sociedade se encontra o índio que cometeu o delito. O exame é a principal ferramenta para uma correta dosagem da culpabilidade, pois há casos em que somente com o exame para ter certeza da integração. Outrossim, em face da culpabilidade, o Brasil adota a inimizabilidade por desenvolvimento mental incompleto, como resposta penal ao índio, são considerados assim os índios não adaptados à civilização ou não integrados.

Em segundo momento, devem ser analisadas todas as características do crime, as excludentes de culpabilidade e as causas de diminuição de pena. Nesse ponto cabe enfoque para a inexigibilidade de conduta diversa e ausência do potencial consciência da ilicitude. Além de outros caminhos amparados pelo Estatuto, que é o regime especial de semiliberdade e a aplicação da pena pelas tribos.

2. CONCEITO DE ÍNDIO

O termo "índio" foi inicialmente usado pelos colonizadores europeus para descrever os povos indígenas das Américas, devido a uma confusão geográfica. No entanto, muitos povos indígenas consideram esse termo pejorativo e preferem ser chamados de "povos indígenas" ou pelos nomes de suas tribos ou etnias específicas.

Os povos indígenas são grupos étnicos que têm uma história e cultura distintas, muitas vezes com línguas, tradições, costumes e modos de vida únicos. Eles têm sido historicamente marginalizados, explorados e até mesmo dizimados por colonizadores e governos, e muitos ainda lutam por direitos territoriais, culturais e sociais.

A Lei 6.001/73, do Estatuto do Índio, traz um conceito do que é o índio, no artigo 3º, sendo:

"[...] indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana, que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico, cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional" (BRASIL, 1973, n. p.).

O Decreto nº 5.051 de 2004 ratifica a Convenção 169 da OIT sobre os povos indígenas e tribais. Define "índio" como descendente das populações originais do país na época da conquista, colonização ou definição das fronteiras estatais, que ainda conservam suas instituições sociais, econômicas, culturais e políticas. Destaca a importância da consciência individual da identidade indígena ou tribal para determinar os grupos abrangidos pela convenção.

2.1. EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO JURÍDICO DO ÍNDIO

O Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) considerava o índio como relativamente incapaz.

Segundo o Art. 6: São incapazes, relativamente a certos atos (Vide art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

- I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (art. 154 a 156).
- II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.
- III. Os pródigos.
- IV. Os silvícolas.

O parágrafo único diz: "Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação" (BRASIL, 1916, n. p.). Entretanto, o Novo Código Civil (2002), retira os índios da categoria de relativamente incapazes e dispõe que a capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

O Decreto 5.484, de 1928, classificou os índios em quatro categorias: nômades, arranchados ou aldeados, pertencentes a povoações indígenas e pertencentes a centros agrícolas (incorporados). As três primeiras categorias são sujeitas a um regime especial, com respeito aos seus usos, costumes e tradições. A quarta categoria, incorporada aos centros agrícolas, conta com alguns dispositivos protetores.

As Constituições de 1934 e 1937, apesar de terem garantido alguns direitos importantes aos indígenas, como a posse das terras que ocupavam, não foram além disso. No entanto, o Código Penal de 1969, assim como o de 1940, não fez menção explícita à imputabilidade do índio, deixando a entender que poderiam ser tratados pela cláusula de "desenvolvimento mental incompleto ou retardado". (BRASIL, 1940, n. p.).

A Lei 6.001 de 1973, chamada Estatuto do Índio, foi a única legislação específica sobre os direitos indígenas no Brasil, mas já expressava uma política de integração dos índios à sociedade branca. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve avanços significativos nos direitos indígenas, tornando-se a principal forma de proteção desses direitos. O art. 231 da CRFB/88 dispõe:

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. (BRASIL, 1988, n.p.).

A Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas foi aprovada na Organização das Nações Unidas (ONU) em 13 de setembro de 2007, estabeleceu normas referentes aos direitos dos povos indígenas, entre outros a participação política, recursos naturais, território, propriedade intelectual. Essa declaração não traz direitos novos, mas reconhece e ratifica os já existentes, colaborando para conscientizar e promover a tolerância entre indígenas e o restante da população.

2.2. CRITÉRIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DO ÍNDIO

O artigo 4º da Lei nº 6.001/73 diz que os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições características da sua cultura (BRASIL, 1973, n. p.).

A distinção entre os diferentes níveis de integração do indígena na sociedade nacional é fundamental para a aplicação da legislação penal quando um indígena comete um crime. Isso permite avaliar sua culpabilidade e determinar a pena apropriada. O artigo 56 da Lei 6.001 estabelece que o juiz, ao aplicar a pena a um indígena que cometeu um crime, deve considerar seu grau de integração na sociedade, podendo até atenuar a pena com base nesse critério.

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

A classificação mais desafiadora no Estatuto do Índio é para os indígenas em processo de integração, pois é difícil distingui-los dos índios isolados ou já integrados. Exames antropológicos são necessários

para avaliar seu grau de integração. O Estatuto reconhece que mesmo quando totalmente integrados, os indígenas não perdem sua identidade indígena. Isso é essencial, já que a maioria dos indígenas brasileiros está em processo de integração ou já integrados.

Existem outros critérios propostos para distinguir os indígenas das demais populações como: o racial; o legal; o cultural; o de desenvolvimento econômico e o de autoidentificação étnica.

- **Critério Racial:** Baseia-se em características físicas distintas dos conquistadores europeus, mas enfrenta dificuldades devido à diversidade entre populações indígenas.
- **Critério Legal:** Define o índio com base em padrões estabelecidos na legislação, mas as dificuldades decorrem da escolha do critério pelos legisladores.
- **Critério Cultural:** Considera a transmissão de características culturais, como língua, costumes e crenças, mas não aborda diferenças físicas.
- **Critério de Desenvolvimento Econômico:** Proposto por Lewis e Maes, considera deficiências qualitativas e quantitativas das populações indígenas, como renda, produção agrícola e participação em programas governamentais.
- **Critério de Autoidentificação Étnica:** O critério de autoidentificação étnica para indígenas é baseado na autodeclaração da pessoa como membro de uma comunidade indígena, sem necessidade de validação externa.

3. OS CRITÉRIOS UTILIZADOS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PARA O TRATAMENTO PENAL DO ÍNDIO

O Estatuto do Índio foi criado durante a Ditadura Militar no Brasil com o propósito de integrar os povos indígenas à cultura dominante. Atualmente, não há outra legislação abrangente para essa questão, resultando em um tratamento jurídico e penal baseado nas diretrizes desse Estatuto, apesar de críticas por sua abordagem assimilacionista.

Quando se fala da culpabilidade dos indígenas que praticam crimes, é reduzida ao critério da inimputabilidade, segundo o art. 26 do nosso Código Penal “É isento de pena o agente que por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar se de acordo com esse entendimento” (BRASIL, 1940, n. p.).

E ainda, sobre a divisão entre índios isolados, em vias de integração e integrados. Pode se ter ainda a conclusão, que são inimputáveis os índios isolados, imputáveis os integrados, e os índios em vias de integração a depender de exame antropológico, os quais, na maioria dos casos, apresentam-se como semi-imputáveis. Mas cabe destacar que há doutrinadores que são desfavoráveis a essa qualificação.

No livro de Guilherme Rezende ele explica o motivo da expressão “desenvolvimento mental incompleto ou retardado” abranger os silvícolas inadaptados. Os motivos são expostos pelo Ministro Francisco Campos:

No seio da Comissão, foi proposto que se falasse, de modo genérico, em perturbação mental; mas a proposta foi rejeitada, argumentando-se, em favor da fórmula vencedora, que esta era mais compreensiva, pois, com a referência especial ao desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e devendo entender-se como tal a própria falta de aquisições éticas (pois o termo mental é relativo a todas as faculdades psíquicas, congênicas ou adquiridas, desde a memória à consciência, desde a inteligência à vontade, desde o raciocínio ao senso moral), dispensava alusão expressa aos surdos-mudos e silvícolas inadaptados. A explicação para a ausência de expressa referência ao índio no Código Penal é dada por Nelson Hungria. Após dizer que: “não há dúvida que entre os deficientes mentais é de se incluir também o homo silvester, inteiramente desprovido das aquisições éticas do civilizado homo medius que a lei penal declara responsável”, ele afirma (REZENDE, 2009, p. 33).

Os autores que discutem a questão penal dos índios sugerem tratá-los considerando elementos excludentes da culpabilidade, como o erro de proibição, em vez de aplicar apenas a inimputabilidade. Eles argumentam que, se um índio vive isolado sem acesso ao conhecimento das regras da sociedade não indígena, ele deve ser isento de pena devido à falta de consciência da ilegalidade do ato, conforme o artigo 21 do Código Penal. Isso contrasta com a inimputabilidade por desenvolvimento mental incompleto. A Lei nº 6.001/73 é vista como insuficiente, já que prevê apenas atenuação de pena, não isenção completa.

E o Estatuto do Índio, por sua vez, quando se fala no tratamento jurídico/penal traz em seu artigo 56, uma atenuante da pena para aplicação ao índio, bem como o seu cumprimento, em caso de reclusão ou detenção, se possível, em regime de semiliberdade (BRASIL, 1973). Em suma, destacam-se os principais pontos do tratamento penal dado ao índio que cometeu um crime no contexto do direito brasileiro. Além disso, o trabalho em questão ressalta a importância de considerar outros aspectos relevantes na imputação de responsabilidade ao índio, que podem até mesmo afastar a inimputabilidade frequentemente debatida. Esses aspectos não se referem necessariamente a doenças mentais, mas sim aos costumes distintos do povo indígena, que podem influenciar sua compreensão e julgamento de determinados atos.

3.1. O EXAME ANTROPOLÓGICO

O exame antropológico é uma perícia fundamental para avaliar o nível de integração na sociedade de um índio que cometeu um crime. Ele envolve um estudo detalhado da pessoa e de sua comunidade,

incluindo seus costumes e cultura, podendo até contar com testemunhos de membros da comunidade. Esse exame é essencial para determinar a culpabilidade de forma precisa, especialmente em casos de índios em processo de integração. Refletindo os princípios da Constituição de 1988, objetiva-se assegurar que a punição seja justa e esteja em conformidade com os parâmetros constitucionais.

A jurisprudência majoritária permite ao juiz dispensar o exame antropológico caso haja evidências nos autos, como proficiência na língua portuguesa e alfabetização, que demonstrem a integração plena do indígena com a sociedade não indígena. Com a mudança nos valores da sociedade atual, o exame antropológico não deve mais questionar se o indígena é responsável pelo seu ato, mas sim se ele tinha consciência de que o que fez era errado e se poderia ter agido de maneira diferente.

Se o acusado demonstra entender as regras da sociedade não indígena, como saber ler e escrever e possuir documentos de identificação, o exame antropológico pode ser dispensado, como visto no caso do Habeas Corpus (HC) 85198, com relatoria do ministro Eros Grau.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA PRATICADOS POR ÍNDIO. LAUDO ANTROPOLÓGICO. DESNECESSIDADE. ATENUAÇÃO DA PENA E REGIME DE SEMILIBERDADE. 1. Índio condenado pelos crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma de fogo. **É dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o Juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção.** Precedente. 2. Atenuação da pena (artigo 56 do Estatuto do Índio). Pretensão atendida na sentença. Prejudicialidade. 3. Regime de semiliberdade previsto no parágrafo único do artigo 56 da Lei n. 6.001/73. Direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena. Ordem concedida, em parte. (*grifo nosso*). Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 85198.** Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF.

4. HOMICÍDIO DOS INFANTES INDÍGENAS

No conceito jurídico penal, tipificado no artigo 121 do Código Penal, o homicídio conceitua-se como o ato de matar uma pessoa, quer seja de forma voluntária ou involuntária, por dolo ou culpa.

Para o autor Nucci (2023), o homicídio conceitua a supressão da vida de um ser humano causada por outro.

Já o infanticídio no âmbito jurídico penal, conceitua-se quando a mulher, sob influência do estado puerperal, atenta contra a vida de seu filho.

Nas aldeias indígenas também não é diferente, a prática ocorre quando nascem gêmeos, filhos de mães solteiras ou crianças com algum tipo de deficiência. Em 2021, o site Brasil Paralelo realizou uma pesquisa com diversas tribos com a finalidade de entender essa prática e esclarecem que as causas mais comuns do infanticídio indígena são realizadas pelas questões de adultério, incesto, deficiência física, deficiência mental, filhos gêmeos, falta de condições da família para criá-lo, sexo indesejado do bebê, controle populacional.

Em 2007, a índia Muwaji Suruwaha abandonou sua tribo para manter a sua filha que nasceu com paralisia cerebral e com isso se recusou a sacrificá-la. Diante do fato, foi criado o Projeto de Lei nº 1057 que recebeu o nome de “Lei Muwaji” em homenagem a indígena que enfrentou a cultura do seu povo em prol da vida de sua filha e essa PL foi elaborada para extinguir essa cultura de sacrifício dentro das tribos que praticavam essa conduta.

E eles entendem que as crianças defeituosas podem prejudicar a preservação da cultura ou oferecer riscos à tribo. A exemplo da adoção dessas medidas é a tribo Tapirapé, que acreditavam que era crucial manter a população em torno de mil pessoas para preservar o equilíbrio do ecossistema. Portanto, na tribo, quando uma família tinha seu quarto filho, esse bebê era sacrificado para controlar o crescimento populacional.

4.1. HOMICÍDIO DOS INFANTES INDÍGENAS DENTRO DO SUBSTRATO DO CRIME

4.1.1. FATO TÍPICO

No âmbito jurídico, o fato típico é um termo utilizado no direito para descrever uma conduta humana que é considerada crime ou contravenção penal. Ele é definido como a designação de uma ação ou omissão que é considerada crime ou contravenção. É a descrição de um comportamento que, segundo a lei, é proibido e pode levar a penalidades como prisão, multa ou outras punições previstas pela legislação, o autor Nucci (2023) dispõe seu entendimento sobre o assunto abaixo.

Quando a sociedade entende necessário criminalizar determinada conduta, através dos meios naturais de pressão, leva sua demanda ao Legislativo, que, aprovando uma lei, materializa o tipo penal.

(...)

Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito. (Nucci, 2023, p. 110)

Diante do exposto, a conduta do indígena de sacrificar a vida humana por elementos inerentes a sua cultura, é fato típico no ordenamento jurídico pátrio, pois, mesmo o índio classificado como não integrado possui a ciência de que matar sem qualquer justificativa, por extinto de sobrevivência, é errado. Entretanto, por questões relevantes a sua cultura, como por exemplo o infanticídio, é justificado, uma vez que entendem o nascimento daquele infante com algum tipo de deficiência como uma maldição à cultura deles.

4.1.2. ILICITUDE DO FATO

A ilicitude do fato ou antijuridicidade, é um conceito fundamental no Direito Penal que define quando um ato é contrário à lei. Em outras palavras, um fato é considerado ilícito quando viola uma norma jurídica. Para que um ato seja considerado um crime, ele precisa ser ilícito.

No entanto, nem todos os atos que violem a lei são automaticamente considerados ilícitos. Existem situações específicas, como a legítima defesa ou o cumprimento de um dever legal, que podem justificar ou excluir a ilicitude, mesmo que o ato envolva uma violação da norma.

Ou seja, para que alguém seja responsabilizado penalmente, é necessário que se prove que o ato foi ilícito, que não se enquadre em nenhuma das exceções legais que permitem a sua realização.

As condutas delituosas praticadas pelos indígenas não esbarram em nenhuma das causas excludentes da ilicitude. A análise das excludentes da culpabilidade revela que pode haver vantagens para os índios, considerando que muitos deles não estão totalmente integrados à cultura nacional e podem não conhecer o ordenamento jurídico do país. Assim, é apropriado que essas condições sejam levadas em conta, pois não se pode punir alguém por não conhecer a legislação ou ser forçado a se adaptar à cultura nacional. O foco está nos índios que ainda não foram plenamente integrados ou estão em processo de integração.

4.1.3. CULPABILIDADE DO ÍNDIGENA QUE PRÁTICA O FATO

No Brasil, a responsabilização penal dos indígenas é um tema controverso. De acordo com a legislação, os indígenas não são automaticamente considerados inimputáveis, ou seja, não estão isentos de pena apenas por serem indígenas. A inimputabilidade, no direito penal brasileiro, é definida pela incapacidade de compreender a ilicitude do ato devido a uma doença mental, e não por questões culturais.

Contudo, a doutrina e a legislação frequentemente enfrentam desafios ao lidar com crimes cometidos por indígenas devido às diferenças culturais e à capacidade de entendimento das normas legais. Em casos concretos, a avaliação da imputabilidade deve considerar a compreensão do indivíduo sobre a ilicitude de suas ações, levando em conta suas circunstâncias culturais e educativas.

São nas excludentes da culpabilidade que pode haver pequenos pontos que beneficiaria o índio, cabe dizer que essa beneficiação deve sim ocorrer, pois estamos tratando de um povo que não conhece a comunhão nacional, que não podem ser punidos por não saberem do nosso ordenamento e muito menos obrigados a se integralizarem na nossa cultura. Nesse ponto tratamos dos índios não integrados e em vias de integração.

4.1.3.1. DESENVOLVIMENTO MENTAL INCOMPLETO OU RETARDADO

A ideia de que os indígenas têm desenvolvimento mental incompleto ou retardado é incorreta e baseada em preconceitos. Os povos indígenas possuem plena capacidade cognitiva e são detentores de um vasto conhecimento, especialmente ligado ao seu ambiente e às suas tradições. Essa visão errada decorre do choque cultural entre as sociedades ocidentais e os modos de vida indígenas, que muitas vezes são injustamente vistos como inferiores.

Em sede de debate promovida pela Comissão Pró-Índio em 1990, na cidade de São Paulo, a participante Solange Rita Marczynsky, se manifestou no seguinte sentido sobre determinado assunto:

“Os índios brasileiros estão em diferentes estágios em relação ao conhecimento dos hábitos da sociedade nacional. Como exemplo, há índios com cursos universitários e índios que sequer falam o português. Existem índios que estão no meio do caminho. São situações diferenciadas e que merecem ser consideradas distintamente...o índio é mentalmente normal, o que ele tem é cultura diferente, e por vezes não entende o significado de determinada regra, como um estrangeiro pode também não entender...”

Ou seja, o trecho acima refere-se à predominância do direito à diferença, assegurado pela Constituição e pela Convenção 169 da OIT, em que deve ter embasamento na análise da responsabilidade penal dos indígenas. Para determinar se um indígena é penalmente responsável, deve-se considerar se ele, segundo sua cultura e costumes, tinha a capacidade de entender que sua ação era considerada crime pela sociedade em geral.

Ademais, a Constituição em plena vigência, em seu artigo 231, reconhece a diversidade étnica e cultural existente no Brasil, o que exige respeito aos valores e comportamentos dos povos indígenas.

Os indígenas não têm desenvolvimento mental incompleto ou retardado, pelo contrário, apenas suas formas de vida e valores podem apenas diferir dos padrões estabelecidos pela cultura dominante.

4.1.3.2. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

A excludente de culpabilidade está ligada à capacidade do agente de entender que sua conduta viola a lei, mesmo que essa compreensão seja limitada. A punição só é aplicável se o agente tiver a possibilidade de perceber a ilicitude de sua ação. Se o agente demonstrar falta de consciência da ilicitude, isso pode atenuar a pena, conforme o artigo 65, II do Código Penal. No entanto, o artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece que o desconhecimento da lei não é aceito como justificativa para o descumprimento. Assim, a falta de consciência plena da ilicitude pode resultar em pena atenuada, mas não em isenção total.

O agente só age culpavelmente quando conhece ou tem condições de conhecer a ilicitude de seu comportamento. A ausência desse elemento dá lugar ao chamado erro de proibição, tratado no artigo 21, do Código Penal, que, quando é invencível, é causa excludente da culpabilidade (BRASIL, 1940). Entende-se que o elemento faltante da culpabilidade é a potencial consciência da ilicitude do fato, ou seja, o índio não é capaz de entender o caráter ilícito da ação, caindo assim em erro de proibição inevitável.

Outrossim, o Deputado Federal Ubiratan Sanderson do Partido político PL (Partido Liberal), apresentou em 2021, um Projeto de Lei nº 2433/2021 na Câmara dos Deputados, em que visava a alteração do artigo 56 do Estatuto do Índio para dispor sobre a imputabilidade penal dos indígenas. A proposta pelo Deputado Federal é de estabelecer que os indígenas devem seguir as mesmas regras de imputabilidade penal que os não indígenas, desde que seja comprovado que estão integrados à sociedade e nos casos de o indígena for, integral ou parcialmente, incapaz de compreender a ilicitude do fato, o juiz poderá declarar a exclusão da culpabilidade ou reduzir a pena de um sexto a um terço.

Atualmente, o Estatuto do Índio prevê em seu parágrafo único do artigo 56 penas de reclusão e de detenção sendo cumpridas em regime de semiliberdade em locais que prestam assistências aos indígenas ou em locais próximos de sua habitação. Além disso, o Deputado mencionado, em trecho afirma que:

“(...) grande parte dos indígenas já se encontram familiarizados com valores sociais ditos “ocidentais”. Segundo o Censo IBGE 2010, do total de 817.963 indígenas, cerca de 37,4% (aproximadamente, 315 mil) vivem em áreas urbanas. Exercem as mais diversas atividades, ocupam os mais variados 14 postos de trabalho, cargos públicos e cadeiras acadêmicas, interagindo com os

demais membros da sociedade e mantendo, em maior ou menor grau, suas especificidades culturais.

Assim, no contexto atual, não há mais espaço para as divergências doutrinárias e jurisprudenciais no que diz respeito à imputabilidade penal do indígena, devendo os mesmos, de forma geral, serem tratados, nesse aspecto específico, como quaisquer outros cidadãos brasileiros.”

Em suma, ele entende que a legislação vigente deve aplicar tratamento equânime entre indígenas e cidadãos.

4.1.3.3. DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

A inexigibilidade de conduta diversa refere-se a situações em que não se pode exigir que o indivíduo agisse de maneira diferente, ou seja, dentro da legalidade. Essa avaliação deve considerar as circunstâncias do fato, deve ser considerado que a inexigibilidade não é um juízo sobre o aspecto psicológico do agente, mas antes um juízo acerca de uma situação concreta ou objetiva, na qual assume relevância, perante o direito, pode dizer que é o valor que anima o agente, é a opção do agente. Para aplicar essa exculpante as provas devem ser claras, não bastam só alegações, e precisam advir de um laudo antropológico.

Essa excludente pode ser considerada no tratamento jurídico-penal do indígena, permitindo tanto afastar a culpabilidade quanto reduzir a pena. No entanto, isso não impede que o indígena seja considerado inimputável, conforme previsto no ordenamento brasileiro. Aplicar essa excludente evitaria um tratamento excessivamente severo ao indígena.

O que permite o uso dessa excludente são os valores do povo a que pertence o agente indígena, indagando que o uso desta se refere ao agente que, mesmo sabendo que sua ação é ilícita, não consegue agir de outra forma devido aos valores que já tem internalizados e que entram em conflito com os da norma. Portanto, não é suficiente que a conduta não seja vista como criminosa por determinado povo, é essencial que ela esteja de acordo com os valores desse grupo e os reflita.

4.2.1.1. O ERRO DE PROIBIÇÃO COMO RESPOSTA PENAL AO ÍNDIO

O erro de proibição ocorre quando uma pessoa realiza uma ação acreditando que ela é permitida, mesmo que seja injusta. Esse erro se refere à falta de compreensão sobre a ilicitude do ato, levando o agente a pensar que não existe uma norma que proíba a conduta ou a interpretar de forma errada a lei relacionada ao caso. Alguns autores defendem que este é o correto enquadramento do índio que

pratica crimes e não fere a *ratio legis*, como o colocar sobre um desenvolvimento mental incompleto por sua cultura.

O índio por virtude de sua origem e seus costumes, e toda diversidade cultural, tem dificuldades para atingir a potencial consciência da antijuridicidade de sua conduta. Nesta análise, é importante analisar o erro de proibição evitável como motivo para reduzir a pena. Nesse caso, o agente não sabia que sua ação era ilícita, mas tinha a capacidade de perceber que estava agindo contra a lei. Assim, sua culpabilidade permanece, e ele não fica isento de pena, mas pode receber uma redução de 1/6 a 1/3 devido à falta de consciência sobre a ilicitude.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando menciono a necessidade de um tratamento diferenciado e a redução de penas para indígenas que cometem crimes, estou abordando a questão da diversidade cultural. Não se pode exigir que esses indivíduos aceitem valores de uma cultura que não é a deles. O objetivo não é isentar de responsabilidade, mas sim ajustar a pena de forma a respeitar os limites e a cultura de cada povo.

Verificou-se então no trabalho em tela, os principais caminhos para tratar com igualdade o índio, para que não aconteça de toda problemática ser enquadrada na cláusula desenvolvimento mental incompleto. Aqui estamos falando de diversidade de cultura de povos diferentes, não de pessoas que possuem algum tipo de patologia para que assim os caracterizem. Claro que há correntes doutrinárias que concordam com essa abordagem.

Buscando melhores abordagens para o tratamento penal de indígenas, é fundamental respeitar a diversidade garantida pela Constituição. Um dos caminhos é considerar a inexigibilidade de conduta diversa, reconhecendo a dificuldade de assimilação das normas e valores. Outro aspecto importante é a avaliação da consciência sobre a ilicitude do ato, é necessário investigar se o indivíduo tinha realmente conhecimento ou condições de conhecer a ilegalidade de seu comportamento. A falta desse entendimento pode ser caracterizada como erro de proibição, que é uma resposta penal significativa para os indígenas.

O erro de proibição acontece quando o sujeito realiza uma conduta por supor que essa conduta injusta, seja justa, é o erro que incide sobre a ilicitude do fato, onde o agente acredita não haver regra que proíba conduta ou interpreta mal o dispositivo legal que é aplicável à espécie. Alguns autores argumentam que essa situação se aplica a indígenas que cometem crimes, pois sua compreensão pode ser influenciada por uma formação cultural diferente.

Esse erro sempre exclui a atual consciência da ilicitude. Embora haja delitos que os indígenas podem compreender, há outros cuja ilicitude pode ser obscura para eles, e, nesse caso, é fundamental respeitar sua cultura. Esses caminhos permitem a aplicação das leis de maneira que respeite a Constituição, sem classificar os indígenas como inimputáveis.

6. REFERÊNCIAS

ANGOTTI, Bruna. DA SOLIDÃO DO ATO À EXPOSIÇÃO JUDICIAL: UMA ABORDAGEM ANTROPOLÓGICO-JURÍDICA DO INFANTICÍDIO NO BRASIL. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ANTROPOLOGIA SOCIAL. Usp.Br. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-16092019-153730/publico/2019_BrunaAngotti_VCorr.pdf. Acesso em: 15 de set. 2024.

BRASIL. Lei n. o 6.001, de 19 dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 dez. 1973.

BRASIL. Decreto n. o 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder executivo, Brasília, DF, 19 abr. 2004.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 jan. 2002.

BRASIL. Decreto nº. 5.484, de 27 de junho de 1928. Regula a situação dos índios nascidos no território nacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder executivo, Rio de Janeiro, RJ, 27 jun. 1928.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 18 set. 2024.

BRASIL. Constituição (1934). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 18 set. 2024.

BRASIL. Constituição (1937). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 18 de set. 2024.

BRASIL. Decreto n. o 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder executivo, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940.

CAMACHO, Wilsimara Almeida Barreto. “Infanticídio” indígena: uma perspectiva jurídico-antropológica. Revista Estudos Políticos. Vol. 6. N.1. Disponível em: https://periodicos.uff.br/revista_estudos_politicos/article/view/39783/22873. Acesso em: 10 de ago. 2024.

CARNEIRO. Isabella. Infanticídio indígena no Brasil. SlideShare. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/slideshow/infanticidio-indgena-no-brasil/38075173>. Acesso em: 12 de ago. 2024. COELHO. J. “O que é o índio”. Blog “Recanto das Letras. Disponível em: <<https://www.recantodasletras.com.br/artigos/4537478>>. Acesso em: 6 jun. 2024.

Declaração das Nações Unidas. ONU. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf. Acesso em: 11 de set. 2024.

dos Santos Filho, Roberto Lemos. ÍNDIOS E IMPUTABILIDADE PENAL. Disponível em: file:///C:/Users/Lucy%20Travaglia/Downloads/indios_imputabilidade_Penal.pdf Acesso em: 30 de ago. 2024.

MARANHÃO (Estado). Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 85198, da 1ª turma do Supremo Tribunal Federal, Maranhão, 09 de dezembro de 2005. Lex: Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil do Maranhão. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14735682/habeas-corpus-hc-85198-ma>> Acesso em: 28 ago. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito penal: parte especial. arts 121 a 212 do Código Penal. Vol 2. 8ª. ed. São Paulo: 2023.

Portal da Câmara dos Deputados. (n.d.). Leg.br. PL 1057/2007. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=351362> Acesso em: 12 de set. 2024.

Portal da Câmara dos Deputados. (n.d.). Leg.br. Projeto altera regras para punição de indígenas pela prática de crimes. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/825270-projeto-altera-regras-para-punicao-de-indigenas-pela-pratica-de-crimes/>. Acesso em: 12 de set. 2024.

Portal da Câmara dos Deputados. (n.d.). Leg.br. PL 2433/2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2038837&filename=PL%202433/2021. Acesso em: 12 de set. 2024.

REZENDE, Guilherme Madi. Índio: tratamento jurídico-penal. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

VALERIM, Filipe. O que é o infanticídio indígena? Entenda as origens desta prática e como seu debate apareceu no Brasil. Disponível em: <https://www.brasilparalelo.com.br/artigos/infanticidio-indigena>. Acesso em 30 de agosto de 2024.

Capítulo 8

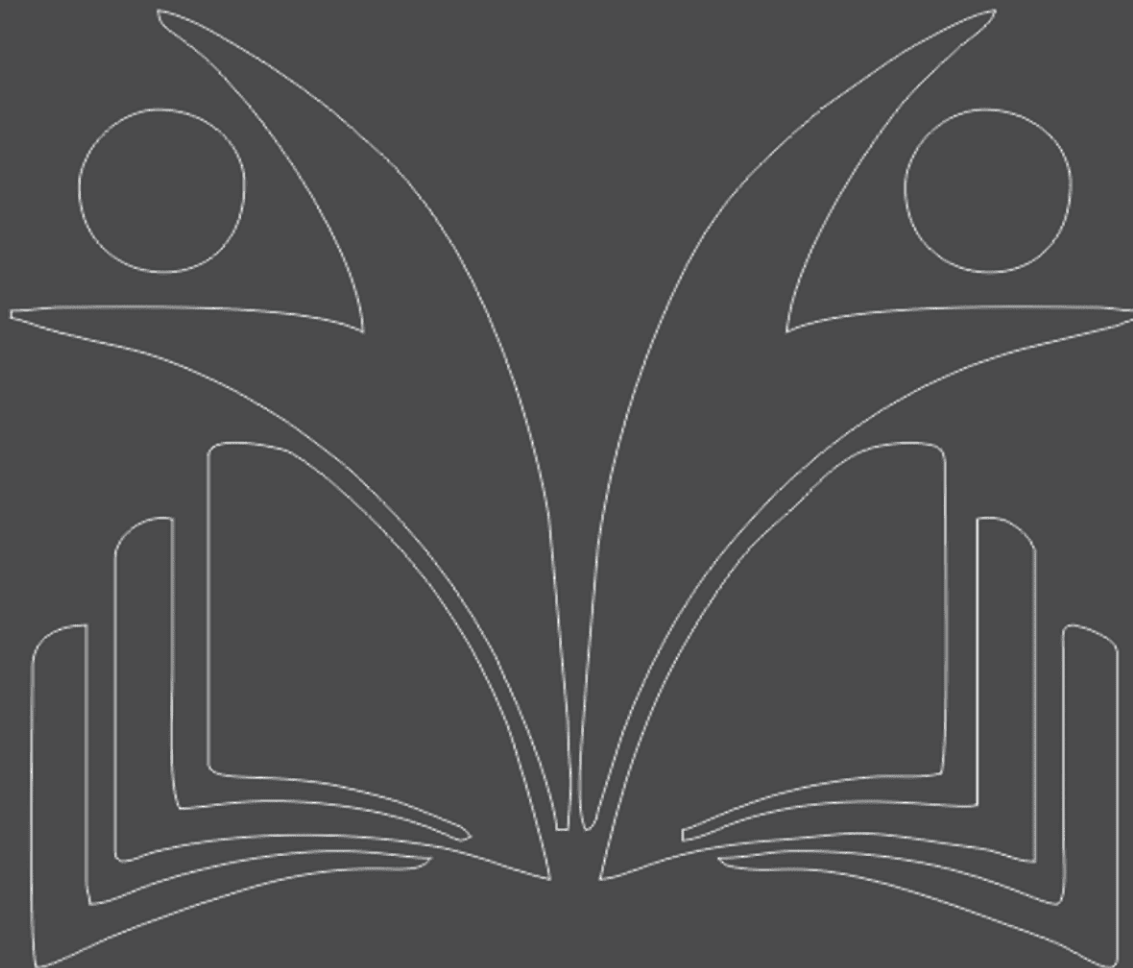


10.37423/240909344

AÇÕES AFIRMATIVAS E SUAS POLÍTICAS: A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE COTAS E DO PL 1.958/2021

Hugo César Severino Abadia

*ILES / ULBRA - Instituto Luterano de Ensino
Superior de Itumbiara*



Resumo: O presente artigo busca verificar a constitucionalidade de ações afirmativas e políticas públicas, dentre elas a lei de cotas raciais para concursos públicos e projeto de lei que visa sua prorrogação. Para melhor compreender a necessidade destas políticas afirmativas buscou-se identificar os fatores determinantes, como o contexto histórico, social e legal de discriminação racial que justificasse a adoção dessas medidas. Para isso, foi preciso analisar o contexto histórico de escravidão no Brasil e como este criou desigualdades raciais, em específico à população negra, vítima do regime escravista adotado no Brasil. Munidos de tal contexto histórico e social que justificasse as políticas afirmativas, passou-se a análise de legalidade e constitucionalidade das leis de cotas raciais e quais seus efeitos como meio de mitigação de desigualdade e ascensão social da população negra. Ademais, considerando o vencimento do prazo fixado para vigência da Lei de Cotas para concursos públicos, necessário se fez também analisar se o projeto de lei que visa prorrogar sua vigência continha necessidade constitucional e social, assim como se observava preceitos legais e constitucionais. Ao final foi possível tecer um parecer sobre a necessidade da lei de cotas raciais no ordenamento jurídico brasileiro e o que ela representa para população afro-brasileira. Foi utilizado a metodologia dedutiva, pesquisa documental e bibliográfica.

Palavras-chave: Racismo. Desigualdade. Cotas Raciais. Concurso Público.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como temática verificar as desigualdades raciais ocorridas ao longo da história e como as nações, em específico o Brasil, vem adotando políticas sociais para mitigar o preconceito de raça e promover uma reparação social em grau de igualdade para os indivíduos afetados por essa sistemática discriminatória.

A problemática a ser verificada é se o aumento das cotas para concurso público através da nova lei de cotas segue preceitos constitucionais?

Tal perspectiva parte da hipótese de que o processo de que as políticas e ações afirmativas se apresentam como remédios constitucionais aptos a promover a reparação social e erradicar a discriminação do cidadão pardo ou negro, os quais sofrem diversas discriminações desde o seu nascimento, sendo lhes negligenciados o direito à saúde, educação de qualidade, além de terem tratamento pejorativo nas relações de trabalho e são, ainda que inconscientemente, marginalizados pela sociedade, haja vista a prática de um sistema cultural racista ao longo dos últimos séculos.

Sendo assim, tal estudo tem como objetivo geral verificar se a nova lei de cotas segue preceitos constitucionais, assim como se detém o efeito de mitigar desigualdades sociais.

Por sua vez, os objetivos específicos do presente artigo são: (i) verificar as discriminações ocorridas ao longo de setores da sociedade e como estas impactam na evolução social dos indivíduos discriminados; (ii) estudar como as leis de cotas buscam reparar as desigualdades raciais e se os mecanismos por elas prescritos são medidas eficazes como meio de promover a igualdade entre os cidadãos; e (iii) analisar a nova lei de concursos públicos como meio de promover o ingresso de indivíduos discriminados no serviço público, assim como sua constitucionalidade a luz do ordenamento jurídico brasileiro; (iv) analisar a Projeto de Lei 1.958/2021 que visa prorrogar a lei de cotas e sua constitucionalidade.

O presente trabalho de conclusão de curso se justifica, uma vez que é fato que a escravidão foi uma mácula na história da humanidade, pois violou diretamente direitos naturais do ser humano e certamente ocasionou diversas desigualdades ao longo dos séculos. Os países ocidentais, em seus períodos coloniais, ficaram marcados pela exploração da escravidão pautada em preconceito racial, ademais, em alguns países, mesmo após a abolição da escravatura o preconceito racial entre brancos, negros e mulatos ainda permaneceu por longas décadas, o que certamente trouxe uma injustiça social ao negro, aos povos nativos e demais civilizações que não se assemelhavam ao branco europeu.

A justificativa jurídica do presente trabalho de conclusão perfaz-se na necessidade da análise interpretativa de artigos e documentos científicos que apontem esse processo de desigualdade social e discriminação, bem como analisar a existência de dispositivos legais e jurídicos que porventura ao longo da história buscassem a reparação de tais discriminações na sociedade ao longo da história do estado democrático brasileiro, para que ao final se possa ter uma melhor compreensão de como tais eventos influenciaram o ordenamento constitucional moderno e o regramento jurídico vigente.

Para alcançar tais objetivos, o presente trabalho utilizará a metodologia científica em uma abordagem dedutiva, partindo das premissas gerais para inferir a conclusão do tema proposto. E para isso, a pesquisa bibliográfica foi o método utilizado para coletar informações e dados relevantes, consultando livros, artigos científicos, dissertações e teses relacionados ao tema em questão, a fim de trazer apontamentos certos e concisos sobre a temática.

No campo social, como dito anteriormente, resta evidente que a sociedade brasileira embora miscigenada ainda apresenta resquícios negativos de discriminação social dos povos negros, pardos e nativos, reflexo do período colonial escravista do Brasil, que criou divisões de raças em classes sociais, onde negros, pardos e indígenas estão atrelados ao grau mais baixo e com menos oportunidades em sua grande maioria.

Como será verificado no Referencial teórico deste projeto a necessidade de compreender e demonstrar o ordenamento jurídico brasileiro evoluiu para promover mecanismos de igualdade social tanto no âmbito constitucional como no infraconstitucional, resguardando direitos humanos e promovendo justiça social, com enfoque, na nova lei de cotas para cargos em concursos públicos.

2. DESIGUALDADE SOCIAL HISTÓRICA BRASILEIRA

No Brasil e nos Estados Unidos da América, prevaleceram a escravização além da população nativa americana, a da população africana, que era trazida do continente africano em grandes navios negreiros para trabalhar nas novas colônias do continente europeu, fato este que por si só, criou diversas desigualdades no período.

Isso por que, como próprio dos regimes escravistas, os escravos são cerceados de direitos humanos comum, ou seja, eram tratados em tese como animais, pois eram indivíduos primariamente privados de todo e qualquer direito, cujo valor a vida era menosprezado, tratados como propriedade.

Tal comportamento difundido ao longo de séculos projetou raízes negativas nessas sociedades, ainda que a prática da escravidão tenha sido abolida por estes dois países anteriormente citados.

No Brasil, a prática da escravatura se dava mediante a compra de negros trazidos do continente africano, em navios negreiros, para majoritariamente exercer trabalho físico nas culturas de cana de açúcar, café e algodão praticadas à época no país.

Rafael Marquese (2006, p. 04-05) ao analisar as Obra de Schwartz (1988), leciona que entre os anos de 1576 e 1600, desembarcaram em portos brasileiros cerca de 40 mil africanos escravizados, número este que teria triplicado nas próximas décadas, pessoas essas traficadas para exercer majoritariamente trabalhos físicos forçados na cultura da cana de açúcar e na sua manufatura nos engenhos de açúcar.

E em razão dessa necessidade extensa de mão de obra para serviços de ordem braçal no então novo mundo, é que se criou toda uma economia, baseada na mão de obra escrava que trazia grandes lucros aos colonizadores europeus que, como senhores de escravos, se utilizavam-se da mão de obra barata para auferir grandes lucros (PORFÍRIO e et al., 2021, p.35).

Não obstante a isto, alia-se o fato de que os maiores produtores de riqueza do período de escravidão do Brasil eram os senhores de engenho, que pelo próprio aspecto da colonização eram pessoas de origem europeia, transferindo tais riquezas aos seus descendentes e assim sucessivamente em um ciclo aparentemente sem fim (PORFÍRIO e et al., 2021, p.36).

Todavia, a pior das distinções era a de natureza humana, pois os escravos brasileiros eram tratados como animais, pois não gozavam de quaisquer direitos, não tinham qualquer controle sobre sua vida, vinham ao Brasil para trabalhos forçados, em condições degradantes, trabalhavam de sol a sol com pouca alimentação, tudo para auferir lucro em favor de seus senhores.

Em caso de desobediência os escravos no Brasil recebiam castigos físicos, piores do que os aplicados a animais e eram desestimulados sistematicamente a não procurarem melhorar sua liberdade ou qualquer aspecto de melhoria de condições de vida, sob pena de mais castigos físicos horrendos ou até mesmo a morte (SANTOS, 2013, p. 01-16).

Tais distinções raciais, sociais e desprezo pela vida dos escravos no Brasil foram capazes de moldar a sociedade por séculos e ainda permanecem de certa forma influenciando a sociedade moderna brasileira, contudo, de forma mais velada, frente as normas que regem o atual estado democrático de direito brasileiro.

Para Felizardo Masseko (2021, p. 04), os anos de escravidão ainda propagam as suas raízes na sociedade moderna, de tal sorte que se tem menos negros e pardos ocupando autos cargos públicos no governo, menos negros e pardos sendo diretores de empresas nacionais, multinacionais e internacionais do setor privado, além do fato de que negros e pardos ainda sofrem para ter acesso à instituições de ensino superior.

Logo, percebe-se que a escravidão no Brasil um foi marco histórico que influenciou e influencia negativamente a sociedade brasileira até os dias atuais e que foram poucos os avanços ao longo da história para reparar tal mácula. Dentre os poucos avanços, pode-se citar políticas públicas que buscam além de conscientizar a população brasileira, promover maior participação de negros e pardos na vida pública, em empresas, garantindo maior acesso às universidades públicas e a cargos públicos.

Ante o exposto, o presente capítulo poderá analisar a evolução histórica das leis e políticas relacionadas à igualdade racial no Brasil, destacando como essas leis foram moldadas por seus contextos históricos e jurídicos, bem como analisando comentários doutrinários sobre os desafios que ainda persistem nesta temática. Tal análise é fundamental para entender a trajetória da igualdade racial no Brasil e para informar ações futuras no sentido de promover uma sociedade mais justa e igualitária.

2.1 A MONARQUIA E ABOLIÇÃO DA ESCRAVATURA

Ao longo desse período histórico pouco se fora feito para abolir a escravatura, uma vez que a economia da colônia era basicamente voltada à agricultura e ao extrativismo, sendo a mão de obra primária à de escravos trazidos do continente africano.

Contudo, a medida que promulgada a independência do Império do Brasil, pequenos avanços foram sendo feitos a fim de corrigir disparidade e desigualdade histórica entre as populações étnicas do Brasil.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro caminhou a curtos passos, garantindo direito por direito, sem, contudo, inicialmente promover efetivamente uma igualdade racial entre os cidadãos brasileiros. Dentre estes curtos passos, podemos citar a criação das Leis nº 2.040/1871, nº 3.270/1885 e nº 3.353/1888, cumprindo observar que todas estas leis foram promulgadas já no período final da monarquia.

A Lei nº 2.040/1871, conhecida como Lei do Ventre Livre, foi promulgada no período imperial como uma tentativa de abordar a questão da escravidão com fins de reduzi-la gradativamente, através da libertação de crianças nascidas filhas de escravos (WESTIN, 2018, p. 01-08).

Por sua vez, Lei nº 3.270/1885 também conhecida como Lei do Sexagenário ou Lei Saraiva-Cotegipe, promulgada também no período do Brasil Império, estabeleceu a libertação de escravos com 60 anos ou mais de idade. E, novamente, tratou de um assunto relevante ajudando a solidificar o caminho para abolição da escravidão, ao permitir que pessoas de idade avançada fossem isentadas do trabalho escravo, concedendo-lhes a liberdade.

Para a historiadora Joseana Paganine (2015), a Lei dos Sexagenários serviu como uma medida postergatória, mas canalizadora da abolição da escravidão, veja-se:

Se, por um lado, a Lei dos Sexagenários facultou às elites cafeicultoras postergar uma decisão final sobre a escravidão, por outro, ela possibilitou que a frustração popular fosse canalizada para uma abolição definitiva, feita de uma vez só três anos depois, sem indenização aos proprietários de escravos. (PAGANINE, 2015, p. 03- 04)

Por fim, como marco final desse período horrendo da história brasileira, temos a promulgação da Lei 3.353/1888, conhecida como Lei Áurea, promulgada pela Princesa Isabel, entusiasta da abolição da escravidão, que finalmente tornou a população afro-brasileira que vivia no Brasil em condição de indivíduos libertos sem qualquer obrigação com seus senhores.

Nesse sentido, eis os sucintos dispositivos da Lei Áurea:

A Princesa Imperial Regente, em nome de Sua Majestade o Imperador, o Senhor D. Pedro II, faz saber a todos os súditos do Império que a Assembléia Geral decretou e ela sancionou a lei seguinte:

Art. 1º: É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brasil.

Art. 2º: Revogam-se as disposições em contrário.

Manda, portanto, a todas as autoridades, a quem o conhecimento e execução da referida Lei pertencer, que a cumpram, e façam cumprir e guardar tão inteiramente como nella se contém. (BRASIL, 1888).

Desse modo, que a lei embora sucinta em declarar a extinção da escravidão e revogar toda e qualquer outra lei que vá contra o mandamento nela contido, deixa como determinação que todas as autoridades tenham conhecimento da referida lei para que a façam cumprir de forma imediata, deixando, legalmente, de existir escravidão no Brasil após a sua sanção.

Além de tal preocupação, Nascimento e Medeiros (2013), lecionam que a população recém liberta passou pelos seguintes problemas:

Com o fim da escravidão no Brasil, muitos negros foram expulsos das fazendas e ficaram sem ter onde morar nem como sobreviver. Uma boa parte da elite brasileira não queria que os negros assumissem os novos postos de trabalho que estavam surgindo no Brasil, à preocupação da elite era embranquecer o país com imigrantes vindos da Europa. Essa política de segregação racial fez com os negros vivessem as margens da sociedade. (NASCIMENTO e ET AL, 2013, p. 02)

Assim, fica nítido que a simples abolição da escravidão não serviu como medida que promovesse inclusão social e abolição ao preconceito racial. Mantendo parte dos senhores de terra e propriedades um comportamento discriminatório onde preferiam contratar mão de obra de pessoas brancas para seus trabalhos do que às de pessoas pardas e negras.

Tal fator histórico reflete as reais condições sociais que as pessoas pardas e negras se encontram na sociedade moderna, pois trata-se de um reflexo cultural adotado pela elite dominante do país que fora propagada de forma consciente ou inconsciente aos seus sucessores e a sociedade em geral.

2.2 A REPÚBLICA E OS DIREITOS HUMANOS E SOCIAIS

Com a instituição da República Federativa do Brasil, a questão sempre fora abordada nas constituições federais de forma genérica, garantindo apenas igualdade entre os cidadãos brasileiros, sem, contudo, buscar promover qualquer reparação social aos indivíduos étnicos de povos originariamente escravizados.

A desvantagem histórica de oportunidades mostrou o descompasso social e econômico de indivíduos negros frente à população de origem europeia, isso porque, frente aos séculos de escravidão, foram-lhe mitigadas as possibilidades de ascensão financeira, intelectual e política, que não poderiam ser simplesmente corrigidas com a mera equiparação de direitos e deveres dos cidadãos.

Diante disto, em 1988, tivemos a promulgação da Constituição Cidadã que em seu teor buscou afirmar a inadmissibilidade de tratamento desigual para pessoas de outra raça ou cor, sendo percussora de diversas outras leis que promoveram uma verdadeira reparação histórica aos cidadãos de descendência afro-americana.

Dentre os dispositivos constitucionais que promoveram a desigualdade racial, podemos citar a CF/88 que diz:

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

[...]

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

[...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; [...] (BRASIL, 1988)

Dessarte, verifica-se que para o constituinte de 1988, não bastava apenas reforçar a igualdade entre os cidadãos brasileiros e estrangeiros, mas também abolir e erradicar de forma a repudiar todo e qualquer ato considerado como atentado a dignidade da pessoa humana e do indivíduo por motivos de raça ou cor.

Há também dispositivos infraconstitucionais, como a Lei 7.716/1989, que define crimes de racismos e cria tipos penais como o de injúria racial, o que demonstra que ainda no século XXI a população de matriz africana e indígena sofriam preconceitos em relação aos demais indivíduos brasileiros.

Ademais a Lei 7.716 de 1989 vem nos demonstrando como combater a prática de racismo e de injúria racial, principalmente no futebol, onde torcidas inteiras de forma coletiva e generalizada ofendem jogadores de cor negra, associando de forma depreciativa o homem negro com a figura do macaco (SILVA e ET AL, 2021, p. 03-04).

E nesse liame, a Lei nº 10.639/2003 que versa sobre o ensino da cultura afro-brasileira nas escolas, que tem por viés criar uma prévia conscientização nos futuros cidadãos brasileiros acerca da necessidade do tratamento social igualitário independente de raça cor ou religião.

De igual maneira, pode-se citar as Lei nº 12.288/2010 que versa sobre o estatuto da igualdade racial, na qual busca reafirmar a igualdade racial entre os cidadãos brasileiros, vetando condutas discriminatórias entre os mesmos, nos mais diversos aspectos da sociedade.

Isso porque cumpre compreender que o racismo está vinculado em fatores externos além da cor, como por exemplo, a expressão cultural de um povo e mais especificamente no Brasil à cultura e religião de etnias de origem africana, pois a herança cultural e religiosa brasileira está em suma

vinculada ao modelo judaico-cristão, que inclusive influencia nossa legislação, conforme leciona Gilberto Garcia (2020, p. 04-05), onde em seu artigo faz um cotejo comparativo entre dispositivos legais brasileiros e os textos e diretrizes bíblicas.

Ademais, a influência do modelo judaico-cristão de sociedade torna-se mais evidente quando cotejados com as religiões e costumes de matriz africana, sendo necessária a reafirmação da liberdade de culto dos afro-brasileiros pelo judiciário, como por exemplo se verifica no Recurso Especial 494.601/RS em debate no Pretório Excelso:

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. LIBERDADE RELIGIOSA. LEI 11.915/2003 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. NORMA QUE DISPÕE SOBRE O SACRIFÍCIO RITUAL EM CULTOS E LITURGIAS DAS RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS PARA LEGISLAR SOBRE FLORESTAS, CAÇA, PESCA, FAUNA, CONSERVAÇÃO DA NATUREZA, DEFESA DO SOLO E DOS RECURSOS NATURAIS, PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E CONTROLE DA POLUIÇÃO. SACRIFÍCIO DE ANIMAIS DE ACORDO COM PRECEITOS RELIGIOSOS. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Norma estadual que institui Código de Proteção aos Animais sem dispor sobre hipóteses de exclusão de crime amoldam-se à competência concorrente dos Estados para legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI, da CRFB). 2. A prática e os rituais relacionados ao sacrifício animal são patrimônio cultural imaterial e constituem os modos de criar, fazer e viver de diversas comunidades religiosas, particularmente das que vivenciam a liberdade religiosa a partir de práticas não institucionais. 3. A dimensão comunitária da liberdade religiosa é digna de proteção constitucional e não atenta contra o princípio da laicidade. 4. O sentido de laicidade empregado no texto constitucional destina-se a afastar a invocação de motivos religiosos no espaço público como justificativa para a imposição de obrigações. A validade de justificações públicas não é compatível com dogmas religiosos. 5. A proteção específica dos cultos de religiões de matriz africana é compatível com o princípio da igualdade, uma vez que sua estigmatização, fruto de um preconceito estrutural, está a merecer especial atenção do Estado. 6. Tese fixada: É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana. 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019)

Assim, novamente, apesar de haver institutos legais que fomentem a necessidade de conscientização e compreensão das culturas de outros povos, como meio de coibir prática de racismo cultural, percebe-se que a sociedade brasileira ainda tem muito a evoluir nesse sentido, posto que questões como essas, em uma sociedade livre de racismo, sequer deveriam ser palco de uma discussão judicial.

Os progressos realizados até o presente momento demonstram-se relativamente significantes para a mitigação da desigualdade social, pois foram adotados apenas no período relativamente moderno da

República Federativa do Brasil, sendo verificável que até meio século atrás, o ordenamento jurídico brasileiro era desprovido de leis e regimentos que buscassem promover a inclusão social de indivíduos de origem afro-brasileira e indígena.

Contudo, tais diplomas legais versam basicamente sobre a necessidade de reafirmar a igualdade entre os povos e vetar a discriminação entre os mesmos, mas até então sem qualquer política afirmativa que os permitissem uma determinada ascensão social, que até então era majoritariamente ocupada por indivíduos de origem étnica europeia.

Por fim, verifica-se que tais leis tem apenas por viés garantir a ausência de discriminação racial e promover mecanismos de difusão da cultura afro-brasileira no país, como meio de reeducar a população e, efetivamente, pelo menos no campo cultural e pessoal do indivíduo, trazer igualdade.

Assim denota-se que a República ao contrário da Monarquia, buscou constantemente promover reparos aos prejuízos históricos sofridos por indivíduos, pardos, negros e indígenas, inclusive, buscando efetivar os direitos individuais e sociais inerentes ao ser, com maior participação social de todos os povos através do uso de políticas afirmativas, como se verá a seguir.

3. POLÍTICAS AFIRMATIVAS COMO MEIO DE REPARAÇÃO E ASCENÇÃO SOCIAL

A sociedade brasileira foi criada e estabelecida em práticas da escravidão que tiveram severas consequências danosas à população indígena e afro-brasileira.

Ademais, verifica-se também que o ordenamento jurídico brasileiro ao longo dos séculos pouco trouxe legislações que buscassem qualquer tipo de reparação aos indivíduos que sofreram negativamente os efeitos da segregação racial.

Contudo, é possível verificar que apenas com as modernas políticas afirmativas é que se pode efetivamente vislumbrar uma tentativa estatal de promoção de reparação social, pois buscou igualar oportunidades entre pessoas discriminadas em virtude de um racismo cultural.

3.1 A LEI DE COTAS EM UNIVERSIDADES PÚBLICAS COMO MECANISMO DE ASCENÇÃO SOCIAL

A Lei nº 12.711/2012 que dispõem sobre a criação de cotas em universidades públicas e institutos federais, permite que pessoas negras acessem e concorram às vagas disponíveis em universidades públicas, destinando determinado percentual de vagas ofertadas a pessoas negras.

Nesse sentido, assim dispõem a Lei 12.711/2012:

Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos, indígenas e quilombolas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e quilombolas e de pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). (BRASIL, 2012)

Dessarte, verifica-se que a legislação busca promover o preenchimento de metade das vagas de ensino presentes nas universidades públicas às pessoas negras, pardas, indígenas e quilombolas.

Tal medida afirmativa permite que indivíduos historicamente marginalizados tenham acesso à educação superior a qual, em sua grande maioria, também faz parte da população de baixa renda que a lei estipula como requisito social. Ademais, conforme censo realizado pelo IBGE em 2022, pretos e pardos são duas vezes mais pobres em relação à população branca (LUZ, 2023, p. 01).

De igual maneira, as cotas contribuem para um ambiente com maior diversidade nas universidades públicas, o que enriquece a experiência acadêmica de todos os estudantes e acaba por reverberar na sociedade e nas futuras gerações acadêmicas, mitigando ainda que lentamente a desigualdade racial e social entre estes indivíduos, pois a convivência entre estudantes de diferentes origens sociais e raciais nas universidades ajuda a desconstruir estereótipos e preconceitos, promovendo uma sociedade mais inclusiva e tolerante.

Nesse sentido, assim expõe Marcia Lima:

“Essa diversidade étnico-racial, social, de gênero e de orientação sexual não ocupa apenas os bancos, mas também a cena política das universidades, tendo reflexos nas agendas de pesquisa, nos debates em salas de aula, bem como na formação dos alunos e pesquisadores que trazem outras experiências e olhares para o espaço acadêmico” (LIMA, 2018, p. 95)

Da mesma forma, essa diversidade ocasionada no âmbito das universidades públicas poderá promover também uma maior diversidade na sociedade e no mercado de trabalho, garantindo a indivíduos marginalizados historicamente por critérios de cor, o acesso em posições elevadas na sociedade, trazendo maior representatividade e compartilhamento dessas experiências também no mercado de trabalho brasileiro em suas mais diversas áreas.

Em suma, as cotas em universidades públicas têm um impacto positivo na sociedade ao promover a igualdade de oportunidades, a diversidade e a inclusão, além de contribuir para a redução das desigualdades sociais e econômicas.

3.2 A LEI DE COTAS EM CONCURSOS PÚBLICOS COMO MECANISMO DE ASCENSÃO SOCIAL

A Lei 12.990/2014, por sua vez, regulamenta a existência de cotas para ingresso de indivíduos negros e pardos em cargos públicos, destinando o percentual de 20% das vagas previstas em certames para cargos públicos à indivíduos negros e pardos

Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

§ 1º A reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três).

Tal política afirmativa busca promover uma maior integração de indivíduos negros e pardos no funcionalismo público brasileiro, que costuma ser bastante almejado entre a população brasileira por oferecer posições elevadas em trabalhos estáveis e bem remunerados.

Nesse sentido, a lei de cotas para concurso público funciona de maneira solidária e subsidiária quando o objetivo é garantir uma maior ascensão social de indivíduos negros e pardos, fazendo parte de um espectro maior. Isso porque, tal legislação cria oportunidade e proporciona à indivíduos que tiveram acesso a cotas em universidade, possam também utilizar-se desse mecanismo legal para ingresso também na carreira pública.

Desse modo, as políticas governamentais vêm gradativamente aumentando a participação da população negra e parda aos mais diversos campos sociais, ao possibilitar uma capacitação e graduação nas universidades públicas para que possam concorrer em igualdade e ingressar no mercado de trabalho na iniciativa privada, assim como, caso optem pela carreira pública, poderão utilizar-se da lei de cotas em concursos públicos para que ingressem no funcionalismo público nacional.

A fim de resguardar o objetivo da lei, criou-se também mecanismos com meios de fiscalização e aplicação das cotas raciais, de modo que apenas aqueles indivíduos mais marginalizados pela sociedade em virtude de aspectos de raça sejam privilegiados com a cota racial a ser concedida, criando-se desta maneira as bancas de heteroidentificação.

As bancas de heteroidentificação presentes em certames públicos para ingresso em universidades e em cargos públicos, realizam serviço de natureza técnica e buscam identificar dentre todos os candidatos negros e pardos aqueles que guardam características mais marcantes e possivelmente com maior grau de rejeição social, para que ingressem no ensino público e em cargos públicos, dando-se maior efetividade às respectivas políticas afirmativas expostas.

A par das bancas de heteroidentificação, assim leciona Dyego Arruda et al (2022):

Vale frisar que a realização desses procedimentos técnicos (incluindo as bancas de heteroidentificação) perfaz ato preventivo do poder público para que a política de cotas raciais seja plenamente respeitada e, portanto, valha para todas as etapas do concurso - e não meramente para o edital de abertura do certame. Muito embora a condução maciça dos referidos procedimentos técnicos implique custos para o erário público, ainda assim se entende que os benefícios sociais de tal prática poderiam ser maiores em relação aos custos, em especial para tentar corrigir distorções muito latentes e sérias, tal como é o caso do racismo estrutural que historicamente subalternizou os indivíduos negros no Brasil. (ARRUDA et al, 2022, p. 09)

Dessarte, verifica-se que não basta a mera existência de um diploma legal para que este solucione uma questão jurídica, mas se faz necessário a implementação de mecanismos de fiscalização e controle que deem efetividade à política pública proposta. De tal modo, que os órgãos governamentais devem garantir que as cotas serão efetivamente preenchidas por indivíduos menos favorecidos em razão de critérios discriminatórios raciais.

Dito isto, percebe-se que a Lei de Cotas em concurso público é extremamente relevante para maior integração e diversidade nos órgãos públicos, assim como se apresenta como um importante instrumento jurídico de reparação social à população negra e parda, permitindo-lhes possibilidade de ascensão social e representatividade em cargos da iniciativa pública.

3.3 CRÍTICAS E ELOGIOS ÀS LEIS DE COTAS

Apesar da importância de tais políticas que promovem a igualdade racial, as leis afirmativas apresentam críticos, que partem da premissa que tais leis não promovem efetivamente igualdade social, pois pautadas em critérios de raça e cor e não efetivamente em critérios sociais de hiper vulnerabilidade do indivíduo.

A respeito de tal temática, André Vinicius de Carvalho Meira argumenta:

Assim, a título de ilustração, imaginemos dois jovens brasileiros pobres, moradores de uma mesma favela em uma grande cidade brasileira, ambos provenientes de famílias desestruturadas e alunos de uma mesma escola

pública deteriorada, na qual frequentam a mesma classe, assistindo aulas com os mesmos professores mal remunerados e tendo acesso ao mesmo material didático precário. Possuem, portanto, condições sociais iguais, diferenciando-se apenas pela cor da pele. Enquanto um possui pele branca, o outro tem pele preta. Seria plausível estabelecer-se um tratamento desigual entre os dois, com base no critério da raça, de modo a favorecer aquele indivíduo pobre de pele preta em detrimento do outro de pele branca, somente pelo fato de possuírem tons de pele diferentes? Seria essa discriminação compatível com o princípio da igualdade? Evidentemente que a resposta só pode ser negativa. A cor da pele desses jovens não os torna mais ou menos capazes de se preparar para um vestibular. Eles possuem exatamente as mesmas precárias oportunidades de estudo, de modo que os discriminar somente criaria, arbitrariamente, uma desigualdade onde originalmente predominava uma situação de plena igualdade fática, o que não é de forma alguma admissível pelo Direito. (MEIRA, 2023, p. 23)

Para defensores de tal linha doutrinária, políticas afirmativas usadas através das leis de cotas tendem a promover desigualdades sociais, pois pautam como critério seletivo as características físicas e raciais dos indivíduos, que não necessariamente promovem igualdade de pessoas hiper vulneráveis, pois brancos e negros em iguais condições sociais poderão ser prejudicadas com base em critério objetivo sem contexto social.

Contudo, há algumas falhas nesta teoria, posto que as cotas destinadas pela Lei 12.711/2012, que versam sobre o ingresso no ensino público, dentre um dos critérios, traz a barreira socioeconômica no parágrafo único, de seu artigo primeiro. E não obstante, como já mencionado anteriormente, os índices de pobreza são duas vezes superiores entre indivíduos pretos e pobres, o que ressalta a importância das legislações afirmativas.

Logo, apesar das críticas construtivas que supostamente indiquem oportunidade melhores pautadas apenas no aspecto social, o presente trabalho entende que não é saudável a abolição de tais legislações do ordenamento jurídico.

A seu turno, temos os defensores das Leis de Cotas, dos quais compactua o presente artigo, que informam que referida legislação representa importante avanço social e busca uma reparação histórica, posto que fundamentadamente demonstram que a população de descendência negra é vulnerável socialmente pelo próprio contexto histórico da nação brasileira, uma vez que direitos e oportunidades lhes foram negados ao longo de séculos e, em razão disto, fazem parte da maioria dos brasileiros pobres e sem oportunidade de ascensão social.

A respeito de tal temática, Volpe e Silva (2016, p. 82-92) vaticinam que as cotas raciais possibilitam que mais pessoas acessem cargos na administração pública, promovendo gradativamente a cultura do respeito e da tolerância nos serviços públicos.

Em igual teor, Bulhões (2020, p. 05-19) em seu artigo verifica que a política de cotas em concurso público é cercada de críticas com base num viés cultural racista, sob o fundamento de que a criação de cotas privilegiaria determinado grupo frente a uma menor concorrência, contudo, nada comprovado. O autor ainda acredita que tais críticas tem fundamentos com bases em fraudes praticadas por pessoas brancas, as quais se identificam indevidamente como pessoas negras ou pardas para concorrer vagas nesse regime.

A temática prevista na Lei de Cotas Raciais em concursos públicos é cercada de debates jurídicos, sendo a referida lei inclusive objeto de ação declaratória de constitucionalidade através de ADC 41/2017, sendo julgada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual assim se posicionou sobre a matéria à época:

[...] (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas [...]. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, p. 2-3).

E nesse sentido, o controle de constitucionalidade realizado pelo Pretório Excelso, demonstra a legalidade e a constitucionalidade da lei e, como esta é essencial ao ordenamento jurídico-brasileiro, pois numa análise constitucional do dispositivo legal, entendeu o tribunal que a norma guarda consonância com os princípios constitucionais de nosso estado democrático de direito.

Nesse sentido, as leis de cotas materializam o preceito constitucional do combate à desigualdade social e ao racismo, trazendo mecanismos infraconstitucionais que permitem uma maior diversidade social nos mais diversos campos da sociedade.

Assim, apesar de verificar que as políticas afirmativas têm posicionamentos contraditórios cercados de estigmas e debates acerca da sua real funcionalidade, verifica-se que estas são extremamente fundamentais e saudáveis ao ordenamento jurídico brasileiro, promovendo a reparação histórica devida e uma maior diversidade social.

4. PROJETO DE LEI Nº 1.958/21 E SUA CONSTITUCIONALIDADE

Como visto anteriormente, as cotas raciais são necessárias para reparação de um erro histórico, auxiliando como meio de ascensão social de negros e pardos, criando maior diversidade não somente no ensino superior, mas também nos órgãos públicos e representativos da sociedade brasileiros.

Contudo, é cediço que as Leis de Cotas instituídas anteriormente, previam em seu escopo, a duração de políticas afirmativas por prazo determinado, acreditando-se possivelmente à época que a aplicação destas políticas por prazos determinados seria suficiente para mitigar a desigualdade racial na sociedade brasileira.

Para as cotas raciais em instituições de ensino criadas pela Lei 12.711/2012, previu-se um prazo determinado de 10 anos para vigência e adoção de medidas revisionais, a qual foi revista e ampliada Lei 14.723/2023, que estipula mecanismos de revisão sobre o percentual de cotas a ser ofertadas com base em dados de estudos do IBGE, fixando ao Governo Federal o prazo trienal para adoção de medidas essenciais à readequação da população negra nas universidades da federação.

Por sua vez, a Lei 12.990/2014 que cria cotas raciais encontra-se na iminência de perder sua vigência, posto que promulgada em 09 de junho de 2014 e vencendo o prazo decenal da lei neste ano de 2024, contudo, sem que esta tenha efetivamente trazido os resultados esperados pelo legislador, o que reclama uma revisão e ampliação da Lei em discussão.

4.1 PROJETO DE LEI 1.958/2021 E A PRORROGAÇÃO E AMPLIAÇÃO DA LEI DE COTAS PARA CONCURSOS PÚBLICOS

O Projeto de Lei 1.958/2021, apresentado pelo Senador Paulo Paim, visa a prorrogação da Lei 12.990/2014 por mais dez anos, com a possível ampliação da atual porcentagem de 20% de reserva de vagas para negros para o percentual de 30%.

Dentre as motivações e justificativas apresentadas para o projeto de lei, o Senador ressalta o vencimento do prazo decenal da atual lei de cotas raciais para concursos públicos, assim como a necessidade da manutenção desta política afirmativa para que esta venha a trazer os frutos almejados pelo legislador no ato de sua instituição.

Para justificar a necessidade de aprovação do projeto, o Senador Paulo Paim faz a seguinte exposição de motivos:

De acordo com o artigo “Cresce número de negros no serviço público; brancos ainda são maioria.” (publicado em 6 de março de 2021, no sítio eletrônico <https://www.metropoles.com/brasil/economia-br/cresce-numero-denegros-no-servico-publico-brancos-ainda-sao-maioria>), baseado em dados do Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos (Siape), entre os servidores públicos civis que ingressaram no ano de 2000 no Poder Executivo federal, 80% eram brancos, e apenas 13%, negros.

Atualmente, cerca de 43% dos que ingressam no Poder Executivo Federal são pretos ou pardos. De acordo com os dados de estudo sobre cor ou raça do serviço civil ativo feito por pesquisadores da Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia (Diest) do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), referenciado na matéria jornalística, observada a série histórica de ingresso de negros na administração pública federal (de 2000 a 2020), antes da publicação da Lei nº 12.990, de 2014, o maior percentual de ingresso de negros até 2013 (32,3%, em 2012) é inferior ao menor percentual anual de ingressantes negros a partir de 2014 (37,5%, em 2015). Em 2020, como visto, cerca de 43% dos que ingressam no Poder Executivo federal para ocupação de cargos efetivos civis são negros. Esse aumento demonstra o óbvio êxito da política de reserva de vagas no sentido de fazer com que a composição da força de trabalho estatal no âmbito federal se aproxime, paulatinamente, da composição da população como um todo. Avançou, mas não alcançou, ainda, o ponto ótimo da política que consiste na equivalência plena. Ainda nos encontramos com percentual muito abaixo do percentual da população negra em face da população total, circunstância que impõe a permanência da política de reserva de vagas para negros na administração pública federal proposta por este projeto de lei. (BRASIL, 2021, p. 05-06)

Inequívoco que a Lei de Cotas para ingresso no serviço público trouxe resultado positivo como política pública afirmativa, contudo, considerando a população brasileira e a sua representatividade social, os resultados obtidos foram abaixo do esperado, o que demanda, em tese, uma prorrogação do prazo de vigência da Lei, como disposto no art. 6º do Projeto de Lei 1958/2021.

Além da prorrogação do prazo da atual Lei de Cotas, o Projeto de Lei 1958/2021 durante sua tramitação na Comissão de Direitos Humanos sofreu uma emenda para ampliar o percentual 20% de vagas atualmente vigente para o de 30%, ampliando-se dessa maneira o número de vagas para o ingresso de negros no serviço público federal (BRASIL, 2024).

Não obstante, durante sua fase de tramitação na Comissão de Constituição e Justiça do parlamento brasileiro, o referido projeto de Lei sofreu outras 11 emendas que, dentre outros temas, sugeriram a prorrogação da Lei 12.990/2014 por mais 25 anos, com revisões quinquenais, em uma aplicação análoga da revisão existente no art. 7-C da Lei 14.723/2023. Contudo, esta alteração no prazo de vigência da Lei de Cotas trouxe divergências entre membros da CCJ e ainda não pode ser confirmada a até o fim da pesquisa desse artigo (BRASIL, 2024).

O Projeto de Lei apresentado, reafirma que guarda plena consonância com outros dispositivos legais da República Federativa do Brasil, inclusive, segue as premissas invocadas no Estatuto da Igualdade Racial, posto que este último diploma legal, em seu artigo 39, assim dispõe:

Art. 39. O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.

§ 1º A igualdade de oportunidades será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra.

§ 2º As ações visando a promover a igualdade de oportunidades na esfera da administração pública far-se-ão por meio de normas estabelecidas ou a serem estabelecidas em legislação específica e em seus regulamentos.

§ 3º O poder público estimulará, por meio de incentivos, a adoção de iguais medidas pelo setor privado. (BRASIL, 2010)

Nesse sentido, percebe-se que o projeto de lei objeto da presente discussão encontra amparo legal em outras leis ordinárias, dentre as quais, lecionam o dever do poder público em promover a igualdade racial, através de promoção de políticas, que garanta a igualdade de oportunidades nas instituições que se encontrem sob sua jurisdição.

Dessarte, verifica-se que o Projeto de Lei 1.958 de 2021 do ponto de vista material, preenche todos os requisitos necessários à aprovação, pois replica o teor de dispositivos da Legislação vigente, que já fora anteriormente objeto de controle de constitucionalidade e legalidade, com algumas alterações pontuais, mas que guardam plena consonância com o disposto na Lei 12.990/2014, restando apenas sua aprovação nas casas legislativas para que preencha em igual teor o requisito formal.

Ademais, além do ponto de vista dos aspectos formais e materiais da legalidade do projeto de lei, necessário reconhecer também as justificativas apresentadas, dentre elas, as que reconhecem a necessidade de maior participação de negros e pardos em órgãos da esfera pública federal, como meio de garantir igualdade racial e promoção de diversidade e representatividade.

4.1 DA CONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO DE LEI 1.958/2021

Para que se verifique a constitucionalidade de uma lei ou de um projeto de lei, necessário verificar-se o mesmo preenche os requisitos formais e materiais constitucionais, o primeiro requisito, o formal, refere-se aos tramites procedimentais para que um projeto de lei se consolide como legislação

efetivamente. Por sua vez, o segundo requisito, é verificável quando se coteja o dispositivo que pretende ingressar no ordenamento jurídico com as normas constitucionais vigentes.

Nesse sentido, há de se reconhecer que o Projeto de Lei 1.958/2021, guarda uma ligeira vantagem com dispositivos legais tidos como inovadores, pois em seu escopo, tem como objeto prorrogar uma lei anterior que versa sobre políticas públicas, a qual já sofrerá anteriormente o crivo da análise formal e material de sua constitucionalidade. Contudo, poderia ser entendida como inconstitucional, se os fatos sociais assim não justificassem a necessidade sua prorrogação.

Além do cotejo social, importante ressaltar que embora o projeto de lei em discussão busque uma revalidação de lei anterior, em análise à sua tramitação, verifica-se que o mesmo sofreu e poderá sofrer alterações importantes que demandem nova análise de sua constitucionalidade, podendo citar como exemplo a duração do período da nova lei assim como o percentual de reserva de vagas de cotas raciais.

Acerca da constitucionalidade, verifica-se que a revalidação da lei ou prorrogação o de sua vigência, guarda plena consonância com os dispositivos constitucionais pátrios, dentre eles, o de promover a igualdade e erradicação do racismo, como previstos nos artigos 3º, inciso IV, e 5º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil e anteriormente debatidos.

E, apesar de o Supremo Tribunal Federal ter se manifestado acerca da constitucionalidade da lei federal de cotas raciais através da ADC 41/2017, a mais alta corte do poder judiciário brasileiro constantemente tem que reafirmar as diretrizes firmadas pelo órgão acerca da constitucionalidade de tal política afirmativa:

Agravo regimental em reclamação. 2. Alegado desrespeito à ADC 41. Ocorrência. 3. Ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental não provido. Verba honorária majorada em 10%. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019)

DECISÃO 1. A presente reclamação tem como enfoque saber se ofende o entendimento firmado no julgamento da ADC 41 cláusula em edital de concurso público que desautoriza a interposição de recurso administrativo contra decisão da Presidência da Banca Examinadora acerca do reconhecimento ou não da condição de pessoa negra. Por divisar a plausibilidade jurídica da argumentação expendida pelo reclamante e o perigo de dano na demora da prestação jurisdicional de mérito, deferi, em 18 de outubro de 2023, o pedido de medida cautelar para reservar a vaga de Marcelo Henrique Barbosa, reclamante, nas provas orais do IX Concurso Público de Provas e Títulos para Ingresso na Carreira de Defensora ou Defensor Público do Estado de São Paulo

e, em caso de êxito, seu prosseguimento no certame até julgamento de mérito desta reclamação. Em 24 de outubro de 2023, acolhi pedido de extensão do reclamante para suspender, também, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferida em 17.10.2023 que atribuíra efeito suspensivo a agravo de instrumento interposto pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo, face o risco de esta representar entrave à participação do candidato no exame oral, conforme autorizado nestes autos. Em 30 de outubro de 2023, o Estado de São Paulo interpôs agravo regimental contra a decisão por meio da qual deferi o pedido de medida cautelar. Em 31 de outubro de 2023, a Presidente da Banca Examinadora apresentou contestação em que, ao tempo em que defende a legitimidade do procedimento adotado para heteroidentificação racial dos candidatos, informa ter o reclamante realizado a prova oral, não alcançando, contudo, a nota de habilitação. 2. Sendo esse o contexto, reconheço a perda superveniente do objeto desta reclamação. Como referido, a questão trazida à apreciação do Supremo Tribunal Federal nesta via consiste em saber se ofende a diretriz firmada no julgamento da ADC 41 a previsão, em edital de concurso público, acerca do descabimento de recurso administrativo contra Presidência da Banca Examinadora quanto ao reconhecimento ou não da condição de pessoa negra. Ocorre que informações da Presidente da Banca Examinadora dão conta de que o candidato-reclamante realizou as provas orais - conforme determinado em decisão cautelar proferida nestes autos - e não alcançou nota de habilitação para admissão na fase de entrega e avaliação de títulos. Sendo assim, ainda que julgado procedente pedido formulado nesta reclamação, para que fosse franqueado ao reclamante recurso administrativo contra ato da Presidente da Banca Examinadora que o eliminou do certame por divergência entre suas características fenotípicas e sua autodeclaração como pessoa negra, remanesceria sua exclusão do certame por circunstância diversa. De observar, nesse contexto, ser inviável ao Poder Judiciário, em especial por meio da reclamação, substituir-se à banca examinadora para reexaminar os critérios de correção aplicados em prova de concurso público. 3. Ante o exposto, julgo prejudicada a reclamação, tornando sem efeito as medidas liminares anteriormente deferidas e declarando prejudicado o agravo interno interposto neste processo. n4. Intime-se. Publique-se. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2023)

No primeiro caso, temos um precedente do Tribunal Constitucional acerca de uma violação ao precedente firmado pela corte na ADC 41/2017, que reafirma que deverá a administração pública observar os critérios da política afirmativa, inclusive, durante toda a carreira funcional do cotista. Por sua vez, temos no segundo caso uma segunda reclamação constitucional na qual uma candidata ao cargo de defensora pública do estado de São Paulo, ingressou com a ação como meio de garantir sua permanência no concurso através da política de cotas públicas.

Em ambos os casos, vemos que o Supremo Tribunal Federal vem corriqueiramente manifestando e reafirmando o seu posicionamento acerca da constitucionalidade das políticas públicas afirmativas.

Lado outro, no que tange ao aspecto social, o projeto de lei que visa prorrogar a política de cotas guarda plena consonância com o ordenamento jurídico constitucional, posto que se o objetivo do

mesmo é produzir igualdade e mitigar o racismo, sobejam ainda na sociedade brasileira motivos para sua permanência.

Dentre eles, pode-se citar que as políticas afirmativas da Lei de Cotas vigoram apenas nos cargos públicos da esfera federal, sendo o exemplo da União espelhado apenas por outros 07 estados brasileiros (ALMEIDA e SILVA, 2023, p. 1), o que demonstra que a iniciativa adotada pelo Governo Federal ainda não atingiu todos os demais entes federativos e que negros ainda sofrem com acesso ao serviço público na esfera estadual e municipal.

Outro aspecto importante e que demonstra com clareza os efeitos do racismo estrutural é a distribuição da renda entre os brasileiros. Um estudo publicado pelo IPEA revela que a renda média mensal per capita para pessoas negras em 2020 era de R\$ 600,00 (seiscentos reais), ao passo que para pessoas de cor branca a renda média mensal per capita era de R\$ 1.300,00 (um mil e trezentos) (OSÓRIO, 2021, p. 21).

Dessarte, no que tange ao aspecto social verifica-se ainda que é presente na sociedade brasileira a desigualdade racial, demonstrada nitidamente pela renda, ou seja, a não aprovação do projeto de lei para a prorrogação da lei de cotas implicará diretamente em manutenção da desigualdade racial, ferindo os princípios constitucionais de igualdade e mitigação ao racismo, permitindo um racismo velado, através da baixa perspectiva de ascensão social e de renda.

Isto posto, dos mais amplos espectros pode-se verificar que o Projeto de Lei 1.958/2021, encontra-se amplamente amparado em questões constitucionais, sociais e legais que demandam a sua aprovação como meio de manutenção das políticas públicas afirmativas benéficas à sociedade brasileira.

5. CONCLUSÃO

Ao longo deste artigo, verificou-se os motivos históricos que levaram a atual discriminação racial e social da população negra no Brasil. Durante uma digressão histórica entre os períodos colonial, imperial e republicano, foi possível analisar as medidas legais adotadas e qual o seu grau de significância como medida reparatória aos séculos de escravidão da população afro-brasileira.

Dessarte, percebeu-se que a escravidão foi a responsável pela desigualdade histórica criada entre a população de raça negra e os demais e, de igual maneira, verificou-se que os regimes políticos não adotaram medidas satisfatórias para reparar tal mal grave e injusto anteriormente provocado, ocasionando a desigualdade social presente na sociedade moderna, tanto na esfera pública quanto privada.

Feitas tais digressões históricas e verificada a ausência de normas reparadoras, no segundo capítulo foi possível identificar o início de legislações restaurativas, pautadas nos ditames expostos na Constituição Federal, com viés de buscar a mitigação de desigualdades sociais e raciais vividas ao longo dos séculos que impactaram negativamente a população negra.

Verificou-se também que a lei de cotas para concursos públicos representa um importante passo em direção à promoção da igualdade de oportunidades e da diversidade nos órgãos públicos, pois estabelece, cotas raciais para candidatos negros, pardos e indígenas, como meio de reparação social, corrigindo injustiças históricas e promovendo uma representação mais equitativa da sociedade brasileira nos serviços públicos, assim como os efeitos sociais positivos de tal política, ainda que tenha alguns críticos.

Por sua vez, avizinhandose o prazo de vigência da Lei de Cotas, o presente artigo identificou a necessidade de prorrogação do referido dispositivo através do Projeto de Lei 1.958/2021, posto que os efeitos que buscavam o legislador ao instituir referida política pública não foram alcançados no prazo de 10 anos previsto pela legislação originária.

Pois, conforme se viu em análise ao respectivo projeto e dos dados nele contidos, é notória a desigualdade social e distribuição de riquezas entre a população negra e branca, assim como a baixa representatividade de negros em cargos de poder, dentro e fora do funcionalismo público, encontrando-se presente na sociedade ainda a marca do racismo estrutural que mitiga as condições e oportunidades de ascensão aos negros.

Em última análise, conclui-se que as políticas de ações afirmativas são uma ferramenta poderosa na luta contra a desigualdade e na construção de uma sociedade mais justa e inclusiva, que ainda demanda maiores progressos, para que realmente promova a diversidade, a equidade e a justiça social em todas as esferas da vida dos cidadãos brasileiros.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Cássia; e, SILVA, Gustavo. Somente 7 estados e o DF têm cotas para negros em concursos públicos. Disponível em: <

<https://oglobo.globo.com/economia/noticia/2023/11/20/somente-7-estados-e-o-df-tem-cotaspara-negros-em-concursos-publicos-veja-quais.ghml>>. Acesso em 27 de abril de 2024, p .01.

ARRUDA, Dyego de Oliveira; BULHÕES, Lucas M. G.; SANTOS, Caroline O. A política de cotas raciais em concursos públicos: desafios em face da luta antirracista. 2022. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sssoc/a/jjB46rrCTkFzPC7KTBfSDzf/#>>. Acesso em 14 de abril de 2024, p. 09.

BRASIL, Lei Imperial nº 2.040, de 28 de setembro de 1871. Lei do Ventre Livre. Disponível

em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2040.htm>. Acesso em 23 de outubro de 2023.

_____, Lei Imperial nº 3.270, de 28 de setembro de 1885. Lei do Sexagenário. Disponível

em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3270.htm >. Acesso em 23 de outubro de 2023.

_____, Lei Imperial nº 3.353, de 13 de maio de 1888. A Lei Áurea. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.353%2C%20DE%2013,Art.>. Acesso em 23 de outubro de 2023.

_____, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado

Federal, 1988. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 23 de outubro de 2023.

_____, Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em:

<[https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JANEIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20resultantes%20de,de%20ra%20C3%A7a%20ou%20de%20cor.&text=Art.%202%C2%BA%20\(Vetado\).](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JANEIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20resultantes%20de,de%20ra%20C3%A7a%20ou%20de%20cor.&text=Art.%202%C2%BA%20(Vetado).)>. Acesso em 24 de outubro de 2023.

_____, Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática

Made with Xodo PDF Reader and Editor

_____, Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática

"História e Cultura Afro-Brasileira. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.639.htm>. Acesso em 25 de outubro de 2023

_____, Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Estatuto da Igualdade Racial. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm>. Acesso em 25 de outubro de 2023.

_____, Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências.

Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm>.

Acesso em 26 de outubro de 2023.

_____, Projeto de Lei nº 1.958 de 2021. Dispõe Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Autoria: Senador Paulo Paim. Disponível em:

<<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8974366&ts=1713375204100&disposition=inline>>. Acesso em 21 de abril de 2024. p. 5-6.

_____, Lei nº 14.723 de 13 de novembro de 2023. Altera a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, para dispor sobre o programa especial para o acesso às instituições federais de educação superior e de ensino técnico de nível médio de estudantes pretos, pardos, indígenas e quilombolas. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14723.htm)

[lei/l14723.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14723.htm)>. Acesso em 21 de abril de 2024.

_____. Senado Federal. Há 131 anos, senadores aprovavam o fim da escravidão no Brasil.

2019. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/13/ha-131-anos-senadores-aprovavam-o-fim-da-escravidao-no-brasil#:~:text=Por%20388%20anos%20o%20Brasil,for%C3%A7a%20motriz%20dessas%20atividades%20econ%C3%B4micas.>>

Acesso em: 16 de março de 2024.

_____, Supremo Tribunal Federal. ADC: 41/2017; HC: 154.248; Resp: 494.601/RS; Rcl 62.861/SP; ArRcl 33.452/ES. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=33452%20ES%20-%20ESP%C3%8DITO%20SANTO&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em 26 de março de 2024.

BULHÕES, L. M. G. Cotas raciais em concursos públicos: a gestão da política institucional da UFRJ na reserva de vagas a negros em cargos de técnico-administrativo em Educação. 2020. Tese de Mestrado. Disponível em: <[https://dippg.cefetrj.](https://dippg.cefetrj.br/pprer/index.php/pt/listagem-de-defesas/217-cotas-raciais-em-concursos-pu-blicos-agesta-o-da-poli-tica-institucional-da-ufrj-na-reserva-de-vagas-a-negros-em-cargos-de-tecnico-administrativo-em-educac-a-o.html)

[br/pprer/index.php/pt/listagem-de-defesas/217-cotas-raciais-em-concursos-pu-blicos-agesta-o-da-poli-tica-institucional-da-ufrj-na-reserva-de-vagas-a-negros-em-cargos-de-tecnico-administrativo-em-educac-a-o.html](https://dippg.cefetrj.br/pprer/index.php/pt/listagem-de-defesas/217-cotas-raciais-em-concursos-pu-blicos-agesta-o-da-poli-tica-institucional-da-ufrj-na-reserva-de-vagas-a-negros-em-cargos-de-tecnico-administrativo-em-educac-a-o.html)>. Acesso em: 26 de outubro de 2023, p. 5-19.

Made with Xodo PDF Reader and Editor. RUI, Rui. A colonização Portuguesa no Brasil e a Pequena Propriedade. 2000.

Universidade Federal Fluminense. Disponível em <<https://periodicos.uff.br/geographia/article/download/13386/8586/52734>>. Acesso em 18 de março de 2024.

GARCIA, Gilberto. A legislação brasileira e o legado judaico-cristão. 2020. Disponível em: <

<https://www.migalhas.com.br/depeso/331249/a-legislacao-brasileira-e-legado-judaicocristao>>. Acesso em 17 de março de 2024, p. 04-05.

LIMA, Márcia. "A produção de conhecimento em tempos de conflito: o lugar das ciências sociais". 2018. Disponível em: <

https://www.researchgate.net/publication/324905706_A_producao_de_conhecimento_em_tempos_de_conflito_o_lugar_das_Ciencias_Sociais>. Acesso em 14 de abril de 2024. pag. 95-102.

LUZ, Solimar. Taxa de pobreza de pretos é duas vezes maior em relação aos brancos. 2023.

Disponível em: < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencianacional/economia/audio/2023-12/taxa-de-pobreza-de-pretos-e-duas-vezes-maior-em-relacao-de-brancos#:~:text=Taxa%20de%20pobreza%20de%20pretos,a%20de%20brancos%20%7C%20Radioag%3%AAncia%20Nacional>>. Acesso em 14. 04 .2024, p. 01.

MARQUESE, Rafael de Bivar. A dinâmica da escravidão no Brasil. 2006. Disponível em: <

<https://doi.org/10.1590/S0101-33002006000100007>>. Acesso em 17 de março de 2024, p04-05.

MASSEKO, Felizardo Gabriel. Discriminação racial: um legado da escravidão? Repositório FGV de Periódicos e Revistas. 2021. Disponível em <

<https://periodicos.fgv.br/mosaico/article/view/82328/79993>>. Acesso em 16 de março de 2024, p. 04.

MEIRA, André Vinicius de Carvalho. O princípio da igualdade e as cotas raciais no Brasil. Disponível em:

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2175926/mod_resource/content/1/Texto%202%20O%20princ%3%ADpio%20da%20igualdade%20e%20as%20cotas%20raciais%20no%20Brasil.pdf>.

Acesso em 26 de outubro de 2023, p. 23.

NASCIMENTO, André José Nascimento; MEDEIROS, Maria da Gloria. O fim da escravidão e suas consequências. 2013. Disponível em: < <http://www.unicap.br/coloquiodehistoria/wpcontent/uploads/2013/11/4Col-p.309.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2024, p. 02.

OSÓRIO, Rafael Guerreiro. A DESIGUALDADE RACIAL NO BRASIL NAS TRÊS

ÚLTIMAS DÉCADAS. IPEA. 2021. Disponível em:

<https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10623/1/td_2657.pdf>. Acesso em 27 de abril de 2024, p.21.

PAGANINE, Joseana. Lei dos Sexagenários completa 130 anos. Agência Senado. Disponível

em: [https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/08/31/lei-dos-sexagenarioscompleta-130-anos#:~:text=Se%2C%20por%20um%20lado%2C%20a,indeniza%C3%A7%C3%](https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/08/31/lei-dos-sexagenarioscompleta-130-anos#:~:text=Se%2C%20por%20um%20lado%2C%20a,indeniza%C3%A7%C3%92o%20aos%20propriet%C3%A1rios%20de%20escravos)

Made with Xodo PDF Reader and EditorA3o%20aos%20propriet%C3%A1rios%20de%20escravos.Acesso em 17 de março de 2024,p. 3-4.

PORFÍRIO, Fernando Matozinhos; BLULM, Luiz Felipe Magnago; RUTH, Stein Silva. OS LUCROS DA ESCRAVIDÃO NO BRASIL E SEU IMPACTO ECONÔMICO: Uma abordagem histórica dos séculos XIV ao XIX. 2021. Revista Pet Economia Ufes. Vol. 2.

Disponível em:

<<https://periodicos.ufes.br/peteconomia/article/download/36453/23880#:~:text=Desde%20a%20venda%20de%20escravos,escrava%2C%20tanto%20ind%C3%ADgena%20como%20africana.>>. Acesso em 16 de março de 2024, p. 35-36.

SANTOS, Vilson Pereira dos Santos. Técnicas de Tortura: Punições e Castigos de Escravos no Brasil Escravista. Disponível em:

<<https://www.conhecer.org.br/enciclop/2013a/humanas/Tecnicas%20da%20Tortura.pdf>>.

Acesso em: 16 de março de 2024, p. 01-16.

SILVA, Fábio Henrique Alves da Silva; PAULA, Paula Ângela de Figueiredo e Paula. Os Impactos do Racismo na Subjetividade do Jogador de Futebol Negro. 2020. Disponível em: <

<https://www.scielo.br/j/pcp/a/DSdQCbpPgCb9BQcG75htG4p/?lang=pt&format=pdf>>.Acesso em 17 de março de 2024, p.03-04.

VOLPE, A. P. S.; SILVA, T. D. Reserva de vagas para negros na administração pública. Relatório de Pesquisa. Brasília: Ipea, 2016. Disponível em:

<https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7461/1/RP_Reserva_2016.pdf>. Acesso em 26 de outubro de 2023, p. 82-92.

WESTIN, Ricardo. Fazendeiros tentaram impedir a votação da Lei do Ventre Livre. Senado Federal do Brasil. Edição 82. Disponível em:<

[https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/fazendeiros-tentaram-impediraprovacao-da-lei-do-ventre-livre#:~:text=Neste%](https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/fazendeiros-tentaram-impediraprovacao-da-lei-do-ventre-livre#:~:text=Neste%20m%C3%AAs%2C%20a%20Lei%20do,nenhum%20escravizado%20em%20solo%20brasileCf.)

20m%C3%AAs%2C%20a%20Lei%20do,nenhum%20escravizado%20em%20solo%20brasileCf.

Schwartz, Stuart. Segredos internos. Engenhos e escravos na sociedade colonial, 1550-1835. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, pp. 22-73; Alencastro, Luiz Felipe de. O trato dos viventes. Formação do Brasil no Atlântico Sul, séculos XVI e XVII. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 69. Todos os dados sobre o tráfico transatlântico de africanos para o Brasil doravante citados foram retirados dessa fonte.

Capítulo 9



10.37423/241009358

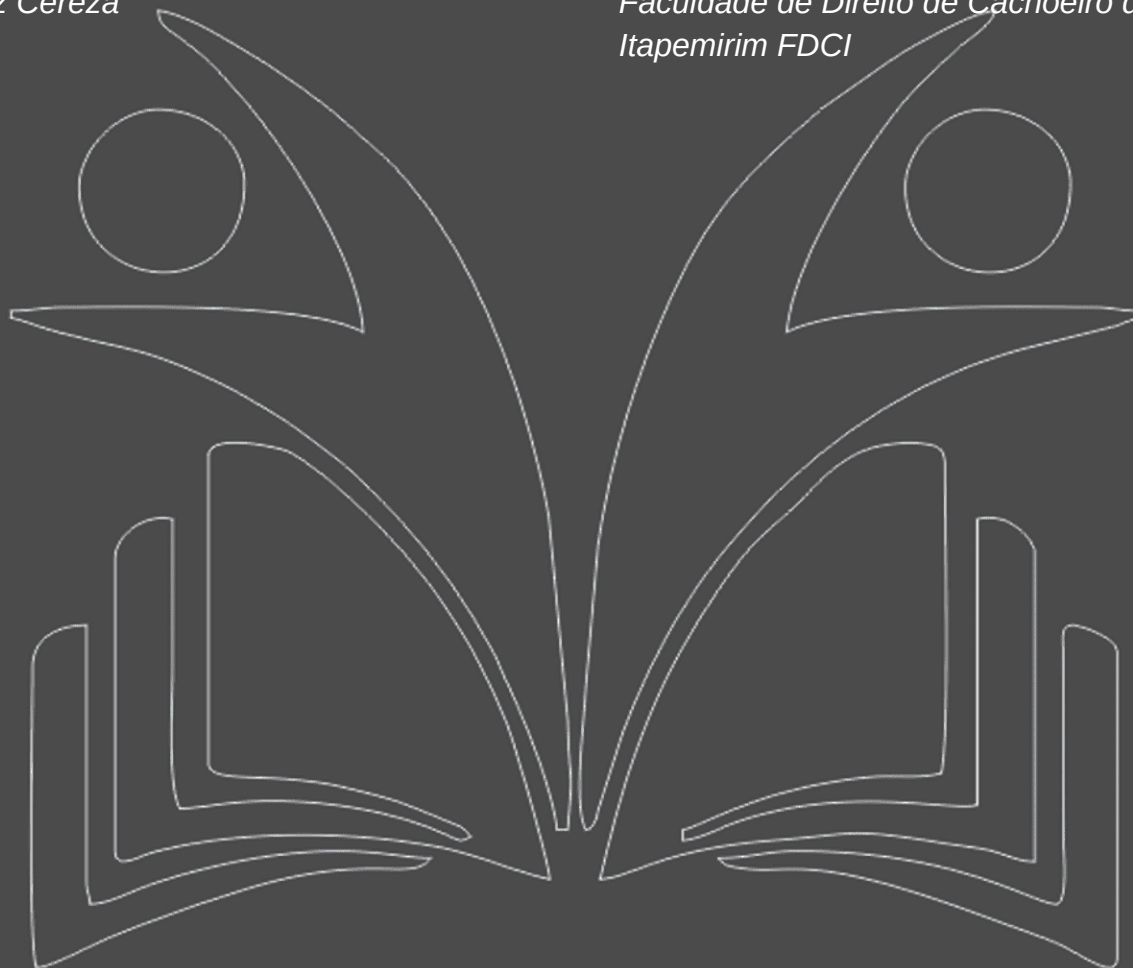
PUBLICIDADE DOS DADOS PESSOAIS NO PROCESSO ELETRÔNICO

Letícia Kahuanna Silva Vimercati

*Faculdade de Direito de Cachoeiro de
Itapemirim FDCI*

Valber Cruz Cereza

*Faculdade de Direito de Cachoeiro de
Itapemirim FDCI*



Resumo: Com o objetivo de mostrar o limite dos princípios da publicidade e transparência previsto na Constituição sobre a publicidade dos dados pessoais no processo eletrônico, o presente artigo visa analisar na prática como a publicidade dos dados pessoais no processo eletrônico podem gerar insegurança das partes, os tornando vulneráveis para riscos de uso indevidos, fraudes e violação da privacidade. Para este estudo, é imprescindível os preceitos constitucionais, a doutrina, a Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD e normas específicas, mostrando que é possível trazer transparência do processo judicial eletrônico e proteger a privacidade das partes nos autos.

Palavras chave: Publicidade, processo eletrônico, dados pessoais, privacidade, LGPD.

1. INTRODUÇÃO

A tecnologia é um avanço de suma relevância que veio para facilitar em todos os âmbitos do cotidiano e carreira profissional, e esse avanço também adveio para transformar a maneira como o judiciário atuava na prática dos processos. Essa mudança tem o intuito de fazer com que o processo seja mais célere e facilite o acesso e conhecimento dos autos. Assim, essa transformação ocorreu através da digitalização dos processos físicos em eletrônico, além de novos processos já serem protocolados por meio de sistema eletrônico criado pelo Judiciário para atender essa demanda.

Essa alteração é um marco para o judiciário, ter vista aos autos com rápido acesso, protocolar peças em qualquer lugar, a ciência de todos os movimentos dentro do processo torna o trâmite mais eficaz. Contudo, apesar de tantos benefícios que a digitalização trouxe, há também o questionamento sobre a proteção dos dados pessoais das partes na internet.

Esse questionamento ganha visibilidade uma vez que há a exposição de dados sensíveis no processo eletrônico e gera riscos às partes. Assim, como há a presença dos princípios da transparência e publicidade, pilares do Estado dentro do processo no judiciário, deve haver mais atuação nesse sistema com o princípio da segurança da Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD.

Nesse viés, essa pesquisa possui natureza básica, com objetivos exploratórios, abordagem qualitativa e procedimentos bibliográficos, bem como análises em artigos acadêmicos e legislação vigente, que será explorado ao decorrer do artigo, os desafios e as medidas adotadas para que haja um equilíbrio e respeito dos princípios que regem esse sistema, de modo que as partes tenham a garantia que seus dados sensíveis, número de conta bancária e entre outros dados pessoais, sejam protegidos, além de respeitar os direitos individuais de cada parte que tem seus dados expostos no processo eletrônico.

2. PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

Os dados pessoais são partes dos direitos individuais tutelados na Constituição Federal, fazem referência a documentos como RG, CPF, comprovante de residência, conta bancária, entre outros dados sensíveis ligados à identidade da pessoa. Assim, é elencado o seguinte no Art 5º, LXXIX:

LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Por força da Emenda Constitucional 115/22, os dados pessoais passaram a ter preceito de direito fundamental de aplicação imediata, sendo reconhecido também quando esses dados pessoais estão interpostos no meio digital.

Nesse sentido, para conceituar a matéria, o doutrinador Diniz (2018, p. 233) cita que: “dados pessoais são qualquer tipo de dados que podem ser usados para identificar direta ou indiretamente uma pessoa (titular dos dados)”.

Além da classificação dos dados pessoais na doutrina, o legislador apurou o conceito ao preconizar na Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

Sendo assim, os dados são as referências de toda informação processada e armazenada no computador, seja uma característica física ou moral, documentos e até mesmo opinião partidária, expostos na internet ou guardada em arquivos e pastas no disco rígido.

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO DOS PROCESSO ELETRÔNICOS

Apesar do advento de várias leis ao decorrer do lapso temporal da modernização dos processos no Poder Judiciário que influíram para hoje existirem os processos por meio eletrônico, há as principais leis que foram imprescindíveis para esse marco.

A princípio, vale ressaltar sobre a Lei n. 9.800/99 - Lei do Fax, que trouxe avanço tecnológico ao sistema judiciário por permitir às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita, conforme Art. 1º da lei, Alexandre Atheniense, considera que essa lei é onde teve o “marco inicial da informatização processual brasileira”.

Por conseguinte, em 2001 foi promulgada a Lei n. 10.259/2001, com intuito de criar os Juizados Especiais Federais e incentivou a informatização no âmbito da Justiça Federal e isso devido ao fato de

terem permitido mediante a lei, a utilização de sistemas informáticos para a recepção de peças processuais, sem a necessidade de envio dos originais, como na Lei do Fax. Nesse viés, Tarcisio

Teixeira, cita surgir um primeiro modelo de processo judicial eletrônico, concebido para amoldar-se ao desiderato dos juizados especiais, a celeridade.

Em continuidade, foi criado também em 2001, a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, para garantir a validade jurídica de documentos eletrônicos, registros e assinaturas dos documentos, para que houvesse a inalterabilidade dos seus conteúdos.

Assim, chegou a Lei n. 11.419/2006 – Lei da Informatização do Processo Judicial, que rege conforme o Art. 1º, a tramitação de processos judiciais; comunicação de atos; e transmissão de peças processuais. Ademais, mediante esta lei, foi previsto que o Poder Judiciário pudesse criar sistemas eletrônicos de processamento judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, sendo uma relevante inovação na comunicação dos atos processuais.

Seguindo essa linha do tempo, ocorre o marco civil da internet, a Lei n 12.965 de 23 de abril de 2014, responsável por estabelecer direitos e deveres para o uso da Internet no país, visando disciplinar princípios e vetores para proteção de dos dados pessoais, observa-se o que pontua Carlos Affonso e Ronaldo Lemos sobre a lei:

A lei nº12.965/2014 busca estabelecer “princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da rede no Brasil”, conforme consta de sua epígrafe. Pioneira pelo fato de ter sido resultante de um processo de consulta realizado através da própria rede, o Marco Civil da Internet, antes mesmo de chegar ao Congresso Nacional, já apontava que o tema da responsabilidade civil dos provedores seria um dos mais debatidos, juntamente com a neutralidade da rede e proteção dos dados pessoais.

Assim, esse é o lapso temporal das leis e resoluções que acarretaram na modernização do processo, que veio a tornar os autos em eletrônicos e influenciou para a criação da Lei Geral de Proteção de Dados.

2.2 CRIAÇÃO E EXIGÊNCIAS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Em 2018 por meio da Lei Federal n.º 13.709/2018, foi sancionada a Lei Geral de Proteção de Dados, seu objetivo de regular o tratamento de dados pessoais surgiu do grande fluxo de dados ‘soltos’ na Internet, sem a ocorrência da devida regularização para proteger esses dados sensíveis, então por meio

Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia, que serviu como inspiração, foi criado a LGPD no Brasil com as devidas adaptações para o cenário jurídico do País.

Por conseguinte, a LGPD regulamenta princípios para estabelecer transparência e segurança com os dados pessoais na internet, tratando os dados seguindo as hipóteses legais dos artigos da lei, que ostenta direito material e processual. Assim, conceitua Vigilar nesse sentido:

A Lei Federal no 13.709/2018, formalmente nominada pela Lei Federal no 13.853/2019, de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), em suas disposições preliminares enuncia ter por objetivo e princípios a proteção de diversos direitos fundamentais já longamente consagrados como tais pela ordem jurídica brasileira tal qual a liberdade, a privacidade, o desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, tendo ainda a proteção desses dados, no Brasil, a partir da vigência dessa lei, os fundamentos do respeito à privacidade; à autodeterminação informativa; à liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; ao desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; livre iniciativa, a livre concorrência e à defesa do consumidor; aos direitos humanos, à dignidade e ao exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Outrossim, ocorreu a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), um órgão que fiscaliza e regulamenta a aplicação da lei e impõe sanções em casos de descumprimento. Vale ressaltar que embora a LGPD tenha sido sancionada em 2018, só veio a entrar em vigor em agosto de 2020 e de forma parcial, pois as as sanções administrativas previstas pela lei só foram aplicáveis em agosto de 2021.

Ademais, um dos grandes motivos da LGPD ser um marco para a proteção de dados é porque coincidiu com um momento crítico que o Brasil enfrentava, a pandemia de Covid-19. Essa crise fez com que grande parte da sociedade precisasse trabalhar e estudar de forma remota, acarretando na migração dos processos físicos em eletrônico de uma forma mais rápida, o que evidenciou a necessidade de proteger os dados pessoais da população na internet. Ressalta Américo Ribeiro:

A LGPD decorre de uma imperatividade contemporânea, eis que a mudança do centro de consumo e das interações sociais do plano exclusivamente analógico para o ambiente digital interconectado pela rede mundial de computadores forçou a adaptação de regras jurídicas para esta nova realidade; garantindo assim, o império da lei tanto na vivência offline quanto na experiência online, sobretudo à luz da constatação de que a informação conceitualmente considerada, é hoje um ativo com um autêntica atribuição mercantil e exploração monetizável.

Logo, foi notável a necessidade de resguardar os direitos fundamentais, visto a problemática da grande exposição dos dados pessoais na internet com a expansão da tecnologia e o fácil acesso a ela, portanto, fez imprescindível a criação de uma lei específica, a LGPD.

3. PRINCÍPIOS E SEGURANÇA

Devido a implementação dos autos em eletrônicos, suscita a importância de refletir sobre os princípios e segurança que regem o tema, principalmente por se tratar de dados pessoais das partes divulgados na internet.

Nesse viés, entram os princípios fundamentais com o objetivo de ser utilizado apenas os dados necessários, um equilíbrio dos princípios sem que haja hierarquia entre eles, balancear a proteção da privacidade com o direito de informação, por isso a importância de unir princípios constitucionais com princípios da Lei Geral de Proteção de Dados.

Vale ressaltar que o Poder Judiciário do Brasil tem caráter democrático, assim, leciona Cais (2019, p. 333) nesse sentido:

Em regra, todos os atos processuais são públicos e podem ser conhecidos não só pelas partes, como por quaisquer terceiros que queiram analisar o processo. Essa é uma conquista do processo democrático, pois permite que os atos processuais sejam controlados por toda a sociedade, conferindo-lhes maior legitimidade. A publicidade dificulta a ocorrência de conluíus e práticas fraudulentas na exata medida em que confere não só às partes interessadas (que muitas vezes podem estar unidas na tentativa de burlar a lei), mas a toda a sociedade o poder de controle dos atos processuais. Diferentemente do que ocorre em muitos outros países, no nosso sistema até mesmo as sessões de julgamento das Cortes Superiores são públicas, o que, de um lado, é positivo para possibilitar um conhecimento amplo da forma como são julgados os feitos nesses tribunais, mas, de outro, tem o inconveniente de trazer ao conhecimento do público em geral e da comunidade jurídica em especial as discussões com cunho político que são mais comumente travadas nos julgamentos dos processos e recursos que tramitam perante essas Cortes. Para evitar esse tipo de problema, em muitos países a sessão de julgamento das Cortes Superiores não é pública.

Portanto, conforme supracitado por Cais, há grande extensão dos princípios da transparência e publicidade no judiciário, previsto no próprio texto constitucional que reflete nos atos e procedimentos dentro dos autos. No entanto, gera a inconveniência de trazer a público matérias jurídicas como as das Cortes, que em grande parte tratam de discussões sensíveis, o que acarreta em conflito quando chega ao público.

3.1 TRANSPARÊNCIA E PUBLICIDADE

A Constituição Federal brasileira estabeleceu uma série de princípios fundamentais relacionados à pessoa humana, nos aspectos individuais e coletivos que são aprimorados conforme se faz necessário com o passar do tempo.

Apesar dos riscos ocasionados na exposição dos dados pessoais dos processos ao público, os princípios constitucionais visam apenas garantir a aplicação dos preceitos fundamentais, como a publicidade dos atos processuais e da proteção de dados pessoais, além da importância dos avanços alcançados por meio da virtualização dos serviços judiciários.

A ideia é que seja assegurado a transparência do Poder Público para que haja confiança da sociedade com o sistema judiciário. Nesse contexto, conceitua Lenza (2023, p.3246):

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Assim, apesar do ônus que esses princípios carregam e sua indubitável relevância para garantir a ordem pública e boa fé do Judiciário, há limites do que pode ou não estar sendo exposto ao público, o direito à intimidade não deve ser violado, visto ser um direito fundamental, ou seja, cláusula pétrea.

3.1.2 DIREITO À INTIMIDADE E PRIVACIDADE

O direito à intimidade tem intuito de proteger a vida pessoal e seus dados sensíveis para que não ocorra a exposição sem o consentimento devido, assim protegendo a vida privada e familiar da sociedade, previsto no Art. 5º, X, CF:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Ainda sobre essa previsão constitucional, assevera Celso Ribeiro:

Oferece guarida ao direito à reserva da intimidade assim como ao da vida privada. Consiste ainda na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhe o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.

Com a crescente demanda do processo eletrônico, não obstante aos diversos benefícios como fácil acesso ao processo, peticionamento, surge em contrapartida o desafio de preservar a privacidade das partes expostas nos autos.

Essa preocupação surge antes mesmo da migração eminente dos autos em eletrônicos, conforme Chaves Junior (2009):

Vislumbra-se, assim, que a publicidade aliada ao Processo Eletrônico, desde que se tomem as cautelas necessárias à preservação da intimidade das partes quando da divulgação dos atos processuais, principalmente quanto aos processos que correm em segredo de justiça, será um grande avanço ao sistema processual e à justiça que conseguirá reduzir os custos da prestação jurisdicional oferecida aos seus jurisdicionados. (CHAVES JUNIOR, MENDES E CUNHA, 2009).

Essa preocupação reflete na necessidade de limitar o acesso às informações que podem causar danos irreversíveis à intimidade da pessoa, pois quando exposto na internet, dificilmente esses dados irão sumir mesmo que retirados.

Desse modo, é imperioso o equilíbrio entre os princípios que regem o judiciário e reflete nos processos e consequentemente, nas partes.

3.2 NECESSIDADE DE SEGURANÇA CONFORME A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Outro princípio relevante e novo comparado aos demais citados, é o princípio da segurança, que é um dos pilares da LGPD, seu objetivo com todo avanço da internet e cada vez mais a exposição das pessoas dentro dela é garantir que os dados pessoais estejam protegidos contra acessos não autorizados e situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão.

Nesse contexto, aborda Pinheiro:

Não obstante, assim como ocorre com as demais operações de tratamento, o uso compartilhado de dados pessoais deve ser realizado em conformidade com a lgpd, notadamente com os princípios, as bases legais, garantia dos direitos dos titulares e outras regras específicas aplicáveis ao Poder Público. Além de conferir maior previsibilidade, transparência e segurança jurídica ao uso compartilhado de dados, a observância dessas disposições legais constitui peça-chave para a promoção de uma relação de confiança com os titulares e para a adequada gestão de riscos pelos controladores, inclusive para evitar a ocorrência de abusos e desvios de finalidades.

Logo, para orientar entidades e órgãos públicos, a requisitos a serem observados nos processos de compartilhamento de dados pessoais pelo Poder Público. É importante frisar que esses requisitos representam diretrizes gerais derivadas da LGPD, podendo ser ajustados ou complementados com parâmetros e requisitos adicionais conforme o contexto e as particularidades de cada situação específica.

3.3 TRATAMENTO DOS DADOS PESSOAIS

O legislador ao levar em consideração o consentimento do titular dos dados como norteador, estabelece no Art. 7º da LGPD os requisitos para a legalidade do tratamento dos dados pessoais, veja-se:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ;

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;

(Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência

IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou

X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência

§ 3º O tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização.

§ 4º É dispensada a exigência do consentimento previsto no caput deste artigo para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos nesta Lei.

§ 5º O controlador que obteve o consentimento referido no inciso I do caput deste artigo que necessitar comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores deverá obter consentimento específico do titular para esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento previstas nesta Lei.

§ 6º A eventual dispensa da exigência do consentimento não desobriga os agentes de tratamento das demais obrigações previstas nesta Lei, especialmente da observância dos princípios gerais e da garantia dos direitos do titular.

§ 7º O tratamento posterior dos dados pessoais a que se referem os §§ 3º e 4º deste artigo poderá ser realizado para novas finalidades, desde que observados os propósitos legítimos e específicos para o novo tratamento e a preservação dos direitos do titular, assim como os fundamentos e os princípios previstos nesta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019).

Nesse viés, os doutrinadores Tarcisio Teixeira e Ruth Guerreiro pormenoriza esse artigo, visando mostrar que, apesar do consentimento da parte ser essencial para que ocorra o tratamento dos dados, há as possibilidades do Estado usar esse procedimento sem que haja a autorização dos titulares dos dados desde que em prol da obrigação legal:

Ainda, o tratamento de dados pessoais poderá ser feito por meio da base legal do legítimo interesse, na medida do estritamente necessário e proporcional, para garantir a segurança da rede e da informação.

Logo, mesmo que haja o acesso por redes e sistemas das autoridades públicas para coleta desses dados, é preciso garantir a segurança dessas informações já que existe a confiança e boa fé pública, comprometendo a manter a integridade e confidencialidade desses dados pessoais.

4. EXPOSIÇÃO DE DADOS SENSÍVEIS NO PROCESSO ELETRÔNICO

Com o advento do processo judicial eletrônico, as duas partes no processo eletrônico passaram a ter seus dados pessoais expostos ao pública de forma abrupta, por isso a importância dos princípios responsáveis por esse procedimento, como a Transparência e a Publicidade dos atos do Poder Público, previstos no Art. 37º da Constituição Federal.

Por conseguinte, ainda com intuito de garantir a transparência e publicidade do Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, na resolução nº 121/2010, apresenta que qualquer interessado tem amplo acesso aos dados pessoais das partes, como nome completo, movimentação dos autos, decisões.

Por essas razões, acarretou na necessidade da criação da Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD veio com esses objetivos, complementando a Lei nº.12.965/2014 – Marco Civil da Internet.

Nesse sentido, cabe ressaltar o que conceitua Lara Garcia (2020) sobre a implementação da LGPD:

É importante notar que privacidade se distingue de proteção de dados, e que mesmo um dado público deve ser protegido. É nesse contexto que, em 2018, foi criada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (a LGPD, Lei n. 13.709/2018), que estabelece uma estrutura legal com foco específico na proteção de dados.

Nesse viés, atenta-se a intenção do legislador em equilibrar os princípios da transparência e publicidade com o princípio da segurança dos dados pessoais, o que não aconteceu com o êxito esperado na realidade, já que ainda há a exposição de dados nos processos eletrônicos de amplo acesso a terceiros interessados.

Assim, o aumento do uso da internet e disponibilização online das decisões, movimentações e outros procedimentos do processo, abre espaço para a exposição massiva dos dados pessoais, o que acarreta em situações excessivas de publicidade e risco às partes, conforme pesquisa da revista americana *The Economist*.

No entanto, apesar da publicidade ser prevista constitucionalmente e ser imprescindível para garantia da ordem pública, celeridade e boa-fé do Poder Público, há determinados atos, dados e procedimentos que devem ser preservados, o direito a intimidade dos interessados precisa ser resguardado, como já exposto, e nas ocasiões que esses dados precisam ser transparentes, seguir parâmetros e anonimizados os dados, conforme doutrina de Eduardo Filho (2021, pag.106/107):

A publicidade dos atos está prevista em nível constitucional no art. 5º, LX (a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem) e também no art. 93, IX (todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação). Há dispositivo equivalente na Convenção Americana de Direitos Humanos ao dizer que “o processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça” (art. 8º, 5) e também na legislação processual civil, penal e trabalhista. O sigilo processual atende ao interesse das partes e só pode ser excepcionado, dentro de certos parâmetros, para pesquisa acadêmica, desde que obtido o consentimento e anonimizados os dados.

Assim, é reconhecido pelo Conselho Nacional de Justiça que há a iminência de riscos reais com essa vasta exposição dos dados sensíveis nos autos, como pontua Pinheiro (2021, p. 657)

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem atuando para favorecer a efetividade das ações que visam proteger a personalidade e a autodeterminação informativa do indivíduo contra os riscos que podem decorrer do acesso massificado a informações contidas em processos.

Portanto, encontrar soluções para esse impasse se faz necessário ainda mais agora com a migração quase completa dos processos físicos para o eletrônico e consequentemente o aumento desses riscos.

4.1 RISCOS ASSOCIADOS À EXPOSIÇÃO DE DADOS

Com a exposição dos dados pessoais após a digitalização dos processos judiciais, o potencial de risco dos direitos fundamentais aumenta ainda mais, já que informações sensíveis das partes são transmitidas e expostas ao público interessado que acessar os autos, salvo os processos resguardados com segredo de justiça.

Esses dados são valiosos no mercado digital, e a exposição não autorizada desses dados pode levar a uma série de problemas, desde a perda de privacidade e danos à reputação até fraudes financeiras e ilegais.

Sob essa perspectiva, se reforça o que foi exposto na doutrina de Pinheiro, (2021, p.654):

São muitos os desafios da Justiça Digital, assim como muitos são os benefícios. Por certo, conseguiremos ter ações judiciais mais céleres, visto que a eliminação do papel também diminui a burocracia. No entanto, devemos preocupar-nos com a capacidade do ambiente de processo eletrônico do Judiciário:

- garantir a disponibilidade do sistema para trazer maior confiabilidade;
- garantir a proteção da identidade digital (cultura de segurança de informação no uso do certificado digital);
- garantir o segredo de justiça (quando aplicável — acesso restrito mesmo pela via eletrônica).

Desse modo, é evidente os riscos e preocupações associados aos autos eletrônicos.

4.2 LIMITAÇÕES NORMATIVAS

Conforme visto, ter os dados pessoais expostos na internet pode trazer resultados negativos para a pessoa, desse modo, o legislador cuidou em limitar esse acesso mesmo que usado para o Poder Público.

Assim, redigiu o Art. 23 da LGPD, para que o tratamento de dados pessoais realizados através do Poder Público preconize a finalidade pública, na persecução do interesse público e executando as competências legais.

Portanto, é preciso que haja valores democráticos e limitações, uma vez que esses dados correspondem a um direito fundamental, assim cita Danilo Doneda, coordenador geral de estudos de mercado da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, “A transparência deve ser proporcional ao poder; a privacidade deve ser inversamente proporcional”.

5. DESAFIOS E MEDIDAS ADOTADAS

Com o advento da modernização com a Internet, ocorreu um grande avanço da digitalização no setor jurídico que acarretou na celeridade e acesso remoto aos processos.

Contudo, essa vasta publicidade dos dados pessoais no processo eletrônico traz desafios relevantes, especialmente no que tange à segurança da informação e à proteção dos direitos fundamentais, como privacidade e intimidade. Com o intuito de mitigar esses riscos, algumas medidas têm sido implementadas.

5.1 ANONIMIZAÇÃO

A grande exposição dos dados pessoais já é tema tratado dentro dos tribunais, como medida de implementação para reduzir os riscos gerados, a anonimização aparece como uma estratégia adotada para garantir a proteção dos dados pessoais.

Essa estratégia consiste em técnicas que tornam os dados impossíveis de serem associados a uma pessoa específica, assim, garantir a privacidade no processo eletrônico. Segundo a LGPD, os dados anonimizados não são considerados dados pessoais, desde que o processo de anonimização não seja reversível.

Assim, essa medida tem sido aplicada em casos onde a divulgação dos dados podem trazer riscos, casos como há partes menores de idade ou dados sensíveis. Ressalta Waldemar Gonçalves, Diretor da Autoridade Nacional de Proteção de Dados sobre o tema:

O processo de anonimização aplicado à base de dados pessoais visa a atuar sobre os identificadores diretos e indiretos a fim de obter, ao longo de sua contínua duração, dados que, irreversivelmente, não identificam nem possam identificar titulares de dados – dados anonimizados, portanto.

Portanto, é um processo desenvolvido através da utilização de técnicas diversificadas, como a supressão, generalização, permutação e perturbação, em que pertinência é justificada de acordo com as características e outros aspectos contextuais da base de dados que o agente de tratamento pretende anonimizar, uma prática para casos em que existe uma visibilidade grande, de eficácia para preservar os direitos fundamentais das partes no processo.

6. CONCLUSÃO

É inegável que o processo de digitalização do sistema jurídico brasileiro facilitou a acessibilidade dos autos e a celeridade dos atos e procedimentos.

Todavia, aliado aos benefícios dessa modernização, gerou desafios consideráveis, em especial a proteção dos dados pessoais envolvidos nos processos eletrônicos, tratado ao longo do presente artigo. Com a implementação da Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD como uma lei específica para regularizar a abrangência dos dados pessoais na internet, foi imperioso equilibrar os princípios de publicidade processual com a proteção da privacidade e da intimidade das partes envolvidas.

Ao longo do trabalho, foi feita uma análise demonstrando que embora a publicidade dos atos processuais seja um dos pilares da Justiça, preconizada na Constituição Federal, ela precisa ser compatibilizada com o direito à privacidade.

Os princípios de transparência e segurança, quando aplicados corretamente, permitem o tratamento responsável dos dados pessoais, garantindo que a exposição dos dados não resulte em prejuízos às partes.

Por meio do estudo dos princípios jurídicos e das normativas existentes, foi possível identificar diversas medidas que vêm sendo adotadas para mitigar os riscos da exposição de dados sensíveis. A anonimização e o segredo de justiça são algumas das soluções que auxiliam a proteger as informações pessoais, assegurando o equilíbrio entre a publicidade e a proteção dos dados, que já vem sendo adotados no sistema judiciário brasileiro.

Todavia, a evolução tecnológica é crescente, e com isso os desafios ainda perduram. Conforme citado por Carlos Affonso e Ronaldo Lemos, um dos principais temas enfrentados pelo Marco Civil é a tutela dos dados pessoais na coleta e tratamento destes na Internet. Logo, implementar medidas é essencial para esse controle, e elas precisam acompanhar uma fiscalização eficaz, além de buscar sistemas mais avançados, com criptografia avançada, visando expandir as possibilidades de proteção aos dados pessoais, de forma que não comprometa a transparência dos autos.

Portanto, é perceptível que existe uma indigência de proteção a esses dados, o que faz imprescindível ao Poder Judiciário junto com os operadores do direito inovem conforme surge novas demandas introduzidas pela sociedade digital, preservando, ao mesmo tempo, a publicidade processual e os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade, para assim garantir segurança e justiça com relação aos dados pessoais no processo eletrônico.

7. REFERÊNCIAS

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. Estudo técnico sobre a anonimização de dados na LGPD, 2023. Disponível em:

https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/documentos-de-publicacoes/estudo_tecnico_sobre_anonimizacao_de_dados_na_lgpd___analise_juridica.pdf. Acesso em 20 de setembro de 2024.

Bioni, Bruno R. Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento . Disponível em: Minha Biblioteca, (3ª edição). Grupo GEN, 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 de jun de 2024;

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 20 de setembro de 2024.

CAIS, Fernando Fontoura. Da forma dos Atos Processuais. In. TUCCI et. al. Código de Processo Civil Anotado. Associação de Advogados de São Paulo (AASP). OAB Paraná. São Paulo: 2019.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2018. pg. 233

EDUCACAO, S. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e Marco Civil da Internet. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book

Filho, Eduardo T. A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira . Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo Almedina, 2021.

Garcia, Lara R. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD): Guia de implantação . Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Blucher, 2020.

LENZA, P. Direito Constitucional Esquematizado. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

NEVES, Andrea. Direito à Intimidade e Privacidade. TJDFT. Disponível em:

<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/direito-a-intimidade-e-privacidade-andrea-neves-gonzaga-marques>. Acesso em: 21 de agosto de 2024.

PINHEIRO, P. P. Direito digital. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. Marco Civil da Internet: construção e aplicação. Juiz de Fora: Editar, 2016, p. 97 e 137.

TEIXEIRA, Tarcisio. RIBEIRO, Américo. Proteção de Dados, fundamentos jurídicos. Salvador. Editora JusPODIVM, 2019.

THE ECONOMIST. The world's most valuable resource is no longer oil, but data. Disponível em:

<<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable--resource-is-no-longer-oil-but-data>>. Acesso em: 24 de jun 2024.

Vigliar, José Marcelo M. LGPD e a Proteção de Dados Pessoais na Sociedade em Rede . Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo Almedina, 2022.



EDITORA CONHECIMENTO LIVRE



conhecimentolivre.org/home



contato@conhecimentolivre.org



[editoraconhecimentolivre](https://www.instagram.com/editoraconhecimentolivre)

CIÊNCIAS SOCIAIS: A SOCIEDADE EM SUA INTEGRALIDADE

VOLUME XII