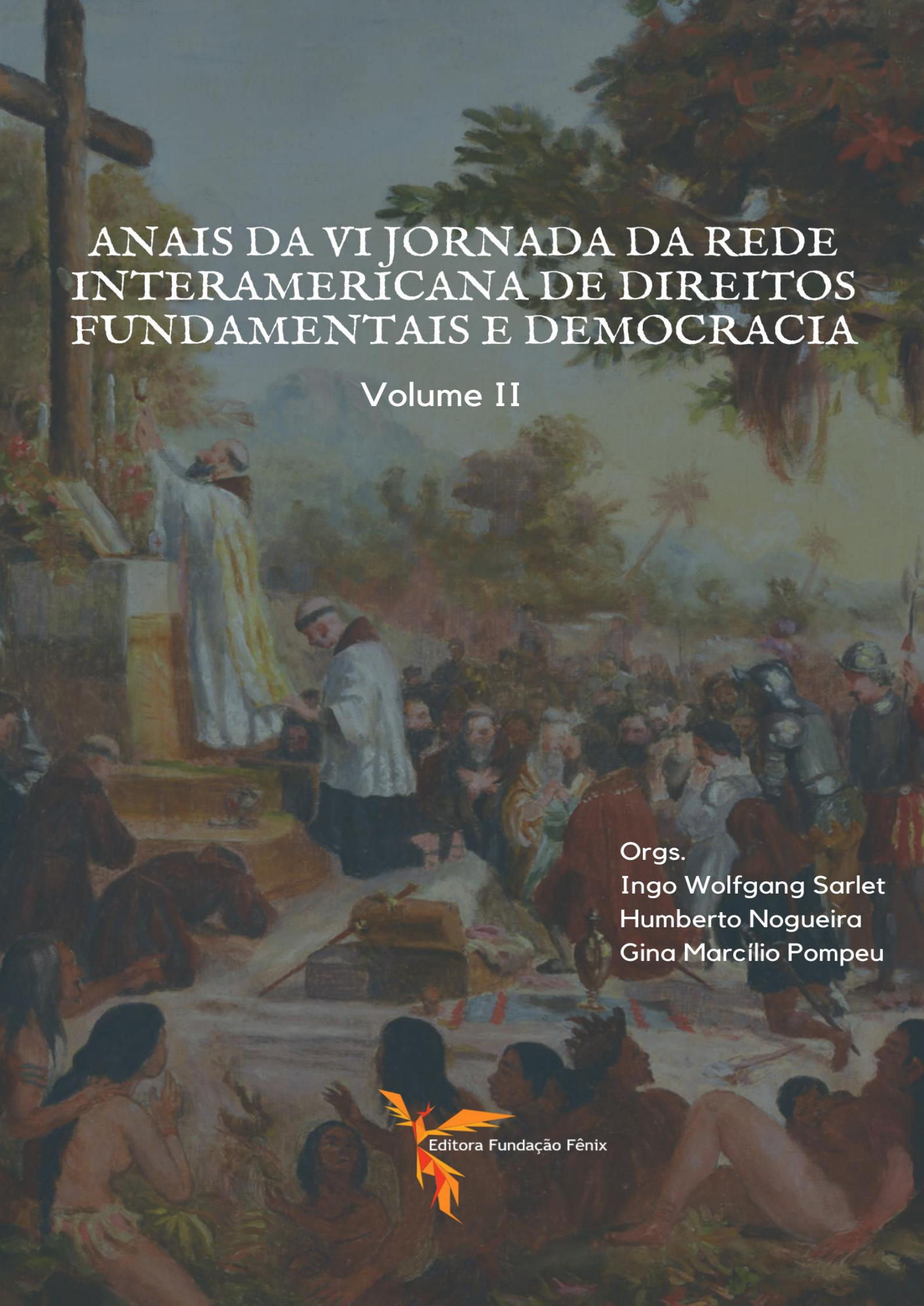


ANAIS DA VI JORNADA DA REDE INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA

Volume II

Orgs.
Ingo Wolfgang Sarlet
Humberto Nogueira
Gina Marcílio Pompeu

Editora Fundação Fênix

A obra coletiva que ora temos a honra e a alegria de apresentar, reúne as contribuições resultantes das pesquisas promovidas pela Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia, expostas e debatidas na VI Jornada de Direitos Fundamentais, realizada na Universidade de Fortaleza, Nordeste do Brasil, com a participação de representantes (docentes e discentes de pós-graduação em Direito) de diversas Instituições de Ensino Superior brasileiras e de outros Estados latino-americanos, como é o caso da Argentina, Chile, Colômbia e Peru.

Com a realização de mais uma Jornada, a Rede Interamericana de Direitos Fundamentais avança firmemente no seu processo de consolidação, seja no que diz respeito ao cumprimento dos seus objetivos de natureza científica (pesquisas em parceria, produção científica conjunta e integração acadêmica) seja pelo fato de a cada ano agregar, para além do grupo fundador, mais parceiros de outros Países.

As contribuições que integram a presente obra correspondem aos trabalhos submetidos previamente por discentes e docentes das IES envolvidas e apresentadas nos diversos Grupos de Trabalho durante a VII Jornada Interamericana, realizada em Fortaleza, Brasil, no período de 9 a 12 de outubro de 2019, evento organizado pela Universidade de Fortaleza, UNIFOR, tendo contado com a parceria dos Programas de Pós-Graduação em Direito das Universidades brasileiras fundadoras (PUCRS, UNISC, UNIBRASIL, UNOESC, UNIFOR, FDV, PUCPR) e das Universidades PUC/Lima (Peru), TALCA (Chile), EXTERNADO (Colômbia) e Universidad de Buenos Aires (Argentina). O evento contou ainda com o apoio financeiro e institucional da CAPES, FUNCAP, Assembleia Legislativa do estado do Ceará e Prefeitura de Fortaleza.

Editora Fundação Fênix

ISBN: 978-65-87424-18-7

Anais da VI Jornada da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia – Volume II

Série Direito

Conselho Editorial

Editor

Ingo Wolfgang Sarlet

Conselho Científico – PPG Direito PUCRS

Gilberto Stürmer

Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim

Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro

Ricardo Lupion Garcia

Conselho Editorial Nacional

Amanda Costa Thomé Travincas - Centro Universitário UNDB
Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP
Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos - UERJ
Angélica Luciá Carlini – UNIP
Carlos Bolonha – UFRJ
Claudia Mansani Queda de Toledo- Centro Universitário Toledo de Ensino de Bauru
Danielle Pamplona – PUCRS
Daniel Antônio de Moraes Sarmento - UERJ
Daniel Wunder Hachem - PUCPR e UFPR
Flavia Cristina Piovesan - PUC-SP
Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS
Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER
Gilmar Ferreira Mendes – Ministro do STF, Professor Titular do IDP e Professor aposentado da UNB
Gisele Cittadino - PUC-Rio
Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR
Giovani Agostini Saavedra - Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP
Guilherme Camargo Massaú – UFPel
Ivar Alberto Martins Hartmann - FGV Direito Rio
Jane Reis Gonçalves Pereira - UERJ
Juliana Neuenschwander Magalhães - UFRJ
Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub
Luís Roberto Barroso – Ministro do STF, Professor Titular da UERJ, UNICEUB, Sênior Fellow na Harvard Kennedy School,
Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC
Otavio Luiz Rodrigues Jr – USP
Patryck de Araújo Ayala – UFMT
Paulo Ricardo Schier - Unibrasil
Phillip Gil França - UNIVEL – PR
Teresa Arruda Alvim – PUC-SP

Conselho Editorial Internacional

Alexandra dos Santos Aragão - Universidade de Coimbra
Alvaro Avelino Sanchez Bravo - Universidade de Sevilha
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho - Universidade Católica Portuguesa
Carlos Blanco de Morais – Universidade de Lisboa
Cristina Maria de Gouveia Caldeira - Universidade Europeia
César Landa Arroyo - PUC de Lima, Peru
Elena Cecilia Alvites Alvites - Pontifícia Universidade Católica do Peru
Francisco Pereira Coutinho - Universidade NOVA de Lisboa
Francisco Ballaguer Callejón - Universidade de Granada - Espanha
Fernando Fita Ortega - Universidade de Valência
Giuseppe Ludovico - Universidade de Milão
Gonzalo Aguilar Cavallo – Universidade de Talca
Jorge Pereira da Silva - Universidade Católica Portuguesa
José João Abrantes – Universidade NOVA de Lisboa
José Maria Porras Ramirez - Universidade de Granada – Espanha
Manuel A Carneiro da Frada – Universidade do Porto
Paulo Mota Pinto – Universidade de Coimbra
Víctor Bazán - Universidade Católica de Cuyo

Anais da VI Jornada da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia – Volume II

(Organizadores)

Ingo Wolfgang Sarlet
Humberto Nogueira
Gina Marcílio Pompeu

Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2020

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Capa: Editora Fundação Fênix

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –
Http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

Série Direito – 04

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SARLET, Ingo Wolfgang; NOGUEIRA, Humberto; POMPEU, Gina Marcílio. (Orgs).

Anais da VI Jornada da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia – Volume II. SARLET, Ingo Wolfgang; NOGUEIRA, Humberto; POMPEU, Gina Marcílio. (Orgs), Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2020.

416p.
ISBN – 978-65-87424-18-7

https://doi.org/10.36592/9786587424187
Disponível em: https://www.fundarfenix.com.br

CDD – 340

1. Direito. 2. Direitos Fundamentais. 3. Igualdade. 4. Tecnologia. 5. Justiça.
Índice para catálogo sistemático – Direito – 340

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 15

PARTE I

DIREITOS SOCIAIS: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS EM FACE DO DESENVOLVIMENTO E DA SUSTENTABILIDADE 19

1. DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA E AS MINORIAS JUVENIS EM SITUAÇÃO DE RUA: UMA ANÁLISE DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO SOCIAL

Vanessa de Lima Marques Santiago Sousa & Raquel Coelho de Freitas 21

2. MOVIMENTOS FEMINISTAS E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: O PESSOAL É POLÍTICO

Roberta Franco Massa 39

3. O TRABALHO DOMÉSTICO DECENTE NO BRASIL E CHILE E SUA RELAÇÃO COM OS ÍNDICES DE DESENVOLVIMENTO HUMANO E CRESCIMENTO ECONÔMICO

Adélia Araújo Buriti 51

4. DIREITOS REPRODUTIVOS: UMA REFLEXÃO SOBRE A ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Isabel Freitas de Carvalho & Pedrita Maria Carneiro Araujo 67

5. AS DIFICULDADES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ATENDIMENTO ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR PARA O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA: UMA PESQUISA DE CAMPO

Franciele Letícia Kühl 81

6. DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: DESAFIOS PARA O ATENDIMENTO NUMA PERSPECTIVA MULTIDIMENSIONAL DE DESENVOLVIMENTO HUMANO

Francisca Carminha Monteiro de Lima 99

7. DIREITO FUNDAMENTAL A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E O ABANDONO AFETIVO

Andreza Feitosa de Moura & Bruna Souza Paula 115

8. ELEMENTOS A RESPEITO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO PROTESTO

Abner Arias Fugaça & Bruno Meneses Lorenzetto 131

PARTE II

DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS MIGRANTES 147

9. MIGRAÇÕES, TRABALHO DECENTE E POLÍTICA NACIONAL DE TRABALHO NO BRASIL: A INCLUSÃO DO MIGRANTE NO MERCADO

Jackeline Ribeiro e Sousa 149

10. CRISE HUMANITÁRIA NA VENEZUELA: REFÚGIO NO BRASIL E ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Arielle Carvalho 165

11. PEDIDO DE FECHAMENTO DA FRONTEIRA BRASILEIRA DURANTE A CRISE HUMANITÁRIA VENEZUELANA À LUZ DA TEORIA DA TRANSNORMATIVIDADE

Simone Mayara Paiva Ferreira 181

12. O NÃO NACIONAL NO BRASIL E A LEI DE MIGRAÇÃO N. 13.445/2017

Marcelo Ribeiro Uchôa 197

PARTE III

DIREITOS FUNDAMENTAIS, EMPRESAS, TRIBUTAÇÃO E ORÇAMENTOS ... 227

13. EMPRESAS TRANSNACIONAIS EM PAÍSES PERIFÉRICOS: POLÍTICA ECONÔMICA E INDICADORES SOCIAIS EM UM CONTEXTO DE RACISMO AMBIENTAL NA AGRICUTURA LATINO-AMERICANA

Érica Valente Lopes 229

14. DIREITO E ECONOMIA: UMA ANÁLISE TRIBUTÁRIA E ORÇAMENTÁRIA EM JUAZEIRO DO NORTE/CE, BRASIL

Anderson Alcântara de Medeiros & Francisco Roberto Dias de Freitas 247

15. O GASTO PÚBLICO COM PESSOAL E A LIMITAÇÃO DA GOVERNABILIDADE DOS ESTADOS BRASILEIROS

Thiago Sampaio Elias.....263

PARTE IV

DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E EFETIVIDADE DAS TÉCNICAS JUDICIÁRIAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 277

16. PROTEÇÃO JUDICIAL DE VULNERÁVEIS NAS HIPÓTESES DE INGRESSO EM DOMICÍLIO SEM MANDADO

Jorge Miranda.....279

17. A RELAÇÃO ENTRE CIÊNCIA JURÍDICA E CIÊNCIAS COGNITIVAS E INFLUÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DECISÓRIA

Samara de Oliveira Pinho 293

18. A DERROTABILIDADE DA REGRA DE COLABORAÇÃO PREMIADA NO ÂMBITO DA LEI Nº 12.850/2013

Kennedy Josué Greca de Mattos 307

19. O ATIVISMO JUDICIAL "ANTIDIALÓGICO" À LUZ DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA (DES)PROTEÇÃO DE GARANTIAS

Lívia Chaves Leite.....321

20. JUSTIÇA RESTAURATIVA: A INCLUSÃO DO EGRESSO DO SISTEMA PRISIONAL POR MEIO DO ACESSO AO TRABALHO

Victor Marcilio Pompeu & Dennys Wellington Almeida Costa.....335

PARTE V

DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEGURIDADE SOCIAL, PREVIDÊNCIA, SAÚDE E ASSISTÊNCIA SOCIAL.....361

21. DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL E RISCOS DE ADOÇÃO DE UM REGIME EXCLUSIVO DE CAPITALIZAÇÃO NO BRASIL

Eduardo Rocha Dias.....363

22. JUDICIALIZAÇÃO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO MUNICÍPIO DE FORTALEZA

Mylena Maria Silva Reginaldo Ferreira Gomes 379

23. A EXEQUIBILIDADE DA UNIVERSALIDADE DA SAÚDE DOS REFUGIADOS: ANÁLISE DO CASO DOS IMIGRANTES VENEZUELANOS FRENTE AO DECRETO 25.681/2018 DE RORAIMA

Thaís Araújo Dias & Gina Vidal Marcílio Pompeu.....395

APRESENTAÇÃO

https://doi.org/10.36592/9786587424187-0

A obra coletiva que ora temos a honra e a alegria de apresentar, reúne as contribuições resultantes das pesquisas promovidas pela Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia, expostas e debatidas na VI Jornada de Direitos Fundamentais, realizada na Universidade de Fortaleza, Nordeste do Brasil, com a participação de representantes (docentes e discentes de pós-graduação em Direito) de diversas Instituições de Ensino Superior brasileiras e de outros Estados latino-americanos, como é o caso da Argentina, Chile, Colômbia e Peru.

Com a realização de mais uma Jornada, a Rede Interamericana de Direitos Fundamentais avança firmemente no seu processo de consolidação, seja no que diz respeito ao cumprimento dos seus objetivos de natureza científica (pesquisas em parceria, produção científica conjunta e integração acadêmica) seja pelo fato de a cada ano agregar, para além do grupo fundador, mais parceiros de outros Países.

Apenas para demonstrar o acima exposto, vale lembrar que a primeira Jornada ocorreu no Brasil em 2014, mediante um circuito de eventos realizados em três universidades brasileiras, UNIBRASIL, Curitiba, Paraná, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, e UNOESC, Chapecó, Santa Catarina. A segunda Jornada teve lugar, em 2015, na cidade de Lima, Peru, promovida e organizada pela Pontifícia Universidade Católica. Já o terceiro evento ocorreu em São Paulo, Brasil, em 2016, organizado pelas Universidades 9 de Junho, UNINOVE, da Mackenzie e UNIFIEO, no período de 26 a 28 outubro de 2016. O quarto encontro foi novamente realizado em Lima (PUC), de 10 a 12 de outubro de 2017, ao passo que o quinto se deu no Chile, Santiago, de 16 a 18 de outubro de 2018, capitaneado pela Universidade de TALCA.

As contribuições que integram a presente obra correspondem aos trabalhos submetidos previamente por discentes e docentes das IES envolvidas e apresentadas nos diversos Grupos de Trabalho durante a VII Jornada Interamericana, realizada em Fortaleza, Brasil, no período de 9 a 12 de outubro de 2019, evento organizado pela Universidade de Fortaleza, UNIFOR, tendo contado com a parceria dos Programas de Pós-Graduação em Direito das Universidades brasileiras fundadoras (PUCRS, UNISC,

UNIBRASIL, UNOESC, UNIFOR, FDV, PUCPR) e das Universidades PUC/Lima (Peru), TALCA (Chile), EXTERNADO (Colômbia) e Universidad de Buenos Aires (Argentina). O evento contou ainda com o apoio financeiro e institucional da CAPES, FUNCAP, Assembleia Legislativa do estado do Ceará e Prefeitura de Fortaleza.

O rigor científico, próprio das atividades da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia – REDIDD, resta evidenciado não apenas pela qualidade e prestígio dos seus integrantes (instituições e pesquisadores), mas também pela atualidade e relevância dos temas abordados e sua aderência aos grupos de pesquisas, linhas de pesquisa e áreas de concentração dos Programas de Mestrado e Doutorado de cada uma das instituições que a compõe. Destaca-se, além disso, a perspectiva crítica e interdisciplinar das pesquisas e da produção técnica e bibliográfica, que traduz o propósito de lidar com os diversos problemas e desafios vinculados aos direitos fundamentais em suas múltiplas dimensões, articulando o sistema interamericano com uma metódica comparativa dos modelos jurídico-constitucionais dos Estados que integram a Rede.

Para ilustrar a transversalidade, atualidade e relevância dos temas que constituem o objeto das pesquisas e da produção científica da Rede, que, por sua vez, são discutidos nas sessões plenárias (conferências) e grupos de trabalho (comunicações científicas de discentes e docentes), segue a relação dos eixos temáticos da VI Jornada: 1) direitos fundamentais e proteção de grupos vulneráveis; 2) direitos políticos fundamentais e os desafios da democracia; 3) direitos fundamentais e novas tecnologias; 4) direitos fundamentais sociais, desenvolvimento e sustentabilidade; 5) direitos fundamentais, controle de constitucionalidade e de convencionalidade; 6) liberdades fundamentais e direitos de personalidade; 7) direitos fundamentais dos migrantes; 8) direitos fundamentais, empresas, tributação e orçamento; 9) direitos fundamentais, garantias judiciais, tutela jurisdicional e devido processo

À vista do exposto, é possível verificar que ao longo dos ainda poucos anos de sua existência, o percurso da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia é, a despeito de sua juventude, já significativo do ponto de vista quantitativo e qualitativo, demonstrando sua capacidade de contribuir de modo efetivo para a consolidação de uma cultura e gramática integrada e consistente, do ponto de vista teórico-científico, bem como na formação de quadros humanos críticos e proativos, disposta a e capaz de enfrentar os inúmeros desafios atinentes à efetividade

dos direitos fundamentais e do Estado Democrático, Social e Ecológico de Direito nas Américas.

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet
Presidente da REDIDD
Universidade Pontifícia Católica do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Humberto Nogueira
Vice-Presidente da REDIDD
Universidad de Talca

Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu
Coordenadora do PPGD da Universidade de Fortaleza

PARTE I

DIREITOS SOCIAIS: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS EM FACE DO DESENVOLVIMENTO E DA SUSTENTABILIDADE

1. DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA E AS MINORIAS JUVENIS EM SITUAÇÃO DE RUA: UMA ANÁLISE DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO SOCIAL

FUNDAMENTAL RIGHT TO FAMILY AND COMMUNITY LIVING AND YOUTH MINORITIES IN THE STREET SITUATION: AN ANALYSIS OF THE RIGHT TO SOCIAL DEVELOPMENT

https://doi.org/10.36592/9786587424187-1

Vanessa de Lima Marques Santiago Sousa[1]

Raquel Coelho de Freitas[2]

Resumo

O direito ao desenvolvimento corresponde a um processo multidimensional, englobando as esferas econômica, social, cultural, ambiental, educacional, da saúde e política. Neste sentido, aparece como um direito amplo e de essencial realização, sobremaneira, quando tratamos do estudo das minorias. Fazendo uso do método bibliográfico e quantitativo, este trabalho tem como objetivo discutir a previsão legal e a efetivação do direito ao desenvolvimento social - em sua faceta de convivência familiar e comunitária, recepcionada pela Constituição de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, partindo do estudo da minoria juvenil em situação de rua. Estudo realizado pela Campanha Nacional Criança Não é de Rua, em 2015, indica que parcela significativa de adolescentes em situação de rua reconhece (ou morava com) os genitores, saiu de casa em virtude da impossibilidade de manutenção de um relacionamento saudável com a família, mas, a despeito do cenário de vulnerabilização e violência, deseja voltar para casa. Sendo assim, para estes adolescentes em situação de rua, as tensões entre os espaços casa-rua-comunidade parecem agigantar-se, produzindo grave prejuízo ao completo desenvolvimento social

[1] Doutoranda, mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Membro do Núcleo de Estudos Aplicados Direitos, Infância e Justiça (NUDIJUS) da UFC.

[2] Professora Associada da Universidade Federal do Ceará. Pesquisadora Pós-doutoranda do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Doutora em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre pela Havard Law School. Coordenadora do Grupo Internacional de Pesquisa sobre Direito das Minorias e Fortalecimento de Cidadanias. Coordenadora do Núcleo de Estudos Aplicados Direitos, Infância e Justiça (NUDIJUS) da UFC.

e psicológico de cada um deles e exigindo providências imediatas no sentido de alcançar solução para estas questões complexas.
Palavras-chave: Desenvolvimento social. Convivência familiar e comunitária. Adolescentes em situação de rua.

Abstract

The right to development corresponds to a multidimensional process encompassing the economic, social, cultural, environmental, educational, health and political spheres. In this sense, it appears as a broad and essential right, especially when it comes to the study of minorities. Using the bibliographic and quantitative method, this paper aims to discuss the legal provision and the realization of the right to social development - in its facet of family and community life, welcomed by the 1988 Constitution and the 1990 Child and Adolescent Statute, based on the study of the street minority youth. A study conducted by the National Child is Not a Street Campaign in 2015 indicates that a significant portion of homeless adolescents recognize (or lived with) their parents, left home because of the impossibility of maintaining a healthy relationship with their families, but despite the scenario of vulnerability and violence, it wants to return home. Thus, for these homeless adolescents, the tensions between the home-street-community spaces seem to increase, severely damaging their complete social and psychological development and demanding immediate steps to reach a solution for them complex issues.
Keywords: Social development. Family and community life. Street teenagers.

1 Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determina, em seu artigo 227, caber à família, ao Estado e à sociedade em geral garantir, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais das crianças, adolescentes, e, também, dos jovens. Com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho, de 1990, a criança e o adolescente passam a ser reconhecidos como sujeitos de direitos aos quais se deve atribuir tratamento prioritário e assegurar proteção contra qualquer tipo de violência ou negligência, considerando sua condição peculiar de desenvolvimento.

O direito ao desenvolvimento corresponde a um processo multidimensional, englobando as esferas econômica, social, cultural, ambiental, educacional, da saúde e política. Neste sentido, aparece como um direito amplo e de essencial realização, sobremaneira, quando tratamos do estudo dos adolescentes em situação de rua.

Fazendo uso do método bibliográfico e quantitativo, este trabalho tem como objetivo discutir a previsão legal e a efetivação do direito ao desenvolvimento social, em sua faceta de convivência familiar e comunitária - recepcionada pelos estatutos legislativos brasileiros, partindo do estudo da minoria juvenil em situação de rua.

Em um diagnóstico realizado pela Campanha Nacional Criança Não é de Rua[3], revelou-se que, em sua grande maioria, essas crianças e adolescentes possuem genitores vivos. Dentro da rede de parentesco, a figura da mãe se sobressai: 95% dos entrevistados revelaram saber que sua mãe está viva, ao passo que 5%, disseram ter mãe falecida. Em relação à figura paterna, 84% das crianças e jovens ouvidos afirmaram ter o pai vivo e 16% são órfãos de pai. Todavia, a existência do genitor não significa a ausência de problemas no relacionamento entre os membros da família. Ao contrário, seja com a figura materna, paterna ou outro membro da família estendida, as relações são permeadas por violações: no relacionamento mãe e filhos, as violações mais comumente sofridas são a negligência (53,39%) e o abandono (16,74%), em seguida, foram relatados o trabalho infantil (13,12%) e a violência doméstica (11,76%). Em relação às violações sofridas diante da presença do pai, os quantitativos foram os seguintes: 69,68% dos pais são responsáveis pelas violações de negligência, abandono, violência doméstica, abuso sexual e trabalho infantil.

Em suma, parcela significativa de crianças e adolescentes em situação de rua reconhece (ou morava com) os genitores, saiu de casa em virtude da impossibilidade de manutenção de um relacionamento saudável com a família, mas, a despeito do cenário de vulnerabilização e violência, deseja voltar para casa.

Sendo assim, para estas crianças e adolescentes em situação de rua, as tensões entre os espaços casa-rua-comunidade parecem agigantar-se, produzindo grave prejuízo ao completo desenvolvimento social e psicológico de cada um deles e exigindo providências imediatas no sentido de alcançar solução para estas questões complexas.

[3] Observatório Nacional Criança Não é de Rua. *Plataforma Rua Brasil S/N*. Fortaleza, 2015. Disponível em: http://www.observatorionacional.net.br/dadosExistentes.aspx. Acesso em: 14 jan. 2019.

2 A adolescência enquanto minoria

A partir de 1960, a agenda internacional dos direitos humanos passou a incluir, paulatinamente, as questões relativas ao reconhecimento dos direitos das minorias, o que se revela através da adoção do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) [4] e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) [5], ambos em 1966, pela ONU.

Prevendo, o artigo 27 do PIDCP que "Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua"[6]. Após o qual, a Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias deu início a uma série de estudos e relatórios sobre modos de implementação dos direitos relativos às minorias étnicas, linguísticas e religiosas, além de examinar experiências nacionais com o objetivo de encontrar soluções construtivas e pacíficas[7].

Nesta perspectiva, a doutrina clássica definia minoria[8] a partir de seu caráter

[4] No início de suas atividades (de 1949 a 1951), a Comissão de Direitos Humanos da ONU trabalhou em um único projeto de pacto, que conjugava as duas categorias de direitos. Entretanto, em 1951 a Assembleia Geral, sob a influência dos países ocidentais, determinou a elaboração de dois pactos em separado, que deveriam ser aprovados e abertos para assinatura simultaneamente, no sentido de enfatizar a unidade dos direitos neles previstos. O PIDCP proclama o dever dos Estados-partes de assegurar os direitos nele elencados a todos os indivíduos que estejam sob sua jurisdição, adotando medidas necessárias para esse fim. Isto é, cabe aos Estados-partes o estabelecimento de um sistema legal capaz de responder com eficácia às violações de direitos civis e políticos (Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007).

[5] Enquanto o PIDCP estabelece direitos políticos endereçados ao indivíduo, o PIDESC estabelece deveres endereçados aos Estados. Dentre eles: o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito a formar e a associar-se a sindicatos, o direito a um nível de vida adequado, o direito à moradia, o direito à educação, o direito à previdência social, o direito à saúde e o direito à participação na vida cultural da comunidade. O PIDESC apresenta uma maneira diversificada de monitoramento e implementação das garantias apresentadas: o envio de relatórios pelos Estados-partes. De suma importância é o estabelecimento da cláusula de proibição do retrocesso social, pois através dela os Estados ficam obrigados a reconhecer e progressivamente implementar os direitos previstos, vedado o retrocesso no campo da implementação desses direitos (Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007).

[6] BRASIL. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos:* Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 13 jan. 2019.

[7] Davis, Shelton H. *"Diversidade Cultura e Direitos dos Povos Indígenas",* in *Mana –Estudos de Antropologia Social*, Rio de Janeiro, vol.14,n. 2, pp. 571-585, out. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/mana/v14n2/a14v14n2.pdf. Acesso em: 13 jan. 2019.

[8] Recomenda-se a leitura do livro "Direito das Minorias no novo ciclo de resistências na América Latina", publicado pela Editora CRV, em 2017, no qual o leitor poderá ter acesso a um espectro amplo no que

numérico, da não dominância, da cidadania (no sentido de pertencer a um Estado) e da solidariedade entre os membros da minoria[9].

Todavia, muitas dificuldades foram apontadas quanto à manutenção desta concepção, fazendo com que o termo minoria passasse a ser utilizado como referência a grupos humanos diversos, levando em consideração os aspectos culturais de cada povo[10]. Assim, Semprini considera que as minorias "são mais movimentos sociais, estruturados em torno de um sistema de valores comuns, de um estilo de vida homogêneo, de um sentimento de identidade ou pertença coletivos, ou mesmo de uma experiência de marginalização"[11].

Para Nóbrega e Joca[12], compreende-se por minoria "aqueles grupos sociais dos quais é subtraída, em virtude de discriminação, a competência para tomar decisões que alterem os rumos da sociedade, tendo dificuldades em ocupar espaços de poder, embora possam representar a maioria populacional".

Desse modo, parece claro que o conceito de minorias não pode estar adstrito ao critério numérico, mas deve considerar aspectos políticos de inserção da população no âmbito de garantia e efetivação de direitos, ainda que este grupo populacional seja expressivo, como é o caso das crianças e adolescentes.

Como reflexo, nas Constituições dos Estados Democráticos, o conceito de minorias "se aproxima dos grupos com identidade própria construída através das lutas por políticas de inclusão unificadas, como forma de resistência às mais diversas formas de exclusão e discriminação"[13].

---

diz respeito ao direito das minorias, não só da formação e aplicação conceitual, como também das resistências que se ampliam no sentido da busca por efetivação de direitos fundamentais.

[9] Nóbrega, Luciana; Joca, Priscylla. *"Os direitos das minorias à luz do direito fundamental à igualdade",* in Guimarães, Onelis Silva (Org.). *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p.4.

[10] Nóbrega, Luciana; Joca, Priscylla. *"Os direitos das minorias à luz do direito fundamental à igualdade",* in Guimarães, Onelis Silva (Org.). *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 5.

[11] Semprini, Andrea. *Multiculturalismo*. Tradução Laureano Pelegrin. São Paulo: EDUSC,1999. p.44.

[12] Nóbrega, Luciana; Joca, Priscylla. *"Os direitos das minorias à luz do direito fundamental à igualdade",* in Guimarães, Onelis Silva (Org.). *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 5.

[13] Freitas, Raque Coelho de. "*Minorias e fortalecimento de cidadanias na América Latina"*, in Freitas, Raquel Coelho de (Coord.); MORAES, Germana de Oliveira (Coord.). *Direito das Minorias no novo ciclo de resistências na América Latina*. Curitiba, Editora CRV, 2017. p.18

3 O adolescente em situação de rua: entre as ruas de exclusão e a doutrina da proteção integral

A partir dos anos 80, o momento de abertura democrática e a percepção da ineficácia da proposta apresentada pelo Código de Menores produziram modificação na forma de tratamento dispensada à criança e ao adolescente, que passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos.

Nesse período, a questão das crianças e dos adolescentes em situação de rua no Brasil assumiu dimensões preocupantes: além do aumento do contingente de crianças e adolescentes nas ruas dos grandes centros, avultaram-se os casos de violência contra esse grupo[14].

Essas crianças e adolescentes marginalizados, que viviam seu cotidiano nas ruas, foram identificadas como "meninos de rua", expressão que passou a integrar o léxico governamental para identificar crianças que se encontravam em diversas situações perante a rua: "se referia às crianças marginalizadas que não se encontravam internadas em instituições e viviam seu cotidiano nas ruas das grandes cidades, caracterizadas ainda por se encontrarem no limiar da delinquência, pelo abandono dos pais e pela vida nos grupos de rua"[15].

Nesse contexto, surgiu, em 1983, o Projeto Alternativas de Atendimento a Meninos de Rua (PAAMR), concebido em uma parceria entre a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM)[16], a Secretaria de Assistência Social/Ministério da Previdência e Assistência Social e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), cujos princípios fundamentais eram: considerar a criança e o adolescente como sujeitos da história e desenvolver o trabalho educativo no contexto social em que eles estão inseridos[17].

Em paralelo, no ao de 1985, formou-se o Movimento Nacional dos Meninos e

---

[14] Impelizieri, Flávia. *Crianças de rua e ONGs no Rio: um estudo do atendimento não-governamental*. Rio de Janeiro: AMAIS Livraria e Editora: IUPERJ, 1995. p.15.

15 Impelizieri, Flávia. *Crianças de rua e ONGs no Rio: um estudo do atendimento não-governamental*. Rio de Janeiro: AMAIS Livraria e Editora: IUPERJ, 1995. p. 26-27.

[16] Em 1964, foi estabelecida a Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM), modelo de política assistencialista. Nesse período, foi criada a Fundação Nacional do Bem Estar do Menor (FUNABEM), que tinha por missão instituir o Anti-SAM e viabilizar a assistência dos "menores" em situação irregular (PINHEIRO, Ângela. **Criança e adolescente no Brasil**: porque o abismo entre a lei e a realidade. Fortaleza: Ed. UFC, 2006. p. 125).

[17] Pinheiro, Ângela. *Criança e adolescente no Brasil: porque o abismo entre a lei e a realidade*. Fortaleza: Ed. UFC, 2006. p. 106.

Meninas de Rua (MNMMR), cujo objetivo era realizar uma atuação marcadamente política no âmbito dos direitos das crianças e adolescentes, posicionando-se "como importante ferramenta contra as práticas assistencialistas, paternalistas e correcional-repressivas, que a entidade reputa terem sido predominantes no trato da criança e do adolescente no Brasil"[18], ao mesmo tempo em que defendia a afirmação de direitos e a cidadania.

Em maio de 1986, realizou-se em Brasília, o I Encontro Nacional de Meninos e Meninas de Rua (I ENMMR)[19]. As crianças e os adolescentes que fizeram parte do Encontro haviam passado por um processo de discussão prévia nos níveis local e estadual[20]. Na ocasião, os meninos e as meninas discutiram saúde, família, trabalho, escola, sexualidade, violência e direitos, denunciando, nos dizeres de Costa, a constante e sistemática violação de seus direitos de cidadãos[21].

O MNMMR foi um dos mobilizadores nacionais da participação de diversos segmentos da área da infância e juventude, o que resultou na apresentação de sugestões e reivindicações, muitas das quais foram enviadas à Assembleia Nacional Constituinte (ANC), orientando, nos dizeres de Gohn, a luta pelo reconhecimento oficial dos direitos sociais das crianças e dos adolescentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[22].

Esse momento social fomenta o surgimento da representação da criança e do

---

[18] Pinheiro, Ângela. *Criança e adolescente no Brasil: porque o abismo entre a lei e a realidade*. Fortaleza: Ed. UFC, 2006. p. 168-169.

[19] O Encontro é resultado do desenvolvimento de um movimento nacional amplo em favor dos meninos e meninas de rua. Foram organizadas comissões locais, estaduais e uma nacional, eleita em 1985, a partir da união dos grupos de pessoas interessados na temática e que já se articulavam de maneira informal (Costa, Antônio Carlos Gomes da. *De menor a cidadão: notas para uma história do novo direito da infância e juventude no Brasil.* Brasília, DF: Editora do Senado, 1993. p. 27). O objetivo do Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua (MNMMR) era discutir e sensibilizar a sociedade para a questão das crianças e adolescentes rotuladas como "menores abandonados" ou "meninos de rua" (Amin, Andréa Rodrigues. *"Evolução histórica do Direito da Criança e do Adolescente"*,in: Maciel, Kátia (Coord.): *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010b. p. 3-10.p. 8).

[20] Pinheiro indica que cerca de 430 meninos e meninas de rua, de quase todas as unidades da Federação, reuniram-se para discutir questões relacionadas à sua vida. Na ocasião, houve, inclusive, marcha dos participantes ao Congresso Nacional para que pudessem apresentar aos parlamentares as reivindicações relativas aos seus direitos. Tal articulação representou, no Brasil, prática de defesa de direitos inédita: "crianças e adolescentes- representados por meninos e meninas de rua- falam por si mesmos e buscam o reconhecimento de direitos para o universo da infância e adolescência brasileiras"(Pinheiro, Ângela. *Criança e adolescente no Brasil: porque o abismo entre a lei e a realidade*. Fortaleza: Ed. UFC, 2006. p. 171).

[21] Costa, Antônio Carlos Gomes da. *De menor a cidadão: notas para uma história do novo direito da infância e juventude no Brasil.* Brasília, DF: Editora do Senado, 1993.p. 27-28.

[22] Gohn, Maria da Glória. "*Movimento de meninos e meninas de rua no Brasil"*, in: Gohn, Maria da Glória. *Os Sem-Terra, ONGs e cidadania: a sociedade civil brasileira na era da globalização*. São Paulo, Cortez, 1997. p. 122-124.

adolescente como sujeitos de direitos. Nesse sentido, dois princípios são essenciais para essa representação - a igualdade perante a lei e o respeito à diferença. A igualdade perante a lei é manifestada pela universalização dos direitos – a garantia de todos os direitos a todas as crianças e adolescentes, sem considerar qualquer critério classificatório, como origem socioeconômica, idade ou estrutura familiar. O respeito à diferença emerge na consideração da criança e do adolescente como pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, a concretizar-se na garantia de todos os direitos básicos reconhecidos para todos os seres humanos e na garantia dos que correspondem à peculiaridade infantojuvenil.

Nessa perspectiva, a criança e o adolescente passam a ser reconhecidos como o outro diferente, mas não inferior, como segmentado nas representações de exclusão que predominavam outrora: "sua concepção como objeto de proteção social; de controle e disciplinamento; e de repressão"[23].

No ano de 1990, a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)[24] rompe definitivamente com a aplicação da Doutrina da Situação Irregular, fomentando o surgimento da Doutrina da Proteção Integral.

O plano interno reflete a aprovação, no plano internacional, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (CNUDC) [25], promulgada no Brasil como Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Em seu artigo 2º, determina, por exemplo, caber aos Estados Partes o respeito aos direitos de crianças e adolescentes

[23] Pinheiro, Ângela. *Criança e adolescente no Brasil: porque o abismo entre a lei e a realidade*. Fortaleza: Ed. UFC, 2006. p. 81-82.

[24] Objetivando regulamentar e implementar o novo sistema, foi promulgada a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, intitulada Estatuto da Criança e do Adolescente, de autoria do Senador Ronan Tito e relatório da Deputada Rita Camata (Amin, Andréa Rodrigues. *"Evolução histórica do Direito da Criança e do Adolescente"*,in: Maciel, Kátia (Coord.): *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010b. p. 9).

[25] A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (CNUDC) foi proclamada em 20 de novembro de 1989 pela Assembleia Geral das Nações Unidas. O documento sistematizou a Doutrina da Proteção Integral. Desse modo, foram fixados um conjunto de princípios, que tinham como escopo a garantia da concretização da implantação de instrumentos capazes de assegurar a promoção e defesa dos direitos das crianças e adolescentes (Pinheiro, Ângela. *Criança e adolescente no Brasil: porque o abismo entre a lei e a realidade*. Fortaleza: Ed. UFC, 2006. p. 88-89). Dentre os princípios estão: proteção especial para o desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual; educação gratuita e compulsória; prioridade em proteção e socorro; proteção contra negligência, crueldade e exploração; proteção contra atos de discriminação (Amin, Andréa Rodrigues. "*Doutrina da Proteção Integral"*,in: Maciel, Kátia (Coord.): *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010a. p. 11-12). A CNUDC estabeleceu os seguintes fundamentos para a proteção integral: 1º) reconhecimento da peculiar condição da criança e jovem como pessoa em desenvolvimento, titular de proteção integral; 2º) crianças e jovens têm direito à convivência familiar; 3º) as Nações subscritoras obrigam-se a assegurar os direitos insculpidos na Convenção com absoluta prioridade.

sujeitos a sua jurisdição, sem nenhuma distinção e "independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais"[26].

4 O direito ao desenvolvimento social de adolescentes em situação de rua[27]

O direito ao desenvolvimento corresponde a um processo multidimensional, sendo considerado inalienável, através do qual, todos possam participar do desenvolvimento econômico, social, cultural, ambiental, educacional, da saúde e político, permitindo a realização ampla dos direitos humanos e liberdades individuais[28].

Sen[29] indica que desenvolvimento, sem dúvida, não deve ser resumido, de forma simplória, à maximização da renda e da riqueza, mas deve estar, sobretudo,

---

[26] BRASIL. *Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990:* promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF, 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 14 jan. 2019. p.1.

[27] A despeito da igualdade preconizada pela aprovação do ECA e pela entrada em vigor da Constituição de 1988, as infâncias e as adolescências brasileiras seguiram o curso da desigualdade presente desde as origens do país, sendo assim, o contingente de crianças e adolescentes em situação de rua, nos dias de hoje, ainda, é significativo. Para esta população os desafios são imensos, mas a ausência de uma definição precisa do que seja situação de rua e de quem são essas crianças e adolescentes em situação de rua aparece como primeiro obstáculo no sentido da busca de superação da situação de abandono, pobreza e prejuízo ao desenvolvimento em que essas meninas e meninos se encontram. Tanto que o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) e o Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes (CONANDA) adotaram a seguinte definição em Resolução Conjunta nº 01, de 15 de dezembro de 2016: "Os sujeitos em desenvolvimento com direitos violados, que utilizam logradouros públicos, áreas degradadas como espaço de moradia ou sobrevivência, de forma permanente e/ou intermitente, em situação de vulnerabilidade e/ou risco pessoal e social pelo rompimento ou fragilidade do cuidado e dos vínculos familiares e comunitários, prioritariamente em situação de pobreza e/ou pobreza extrema, dificuldade de acesso e/ou permanência nas políticas públicas, sendo caracterizados por sua heterogeneidade, como gênero, orientação sexual, identidade de gênero, diversidade étnico-racial, religiosa, geracional, territorial, de nacionalidade, de posição política, deficiência, entre outros" (BRASIL. *Resolução Conjunta CNAS/CONANDA nº 1, de 15 de dezembro de 2015:* dispõe sobre o conceito e o atendimento de criança e adolescente em situação de rua e inclui o subitem 4.6, no item 4, do Capítulo III do documento de Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes. Brasília, DF, 2016. Disponível em: http://www.mpgo.mp.br/portal/arquivos/2017/01/09/10_24_14_799_CNAS_2016_001_15.12.2016.pdf. Acesso em: 12 jan. 2019.p. 02). Esta definição busca reconhecer crianças e adolescentes em situação de rua como sujeitos em desenvolvimento que vivem em pobreza extrema e partilham da ausência ou fragilidade dos vínculos familiares e comunitários. Sendo assim, o que representa o direito ao desenvolvimento para este público e como são traçadas as relações familiares e comunitárias?

[28] ONU. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento: adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 4 de dezembro de 1986*. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html. Acesso em: 14 jan. 2019. p.01.

[29] Sen, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Laura Teixeira Motta (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 28-29.

relacionado à melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos.

A expansão da liberdade, nesta perspectiva, tornar-nos-ia seres mais completos, "pondo em prática nossas violações, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo"[30].

O oposto do desenvolvimento, e, consequentemente, da liberdade, seria, então, a privação de liberdade, representada pela limitação às escolhas e às oportunidades dos indivíduos e, diretamente, associada à falta de oportunidades sociais – o que permeia a vida e a realidade das crianças e dos adolescentes em situação de rua[31].

A rua, como limitador das oportunidades das crianças e dos adolescentes[32], aparece, então, como *locus* inapropriado para a efetivação do desenvolvimento social.

Conforme a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986, a pessoa é o sujeito central do desenvolvimento, devendo ser participante ativa e beneficiária deste, sendo responsabilidade de todos a garantia do desenvolvimento, individual e coletivamente, considerando, conforme artigo 2º do diploma político:

> A necessidade de pleno respeito aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como seus deveres para com a comunidade, que sozinhos podem assegurar a realização livre e completa do ser humano e deveriam por isso promover e proteger uma ordem política, social e econômica apropriada para o desenvolvimento[33].

Sendo, dever do Estado, a responsabilidade pela criação de condições nacionais e internacionais favoráveis à realização do direito ao desenvolvimento, com vistas a alcançar o bem-estar da população com base em sua participação ativa, livre e significativa.

---

[30] Sen, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Laura Teixeira Motta (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p.29.

[31] Lima, Wânia Cláudia Gomes Di Lorenzo. *"Crianças e adolescentes em situação de rua: propostas pedagógicas como instrumento de materialização do direito ao desenvolvimento"*, in: *XXIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI)*. Paraíba, 2014, pp. 480- 501. Disponível em: http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a3e8b5e0becdbfb1. Acesso em: 13 jan. 2019. p. 16.

[32] Limitação de oportunidades representada pela impossibilidade de efetivação dos direitos fundamentais dessa população infantojuvenil que vive em situação de rua. De forma ampla, a vida nas ruas reflete não apenas a ausência de oportunidades, mas a privação (de comida, de bebida, de moradia, de educação, de saúde, de amor), o que reforça, e, até, amplia, a não efetivação do direito ao desenvolvimento.

[33] ONU. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento: adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 4 de dezembro de 1986*. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html. Acesso em: 14 jan. 2019. p. 01.

O Estado brasileiro, no preâmbulo da Constituição de 1988, indica sua formação enquanto Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, tendo como valores supremos de uma sociedade fraterna a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 3º, esclarece que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa, assegurada, sem prejuízo, a proteção integral, com a finalidade de possibilitá-los o desenvolvimento físico, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade, sendo assegurado o desenvolvimento a todas as crianças e adolescentes "sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia"[34].

5 Convivência familiar e comunitária e adolescência em situação de rua

A Constituição Federal prevê, em seu artigo 227, como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem a convivência familiar e comunitário, o que completado pelas disposições do artigo 4º, do ECA, introduz como primordial a relação familiar e comunitária, independentemente do arranjo familiar em questão.

Neste escopo, a aprovação, em 2006, do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária resulta de um processo participativo de elaboração conjunta, envolvendo representantes de todos os poderes e esferas de governo, da sociedade civil organizada e de organismos internacionais, os quais compuseram a Comissão Intersetorial que elaborou os subsídios apresentados ao Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e Adolescentes - CONANDA e ao Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS.

Este Plano constitui um marco nas políticas públicas no Brasil, ao romper com a cultura da institucionalização de crianças e adolescentes e ao fortalecer o paradigma da proteção integral e da preservação dos vínculos familiares e comunitários preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A manutenção dos vínculos

[34] BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*: dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 13 jan. 2019. p. 01.

familiares e comunitários – fundamentais para a estruturação das crianças e adolescentes como sujeitos e cidadãos – está diretamente relacionada ao investimento nas políticas públicas de atenção à família[35].

As histórias[36] dos meninos e meninas em situação de rua refletem uma multiplicidade de vínculos familiares e trajetórias, normalmente entremeados de episódios violentos que aparecem em uma sucessão de perdas e rompimento de laços afetivos[37].

O desligamento da casa e da família apresenta diversas motivações[38], embora na maior parte das vezes esteja relacionado à contraposição de valores e normas no campo de ação dentro da vida da criança. De fato, o abandono do grupo ocorre quando não há mais satisfação de necessidades.

---

[35] BRASIL. *Plano nacional de convivência familiar e comunitária*. Brasília, DF, 2006. Disponível em: http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/secretaria-nacional-de-assistencia-social-snas/livros/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e-comunitaria-2013-pncfc/Plano%20Nacional%20de%20Convivencia%20Familiar%20e%20Comunitaria%202013%20PNCFC.pdf/download. Acesso em: 14 jan. 2019. p. 14-15.

[36] Sobre as histórias, recomenda-se a leitura da dissertação intitulada "Direito à educação para adolescentes em situação de rua: entre representações, exigibilidade judicial e políticas públicas", de minha autoria, sob orientação da Profa. Dra. Raquel Coelho de Freitas, defendida em 2018, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Nesta dissertação, através da realização de grupos focais, as representações de direito à educação para adolescentes em situação de rua surgem e se entrelaçam com o direito ao trabalho, à convivência familiar e comunitária e a não ser de rua, dentre outros. Disponível em: http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/3075.pdf.

[37] Soares, Alexandre Bárbara; Martins, Aline de Carvalho; Butler, Udi Mandel; Caldeira, Paula; Rizzini, Irene. "*Trajetórias de vida de crianças e adolescentes nas ruas do Rio de Janeiro"*, in Rizzini, Irene (Coord.). *Vida nas ruas: crianças e adolescentes nas ruas: trajetórias inevitáveis*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2003.p. 157.

[38] Yunes et al. apresentam as distinções entra a família pensada e a família vivida por crianças e adolescentes em situação de rua. A família pensada seria "aquela tomada como referencial de um sistema de crenças e padrões de conduta, na qual pai, mãe e filhos vivem um vínculo familiar nuclear, coeso e estável, tanto no aspecto emocional como financeiro." (Yunes, Maria Ângela Mattar; Arrieche, Maria Rosaura de Oliveira; Tavares, Maria de Fátima Abrantes; Faria, Lucimeri Coll. *"Família vivida e pensada na percepção de crianças em situação de rua"* in *Paidéia*, Ribeirão Preto, v.11, n. 21, pp. 47-56, 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/paideia/v11n21/06.pdf. Acesso em: 15 jan. 2019.p. 53). Já a família vivida representa "a família real, do dia-a-dia. É a que fala das dificuldades, tanto de ordem afetiva como material, que lembra as brigas, os conflitos e a separação dos membros e que, portanto, muitas vezes traz recordações dolorosas" (Yunes, Maria Ângela Mattar; Arrieche, Maria Rosaura de Oliveira; Tavares, Maria de Fátima Abrantes; Faria, Lucimeri Coll. *"Família vivida e pensada na percepção de crianças em situação de rua"* in *Paidéia*, Ribeirão Preto, v.11, n. 21, pp. 47-56, 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/paideia/v11n21/06.pdf. Acesso em: 15 jan. 2019. p. 53). Para Melo através dessa cisão entre família pensada e família vivida, crianças e adolescentes em situação de rua criam uma dificuldade de "ancoragem" [permanecer com a família] simbólica e representacional. Em contrapartida, os próprios programas de assistência, tendo como base a ideia de família normal, indicam que a situação dessas crianças e adolescentes em relação à família está pautada nos "processos inadequados de socialização, seja a alguma forma de deficiência ou desestrutura familiar, desconsiderando os amplos fatores estruturais de auto-socialização e negociação nas famílias." (Melo, Eduardo Rezende. *Crianças e adolescentes em situação de rua: direitos humanos e justiça – uma reflexão crítica sobre a garantia de direitos humanos de crianças e adolescentes em situação de rua e o sistema de justiça no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.p. 91).

Embora seja comum acreditar que essas crianças e adolescentes em situação de rua não possuem vínculos familiares, a pesquisa[39] demonstrou que, em sua grande maioria, há genitores vivos. Dentro da rede de parentesco, a figura da mãe se sobressai: 95% dos entrevistados revelaram saber que sua mãe está viva, ao passo que 5%, disseram ter mãe falecida.

Todavia, a existência do genitor não significa a ausência de problemas no relacionamento entre os membros da família. Para 72% dos entrevistados, o pai e a mãe não vivem juntos, ao passo que para 28% sim. Os indicadores revelaram que as mães são as responsáveis pelas melhores relações com os filhos (em uma comparação com as estimativas relativas ao relacionamento com o pai): 48% dos informantes disseram ter um bom relacionamento com a mãe; ao passo que 44% identificaram-no como ruim; os outros 8% descreveram-no como inexistente.

A despeito do bom relacionamento entre mãe e filho acompanhar quase a metade dos entrevistados, apenas uma parcela de 7,69% dessas crianças e adolescentes pode ser considerada livre de qualquer violação de direitos[40]. Dentre as violações sofridas, a negligência (53,39%) e o abandono (16,74%) são as mais comuns. Em seguida, foram relatados o trabalho infantil (13,12%) e a violência doméstica (11,76%).

Em relação à figura paterna, 84% das crianças e jovens ouvidos afirmaram ter o pai vivo e 16% são órfãos de pai.

No quesito relacionamento entre pai e filho, o relacionamento inexistente figura em 34,65% dos casos, o relacionamento bom representa 32,67% e o ruim 32,67%. Desse modo, podemos perceber que em 67,32% dos casos a relação entre pai e filho encontra-se enfraquecida, sendo, por vezes, inexiste, sendo, outras vezes, insatisfatória.

---

[39] Diante da inexistência de dados oficiais sobre o número e o perfil de crianças e adolescentes vivendo nas ruas nos centros urbanos, a Campanha Nacional Criança Não é de Rua (CNER) deu início à coleta de informações através da Plataforma Digital Rua Brasil S/Nº, obtendo dados provenientes de entrevistas registradas, ao longo do ano de 2014, em dez capitais brasileiras: Maceió-AL, Fortaleza-CE, São Luís-MA, Campo Grande- MS, João Pessoa-PB, Recife-PE, Rio de Janeiro-RJ, Porto Alegre-RS, São Paulo-SP e Palmas-TO (Observatório Nacional Criança Não é de Rua. *Plataforma Rua Brasil S/N*. Fortaleza, 2015. Disponível em: http://www.observatorionacional.net.br/dadosExistentes.aspx. Acesso em: 14 jan. 2019. p.1). O objetivo da coleta foi produzir um diagnóstico parcial sobre a situação de rua infanto-juvenil do país, como subsídio para as discussões promovidas pela CNER, especificamente na proposição de políticas públicas (Torquato, Manoel; Abreu, Domingos; Aquino, Jakson. *Rua Brasil S/Nº: amostragem 2012/2013. Fortaleza: Campanha Nacional de Enfretamento à Situação de Moradia nas Ruas de Crianças e Adolescentes*, 2013. p. 4).

[40] As violações podem ser tanto as sofridas pelas crianças e adolescentes quanto as que atingem a própria mãe e, por conseguinte, o filho (Torquato, Manoel; Abreu, Domingos; Aquino, Jakson. *Rua Brasil S/Nº: amostragem 2012/2013. Fortaleza: Campanha Nacional de Enfretamento à Situação de Moradia nas Ruas de Crianças e Adolescentes*, 2013. p. 11).

Em relação às violações sofridas diante da presença do pai, os quantitativos foram os seguintes: 69,68% dos pais são responsáveis pelas violações de negligência, abandono, violência doméstica, abuso sexual e trabalho infantil. Em relação às violações que afetam os pais e apresentam consequência sobre os filhos, 37,7% foram identificadas como sendo alcoolismo, drogadição, cumprimento de pena na prisão e outros.

As crianças e adolescentes em situação de rua podem ter por referência principal outro parente: avó, 13,13%; avô, 2,39%; irmãos, 4,18%; padrasto, 1,49%; tia, 3,28%; tio, 3%; madrasta, 3% e outros, 1,19%. Em relação ao relacionamento com essa outra referência familiar, 80% foi apresentado como bom, ao passo que 18% foi apresentado como ruim e 2%, como inexistente. No que diz respeito às situações de violação, despontam como mais significativas: negligência, 22,62%; exploração do trabalho infantil, 14,29%; problemas de saúde, 11,9%; violência doméstica, 9,52% e drogadição, 8,33%. Importa observar, aqui, como a constituição da família assume novos modelos dentro do contexto da situação de rua. Sendo a família responsável pela garantia do direito à educação, assim como o Estado e a sociedade, como exigir o cumprimento da obrigação quando os laços são nulos ou fragilizados?

Fica claro, pois, que o apoio comunitário e da família constituem-se em formas de suporte para as crianças e adolescentes, partindo dos laços afetivos e das relações interpessoais estabelecidas, bem como das oportunidades de participação dentro da comunidade. Há uma disputa entre a família, a comunidade e a rua. Assim, quando o espaço da comunidade e da família se torna insustentável, a ida para a rua aparece como solução viável, racional e lógica. A rua passa a ser representada como o lugar onde a criança buscará a segurança, a proteção e a afetividade esvaziadas nos outros ambientes[41].

Considerações finais

O direito das minorias vem sendo estuda a partir de distintas perspectivas, desde a consideração de critérios fixos relacionados às minorias étnicas, religiosas e

[41] Soares, Alexandre Bárbara; Martins, Aline de Carvalho; Butler, Udi Mandel; Caldeira, Paula; Rizzini, Irene. "*Trajetórias de vida de crianças e adolescentes nas ruas do Rio de Janeiro*", in Rizzini, Irene (Coord.). *Vida nas ruas: crianças e adolescentes nas ruas: trajetórias inevitáveis*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2003.p. 179.

linguísticas, ao conceito contemporâneo que, abrangente, engloba os grupos humanos cujos direitos são frequentemente violados, os novos movimentos sociais.

A garantia do reconhecimento das crianças e dos adolescentes enquanto sujeitos de direitos, em condição peculiar de desenvolvimento, e aos quais se deve atribuir prioridade absoluta de tratamento, perspectiva que entra em vigor no Brasil a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e da aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, foi adotada a partir de um movimento organizado de pessoas favoráveis à necessidade de reconhecimento dos direitos das crianças e dos adolescentes em situação de rua, ainda na década de 1980.

Alguns anos mais tarde, a situação da população infantojuvenil em situação de rua permanece agravada. Ainda mais pela ausência de definição e quantitativo. De fato, apenas em 2016, através de Resolução Conjunta CNAS/CONANDA, a Campanha Nacional Criança não é de Rua conseguiu reunir elementos capazes de contribuir para o delineamento do público: sujeitos em desenvolvimento com direitos violados, fazendo uso de logradouros públicos, em situação de vulnerabilidade, rompimento ou fragilidade dos vínculos familiares e comunitários, dentre outros espectros.

Na perspectiva da infância e da adolescência em situação de rua, a compreensão de desenvolvimento social enquanto liberdade está fadada a fracassar em favor da falta de oportunidades – privação total de direitos. Desenvolvimento social este que se relaciona, estritamente, no período compreendido como infância e adolescência, com a convivência familiar e comunitária.

Em um diagnóstico realizado pela Campanha Nacional Criança Não é de Rua, parcela significativa de crianças e adolescentes em situação de rua reconhece (ou morava) os genitores, saiu de casa em virtude da impossibilidade de manutenção de um relacionamento saudável com a família, mas, a despeito do cenário de vulnerabilização e violência, deseja voltar para casa.

Sendo assim, para estas crianças e adolescentes em situação de rua, as tensões entre os espaços casa-rua-comunidade parecem agigantar-se, produzindo grave prejuízo ao completo desenvolvimento social e psicológico de cada um deles e exigindo providências imediatas no sentido de alcançar solução para estas questões complexas.

Referências

Amin, Andréa Rodrigues. "*Doutrina da Proteção Integral"*,in: Maciel, Kátia (Coord.): *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010a. pp. 11-17.

Amin, Andréa Rodrigues. *"Evolução histórica do Direito da Criança e do Adolescente",*in: Maciel, Kátia (Coord.): *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos.* Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010b. p. 3-10.

BRASIL. *Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990:* promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF, 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 14 jan. 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*: dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 13 jan. 2019.

BRASIL. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos:* Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 13 jan. 2019.

BRASIL. *Plano nacional de convivência familiar e comunitária.* Brasília, DF, 2006. Disponível em: http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/secretaria-nacional-de-assistencia-social-snas/livros/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e-comunitaria-2013-pncfc/Plano%20Nacional%20de%20Convivencia%20Familiar%20e%20Comunitaria%202013%20PNCFC.pdf/download. Acesso em: 14 jan. 2019.

BRASIL. *Resolução Conjunta CNAS/CONANDA nº 1, de 15 de dezembro de 2015:* dispõe sobre o conceito e o atendimento de criança e adolescente em situação de rua e inclui o subitem 4.6, no item 4, do Capítulo III do documento de Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes. Brasília, DF, 2016. Disponível em: http://www.mpgo.mp.br/portal/arquivos/2017/01/09/10_24_14_799_CNAS_2016_001_15.12.2016.pdf. Acesso em: 12 jan. 2019.

Costa, Antônio Carlos Gomes da. *De menor a cidadão: notas para uma história do novo direito da infância e juventude no Brasil.* Brasília, DF: Editora do Senado, 1993.

Davis, Shelton H. *"Diversidade Cultura e Direitos dos Povos Indígenas",* in *Mana – Estudos de Antropologia Social* , Rio de Janeiro, vol.14, n. 2, pp. 571-585, out. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/mana/v14n2/a14v14n2.pdf. Acesso em: 13 jan. 2019.

Freitas, Raque Coelho de. "*Minorias e fortalecimento de cidadanias na América*

Latina", in Freitas, Raquel Coelho de (Coord.); MORAES, Germana de Oliveira (Coord.). *Direito das Minorias no novo ciclo de resistências na América Latina*. Curitiba, Editora CRV, 2017. pp. 11-29.

Gohn, Maria da Glória. "*Movimento de meninos e meninas de rua no Brasil"*, in: Gohn, Maria da Glória. *Os Sem-Terra, ONGs e cidadania: a sociedade civil brasileira na era da globalização*. São Paulo, Cortez, 1997. pp. 111-133.

Impelizieri, Flávia. *Crianças de rua e ONGs no Rio: um estudo do atendimento não-governamental*. Rio de Janeiro: AMAIS Livraria e Editora: IUPERJ, 1995.

Lima, Wânia Cláudia Gomes Di Lorenzo. *"Crianças e adolescentes em situação de rua: propostas pedagógicas como instrumento de materialização do direito ao desenvolvimento"*, in: *XXIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI)*. Paraíba, 2014, pp. 480- 501. Disponível em: http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a3e8b5e0becdbfb1. Acesso em: 13 jan. 2019.

Melo, Eduardo Rezende. *Crianças e adolescentes em situação de rua: direitos humanos e justiça – uma reflexão crítica sobre a garantia de direitos humanos de crianças e adolescentes em situação de rua e o sistema de justiça no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

Nóbrega, Luciana; Joca, Priscylla. *"Os direitos das minorias à luz do direito fundamental à igualdade",* in Guimarães, Onelis Silva (Org.). *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. pp.1-28.

Observatório Nacional Criança Não é de Rua. *Plataforma Rua Brasil S/N*. Fortaleza, 2015. Disponível em: http://www.observatorionacional.net.br/dadosExistentes.aspx. Acesso em: 14 jan. 2019.

ONU. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento: adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 4 de dezembro de 1986*. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html. Acesso em: 14 jan. 2019.

Pinheiro, Ângela. *Criança e adolescente no Brasil: porque o abismo entre a lei e a realidade*. Fortaleza: Ed. UFC, 2006.

Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Semprini, Andrea. *Multiculturalismo*. Tradução Laureano Pelegrin. São Paulo: EDUSC,1999.

Sen, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Laura Teixeira Motta (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

Soares, Alexandre Bárbara; Martins, Aline de Carvalho; Butler, Udi Mandel; Caldeira,

Paula; Rizzini, Irene. "*Trajetórias de vida de crianças e adolescentes nas ruas do Rio de Janeiro"*, in Rizzini, Irene (Coord.). *Vida nas ruas: crianças e adolescentes nas ruas: trajetórias inevitáveis*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2003. pp.125-271.

Torquato, Manoel; Abreu, Domingos; Aquino, Jakson. *Rua Brasil S/Nº: amostragem 2012/2013. Fortaleza: Campanha Nacional de Enfretamento à Situação de Moradia nas Ruas de Crianças e Adolescentes*, 2013.

Yunes, Maria Ângela Mattar; Arrieche, Maria Rosaura de Oliveira; Tavares, Maria de Fátima Abrantes; Faria, Lucimeri Coll. *"Família vivida e pensada na percepção de crianças em situação de rua"* in *Paidéia*, Ribeirão Preto, v.11, n. 21, pp. 47-56, 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/paideia/v11n21/06.pdf. Acesso em: 15 jan. 2019.

2. MOVIMENTOS FEMINISTAS E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: O PESSOAL É POLÍTICO

FEMINIST MOVEMENTS AND DOMESTIC VIOLENCE: THE PERSONAL IS POLITICALS

https://doi.org/10.36592/9786587424187-2

Roberta Franco Massa[1]

Resumo

O presente trabalho trata do papel histórico do feminismo e como este auxiliou na promoção do reconhecimento dos direitos das mulheres como parte inalienável dos direitos humanos. Sob esta mesma ótica, foi explicada a importância da luta empregada pelos movimentos feministas ao longo dos anos. Para tanto, faz-se um apanhado histórico da luta pelos direitos das mulheres, descrevendo suas principais pautas através do estudo das chamadas ondas do feminismo, sobretudo a segunda onda. O texto discorre sobre o lema da segunda onda do feminismo, traduzido na expressão "o pessoal é político", o qual procurou trazer para o âmbito público as discussões sobre gênero, dominação masculina e violência doméstica. Fez-se uma breve análise das primeiras normativas internacionais que trataram da discriminação e violência contra mulheres e sua repercussão na legislação brasileira, que culminou com a promulgação da Lei n.11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha. Por fim, afirma-se a necessidade de se manter o feminismo ativo diante de políticas engendradas por governos que não compactuam com a agenda de direitos humanos debatida na ONU e, principalmente, diante do alto índice de violência doméstica ainda praticada no Brasil.

Palavras-chave: direitos humanos; direitos das mulheres; ondas do feminismo; gênero; violência doméstica.

Abstract

This paper deals with the historical role of feminism and how it helped to promote the

[1] Promotora de Justiça do Estado do Paraná. Graduada em Direito pela Universidade Estadual "Júlio de Mesquita Filho" - UNESP. Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL. E-mail: roberta_massa@yahoo.com.br

recognition of women's rights as an inalienable part of human rights. From this same perspective, it was explained the importance of the struggle employed by feminist movements over the years. To this end, a historical overview of the struggle for women's rights is presented, describing its main agendas through the study of the so-called waves of feminism, especially the second wave. The text discusses the theme of the second wave of feminism, translated in the expression "the personal is political", which sought to bring to the public sphere the discussions about gender, male domination and domestic violence. It was made a brief analysis of the first international norms that dealt with discrimination and violence against women and its repercussion in the Brazilian legislation, which culminated with the promulgation of Law n.11.340/2006, known as Maria da Penha. Finally, we affirm the need to keep feminism active before policies engendered by governments that do not compromise with the human rights agenda debated at the UN and, especially, regarding the high rate of domestic violence still practiced in Brazil.
Keywords: human rights; women's rights; waves of feminism; gender; domestic violence.

Introdução

Os direitos das mulheres são direitos humanos. Os direitos humanos das mulheres são parte inalienável dos direitos humanos universais. Consta, desde 1948, no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos que a igualdade de direitos para mulheres e homens é um direito humano fundamental[2].

Entretanto, a concretização da plena igualdade dos direitos do "Homem" para as mulheres ainda se mostra objeto de lutas diuturnas empregadas, principalmente, por movimentos feministas. É certo que, mesmo após tantos avanços em termos de conquistas de direitos pelas mulheres, ainda se mostram latentes determinadas políticas destinadas a regredirem[3].

[2] "A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública fundada no respeito à dignidade humana ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis" (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional universal.* 18a edição. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 231).

[3] Conforme observado por Barsted, "(...) em muitos casos, as decisões tomadas em fóruns internacionais, mesmo quando aprovadas por unanimidade, tornam-se mera retórica nos territórios nacionais. Isso porque, além dos obstáculos culturais, esbarram na dificuldade de compatibilizar ações na área dos direitos humanos com modelos de desenvolvimento econômico e político excludentes e, portanto,

Partindo desta premissa, utiliza-se a expressão "ondas do feminismo" para situar na linha do tempo as reivindicações e conquistas alcançadas pelas mulheres. Estes momentos históricos, ou estas "ondas", são importantes para demonstrar e justificar as pautas feministas existentes nas diferentes fases do movimento.

Ocorre que cada momento histórico teve suas especificidades, logo, as ondas do feminismo, acompanhando tais particularidades, apresentaram, cada uma delas, demandas diferentes, daí o aspecto estrutural e didático encontrado nesta divisão a fim de explicar como as pautas femininas foram desenvolvidas e se modificaram ao longo do tempo.

Isso não quer dizer, portanto, que a eventual realização de pautas em uma onda venha a representar a exclusão de sua anterior[4]; ao contrário, elas estão interligadas entre si, uma pressupõe a outra, e demonstram que, apesar de todas as conquistas assentadas até o presente momento, ainda há muito a se avançar em relação aos direitos das mulheres, principalmente no tocante à violência de gênero.

Um dos objetivos centrais do movimento feminista foi (e ainda é) resistir a toda forma de opressão contra as mulheres, mas, de igual forma, o movimento procura avançar maneiras afirmativas de garantia de direitos e oportunidades[5]. Luis Felipe Miguel definiu o feminismo em sua feição moderna[6] como um movimento político e

---

Incompatíveis Com Esses Mesmos Direitos" (BARSTED, Leila L. Os Direitos Humanos Na Perspectiva De Gênero. *Colóquio de Direitos Humanos, I***.** São Paulo, Brasil, 2001).

[4] "The wave metaphor has outlived its usefulness. For one, the places where it mostly gets mentioned, among those who are committed to some version or another of feminism, are those places where people mostly now know this history, i.e. know about the larger significance of the nineteenth century women's movement and know that 1960s activism emerged from a long history of struggle around women's issues. But it is not only that the wave metaphor has outlived its usefulness. It is also that the wave metaphor tends to have built into it an important metaphorical implication that is historically misleading and not helpful politically. That implication is that underlying certain historical differences, there is one phenomenon, feminism, that unites gender activism in the history of the United States, and that like a wave, peaks at certain times and recedes at others. In sum, the wave metaphor suggests the idea that gender activism in the history of the United States has been for the most part unified around one set of ideas, and that set of ideas can be called feminism". (NICHOLSON, Linda. Feminism in 'waves': Useful metaphor or not?. *New Politics*, v. 12, n. 4, p. 34-39, 2010).

[5] Carla Cristina Garcia define o feminismo como a luz jogada às sombras de todas as grandes ideias que foram construídas ao longo do tempo sem a participação de mulheres em suas formulações, tais como a ideia de democracia, de religião, de família, dentre outras. Um tanto singelo (e poético) dentro desta ideia de luz é a cor dada pela autora, que a descreve como uma luz lilás (a cor do feminismo), em honra às 129 mulheres mortas dentro de uma tecelagem norte americana em 08 de março de 1857, cujo incêndio fora criminosamente provocado pelo dono da fábrica após a greve realizada pelas funcionárias, que reivindicavam melhores condições de trabalho. A história conta que os tecidos em que as vítimas estavam trabalhando neste dia eram da cor lilás, sendo esta data considerada, atualmente, o Dia Internacional da Mulher. (GARCIA, Carla Cristina. *Breve história do feminismo*. São Paulo: Claridade, 2015. p. 15).

[6] MIGUEL, Luis Felipe. O feminismo e a política. In: _____; BIROLI, Flavia. *Feminismo e Política: uma introdução*. 1a edição. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 19.

intelectual que critica a submissão da mulher à esfera privada em detrimento da esfera pública[7].

1 Movimentos feministas

A chamada primeira onda do feminismo teve início nas últimas décadas do Século XIX, e suas demandas foram apresentadas especialmente pelo movimento sufragista, o qual teve origem na Inglaterra, mas, na sequência, também foi articulado nos Estados Unidos da América, com a organização de mulheres em prol da luta pelo direito ao voto.

Com a conquista do voto feminino após os movimentos da primeira onda do feminismo, a maioria das reivindicações haviam sido atendidas, dentre elas, a possibilidade de participação política, o acesso aos estudos e o ingresso no mercado de trabalho[8]. Este inicial reconhecimento de cidadania às mulheres, aliado ao período entre guerras, ocasionou uma assim chamada desmilitância política feminista[9].

Contudo, em 1949 a filósofa francesa Simone de Beauvoir publicou o livro *O segundo sexo*, que impulsionou o surgimento de uma nova onda feminista com a famosa sentença "ninguém nasce mulher: torna-se mulher"[10]. Para Miguel, o livro

---

[7] Para uma compreensão mais aprofundada da discussão sobre as esferas pública e privada, recomenda-se a leitura da obra *A condição humana*, de Hannah Arendt. "A distinção entre as esferas pública e privada, encarada do ponto de vista da privatividade e não do corpo político, equivale à diferença entre o que deve ser exibido e o que deve ser ocultado. Somente a era moderna, em sua rebelião contra a sociedade, descobriu quão rica e variegada pode ser a esfera do oculto nas condições da intimidade; mas é impressionante que, desde os primórdios da história até o nosso tempo, o que precisou de ser escondido na privatividade tenha sido sempre a parte corporal da existência humana, tudo que é ligado à necessidade do próprio processo vital e que, antes da era moderna, abrangia todas as atividades a serviço da subsistência do indivíduo e da sobrevivência da espécie. Mantidos fora da vista eram os trabalhadores que, com seu corpo, cuidavam das necessidades (físicas) da vida, e as mulheres que, com seu corpo, garantem a sobrevivência física da espécie" (ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10a edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 82). Para Bourdieu: "É desejar que elas saibam trabalhar para inventar e impor – no seio mesmo do movimento social e apoiando-se em organizações nascidas da revolta contra a discriminação simbólica, de que elas são juntamente com os (as) homossexuais, um dos alvos principais – formas de organização e de ação coletivas e armas eficazes, simbólicas sobretudo, capazes de abalar as instituições, estatais e jurídicas, que contribuem para eternizar sua subordinação" (BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 15a edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2019. p. 9-10).

[8] "Valoriza-se, mais do que nunca, a participação da mulher na esfera de trabalho, no momento em que se torna necessário liberar a mão de obra masculina para as frentes de batalha" (ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é feminismo*. Brasiliense, 2017. p. 50).

[9] Garcia observa, também, uma influência da Revolução Russa nesse período de enfraquecimento do movimento organizado feminino, pois o "medo vermelho" se propagou entre as classes médias de muitos países, atribuindo às feministas a qualidade de subversivas à ordem (GARCIA, Carla Cristina. Op. cit., p. 78).

[10] E continua: "Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado, que qualificam o feminino" (BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: a experiência vivida, volume 2*. 3a edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. p.11).

"representou uma tentativa poderosa de entender a construção social do feminino como um conjunto de determinações e expectativas destinado a cercear a capacidade de agência autônoma das mulheres"[11].

A chamada segunda onda do feminismo tomou força a partir da década de 1960, na Europa e nos Estados Unidos, buscando não somente espaço para as mulheres na vida pública, no mercado de trabalho e o acesso à educação, mas também denunciando a relação de poder existente entre homens e mulheres e a necessária construção de uma nova forma de relacionamento livre de opressão. Inaugurou-se um novo movimento feminista que procurou denunciar, desta vez, o androcentrismo[12], a opressão masculina e a submissão das mulheres e de seus corpos ao patriarcalismo. A vida privada e a sexualidade da mulher passaram a ser percebidas como estruturadas em relações de poder. Neste sentido, o slogan deste novo momento, *o pessoal é político*[13], enunciava que toda a forma de poder do homem sobre a mulher é política e, portanto, não se enquadrava mais na ideia de que as discussões sobre as relações deveriam permanecer no ambiente íntimo e privado, longe do debate público.

2 O pessoal é político

Percebeu-se que o confinamento da mulher ao ambiente privado mantinha não só um quadro de opressão masculina, mas também colaborava com estereótipos de gênero produzidos numa sociedade patriarcal que ditava o que era ser mulher e como uma mulher deveria se comportar[14].

---

[11] MIGUEL, Luis Felipe. *Feminismo*..., p. 25.

[12] No mundo predominantemente masculino, o homem é o centro do poder e o criador da cultura. O homem é o essencial e a mulher está sempre numa relação de assimetria, inferior (GARCIA, Carla Cristina. Op. cit., p. 81).

[13] Em 1969, Carol Hanisch publicou o artigo intitulado *The personal is political*, no qual conta sobre sua participação, enquanto ativista, dos grupos de autoconsciência feminina nos Estados Unidos, e relata que "uma das primeiras coisas que descobrimos nesses grupos é que problemas pessoais são problemas políticos. Não há soluções pessoais desta vez. Só há ação coletiva para uma solução coletiva. Eu fui, e continuo indo a essas reuniões porque adquiri uma compreensão política que toda a minha leitura, todas as minhas 'discussões políticas', toda a minha 'ação política', todos os meus quatro anos e pouco no movimento nunca me deram. Eu fui forçada a tirar os óculos cor-de-rosa e encarar a horrível verdade de quão deprimente minha vida é na condição de mulher" (tradução livre). HANISCH, Carol. *O pessoal é político***.** Disponível em: <http://www.carolhanisch.org/CHwritings/PersonalIsPol.pdf> Acesso em 21 de julho de 2019.

[14] Betty Friedan foi a primeira feminista a tratar da insatisfação das mulheres com o "problema sem nome", tendo publicado *A mística feminina*, em 1963, escrevendo já no início do livro que "ficavam sabendo que a mulher verdadeiramente feminina não deseja seguir carreira, obter educação mais aprofundada, lutar por direitos políticos e pela independência e oportunidades que as antigas feministas pleiteavam. Algumas, entre quarenta e cinquenta anos, lembravam-se ainda de terem renunciado com

Deve-se perceber aqui, como a divisão entre os sexos se apresentava como inscrita na ordem natural das coisas, ao passo de ser incorporada pelo mundo social, definindo tanto os modos de ser, assim como as maneiras de pensamento. De acordo com Bourdieu, a divisão socialmente construída entre os sexos passa a adquirir reconhecimento e legitimação pois não são percebidos os mecanismos profundos que operam nos processos de sua naturalização.[15] Assim, não apenas os deveres de cada sexo são inscritos como já pré-definidos, o próprio modelo de "ser humano" e, por conseguinte, de "sujeito de direitos" é moldado com fulcro na dimensão masculina, eis que, o feminino era colocado fora da categoria "humana".

Camargo D'Oliveira e Quaresma da Silva, analisando o eixo da dominação patriarcal existente na separação entre o público e o privado, observaram que[16]:

> A esfera pública estaria sustentada em princípios universais, na razão e na impessoalidade, ao passo que a esfera privada abrigaria as relações de caráter pessoal e íntimo. Se naquela os indivíduos são definidos como manifestações da humanidade ou da cidadania comuns a todos, nesta é incontornável que se apresentem em suas individualidades concretas e particulares. Somam-se, a tal percepção, estereótipos de gênero desvantajosos para as mulheres. Características atribuídas, como a dedicação prioritária à família, colaboraram para que a domesticidade feminina fosse vista enquanto traço natural e distintivo, mas também como um valor a partir do qual outros comportamentos seriam caracterizados.

Portanto, à mulher caberia somente a esfera privada, onde as suas relações eram as familiares, a sua função era a de reprodução e o seu papel era o desempenho da maternidade.

Para o movimento feminista em sua segunda onda, aquelas discussões que, antes, permaneciam no ambiente privado, deveriam ser trazidas ao debate público por tratarem de questões que demandavam ações e soluções coletivas. A violência doméstica, comumente praticada na intimidade do lar, ou no seio da família, não deveria mais ser encarada como matéria de ordem privada. A forma de se entender a

---

pesar a esses sonhos, mas a maioria já nem pensava neles. Mil vozes de entendidos aplaudiam sua feminilidade, seu equilíbrio, sua nova maturidade. Bastava-lhes orientar a vida desde a infância no sentido da busca de um marido e da formação da família" (FRIEDAN, Betty. *A mística feminina*. Petrópolis: Editora Vozes Limitadas, 1971. p. 17).

[15] "A visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem legitimá-la. A ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça" (BOURDIEU, Pierre. Op. cit., p. 24).

[16] CAMARGO D'OLIVEIRA, Mariane; QUARESMA DA SILVA, Denise Regina. Aportes teóricos das dimensões de gênero nos contextos de violência: reflexões acerca da desnaturalização dos cânones subjugantes. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 24, n. 1, 2019.

política foi ressignificada, alcançando o ambiente doméstico, onde, até então, afirmava-se que o papel da mulher era realizar-se como mãe e como esposa[17], devendo permanecerem, desta forma, confinadas e submissas a toda a ordem patriarcal imposta.

Estes estudos de gênero, surgidos na década de 1960, permitiram problematizar os aspectos culturais existentes na valoração atribuída ao conceito de mulher, determinante para a compreensão da violência de gênero[18].

Nesta toada, observa-se que os movimentos feministas foram decisivos para uma modificação no olhar à violência doméstica, antes encarada como um assunto íntimo e privado, e não reconhecida, até então, como um problema social e político.

No âmbito internacional surgiram os primeiros documentos que trataram das diferentes formas de discriminação e opressão contra a mulher.

A Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (*CEDAW-Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women*) de 1979 foi o primeiro mecanismo internacional de direitos humanos adotado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, o qual definiu o que era discriminação contra a mulher e estabeleceu uma agenda para a promoção da defesa dos direitos das mulheres[19]. Este documento foi assinado pelo Brasil em 1983, com reservas, e ratificado pelo Congresso Nacional em 1984[20].

Em 1992, a Recomendação 19, do Comitê CEDAW (a quem coube monitorar a implementação da Convenção), trouxe, pela primeira vez, o conceito de violência de gênero, preconizando que "a violência baseada no gênero é uma forma de discriminação que inibe a capacidade das mulheres de gozarem os direitos e liberdades numa base de igualdade com os homens"[21].

Mas foi somente em 1994 que a Assembleia Geral da Organização dos Estados

---

[17] Em 1970, Kate Millet publicou *Política Sexual*, onde desenvolveu uma análise política das relações de sexo, transformando-se numa importante obra para a compreensão de que o pessoal é político (MILLET, Kate. *Política Sexual.* Publicações Dom Quixote, 1970).

[18] BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. *Crimes contra mulheres*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 19.

[19] Disponível em: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/> Acesso em 13 de agosto de 2019.

[20] Somente em 1994, dez anos depois, o Brasil retirou as reservas anteriormente feitas, ratificando o documento em sua completude. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.htm> Acesso em 13 de agosto de 2019.

[21] Atualizada pela Recomendação Geral n. 35, a qual define violência de gênero como "a violência que é dirigida contra uma mulher porque ela é mulher ou que afeta as mulheres desproporcionalmente, e que se constitui violação de seus direitos humanos". Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/769.pdf> Acesso em 19 de agosto de 2019.

Americanos elabora o mais importante documento a tratar da violência contra a mulher. A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará, é considerado um marco no enfrentamento à violência contra as mulheres[22].

No Brasil, desde o final da década de 1970, a temática da violência doméstica foi uma das prioridades dos movimentos feministas brasileiros. A criação da primeira Delegacia da Mulher no ano de 1985 foi a primeira grande conquista das lutas feministas no Brasil[23].

Contudo, foi no ano de 2006 que a esfera normativa brasileira avançou efetivamente com a promulgação da Lei n. 11.340/2006, conhecida por Lei Maria da Penha, a qual absorveu e traduziu os principais pleitos das demandas feministas no tocante aos direitos das mulheres em situação de violência doméstica, criando, principalmente, normativas para a implantação de políticas públicas de atendimento, amparo e proteção a estas vítimas.

Em 1983, Maria da Penha Maia Fernandes, professora universitária, foi vítima de duas tentativas de homicídio por parte do seu então marido, Marco Antônio Heredia Viveros, também professor universitário. Na primeira vez, em 29 de maio de 1983, ele simulou um assalto fazendo uso de uma espingarda. Como resultado ela ficou paraplégica. Após alguns dias, ele tentou eletrocutá-la por meio de uma descarga elétrica enquanto ela tomava banho. Tais fatos aconteceram em Fortaleza, Ceará. As investigações começaram em junho de 1983, mas a denúncia só foi oferecida em setembro de 1984. Em 1991, o réu foi condenado pelo Tribunal do Júri a oito anos de prisão. Além de ter recorrido em liberdade, um ano depois, o julgamento foi anulado. Levado a novo julgamento em 1996, foi-lhe imposta a pena de dez anos e seis meses de reclusão. Novamente, recorreu em liberdade e somente 19 anos e 6 meses após os fatos, em 2002, houve o cumprimento do mandado de prisão. Cumpriu apenas dois anos de prisão. Entretanto, a conclusão do processo criminal e a prisão do réu só ocorreram

[22]Promulgada em 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1htm> Acesso em 13 de agosto de 2019.

[23] "Desde o início dos anos 1980, as feministas têm lutado por 'serviços integrados' de atenção às mulheres em situação de violência: serviços psicológicos, de assistência social, de saúde e de orientação jurídica; serviços policiais capacitados para esta questão; casas abrigo; e medidas preventivas sobretudo no campo da educação. Mas o Estado tem tratado desta temática primordialmente como uma questão de polícia. Até hoje, as delegacias da mulher constituem a principal política pública de enfrentamento à violência contra mulheres no Brasil" (SANTOS, Cecília MacDowell. *Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: lutas feministas e políticas públicas sobre violência contra mulheres no Brasil.* 2008).

quase vinte anos após a data do crime, graças às pressões de Maria da Penha e de entidades feministas e de direitos humanos[24].

De acordo com Bianchini, Bazzo e Chakian[25]:

> Apesar de o Brasil ter sido, como dito, signatário dos documentos internacionais antes mencionados, há que se ressaltar que a legislação brasileira relativa aos direitos das mulheres caracterizava-se, até há poucas décadas, pela intensa desigualdade de tratamento entre homens e mulheres, quadro este que somente começou a alterar com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. Ademais, o Brasil demorou muito para incluir em seu sistema jurídico normativas voltadas para o enfrentamento da violência de gênero. A Lei Maria da Penha data do ano de 2006, sendo que o Brasil foi o 18º país da América Latina a ter uma lei de proteção integral à mulher. E deve ser lembrado que já no ano de 2002 o Brasil foi condenado, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH – da Organização dos Estados Americanos – OEA (Caso 12.051 – Maria da Penha Fernandes v. Brasil), dentre outras coisas, a elaborar uma lei de proteção às mulheres.

Verifica-se, assim, o papel decisivo dos movimentos feministas engajados no reconhecimento dos direitos humanos das mulheres, sobretudo aquelas vítimas de violência doméstica baseada no gênero. A importância do feminismo para o reconhecimento da violência doméstica como um problema social e político, que deve ser enfrentado no âmbito público, é inegável.

Portanto, os movimentos feministas devem continuar atuantes, aptos a modificar as estruturas sociais e políticas do *status quo*, e eficazes quanto à criação, implementação e fiscalização de políticas públicas que concretamente tornem o empoderamento das mulheres uma realidade fática.

Conclusão

Vislumbra-se, desta sorte, inúmeros avanços proporcionados pelo engajamento e ativismo dos diversos movimentos feministas ao longo dos últimos séculos.

---

[24] "Em 1996, o caso foi encaminhado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) pelas organizações não-governamentais Comitê Latino-Americano e do Caribe pela Defesa dos Direitos da Mulher-CLADEM-Brasil e Centro pela Justiça e o Direito Internacional-CEJIL, juntamente com a vítima. Em abril de 2001, a CIDH publicou o relatório sobre o mérito do caso, concluindo que o Brasil violara os direitos de Maria da Penha ao devido processo judicial" (SANTOS, Cecília MacDowell. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. *Revista Crítica de Ciências Sociais,* n. 89, p. 153-170, 2010).

[25] BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. Op. cit., p. 29.

Entretanto, não há como se falar em reta final ou ponto de chegada. Os direitos humanos das mulheres conquistados até aqui podem tornar-se alvo de ataques de diferentes ordens.

Ao mesmo tempo em que podem ser celebradas as conquistas no sentido da proteção das mulheres, mas também de sua inclusão efetiva nas diferentes dimensões da vida social, como na política e no trabalho, pode-se observar, por outro lado, o surgimento de uma agenda regressiva que advém, em especial, das políticas implementadas pelo Poder Executivo no primeiro semestre de 2019.

Destaca-se o posicionamento adotado pelo Brasil, em 2019, ao vetar resoluções da ONU que mencionam o termo gênero, justificando tratar-se de uma construção social que deve ser rechaçada, devendo prevalecer a realidade biológica. Frise-se que este posicionamento na ONU acompanhou o de países como Arábia Saudita, Rússia e Paquistão, conhecidos por (ainda) adotarem leis e políticas opressoras em relação aos direitos das mulheres[26].

Além disso, verifica-se que a violência doméstica contra a mulher ainda é um dos motivos preponderantes a manter o Brasil no ranking dos países com maiores índices de feminicídio no mundo, ocupando, atualmente, o 5º lugar[27]. A Lei 13.104/2015 tipificou o feminicídio em duas situações, a saber: a) quando a morte da mulher se dá num contexto de violência doméstica; b) quando a morte da mulher é praticada diante do menosprezo ao sexo feminino. Contudo, os índices alarmantes revelam que a maioria dos feminicídios praticados no Brasil ocorrem num contexto de relações íntimas de afeto entre a vítima e o autor(a)[28], demonstrando que a violência doméstica ainda é um mote propulsor para o engajamento e a sobrevivência de movimentos feministas que denunciam e lutam contra a violência de gênero.

Portanto, conclui-se que o atual grande desafio do feminismo é o de se manter ativo, ainda que sob diferentes ondas, de forma a buscar efetividade a todos os direitos até agora conquistados e atuar como escudo de defesa contra todos os inimigos dos direitos humanos. Sejamos todas e todos feministas!

---

[26] Disponível em: <https://jamilchade.blogosfera.uol.com.br/2019/06/27/brasil-veta-termo-genero-em-resolucoes-da-onu-e-cria-mal-estar/ > Acesso em 30 de julho de 2019.

[27] Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-feminicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/> Acesso em 20 de agosto de 2019.

[28] Para dados estatísticos pormenorizados, ver Atlas da Violência 2019. Disponível em:<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf> Acesso em 20 de agosto de 2019.

Referências

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é feminismo*. Brasiliense, 2017.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BARSTED, Leila L. Os direitos humanos na perspectiva de gênero. *Colóquio de Direitos Humanos, I***.** São Paulo, Brasil, 2001.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: a experiência vivida, volume 2*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. *Crimes contra mulheres*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 15ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2019.

CAMARGO D'OLIVEIRA, Mariane; QUARESMA DA SILVA, Denise Regina. Aportes teóricos das dimensões de gênero nos contextos de violência: reflexões acerca da desnaturalização dos cânones subjugantes. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 24, n. 1, 2019.

CERQUEIRA, Daniel (Coordenador et al). *Atlas da violência 2019*. São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. 2019.

CIDH. *Relatório n. 54/2001*. Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm> Acesso em 20 de agosto de 2019.

FRIEDAN, Betty. *A mística feminina*. Petrópolis: Editora Vozes Limitadas, 1971.

GARCIA, Carla Cristina. *Breve história do feminismo*. São Paulo: Claridade, 2015.

HANISCH, Carol. *O pessoal é político*. Disponível em: <http://www.carolhanisch.org/CHwritings/PersonalIsPol.pdf> Acesso em 21 de julho de 2019.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flavia. *Feminismo e Política*: uma introdução**.** 1ª edição. São Paulo: Boitempo, 2014.
MILLET, Kate. *Política Sexual*. Publicações Dom Quixote, 1970.

NICHOLSON, Linda. Feminism in 'waves': Useful metaphor or not?. *New Politics*, v. 12, n. 4, p. 34-39, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional universal*. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

SANTOS, Cecília MacDowell. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. *Revista Crítica de Ciências Sociais,* n. 89, p. 153-170, 2010.

SANTOS, Cecília MacDowell. *Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: lutas feministas e políticas públicas sobre violência contra mulheres no Brasil.* 2008.

3. O TRABALHO DOMÉSTICO DECENTE NO BRASIL E CHILE E SUA RELAÇÃO COM OS ÍNDICES DE DESENVOLVIMENTO HUMANO E CRESCIMENTO ECONÔMICO[1]

THE DECENT HOUSEWORK IN BRAZIL AND CHILE AND ITS RELATION WITH HUMAN DEVELOPMENT INDEXES AND ECONOMIC GROWTH

https://doi.org/10.36592/9786587424187-3

Adélia Araújo Buriti[2]

Resumo

Por meio do estudo que ora se apresenta pretende-se analisar a relação entre o trabalho decente, perfil traçado pela Organização Internacional do Trabalho – OIT, especificamente o trabalho doméstico, e o desenvolvimento dos países e dos indivíduos. Justifica-se a pesquisa no sentido de proporcionar o debate sobre a abordagem dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas (ONU), especificamente o ODS 8, que trata do trabalho decente e crescimento econômico, com enfoque no trabalho doméstico. De acordo com dados do Banco Mundial, PNUD e CEPAL persistem diferenças econômicas e sociais entre Brasil e Chile. Assim, questiona-se: Em que medida as práticas de trabalho doméstico decente impactam o desenvolvimento humano e crescimento econômico do Brasil e do Chile? A metodologia envolve pesquisa interdisciplinar com orientação epistemológica na teoria crítica, congrega teoria e práxis e articula Direito do Trabalho, Sociologia e Economia. O texto adota os raciocínios indutivo e dedutivo, em pesquisa qualitativa, com as técnicas de análise documental, estatísticas e de revisão bibliográfica. Tem-se como resultados esperados conceituar o trabalho decente e identificar as práticas adotadas pelos países em relação ao trabalho doméstico decente e averiguar como as práticas do trabalho decente geram impactos no crescimento econômico e desenvolvimento humano.

Palavras-chave: trabalho doméstico; trabalho decente; desenvolvimento humano;

[1] Artigo é fruto pesquisas da Disciplina de Direito Constitucional Comparado na América Latina do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional – Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

[2] Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

crescimento econômico; América Latina.

Abstract

The purpose of this study is to analyze the relationship between decent work, specific profile of the International Labor Organization (ILO), specifically domestic work, and the development of countries and individuals. The research is justified to provide the debate on the approach of the United Nations (UN) Sustainable Development Objectives (ODS), specifically ODS 8, which deals with decent work and economic growth with a focus on domestic work. According to data from the World Bank and UNDP, economic and social differences persist between Brazil and Chile, and with regard to domestic work, ECLAC has also identified differences. Thus, the question is: To what extent do decent domestic labor practices impact human development and economic growth in Brazil and Chile? The methodology involves interdisciplinary research with epistemological orientation in critical theory, brings together theory and praxis and articulates Labor Law, Sociology and Economics. The text adopts the inductive and deductive reasoning, in qualitative research, with the techniques of documental analysis, statistics and bibliographical revision. The expected results are to identify the practices adopted by the countries in relation to decent domestic work and to investigate how the practices of decent work generate impacts on economic growth and human development.

Keywords: domestic work; decent work; human development; economic growth; Latin America.

Introdução

O trabalho possui estreita ligação com o desenvolvimento humano e com o crescimento econômico dos países. A Organização Internacional do Trabalho – OIT foi fundada com a finalidade de concretizar a paz universal por meio da justiça social. Em 1999 a OIT criou o conceito de trabalho decente, a fim de promover um trabalho digno, pautado no respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

O trabalho decente é considerado um mecanismo de efetivação dos direitos humanos, pois, sendo o trabalho um direito fundamental do indivíduo, a garantia de um trabalho decente que lhe permita ser bem remunerado, tratado sem discriminações

ou assédios no trabalho, garantindo seus direitos fundamentais na condição de trabalhador é um meio para atingir a sua dignidade.

Esse conceito foi aplicado ao trabalho doméstico com a Convenção 189 da OIT aprovada em 2011 que dispõe de normas que conceituam e caracterizam o trabalho doméstico decente, tais como proteção à violência, ao assédio, à jornada de trabalho, à remuneração, à saúde e segurança. O Chile ratificou a Convenção 189 da OIT em 2015, enquanto o Brasil somente a ratificou em 2018.

O trabalho doméstico não gera lucros, não movimenta a economia de um país. Por muito tempo esta modalidade de trabalho esteve ligada a ideia de servidão, herança de um Brasil escravocrata, que, atualmente, ainda têm as mulheres, negras e de baixa escolaridade como a maioria dos trabalhadores domésticos. Com isso, enquanto os países buscavam maior desenvolvimento econômico, a atenção esteve voltada para os trabalhadores que exerciam seu labor na indústria. Nesse viés a regulamentação do trabalho doméstico ocorreu de forma tardia comparada a outras formas de trabalho.

No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 de forma expressa excluía o trabalho doméstico. A Constituição Federal de 1988, com o advento da EC 72/2013 incluiu os direitos dos trabalhadores domésticos em um rol taxativo, ainda excluindo desses trabalhadores alguns direitos inerentes a outras formas de trabalho. A regulamentação se deu com a promulgação da Lei Complementar 150/2015 que estabeleceu normas para o trabalho doméstico. O Chile alterou seu Código de Trabalho em 2014 para acrescentar dispositivos que tratam do trabalho doméstico.

Brasil e Chile, ambos países da América Latina, possuem diferenças não apenas na legislação sobre trabalho doméstico. De acordo com as perspectivas econômicas do Banco Mundial (2019) divulgada em janeiro deste ano, a previsão é que o Brasil cresça 2,2% enquanto o Chile 3,5%. Quanto ao Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) os dois países da América Latina também são distintos, o relatório divulgado pelo PNUD[3] em 2018 aponta o Brasil com IDH de 0,75 enquanto o Chile conta com o IDH de 0,84. Quanto ao trabalho doméstico, a CEPAL realizou estudo quanto à população urbana que realiza essa atividade e no Brasil equivale a 6,8% da população urbana enquanto

[3] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇOES UNIDAS. PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - PNUD; Disponível em http://www.br.undp.org/content/brazil/pt..html. Acesso em 22/08/19

no Chile, essa porcentagem é de 3,5%.

Com esses dados é possível perceber que o Chile apresenta maior evolução em crescimento econômico e desenvolvimento humano em relação ao Brasil. Diante disso, questiona-se: Em que medida as práticas de trabalho doméstico decente impactam o desenvolvimento humano e crescimento econômico de Brasil e Chile?

A pesquisa tem como objetivo geral averiguar se as práticas e legislação sobre trabalho decente doméstico geram impactos na situação econômica do Brasil e Chile. E como objetivos específicos descrever o trabalho decente doméstico (no Brasil e Chile), nesses países, comparar as legislações vigentes em ambos os países sobre o trabalho doméstico e verificar os dados de crescimento econômico e desenvolvimento humano traçando uma relação entre esses dados e as práticas de trabalho decente.

Tem-se como resultados esperados identificar as práticas adotadas pelos países em relação ao trabalho doméstico decente e averiguar como as práticas do trabalho decente geram impactos no crescimento econômico e desenvolvimento humano.

Adota-se pesquisa metodológica interdisciplinar que congrega teoria e práxis, bem como parte de matriz do Direito do Trabalho, Sociologia e Economia. O texto adota os raciocínios indutivo e dedutivo, em pesquisa qualitativa, com as técnicas de revisão bibliográfica.

1 Trabalho decente na América Latina

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas – ONU buscou criar instrumentos capazes de garantir a paz. Dentre estes instrumentos, criaram em 1919 a Organização Internacional do Trabalho - OIT, que adotou como preceito a "construção de uma paz universal pautada em Justiça Social"[4]. A ideia de justiça social relacionada ao trabalho pretendia regulamentar as condições de trabalho de forma internacional. Criando uma ideia de patamar mínimo para o exercício do labor nos países.

Para promover as condições de trabalho e garantia de direitos humanos, a OIT, em reuniões anuais, aprova Convenções, Recomendações e Declarações, que, ratificadas pelos países, passam a ser normas que compõem o ordenamento jurídico.

[4] OIT, Constituição, Preâmbulo. 1919. Disponível em https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm Acesso em 21/04/2019

Em cem anos de atividade, a OIT é composta por 187 Estados Membros e é a única organização tripartite que conta com participação do governo, empregadores e trabalhadores.

Em 1999 da OIT traçou o perfil de trabalho decente como

> o ponto de convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT: o respeito aos direitos no trabalho, especialmente aqueles definidos como fundamentais (liberdade sindical, direito de negociação coletiva, eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação e erradicação de todas as formas de trabalho forçado e trabalho infantil); a promoção do emprego produtivo e de qualidade; a ampliação da proteção social; e o fortalecimento do diálogo social.[5]

Entende-se por trabalho decente a busca por um trabalho de qualidade, produtivo e que ofereça condições de desenvolvimento dos trabalhadores, respeitando seus direitos. Para José Cláudio Monteiro de Brito Filho, trabalho decente é "conjunto mínimo de direitos do trabalhador que corresponde ao direito ao trabalho, liberdade de trabalho, igualdade no trabalho, ao trabalho com condições justas (incluindo a remuneração e preservando sua saúde e sua segurança), proibição do trabalho infantil, liberdade sindical e proteção contra os riscos sociais" [6].

Ao conceituar o trabalho decente, a OIT colacionou direitos humanos que são primordiais para alcançar a dignidade humana por meio do trabalho. Rúbia Zanotelli de Alvarenga defende que "o trabalho deve ser fator de dignidade e de valorização do ser humano em todos os aspectos de sua vida, seja profissional ou pessoal. Razão pela qual, denota-se o trabalho decente como um direito humano e fundamental do trabalhador"[7].

Para promoção do trabalho decente a OIT criou uma agenda exclusiva e vem desenvolvendo políticas em toda a América Latina e Caribe, que de acordo com a OIT[8] merece atenção quanto a promoção do trabalho decente em razão da estrutura do mercado de trabalho, pois cerca de um terço do mercado de trabalho latino americano se encontra nas áreas rurais e outra parcela corresponde a trabalhadores

---

[5] OIT, Disponível em https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm Acesso em 21/04/2019

[6] BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. Trabalho decente. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 55

[7] ALVARENGA, Rúba Zantonelli de. O Trabalho Decente Como Direito Humano E Fundamental. R. TRT 8ª Região. Belém. v. 48, n. 95, p. 136, jul./dez./2015

[8] OIT, Trabajo decente en las Américas: una agenda hemisférica, 2006-2015, 2006, P. 07.

independentes, trabalhadores domésticos, trabalhadores familiares não remunerados.

Em 2015, o trabalho decente foi incluído como um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 da ONU, o ODS 8 Trabalho Decente e Crescimento Econômico, que, dentre outros objetivos, pretende acabar com a pobreza, proteger os direitos humanos e criar condições para um crescimento econômico sustentável.

Para pensar em trabalho decente, não é compatível imaginar um trabalho onde haja práticas discriminatórias, trabalho forçado, trabalho infantil, impossibilidade de associação e ausência de diálogo entre empregado e empregador. Esses são os direitos fundamentais do trabalho traçados pela OIT que devem estar presentes em todas as práticas de trabalho que visam a proteção os direitos dos trabalhadores, a sua vida, integridade, saúde e possibilite, com a realização do trabalho, o desenvolvimento do indivíduo.

O direito ao trabalho decente é uma garantia de que o labor exercido pelo indivíduo garante a este o desenvolvimento de suas capacidades. Marli Marlene Moraes da Costa e Rodrigo Cristiano Diehl defendem que "a garantia do direito humano do trabalho decente a partir do desenvolvimento como liberdade não se trata de uma discussão sobre o liberalismo ou uma forma de restringir a atuação e o papel do Estado na atualidade, muito pelo contrário, visa ampliar as oportunidades sociais"[9].

O conceito de trabalho decente deve ser aplicado não apenas ao trabalho formal, mas também ao informal, e a todas as categorias de trabalho. Algumas formas de trabalho, por sua natureza ou prestação, tendem a ser desempenhadas de forma mais precária, por isso, faz-se necessário a acentuação de políticas voltadas ao trabalho decente, como é o caso do trabalho doméstico.

1 Trabalho doméstico decente

Na América Latina e Caribe, de acordo com a OIT, em 2010, havia 19.593.000 milhões de trabalhadores domésticos, sendo que 18 milhões eram mulheres. O relatório apresentado em 2013, destacou ainda que "o trabalho doméstico é uma fonte significativa de emprego na região: é responsável por mais de 7,5% do emprego total e

[9] MORAES, M. & DIEHL, R. (2016). O papel da organização internacional do trabalho na promoção do trabalho decente: diálogos com Amartya Sen. Revista Prolegómenos Derechos y Valores, 19, 38, p. 97-108. DoI: http:// dx.doi.org/10.18359/prole.1972.

11,9% de todos os empregos assalariados - mais do que em qualquer outra região" [10]. E ainda possui uma característica distinta das outras regiões, pois na América Latina e Caribe há um aumento de migração trabalhadores domésticos.

No Brasil, o trabalho doméstico por muito tempo esteve ligado a ideia de escravidão e servidão em decorrência do passado colonial. Realizado por mulheres, negras, o trabalho doméstico não tinha relevância para a economia nacional. Apesar da luta das mulheres por igualdade de direitos, até os dias atuais o trabalho doméstico é realizado de forma majoritária por mulheres.

Em sua maioria, as trabalhadoras domésticas não possuem nível de educação elevado e vivem na informalidade, sendo este trabalho para estrita sobrevivência, sem proporcionar qualquer tipo de desenvolvimento de suas capacidades. Solange Sanches afirma que "o trabalho doméstico está, no entanto, entre as ocupações mais precárias, com níveis de remuneração muito baixos, com más condições de trabalho e altos riscos à saúde e à integridade física das trabalhadoras"[11].

Além das mulheres, crianças são responsáveis por executar trabalhos domésticos. De acordo com a OIT[12],em 2008 havia cerca de 15.525.000 milhões de crianças, entre 05 a 17 anos, no mundo, que realizam trabalho doméstico. O trabalho infantil doméstico muitas vezes decorre da migração da criança da zona urbana para rural, que passa a morar na casa de uma família e exerce as atividades domésticas, às vezes, durante longos anos. Para André Viana Custódio "em essência, o trabalho infantil doméstico integra o contexto mais abrangente da exploração do trabalho infantil, mas adiciona à condição de gênero, colocando a criança e o adolescente numa perversa situação de exploração restrita ao campo da invisibilidade, pois é realizado no espaço privado, que oculta a exploração"[13].

Apesar de ser campo de trabalho ocupado por considerável número de pessoas, em toda a América Latina, as leis que regulamentam o trabalho doméstico foram alteradas ou inseridas nos ordenamentos jurídicos nos últimos quinze anos,

---

[10] OIT, Domestic workers across the world: global and regional statistics and the extent of legal protection / International Labour Office – Geneva: ILO, 2013, tradução nossa.
[11] SANCHES, Solange. Trabalho doméstico: desafios para um trabalho decente. Estudos Feministas, Florianópolis, 17(3): 312, setembro-dezembro/2009, p. 882
[12] OIT, Domestic workers across the world: global and regional statistics and the extent of legal protection / International Labour Office – Geneva: ILO, 2013, p.22.
[13] CUSTÓDIO, André Viana. A Exploração Do Trabalho Infantil Doméstico No Brasil Contemporâneo: Limites E Perspectivas Para Sua Erradicação. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. 2006, p. 91

demonstrando uma preocupação tardia com o trabalho doméstico em relação as outras formas de trabalho. Isso se deu pelo pouco impacto econômico que a atividade doméstica tem para o país. As atividades domésticas não geram produtos e lucro. O serviço é prestado em ambiente íntimo, apesar disso, possibilita que haja força de trabalho daqueles que deixam suas residências para trabalhar fora já que alguém realiza as atividades da casa.

Para estabelecer um patamar internacional de trabalho doméstico decente a OIT, em 2011, aprovou a Convenção 189 que é denominada de "Convenção Sobre Trabalho Decente para as trabalhadoras e trabalhadores domésticos". Referida convenção prevê normas para garantir os direitos fundamentais dos trabalhadores domésticos e o trabalho decente. Logo nos primeiros artigos determina o que se entende por trabalho doméstico e em seguida, os direitos humanos e fundamentais do trabalho, quais sejam, "a liberdade de associação e a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva; à eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; à erradicação efetiva do trabalho infantil; e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação"[14].

Além disso, destaca-se a necessidade de proteção contra abusos, assédio e violência ao trabalhador doméstico para garantir um trabalho decente. Para Lorena de Mello Rezende Colgano "a Convenção 189 da OIT é um instrumento mundial, de votação expressiva, que tenta eliminar os resquícios da discriminação e desvalorização do trabalho realizado no âmbito familiar"[15]. E serviu como base para que os países pudessem estabelecer suas legislações internas sobre o trabalho doméstico e uma vez ratificada pelos Estados-membros, cumpre com o objetivo da OIT de estabelecer uma isonomia as condições de trabalho entre um país e outro.

Os desafios para garantir um trabalho doméstico decente são muitos. Para Solange Sanches "a falta de reconhecimento e de proteção social que penalizam o trabalho doméstico constitui um impedimento para o objetivo de alcançar um trabalho decente para todos os homens e mulheres"[16]. A convenção 189 da OIT tem este condão, mas necessita da ratificação pelos Estados-membros para que seja inserida no

[14] OIT, 2011. Convenção 189. Artigo 3, item 2.
[15] COLGANO, Lorena de Mello Rezende. 2013. O trabalho doméstico: impressões sobre a Convenção 189 da OIT como fonte material e a alteração da legislação brasileira com enfoque na limitação da jornada de trabalho. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região: Vol. 2, n. 17 (abr. 2013), p. 57
[16] SANCHES, Solange. Trabalho doméstico: desafios para um trabalho decente. Estudos Feministas, Florianópolis, 17(3): 312, setembro-dezembro/2009, p. 887.

ordenamento jurídico nacional. De acordo com a OIT (2017), a Convenção foi ratificada por 28 países, entre eles, 13 países são da América Latina, o que demonstra a sensibilidade dos países latinos em proporcionar um trabalho doméstico decente, considerando ainda o número de trabalhadores domésticos da região.

2 Análise comparativa de crescimento econômico e desenvolvimento humano: Brasil X Chile

Ao tratar de trabalho doméstico decente na América Latina, o presente artigo busca analisar a possível relação entre as práticas de trabalho decente e o desenvolvimento humano e crescimento econômico do Brasil e Chile. Uma vez que já foi explorado o conceito de trabalho decente faz-se necessário identificar o conceito de desenvolvimento humano e crescimento econômico que serão analisados pelos dados.

O conceito de desenvolvimento na ótica de Celso Furtado [17] em sua obra "Essencial" é formulado a partir de dois sentidos. O primeiro deles está ligado à "evolução de um sistema social de produção na medida em que este eleva a produtividade do conjunto de sua força de trabalho". Enquanto o segundo sentido diz respeito ao "grau de satisfação das necessidades humanas".

Assim, de maneira geral, Celso Furtado acreditava que o processo de desenvolvimento deveria abarcar tanto o crescimento econômico quanto o bem-estar da população. Luiz Carlos Bresser Pereira destaca que

> o desenvolvimento econômico supõe uma sociedade capitalista organizada na forma de um estado-nação onde há empresários e trabalhadores, lucros e salários, acumulação de capital e progresso técnico, um mercado coordenando o sistema econômico e um estado regulando esse mercado e complementando sua ação coordenadora[18].

Com isso, alguns economistas usam o conceito de crescimento e desenvolvimento econômico como sinônimos, porém, Bresser Pereira identifica que "a medida usual do desenvolvimento econômico continua sendo o aumento da renda per

[17] FURTADO, Celso. Essencial. Ed. SCHWARCZ S.A., São Paulo – SP, 2013, p. 102.
[18] PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Crescimento e Desenvolvimento Econômico. 2008. Notas para uso em curso de desenvolvimento econômico na Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Disponível em http://www.bresserpereira.org.br/Papers/2007/.2008.pdf Acesso em 01/07/2019, p. 01.

capita"[19]. A diferença entre os conceitos de crescimento econômico e desenvolvimento humano dar-se pelos elementos que são observados para a formulação do conceito.

Ao identificar os elementos inerentes ao conceito de crescimento econômico, Giomar Viana; Jandir Ferrera de Lima apontam os "fatores de produção, como terra, (terras cultiváveis, urbanas e recursos naturais) capital (edificações, máquinas e equipamentos) e trabalho (faculdades físicas e intelectuais dos seres humanos)"[20]. Sendo o trabalho um dos elementos básicos responsáveis pela produção de riqueza de determinado país, a forma que esse é desenvolvido é fundamental para analisar os dados econômicos e sociais dos países.

O conceito de desenvolvimento utilizado por Amartya Sen é "um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. Nesta abordagem, a expansão da liberdade é considerada (1) o fim primordial e (2) o principal meio do desenvolvimento[21]". Para o autor, o aumento das capacidades humanas diz respeito a expansão de "liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora"[22].

Ao desenvolvimento é atribuído o status de gênero, tendo como espécies o desenvolvimento econômico, social, político e ambiental[23]. Na busca por uma análise conjunta, a pesquisa pretende investigar os dados da Comissão Econômica para América Latina e Caribe – CEPAL, quanto aos dados econômicos e sociais de Brasil e Chile, traçando uma possível relação entre esses dados e as práticas de trabalho decente adotado nestes países, especificamente no trabalho doméstico.

As projeções econômicas da CEPAL para 2019 indicaram uma redução de estimativas de crescimento econômico para a América Latina. Ao analisar os perfis

---

[19] PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Crescimento e Desenvolvimento Econômico. 2008. Notas para uso em curso de desenvolvimento econômico na Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Disponível em http://www.bresserpereira.org.br/Papers/2007/07.22.CrescimentoDesenvolvimento.Junho19.2008.pdf Acesso em 01/07/2019, p. 03.

[20] VIANA, Giomar; LIMA, Jandir Ferrera de. Capital humano e crescimento econômico. Ed. Intera-ções, Campo Grande, v. 11, n. 2 p. 138, jul./dez. 2010.

[21] SEN, Amartya. Desenvolvimento como Liberdade; tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. – São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 55.

[22] SEN, Amartya. Desenvolvimento como Liberdade; tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. – São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 58.

[23] PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Crescimento e Desenvolvimento Econômico. 2008. Notas para uso em curso de desenvolvimento econômico na Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Disponível em http://www.bresserpereira.org.br/Papers/2007/07.22.CrescimentoDesenvolvimento.Junho19.2008.pdf Acesso em 01/07/2019, p. 05.

nacionais, de acordo com a CEPAL[24], é importante destacar que o Brasil tem uma taxa de desemprego crescente desde 2015, e o último dado (2017), apontou a taxa de 14,5%.

Em análise de dados sociais, a CEPAL identificou que a taxa de alfabetização de pessoas de 15 a 24 anos, no Brasil (2015), é de 99,0 %., a taxa de mortalidade infantil está em constante decréscimo desde 1995, sendo de 13,5% em 2016. Em 2017, 24,9% da população realizava atividade de comércio, enquanto 6,8% da população realiza serviço doméstico (2017). A taxa de pobreza e indigência vem caindo desde 2003, estando em 2014, a taxa de pobreza 14,3% e indigência 3,4%.

O mesmo estudo da CEPAL realizado no Chile identificou a taxa de desemprego sofreu pequenos acréscimos desde 2013, em 2017 atingiu o percentual de 6,7%. Quanto aos indicadores sociais, Chile tem a taxa de alfabetização de pessoas de 15 a 24 anos, de 99,4 % em 2015, a taxa de mortalidade infantil está em constante decréscimo desde 1959, sendo de 7,2% em 2016. Em 2017, 24,9% da população realizava atividade de comércio, enquanto 3,5% da população realiza serviço doméstico (2017). A taxa de pobreza e indigência vêm caindo desde 1998, estando em 2013, a taxa de pobreza 6,1% e indigência 1,8%. De acordo com o Banco Mundial (2019) a previsão é de que o Brasil atinja um índice de Produto Interno Bruto – PIB de 2,2, enquanto a previsão para o Chile é de 3,5.

Diante desses dados, é possível perceber que o Chile possui melhores indicadores econômicos e sociais que o Brasil. Merece destaque a taxa de alfabetização, que apesar de bem similar, foi conquistada pelo Chile muito antes que o Brasil. A taxa de mortalidade infantil também vem sendo diminuída no Chile desde a década de 50, enquanto no Brasil essa taxa só passou a diminuir na década de 90. Outro dado que merece destaque é a mesma quantidade de população que realiza atividade econômica no comércio. Apesar disso, a distribuição das ocupações profissionais por categorias é bastante distinta. Enquanto no Chile 3,5% da população realiza trabalho doméstico, no Brasil esse número é quase o dobro (6,8%).

Ao considerar as peculiaridades do trabalho doméstico, em razão de constituírem ainda um grupo vulnerável, as características dos trabalhadores e a legislação dos dois países, percebe-se que o investimento em educação gera mão de

[24] CEPAL, Base de Dados e Publicações Estatísticas. 2019, Perfil Nacional Brasil e Perfil Nacional Chile. Disponível em http://estadisticas.cepal.org/cepalstat/Perfil_Nacional_Social.html?pais=BRA&idioma=spanish; http://estadisticas.cepal.org/cepalstat/Perfil_Nacional_Social.html?pais=CHL&idioma=spanish Acesso em 03/04/2019.

obra qualificada capaz de desenvolver outro serviço. Assim, no Chile, os índices de crescimento econômico e desenvolvimento humano estão em uma projeção melhor do que a realidade brasileira.

Paralelamente, segundo a OIT[25] o Brasil é o país da América Latina que tem mais trabalhadores domésticos, mesmo assim, sua taxa de desemprego vem aumentando e, de acordo com o IBGE (2019), há muitos trabalhadores domésticos que realizam suas atividades laborais na informalidade e consequentemente ganham menos de um salário-mínimo mensal e não estão abarcados pela legislação trabalhista. Isso reflete a situação econômica do país que ainda não atingiu um nível de crescimento econômico e desenvolvimento humano capaz de permitir a realização de forma total de um trabalho doméstico decente.

No Chile, o trabalho doméstico sofreu evolução em relação as legislações anteriores. Apesar de ainda ser realizado em maior número por mulheres, o trabalho doméstico no Chile passou a contar também com a participação masculina, isso pode ser explicado pela crescente participação das mulheres no mercado de trabalho que, segundo Cláudia Órdenes Carvajal ocorre em razão de "maiores níveis educacionais da população e à queda na taxa de fecundidade" [26], levando a uma diminuição da participação das mulheres no trabalho doméstico no Chile.

A autora ainda expõe os principais fatores que influenciam as mulheres a realizar trabalho doméstico como a idade, escolaridade, vivência urbana ou rural, condição de indigente ou estrangeiro[27]. Com isso, a ideia de desenvolvimento humano está atrelada aos fatores que influenciam a realização de trabalho doméstico. Tomando como estudo o caso do Chile, uma vez que o Estado garante saúde, educação, trabalho decente, os cidadãos chilenos desenvolvem suas capacidades em outros campos de trabalho, sem necessitar realizar atividades exclusivamente para sobrevivência que ferem a dignidade do trabalhador.

[25] OIT, Domestic workers across the world: global and regional statistics and the extent of legal protection / International Labour Office – Geneva: ILO, 2013, tradução nossa.
[26] CARVAJAL, Claudia Órdenes. Servicio doméstico en Chile: caracterización, evolución y determinantes de su participación laboral. Tesis para optar al grado de Magíster en Políticas Públicas. Universidad de Chile, 2016, p,18.
[27] CARVAJAL, Claudia Órdenes. Servicio doméstico en Chile: caracterización, evolución y determinantes de su participación laboral. Tesis para optar al grado de Magíster en Políticas Públicas. Universidad de Chile, 2016, p. 46.

Conclusão

Diante da análise dos dados estatísticos e legislativos da realidade chilena foi possível constatar que a implementação do trabalho decente é um dos fatores que eleva o Chile ao patamar civilizatório considerado alto de acordo com os Índices de Desenvolvimento Humano pautados pela ONU. Outrossim, verifica-se que o Brasil tem avançado no que é pertinente à elaboração legislativa, porém carece conciliar teoria com a prática. Haja vista que, apesar de estar entre os dez países de maior crescimento econômico ainda encontra-se na vexatória posição de septuagésimo nono de acordo com o IDH.

Nessa linha de pensamento, conclui-se que o acesso ao trabalho decente é fator essencial de desenvolvimento posto que muda a perspectiva individual de acesso a significativo número de direitos sociais bem como ao exercício dos direitos de personalidade.

O conceito de trabalho decente é indispensável para garantir a proteção dos direitos fundamentais do trabalhador e um trabalho produtivo, íntegro, que possibilite a redução das desigualdades sociais. A OIT ao formular o conceito de trabalho decente pretendia estender a aplicação desse conceito a todas as formas de trabalho, inclusive ao trabalho doméstico.

Os trabalhadores domésticos realizam seu labor em situações diferentes em relação aos demais trabalhadores, por ter como ambiente de trabalho a casa do empregador. Muitas vezes são trabalhadores que compõem o mercado informal, possuem longas jornadas, residem em seu local de trabalho e recebem menos que o mínimo. A preocupação em garantir um trabalho decente ao trabalhador doméstico e tentar equiparar as condições de trabalho e seus direitos aos demais trabalhadores só surgiu na América Latina nos últimos quinze anos, com a alterações na legislação trabalhista.

A essa regulamentação tardia em relação a outras formas de trabalho tem-se como justificativa a ausência de impacto econômico do serviço doméstico. São afazeres que não geram produtos, nem lucros. Porém, é com o serviço doméstico que há a possibilidade de mão de obra disponível. Muitas mulheres conseguem realizar atividades fora de casa em razão da ajuda da empregada doméstica com os afazeres do lar.

O Brasil é o país da América Latina que mais possui trabalhadores domésticos. Em sua maioria são mulheres, negras e com baixa escolaridade. Esses dados associados ao índice de desenvolvimento humano do país e os investimentos que têm sido feitos na educação, demonstram uma certa fragilidade de políticas públicas que envolvem mulheres no mercado de trabalho.

O Chile tem apontado bons números nos índices de desenvolvimento humano e crescimento econômico. O número de trabalhadores domésticos no país é quase a metade do número do Brasil. A participação das mulheres vem aumentando no mercado de trabalho e os serviços domésticos contam com maior participação masculina.

Conclui-se que o Chile tem obtido mais sucesso em propiciar o trabalho doméstico decente, e que este é um fator importante no crescimento econômico e desenvolvimento humano do país. Enquanto o Brasil ainda está caminhando na proteção de um trabalho doméstico decente e encontra como obstáculo a informalidade ainda marcante no mercado de trabalho brasileiro, gerando efeitos no índice econômico do país, na taxa de desemprego e na atuação das pessoas no mercado de trabalho.

Referências

ALVARENGA, Rúba Zantonelli de. O Trabalho Decente Como Direito Humano E Fundamental. R. TRT 8ª Região. Belém. v. 48, n. 95, p. 123-141, jul./dez./2015.

BANCO MUNDIAL, Perspectivas Econômicas Mundiais: Nuvens negras - América Latina e Caribe. Janeiro de 2019. Disponível em http://www.worldbank.org/pt/publication/global-economic-prospects. Acesso em 13/04/2019.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. Trabalho decente. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013.

BOLETÍN ESTADÍSTICO DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (Chile) - Empleo Trimestral Nº 246 -. Disponível em https://ine.cl/docs/default-source/boletines/empleo/2019/espanol/bolet%C3%ADn-empleo-nacional-trimestre-m%C3%B3vil-efm-2019.pdf?sfvrsn=941e5dd2_5 Acesso em 25/05/2019.

CARVAJAL, Claudia Órdenes. Servicio doméstico en Chile: caracterización, evolución y determinantes de su participación laboral. Tesis para optar al grado de Magíster en Políticas Públicas. Universidad de Chile, 2016.

CEPAL, Base de Dados e Publicações Estatísticas. 2019, Perfil Nacional Brasil e Perfil

Nacional Chile. Disponível em http://estadisticas.cepal.org/cepalstat/Perfil_Nacional_Social.html?pais=BRA&idioma=spanish; http://estadisticas.cepal.org/cepalstat/Perfil_Nacional_Social.html?pais=CHL&idioma=spanish Acesso em 03/04/2019.

COLGANO, Lorena de Mello Rezende. 2013. O trabalho doméstico: impressões sobre a Convenção 189 da OIT como fonte material e a alteração da legislação brasileira com enfoque na limitação da jornada de trabalho. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região : Vol. 2, n. 17 (abr. 2013).

CUSTÓDIO, André Viana. A Exploração Do Trabalho Infantil Doméstico No Brasil Contemporâneo: Limites E Perspectivas Para Sua Erradicação. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. 2006.

FURTADO, Celso. Essencial. Ed. SCHWARCZ S.A., São Paulo – SP, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2012/2017. Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101622_informativo.pdf Acesso em 25/05/2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Coordenação de Trabalho e Rendimento Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua. Indicadores para população de 14 anos ou mais de idade. Divulgação: Maio de 2019 Trimestre: jan-fev-mar/2019.

MORAES, M. & DIEHL, R. (2016). O papel da organização internacional do trabalho na promoção do trabalho decente: diálogos com Amartya Sen. Revista Prolegómenos Derechos y Valores, 19, 38, p. 97-108. DoI: http:// dx.doi.org/10.18359/prole.1972.
ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, Trabajo decente en las Américas: una agenda hemisférica, 2006-2015, 2006.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, Constituição, Preâmbulo. 1919. Disponível em https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm Acesso em 21/04/2019
ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, Disponível em https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm Acesso em 21/04/2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, Domestic workers across the world: global and regional statistics and the extent of legal protection / International Labour Office – Geneva: ILO, 2013, tradução nossa.
ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011. Convenção 189. Artigo 3, item 2.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, Ratificações da Convenção C189 – Trabalhadores Domésticos, 2011. Disponível em

https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:2551460 Acesso em 22/04/2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, Domestic workers across the world: global and regional statistics and the extent of legal protection / International Labour Office – Geneva: ILO, 2013.

ORGANIZAÇÃO NAÇÕES UNIDAS, Agenda 2030. Item 3. 2015. Disponível em https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld Acesso em 21/04/2019

ORGANIZAÇÃO NAÇÕES UNIDAS. PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – PNUD. Human Development Indices and Indicators, 2018 Statistical Update; Disponível em http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-2018.html. Acesso em 22/08/19.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Crescimento e Desenvolvimento Econômico. 2008. Notas para uso em curso de desenvolvimento econômico na Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Disponível em http://www.bresserpereira.org.br/Papers/2007/07.22.CrescimentoDesenvolvimento.Junho19.2008.pdf Acesso em 01/07/2019.

SANCHES, Solange. Trabalho doméstico: desafios para um trabalho decente. Estudos Feministas, Florianópolis, 17(3): 312, p. 879-888, setembro-dezembro/2009.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como Liberdade; tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. – São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

VIANA, Giomar; LIMA, Jandir Ferrera de. Capital humano e crescimento econômico. Ed. Interações, Campo Grande, v. 11, n. 2 p. 137-148, jul./dez. 2010.

4. DIREITOS REPRODUTIVOS: UMA REFLEXÃO SOBRE A ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

REPRODUCTIVE RIGHTS: A REFLECTION ON COMPULSORY STERILIZATION AND THE DIGNITY OF HUMAN PERSON

https://doi.org/10.36592/9786587424187-4

Isabel Freitas de Carvalho[1]
Pedrita Maria Carneiro Araujo[2]

Resumo

O presente artigo define os direitos reprodutivos como um conjunto de direitos humanos subjetivos que versam sobre a capacidade do indivíduo em regular sua própria fecundidade, guardando íntima relação com a liberdade constitucional e com os direitos da personalidade. Assim, a fundamentalidade daqueles se destaca dentro da ordem jurídica nacional, o que consequentemente os eleva ao patamar de cláusulas pétreas e os confere prerrogativas especiais que objetivam sua eficácia social plena. Por oportuno, salienta-se o princípio da dignidade da pessoa humana como postulado máximo do Constitucionalismo, definindo o indivíduo como um ser capaz de autodeterminação e suscetível de uma vida digna. Neste ínterim, destaca-se que direitos não são absolutos, de forma que a relativização destes deve seguir tal princípio. Empós, analisa-se o livre planejamento familiar na Lei nº 9.263, fundando-o na dignidade humana e autonomia privada, preceituando que a única possibilidade de esterilização é a voluntária. Assim, esse artigo demonstra que a realização forçosa de tal cirurgia macula a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade. O artigo se desenvolveu por meio de uma metodologia bibliográfica e documental, com uma abordagem qualitativa e de natureza teórica.

Palavras-chaves: Direitos Reprodutivos. Dignidade da pessoa humana. Direitos da personalidade. Esterilização compulsória.

---

[1] Doutoranda em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Mestre em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e Professora do curso de graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: isabel.ceara@gmail.com
[2] Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: pedritaraujo@gmail.com

Abstract

This article defines the reproductive rights as a group of subjective human rights that address the individual's ability to regulate their own fertility, colsely related to the constitucional freedom and personality rights. So, their fundamentality stands out within the nacional legal order, which hence elevates them to the level of stone clauses and grant them specials prerogatives that aim at their full social effectiveness. In due course, the principle of the dignity of the human person is emphasized as the maximum postulate of Constitutionalism, defining the individual as a being capable of self-determination and susceptible to a dignified life. In the meantime, it is enhanced that rights are not absolute, so their relativization should also follow this principle. Thereby, the free family planning is analyzed in Law nº 9.263, basing it on the human dignity and private autonomy, precepting that the only possibility of sterilization is the voluntary one. Therefore, this article demonstrates that the forceful performance of such surgery defile the dignity of the human person and the personality rights. The article was developed through a bibliographic and documentary methodology, with a qualitative and theoretical approach.
Keywords: Reproductive rights. Dignity of human person. Personality rights. Compulsory sterilization.

1 Introdução

No âmbito do direito humanitário internacional, os direitos reprodutivos foram reconhecidos como um conjunto de direitos humanos individuais, consistindo na possibilidade dos indivíduos regularem a própria fecundidade, fundando-se portanto na liberdade, igualdade, saúde, acesso a informação, entre outros.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, conferiu positividade aos direitos humanos, tornando-lhes princípios, direitos e garantias fundamentais, concedendo-lhes assim a condição de cláusula pétrea – de forma que não podem ter sua matéria modificada por mutação constitucional, consistindo portanto no núcleo material irredutível da Carta Política.

Ressalte-se, assim, o reconhecimento do livre planejamento familiar tanto na Carta Magna quanto na legislação infraconstitucional, pautado principalmente na

dignidade da pessoa humana, o postulado máximo do Constitucionalismo, princípio este que se relaciona com toda a ordem jurídica nacional.

Entretanto, imperioso frisar que nenhum direito é absoluto, e os direitos reprodutivos não fogem a esta máxima. Assim, o objetivo desse artigo é demonstrar em que medida a realização forçosa de uma cirurgia de esterilização fere os direitos fundamentais. A metodologia utilizada foi a bibliográfica e documental, com uma abordagem qualitativa e de natureza teórica.

2 Direitos reprodutivos: um direito fundamental a ser observado

As noções de direitos reprodutivos surgiram quando os movimentos feministas decidiram reinterpretar os direitos já elaborados pelos homens durante a evolução do regime dos direitos humanos, os quais, tradicionalmente, não foram desenvolvidos levando em consideração as peculiaridades do gênero feminino.

Com efeito, ressignificaram o direito à saúde para o ponto de vista feminino, utilizando-se como pauta a proteção a gravidez e a descriminalização do aborto, assim aponta Mattar [3]. Desta forma, no ano de 1994 os direitos reprodutivos foram conceituados juridicamente, na ocasião da Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), na cidade de Cairo – Egito, que originou o documento jurídico "Plano de Ação de Cairo", assim descrito:

> § 7.3. Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos.

Portanto, os direitos reprodutivos versam sobre a organização da vida reprodutiva, ou seja, o direito de ter filhos e o direito de não tê-los, decidindo o casal sobre a quantidade de rebentos e qual o espaçamento de tempo entre o nascimento deles. Envolve, ainda, o direito a educação e socialização das pessoas, pois os

[3] MATTAR, Laura Davis. *"Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais – uma análise comparativa com os direitos reprodutivos"*. Revista internacional de Direitos Humanos, 2008, n. 8, São Paulo SP, pp. 62-83. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/sur/v5n8/v5n8a04.pdf. Acesso em: 23 mai. 2019.

indivíduos deverão ter acesso à informação acerca de todos os métodos contraceptivos existentes, bem como tê-los a sua disposição.

Além disso, não se limitam apenas a questões de procriação e saúde pública, mas também relacionam-se com a liberdade do indivíduo em utilizar de seu próprio corpo da maneira que melhor lhe aprouver, de modo a viver uma vida sexual gratificante, assim preceitua Brauner[4]. Desta forma, os direitos reprodutivos consistem num conjunto de direitos humanos subjetivos.

Frise-se, assim, que a Constituição Federal Brasileira incorporou as concepções internacionais de direito humanitário, instituindo a "prevalência dos direitos humanos" em seu artigo 4º, III, positivando os direitos humanos tidos como "clássicos", ou seja, aqueles relativos a liberdades individuais, mas também inovando ao trazer exaustivo rol de direitos sociais, econômicos, entre outros, recepcionando-os como princípios, direitos e garantias fundamentais, expostos nos Títulos I e II da Carta Magna e abrangidos no rol especial das "cláusulas pétreas" – normas que não podem ser alteradas por emendas constitucionais.

Com efeito, princípios são, segundo Barroso[5], "a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico", encontrando-se no ordenamento jurídico como direcionamentos que objetivam a melhor realização do texto constitucional. Os direitos fundamentais, por sua vez, são as disposições meramente declaratórias dos bens e vantagens reconhecidas pela ordem jurídica como seu cerne material intangível, enquanto as garantias são as disposições assecuratórias, isto é, as ferramentas jurídicas postas ao dispor do indivíduo para que possa exercer aqueles direitos.

Assim, os direitos fundamentais (em sentido amplo) possuem prerrogativas especiais que objetivam sua maior eficácia social, destacando-se primeiramente a universalidade, de modo que os titulares dos direitos e garantias fundamentais são os brasileiros e os estrangeiros residentes no País, simplesmente pelo fato de serem pessoas. Ademais, há a irrenunciabilidade, de modo que o indivíduo não poderá dispor deles ou de sua titularidade, exceto se o fizer temporariamente, em detrimento de outro direito, perante um caso concreto em que o princípio da proporcionalidade esteja

---

4 BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana:* conquistas médicas e o debate biomédico. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 102.
5 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 128.

sendo aplicado para a sua resolução, assim dispõe Bulos[6].

Entrementes, tendo em vista que não há ordem hierárquica entre tais direitos, ressalta-se a indivisibilidade destes, irradiando conjuntamente sob toda a ordem jurídica, essencial para sua eficácia numa sociedade plural e democratizada. Outrossim, todos se encontram vinculados diretamente aos órgãos estatais da Administração Pública (direta e indireta), bem como são inalienáveis, de modo que seus titulares não poderão comercializá-los, consequentemente não poderão ser objeto de negócios jurídicos, sendo impossível para o ordenamento jurídico brasileiro que um indivíduo doe a outrem o seu direito à saúde (artigo 6º, CF/88) ou que venda a função social da propriedade (artigo 5º, XXIII).

Cumpre salientar que a Carta Magna introduziu, em seu artigo 5º, § 1º, a aplicabilidade imediata das normas de direitos e garantias fundamentais, podendo ser utilizados por seus titulares sem que para isso haja uma prévia regulamentação legal, sendo instituídos, portanto, de pleno exercício. Entretanto, imperioso ressaltar que ela nas palavras de Sarlet; Marinoni; Mitidiero:[7]

> [...] não significa em hipótese alguma irrelevância da legislação infraconstitucional, mas sim [...] que a ausência eventual de lei não pode servir de obstáculo absoluto à aplicação da norma de direito fundamental e da extração de efeitos úteis, cuja extensão [...] irá depender de qual é o direito em causa e de seus limites fáticos e jurídicos.

Destarte, mesmo que os direitos fundamentais se classifiquem como de eficácia plena, encontrarão, em algum momento, barreiras práticas para a sua devida efetivação, motivo pelo qual as premissas de aplicabilidade direta deverão sempre ser analisadas frente às circunstâncias concretas. Entretanto, haja vista o disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, o Poder Público tem o dever de sustentar a presunção da eficácia máxima dos direitos fundamentais, de modo que a fruição destes não poderá ser negada ao indivíduo por uma falta de regulamentação legal de seus pormenores.

No que tange aos direitos reprodutivos, em seu artigo 226, § 7º a Carta Política manifesta o livre planejamento familiar, fundando-o na dignidade da pessoa humana, atrelando-o ao direito de livre informação e vedando que o Estado interfira

---

[6] BULOS, Uadi Lâmmego. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 538.
[7] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva JUR, 2018. p. 376.

coercitivamente neste. Conforme delineado anteriormente, eles consistem num conjunto de direitos fundamentais subjetivos que versam sobre a vida reprodutiva dos particulares, não se resumindo a questões de saúde pública. Assim, caso algum direito fundamental não seja efetivado, os direitos reprodutivos como um todo restarão aleijados.

Exemplifica-se, portanto, que a escassez do direito a informação acerca dos métodos contraceptivos impede que casais possam efetivamente planejar em que momento desejam ter a sua prole, o que poderá resultar em gravidezes indesejadas e abortos, destacando-se que esta última prática é criminalizada na ordem jurídica pátria (comportando exceções), todavia isto que não impede que várias mulheres realizem-na e morram durante o procedimento, tornando os abortos mal sucedidos a quarta causa de morte materna no país, assim explica Lima[8].

Devido a isso, garantir os direitos reprodutivos demonstra-se como um grande desafio prático – se analisarmos a situação sob o ponto de vista econômico, a efetivação de cada um dos direitos garantidos no texto constitucional sem dúvidas sobrecarrega excessivamente os Estados. Com efeito, é cediço que o Poder Público não poderá efetivar todos os direitos fundamentais em nível ótimo. Assim, os direitos reprodutivos acabam permanecendo fora da agenda de diversos países, não adentrando inclusive nas metas de direitos da Organização as Nações Unidas (ONU).

Na legislação infraconstitucional, a promulgação da Lei do Planejamento Familiar (nº 9.263/96) veio para regular as diretrizes do planejamento reprodutivo e prevê em seu artigo 2º que este consiste na capacidade do indivíduo de regular a própria fecundidade, culminando nas decisões de existência ou não de prole, vedando ainda a utilização desta lei para o uso de qualquer tipo de controle demográfico.

No que se refere especificamente aos métodos contraceptivos, o artigo 9º da lei em comento prevê que serão oferecidos aos particulares todos os métodos e técnicas de concepção, cientificamente aceitos, que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantindo assim a liberdade de opção dentre eles, de modo que é tarefa do Sistema Único de Saúde (SUS) fornecê-los.

---

[8] LIMA, Sarah Dayanna Lacerda Martins. *Direitos sexuais e reprodutivos das mulheres:* expressões das políticas públicas no município de Fortaleza. 2013. Disponível em: http://www.uece.br/politicasuece/dmdocuments/sarah_dayanna_lacerda.pdf. Acesso em: 24 mai. 2019.

O artigo 10, por sua vez, preceitua acerca da cirurgia de esterilização, intervenção médica que elimina completamente a capacidade do indivíduo de criar uma prole. Afirma que a única modalidade admitida na ordem jurídica desta cirurgia é a voluntária, encontrando-se condicionada a uma manifestação de vontade expressa, em documento escrito e firmado, desconsiderando aquelas exteriorizadas quando o indivíduo estiver sob o efeito de substâncias entorpecentes ou em estados emocionais alterados, e firmando o prazo mínimo de sessenta dias entre esta manifestação e a cirurgia.

Ademais, o possível esterilizando deverá ter tido acesso a todas as informações acerca do procedimento cirúrgico, ressaltando-se a sua irreversibilidade e as outras opções contraceptivas disponíveis. Prevê ainda como requisitos a idade mínima de 25 (vinte e cinco) anos, a capacidade civil plena, dois filhos vivos e consentimento do(a) cônjuge, caso o esterilizando seja casado ou convivente.

Especificamente no que tange à mulher, há a possibilidade de esterilização em risco de vida à mulher gestante ou ao futuro concepto, mediante relatório escrito e assinado por dois médicos, bem como é vedada sua realização durante os períodos de parto e aborto, exceto em casos de extrema necessidade – denominada, portanto, de esterilização necessária. Salienta também que a cirurgia só será realizada em pessoas consideradas incapazes caso haja autorização judicial, na forma da lei. Ressalta-se ainda, que referido artigo dispõe expressamente a existência de "aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce".

Assim, destaca-se que a legislação brasileira não prevê nenhuma forma de esterilização que não seja a voluntária, e mesmo esta é desencorajada, tendo em vista o grande índice de arrependimento após sua realização. Ademais, o artigo 11 prevê que toda e qualquer esterilização cirúrgica deverá obrigatoriamente ser notificada ao SUS. Por fim, salienta-se qualquer pedido judicial de esterilização involuntária contraria frontalmente o artigo 12, que veda à indução ou à instigação de tal cirurgia.

3 Dignidade da pessoa humana x esterilização compulsória

Inobstante sua importância dentro do sistema constitucional, precisar o conceito jurídico da dignidade da pessoa humana se apresenta como uma tarefa dispendiosa, tendo seu significado várias nuances nas ciências humanas, evoluindo durante toda a

história da humanidade e sendo encarada, portanto, como uma conquista ético-jurídica. Cumpre salientar, por oportuno, as observações de Librelotto[9] acerca de tal princípio:

> A dignidade da pessoa humana não é definida nem atribuída, muito menos é passível de restrição. A Dignidade é o olho com o qual o homem deve ver a si mesmo e aos outros. Ao homem não basta apenas viver; ele quer e é digno de viver bem. Pode-se dizer que não só não basta, como o homem quer e precisa viver bem a fim de perfectibilizar sua condição humana. Viver bem implica a necessidade da prática do respeito pela condição humana mais essencial, que é a Dignidade.

Ressalta-se que a dignidade nasce com o ser humano, sendo adquirida pelo indivíduo no simples ato de existir, tendo em vista que sua integridade física e mental já demandam, desde logo, atenção e consideração por parte da sociedade e do Estado Constitucional de Direito. Como o ser humano cresce e vive no meio social, no qual as suas escolhas pessoais se tornam públicas e tomam magnitudes diferenciadas, esta dignidade, nos ensinamentos de Nunes[10], sofre um acréscimo, de modo que se elucida duas faces distintas ao termo, quais sejam, "aquele que é inerente à pessoa, pelo simples fato de ser, nascer pessoa humana; e outro dirigido à vida das pessoas, à possibilidade e ao direito que têm as pessoas de viver uma vida digna".

Todavia, não basta que a dignidade humana esteja reconhecida sozinha no texto constitucional, reclamando, portanto, uma conjuntura mínima para existir no plano concreto. Caso os outros direitos inerentes à individualidade do ser humano não existissem, não haveria o que se ponderar ou otimizar no que tange àquela, restando inevitavelmente violada. Assim, destaca-se a igualdade e a liberdade como elementos centrais do princípio em comento, e que para muitos autores praticamente se confundem.

A igualdade constitucional é seccionada entre a formal e a material, ocasião na qual aquela consiste no conceito utilizado na Carta Política, no caput de seu artigo 5º, qual seja, "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", enquanto esta é a ideia já sacramentada na doutrina e jurisprudência nacional do tratamento desigual àqueles que se encontram em situação diferenciada, na exata medida de sua desigualdade.

---

[9] LIBRELOTTO, Gicélia. ***Dignidade da pessoa humana:*** reflexões jurídicas e filosóficas sobre o conceito. 2017. Disponível em: http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/7438. p. 96. Acesso em: 20 mai. 2019.

[10] NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva JUR, 2018. p. 72.

Assim, é importante frisar que, para Sarlet; Marinoni; Mitidiero[11]: "o STF tem adotado o entendimento de que o princípio da igualdade exige uma relação de razoabilidade e congruência para justificar um tratamento desigual, banindo toda e qualquer diferenciação arbitrária", de modo que o fato de discriminação e o tratamento diferenciado devem guardar uma congruência lógica entre si.

Já a liberdade consiste, em apartada síntese, na capacidade que o ser humano tem de se autodeterminar, agindo conforme sua própria vontade, e aparece na Constituição Federal na forma geral (artigo 5º, caput), bem como em formas específicas, a exemplo da liberdade de pensamento (artigo 5º, inciso IV) e a liberdade de expressão (artigo 5º, inciso IX). Destaca-se, portanto, que sua positivação guarda íntima relação com a ideia de um livre desenvolvimento da personalidade, atuando assim como cláusula de interpretação e integração.

Salientam Sarlet, Marinoni e Mitidiero[12] que "a preservação de uma esfera da vida privada é essencial à própria saúde mental do ser humano e lhe assegura as condições para o livre desenvolvimento de sua personalidade", permitindo uma clara dedução do princípio da liberdade constitucional aos direitos de personalidade preceituados entre os artigos 11 a 21 da Lei Substantiva Civil, cedendo ao indivíduo o direito ao próprio corpo, à honra, à privacidade, entre outros, sublinhando-se que estes demandam tutela jurídica ímpar, tendo oponibilidade *erga omnes*, motivo pelo qual os seus limites e as suas restrições devem ser delineados com proporcionalidade, visando sempre o caso concreto.

O direito à honra, por sua vez, se transveste tanto de uma face objetiva quanto subjetiva, aquela referente ao conceito que o indivíduo acredita gozar num meio social, e esta consistente no juízo de valor que o próprio sujeito faz de si mesmo. Ademais, opera tanto como direito de defesa quanto como direito a prestações, este último mormente em consideração ao dever estatal em preservar a integridade pessoal e moral que são correspondentes à existência humana.

Ressalta-se, ainda, o direito ao próprio corpo, de modo que o ordenamento jurídico consagra a autonomia da vontade do ser humano de dispor de sua estrutura física da forma que melhor lhe aprouver. Explica Nader[13] que o reconhecimento desta

---

[11] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva JUR, 2018. p. 603.
[12] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva JUR, 2018. p. 451.
[13] NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 384.

autonomia implica dizer que as pessoas naturais e jurídicas são livres para estabelecer o seu dever ser jurídico, podendo escolher as condições que porventura definam e interfiram em sua vida privada. O princípio da autonomia privada sustenta-se no direito fundamental à liberdade. É necessário também proteger a integridade psicofísica de intervenções que possam resultar em danos efetivos ou risco à saúde.

Destarte, o que cumpre examinar a cada caso é se a intervenção é constitucionalmente legítima ou não, de modo que, embora o direito ao próprio corpo seja, em regra, irrenunciável, poderá eventualmente ser objeto de auto-limitação, ocasião na qual o indivíduo poderá terceirizar as decisões concernentes à sua integridade física e, assim, cumprirá averiguar, em cada situação, o consentimento do titular do direito. Destaca-se, por oportuno, que tal consentimento tem uma importância ímpar na realização da cirurgia de esterilização, consistindo num ato formal que constitui uma série de requisitos, conforme apontado anteriormente.

Ademais, a dignidade da pessoa humana pauta as relações jurídicas de tal forma que Bittar [14] explica que a livre disposição corporal não poderá resultar em inviabilização de vida ou de saúde, ou suceder em deformações permanentes que atentem contra os princípios norteadores da vida em sociedade. Assim, o direito à vida muitas vezes delimitará o direito de dispor do próprio corpo, salientando-se, por oportuno, a possibilidade da intervenção médica compulsória, nos termos da lei, em ocasiões nas quais se identifica fundada ameaça ao interesse coletivo à saúde ou à segurança.

Desta forma, os direitos reprodutivos se conectam com os direitos da personalidade, tendo em vista que a capacidade do indivíduo regular a própria fecundidade guarda íntima relação com sua autodeterminação individual. Assim, ao analisar o ordenamento jurídico pátrio como um todo, aponta-se que não existe a hipótese de esterilização compulsória, de modo que nenhuma pessoa poderá ser submetida a tal cirurgia contra sua vontade.

No âmbito do direito humanitário internacional, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apreciou pela primeira vez um caso de esterilização forçada ocorrida na Bolívia, nº 12.655, no dia 23 de abril de 2015[15]. O procedimento foi feito

[14] BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 145.
[15] LIMA, Sarah Dayanna Lacerda Martins; OLIVEIRA, Carina Costa de; BRAGA, Erika. *"Crônicas da atualidade do Direito Internacional",* vol. 12, 2015, Brasília DF, Centro Universitário de Brasília, pp. 2-11.

numa mulher, logo após uma cirurgia de cesariana, sem o consentimento informado dela e sem tratar-se de um caso de emergência. A Comissão considerou que a prática feriu a integridade física e psicológica da mulher, o acesso à informação, a igualdade, a liberdade e o direito de constituir família, estabelecendo penalidades aos responsáveis.

Destaca-se, por oportuno, a Ação Civil Pública nº 1001521-57.2017.8.26.0360[16], oportunidade na qual o Ministério Público de São Paulo requereu ao Poder Judiciário que o Município de Mococa-SP realizasse o procedimento de laqueadura tubária em Janaína Aparecida Quirino, mesmo que contra sua vontade. O pleito inicial fora julgado procedente pelo juízo de primeiro grau, todavia em segunda instância o Tribunal de São Paulo emitiu acórdão em direção oposta à realização da cirurgia, mas, infelizmente, de forma tardia, tendo em vista que o procedimento já havia sido realizado.

O acórdão supracitado afirmou que a realização forçosa de tal cirurgia em Janaína feriu o postulado da dignidade da pessoa humana, coisificando-a e privando-a de liberdade e integridade corporal. Argumenta, ainda, que a esterilização compulsória só seria lícita caso atendesse a necessidade de salvaguardar a vida ou preservar a saúde do indivíduo, todavia afirma fortemente não ser o caso.

Portanto, defende-se que a realização forçosa de tal cirurgia macula inevitavelmente os direitos reprodutivos do indivíduo, tendo em vista prejudicar direitos humanos como liberdade e igualdade, princípios constitucionais que guardam íntima relação com os direitos da personalidade como a autonomia, vida privada, honra, direito de dispor do próprio corpo, integridade física e mental.

Conclusão

Os direitos reprodutivos foram recepcionados pela Constituição Federal em seu artigo 226, § 7º, que funda o livre planejamento familiar na dignidade da pessoa humana e na autonomia da vida privada. A Lei nº 9.263, por sua vez, dá providências

[16] BRASIL. *Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação civil pública nº 0011192-44.2013.4.05.8100.* Relator: Desembargador Paulo Dimas Mascaretti. Consulta Processual. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=A00000Q4M0000>. Acesso em 01 de agosto de 2019.

a tal regulação e traz em seus artigos 9 a 12 disposições acerca dos métodos contraceptivos.

Assim, o presente artigo analisou a cirurgia de esterilização como contracepção, enumerando os requisitos para sua realização, salientando que o consentimento do possível esterilizando é indispensável para sua realização, motivo pelo qual afirma-se que a ordem jurídica nacional só reconhece a esterilização voluntária como lícita.

Desta feita, a realização compulsória de tal cirurgia lesaria inevitavelmente os direitos reprodutivos do indivíduo, tendo em vista que estes são um conjunto de direitos fundamentais individuais e, quando somente um deles for maculado, os direitos reprodutivos como um todo restarão aleijados.

Para além disso, defende-se que o desrespeito à autonomia reprodutiva macula os direitos da personalidade como a autonomia, vida privada, honra, direito de dispor do próprio corpo, integridade física e mental – todos relacionados fortemente com a liberdade constitucional e, portanto, com a dignidade humana.

Com efeito, levando em consideração que a proteção do indivíduo deve ser prioridade no Estado Constitucional de Direito, a precarização da dignidade humana enfraquece a Constituição Federal como documento jurídico e marco ideológico, as instituições democráticas e a sociedade como um todo.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade.* São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação civil pública nº 0011192-44.2013.4.05.8100*. Relator: Desembargador Paulo Dimas Mascaretti. Consulta Processual. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.>. Acesso em 01 de agosto de 2019.

BULOS, Uadi Lâmmego. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2014.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana:* conquistas médicas e o debate biomédico. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LIBRELOTTO, Gicélia. ***Dignidade da pessoa humana:*** reflexões jurídicas e filosóficas sobre o conceito. 2017. Disponível em: http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/7438. Acesso em: 20 mai. 2019.

LIMA, Sarah Dayanna Lacerda Martins. *Direitos sexuais e reprodutivos das mulheres:* expressões das políticas públicas no município de Fortaleza. 2013. Disponível em: http://www.uece.br/politicasuece/dmdocuments/sarah_dayanna_lacerda.pdf. Acesso em: 24 mai. 2019.

LIMA, Sarah Dayanna Lacerda Martins; OLIVEIRA, Carina Costa de; BRAGA, Erika. *"Crônicas da atualidade do Direito Internacional",*vol. 12, 2015, Brasília DF, Centro Universitário de Brasília.

MATTAR, Laura Davis. *"Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais – uma análise comparativa com os direitos reprodutivos"*. Revista internacional de Direitos Humanos, 2008, n. 8, São Paulo SP, pp. 62-83. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/sur/v5n8/v5n8a04.pdf. Acesso em: 23 mai. 2019.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva JUR, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva JUR, 2018.

5. AS DIFICULDADES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ATENDIMENTO ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR PARA O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA: UMA PESQUISA DE CAMPO

THE DIFFICULTY OF PUBLIC POLICIES IN ATTENDING CHILDREN AND ADOLESCENTS VICTMS OF INTRAFAMILIAR SEXUAL ABUSE TO FACE VIOLENCE: A FIELD SURVEY

https://doi.org/10.36592/9786587424187-5

Franciele Letícia Kühl[1]

Resumo

Esse artigo científico é resultado da pesquisa realizada na dissertação de mestrado, tem como objeto o estudo das políticas públicas de atendimento às crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, no qual foi realizada pesquisa de campo, para analisar se as políticas públicas de atendimento às crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual intrafamiliar no município de Santa Cruz do Sul atendem os requisitos normativos básicos previstos nas diretrizes nacionais e os fundamentos da proteção integral para enfrentamento da violência sexual. Para tanto, buscou-se descrever a proteção jurídica contra a violência sexual intrafamiliar, demonstrar a relevância da discussão sobre o tema, tendo em vista a número de casos de violação registrados e verificar quais são os problemas enfrentados na políticas de atendimento, de forma mais específica, na assistência social, quanto ao oferecimento dos programas e ações voltados para a situação de violência contra criança e adolescente. O método de abordagem da pesquisa adotado é o dedutivo, caracterizando-se por ser um estudo exploratório, possibilitando conhecer a realidade do município quanto às políticas de atendimento, e também é um estudo explicativo, produzindo conhecimento e contribuindo na elaboração ou adaptação de políticas públicas de atendimento de

1 Mestre em direito pelao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul, na linha de Políticas Públicas de Inclusão Social. Integrante do Grupo de Estudos de Direitos Humanos da Criança, Adolescente e Jovem. Professora de Direito na Instituição de Ensino Superior Faculdade Dom Alberto e na CEISC Cursos Preparatórios Ltda. E-mail: kuhlfranciele@gmail.com.

crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual intrafamiliar. O método de procedimento é o monográfico com técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e de campo. A pesquisa de campo foi realizada no município de Santa Cruz do Sul/RS, utilizando a entrevista semiestruturada.
Palavras-chave: Abuso sexual. Adolescente. Criança. Políticas Públicas. Teoria da Proteção Integral.

Abstract

This scientific article is the result of research carried out in the master's dissertation. Its objective is to study the public policies of assistance to children and adolescents victims of sexual abuse, in which a field research was conducted to analyze whether the public policies of care Children and adolescents victims of intrafamilial sexual abuse in the municipality of Santa Cruz do Sul meet the basic normative requirements provided for in national guidelines and the foundations of full protection against sexual violence. To this end, we sought to describe the legal protection against intrafamilial sexual violence, demonstrate the relevance of the discussion on the topic, considering the number of reported cases of rape and analyze the problems faced in care policies, more specifically, in social assistance, regarding the offer of programs and actions aimed at the situation of violence against children and adolescents. The method of approach of the adopted research is the deductive one, characterized for being an exploratory study, making possible to know the reality of the city regarding the policies of attendance, and it is also an explanatory study, producing knowledge and contributing in the elaboration or adaptation of public policies. of care for children and adolescents victims of intrafamilial sexual abuse. The method of procedure is the monographic with techniques of bibliographic, documentary and field research. The field research was carried out in the city of Santa Cruz do Sul / RS, using the semi-structured interview.
Keywords: Sexual abuse. Children and adolescents. Public policy. Integral Protection Theory.

Introdução

Quando uma criança ou adolescente é vítima de violência sexual intrafamiliar, o estado deve atuar, por meio de seus órgãos de atendimento, em busca da restituição dos direitos violados da criança ou do adolescente. Para que isso aconteça, os serviços da rede de atendimento devem estar estruturados e preparados conforme legislação que prevê o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente. Todavia, na prática, existem diversas dificuldades enfrentadas pelos municípios para oferecimento de programas e serviços ofertados para as famílias e pessoas em situação de violação de direitos.

Assim, para analisar se as políticas públicas de atendimento à criança ou adolescente vítima de violência atendem as diretrizes nacionais de atendimento às crianças e adolescentes vítimas de violência, foi escolhida a pesquisa de campo na política de atendimento da assistência social do município de Santa Cruz do Sul para demonstrar quais dificuldades enfrentadas para oferecimento dos serviços de proteção. Assim, na primeira parte da pesquisa visa descrever a proteção jurídica estabelecida e a demonstração dos dados oficiais, primeira barreira encontrada para o melhoramento de políticas públicas. Na segunda parte do artigo visa verificar quais são as principais dificuldades encontradas pela política pública de atendimento, que afeta o atendimento de crianças e adolescente vítimas de violência sexual.

O método de abordagem da pesquisa adotado é o dedutivo, caracterizando-se por ser um estudo exploratório, possibilitando conhecer a realidade do município quanto às políticas de atendimento, e é um estudo explicativo, produzindo conhecimento e contribuindo na elaboração ou adaptação de políticas públicas de atendimento de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual intrafamiliar. O método de procedimento é o monográfico com técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e de campo. A pesquisa de campo foi realizada no município de Santa Cruz do Sul/RS, utilizando a entrevista semiestruturada.

Violência sexual contra crianças e adolescentes e os registros em dados oficiais

A teoria da Proteção Integral visa um sistema de qualidade, substituindo as

práticas repressivas e de controle social que existia na teoria da situação irregular. Vai muito além da "tentativa de superação das práticas assistencialistas, meramente emergenciais e segmentadas" (CUSTÓDIO, 2008 p. 13). Todavia só se pode falar em proteção de direitos quando esses direitos forem efetivamente garantidos por políticas públicas que possibilitem sua aplicabilidade imediata em plena satisfação assegurada pelo estado (SOUZA, 2016, p. 39). E aí que surgem as dificuldades relativas à sua efetivação pois para a sua materialidade e continuidade, são necessárias ações articuladas entre os poderes estatais por meio de recursos financeiros e, também, através de políticas públicas que sigam diretrizes estabelecidas para o seu funcionamento.

A vida social é composta de permanentes tenções, conflitos e de formas de violência, a sociedade contemporânea apresenta-se cada vez mais permissiva em relação à violência, "ao mesmo tempo em que as relações humanas se coisificam, tornando-se cada vez menos humanas" (JAERGER, 2004, p. 291). A sociedade acostuma-se com crescentes práticas de brutalidade desrespeito à dignidade de crianças e adolescentes, a violência se configura em cenário mundial e a níveis complexos, o próprio lar tem sido o local de formas de violação de direito, onde a violência é praticada por aqueles que têm o dever legal e moral de proteção.

A violência doméstica é uma violência interpessoal, uma negação de valores humanos, que ocorre dentro do âmbito familiar, sendo silenciada pelo sigilo das famílias.

> Além de marcas físicas, a violência pode deixar sequelas emocionais que podem comprometer todo o desenvolvimento psicossocial de crianças e adolescente e ainda contribuir para a construção de um círculo de produção e reprodução de práticas violentas. Assim, buscar soluções e intensificar esforços no sentido de prevenção e solução desse problema é responsabilidade de todos nós, tendo em vista que a violência evidencia-se como uma violação aos direitos humanos e atinge crianças e adolescentes independentemente de classe social, raça, etnia, credo, sexo e até mesmo idade (ANDRADE, 2011, p. 30).

Vários podem ser os fatores desencadeadores parar a violência, como a relação de abuso de poder do adulto sobre a criança e adolescente, os quais ficam submetidos aos desejos do adulto. Esse poder é violento, caracterizado como uma relação de força de uma pessoa sobre outra, visando alcançar objetivos e obter vantagens em uma relação violenta de poder, desigual, do qual o dominador utiliza se de coação e

agressões e faz do dominado um objeto para seus ganhos e vontades (FALEIROS; FALEIROS, 2007, p. 29).

O artigo 227, da Constituição federal, e o artigo 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, trouxeram os direitos fundamentais da criança e do adolescente e, também, que todas as crianças e adolescentes devem estar a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Trata-se da proteção especial, nestes casos o agressor deve ser punido na forma da lei, seja por ação ou omissão.

A violência pode ser classificada de diversas formas, violência física, psicológica e sexual, e pode ser cometida de diversas maneiras como o abuso, a agressão, castigo com tratamento cruel e degradante ou maus tratos. A violência sexual tem por finalidade estimular sexualmente esta criança ou utilizá-la para obter estimulação sexual, sobre sua pessoa ou de outra pessoa" (AZEVEDO; GUERRA, 1989, p. 42). Esse tipo de violência pode provocar dano material ao corpo ou as condições psicológicas da vítima.

> Ela apresenta-se em diferentes graus, cuja severidade e gravidade podem ser medidas pela intensidade da força física utilizada pelo agressor, pelo grau de sofrimento causado à vítima, pela gravidade dos ferimentos ocasionados, pela frequência com que é aplicada e pelas sequelas físicas e psicológicas que provoca (FALEIROS; FALEIROS, 2007, p. 35).

A violência sexual é qualquer ação ou tentativa de obter um ato sexual, ou qualquer forma de investida contra a sexualidade de uma pessoa, usando a coação, que pode abranger diversos graus de força. Pode ser uma coação física, psicológica, chantagens e outras ameaças. A coação também pode ser considerada quando a pessoa é incapaz de compreender e dar o seu consentimento, se a vítima estiver embriagada, drogada, adormecida ou mentalmente não é capaz de entender a situação, como uma criança (KRUG, *et al,* 2002, p. 147).

Para entender a definição de violência sexual contra criança e adolescente é preciso observar alguns elementos presentes na violação de direitos: diferença de idade entre o autor da violência e a vítima, a presença de uma desigualdade de poder, seja por força, hierarquia, a colocação da criança ou do adolescente como objeto do adulto, impossibilitados de oferecer consentimento em razão da desigualdade de poder ou pela ausência de entendimento, por desconhecimento emocional ou social que

permita a vítima ter consciência dos efeitos da interação sexualizadas provocada pelo adulto (SANDERSON, 2005).

Para que aconteça o abuso sexual independe de que a criança adolescente entenda a natureza da situação, pois os atos podem envolver contato físico, como podem ser discussões abertas sobre atos sexuais que possuem como objetivo despertar o interesse na criança ou no adolescente ou então de chocá-los.

> El abuso sexual incluye cualquier actividad con un niño o niña en la cual no hay consentimiento o este no puede ser otorgado. Esto incluye el contacto sexual que se consigue por la fuerza o por amenaza de uso de fuerza —independientemente de la edad de los participantes— y todos los contactos sexuales entre un adulto y un niño o niña —independientemente de si el niño o niña ha sido engañado o de si entiende la naturaleza sexual de la actividad—. El contacto sexual entre un niño más grande y uno más pequeño también puede ser abusivo si existe una disparidad significativa de edad, desarrollo o tamaño corporal, haciendo que el niño menor sea incapaz de dar un consentimiento informado (BERLINER; ELLIOTT, 2002, p. 55).

Quando ocorre a violação de direitos a dignidade sexual de crianças e adolescentes a restauração de direitos será concretizada a partir de um sistema de garantia de direitos, formulado a partir da articulação intersetorial entre os órgãos públicos que são responsáveis pela garantia do atendimento, da proteção e da efetivação de direitos fundamentais a crianças e adolescentes. Esse sistema de garantia de direitos da criança é um conjunto ordenado é sistemático de competências institucionais que guardam entre si atribuições, competências e responsabilidades que visam a restituição de direitos violados. Vai muito além da mera concepção da responsabilização criminal do agressor, mas sim dá atenção necessária a vítima para que ela tenha seus direitos fundamentais restabelecidos.

A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente possuem um sistema de compartilhamento de responsabilidades para concretização te políticas públicas articuladas entre o governo e a sociedade civil organizada, que visam a proteção de direitos da criança e do adolescente. O sistema de garantia de direitos estrutura a política de atendimento, proteção e justiça. Esse sistema tem como linha de ação desde as políticas básicas até os serviços especiais de prevenção, identificação, encaminhamento e proteção dos direitos garantias de crianças e adolescentes vítimas de violação direitos.

Uma das ferramentas importantes para o funcionamento correto e eficaz do sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente são os dados oficiais, que geralmente são fornecidos pela polícia, pela rede de atendimento à saúde e assistência social, e por pesquisas. Todavia os dados ainda não são suficientes, pois são fragmentados, uma vez que geralmente são incompletos ou limitados, o que dificulta o planejamento e melhoramento das ações que visão a erradicação da violência contra criança adolescente ou a restituição de direitos violados.

Segundo os dados do Sistema de Informações para Infância e Adolescência (SIPIA), sistema nacional de registro e tratamento de informações sobre a garantia e defesa dos direitos das crianças e adolescentes, entre o período de 2014 até 2018, aconteceram 11.679 casos de abuso sexual por pessoas da família contra crianças e adolescentes , segundo os dados registrados no SIPIA.

O SIPIA é um instrumento utilizado de apoio à gestão, organizado a partir de módulos temáticos, no qual contém o módulo para conselheiros tutelares e outro módulo para atendimento socioeducativo. O sistema oferece um conjunto de dados consolidados em relatórios locais, regionais, estaduais e nacionais que servem para a construção, desenvolvimento, monitoramento e estratégias que visam a promoção, proteção e defesa de direitos humanos de crianças e adolescentes (MACHADO, 2014, p. 114).

Outra base de dados oficial é o Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN), que tem por objetivo coletar é processar dados sobre agravos de notificação, fornecendo informações e contribuindo com a tomada de decisões preventivas e que buscam erradicar violações de direito. O SINAN é alimentado pelas informações coletadas no setor da saúde, sendo hoje um dos principais dados para subsidiar a proposição de ações eficazes ao enfrentamento deste problema de saúde pública. Eles são encontrados no Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde (DATASUS), tecnologia da informação a serviço do SUS, local onde é possível buscar de forma sistemática, as informações de agravos de notificação do SINAN.

Através da coleta de dados do SINAN, pelo sistema DATASUS, baseado nas variáveis: 1) Violência doméstica, sexual e/ou outras violências; 2) Faixa etária; 3) Registro de violência por região; pode-se verificar na tabela 02, que entre o período de 2014 até 2018 houve 272.532 agravos de notificação de violência doméstica, sexual

e/ou outras violências no Brasil, sendo que a região Sul está em segundo lugar com o maior número de agravos, com 65.614 registros.

Tabela 01 – Violência doméstica, sexual e/ou outras violências por região, segundo a faixa etária de 0 até 19 anos de idade, entre 2009 até 2018

Faixa Etária	1 Região Norte	2 Região Nordeste	3 Região Sudeste	4 Região Sul	5 Região Centro - Oeste	Total
<1 Ano	937	3.971	6.207	7.496	1.944	20.555
1-4	3.180	6.836	14.783	11.849	4.290	40.938
5-9	4.039	5.176	14.485	10.695	3.493	37.888
10-14	9.006	11.110	26.768	15.473	5.427	67.784
15-19	7.578	20.834	48.754	20.101	8.100	105.367
Total	**24.740**	**47.927**	**110.997**	**65.614**	**23.254**	**272.532**

Fonte: Tabela elaborada pela autora a partir das informações do Sistema de Informação de Agravos de Notificação – Sinan Net (2018).

Importante salientar que a violência intrafamiliar é a mais difícil de chegar ao conhecimento das autoridades públicas, o medo impede as crianças adolescentes de buscarem por ajuda, a falta de compreensão da violência sexual também dificulta a notificação. Significa dizer que existe um número de subnotificação da violência, o que requer aprimoramento das políticas públicas, em especial, dos profissionais da rede de atendimento de educação, saúde e assistência social que precisam ser preparados tecnicamente para identificar os casos de violência e registrá-lo em sistema de dados oficial.

Dentre o total de 272.532 agravos de notificação de violência doméstica, sexual e/ou outras violências no Brasil 152.994 dos registros ocorreram no ambiente familiar, isto é, dentro da residência da vítima, o que evidencia que a violência intrafamiliar é uma das principais formas de violência contra crianças e adolescente no país. Logo o domicílio, local em que deveria ser o seu lugar de proteção, onde os pais, que tem a responsabilidade de cuidado e de educação de seus filhos, são aqueles que, na verdade, os expõem a violência e violam a proteção integral.

> A violência doméstica ou intrafamiliar é motivo de indignação não tanto por um aspecto quantitativo, ou seja, pelo número de casos em que ela ocorre, mas pelas formas cruéis em que ela se dá e, principalmente, pelo fato mesmo de ocorrer dentro da família, ou seja, pelo fato de que as pessoas que atentam, de uma forma ou de outra, contra a criança ou o adolescente sejam as pessoas de sua convivência mais íntima, aquelas que o colocaram no mundo, aquelas em que a criança

> 'naturalmente' confia, aquelas de que ela depende totalmente, aquelas que deveriam amá-la e protege-la, enfim, aquelas que deveriam antes querer morrer do que ver os seus filhos sofrendo qualquer forma de violência ou de mal (VERONESE; COSTA, 2006, p. 102).

A impossibilidade de obter dados precisos, dificulta a verificação da quantidade de casos de violação de direito o que consequentemente prejudica nos planos de ações estratégias para as melhorias e os avanços das políticas públicas de atendimento é proteção às crianças e adolescentes vítimas de violência sexual.

A política de atendimento é formada pela rede de educação, esporte, lazer, cultura, saúde, assistência social e outros serviços disponíveis que o município tenha implementado. A assistência social compreende um dos três pilares da seguridade social, disciplinada pelo artigo 194 da Constituição federal, a seguridade corresponde um conjunto integrado de ações e iniciativas dos poderes públicos e da sociedade que se destina a assegurar direitos fundamentais e sociais que são relativos à saúde, previdência e a assistência social. Constitui-se em uma política pública de atendimento gratuito para todos os cidadãos que dela necessitam.

Estudo de campo realizado no município de Santa Cruz do Sul

O Sistema Único de Assistência Social é o responsável por ofertar os serviços, programas e projetos de por níveis de proteção social, visam prevenir a situação de vulnerabilidade por meio de desenvolvimento das capacidades, do fortalecimento de vínculos no âmbito familiar e com a comunidade. O sistema está estruturado em níveis de proteção social básica e especial. Na proteção social especial existe o oferecimento do atendimento de média e alta complexidade, na proteção de média complexidade encontra-se o atendimento sócio assistencial às famílias e indivíduos que tiveram seus direitos ameaçados ou violados que mantiveram os vínculos familiares, como o Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI).

Já na alta complexidade existem um conjunto de serviços para aqueles que estão em uma situação de ameaça e que necessitam de serviço de acolhimento institucional ou familiar como medida protetiva, como a Casa-Lar, Abrigo Institucional e a Casa de Passagem (SOUZA, 2016, p. 60). Ou seja, quando existe a necessidade de retirar a criança ou adolescente da família, como medida de proteção.

Na assistência social o serviço de proteção social básica é oferecido por meio dos Centros de Referência de Assistência Social (CRAS), já os serviços de proteção especial Centros de Referências Especializados de Assistência Social (CREAS). Estes serviços são responsáveis por fortalecer laços, trabalhar qualidades e capacidades, concretizando direitos humanos e sociais de forma universalizante, promovendo a articulação e a integração com as políticas setoriais (SOUZA, 2016, p. 59). No CRAS são oferecidos: i) serviços de proteção e atendimento integral à família (PAIF); ii) serviço de convivência e fortalecimento de vínculos; iii) serviço de proteção social básica no domicílio para pessoas com deficiência e idosas (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENO SOCIAL E COMBATE À FOME, 2013, p. 08).,

No CREAS, os serviços de proteção social especial de média complexidade compreende-se em: i) serviço de proteção e atendimento especializado a famílias e indivíduos (PAEFI); ii) serviço especializado em abordagem social; iii) serviço de proteção social a adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de liberdade assistida (LA) e de prestação de serviços à comunidade (PSC); iv) serviço de proteção social especial para pessoas com deficiência, idosas e suas famílias; v) serviço especializado para pessoas em situação de rua (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENO SOCIAL E COMBATE À FOME, 2013, p. 08).

Os usuários dos serviços do PAEFI, serviço prestado dentro do CREAS, são as famílias e as pessoas que tiveram direitos violados por ocorrência de violência física, psicológica, negligência, violência sexual, como abuso ou exploração sexual, ou outras situações que provoquem danos e agravos a sua condição de vida e os impedem de usufruir autonomia e bem estar. Para a prestação desse serviço é necessário espaço físico para que possa receber a comunidade, de forma individualizada ou coletiva e que possa desenvolver suas atividades administrativas. Seus materiais básicos para execução do serviço são: mobiliário, computadores, linha telefônica artigos culturais e esportivos.

De acordo com a NOB-RH-SUAS, a equipe de referência para a prestação de serviços e execução das ações no âmbito da Proteção Social Especial de Média e Alta Complexidade, que ocorre no Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), unidade pública, deve ser composta de acordo com demanda do município, isto é, gestão inicial e básica ou gestão plena ou com serviços regionais:

Tabela 02 – Composição do Centro de Referência da Assistência Social (CREAS)

CENTRO DE REFERÊNCIA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL - CREAS	
Municípios em Gestão Inicial e Básica	Municípios em Gestão Plena e Estados com Serviços Regionais
Capacidade de atendimento de 50 pessoas/indivíduos	Capacidade de atendimento de 80 pessoas/indivíduos
1 coordenador	1 coordenador
1 assistente social	2 assistentes sociais
1 psicólogo	2 psicólogos
1 advogado	1 advogado
2 profissionais de nível superior ou médio (abordagem dos usuários)	4 profissionais de nível superior ou médio (abordagem dos usuários)
1 auxiliar administrativo	2 auxiliares administrativos

Fonte: Tabela elaborada pela autora a partir de informações da NOB-SUAS - BRASIL, 2006.

O acesso a esse serviço se dá através da identificação é o encaminhamento por outros serviços sócio assistenciais, das demais políticas públicas setoriais, dos demais órgãos que compõem o sistema de garantia de direitos e do sistema de segurança pública, ou podem ser procurados por demandas espontâneas. O serviço oferecido pelo PAEFI é de extrema importância para as crianças e adolescentes vítimas de violência sexual entre a familiar, seu trabalho deve estar interligado com os demais serviços sócio assistenciais da proteção básica é especial oferecidos em rede.

Seu trabalho social se resume em:

> Acolhida; escuta; estudo social; diagnóstico socioeconômico; monitoramento e avaliação do serviço; orientação e encaminhamentos para a rede de serviços locais; construção de plano individual e/ou familiar de atendimento; orientação socio familiar; atendimento psicossocial; orientação jurídico-social; referência e contra referência; informação, comunicação e defesa de direitos; apoio à família na sua função protetiva; acesso à documentação pessoal; mobilização, identificação da família extensa ou ampliada; articulação da rede de serviços socioassistenciais; articulação com os serviços de outras políticas públicas setoriais; articulação interinstitucional com os demais órgãos do Sistema de Garantia de Direitos; mobilização para o exercício da cidadania; trabalho interdisciplinar; elaboração de relatórios e/ou prontuários; estímulo ao convívio familiar, grupal e social; mobilização e fortalecimento do convívio e de redes sociais de apoio (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENO SOCIAL E COMBATE À FOME, 2013, p. 30).

Sistema Único de Assistência Social materializa-se através do CREAS, através

dos serviços de proteção básica e especial garantidas as pessoas que necessitam de atendimento e acompanhamento para a restituição de direitos violados. Contudo para que se possa oferecer seus serviços de forma adequada e atingir as metas e objetivos estipulados pelos planos nacionais de direitos humanos, de erradicação da violência contra criança e do adolescente, é necessário que cada município estabeleça a oferta da política pública de forma adequada para que possa prestar seus serviços de acordo com as diretrizes nacionais e garantindo o restabelecimento de direitos violados.

Em estudo de campo realizado no município de Santa Cruz do Sul localizado no Rio Grande do Sul, foi possível identificar através da entrevista de campo, por meio da entrevista em profundidade, realizada com cinco membros da equipe de atendimento do CREAS, obstáculos para o aperfeiçoamento das políticas de atendimento e enfrentamento à violência sexual contra crianças e adolescentes. Diferentes fatores estão relacionados a esses obstáculos, mas principalmente a ausência de espaço apropriado para a realização dos serviços oferecidos pelo CREAS, ausência de recursos humanos para a quantidade de família usuária do serviço, as requisições e encaminhamentos inadequados de atendimentos solicitados por outros órgãos públicos, ausência de uma quantidade suficiente de CRAS no município, ausência de fluxo de notificação e encaminhamento claro entre a rede, a subnotificação e a falta de importantes planos municipais, como o plano de direitos da criança e do adolescente, plano de erradicação da violência sexual contra criança adolescente e plano da assistência social.

Tabela 03 – Levantamento de obstáculos para execução do trabalho diagnosticados através da entrevista

Dificuldades/necessidades para a execução do seu trabalho:	Entrevistados que levantaram o problema durante a entrevista:
Recursos Humanos	1,4 e 5
Recursos Financeiros	4
Excesso de vinculação dos recursos financeiros	1
Aumento no número de CREAS	1,2,3,4 e 5
Aumento no número de CRAS	1,2,3,4 e 5
Aumento na área de abrangência de CRAS	3 e 5
Quantidade de famílias atendidas superiores às recomendações	2,3 e 4
Espaço físico inapropriado	2 e 4
Ausência de vedação acústicas nas salas de atendimento	2,4 e 5
Localização inapropriada	2,3,4 e 5
Requisições da Política de Justiça que não são de competência do CREAS	2,3 e 5
Fluxo de encaminhamento não observado	2 e 3
Espaço físico compartilhado com setores da Segurança Pública	2,3 e 5
Demora na ação do Conselho Tutelar	5
Ausência de sala de reuniões	5
Necessidade de uma telefonista	5
Ausência de capacitação para falar sobre abuso sexual com crianças e adolescentes	3
Melhoramento na comunicação entre Poder Judiciário e CREAS	3
Necessidade de mais ações de prevenção	3
Não há um serviço que faça psicoterapia com a vítima de violência sexual	4

Fonte: Tabela elaborada pela autora a partir das respostas constantes em entrevista semiestruturada (ANEXO IV).

Apesar das atuações estarem bem definidas dentro de cada setor entrevistado, existem uma demanda de trabalho superior aos recursos humanos existentes, onde deveriam ser atendidas 80 pessoas pelo PAEFI (BRASIL, MDS, 2018), são atendidas 295, segundo o coordenador entrevistado. Por esta razão, outros serviços não estão sendo oferecidos, como de oficinas para pessoas deficientes e idosas.

Um dos problemas mais mencionados pelas psicólogas entrevistadas, foi em relação ao espaço físico é apertado, não há sala de reuniões e nem vedação acústica eficiente nas salas de atendimento, o que dificulta o atendimento das crianças e adolescentes e suas famílias, pois não garante a privacidade. Há relatos que é possível

escutar não somente o que ocorre dentro do CREAS, mas também das salas ao lado, onde está instalado o Conselho Tutelar.

O local onde está estabelecido o CREAS também é inadequado, visto que está afastado do centro do município, logo o acesso ao serviço se torna difícil para famílias de bairros afastados, que necessitam pegar até dois ônibus para poder chegar ao local. Observado pelos entrevistados que no prédio onde está instalado há diversos outros serviços, como o Conselho Tutelar, Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, Conselho Municipal da Assistência Social, além, da Delegacia de Polícia da Criança e do Adolescente, Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher, o que gera constrangimento nos usuários do serviço, assim como, desconforto e dificuldade na criação e manutenção de vínculo dos técnicos com as famílias e as crianças e adolescentes (ENTREVISTA 3), os quais já relataram constrangimento de ter que entrar "num prédio de polícia" (ENTREVISTA 05).

Na política de atendimento socioassistencial, existe uma série de ações que são executadas de acordo com o nível de proteção, no caso de violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes, a proteção social especial destina-se a proteção da família e da pessoa que se encontra em situação de risco pessoal e social, em decorrência do ato da violência cometida. Contudo, com a estrutura atual do CREAS no município, fica inviável o oferecimento de um serviço qualificado de acordo com os preceitos normativos.

Conclusões

O Sistema de Garantia de Direitos decorre de uma longa caminhada, que ainda requer aperfeiçoamentos, principalmente em aspectos práticos, pois para assegurar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, reforçados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, duas frentes devem ser trabalhadas, da prevenção e da restauração de direitos violados.

Diante disso a importância do acompanhamento às políticas públicas locais, para verificação das suas dificuldades e problemas para enfrentamento à violência contra crianças e adolescentes para melhoramentos gerais. No município de Santa Cruz do Sul, é necessário a garantia de atendimento eficaz para aqueles que já estão na condição de vítima, garantido seus direitos fundamentais, principalmente ao que

tange na sua recuperação física e emocional, para que consiga se reestabelecer de forma digna.

É de suma importância, para minimizar os traumas gerados, que o profissional que atende criança e adolescente vítima de violência sexual intrafamiliar esteja capacitado, conhecendo o fenômeno e sua forma complexa, os procedimentos adequados para se proceder mediante uma situação de violência sexual, desde a revelação da vítima ou a suspeita, até a superação da violação de direito. A rede de proteção deve ser pensada a partir da articulação e do diálogo entre diversos profissionais que atuam na rede de atendimento, esses profissionais também precisam estar preparados, conhecendo o fenômeno da violência contra criança e adolescente. Portanto, o profissional da rede precisa compreender as modalidades de violência sexual e a complexidade das causas e consequências que esse tipo de ação gera na vida da vítima e na sua convivência com a família.

Neste entendimento, não basta apenas comunicar ou notificar os casos de suspeita ou confirmação de violência sexual, mas em qualquer situação, requer ações e intervenções interprofissionais, que não dependem apenas de atitudes isoladas, é necessário haver comunicação e colaboração entre todos os segmentos que compõe a rede de apoio social. “É preciso ter em mente que tanto a criança e/ou adolescente vitimizado merecem mais que aplicações de protocolos de atendimento, mas merecem um atendimento acolhedor, digno e protetivo” (PIETRO, 2013, p. 122).

Dentro desta conjuntura, os dados oficiais nacionais sobre a violência sexual intrafamiliar dão enorme embasamento para a importância do estudo sobre a temática e importante preparação dos profissionais que atuam neste ramo, pois os números de violência que chegam até os registros são alarmantes, isto que, infelizmente ele não representa os dados reais, visto que uma parte não é notificada e outra nem chega as autoridades, perpetuando a violência através do medo e das ameaças sofridas pela criança ou adolescente vítimas de violência sexual intrafamiliar, como se pode ver nos dados do município de Santa Cruz do Sul, que deixam clara a subnotificação, fator que prejudica o aprimoramento de políticas públicas.

Conclui-se que a partir da análise comparativa entre as diretrizes nacionais e a política de atendimento do município de Santa Cruz do Sul, os serviços estão estruturados, todavia diante da demanda a capacidade de atendimento ainda é insuficiente, necessitando de aprimoramento nos instrumentos de gestão, como a

capacitação dos profissionais, definição de protocolo e fluxo de atendimento, acessibilidade física do serviço, a promoção de ações preventivas e, principalmente, as condições necessárias para a oferta do serviço. Embora haja o amparo normativo, internacional, nacional e organizacional, há obstáculos para serem vencidos no enfrentamento à violência sexual, a fim de garantir a proteção integral às crianças e adolescentes vítimas de violência sexual no município de Santa Cruz do Sul.

Referências

ANDRADE, Adathiane Farias de. *Rompendo o silêncio:* uma análise sobre as histórias de meninas com vivência de abuso sexual atendidas pelo CREAS do município de João Pessoa. 2011. 204 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) - Universidade Federal da Paraíba, 2011.

AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. Crianças Vitimizadas: *a síndrome do pequeno poder*. São Paulo: Iglu Editora, 1989.

BERLINER, L., y D. M. ELLIOTT. Sexual Abuse of Children. *In:* J. Myers, L. Berliner, J. Briere, C. Hendrix, C. Jenny, y T. Reid (eds.), The APSAC Handbook on Child Maltreatment, 2.a ed., California: Sage, 2002.

BRASIL. Resolução n. 269, de 13 de dezembro de 2006. Aprova a Norma Operacional Básica de Recursos Humanos do Sistema Único de Assistência Social – NOB-RH/SUAS. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,* Brasília, 13 dez. 2006. Disponível em: <https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Normativas/NOB-RH_SUAS_Anotada_Comentada.pdf> Acesso em: 23 out. 2018.

BRASIL. *Sistema de Informação de Agravos de Notificação – SINAN Net*. Brasília: Ministério da Saúde, 2014. Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?sinannet/cnv/violebr.def>. Acesso em: 02 set. 2018.

BRASIL. *Sistema de Informação para Infância e Adolescência: Conselho Tutelar – SIPIA CT*. Disponível em: <https://www.sipia.gov.br/CT/?x=FDeKNPz2217fNzqxZQdqNw> Acesso em 03, out. 2018.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Violência Doméstica:* Quando a vítima é criança ou adolescente. Florianópilis: OAB/SC, 2006

CUSTÓDIO, André Viana. *Teoria da proteção integral:* pressuposto para compreensão do Direito da Criança e do Adolescente. Revista do Direito. v.29, Santa Cruz do Sul: UNISC, 2008, p.22 - 43.

FALEIROS, Vicente de Paula; FALEIROS, Eva Silveira. *Escola que protege:* enfrentando a violência contra crianças e adolescentes. Brasília: Ministério da Educação, 2007.

JAEGER, Fernanda Pires. Infância, violência e relações de gênero. *In:* STREY, Marlene Neves; AZAMBUJA, Mariana Porto Ruwer de; JAEGER, Fernanda Pires (orgs.). *violência, gênero e políticas públicas.* Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014.

KRUG, Etienne G.; DAHLBERG, Linda L.; MERCY, James A.; ZWI, Anthony B.; LOZANO, Rafael. Relatório mundial sobre violência e saúde. Genebra: OMS, 2002. Disponível em: <https://www.opas.org.br/wp-content/uploads/2015/09/relatorio-mundi al-violencia-saude.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018.

MACHADO, Claudia. *Educação e direito humanos:* trajetórias de Porto Alegre no enfrentamento à violência sexual contra crianças e adolescentes. 2014. 312 f. Tese (Doutorado em Educação) – curso de Pós-Graduação em Educação, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENO SOCIAL E COMBATE À FOME. *Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais:* reimpressão 2014. Brasília: Secretaria Nacional de Assistência Social – SNAS, 2013.

SANDERSON, Christiane. *Abuso sexual em crianças*. São Paulo: M. Book do Brasil, 2005.

SOUZA, Ismael Francisco. *O reordenamento do programa de erradicação do trabalho infantil (peti):* estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no brasil. 2016. 279 f. Tese (Doutorado em Serviço Social) - Universidade de Santa Cruz do Sul - Unisc, 2016.

6. DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: DESAFIOS PARA O ATENDIMENTO NUMA PERSPECTIVA MULTIDIMENSIONAL DE DESENVOLVIMENTO HUMANO

FUNDAMENTAL RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS: CHALLENGES IN A MULTIDIMENSIONAL HUMAN DEVELOPMENT PERSPECTIVE

https://doi.org/10.36592/9786587424187-6

Francisca Carminha Monteiro de Lima[1]

Resumo

O presente artigo trata dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes no marco da proteção integral e dos desafios para o seu atendimento pautado numa concepção multidimensional de desenvolvimento humano. Tem como objetivo pontuar algumas reflexões sobre o reordenamento das politicas públicas afirmativas destinadas a crianças e adolescentes na perspectiva de desenvolvimento multidimensional do ser humano. O método de abordagem utilizado é o dedutivo e o procedimento monográfico, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Por entender que ao longo da história crianças e adolescentes foram considerados pequenos adultos invisibilizados e somente nas ultimas décadas do século XX é que ocorreu o reconhecimento destes como sujeitos de direitos e destinatários de proteção integral, o que lhes garante todos os direitos humanos e fundamentais e, ainda, direitos especiais em face da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Tornar efetivos esses direitos exige, para além de uma garantia legal, toda uma concepção embasada na leitura do ser humano no seu aspecto complexo e integral. Percebe-se, avanços significativos mas, vislumbra-se também os muitos desafios para um atendimento integral à crianças e adolescentes pautados no desenvolvimento humano multidimensional. Portanto, a reordenação das politicas públicas de atendimento à criança e ao adolescente nesta perspectiva torna-se uma necessidade imperiosa na consecução da proteção integral.

Palavras chaves: criança, adolescente, direitos, desenvolvimento humano**.**

---

[1] Profa. Mestra em Direito pela UNISC/URCA.

Abstract

This article deals with the fundamental rights of children and adolescents within the framework of integral protection and the challenges for their care based on a multidimensional conception of human development. It aims to highlight some reflections on the reorganization of affirmative public policies aimed at children and adolescents from the perspective of multidimensional human development. The approach method used is the deductive and the monographic proceeding, with bibliographic and documentary research technique. Understanding that throughout history children and adolescents were considered little adults' invisibilities and only in the last decades of the twentieth century they recognition them as subjects of rights and recipients of full protection, which guarantees them all human and fundamental rights and also special rights in view of their specific condition of developing person. Making these rights effective requires, besides a legal guarantee, a whole conception based on the reading of the human being in its complex and integral aspect. Making these rights effective requires, besides a legal guarantee, a whole conception based on the reading of the human being in its complex and integral aspect. Significant advances can be seen, but there are also many challenges for comprehensive care for children and adolescents based on multidimensional human development. Therefore, the reordering of public policies of child and adolescent care in this perspective becomes an imperative need to achieve full protection.

Keywords: child, adolescents, rights, human development

1 Aspectos introdutórios

Ao longo da história, os processos de reconhecimento de direitos estiveram destinados aos adultos. Crianças e adolescentes eram invisíveis. Nas últimas décadas do século XX ocorre o reconhecimento destes como sujeitos de direitos, merecedores de proteção integral e destinatários de direitos fundamentais,e ainda, em razão da sua condição de pessoas em desenvolvimento biopsicossociais, serem tratados com prioridade absoluta. É isso que nos informa a Constituição da República Federativa do Brasil.

> Art.227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, a alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de coloca-los à

> salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Neste sentido, a adoção de políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente que garantam e tornem efetivos esses direitos fundamentais devem ser pensadas a partir de um sistema de garantias de direitos que se apresente como resultado da articulação de diversos órgãos, entidades governamentais e não governamentais, trabalhando em rede, tanto na formulação quanto na execução e controle dessas políticas na perspectiva da visão multidimensional do ser humana.

O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, de todos os direitos humanos e fundamentais e, ainda, direitos especiais em face da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento demonstra, para além de uma garantia legal, toda uma concepção embasada na leitura do ser humano no seu aspecto complexo e multidimensional. Corroborando com esta afirmação, sustenta Edgar Morin:

> O ser humano é a um só tempo físico, biológico, psíquico, cultural, histórico. [...] de modo que cada um, onde quer que se encontre, tome conhecimento e consciência, ao mesmo tempo, de sua identidade complexa e de sua identidade comum a todos os outros humanos[2].

É com base nessa compreensão em relação ao ser humano e, especialmente, às crianças e adolescentes, que se vêm buscando desenvolver, ao longo das últimas décadas, as políticas afirmativas nas quais os mais diversos campos da vida humana sejam contemplados e que respondam positivamente a essas demandas. Isso porque,

> A sociedade comporta as dimensões históricas, econômicas, sociológicas, religiosa... O conhecimento permite reconhecer esse caráter multidimensional e nele inserir estes dados: não apenas não se poderia isolar uma parte do todo, mas as partes umas das outras[3].

Pensar o homem na sua *omnilateralidade*[4] é condição para o desenvolvimento humano, este entendido como.

---

[2] MORIN, 2000, p.15.
[3] Ibidem, p.20.
[4] FRIGOTTO, 1999, p.174

> o chegar histórico do homem a uma totalidade de capacidades e, ao mesmo tempo, a uma totalidade de capacidades de consumo e gozo, em que se deve considerar sobretudo o usufruir de bens espirituais (plano cultural e intelectual), além dos materiais.[5]

Compreender a *omnilateralidade* do homem pressupõe o atendimento a todas as suas necessidades nas mais diversas formas: física, econômica, política, cultural, educacional, dentre outras. Neste mesmo sentido, arremata Manacorda:

> Considerando que, enquanto cada animal é, por sua natureza, logo e sempre, unilateralmente si mesmo (a pulga é logo e sempre pulga, o pássaro, pássaro, cachorro, cachorro, seja qual for o destino que a sua breve vida lhe reserva), somente o homem quebrou os vínculos da unilateralidade natural e inventou sua possibilidade de tornar-se outro e melhor, e até omnilateral; considerando, outrossim, que esta possibilidade, dada apenas pela vida em sociedade, foi até agora negada pela própria sociedade à maioria, ou melhor, negada a todos em menor ou maior grau[6].

Observar e tomar consciência dessa realidade implica, no entendimento de Frigotto[7] "que a possibilidade de dilatar a capacidade de consumo não se deve, fundamentalmente, à escassez de produção, mas, sobretudo, aos mecanismos sociais que impedem a socialização desta produção".

O desenvolvimento humano concebido por Amartya Sen[8] está intrinsicamente ligado à concepção de multidimensionalidade do ser humano e do mundo e não se pode pensar o mundo e o seu desenvolvimento sem que se atente para o atendimento às necessidades dele compreendido na sua inteireza. Neste sentido, Sen contradita o conceito de desenvolvimento fundado apenas na evolução do Produto Interno Bruto - PIB per capita, ignorando qualquer outra variável que pudesse a esse se conjugar que fugisse à esfera econômica. O autor ainda argumenta que esta maneira de medir o desenvolvimento é limitada, pois não reflete as reais condições da vida humana. Para ele essas condições devem ser observadas quando da definição de desenvolvimento humano, sem a qual o conceito estará incompleto. As políticas econômicas devem estar pautadas no *quantum* estas podem afetar positivamente a qualidade de vida das pessoas. Sendo assim, tem-se um viés para estudar o desenvolvimento humano que

[5] MANACORDA, 1991, p.78
[6] MANACORDA, 2000, p.360-361.
[7] Op.cit, p.174.
[8] SEN, 2000.

extrapola e se contrapõe àquele que o limita aos fatores puramente econômicos, tais como: produto interno bruto, rendas fiscais, tecnologias.

Ressalte-se ainda que, embora se reconheçam esses elementos como componentes para a determinação do índice de desenvolvimento humano, não podem ser considerados como fins em si mesmo. Outros elementos devem ser somados a estes quando da definição de desenvolvimento humano. Observar e analisar as condições de vida das pessoas torna-se fundamental para caracterizar o desenvolvimento como liberdade.

Sabe-se, que mesmo com todo desenvolvimento econômico na atualidade, milhares de pessoas pelo mundo ainda sofrem de várias privações de liberdade, como a fome, ausência de serviços públicos, como saúde, saneamento, educação que afetam sobremaneira os mais vulneráveis. Observe-se que, mesmo em países desenvolvidos e ricos existem pessoas excluídas sem atendimento às suas necessidades básicas. No dizer de Sen,

> [...] a dissonância entre renda per capita [...] e a liberdade dos indivíduos para ter uma vida longa e viver bem. Por exemplo, os cidadãos do Gabão, África do Sul, Namíbia ou Brasil podem ser muito mais ricos em termos de PNB per capita do que os de Sri Lanka, China ou do Estado de Kerala, na Índia, mas neste segundo grupo de países as pessoas têm expectativa de vida substancialmente mais elevadas do que nos primeiros. [...] O desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitem as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente. A eliminação de privações de liberdades substanciais argumenta-se aqui, é constitutiva do desenvolvimento.[9]

Portanto, pode-se inferir da leitura acima que desenvolvimento humano pressupõe o atendimento e a promoção de liberdades para que as pessoas possam usufrui-las plenamente. É fundamental para a consecução do desenvolvimento humano, nesta perspectiva, que se extingam todas as privações de liberdade

De acordo com o Relatório Anual do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, desenvolvimento humano, enquanto processo, comporta a possibilidade de alargamento das escolhas das pessoas conforme aumentem suas oportunidades, mas é também um objetivo quando prevê a interferência das pessoas na consecução de medidas que qualifiquem as suas vidas.

[9] Op.cit.: p.9-10

> O desenvolvimento humano é um processo que permite alargar o leque de escolhas das pessoas, na medida em que adquirem mais capacidades e gozam de mais oportunidades para as usar. Contudo, o desenvolvimento humano é também um objetivo, pelo que é simultaneamente um processo e um resultado. O desenvolvimento humano traduz-se na possibilidade real de as pessoas influenciarem os processos que moldam as suas vidas. Considerando todo este contexto, o crescimento económico é um meio importante para o desenvolvimento humano, mas não é um fim em si. Desenvolvimento humano significa o desenvolvimento das pessoas por via
> do reforço das capacidades humanas para as pessoas por visar melhorar as suas vidas, e pelas pessoas por participarem ativamente nos processos que moldam as suas vidas. Trata-se de uma abordagem mais ampla comparativamente a outras, como, por exemplo, a abordagem de recursos humanos, a abordagem das necessidades básicas ou a abordagem do bem estar humano.[10]

Há muito tempo que a visão de desenvolvimento baseada unicamente em critérios econômicos tem levado milhares de pessoas a uma condição de vida marginal. Mesmo em países ricos e desenvolvidos, como dito anteriormente, a qualidade de vida é um processo excludente. Entender o desenvolvimento humano a partir de uma abordagem centrada nas pessoas altera sobremaneira a perspectiva de desenvolvimento. Entendê-lo não só como o aumento de rendimentos, mas também como possibilidades de escolhas das pessoas tendo em vista o reforço aos direitos humanos, às liberdades, capacidades e oportunidades, o que modifica totalmente o conceito de desenvolvimento existente até então.

> Ao reconhecermos as dimensões sociais e culturais do desenvolvimento, considera-se que o fim último das políticas seria a real melhoria das capacidades e condições de vida das populações, e estas melhorias deveriam ser incorporadas aos critérios de medição do desenvolvimento.[11]

Neste sentido, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, criado pela Resolução do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas em 1965, ancorado, em grande extensão, no paradigma de Desenvolvimento Humano de Amartya Sen, utiliza-se do Índice de Desenvolvimento Humano – IDH para medir o nível de desenvolvimento de uma sociedade. O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento atua em 170 países, colaborando através de ações diversas com os governos, setor privado e sociedade civil principalmente no combate à pobreza assentado na concepção de desenvolvimento humano.

[10] BRASIL, 2015.
[11] ROQUE, 2009, p.28.

Na introdução do Relatório Anual do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD de 2015, esta concepção é complementada com o Índice de Desenvolvimento Humano - IDH, que avalia o desenvolvimento humano de uma sociedade com base no nível de bem-estar humano.

É inconteste, principalmente a partir de 1990, a preocupação da maioria dos países do mundo com o desenvolvimento humano. O Brasil é um desses países. O Relatório Anual do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento no Brasil traz slogan e texto motivador:

> Empoderando vidas, fortalecendo nações – traduz a proposta de um programa comprometido, antes de tudo, com as pessoas. O desenvolvimento só faz sentido se considerar a dimensão humana, o indivíduo, seja por sua capacidade de promover mudanças, seja por estar também sujeito aos impactos das mudanças. È necessário também que as nações promovam um crescimento inclusivo e sustentável, de maneira a garantir direitos e deveres coletivos em um espaço democrático.[12]

A tradição nacional calcada nas desigualdades econômicas e sociais ou nas privações de liberdades, vê-se diante de uma ruptura que coloca por terra os conceitos e as formas de relações que imperavam anteriormente.

Imprescindível se faz repensar as políticas públicas nos campos mais diversos e, especialmente, naquelas denominadas por Amartya Sen de oportunidades sociais:

> As liberdades não são apenas os fins primordiais do desenvolvimento, mas também os meios principais. Além de reconhecer, fundamentalmente, a importância avaliatória da liberdade, precisamos entender a notável relação empírica que vincula umas às outras, liberdades diferentes. Liberdades políticas (na forma de liberdade de expressão e eleições livres) ajudam a promover a segurança econômica. Oportunidades sociais (na forma de serviços de educação e saúde) facilitam a participação econômica. Facilidades econômicas (na forma de oportunidades de participação no comercio e na produção) podem ajudar a gerar a abundancia individual, além de recursos públicos para os serviços sociais. Liberdades de diferentes tipos podem fortalecer umas às outras.[13]

a) **Reordenamento das politicas de atendimento à criança e ao adolescente**

Quanto às políticas de atendimento às crianças e adolescentes, a necessidade de um reordenamento na organização das mesmas, com alterações radicais de conteúdo,

[12] BRASIL, 2015.
[13] Op.cit.: p.25-26.

métodos de gestão, exigiu o reconhecimento, em primeiro lugar, das necessidades e direitos do universo infanto-juvenil e também das fragilidades institucionais herdadas de ensaios democráticos incipientes com pouca participação social. Em meio a essa dicotomia e contradições, emerge, de forma sólida, uma concepção pautada nos princípios da dignidade da pessoa humana, da democracia participativa e da cidadania que cobram um novo modelo de gestão que funcione de forma articulada com os diversos setores – sejam estes governamentais, não governamentais, público ou privado – tudo com vistas a garantir as condições necessárias para o desenvolvimento humano e, em especial, de crianças e adolescentes na sua integralidade.

Face às novas exigências, várias políticas públicas foram implementadas no campo da educação, assistência social, saúde, meio ambiente, trabalho, profissionalização, cultura, esporte, lazer, dentre outras. Neste sentido pode-se dizer que

> Há uma estreita relação entre os temas das políticas públicas e dos direitos humanos. Pois uma das características do movimento de ampliação do conteúdo jurídico da dignidade humana é a multiplicação de demandas por direitos, demandas diversificadas e pulverizadas na titularidade dos direitos.[14]

Sob o olhar ampliado sobre políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente permeado pelo princípio da dignidade humana, sabe-se que para o atendimento à proteção integral existe a necessidade de pôr em prática um conjunto de políticas, nos mais diversos campos, de forma articulada e intersetorial, descentralizada e participativa, com a finalidade de aperfeiçoar o que já existe e que está avaliado como positivo, como também o reordená-las, tendo em vista o aprimoramento e o atendimento aos parâmetros de desenvolvimento humano.

A capacidade do poder público em concretizar com plenitude o principio da universalização das politicas é condição fundamental para desenvolvimento e o bem estar das crianças e adolescentes e da sociedade como um todo.

Sabe-se, contudo, que entraves das mais diversas ordens têm dificultado a consolidação material desse princípio, mesmo após quase três décadas da promulgação da Constituição Federal e da entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente -ECA.

---

[14] BUCCI, 2001, p.13.

> O poder público, especialmente o poder público municipal, foi apontado em estudos anteriores como incapaz de tornar realidade o que propuseram as legislações supracitadas, o que tem suscitado pesquisas e debates sobre políticas públicas, visando responder à questão sobre a concretização das políticas de atendimento à infância e à adolescência.[15]

A necessidade de pensar o ser humano na sua inteireza, reconhecendo-o em todas as suas dimensões, exige a aceitação da diversidade, sejam elas etária, étnico-racial, de gênero, condição sexual, o que dificulta em muito, as ações num país onde a discriminação de toda ordem é tão presente. Os muitos movimentos, conferências, fóruns, seminários, debates, espalhados pelo país, aliados ainda às mídias sociais, muito têm contribuído para a conscientização desse problema tão perverso que é a discriminação sob todas as formas. Entretanto, muito ainda precisa ser feito, pois a mudança de mentalidade se apresenta como o muro mais alto e duro de ser escalado.

Deve-se salientar a herança autoritária e patriarcal do modelo político brasileiro que permeia com seus ranços a prática dos políticos no país. Trata-se a coisa pública como propriedade particular e, como exemplo, é comum a interrupção de políticas públicas afirmativas ao final de cada gestão somente para que o adversário eleito não logre êxito com a sua continuidade. Nesta descontinuidade das políticas, programas e projetos demonstra-se a irresponsabilidade do gestor público, o que precisa ser coibido através de instrumentos que garantam que as mesmas não poderão ser encerradas enquanto houver demanda de atendimento.

O princípio da permanência tem como foco exatamente a preservação e garantia da estabilidade das políticas públicas sociais resguardando a acumulação da experiência histórica na oferta de serviços. É preciso registrar que a origem desse princípio está associada à herança brasileira de interrupção de serviços públicos, programas e projetos nos momentos de alternância de poder ou, noutros casos, de deslocamento de recursos públicos de uma área para outra. No sistema democrático, no qual a alternância de poder faz parte de seu processo histórico, necessário se faz o estabelecimento de garantias da permanência das políticas para que as condições de atendimento à população não sejam interrompidas a cada mudança de governo. [16]

Formando um leque de princípios coerentes e complementares, o da imperatividade informa que depois de deliberadas, as políticas públicas obrigam e

[15] SOUZA, 2006, p.26.
[16] BREUS, 2007, p.262.

impõem responsabilidade compartilhada entre entes públicos e privados. O processo deliberativo evita a discricionariedade do administrador, o que fortalece a sua implantação e sua manutenção.

Em face das dificuldades elencadas e objetivando alterar esse quadro tem-se um rol consideravelmente extenso de políticas públicas de atendimento às crianças e aos adolescentes alicerçadas em princípios universais e democráticos, dentre eles o Serviço Único de Assistência Social através do Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos e para a Educação, através do Programa Mais Educação.

> As atividades desenvolvidas no espaço do SUAS visam promover impactos na dimensão da subjetividade política dos usuários, tendo como diretriz a construção do protagonismo e da autonomia na garantia dos direitos com superação das condições de vulnerabilidade social e potencialidades de risco.[17]

No âmbito do Sistema Único de Assistência Social, e articulado ao eixo de proteção básica, tem-se o Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos cujos objetivos e organização refletem a concepção de desenvolvimento humano multidimensional, pois, todas as suas ações buscam fortalecer os vínculos familiares e comunitários de crianças e adolescentes, sendo observados os vários interesses em razão da faixa etária ou geracional dos usuários. Vale ressaltar que o Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos deve viabilizar:

> [...] trocas culturais e de vivência entre as pessoas, fortalecendo os vínculos familiares e sociais, incentivando a participação social, o convívio familiar e comunitário e trabalhando o desenvolvimento do sentimento de pertença e identidade.[18]

O que contribui no estímulo das potencialidades de crianças e adolescentes para que os mesmos se tornem protagonistas das suas próprias vidas e possam a partir de aí construir novos espaços e novas histórias de vida.

Outro aspecto relevante a ser observado é que essas atividades são realizadas no horário oposto àquele que crianças e adolescentes frequentam a escola convencional. É o chamado contraturno regulamentado a partir das políticas públicas, mas a sua concepção remonta aos Pioneiros da Educação nos anos de 1950, como

[17] BRASIL, 2006, p.26.
[18] BRASIL, 2010, p.41.

Anísio Teixeira, um dos responsáveis pelo Manifesto dos Pioneiros da Escola Nova ao pensar um Sistema Público de Ensino para o país o faz no sentido de que a escola

> desse às crianças um programa completo de leitura, aritmética e escrita, ciências físicas e sociais, e mais artes industriais, desenho, música, dança e educação física, saúde e alimento à criança, visto não ser possível educa-la no grau de desnutrição e abandono em que vivia.[19]

Esse pensamento foi colocado em prática no Centro Educacional Carneiro Ribeiro, na Bahia, na década de 1950. Neste Centro aconteciam atividades entendidas como escolares nas chamadas Escolas-Classe e noutro horário e no mesmo espaço eram realizadas outras atividades diversas daquelas. Era o contraturno escolar cujo espaço de realização foi denominado Escola-Parque. Segue-se depois, nas décadas de 1960 e 1980, a implantação de várias escolas com essa mesma perspectiva. Em 1960, no governo Juscelino Kubitschek por ocasião da elaboração do Plano Humano para Brasília, os educadores Anísio Teixeira e Darcy Ribeiro, dentre outros, pensam um modelo de educação elementar de tempo integral com base na experiência do Centro Carneiro Ribeiro.

Na década de 1980, os Centros Integrados de Educação Pública – CIEPs, concebidos por Darcy Ribeiro, no governo de Leonel Brizola, se constituiu no que os seus idealizadores denominaram de escola integral em horário integral. Outras experiências surgiram pelo Brasil afora, na maioria, tentativas ora bem-sucedidas ora não, dos governos municipais. O que importa, no entanto, é perceber que a educação integral e consequentemente o contraturno escolar passa pela ideia de uma educação mais completa e ampla do ser humano.

Na primeira década do ano 2000, tem-se outro marco que traz novamente à baila a questão da educação integral no país, com o Programa Mais Educação instituído pela Portaria Normativa Interministerial nº 17, de 2007, que objetiva possibilitar às crianças, adolescentes e jovens o acesso à educação integral, por meio de atividades socioeducativas no contraturno escolar, de forma articulada com as atividades já desenvolvidas pela escola.

[19] TEIXEIRA, 1959, p.78.

A articulação entre Educação, Assistência Social, Cultura, Esporte, dentre outas políticas públicas, pode ser um alavancador na execução com eficácia da proteção social na prevenção de situações de risco, vulnerabilidades ou violação de direitos.[20]

> A formulação de uma proposta de Educação Integral concretiza o ideal de uma Educação Pública Nacional e Democrática, contextualizada historicamente, portanto problematizada segundo os desafios, avanços e limites do sistema educacional e da organização curricular no século XXI, caminhando na direção oposta à da desescolarização social e da minimização dos efeitos e das possibilidades do trabalho escolar.[21].

É relevante destacar que a construção de políticas públicas sólidas requer uma análise das desigualdades que contemple não só questões econômicas e de renda, mas também as privações de liberdade nas suas diversas formas.

Para a consolidação das políticas públicas de inclusão social destinadas às crianças e adolescentes torna-se necessário ir além das políticas públicas de educação e saúde e incluir outras como assistência social, cultura, esporte, lazer, meio ambiente, sustentabilidade que, sendo executadas de forma articuladas, possam responder pelo atendimento e proteção integral de crianças e adolescentes.

Considerações finais

Persistem importantes desafios a serem enfrentados pelas políticas públicas, tais como: a insuficiência de recursos, modelos de gestão local ineficientes com baixa produtividade e alto desperdício, pouco investimento na capacitação de recursos humanos e a precariedade dos sistemas informativos.

Numa reflexão mais apurada, percebem-se muitas dificuldades na efetivação desse processo, considerando que a história dos direitos no Brasil é feita de pequenas conquistas e de uma persistente prática de negação das mesmas.

Inegavelmente, as políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente se constituem como um avanço no que tange à Política de Assistência Social, de Educação e Saúde. No entanto, os muitos limites/obstáculos para a efetivação da universalização desses direitos passam pelo rompimento com a tradição clientelista que, historicamente, permeia estas e outras áreas da política brasileira.

---

[20] BRASIL, 2009.
[21] MOLL, 2007, p.139.

No entanto, o que se observa é uma distância considerável entre o que a lei define e a sua real efetivação. Além do mais, no Brasil instalou-se uma espécie de instabilidade institucional e política que provoca também uma grande instabilidade dos direitos sociais, o que revela sua fragilidade e inviabiliza a criação e manutenção de direitos inalienáveis. Isto é perceptível nos dizeres de Rizzini e Kaufman:

> Apesar de as legislações nacionais e internacionais estarem sendo utilizadas de forma eficiente para garantir a melhoria da condição de vida de crianças, observa-se que muitas crianças não estão sendo atingidas pelos tratados e compromissos assumidos pelos seus países de origem. Alguns dos obstáculos existentes para a implementação das leis podem ser encontrados no próprio âmbito jurídico, enquanto outros são resultantes dos contextos sociais, econômicos e políticos nos quais as leis devem ser aplicadas.[22]

Apesar desses entraves, verifica-se uma evolução nas áreas básicas de promoção e proteção da criança e do adolescente no Brasil. Entretanto, estes mesmos dados demonstram tambem que muito há para ser feito, entendendo que a quase total universalização dos serviços representa uma conquista importante, entretanto, existe uma necessidade de buscar uma melhor qualidade nessas áreas de atendimento de forma sistemática, ciente de que "a desigualdade pode ser uma escolha" como bem observa a Unicef – Fundo das Nações Unidas para a Infância no relatório em que transparece situação mundial da infância de 2016:

> As dificuldades em alcançar essas crianças não são técnicas. São uma questão de comprometimento político. São uma questão de recursos. São uma questão de força de vontade coletiva – de juntar forças para enfrentar as barreiras da iniquidade e da desiqualdade,focando em maiores investimentos e esforços para alcançar as crianças que foram deixadas para trás. A iniquidade não é inevitável. A desigualdade é uma escolha.[23]

Reconhecendo os avanços conquistados, mas ao mesmo tempo identificando os muitos desafios que se apresentam para um atendimento integral à luz do desenvolvimento humano, é importante incorporar às análises e reflexões sobre o reordenamento das políticas públicas todas as experiências realizadas por Organizações Não Governamentais – ONG como uma possibilidade de referência para qualificar essa modalidade de atendimento.

---

[22] RIZZINI; KAUFMAN, 2007, p.15.
[23] UNICEF, 2016, p.2.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 44. Ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei Federal 8.069/90*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: http://www.planallto.gov.br/ccivil/LEIS/l8069.HTM. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação – Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. Série Mais Educação. *Educação integral*: texto referencial para o debate nacional. Brasilia: Mec, Secad, 2009.

BRASIL. Ministério de Desenvolvimento Social de Combate à Fome. *Adolescências, juventudes e Socioeducativo*: concepções e fundamentos. Brasília (DF): reimpressão, 2009.

_____.*Orientações técnicas sobre o serviço de convivência e fortalecimento de vínculos para crianças e adolescentes integrantes do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil.* Brasilia – DF: MDA; Secretaria Nacional de Assistência Social, 2010.

_____.*Serviço de convivência e fortalecimento de vínculos para crianças de até 06 anos e suas família*. Departamento de Proteção Social Básica. Brasilia – DF: MDA; Secretaria Nacional de Assistência Social, 2010.

_____.*Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais*. Brasília (DF): reimpressão, 2014.

_____. Conselho Nacional de Assistência Social. *Norma Operacional Básica de Assistência Social* (NOB/SUAS) PNAS. Brasília, 2004.

BRASIL. Norma Operacional Básica de Recursos Humanos do Sistema Único de Assistência Social – NOB-RH/SUAS. Brasília, 2006.

BREUS, Thiago Lima. *Politicas públicas no Estado Constitucional*: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública Brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Forum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari, et al. *Direitos humanos e Politicas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001. Disponível em: < http://www.polis.org.br> Acesso em: 20 ago. 2019.

CUSTÓDIO, André Viana. *Avanços e obstáculos à concretização das políticas públicas sociais no Brasil*. Disponível em: < https://www.academia.edu/23711168/> Acesso em: 10 set. 2018.

_____.*Teoria da Proteção Integral:* pressuposto para a compreensão do direito da criança e do adolescente. Disponível em: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/657/454>. Acesso em: 05 out. 2018.

_____.Políticas públicas de atendimento socioeducativo no marco jurídico da teoria da proteção integral.In: COSTA, Marli M. M. da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. (Orgs.). *Direitos Sociais & Políticas Públicas:* desafios contemporâneos. Tomo 14. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2014.

FRIGOTTO, Gaudêncio. *Educação e a Crise do Capitalismo Real*. 3 ed. São Paulo: Cortez, 1999.

KAUFMAN, Natalie Henever; RIZZINI, Irene. Entre a Garantia de Direitos Humanos e a Realidade de Vida das Crianças e dos Adolescentes em Âmbito Internacional. In: *Saúde e direitos humanos* / Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudo em Direitos Humanos e Saúde Helena Besserman (NEDH). – Ano 4, n.4 (2007). – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008. Disponível em: <http://www.streetchildrenresources.org/wp-content/uploads/2013/08/Entre-a-garantia.pdf> Acesso em: 05.jul.2019.

MANACORDA, Mário Alighiero. *História da Educação:* da antiguidade aos nossos dias. 8.ed. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. *Marx e a pedagogia moderna*. São Paulo: Cortez: Autores Associados, 1991.

MOLL, Jaqueline. Desafios, avanços e limites do sistema educacional e da organização curricular no século XXI. *I Encontro Internacional de Educação: educação e direitos humanos*. Gravataí: SMED, 2007.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários á educação do futuro*. São Paulo: Cortez. 2000.

PNUD. Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil. Ipea, 2013. Disponível em: http://www.atlasbrasil.org.br/2013/pt/perfil_m/nova-olinda_ce#vulnerabilidade Acesso em: 05 jul. 2019.

ROQUE, Augusto. *Desenvolvimento como Liberdade*: uma aplicação dos conceitos de Amartya Sen à educação de adultos. 2009. 156 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Administração de Empresas - Mestrado) Centro Universitário da FEI. São Paulo, 2008. Disponível em:< http://livros01.livrosgratis.com.br/cp106061.pdf> Acesso em: 11 jul. 2019.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

SOUZA, Celina. Politicas públicas: uma revisão da literatura. In: *Sociologias*. Porto Alegre, 2006. ano 8, nº 16, p. 20-45. Disponível em <http:// http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.> Acesso em: 12 ago. 2019.

TEIXEIRA, Anísio. Centro Educacional Carneiro Ribeiro. Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos. Rio de Janeiro, v. 31, n. 73, p. 78-84, jan./mar. 1959.

UNICEF- BRASIL. Fundo das Nações Unidas para a Infância. *Situação Mundial da Infância* 2016. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt.html>. Acesso em: 13 ago. 2019.

7. DIREITO FUNDAMENTAL A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E O ABANDONO AFETIVO

FUNDAMENTAL RIGHT TO FAMILY LIFE AND EMOTIONAL ABANDONMENT

https://doi.org/10.36592/9786587424187-7

Andreza Feitosa de Moura[1]

Bruna Souza Paula[2]

Resumo

A Família é a entidade núcleo da sociedade, merecendo, por isso, proteção do Estado. É dentro do núcleo familiar que os indivíduos possuem suas relações mais próximas e se desenvolvem como ser sociais. É justamente por isso que ocorrem desavenças e crises na família, muitas vezes gerando um sofrimento desmedido aos seus componentes. Muitas dessas desavenças ocorrem devido à falta de amor dentro do lar, seja em relação ao marido e a mulher ou entre pais e filhos. Torna-se importante observar os problemas que envolvem os filhos, principalmente quando esses são menores de idade, pois ainda não possuem desenvolvimento psicológico suficiente para se autodeterminarem dentro da sociedade. É por isso que a Constituição Federal traz diversas normas de proteção à criança e ao adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente foi produzido para introduzir a doutrina da proteção integral, visando propiciar um desenvolvimento digno à criança e ao adolescente. Esta pesquisa sobre o abandono afetivo visa esclarecer e analisar as hipóteses em que seria possível o pagamento de indenização ao filho pelo pai que o abandona e não está presente em seu desenvolvimento, como também tecer um breve histórico da família, destacando sua relevância na sociedade, desde a Idade Média até os dias atuais. Também se ressaltou as características do instituto da responsabilidade civil no direito brasileiro, interligando esta matéria ao direito de família. É neste diapasão que pretendemos apresentar e abordar o emprego da responsabilidade civil nas relações paterno-filiais.

[1] Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Estácio do Ceará, andrezafeitosam@gmail.com

[2] Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Mestre em Ciências Jurídico- Políticas da FDUL. Especialização em Ciências Jurídico Políticas pela FDUL e Processo pela Unisul. Graduação em Direito Pela Unifor. Professora em Tempo Integral no Centro Universitário Estácio. brunasouzap@gmail.com

Palavras-chave: Família. Convivência Familiar. Abandono afetivo. Dano moral. Desenvolvimento psicossocial.

Abstract

The Family is the core entity of society and therefore deserves state protection. It is within the family nucleus that individuals have their closest relationships and develop as social beings. This is precisely why disagreements and crises occur in the family, often generating unreasonable suffering to its components. Many of these disagreements occur because of a lack of love within the home, whether it is about a husband and wife or between parents and children. It is important to observe the problems that involve children, especially when they are minors, because they do not have enough psychological development to self-determine within society. That is why the Federal Constitution brings several rules of protection to children and adolescents. The Statute of the Child and Adolescent was produced to introduce the doctrine of integral protection, aiming to provide a decent development for children and adolescents. This research on affective abandonment aims to clarify and analyze the hypotheses in which it would be possible to pay compensation to the child by the father who leaves him and is not present in his development, as well as weave a brief family history, highlighting its relevance in society, from the Middle Ages to the present day. The characteristics of the civil liability institute in Brazilian law were also emphasized, linking this matter to family law. It is on this tuning fork that we intend to present and address the use of civil liability in paternal-subsidiary relation.

Keywords: Family. Family living. Affective abandonment. Moral damage. Psychosocial development.

1 Introdução

Uma das razões mais relevantes para a realização desse trabalho diz respeito à importância da proteção à criança e ao adolescente. A intenção é mostrar a importância da família ao longo da evolução social e a evolução do direito de família.

A Constituição Federal de 1988 foi o auge dessa evolução, trouxe ampla proteção à família, ampliando o rol de entidades familiares e trazendo a proteção integral da criança e do adolescente, bem como seus direitos fundamentais à vida, à

saúde, à convivência familiar e a diversos outros. Além disso, visa mostrar como a família é importante para que a criança e o adolescente possam ter seu desenvolvimento saudável e digno.

O primeiro capítulo trata da importância das relações familiares, dos laços de afeto e responsabilidades para com os filhos, abordando as diferentes concepções de família, pautadas na afetividade e esclarece um pouco mais, sobre assuntos como a convivência familiar. Princípio, expresso na constituição federal de 1988 que é estabelecido como direito fundamental. No segundo capítulo, vislumbram-se os aspectos conceituais acerca da responsabilidade civil e suas regras estabelecidas no Código Civil brasileiro de 2002. Sendo analisada a finalidade jurídica da referida matéria, principalmente nas relações familiares. Será ainda tratada a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil no direito de família, nos diferentes tipos de danos que podem decorrer das relações familiares.

Por fim, trataremos da aplicação da responsabilidade civil, especificamente nas relações paterno-filiais. Demonstrando como o afeto foi elevado a valor jurídico no ordenamento jurídico brasileiro e os direitos fundamentais garantidos à criança e ao adolescente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

2 Direito fundamental a convivência familiar e o princípio da afetividade

O direito a convivência familiar consta no rol de direitos fundamentais previstos às relações familiares e alcança prioritariamente a criança. De certo, que a doutrina constitucional da proteção integral inspirada pelo princípio do melhor interesse prevê outros direitos fundamentais.

A convivência familiar reflete um direito dos membros do agregado familiar a viverem juntos [3]. Os elementos do princípio irão assegurar direitos e deveres envolventes na relação entre as pessoas do grupo familiar, como a inviolabilidade da casa, desta forma, o direito fundamental da convivência familiar não só garante o direito do ambos os pais de conviverem com os filhos, mesmo diante de uma eventual

[3] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I.** 4 ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007**,** p.198. Nesse sentido, LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família,** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 74 afirma que a convivência familiar "é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum".

separação, assegura, antes de mais nada um direito dos filhos de conviverem com os pais, e um dever de cuidado destes com àqueles.

A moderna concepção de família é marcada pela introdução de um novo paradigma, a afetividade. Este elemento surge como elemento do núcleo essencial, na medida em que a família, como foi citado a pouco, converteu-se em um "espaço de realização da afetividade humana" [4]. Será o princípio da afetividade que dará preferência no direito de família às relações socioafetivas, em detrimento das relações de caráter patrimonial ou até mesmo biológico. Sendo ele o princípio norteador do direito das famílias.[5]

Dentro das relações familiares, o princípio em pauta assume estreita relação com o princípio da convivência familiar, uma vez que a convivência familiar assegurada à criança e ao adolescente como prioridade absoluta é reflexo do abrigo constitucional ao princípio da afetividade.

A convivência familiar reflete um direito dos membros do agregado familiar a viverem juntos [6]. Os elementos do princípio irão assegurar direitos e deveres envolventes na relação entre as pessoas do grupo familiar, como a inviolabilidade da casa.

Diferente do princípio da afetividade, o princípio da convivência familiar encontra-se expresso da Constituição Brasileira [7], que o estabelece como direito fundamental da criança e do adolescente. Também se encontra na Convenção dos Direitos da Criança[8], quando prevê que a criança que possua pais separados tem o direito de manter relações pessoais e contato direto com ambos, desde que seja em conformidade ao melhor interesse dela, pois de nada adiantaria a criança manter contato com um genitor abusivo.

Ou seja, a criança tem direito a conviver com ambos os genitores, ainda que os pais estejam separados, pois o pai guardião não poderá impor restrições indevidas ao acesso da criança ao outro genitor. Em contrapartida, não poderá um dos genitores se

---

[4] LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família,** 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 22.
[5] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5 ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.71.
[6] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I.** 4 ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Nesse sentido, LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família,** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 74 afirma que a convivência familiar "é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum".
[7] Artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil
[8] Artigo 9º, item 3 da Convenção dos Direitos da Criança.

eximir das responsabilidades parentais, visto que um já as cumpre, já que um possuem papeis diferentes.

Assim, pode-se verificar que o princípio tutela um direito a convivência familiar que é dirigida à família e ao Estado em relação direta à criança e ao adolescente, além de derivar outros direitos por ser substrato da verdade real da família socioafetiva[9].

Não se pode esquecer que a afetividade também pode ser compreendida como o direito de amar e ser feliz, mas não é só isso, também implica o dever de compreender e estar com o outro, pois estar em família significa, sob essa ótica, romper com a individualidade, através do diálogo entre os entes que compõe família[10].

Destarte, o afeto nas relações familiares é elemento de valor irrefutável, com base na amorosidade, no respeito mútuo, no dever de zelo e cuidado com o próximo. É "amplo é espectro do afeto, mola propulsora do mundo e que fatalmente acaba por gerar consequências que necessitam se integrar ao sistema normativo legal"[11].

Assim, pode-se verificar que o princípio da afetividade pressupõe a funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros. Desta forma, a moderna concepção do antigo poder familiar hoje compreendido como autoridade parental ou cuidado parental, é exercido em função da criança e do adolescente, buscará a formação e o desenvolvimento da personalidade destes últimos.

Diante do exposto, o princípio da afetividade e o princípio da convivência familiar refletem a repersonalização que as relações familiares passaram com a introdução do valor jurídico afeto. No caso do abandono afetivos, tais princípios não podem ser esquecidos, pelo contrário são os fundamentos para a responsabilização parental decorrente de abandono, visto que também deles decorre a relevância do desenvolvimento da personalidade do filho menor.

3 Responsabilidade parental e o abandono afetivo

A afetividade, em sentido dilatado, é entendida como um somado de emoções e sentimentos, experiências sensíveis e, além disso, a eficácia do ser humano de se

[9] LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família,** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 74.
[10] WELTER, Belmiro Pedro Marx. Teoria Tridimensional do Direito de Família. In: Mariângela Guerreiro Milhoranza; Sérgio Gischkow (coord.) **Direito contemporâneo de família e das sucessões – Estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno.** Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 25.
[11] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5 ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p 309.

conectar com sensações, no que refere-se às experiências suportadas pelo indivíduo e as formas de se posicionar no tocante à condição humana. Precisamente, a afetividade consiste em um instrumento capaz de provocar a elaboração da atividade cognitiva, converte-se em um tipo de energia que instiga as ações e, a razão é o que promove o indivíduo a descobrir desejos e sentimentos e obter satisfação nas ações[12].

A prole afetada caminha a vida sem a merecida e indispensável presença do pai, em seu desenvolvimento moral e psíquico, acarretando incorrigíveis prejuízos que permanecerão por toda a existência, ocasionando um sentimento de rejeição. A ausência do afeto no modo de elaboração da personalidade dos filhos é um dos maiores agentes causadores de descontrole psicológico bem como pode propiciar a vítima um bloqueio em desenvolver relacionamentos e o não amoldamento do conviveu em sociedade. "Na realidade, o abandono afetivo causa uma agressão direta à estrutura psíquica, a vítima se sente diminuída na sua condição de pessoa humana"[13].

Não obstante a afetividade diz respeito aos estados afetivos, os quais são consoantes aos estímulos que percebemos do ambiente, de sorte que é possível adoecer da afetividade se não dispuser da sustentação frequente do equilíbrio das trocas afetivas. Na expressão de Freud, "é preciso amar para não adoecer"[14]. O afeto é de suma importância, a própria sobrevivência humana necessita dele, é valor soberano, necessidade ingente. O amor é conjuntura para compreender o outro e a si respeitar a dignidade, e distender uma personalidade saudável, e deserto nunca será completamente saudável todo o que não recebeu o afeto de ninguém.

A inobservância ou omissão dos genitores nas convivências com seus filhos podem lhes causar inúmeras lacunas afetivas, traumas e prejuízos morais, que poderá torna-se um incomodo cada vez mais difícil a medida que o filho se desenvolve sem o merecido amparo paterno, com o injustificado desprezo de seu pai, o qual tem a obrigação sobre o direito à reparação integral dos danos sofridos pela lacuna paterna do digno direito à convivência e a referência parental, não possuindo o filho abandonado um exemplo a se evidenciar e amar.

---

[12] FERMENTÃO, Cleide Aparecida Rodrigues Gomes; LOPES, Sarila Hali Kloster. O Dever da prestação de afeto na filiação como consequência da tutela jurídica da afetividade. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ddcbe25988981920. Acesso em 22 jan. 2019.

[13] MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

[14] FERMENTÃO, Cleide Aparecida Rodrigues Gomes; LOPES, Sarila Hali Kloster. O Dever da prestação de afeto na filiação como consequência da tutela jurídica da afetividade. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ddcbe25988981920. Acesso em 22 jan. 2019.

Os filhos dispõem estabelecido direito à convivência com seus genitores possuindo a necessidade natural de afeto familiar, dado que o pai e a mãe portam uma função específica na construção psíquica da prole. Nesta acepção, há resultados negativos quando de forma injustificada não se cumpre o exercício ao direito de visitas e da autoridade parental, quando os pais fogem do exercício de fundamental responsabilidade da consciência e da natureza, no qual a ausência desmotivada funda-se em aceitar a responsabilidade de suscitar por irreparáveis impactos negativos na vivencia dos filhos, podendo decorrer sintomas de ansiedade, depressão, tristeza profunda, insegurança nas relações sociais e complexo de inferioridade.

Um ser humano normal, mentalmente e emocionalmente saudável, é o que todos ansiamos ser. A elaboração desde sujeito inicia-se desde seu nascimento, no momento em que tem contato com sua mãe. Com o propósito de que uma criança se torne em um adulto saudável, em indivíduos independentes, todavia socialmente preocupados, consistem inteiramente que lhes seja dado um bom princípio, o qual está garantido, na natureza, pela existência de uma relação entre a mãe/pai e o seu bebe, sendo esta relação formada pelo amor.

A carência de cuidado, os maus-tratos emocionais e psíquicos se representam na inépcia de proporcionar aos filhos um ambiente de sossego, bem-estar emocional, físico e afetivo, questões imprescindíveis ao desenvolvimento saudável. A ausência do afeto, o abandono, a opressão, ameaças e humilhações e a exposição da prole a ambientes violentos são circunstâncias que refletem na maneira da criança, prejudica, sua produtividade escolar, hábitos de sono e demais atividades. Todas essas singularidades, em cada caso concreto, precisam-se ser levadas em conta para o reconhecimento da ocorrência do dano moral nas relações familiares[15].

Inegáveis são os efeitos e consequências do abandono afetivo para a vítima, para fins de comprovação do trauma ocasionado, o autor Rolf Madaleno cita uma demanda que tramitou no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no qual uma mulher de 23 (vinte e três) anos de idade, requereu a retificação de seu registro civil com intenção de não mais usar o sobrenome de seu genitor. Expõe o autor que o trauma sofrido fora tão intenso que carregar em seus registros o sobrenome paterno lhe ocasionava desconforto que a mesma não era capaz de suportar, a razão fundamentou-se no

---

[15] PEREIRA, Rodrigo da Cunha**. Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

abandono do pai, tendo a requerente adotado de fato somente o sobrenome materno, sem se identificar pelo sobrenome do genitor[16].

4 Dano moral decorrente do abandono afetivo

O dever de reparar decorre de uma conduta do agente, comissiva ou omissiva, devendo esta conduta ser antijurídica, ou seja, caracterizar um ato ilícito, uma violação a um dever jurídico. Essa violação não se dá apenas por ter uma conduta contrária a lei, mas também por se ter uma conduta que extrapole os limites aceitáveis, caracterizando assim o abuso de direito. No abuso de direito, a pessoa tem a autorização de praticar aquele ato ou de exercer aquele direito, porém o faz de forma a exceder esse direito ou exercê-lo de forma irregular.

O artigo 186 do Código Civil dispõe que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Continua no artigo 927[17] da referida lei, aquele que, por ato ilícito (Artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Nesse modo danos morais são perdas sofridas por ataque à moral e a dignidade das pessoas. Qualquer perda que abale à honra pode ser caracterizada como dano moral.

A obrigação de reparar o dano pode ser ocasionada também por ato de terceiro que esteja sob a sua responsabilidade, bem como por coisas que estejam sob sua

---

[16] REGISTRO CIVIL. SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO PATERNO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL AMPARADA NO ART. 58 DA LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS. Uma vez que o patronímico paterno representa constrangimento para a apelante, pela rememoração da rejeição e do abandono afetivo e, considerando que a exclusão não interfere na sua identificação no meio social, onde é conhecida pelo sobrenome materno, na linha adotada pela jurisprudência do STJ, é de ser reconhecida, na hipótese dos autos, a situação excepcional prevista no art. 58 da LRP, que autoriza a alteração do sobrenome. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (TJ/RS. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível n. 70.011.921.293. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 05/10/2005).

[17] BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 02 set. 2011.

guarda[18].

Só há que se falar em dever de reparar se houver dano, uma vez que não tem o que voltar ao estado anterior se nada foi mudado, se as coisas permaneceram como sempre foram. O dano pode ser material, consistindo na perda ou deterioração de algo, ou moral, porém deve estar configurado o dano.

A responsabilidade civil traz consigo ainda a ideia de culpa ou risco. Culpa é o elemento subjetivo, podendo se referir ao dolo, vontade do agente em praticar a conduta, desejando o resultado final, ou a negligência, imperícia e imprudência. A negligência está relacionada à omissão, a pessoa devia ter uma conduta ativa mas não realizou, a imperícia se relaciona à falta de atendimento de uma regra técnica que a pessoa deveria ter conhecimento pela sua condição, já a imprudência ocorre quando o sujeito não tem a devida cautela em sua conduta.

Todas essas formas de culpa integram a ideia de responsabilidade civil, porém pode ainda haver responsabilidade sem que haja a culpa, é o caso em que há o risco, e o simples fato da existência dele dispensa a prova de culpa ou não. O agente é responsável pelo simples risco de causar o dano.

Ainda como último elemento, tem-se o nexo de causalidade que consiste na vinculação entre a conduta do agente e o dano causado à vítima, um deve decorrer do outro. A conduta do agente deve ser determinante para a ocorrência do dano sofrido, caso haja o dano, mas caso ele não seja decorrente da conduta do agente, não há o que se falar em responsabilidade civil, sendo inclusive uma das causas de excludente de responsabilidade. São os casos de culpa exclusiva da vítima, culpa exclusiva de terceiro ou caso fortuito e força maior. Nesse sentido também ensina Paulo Nader:

> Não são suficientes, à caracterização do ato ilícito, a conduta antijurídica, a culpa ou risco e o dano. Fundamental, igualmente, é a relação de causa e efeito entre a conduta e o dano causado a outrem. É preciso que os prejuízos sofridos por alguém decorram da ação ou omissão do agente contrária ao seu dever jurídico. Se houve a conduta, seguida de danos, mas estes não decorrem daquela, não haverá ato ilícito. O ato ou omissão somente constituirá esta modalidade de fato jurídico, na dicção do art. 186 do Códex, se *causar dano a outrem*. Nesta expressão em destaque está contido o elemento nexo de causalidade ou nexo etiológico [19].

[18] CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
[19] NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Levando em consideração a presença da culpa ou do risco, pode a obrigação de reparar ser classificada em subjetiva ou objetiva. Na primeira é necessária a comprovação da culpa do agente causador do dano, só haverá responsabilidade se houver ao menos culpa por parte de quem causou o prejuízo. Já na responsabilidade objetiva não há necessidade de se comprovar a culpa, só o fato do dano ter ocorrido já gera o dever de reparar, aqui basta estar presente o risco. Segundo Paulo Nader:

> A Teoria do risco favorece o equilíbrio social, a equidade nas relações. Não visa a excluir a culpa como critério básico da responsabilidade civil; cumpre uma função de justiça para a qual a teoria subjetiva se mostra impotente. Na ordem jurídica, a teoria subjetiva e a objetiva se completam, favorecendo a distribuição da justiça nas relações sociais[20].

Também pode se classificar a responsabilidade civil em contratual e extracontratual ou aquiliana. A primeira deriva de um contrato, ou seja, um ajuste de vontade entre as partes. Antes mesmo de nascer a obrigação de reparar, as partes já estão ligadas juridicamente por outra relação jurídica. Já a responsabilidade aquiliana surge de outro tipo de ilícito que não o contratual, podendo ser de uma violação da lei ou de direito de outrem. Ao contrário da primeira, as partes não têm obrigatoriamente nenhuma relação jurídica anterior, só passam a se relacionar a partir do momento que surge o dano e o dever de reparar.

Se levarmos em consideração o responsável pela reparação do dano, ela pode ser direta ou indireta. Quando o dano é causado por quem tem o dever de repará-lo, diz-se que a responsabilidade é direta, já quando quem causa o dano e quem responde por ele são pessoas distintas, diz-se que a responsabilidade é indireta.

O dano é um elemento essencial da responsabilidade civil, não há o que se falar em dever de reparar se não houver o dano. Isso porque o objetivo da responsabilidade civil é trazer a vítima para o estado que se encontrava anteriormente, se não houve mudança de status não tem como se falar em retornar ao estado original, se não houve diminuição do patrimônio não tem como este ser restituído. Logo, percebe-se que o dano é o elemento essencial para a responsabilidade civil e que inexistindo dano também restará comprometida a possibilidade de responsabilização de alguém.

---

[20] NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p 302.

Devido ao crescimento da sociedade e a evolução das relações sociais, cada vez mais cresce o número de filhos órfãos de pais vivos. Essa expressão mostra a mais triste das realidades atuais. São pessoas que têm filhos sem a menor responsabilidade e acabam por abandonar os mesmos, sem ter nenhum tipo de cuidado com seu crescimento e desenvolvimento psicossocial, as crianças abandonadas ficam como se de fato não tivesse um dos pais, ou ambos.

Decorrente dessa situação, surgiram no Brasil algumas ações com o objetivo de que o judiciário condenasse o pai que abandonou seu filho afetivamente a pagar uma indenização pelo dano moral causado ao filho. Ocorre que, apesar de aceita por alguns, grande parte dos juristas discorda dessa possibilidade, havendo ainda uma grande divergência nos tribunais brasileiros e na doutrina.

Entre os defensores do pagamento de tal indenização, inclui-se Maria Berenice Dias, que defende que a dissolução dos vínculos afetivos não ocorre simplesmente indo um cônjuge para cada lado, os direitos e deveres que os pais têm em relação aos filhos não desaparecem com a separação, o poder familiar em si não é dissolvido, muito pelo contrário permanece[21]. A escolha de quem ficará com a guarda do filho e de que modo ela se dará é necessária apenas para definir como será organizada a vida da criança, mas não encerra o poder do pai que não deteve a guarda. A guarda pressupõe a separação dos pais e não desses com seus filhos, não se pode comprometer a convivência entre ambos os pais e o filho por causa do rompimento do casamento.

O homem é um ser complexo, dotado de necessidades materiais e morais. Para que o indivíduo tenha uma vida digna, não basta suprir seus interesses materiais, muito pelo contrário, muitas vezes as necessidades morais se colocam acima das materiais. Só se alcança a dignidade humana, tão valorizada na Constituição Federal, quando se tem uma vida plena, um bem-estar, que só é alcançado com a possibilidade de alcançar seus desejos.

Uma criança ainda não possui condições de entender seus desejos e definir seus problemas para poder solucioná-los, é por isso que necessita de proteção especial, para que tenha seus direitos garantidos e auxílio no seu desenvolvimento ao longo de sua vida. Essa proteção precisa ser dada em primeiro lugar por seus pais, aqueles que foram os responsáveis pela sua vida. É por isso que o Código Civil, em seu artigo 1634,

[21] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5 ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p 309.

trouxe deveres a serem cumpridos pelos pais: "Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, dirigir-lhes a criação e educação; tê-los em sua companhia e guarda; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar; representá-los até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento.

Como pode ser observado, o ordenamento jurídico brasileiro entregou aos pais o dever de criar e educar seus filhos, além disso, ainda determinou que os mantivessem sob sua companhia. A Constituição Federal também assegura às crianças e aos adolescentes o direito à convivência familiar e à educação, tendo o Estatuto da Criança e do Adolescente reiterado tais direitos e acrescentado outros.

É devido a esses danos que parte da doutrina entende que, havendo a conduta do agente, no caso o abandono dos deveres paternos, o dano, entendido como dano à personalidade da criança, e ainda sendo possível comprovar o nexo de causalidade entre eles, não há motivos para que não seja caracterizado o dano moral, gerando assim o dever de indenizar. Assim ensina Paulo Nader:

> Verificando o dano, surge para o filho o direito de reparação e a ser exercitado em face de quem lhe deu causa. A *quaestio facti* é muito complexa, pois requer: a identificação do dano, a definição da conduta do pai, a certeza do nexo de causalidade, ou seja, que a conduta do pai foi a causa do dano. Como se trata de responsabilidade extracontratual subjetiva, é fundamental que a conduta do indigitado tenha sido intencional ou decorrente de negligência ou imprudência. Constatado o preenchimento de todos os requisitos do ato ilícito conforme a definição do art. 186, caberá ao juiz, à luz do disposto no *caput* do art. 944, promover a liquidação dos danos[22].

Vale salientar que, quando a ausência de um dos pais decorrer de culpa do outro, que não deixa ver o filho, ou que faz com que o filho, através de mentiras, tenha medo de estar com o pai, não caberá indenização por abandono afetivo, já que não foi quem abandonou o filho que deu causa ao dano, mas sim o outro genitor. Nesse caso, poderá se configurar até mesmo caso de alienação parental, muito condenada hoje pelos tribunais.

---

[22] NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 346.

Destaca-se que tramita na Câmara dos Deputados o projeto de lei 700/07, já aprovado no Senado, assim como o projeto de lei PL 3212/15, que transformam o abandono afetivo de filhos em ilícito civil, suscetível, portanto, de condenação por dano moral, no caso do pai ou mãe que deixar de prestar assistência emocional ao seu filho, dentre outros tipos de assistência, seja pela convivência seja pela visitação periódica.

É definido que deveria ser entendido como assistência moral, incluindo aí o dever de informação ao filho, de estar do lado do filho em momentos difíceis para ele e inclusive a presença física quando solicitada pela criança e possível de ser realizada.

Existe, porém, parte da doutrina e jurisprudência que não admite a caracterização de indenização por abandono afetivo, entre esses está o Superior Tribunal de Justiça que em um de seus julgados já decidiu não ser possível a aplicação de indenização nesses casos.

Os defensores dessa posição alegam que admitir uma indenização por abandono afetivo seria dar preço ao amor, o que não seria possível. Ninguém é obrigado a amar outrem, esse é um sentimento que nasce naturalmente, por razões nem mesmo definidas. Logo, não se poderia culpar um pai por não ter carinho pelo seu filho, e nem mesmo obrigá-lo a isso. Tal fato poderia gerar até mesmo uma situação perigosa para a criança, no caso de um pai que não se importa com ela, não tem sentimento de cuidado, ser obrigado a conviver com ela, poderiam ocorrer casos de maus tratos ou até mesmo desatenção com a saúde e integridade física, causando insegurança para a criança.

Defendem ainda que não há previsão legal para a indenização, posto que o que a lei permite é a sansão de perda do poder familiar, sendo esta já pena suficiente para o pai que abandona seu filho, não cabendo nenhum tipo de condenação de caráter patrimonial.

Na esfera doutrinária, existem defensores para ambas as correntes, não podendo nem mesmo assegurar qual seria majoritária. Já quanto às decisões dos tribunais, se tem observado uma predileção pela última, até mesmo pela decisão já tomada pelo Superior Tribunal de Justiça que vem servindo de apoio para que os juízes neguem a pretensão do filho abandonado.

Considerações Finais

O direito fundamental a convivência familiar, também revestido de princípio que inspira o direito de família, junto com o princípio da afetividade, são as bases que fundamentam a ocorrência do abandono afetivo, é justamente pela violações nesses dois preceitos que regem as relações familiares, em especial entre pais e filhos, que gera o ato ilícito que regra a responsabilização civil do genitor que abandona.

A presença da família é tão importante para a criança que os diplomas legais brasileiros asseguram à criança o direito à educação, à vida, à dignidade, à convivência familiar e social, além de diversos outros direitos, devendo eles ser resguardados em primeiro lugar pela família e depois por toda a sociedade e pelo Estado. Não observados esses direitos e gerando dano à criança ou ao adolescente, podem ser responsabilizados aqueles que deram causa aos danos.

Efetivamente, buscou-se nessa pesquisa a compreensão da importância da família na vida da criança. Os pais presentes em seu desenvolvimento podem fazer com que a criança se torne um adulto mais voltado ao bem social e possa contribuir de forma positiva para a sociedade.

Por fim, ressalta-se a importância do estudo da afetividade, pois, além de ser um princípio decorrente do princípio maior da dignidade, a afetividade é um dos elementos que promovem a estabilização do homem. Conclui-se, portanto, que a falta dessa presença paterna, ou materna, pode gerar de fato dano à criança e ao adolescente.

Referências

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 02 set. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I.** 4ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5ª ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5 ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p 309.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Rodrigues Gomes; LOPES, Sarila Hali Kloster. O Dever da prestação de afeto na filiação como consequência da tutela jurídica da afetividade. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ddcbe25988981920. Acesso em 22 jan. 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família,** 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha**. Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WELTER, Belmiro Pedro Marx. Teoria Tridimensional do Direito de Família. In: Mariângela Guerreiro Milhoranza; Sérgio Gischkow (coord.) **Direito contemporâneo de família e das sucessões – Estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno.** Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

8. ELEMENTOS A RESPEITO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO PROTESTO

https://doi.org/10.36592/9786587424187-8

Abner Arias Fugaça[1]
Bruno Meneses Lorenzetto[2]

Resumo

O artigo versa sobre o direito ao protesto e a sua concepção dentro da ordem constitucional brasileira. Analisa os fundamentos do direito ao protesto, assim como o seu conceito e definição enquanto direito fundamental. Expõe, em seguida, o tratamento jurisdicional deste, abarcando alguns precedentes argentinos e norte-americanos, analisados por Roberto Gargarella, discute posteriormente o julgamento da ADPF 187, precedente do STF acerca do tema, para concluir com uma definição acerca da amplitude do direito ao protesto e a necessidade de sua proteção no ordenamento jurídico nacional.

Palavras-chave: Direito ao protesto. Direitos fundamentais. Jurisdição constitucional.

Abstract

The article deals with the right to protest and its conception within the Brazilian constitutional order. It analyzes the fundaments of the right to protest, as well as its concept and definition as a fundamental right. It then sets out its jurisdictional treatment, covering some Argentine and US precedents, analyzed by Roberto Gargarella, it discusses the judgment of the Supreme Court's ADPF 187, to conclude with a definition of the breadth of the right to protest and the need for its protection in the national legal system.

Keywords: The right to protest. Fundamental rights. Constitutional jurisdiction.

[1] Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
[2] Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Direitos Fundamentais e Democracia) e Professor da Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Visiting Scholar na Columbia Law School, Columbia University, New York. Doutor em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia.

Introdução

A Constituição Federal da República foi promulgada em 1988 e marcou a transição de um período ditatorial para o estabelecimento da democracia na sociedade brasileira. Seus dispositivos trouxeram uma ampla quantidade de garantias, anteriormente negadas e recriminadas pela ditadura civil-militar que perdurou por quase um quarto de século. Previu direitos sociais, individuais e restringiu de forma considerável o exercício do poder estatal, buscando direcionar a força da lei para a proteção do jurisdicionado. Paulo Bonavides [3] afirma que "foi a melhor das Constituições brasileiras de todas as nossas épocas constitucionais". José Afonso da Silva[4], ao justificar a expressão "Constituição Cidadã", explica que a Constituição teve ampla participação popular em sua elaboração, defendendo que o texto se volta para a plena realização da cidadania.

Dentre os direitos supramencionados, a Constituição assegurou o direito à livre manifestação do pensamento e à liberdade de reunião.[5] É possível classificar essas duas garantias como as responsáveis por assegurar ao cidadão brasileiro seu direito ao protesto, compreendido como a possibilidade do jurisdicionado se insurgir, de forma voluntária, individualmente ou em grupo, contra ou ao favor de determinada ideologia, tanto de entes privados como do Estado.

Entretanto, a Constituição Federal não estabelece, de modo exclusivo, a garantia de tais direitos. A redação constitucional estabelece contrapartidas necessárias para que o protesto possa ser revestido de legalidade. Ao versar sobre o direito à livre manifestação do pensamento, vedou expressamente o anonimato.[6] Da mesma forma, o direito de liberdade de reunião é condicionado "apenas" a um aviso prévio a autoridade competente, mesmo que não haja necessidade direta de

---

[3] BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Estudos Avançados* v. 14, n.º 40, p. 155-176, 2000.

[4] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 91.

[5] Art. 5º da Constituição Federal: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (..) VI – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (...) XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido aviso prévio à autoridade competente;".

[6] REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 11, n. 2, jul./dez. 2010.

autorização.[7]

A maior parte da doutrina entende que as exigências feitas pelo constituinte não funcionam como uma forma de restrição. Ao contrário: defendem que os limites servem para efetivar e garantir os direitos supramencionados e prevenir abusos. Ingo Wolfgang Sarlet e Jayme Weingartner Neto[8], ao tratarem do direito de reunião, argumentam que seu exercício está sujeito a diversas limitações e pode ser objeto de intervenções restritivas.

Nesse sentido, diversas limitações são concebíveis. A maior parte das possibilidades do exercício deste direito, especialmente manifestações de rua, traz complicações logísticas que inevitavelmente resultam em conflito com outros direitos fundamentais de outras partes da população, que não necessariamente concordam com as pautas defendidas pelo manifestante. A título de exemplo, não é difícil imaginar um cidadão cansado, voltando do trabalho, que acaba preso em seu veículo por várias horas enquanto uma rodovia é bloqueada em uma manifestação.

Exemplo emblemático dessa discussão é a criminalização generalizada da "Marcha da Maconha". Diversos magistrados de 1º e 2º grau consideraram que seu conteúdo incorria nas penas do crime de apologia, conduta tipificada no Código Penal. Dessa forma, sua realização foi impedida pelo poder estatal. A questão só veio a ser elucidada em 2014 no julgamento da ADPF 187,[9] quando o Supremo Tribunal Federal restringiu a interpretação do art. 287 do Código Penal, coibindo-o de ser utilizado como pretexto para a proibição da manifestação de rua.

Com isso, o controle de constitucionalidade realizado pelo STF se apresentou como importante mecanismo para dar vida e efetivar o "primeiro direito" da

---

7. Neste sentido, importante questionamento é apresentado por Leonardo Martins: "Todos podem reunir-se 'independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local'. Aqui a locução 'independentemente de autorização', que poderia ser mais uma locução supérflua da CF, porque sem sentido normativo próprio, ganha relevo com a imediatamente seguinte locução adverbial, 'desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local'. Em tese e *a contrario sensu*, o poder público poderia desautorizar (previamente? Ou dissolvê-la *ad hoc* durante seu transcurso?), dito de forma positiva: proibir uma reunião, cujos integrantes não tenham cumprido a condicionante negativa da não frustração de outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local?" (MARTINS, Leonardo. Direito fundamental à liberdade de reunião e controle de constitucionalidade de leis penais e de sua interpretação e aplicação: contribuição para o direito de reunião como sub-ramo autônomo do Direito Administrativo. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 18, n. 2, maio/ago. 2017. p. 447).

8 SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. Democracia desmascarada? Liberdade de reunião e manifestação: uma resposta constitucional contra-hegemônica. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional:* análise, crítica e contribuições. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

9 ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, DJE 17.06.2014.

relativamente jovem democracia brasileira, garantindo a possibilidade de um amplo debate social e democrático sobre as questões políticas e jurídicas que regem a vida de todos os jurisdicionados.[10]

O objetivo deste trabalho, assim, é compreender o direito ao protesto, tanto como direito fundamental, como a interpretação que os tribunais lhe conferem em casos concretos.

1 O direito ao protesto

De acordo com o inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal, é possibilitado a todos os jurisdicionados pelo Estado Brasileiro a liberdade de reunião, de forma pacífica, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local.[11] A legislação exige, entretanto, o aviso prévio a autoridade competente. Este é o principal fundamento Constitucional, junto ao direito de livre manifestação, da realização do que pode ser compreendido como o direito de protestar.[12]

Para o constitucionalista alemão Konrad Hesse,[13] a liberdade de reunião está intimamente ligada com a liberdade de expressão. Para o jurista, a formação de opinião ou a "formação preliminar da vontade política" só pode acontecer em um ambiente que possibilite ampla comunicação, atividade que se consuma por meio de reuniões.

Hesse também adverte que as reuniões são o que torna possível a multiplicação do efeito de uma simples manifestação do pensamento em reivindicações enérgicas de exigências políticas – justamente o que costuma ser compreendido como um "protesto". Em suas próprias palavras, "oferecem, com isso, a possibilidade para o exercício de

[10] "Aquilo que pode ser dito, por outro lado, é que as Constituições são carregadas, desde o seu início, com uma narrativa densa, que não é capaz de se auto definir sem fatores exógenos, narrativa que segue por distintos momentos históricos, demandando que as sucessivas gerações produzam sentidos a partir dela, seja com base na história, na estrutura ou no texto constitucional." (CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 19, n. 19, 2016. p. 137).

[11] 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: (...) XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

[12] MELLO FILHO, José Celso de. O direito constitucional de reunião. *Justitia*, São Paulo, v. 98, 1997. p. 163.

[13] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 313.

influência pública sobre o processo político, para o desenvolvimento de iniciativas e alternativas pluralistas, ou também, para crítica e protesto"[14]. Entende-se, com isso, que a garantia do direito de reunião – e do direito ao protesto – é essencial para o efetivo cumprimento da função da contestação da norma.

Neste ponto, ocorre uma primeira dificuldade da compreensão acerca deste direito: a Constituição assegura o direito à reunião, que pode ser compreendido de formas diferentes de acordo com o caso concreto e a interpretação. Assim, além do que o próprio texto constitucional estabelece, tanto a doutrina quanto a jurisprudência buscam fixar, com o objetivo de identificar determinados elementos para a caracterização de uma "reunião", o sentido jurídico-constitucional da palavra.

Tais elementos são devidamente delineados na doutrina de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. O primeiro a ser identificado é de caráter subjetivo. Uma reunião, nesse sentido, para ser caracterizada, exige uma consciência e uma vontade coletiva, além de um laço comum entre seus praticantes, além de uma finalidade em comum.[15]

Relativo à esfera da finalidade, é possível dizer também que é um elemento teleológico da reunião.[16] Ademais, a reunião possui um elemento de natureza objetiva, que pode ser entendido como as restrições elencadas para a própria Constituição Federal para o seu exercício – a já citada vedação da reunião armada, a frustração de outra reunião previamente agendada para a mesma localidade, além da necessidade de notificação prévia as autoridades competentes.[17]

A tais restrições deve ser somada uma dimensão temporal, já que a reunião é necessariamente transitória, de duração limitada[18]. É esta dimensão, inclusive, que permite traçar a linha divisória entre o direito de reunião e o de livre associação. O vínculo subjetivo, presente em ambos, não se confunde, já que a coligação estabelecida pelos cidadãos em associações pressupõe uma união entre as pessoas em um caráter estável e sob uma direção comum.[19]

Ademais, a doutrina considera o direito de reunião como um direito individual de exercício coletivo, sendo necessário um agrupamento de pessoas para que seja

---

[14] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. p. 313.
[15] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 423
[16] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p. 24.
[17] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p. 425.
[18] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p. 425
[19] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p. 424.

caracterizada.[20] Da mesma forma, cumpre ressaltar o apontamento da doutrina, que assevera que a reunião pode acontecer tanto em caráter estático, restringindo sua realização a determinado local, como transitando por diversas vias públicas, geralmente recebendo o nome de passeatas.[21]

Para Sarlet e Weingartner Neto[22]: "na sua condição de direito de reunião (liberdade de reunião) é, em primeira linha, um direito negativo, no sentido de um direito de defesa, voltado ao não impedimento (por parte do Estado e de terceiros) de uma ação (a reunião e a manifestação que lhe é inerente)." Da mesma forma, o direito de reunião abarca também um âmbito de proteção negativa, relativo ao dever do Estado de assegurar a possibilidade do exercício deste direito.

A dimensão positiva se encontra na chamada "dimensão objetiva dos direitos fundamentais",[23] no caso, atribuindo ao Estado o dever de garantir que os cidadãos tenham meios seguros de dar pleno exercício ao seu direito de reunião. Logo, o direito fundamental ao protesto possui características simultaneamente positivas e negativas, recebendo um âmbito de proteção duplo.[24]

As possibilidades de restrição ao direito merecem ser analisadas com a devida cautela. As normas constitucionais são terminologicamente vagas, tendo um campo bastante amplo de seu significado suscetível a interpretação. Assim, esta interpretação deve ser orientada, inclusive, pelas manifestações de determinados setores da sociedade, como forma de atribuição de responsabilidade democrática às leituras da Constituição.

Entretanto, esse campo de suscetibilidade também abre espaço para decisões judiciais em sentido contrário, especialmente levando em consideração o fato de que o direito ao protesto possui uma outra característica paradoxal: para ter seu direito de protestar efetivamente garantido, a população precisa confiar na mesma instituição contra qual o protesto é usualmente dirigido.

---

[20] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* p. 425.
[21] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* p. 425. A respeito da desobediência civil pode-se afirmar que: "Enquanto a violação do direito é um aspecto necessário da desobediência civil, o mesmo também é um compromisso obrigatório para com a autoridade estatal. A desobediência civil é mais preservadora do que revolucionária. Ela demonstra respeito pelo sistema legal como um todo mesmo se ela desafia um pedaço do sistema. (BULMAN-POZEN, Jessica; POZEN, David E. Obediência incivil. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 23, n. 2, 2018. p. 243).
[22] SARLET, Ingo Wolfgang. NETO, Jayme Weingartner. Democracia desmascarada? p. 484.
[23] SARLET, Ingo Wolfgang. NETO, Jayme Weingartner. Democracia desmascarada? p. 485.
[24] SARLET, Ingo Wolfgang. NETO, Jayme Weingartner. Democracia desmascarada? p. 485.

Por isso, é possível a formulação de nova pergunta "Como pode a ordem jurídica prever e assegurar atos de protesto contra ela mesma de forma satisfatória"? A resposta para essa questão se encontra na análise de como os tribunais costumam tratar o direito ao protesto.

2 O tratamento jurisdicional do direito ao protesto

2.1 Roberto Gargarella e a reação do direito frente ao protesto

Roberto Gargarella buscou analisar a reação do direito (aqui compreendido como o conteúdo das decisões judiciais analisadas) frente a ações de protesto. Para tanto, baseou-se principalmente em decisões judiciais proferidas pelas cortes Argentinas, especialmente entre os anos de 2001-2004, a respeito de diversas mobilizações sociais no país.

Assevera que os conflitos relacionados com o direito ao protesto derivam de uma tensão permanente, imbuída dentro da própria essência da Constituição. Isto se deve ao fato de que as Constituições assumem um duplo compromisso: por um lado, proteger os direitos da maioria, especialmente no que tange às suas aspirações democráticas; por outro lado, resguardar os direitos das minorias, relativos aos seus direitos fundamentais.

A tensão é exemplificada da seguinte forma: enquanto o ideal democrático assume um compromisso direto com a vontade da maioria da população, para que a maior parte dos jurisdicionados pelo Estado se sinta satisfeita com a jurisdição, existe também determinadas coisas contidas dentro da ordem constitucional que não podem ser concedidas. É por este motivo que o autor sustenta a existência de um conflito entre aspirações democráticas e o direito de cada cidadão.[25]

Um dos julgados mais emblemáticos relativos ao tema dentro do contexto argentino é o chamado "Caso Schiffrin", no qual ficou decidido que uma professora, ali apresentada como líder organizacional de um protesto, ficaria impedida de participar de reuniões públicas por um período prolongado. Um dos principais fundamentos para

[25] SARLET, Ingo Wolfgang. NETO, Jayme Weingartner. Democracia desmascarada? p. 485.

o entendimento da corte foi uma interpretação do artigo 22[26] da Constituição Argentina, que estabelece, em síntese, que o povo só exerce seu direito de deliberação e influência nas decisões governamentais por meio de seus representantes e demais autoridades estabelecidas pela própria Constituição. A *Camara Criminal de Apelaciones* estabeleceu que a norma constitucional só admitia uma única forma legítima para o povo expressar sua soberania: o sufrágio.[27]

Com isso, ao invés de colaborar com o processo coletivo de reflexão decorrente da situação de tensão de duas aspirações constitucionais distintas e igualmente importantes, os juízes acabam por oferecer a versão mais pobre possível sobre o significado da democracia.[28] Entretanto, verifica-se que essa é a resposta típica que a jurisdição argentina apresenta quando confrontada com o problema do direito ao protesto.[29]

O primeiro argumento utilizado para o cerceamento dos protestos é o relativo à legalidade. [30] Gargarella sustenta que a ideia de fazer referência a determinadas condutas perpetradas por indivíduos dentro das manifestações como criminosas é o argumento mais comum para rechaçá-las por completo. É habitual que os juízes façam referências a tipos penais bastante abrangentes, geralmente associados a uma noção de perigo abstrato.

Um exemplo desta espécie de raciocínio é o caso *Alais*, em que a *Cámara Nacional de Casación Penal*, a mais alta corte de matéria penal dentro da jurisdição argentina, invalidou uma decisão judicial anterior que havia favorecido o acusado em prol da criminalização de sua conduta pelo ato de "impedir ou perturbar o normal e eficiente funcionamento dos transportes e serviços públicos"[31]. Afirma que as decisões costumam ser mais rigorosas quando os manifestantes não possuíam autorização para

---

[26] "*El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición*"

[27] GARGARELLA, Roberto. Entre el derecho y la protesta social. *Ecuador Debate*, Quito, n. 83, p. 75-94, Agosto de 2011. p. 90.

[28] GARGARELLA, Roberto. El derecho a la protesta social. *Derecho y Humanidades*. n. 12, pp. 141-151, 2006. p. 143.

[29] GARGARELLA, Roberto. El derecho a la protesta social. p. 143.

[30] GARGARELLA, Roberto. Entre el derecho y la protesta social. p. 76

[31] Art. 194 do Código Penal Argentino: "*El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años".*

a realização do protesto, ou quando interferiram excessivamente com o trânsito em vias públicas.[32]

Outro ponto geralmente levantado pelos julgamentos contrários ao exercício do direito ao protesto guarda relação com a legitimidade dos objetivos dos manifestantes no ato de protestar. Neste mesmo sentido, referenciam a forma como as manifestações são organizadas, utilizando-se, por exemplo, de máscaras ou outros meios para ocultar a própria identidade. Assim, uma linha de pensamento bastante comum dentre os formadores de opinião é a de que o fato de muitos manifestantes cobrirem seus rostos deixava claro que almejavam objetivos ilegítimos.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte possui um amplo histórico de associar imediatamente a realização de um piquete com violência.[33] Ademais, os tribunais mantiveram um entendimento firme de negar proteção constitucional as manifestações que fizeram uso de violência. Há, inclusive, uma distinção apresentada pela corte no caso *Cox vs Louisian*a (1965), no qual se diferencia a "expressão pura" de uma "expressão com agregados" – *plus speech*, para diferenciar a forma de liberdade de expressão resguardas pela primeira e décima-quarta emendas à Constituição norte-americana. Nesta oportunidade a Corte rechaçou a noção de que aqueles que comunicam suas ideias através de manifestações de rua, bloqueando vias públicas, têm sua liberdade de expressão equiparada aos indivíduos que se manifestam por meio de uma "expressão pura".

Com isso, é possível perceber que os principais argumentos utilizados para impor limitações ao exercício do direito ao protesto guardam relação com a suposta existência de colisão com outros direitos também devidamente assegurados pela ordem constitucional. A criminalização do ato de protestar, o questionamento da legitimidade das pautas e uso de violência e, principalmente, a alusão de que a manifestação poderia se utilizar de outros meios para que se fizesse ouvir, podem ser compreendidas como uma tentativa de pacificação dos conflitos ocasionados pelo exercício de protesto.

Um dos exemplos mais emblemáticos para a compreensão do conflito entre direitos fundamentais está em *New York Times vs Sullivan* (1964). No caso, o jornal New York Times publicou diversas críticas extremamente contundentes contra Sullivan, o chefe de polícia da cidade de Nova York – que continham, inclusive, informações

[32] GARGARELLA, Roberto. Entre el derecho y la protesta social. p. 76.
[33] GARGARELLA, Roberto. Entre el derecho y la protesta social. p. 76.

falsas. Neste caso, é nítido o conflito direto entre dois direitos: a liberdade de expressão o direito à honra e à reputação pessoal do indivíduo.

Na decisão da Suprema Corte norte-americana, os juízes reconheceram, em primeiro lugar, que sua resolução do caso seria orientada por uma concepção robusta de democracia. Em segundo lugar, a corte enfatizou que detinha um compromisso excepcionalmente forte com a liberdade de expressão, e, por isso, toleraria até mesmo a inclusão de "comunicados errôneos", fazendo referência às informações falsas contidas nas publicações do jornal.

Ainda, os juízes reconheceram que era necessária uma proteção mais robusta aos exercícios da liberdade de expressão que continham críticas a autoridades públicas. A corte entendeu que a crítica da população aos funcionários, constituía, inclusive, uma obrigação tão importante quanto a própria obrigação dos funcionários públicos de administrar. Em sua conclusão, a corte citou James Madison, um dos fundadores da República norte-americana, que asseverava que "o poder de censura está no povo sobre o governo, e não no governo sobre o povo".

Em suma, a Suprema Corte, ao reconhecer a existência de um conflito entre dois direitos fundamentais, expressou de forma clara e direta sua visão de que o direito à liberdade de expressão merecia uma proteção especial dentro da ordem constitucional, agindo, na concepção de Gargarella, de forma exemplar.[34]

Na sequência será analisada a proteção conferida ao direito fundamental em apreço dentro da jurisdição brasileira, por meio da decisão em que o STF realizou manifestação explícita acerca do direito de reunião e à livre manifestação, incluindo, neste diapasão, o direito ao protesto: trata-se da ADPF 187.

2.2 O caso brasileiro – o tratamento do direito ao protesto na ADPF 187

No ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal analisou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 187, proposto pela Procuradora Geral da República, que postulou que fosse dada ao art. 287 do Código Penal Brasileiro[35] interpretação conforme à Constituição, de forma a excluir qualquer exegese que possa

[34] GARGARELLA, Roberto. Entre el derecho y la protesta social. p. 81.
[35] "Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa".

resultar na criminalização da defesa da legalização das drogas, incluindo manifestações e eventos públicos.

O caso apresentava a seguinte discussão: diversos grupos de manifestantes organizados buscavam a realização de uma marcha, que aconteceria simultaneamente em diversas localidades, na qual os manifestantes transitariam pelas vias públicas de suas respectivas localidades, como um ato de protestar contra a criminalização do uso da droga popularmente conhecida como maconha. O evento foi denominado "Marcha da Maconha".

Nos anos de 2008 e 2009, a marcha foi proibida por decisões judiciais nas cidades de Curitiba, São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Brasília, Cuiabá, Salvador, João Pessoa, Fortaleza, Americana, Juiz de Fora e Goiânia, em algumas cidades, inclusive, por dois anos consecutivos.

Essas decisões, em grande parte, pautaram-se na redação do art. 287 do Código Penal Brasileiro para concluir que, sendo a comercialização e o uso da maconha criminalizados pela lei penal, a defesa pública de sua legalização seria uma espécie de apologia das drogas e estimularia seu consumo.

A tese sustentada na ADPF era a de que tais interpretações são absolutamente incompatíveis com os direitos fundamentais à liberdade de expressão e reunião, nos termos estipulados pela Constituição Federal. A petição inicial valorou a liberdade de expressão como um dos mais importantes direitos fundamentais do sistema constitucional brasileiro, sendo ela um pressuposto para o funcionamento da democracia. Esclareceu que o objetivo da ação não era a discussão da legitimidade ou eficácia da política pública adotada pelo Estado brasileiro ao criminalizar o uso e o comércio de entorpecentes, mas sim reconhecer o caráter político desta criminalização e a importância do debate sobre temas políticos de qualquer natureza.

Celso de Mello, ao proferir seu voto, pontuou a importância da liberdade de reunião como um meio do exercício do direito à livre expressão das ideias, ou um instrumento da concretização da liberdade de manifestação do pensamento. Incluiu neste raciocínio o que chamou de "o insuprimível direito de protestar"[36], sendo imposto ao Estado democrático o dever de respeitar tal direito, pelo fato de constituir prerrogativa essencial dos cidadãos, geralmente cerceado por regimes despóticos e ditatoriais.

[36] ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15-6-2011. p. 63.

Durante todo o voto, Celso de Mello sublinhou a necessidade de resguardo do direito ao protesto como um dos mais importantes meios de exercício do questionamento da população frente aos atos do Estado, frisando, especialmente, no vínculo relacional existente entre os direitos de reunião, manifestação do pensamento e participação dos cidadãos na vida política do Estado. Com isso, entende-se que o cerceamento ao direito de reunião acaba por redundar na transgressão das demais liberdades constitucionalmente previstas[37].

Ademais, Celso de Mello pontuou que a liberdade pública de protestar é de ainda mais importante proteção para as minorias, já que o exercício deste direito é essencial à propagação de suas ideias dentro do debate público. Assim, seria absolutamente irrelevante que a maior parte da população se opusesse às reivindicações de grupos minoritários, "ainda que desagradáveis, atrevidas, insuportáveis, chocantes, audaciosas ou impopulares"[38] reforçando o papel contramajoritário dos direitos ali discutidos e da decisão da corte. Os grupos majoritários estão impedidos de submeter à hegemonia de sua vontade a eficácia de direitos fundamentais, sendo possível traçar, neste sentido, uma contribuição ao debate relativo à tensão permanente contida na ordem constitucional, conforme suscitado por Gargarella.[39]

Em sua conclusão, o Ministro enfatizou que o ato de protestar publicamente em prol da legalização das drogas estaria muito distante de significar qualquer ilícito penal, configurando, apenas, prática legítima do direito à livre manifestação do pensamento, propiciada pelo exercício do direito de reunião, destacando a irrelevância de maior ou menor receptividade social da proposta. Com isso, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para dar ao art. 287 do Código Penal interpretação conforme à Constituição, nos termos delineados pela petição inicial.[40] O voto foi integralmente seguido pelos demais ministros e a decisão foi unânime.

No caso, é possível verificar um exercício do controle concentrado de constitucionalidade, no qual o Supremo Tribunal Federal manifestou a proeminência e a importância do direito ao protesto dentro do ordenamento constitucional brasileiro.

---

[37] ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15-6-2011. p. 72.
[38] ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15-6-2011. p. 82.
[39] GARGARELLA, Roberto. El derecho a la protesta social. p. 143.
[40] "(...) de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos".

Apesar de não terem sido tecidas maiores considerações acerca do eventual conflito com outros direitos fundamentais, ao contrário do exemplo mencionado por Gargarella (*Sullivan vs. New York Times*), é certo que a STF foi fulgente ao determinar a interpretação de norma infraconstitucional de acordo com seu entendimento do conteúdo constitucional e da prevalência do direito ao protesto, fornecendo ao *nomos*[41] nacional um riquíssimo compilado de entendimentos acerca da nossa noção de democracia e constitucionalismo. Reconheceu-se que o direito ao protesto é essencial para o funcionamento da democracia, assim como ficou estabelecido um limite claro para a possibilidade de cerceamento do Estado para o exercício deste direito.

Considerações finais

A reprovação aplicada a determinado ato violento de determinado indivíduo não guarda relação com a discussão acerca do valor do direito ao protesto e a necessidade de sua proteção constitucional. Esta reflexão é especialmente importante, levando em consideração o fato de existir inúmeros exemplos, em diversas cortes brasileiras e no exterior, em que o direito ao protesto foi cerceado, com fundamento em um raciocínio absolutamente alheio ao real conteúdo da discussão acerca dos limites relativos ao direito ao protesto, limitando-se a raciocínios supérfluos relativos à legitimidade das pautas, meios de protesto empregados por indivíduos isolados ou, na pior das hipóteses, à criminalização do próprio ato de se manifestar. É certo que, conforme devidamente pontuado pelo Supremo Tribunal Federal, eventuais restrições a este direito acabam por afetar todos os demais, ocasionando perigoso precedente de possível utilização inadequada do Estado para o controle social.

Ademais, é possível notar que assegurar o devido direito ao protesto não pode ser compreendido pelo estabelecimento de uma dicotomia entre os interesses do indivíduo, que busca dar pleno exercício ao seu direito, e os interesses do Estado, que busca cerceá-lo. É certo que os exemplos supramencionados, além de muitos outros, demonstram o risco de atribuir ao Estado a função de garantir e assegurar o direito ao protesto, já que é muitas vezes exercido contra ele próprio.

---

[41] No mesmo sentido do termo utilizado por Robert Cover: COVER, Robert M. *The Suprme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative*. *In* Harvard Law Review, Harvard, 1983. p. 28.

Não obstante, o direito de realizar críticas ao governo, de protestar, de se reunir e de se manifestar livremente na arena democrática é fundamental para a continuidade de regimes democráticos, nos quais o povo pode cumprir sua função cidadã de tomar o espaço público para transmitir diretamente aos governantes mensagens sobre ações que gostariam que fossem observadas por eles.

Cabe aos governantes o uso da razão e da argumentação para formular respostas políticas e jurídicas que venham a atender adequadamente aos anseios de seus representados. Impedir as manifestações populares é o mesmo que silenciar a voz das ruas e, o ato de calar o povo, não deveria ser uma opção disponível em Estados democráticos de Direito, eis que, nos passos da lição de Madison, o poder de censura está no povo sobre o governo, e não no seu inverso.

Referências

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Estudos Avançados* v. 14, n.º 40, p. 155-176, 2000.

BULMAN-POZEN, Jessica; POZEN, David E. Obediência incivil. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 23, n. 2, 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 19, n. 19, 2016.

COVER, Robert M. *The Suprme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative*. *In* Harvard Law Review, Harvard, 1983.

GARGARELLA, Roberto. El derecho a la protesta social. *Derecho y Humanidades*. n. 12, pp. 141-151, 2006.

_____. Entre el derecho y la protesta social. *Ecuador Debate*, Quito, n. 83, p. 75-94, Agosto de 2011.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

MARTINS, Leonardo. Direito fundamental à liberdade de reunião e controle de constitucionalidade de leis penais e de sua interpretação e aplicação: contribuição para o direito de reunião como sub-ramo autônomo do Direito Administrativo. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 18, n. 2, maio/ago. 2017.

MELLO FILHO, José Celso de. O direito constitucional de reunião. *Justitia*, São Paulo, v. 98, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 11, n. 2, jul./dez. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. Democracia desmascarada? Liberdade de reunião e manifestação: uma resposta constitucional contra-hegemônica. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional:* análise, crítica e contribuições. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

PARTE II

DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS MIGRANTES

9. MIGRAÇÕES, TRABALHO DECENTE E POLÍTICA NACIONAL DE TRABALHO NO BRASIL: A INCLUSÃO DO MIGRANTE NO MERCADO

MIGRATIONS, DECENT WORK AND NATIONAL LABOR POLICY IN BRAZIL: THE INCLUSION OF MIGRANTS IN LABOR MARKET

https://doi.org/10.36592/9786587424187-9

Jackeline Ribeiro e Sousa[1]

Resumo

Por meio do estudo que ora se apresenta, tem-se o objetivo de investigar meios de inserção laboral e capacitação profissional da pessoa migrante com vistas à concretização do acesso ao trabalho digno. Diante da constatação de que o fluxo migratório com destino ao Brasil é crescente, questiona-se quais mecanismos podem ser aplicados para a promoção da dignidade com base no trabalho e na efetivação da busca do pleno emprego. A pesquisa é bibliográfica, documental, analítica e crítica, com metodologia qualitativa. Tem como resultados esperados a perspectiva de contribuir para o desenvolvimento e a capacitação de migrantes por meio de Política Nacional de Trabalho que incentive às empresas a capacitar e inserir os migrantes no mercado de trabalho. Busca-se conciliar políticas públicas e privadas na geração de vagas de emprego. Trata-se aqui da Política Nacional de Trabalho (PNAT) para egressos do sistema prisional, estabelecida pelo Decreto nº 9.450, de 24 de julho de 2018. Parte-se do pressuposto de que as diretrizes ora estabelecidas servem de parâmetro para a instituição de norma similar direcionada à ampliação e qualificação de trabalho aos migrantes.

Palavras-chave: Migração**.** Trabalho decente. Valores Sociais do Trabalho e da Livre Iniciativa. Acesso ao trabalho. Política Nacional de Trabalho.

[1] Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR); bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). Participante do grupo de pesquisas REPJAL, Relações econômicas, Políticas, Jurídicas e Ambientais da América Latina.

Abstract

This study intends to investigate means of labor insertion and professional qualification of migrants in order to achieve access to decent work. Given the increasing migratory flow to Brazil, it is questioned which mechanisms can be applied to promote dignity based on work and the search for employment. The methodology adopted is descriptive-analytical, with bibliographical and documentary research. As for the approach (methodology), it is qualitative. The expected results are the prospect of contributing to the development and training of migrants through the National Labor Policy that encourages companies to train and insert migrants into the labor market. Seeks to reconcile public and private policies to generate jobs. This is about the National Labor Policy (PNAT) to former convicts, established by Decree No. 9450 of 24 July 2018. This is on the assumption that the guidelines set forth herein parameter serve to the standard of the institution similar directed to the expansion and qualification of labor to migrants.

Key-words: Migration. Decent work. Social Values of Labor and Free Initiative. Access to work. National Labor Policy.

Introdução

Os debates acerca da migração internacional em escala global não são exclusivos da era contemporânea. Pessoas se deslocam em busca de novas oportunidades econômicas e horizontes. Outros se movem para escapar de conflitos armados, pobreza, insegurança alimentar, perseguição, terrorismo ou violações a Direitos Humanos. Há, ainda, os que o fazem em resposta aos efeitos adversos da mudança climática, desastres naturais ou demais fatores ambientais.

No contexto de crises humanitárias do século XXI, a questão migratória encontra-se em evidência, inclusive nos países da América do Sul, cujos índices de migração internacional são altos. Observa-se que movimento populacional na América do Sul tem apresentado variações de direção, intensidade e composição, com fluxos simultâneos de emigrantes, imigrantes e refugiados. Neste sentido, cumpre ressaltar que 80% dessas migrações são intrarregionais, de modo que ocorrem dentro do próprio continente sul-americano.

Diante desse quadro, os fluxos migratórios intensos repercutem no Brasil, principalmente em razão das crises nos países da América Latina e Caribe, a exemplo do Haiti e da Venezuela. Ao considerar a formação brasileira como país de migração e emigração, pode-se constatar que a população brasileira total é de aproximadamente 208,7 milhões de habitantes, enquanto os migrantes residentes no país correspondem a 1.198.137 milhões, em sua maioria portugueses, haitianos, bolivianos e venezuelanos.

Ao constatar que o fluxo migratório com destino ao Brasil é crescente, o acesso ao trabalho do migrante constitui forma de concretizar os princípios de igualdade ora estatuídos em âmbito constitucional, por meio da busca do pleno emprego e da renda. Parte-se do pressuposto de que o acesso ao trabalho é aspecto fundamental na emancipação e inserção social da pessoa migrante, bem como na promoção da dignidade, que é pedra angular do ordenamento jurídico e do Estado Democrático de Direito.

A gestão eficaz da migração envolve uma gama de áreas de ação, dentre as quais se inclui a qualificação dos migrantes. A relevância da matéria se dá também em razão de que migrantes são agentes capazes de contribuir para o desenvolvimento econômico e social nos países de acolhimento – inclusive ao considerar que migrantes constituem 3% da população mundial e produzem mais de 9% do PIB global.

Destarte, verifica-se que a Constituição Federal reconhece a essencialidade do acesso ao trabalho como instrumento de afirmação do ser humano, ao estatuir, em seu art. 1º, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa dentre os fundamentos da República. Além de tratar, no bojo do art. 7º, acerca dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, a Constituição reitera, no art. 170, a valorização do trabalho humano como meio de assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Nesse sentido, a ideia de desenvolvimento não corresponde tão somente à geração de riquezas, mas também ao desenvolvimento humano e ao bem-estar social. Ressalta-se o papel do Estado como principal agente do crescimento econômico, ora relacionado à distribuição de renda, diminuição das desigualdades e promoção das capacidades dos indivíduos. Por meio das capacidades, os migrantes tornam-se agentes de mudança de seus próprios destinos e do progresso estatal.

A migração constitui aspecto determinante e determinado pela sociedade globalizada: conecta sociedades e regiões, bem como torna as nações em países de origem, trânsito e destino. Por meio do estudo que ora se apresenta, tem-se o objetivo

de investigar meios de inserção laboral e capacitação profissional da pessoa migrante com vistas à concretização do acesso ao trabalho digno.

A pesquisa é analítica e descritiva, do tipo bibliográfica e documental. Quanto à abordagem, é qualitativa, haja vista que foca na análise subjetiva de aspectos humanísticos, na medida em que se almeja compreender a problemática. Vale-se do suporte teórico de obras doutrinárias, de legislação nacional e internacional, de teses, dissertações, periódicos e artigos científicos especializados no assunto.

1 Globalização e fluxos migratórios contemporâneos

No contexto da globalização contemporânea, entende-se que o mundo globalizado se caracteriza pela intensificação de relações sociais em escala mundial. A migração é aspecto determinante e determinado pela sociedade globalizada, pois amplia o número de pessoas que se deslocam em busca de novas oportunidades econômicas e horizontes. Trata-se de processo dialético, haja vista que o que acontece em âmbito local tende a ser influenciado por fatores externos, como economia mundial e mercados de bens

Por este viés, os processos de migração conectam sociedades e regiões, bem como tornam as nações em países de origem, trânsito e destino. Ao passo em que "globalização significa transgressão, a remoção das fronteiras"[2], é característica do mundo globalizado a internacionalização de sociedades, culturas e economias. Isto, por sua vez, acarreta a facilitação do trânsito de pessoas.

Diante disso, observa-se que o enfoque mais notório da globalização diz respeito à sua vertente econômica, contudo, seus efeitos podem ser notados de maneira concomitante e multifacetada em termos demográficos, culturais, políticos, sociais, ambientais, dentre outros. Outra dimensão do processo de globalização corresponde ao aspecto da mobilidade humana. Ao passo em que sociedades e culturas internacionalizam-se, as barreiras fronteiriças também são relativizadas, o que favorece o fluxo migratório.

Muito embora os processos de deslocamento espacial não sejam exclusivos da era contemporânea, o aumento significativo da migração constitui característica

[2] HABERMAS, Jürgen. *"O Estado-Nação frente aos desafios da globalização"*, en *Novos Estudos,* CEBRAP, São Paulo, p.87-101, nov. 1995.

determinante e determinada pela sociedade globalizada. Neste sentido, importa a compreensão dos movimentos migratórios como "parte das estratégias de sobrevivência e de mobilidade social da população"[3]. Conforme Gina Pompeu, Marina Cartaxo e Nardejane Cardoso:

> Verifica-se que a migração continua a aumentar em escopo, complexidade e impacto. Transição demográfica, crescimento econômico e a recente crise financeira reformulam a face da migração. No coração do fenômeno estão pessoas que buscam trabalho decente e vida melhor. Em todo o mundo milhões estão preparados para se mudar, viver e trabalhar em segurança e com dignidade por intermédio do acesso à educação sistemática e à capacitação para o trabalho. Noutro viés, outros estão obrigados a se mover devido à pobreza, violência e conflito, ou mudanças ambientais, e nessa vertente, enfrentam exploração, discriminação, preconceito, abuso e outras violações dos Direitos Humanos ao longo do caminho[4].

A migração, por sua própria natureza, implica múltiplos atores e conta com o auxílio destes. Martha Nussbaum propõe uma rede mundial de cooperação, formada por estes atores: Estados, corporações multinacionais, bancos (a exemplo do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional), agências internacionais (como a Organização Internacional do Trabalho) e organizações não governamentais. Tais princípios consistem em exigências morais a serem adotadas por este conjunto de instituições[5].

Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização Internacional para as Migrações (OIM) e a OIT (Organização Internacional do Trabalho) têm manifestado expresso comprometimento com a questão migratória em âmbito mundial. Ao reconhecer que o número de pessoas afastadas de seus países encontra-se em nível historicamente alto, esses atores incentivam os Estados ao debate sobre medidas solucionadoras do problema.

---

[3] MARTINE, George. *"A globalização inacabada: migrações internacionais e pobreza no século 21"*, en *São Paulo Perspec.,* São Paulo, v. 19, n. 3, p. 3-22, set. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392005000300001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 jun. 2019.

[4] POMPEU, Gina Vidal Marcílio; CARTAXO, Marina Andrade; CARDOSO, Nardejane Martins. *"Políticas públicas, trabalho e fronteiras*", en *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, ano 4, v.8, maio-ago. 2014, p. 5.

[5] NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça - Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 387.

2 Organização Internacional do Trabalho e as Convenções nº 97 e 143 sobre trabalhadores migrantes no ordenamento jurídico brasileiro

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) é a agência das Nações Unidas, cujo objetivo consiste na promoção da justiça social entre os Estados. Fundada em 1919 na Conferência de Paz de Paris, como parte do Tratado de Versalhes, é a única agência das Nações Unidas de composição tripartite, formada isonomicamente por representantes dos governos, de organizações de empregadores e de trabalhadores. Atualmente, 183 Estados-membros participam da Organização.

Dito isso, o conceito de trabalho decente foi formalizado pela OIT em 1999, e entende-se como um "trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna"[6]. Nessa esteira, consiste em requisito indispensável para a redução das desigualdades sociais, para superação da pobreza, para a garantia da democracia e do desenvolvimento sustentável.

Compreende-se o trabalho decente como o arranjo mínimo de direitos do trabalhador que correspondam a justas condições de remuneração, saúde e segurança, equidade, liberdade sindical e de negociação coletiva, proteção contra os riscos sociais, dentre outros[7]. Outrossim, a promoção do trabalho decente configura objetivo adotado pelos Estados-membros da ONU, o que frequentemente se reitera nos documentos das Nações Unidas, tais como resoluções finais de Assembleias Gerais, Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e Agenda ONU 2030.

O acesso ao trabalho decente se relaciona de forma intrínseca à qualidade de vida de uma pessoa – ou grupo de pessoas. A promoção da dignidade por meio do acesso ao trabalho constitui uma das pautas de maior relevância nas agendas políticas de Estados, Organismos Internacionais, Organizações Não-Governamentais, dentre outros. Assim, entende-se que a ideia de desenvolvimento não mais corresponde unicamente ao crescimento econômico, mas ao desenvolvimento humano e ao bem-estar social.

---

[6] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Agenda Nacional de Trabalho Decente***.** Brasília, DF, 2006, p. 5. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/oit-no-brasil/WCMS_226229/lang--pt/index.htm. Acesso em: 15 jun. 2019.

[7] BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente: uma análise jurídica da exploração, rabalho forçado e outras formas de trabalho indigno*. São Paulo: LTr, 2004.

A garantia de acesso ao trabalho digno alia-se a diversos fatores que dela repercutem, tais como a redução das desigualdades sociais, a democracia, a superação da pobreza, ou o desenvolvimento sustentável. Na esfera internacional, estas ideias se reverberam tanto por meio do conceito de trabalho decente formalizado pela OIT – ora aplicável a todos os Estados que dela participam – quanto por meio de Convenções e Recomendações Internacionais, ou mesmo de diretrizes comportamentais.

Ressalte-se que o Brasil constitui membro fundador da OIT, de tal maneira que participa das Conferências Internacionais do Trabalho desde sua primeira reunião[8]. Assim, no que convém aos direitos do trabalhador migrante, a OIT dispõe de duas Convenções Internacionais para tratar do assunto: a Convenção nº 97, aprovada e ratificada pelo Brasil, vigente por meio do Decreto n. 58.819, de 14 de julho de 1966, bem como a Convenção nº 143, não ratificada pelo Brasil.

A Convenção nº 97 define trabalhador migrante como "toda pessoa que emigra de um país para outro com o fim de ocupar um emprego que não será exercido por sua própria conta, e compreende qualquer pessoa normalmente admitida como trabalhador migrante" [9]. A partir dessa afirmação, os termos da Convenção nº 97 não englobam os trabalhadores fronteiriços, os trabalhadores do mar a bordo de embarcação registrada em Estado do qual não seja nacional e as pessoas que exercem atividade liberal e artística por curto período.

Quanto às medidas de proteção elencadas pela Convenção nº 97, inclui-se a igualdade de tratamento e de oportunidades dos trabalhadores migrantes em relação aos nacionais, principalmente nas questões de jornada de trabalho, remuneração, trabalho infantil e de mulheres, idade de admissão, seguridade social, direitos sindicais, impostos e outros direitos previstos na legislação trabalhista de cada país. Ademais, relaciona a manutenção de serviço gratuito e apropriado de apoio e informação para os migrantes.

Outrossim, determina a convenção nº 97 que os Estados signatários atuem com medidas apropriadas a fim de evitar a propaganda sobre migração que possa induzir a erro, bem como que estabeleçam, quando julgarem necessário, providências que

---

[8] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *História da OIT*. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm. Acesso em: 15 jun. 2019.

[9] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Convenção n. 97 sobre Trabalhadores Migrantes*. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235186/lang--pt/index.htm. Acesso em: 15 jun. 2019.

intentem a facilitação de recebimento, viagem e saída dos trabalhadores migrantes. Alia-se a isso a determinação de manter serviços médicos apropriados, a permissão da transferência das economias dos trabalhadores migrantes e a proibição de expulsão dos migrantes admitidos de maneira permanente, no caso de doença ou acidente que os incapacitem de exercer ofício.

Já a Convenção nº. 143 aborda as imigrações efetuadas em condições abusivas e a promoção da igualdade de oportunidades e tratamento de trabalhadores migrantes. Esta não foi ratificada pelo Brasil, e determina, dentre outros aspectos, que os países signatários devem comprometer-se a "formular e aplicar uma política nacional que se proponha a promover e garantir, por métodos adaptados às circunstâncias nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento" entre nacionais e migrantes.

Possuem, assim, status de *hard law*, posto que, uma vez assinadas, são vinculadas por tratado internacional e devidamente internalizadas no sistema jurídico pátrio. Quanto à sua hierarquia normativa, entende-se que as Convenções formuladas pela OIT "ostentam a condição de tratados internacionais de Direitos Humanos, por veicularem preceitos em prol do trabalho digno, possibilitando a afirmação social e o bem-estar do ser humano"[10].

3 Lei de Migração nº 13.445/2017 e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

A análise do regramento legal hodierno sobre o tema se faz necessária para o presente estudo, haja vista que a realidade do trabalhador migrante se torna cada vez mais evidente no ordenamento fático e jurídico brasileiro. Assim, a facilitação do acesso ao trabalho constitui forma de concretizar os princípios de igualdade ora estatuídos em âmbito constitucional por meio da busca do pleno emprego e da renda.

Conforme visto, entende-se que "a situação de ser social, comunitário e global, sujeito das relações mundiais, requer dos Estados o dever de garantir um patamar mínimo de condições à sua população para que desempenhe efetivamente suas capacidades"[11]. A Constituição, ao preconizar que "todos são iguais perante a lei, sem

[10] MELATTI, André Vinicius. *"Normas da OIT e o direito interno"*, en *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 1, n. 3, p. 103-136, dez. 2011, p.1.
[11] POMPEU, Gina Vidal Marcílio. *"O retorno do Estado-Nação na geografia da mundialização"*, en POMPEU, Gina Vidal Marcíllio (Org.) *Atores do desenvolvimento econômico e social do século XXI*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2009, p. 128.

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", assume o compromisso de assegurar tais direitos.

Assim, evidencia-se o tratamento amistoso e humanitário para com a pessoa migrante em toda a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 (Lei de Migração), a qual estatui dentre seus princípios reguladores a igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares; e, principalmente, a inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas[12]. Observa-se que a Lei objetiva proporcionar garantias legais para a capacitação e integração do imigrante aos meios laboral, educacional, previdenciário e de saúde.

Ressalte-se outro ponto tratado na Lei nº 13.445/2017, que diz respeito ao acesso ao trabalho do migrante. A Lei de Migração desburocratiza o processo de regularização migratória para obtenção de documentos e garantir acesso ao trabalho. A concessão de visto temporário, por exemplo, preconizada no art. 14, I, II e III da nova Lei, contempla um vasto rol de hipóteses beneficiadoras, especialmente no que tange às atividades de estudo e trabalho.

A valorização do trabalho humano exclui, conceitualmente, a noção de mercantilização do trabalho ao evocar o fato de que não se pode lidar com o operário de maneira análoga a uma peça sujeita a preço de mercado, rejeitada quando deixar de atender à sua finalidade. Compreende-se, outrossim, que ao empregado se deve possibilitar a execução de um ofício que reflita sua vocação e que lhe tenha uma finalidade mais significativa do que o próprio sustento, de modo a lhe propiciar, assim, a existência digna[13].

Neste sentido, "reconhece a Constituição a essencialidade da conduta laborativa como um dos instrumentos mais relevantes de afirmação do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de sua inserção familiar e social"[14]. No entanto, ressalte-se que os direitos sociais, inclusive o direito ao trabalho, integram o rol de normas programáticas. Isto significa que, por serem normas abrangentes,

---

[12] BRASIL. *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, DF, n. 99, p. 1, maio 2017. Seção1.
[13] PETTER, Josué Lafayete. *Princípios constitucionais da ordem econômica:* o significado e o alcance do art. 170 da constituição federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p 153.
[14] DELGADO, Maurício Godinho. *"Direitos fundamentais na relação de trabalho"*, en *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 2, p. 11-39, 2007, p. 15.

dependem de legislação ordinária e de políticas públicas para que possam ser concretizadas.

A Constituição Federal de 1988, ao estatuir como fundamentos da República, em seu art. 1º, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, optou por uma ordem econômica capitalista e de livre mercado. Ressalta-se o elevado patamar garantido à ordem econômica e à proteção do trabalho, posto que tais valores são estabelecidos em conjunto e em equiparação aos princípios de soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana e pluralismo político[15].

Ademais, preconiza o art. 170 da CRFB/88 que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por escopo assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, a se destacar os princípios da livre concorrência e da redução das desigualdades regionais e sociais, dentre outros, para a concretização desses objetivos. para que se configure a livre iniciativa, é necessário que esta se encontre em coexistência com os valores sociais do trabalho, como elementos imbricados.

Ao inserir ambos os valores no mesmo inciso, depreende que não obstante o enaltecimento da iniciativa privada e individual, o equilíbrio com os valores sociais do trabalho é elemento indispensável. Deste modo, ao instruir a atividade econômica, estabelece um sistema de regulação na promoção do desenvolvimento econômico e social e para a implementação da dignidade humana.

4 Decreto nº 9.450/2018 e Política Nacional de Trabalho (PNAT)

A CRFB/1988, no bojo do art. 6º, estabelece o trabalho como direito social, bem como elenca, no art. 7º, os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social. Observa-se também no ordenamento jurídico pátrio o destaque ao trabalho como instrumento do desenvolvimento social, de modo que "o trabalho permite à pessoa desenvolver sua capacidade física e intelectual, conviver de modo positivo com outros seres humanos e realizar-se integralmente como pessoa"[16].

---

[15] BRASIL. [Constituição (1998)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2019.
[16] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998, p. 20.

No que tange à promoção do desenvolvimento, Celso Furtado ressalta o papel do Estado como principal agente do crescimento econômico, ora relacionado à distribuição de renda e diminuição das desigualdades sociais. O autor pugna pelo desenvolvimento não apenas no que tange ao crescimento econômico, mas à desconcentração do capital e à melhoria da qualidade de vida. Para Furtado, "não apenas da acumulação depende o desenvolvimento. Apoia-se este, igualmente, na força dinâmica que surge nas sociedades sob a forma de impulso para a melhoria das condições de vida"[17].

Na perspectiva da melhoria das condições sociais e da concretização de normas constitucionais por meio de políticas públicas, suscita-se o exemplo do Decreto nº 9.450, de 24 de julho de 2018. O Decreto institui a Política Nacional de Trabalho (PNAT) no âmbito do sistema prisional. O objetivo consiste na integração e ressocialização de pessoas presas e egressas do sistema prisional pelo acesso ao trabalho digno.

A PNAT é voltada à ampliação e qualificação da oferta de vagas de trabalho, ao empreendedorismo e à formação profissional das pessoas presas e egressas do sistema prisional. Expressa os princípios norteadores de sua política no art. 2º, que consistem na dignidade da pessoa humana, na ressocialização, na humanização da pena e no respeito às diversidades, sejam étnico-raciais, religiosas, em razão de gênero e orientação sexual, origem, opinião política, para com as pessoas com deficiência, dentre outras[18].

Assim, a PNAT consiste em instrumento de concretização de direitos sociais, haja vista que tem objetivo expresso de estabelecer mecanismos que favoreçam a reinserção social das pessoas presas em regime fechado, semiaberto e aberto, bem como das egressas do sistema prisional. Isto se dá pela adoção de estratégias de articulação com órgãos públicos, entidades privadas e com organismos internacionais e estrangeiros para a implantação desta política. Intende, portanto, a conciliar os poderes público e privado na promoção do acesso ao trabalho.

---

[17] FURTADO, Celso. *Dialética do desenvolvimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964, p. 64.

[18] BRASIL. Decreto nº 9.450, de 24 de julho de 2018. Institui a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional. *Diário Oficial da União*, 25 jul. 2018, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9450.htm. Acesso em: 29 jun. 2019.

Nessa esteira, o Decreto fomenta a geração de vagas de emprego para pessoas presas e egressas do sistema prisional por meio de normas para licitações e contratos da administração pública firmados pelo Poder Executivo federal. Outrossim, intenta uniformizar modelo de edital de chamamento com fito de formar parcerias para a construção de espaços de trabalho em unidades prisionais por entes públicos e privados. É o que se observa no *caput* do art. 5º:

> Na contratação de serviços, inclusive os de engenharia, com valor anual acima de R$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão exigir da contratada o emprego de mão de obra formada por pessoas presas ou egressos do sistema prisional, nos termos disposto no § 5º do art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993[19].

Ao estabelecer condicionantes para a contratação de serviços via licitação às empresas que empregarem presos e egressos, o Decreto nº 9.450/2018 cumpre os objetivos a que se propõe: ampliar as alternativas de inserção econômica, estimular a oferta de vagas de trabalho, integrar os órgãos responsáveis pelo fomento ao trabalho e pela execução penal com as entidades responsáveis pela oferta de vagas de trabalho. Trata-se aqui de entidades governamentais e não governamentais, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

Da mesma forma, o art. 6º da PNAT determina o *quórum* de vagas de trabalho a ser disponibilizado para presos ou egressos do sistema prisional, na forma de porcentagem – a ser calculada sobre número o total de funcionários a trabalhar no serviço contratado pela administração pública: 3% das vagas, quando forem demandados até 200 funcionários; 4% das vagas, em serviços de 201 a 500 funcionários; 5% das vagas, de 501 a 1000 funcionários; e 6% das vagas, quando a execução do contrato demandar acima de 1000 empregados.

O Decreto nº 9.450/2018 coaduna com os preceitos de justiça social da Constituição dirigente de 1988. Assim, é possível conciliar na esfera pública os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa como meios de desenvolvimento social e econômico. Os 10 artigos que constituem a PNAT expressam a intenção do legislador

[19] BRASIL. Decreto nº 9.450, de 24 de julho de 2018. Institui a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional. *Diário Oficial da União*, 25 jul. 2018, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9450.htm. Acesso em: 29 jun. 2019.

em promover a independência profissional por meio do empreendedorismo e da incorporação no mercado de trabalho. Trata-se aqui de vontade, alteridade e empatia como valores-guia das políticas positivas.

Trata-se, portanto, de política pública positiva e eficaz no que concerne ao cumprimento da "vontade de Constituição" e à diminuição das desigualdades. O presente estudo toma o Decreto nº 9.450/2018 como parâmetro normativo a ser espelhado na política migratória brasileira, como forma de promover a integração por meio do acesso ao trabalho. A criação de Política Nacional de Trabalho da pessoa migrante consiste em meio possível de efetivação dos direitos sociais ora estatuídos pela Constituição de 1988 e pela Lei de Migração.

Conclusão

Diante de todo o exposto, constata-se a necessidade de conciliar os interesses das instituições públicas e privadas com o fito de promover crescimento econômico com desenvolvimento humano, haja vista que garantir patamar mínimo civilizatório a todos residentes no Brasil significa cumprir os fundamentos constitucionais de aliar a dignidade humana com o pleno exercício dos direitos sociais.

No contexto de reconhecimento dos direitos do migrante, bem como de desenvolvimento das capacidades e inserção no mercado de trabalho, a criação de PNAT referente às migrações configura instrumento apropriado para a emancipação do migrante residente no Brasil. Deste modo, políticas públicas se fazem necessárias na promoção do desenvolvimento real das capacidades da pessoa migrante.

Não se trata aqui de preterir o acesso ao emprego e à renda de trabalhadores nacionais em face de trabalhadores migrantes, mas de promover a conscientização da população em geral e dos empregadores – que por vezes associam os trabalhadores imigrantes ao mercado de trabalho informal ou a serviços insalubres. Neste sentido, incentiva-se a valorização da mão de obra e a capacitação laboral da pessoa migrante com vistas ao desenvolvimento local e nacional, à diminuição da pobreza e à melhoria do nível de desenvolvimento humano de toda a sociedade.

Efetivar o acesso ao trabalho digno como passo inicial à concretização dos demais direitos é tarefa que requer esforços de Estados, empresas e sociedade. Nessa empreitada, a inserção laboral da pessoa migrante é fator decisivo na garantia da

dignidade, haja vista que "até mesmo o acesso a itens básicos, como abertura de conta bancária ou contrato de aluguel, muitas vezes exige uma fonte de renda fixa"[20]. Para isso, a capacitação profissional e o capital humano permitem a melhoria de condições de vida e o consequente desempenho do crescimento econômico nacional.

No cenário de migrações intensas, os organismos internacionais, como a Organização Internacional do Trabalho e a Organização das Nações Unidas, incentivam a união de esforços em cooperação internacional com vistas a formular planos de ação com critérios globais de trato aos migrantes em situação de vulnerabilidade. Ao dialogar principalmente com os países de trânsito e destino de migrações, ressalta-se que tais estratégias devem conter princípios de universalidade que respeitem a soberania de cada país e os Direitos Humanos.

Entendida a perspectiva atual de acolhimento e integração do migrante em solo pátrio, o presente estudo objetivou efetivar o empoderamento e a autonomia do migrante por meio do acesso às liberdades substantivas, principalmente no que tange ao trabalho digno. Partiu-se do pressuposto de que o trabalho consiste na forma elementar que permite a natureza do indivíduo como ser humanizado, dotado de liberdade e autonomia. Foi possível observar que a promoção do acesso ao trabalho decente se relaciona de

Ao analisar os dispositivos que compõem a Política Nacional de Trabalho, observou-se o estabelecimento de condicionantes para a contratação de serviços via licitação às empresas que empregarem presos e egressos do sistema prisional. Ademais, foi possível constatar que o decreto cumpre próprios objetivos de ampliar as alternativas de inserção econômica, estimular a oferta de vagas de trabalho, integrar os órgãos responsáveis pelo fomento ao trabalho e pela execução penal com as entidades responsáveis pela oferta de vagas de trabalho.

Sugeriu-se a elaboração de Política Nacional de Trabalho referente às migrações como instrumento público tangível e apropriado para a emancipação do migrante no Brasil. Trata-se, portanto, de política pública positiva e eficaz no que concerne ao cumprimento do direito social ao trabalho estatuído pela Constituição de 1988 e das prerrogativas advindas da Lei de Migração.

---

[20] TORELLY, Marcelo; KHOURY, Aline; VEDOVATO, Luís Renato; GONÇALVES, Veronica Korber (org.). *Política de refúgio do Brasil consolidada*. Brasília: Organização Internacional para as Migrações, Agência das Nações Unidas Para as Migrações, Ministério da Justiça, 2017, p. 87.

A formulação de Política Nacional de Trabalho no âmbito das migrações consiste em mecanismo possível para a ampliação da oferta de vagas de emprego a trabalhadores migrantes, além de viabilizar a qualificação para o mercado de trabalho. Ao tomar o Decreto 9.450/2018 como modelo de política, o presente estudo coaduna com os princípios norteadores do Decreto, quais sejam, de integração e de ressocialização pelo acesso ao trabalho decente, de promoção da dignidade e de respeito às diversidades.

Referências

BRASIL. [Constituição (1998)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Decreto nº 9.450, de 24 de julho de 2018. Institui a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional. *Diário Oficial da União*, 25 jul. 2018, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9450.htm. Acesso em: 29 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, DF, n. 99, p. 1, maio 2017. Seção1.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente: uma análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno*. São Paulo: LTr, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

DELGADO, Maurício Godinho. "*Direitos fundamentais na relação de trabalho*", en *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 2, p. 11-39, 2007.

FURTADO, Celso. *Dialética do desenvolvimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964.

HABERMAS, Jürgen. "*O Estado-Nação frente aos desafios da globalização*", en *Novos Estudos,* CEBRAP, São Paulo, p.87-101, nov. 1995.

MARTINE, George. "*A globalização inacabada: migrações internacionais e pobreza no século 21"*, en *São Paulo Perspec.,* São Paulo, v. 19, n. 3, p. 3-22, set. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392005000300001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 jun. 2019.

MELATTI, André Vinicius. "*Normas da OIT e o direito interno*", en *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 1, n. 3, p. 103-136, dez. 2011.

NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça - Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Agenda Nacional de Trabalho Decente***.** Brasília, DF, 2006, p. 5. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/oit-no-brasil/WCMS_226229/lang--pt/index.htm. Acesso em: 15 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Convenção n. 97 sobre Trabalhadores Migrantes*. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235186/lang--pt/index.htm. Acesso em: 15 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *História da OIT*. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm. Acesso em: 15 jun. 2019.

PETTER, Josué Lafayete. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. "*O retorno do Estado-Nação na geografia da mundialização*", en POMPEU, Gina Vidal Marcíllio (Org.) *Atores do desenvolvimento econômico e social do século XXI*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2009.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; CARTAXO, Marina Andrade; CARDOSO, Nardejane Martins. "*Políticas públicas, trabalho e fronteiras*", en *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, ano 4, v.8, maio-ago. 2014.

TORELLY, Marcelo; KHOURY, Aline; VEDOVATO, Luís Renato; GONÇALVES, Veronica Korber (org.). *Política de refúgio do Brasil consolidada*. Brasília: Organização Internacional para as Migrações, Agência das Nações Unidas Para as Migrações, Ministério da Justiça, 2017.

10. CRISE HUMANITÁRIA NA VENEZUELA: REFÚGIO NO BRASIL E ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

HUMANITARIAN CRISIS IN VENEZUELA: REFUGE IN BRAZIL AND THE BRAZILIAN STATE IN THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS

https://doi.org/10.36592/9786587424187-10

Arielle Carvalho

Resumo

A crise humanitária na Venezuela intensificou-se, a partir do ano de 2014, em decorrência de instabilidades no setor político e econômico do país, de modo que, ao refletir no bem-estar social do país, entre os anos de 2015 ao início de 2019, cerca de quatro milhões de venezuelanos migraram para outros países, em busca de refúgio, segundo dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). O Brasil, país que faz fronteira com a Venezuela, que acolhe imigrante e equipara o estrangeiro ao brasileiro, tem o dever de recebê-los e, ainda, de garantir-lhes direitos sociais, previstos no Art. 6º da Constituição Federal de 1988. Desse modo, por meio do trabalho que ora se apresenta, tenciona-se como objetivo geral, analisar a atuação do Estado brasileiro no que concerne ao dever de acolher e de efetivar os direitos sociais aos refugiados venezuelanos no Brasil. Como objetivo específico, abordar a realidade social, na qual se encontram no país, com enfoque no Estado de Roraima, local de maior fluxo de entrada dos venezuelanos, e propor medidas que possam contribuir para a efetivação desses direitos. Quanto à metodologia, trata-se de pesquisa bibliográfica e documental, descritiva, de abordagem qualitativa, de natureza teórica. Por fim, a pesquisa, evidencia a incapacidade de efetivação dos direitos sociais, por parte do Estado brasileiro, aos venezuelanos que buscam o refúgio no Brasil.

Palavras-chave: Crise Humanitária. Venezuela. Refúgio. Estado brasileiro. Efetivação dos Direitos Sociais

Abstract

The humanitarian crisis in Venezuela has intensified since 2014 as a result of instabilities in the country's political and economic sector, so that by reflecting on the country's social well-being between the years 2015 and the beginning of 2019, of four million Venezuelans have migrated to other countries in search of refuge, according to data from the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR). Brazil, a country bordering Venezuela, which welcomes immigrants and equates the foreigner with the Brazilian, has the duty to receive them and also to guarantee them the social rights provided for in Article 6 of the Federal Constitution of 1988. Thus, by means of the present work, it is intended as a general objective, to analyze the Brazilian State's action regarding the duty to accept and enforce the social rights of Venezuelan refugees in Brazil. As a specific objective, to address the social reality in which they are located in the country, focusing on the state of Roraima, the place with the largest inflow of Venezuelans, and to propose measures that may contribute to the realization of these rights. Regarding the methodology, it is a bibliographical and documentary research, descriptive, qualitative approach, theoretical in nature. Finally, the research highlights the inability of the Brazilian State to realize social rights for Venezuelans seeking refuge in Brazil

Keywords: Humanitarian Crisis. Venezuela. Refuge. Brazilian state. Social Rigths.

1 Introdução

A República Bolivariana da Venezuela, a partir do ano de 2014, enfrenta, novamente, crise política e econômica que reflete no bem-estar social do país, de modo a faltar-lhes alimentos, medicamentos e itens básicos, necessários à sobrevivência. Protestos, por parte da população, perseguições e violências do governo Nicolás Maduro àqueles que contrariem os seus interesses, além da disputa pelo poder com o autoproclamado presidente interino Juan Guaidó, aumento do desemprego, da criminalidade, confisco de residências por parte do governo, portanto, trata-se de crise humanitária de proporções significativas.

Em meio à situação vulnerável em que parte da sociedade venezuelana se encontra, para parte da população, permanecer no país torna-se inviável. Desse modo, segundo dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), entre os anos de 2015 a 2019, 4 milhões de venezuelanos buscaram refúgio em outros

países, com a esperança de terem acesso ao mínimo necessário a sua sobrevivência. Nesse mesmo sentido, segundo relatório da Organização dos Estados Americanos (OEA), a previsão é que 5 milhões de venezuelanos busquem refúgio em outros países, no ano de 2019, um fluxo migratório equiparado aos provocados por guerras, como a da Síria e do Afeganistão e, caso não haja mudança significativa, que amenizem os efeitos da crise humanitária da Venezuela, estima-se que o número total de imigrantes venezuelanos, em busca de refúgio, chegará a 5,75 milhões ao final de 2019.

Os países latino-americanos recebem a maioria dos venezuelanos. Ainda, segundo dados da Agência das Nações Unidas para Refugiados, até meados do ano de 2019, a Colômbia recebeu 1,3 milhões de venezuelanos, seguido do Peru, com 768 mil, do Chile, com 288 mil, do Equador, com 263 mil, do Brasil, com 168 mil, além da Argentina, com 130 mil. O México e os países da América Central e do Caribe também recebem um número significativo de refugiados e migrantes da Venezuela.

Nesse sentido, o número de venezuelanos que busca refugiar-se no Brasil é significativo. O Brasil é um país acolhedor de imigrantes, uma vez que assumiu compromissos, por meio de tratados internacionais, os quais foram ratificados pelo país, como a Convenção de 1951 ou Convenção de Genebra, e ainda a Declaração de Cartagena de 1984, ambas introduzidas em sua ordem interna, por meio da Lei 9474/97, conhecida como Lei do Refúgio, e ainda promulgou em 2017, a Lei de Migração Brasileira (lei 13.445/2017) que, ao substituir o Estatuto do Estrangeiro, a ideia de defesa e soberania nacional deu espaço a um ideal mais humanitário, que prevê garantias fundamentais.

A Constituição Brasileira de 1988, promulgada sob a índole de defesa e valorização das garantias fundamentais, adota, em seu artigo 5º, a igualdade entre brasileiros e estrangeiros residentes no país. Por essa razão, permeia-se que, aos estrangeiros, serão garantidos os direitos sociais, elencados em seu artigo 6º, entre eles, educação, saúde, alimentação, acesso ao trabalho e moradia. Todavia, observa-se que a situação real dos venezuelanos no Brasil é de vulnerabilidade, com maior intensidade no Estado de Roraima, que é local de maior fluxo de entradas desses imigrantes.

Diante dessas considerações, tem-se que a busca de refúgio, por número significativo de venezuelanos, em especial, no Brasil, é consequência da crise humanitária da Venezuela. Desse modo, indaga-se se o Brasil cumpre o seu dever, de

forma eficiente, na recepção, proteção e efetivação dos direitos sociais aos refugiados da Venezuela no país. Quais seriam os mecanismos de atuação do Estado Brasileiro, para que possam contribuir no sentido de amenizar a situação de vulnerabilidade na qual se encontram os Venezuelanos no Brasil?

Logo, o objetivo deste trabalho é analisar o modo como o Brasil atua em relação ao fluxo migratório dos venezuelanos para o Brasil, como enfoque no Estado de Roraima, no que se refere à efetivação dos direitos sociais para, após a análise, apresentar possíveis mecanismos que venham a contribuir para amenizar a situação de vulnerabilidade dessas pessoas, a fim de facilitar a inclusão legal, social e econômica dos venezuelanos.

2 Aspectos políticos e econômicos da Venezuela como possíveis causas da crise humanitária

A Venezuela adota um regime político, baseado nas ideias do "Socialismo do Séc. XXI" ou neossocialismo, política de cunho socialista idealizado e instituído pelo Presidente Hugo Chávez (1999-2013), e que permanece com o governo Nicolás Maduro a partir de 2013. A ideia central do Socialismo do Séc. XXI foi à intervenção do Estado na economia de modo a centralizá-la nas mãos do próprio Estado para por meio do controle, proporcionar e efetivar direitos humanos essenciais, em especial os direitos sociais a toda a população.

Para pôr em prática os ideais do "Socialismo do Séc. XXI", em dez anos de governo, o Presidente Hugo Chávez nacionalizou empresas, unificou partidos socialistas, realizou mudanças profundas na Constituição, como a criação da Lei Habilitante, que permitia o chefe do executivo tomar providências, acerca de matéria econômica, política e social, sem a necessidade de aprovação do Congresso Nacional e reeleições ilimitadas; além disso, expropriou terras, estatizou empresas privadas, afugentando, assim, investimentos e empreendedores (TEIXEIRA, 2009, p.76), ou seja, concentrou toda a economia nas mãos do Estado.

Para Paulo Bonavides (2013), o Estado socialista era aquele que, além de interferir no aspecto político, econômico e social de um país, concorre com o setor privado, por meio da privatização de indústrias. Afirma ainda que esse tipo de sistema político baseia-se na ideia de Marx, ou seja, na apropriação do Estado em relação à propriedade privada e aos meios de produção, bem como na sua gerência por meio do

proletariado. Essa foi a ideia política que Hugo Chávez implantou na Venezuela e que foi continuada pelo seu sucessor, o atual Presidente Nicolás Maduro.

Em relação à economia do país, na Venezuela, a exploração e a exportação do petróleo constituem as principais atividades econômicas no país, de modo que atividade petrolífera é responsável por quase todas as receitas da Venezuela. No ano de 2013, ano da última pesquisa realizada pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), a economia petrolífera na Venezuela correspondeu a 85.1% em relação a outros produtos. Isso fez com que o Estado venezuelano desestimulasse a indústria nacional. Na visão do governo venezuelano, importar produtos de outros países seria mais vantajoso que investir na própria indústria, portanto, alimentos, medicamentos e outros produtos básicos necessários à sobrevivência são importados de outros países.

Não se pode negar que a dedicação, quase exclusiva, à economia do petróleo proporcionou resultados satisfatórios ao país, entre os anos de 2004 a 2015, no governo de Hugo Chávez e início do governo de Nicolás Maduro, a partir de 2013, que, com lucros consideráveis, utilizava-se parte do montante para implementar políticas públicas de cunho social, conhecidas como "Missões" ainda hoje existentes no país e que possuem caráter assistencialista e de inclusão social. Isso permitiu melhora social para as classes menos favorecidas, "excluídos", pois, segundo dados do Instituto Nacional de Estatísticas (INE), no ano de 1998, antes de seu mandato, 20,1% de venezuelanos viviam em situação de extrema pobreza e, em 2007, o índice caiu para 9,5%.

Tais políticas contribuíram para a popularidade do Presidente Hugo Chávez, de modo a torná-lo um líder carismático, uma espécie de salvador das mazelas sociais, mas em que pese tais melhorias, a população continuou e permanece em situação de pobreza. Segundo dados do relatório "*Encuesta sobre condiciones de vida em Venezuela"*, a pobreza extrema do país aumentou de 23,6%, em 2014, para 61,2%, em 2017 e, entre os anos de 2013 a 2017, o PIB do país caiu 37%, e a estimativa para 2018 é de que ele tenha caído 15%.

Nesse sentido, pode-se afirmar que seu ideal político, de cunho assistencialista e de inclusão, representou instrumentos para que Hugo Chávez se perpetuasse no poder, pois atender à vontade social, muitas vezes, é ter o Estado social em seu poder (BONAVIDES, 1996, p. 13). Pode-se relacionar, ainda, ao que Paulo Freire, em 1987,

que expõe como “Pedagogia do Oprimido”, quando diz que o conquistador imprime sua forma ao conquistado que, introjetando-o, faz-se um ser ambíguo (FREIRE, 2011, p.35), pois, na Venezuela, efetivar direitos, por muito tempo, significou permitir as decisões autoritárias, por parte do governo, de modo a afetar inclusive a liberdade de seu povo.

Vencidas tais considerações, é importante pontuar ainda que, por ser a exploração e exportação do petróleo sua principal atividade econômica, a economia do país depende do mercado externo. Em 2014, houve queda no preço do barril do petróleo da Venezuela, em parte, devido à recusa do Irã e da Arábia Saudita, outros grandes produtores do petróleo, em assinar um compromisso para redução da produção, a desaceleração da economia chinesa.

Desse modo, a baixa no preço do barril do petróleo, a partir do ano de 2014, e a diminuição das exportações refletiram diretamente na questão social do país, pois a falta de dinheiro para importar insumos básicos e necessários à sobrevivência, conflitos, protestos de populares, que culminam cada vez mais na impopularidade do governo, desemprego, aumento de doenças, falta de medicamentos e alimentos são algumas das consequências que a crise na economia proporcionou à população do país e que, a cada dia, agrava-se.

Portanto, diante da crise humanitária que permeia a Venezuela, estima-se que 4 milhões de venezuelanos migram para outros países, em busca de refúgio, são os dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados e da Organização Internacional para as Migrações (OIM), mas há quem defenda que a Venezuela não se encontra em crise.

O Historiador norte-americano Alfred de Zayas, especialista independente da Organização das Nações Unidas (ONU) para a promoção da Ordem Internacional Democrática e Equitativa, em entrevista para programa de emissora multiestatal tele*SUR,* afirma que não há crise humanitária na Venezuela e que esse termo é utilizado como desculpa para intervenção no país e derrubada do governo atual, Nicolás Maduro. Com o intuito de conhecer a situação da Venezuela, o Alfred de Zayas esteve no país e verificou que, ao comparar as estatísticas da Venezuela com outros países, como a África, Ásia, por exemplo, conclui que não há crise no país e sim guerra econômica, bloqueio financeiro.

Nesse sentido, diante das considerações, ainda que haja entendimentos diversos a respeito da crise na Venezuela, é certo que, conforme dados mencionados anteriormente, parcela significativa da população migra para outros países, em busca de condições mínimas de sobrevivência, portanto, a necessidade de solidariedade internacional e a concessão de refúgio aos venezuelanos é dever dos países, principalmente, os vizinhos, como o Brasil, por exemplo.

2.1 Legislação de proteção ao refugiado no Brasil

A Constituição Federal de 1988, como símbolo do processo de redemocratização do Brasil, consagra o princípio internacional "Pro Homine", que reconhece como fundamento das relações internacionais do Brasil, a prevalência dos direitos humanos. Dentro desse mesmo viés, dispõe quanto ao respeito à dignidade humana. Essas previsões, em conjunto, fornecem o amparo constitucional para a proteção dos direitos fundamentais dos solicitantes de refúgio e refugiados reconhecidos (MAHLKE, 2017). No Brasil, portanto, as principais legislações que definem, regulam a proteção, o acolhimento e os direitos humanos inerentes aos refugiados no Brasil, são a lei n. 9747/1997 e a Lei n. 13.445/2017, conhecida como Lei de Migração.

2.1.1 Lei n. 9747/1997 (Lei Do Refúgio)

A Lei 9747/97, conhecida como Lei do Refúgio, decorre da assinatura e ratificação da Convenção de 1951 ou Convenção de Genebra, bem como do Protocolo de 1967, e da Declaração de Cartagena de 1984, que são os principais instrumentos jurídicos internacionais de proteção e garantia de direitos humanos aos refugiados, definem e estabelecem direitos e deveres dos países para com os refugiados.

A Lei 9.474/97, intitulada Estatuto do Refugiado, foi elaborada em conjunto por representantes do governo brasileiro e do ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados) e traz regras nacionais para a concessão de refúgio. Esta lei adotou a definição ampla de refugiado, ou seja, é qualquer indivíduo vítima de grave e generalizada violação de direitos humanos.

Os requisitos para a concessão de refúgio, porém, são relativamente mais flexíveis em relação ao visto de residência permanente. Apenas a título de exemplo, ele é gratuito, urgente e confidencial. Ademais, o pedido de refúgio pode ser feito à Polícia

Federal ainda na fronteira brasileira. Deste modo, o indivíduo solicitará refúgio, demonstrando o fundado temor de perseguição – elemento subjetivo – e os agentes deverão avaliar a veracidade do que foi declarado sobre as razões da perseguição – elemento objetivo (SOARES, 2011).

No intuito de garantir a segurança do estrangeiro que chega ao Brasil, a Lei 9.474/97 estabeleceu, em seu artigo sétimo, o princípio do non-refoulement (não-devolução). Em suma, é vedada a devolução do estrangeiro para qualquer território em que sua vida ou liberdade estejam ameaçadas pelos motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.

A crise na Venezuela é o principal motivo do aumento do número de pedido de refúgio no Brasil e por tratar-se de migração em massa e repentina para o país, principalmente pelos estados de Roraima, Rondônia e Amazonas, há demora em atender a todos. Por essa razão, o Conselho Nacional de Imigração (CNIg) editou, em 2017, a Resolução Normativa nº 126, a qual prevê que a concessão de residência temporária, pelo prazo de 02 anos, ao estrangeiro nascido em país fronteiriço ao Brasil e que se encontra em situação irregular no país.

2.1.2 Lei n. 13.4452017 – Lei de Migração

A Lei de Migração (lei n. 13.445/2017) foi editada diante da evolução de proteção aos direitos humanos, no cenário internacional, e da necessidade do governo brasileiro de dar maior atenção aos fluxos migratórios, que passaram a ocorrer com maior frequência para o país, como por exemplo, a migração em massa dos haitianos e africanos, no início dos anos 2010, e a migração em massa dos venezuelanos a partir do ano de 2014. Antes da Lei de Migração, a norma que os regia tratava-se da lei n. 6.815/1990, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, que foi promulgada no período do Regime Militar Brasileiro, em que o imigrante era visto como uma ameaça ao país, o que predominava, portanto, o enfoque da segurança nacional.

Em meio à realidade social no Brasil, no concernente à questão migratória, foi promulgada a Lei nº 13.445/2017, a qual revogou o Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6.815/1980 e considerou o estrangeiro um sujeito de direitos, equiparou-o ao nacional, condição esta que não era reconhecida pela Lei 6.815/1980, agora com ênfase na garantia dos direitos das pessoas migrantes, tanto dos estrangeiros que por aqui adentram, quanto para os brasileiros que vivem no exterior.

A autorização de emissão de documentos aos migrantes, os direitos à liberdade de circulação em território nacional, à reunião familiar, a acolhida humanitária, de reunião para fins pacíficos, acesso à justiça, à assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes, a abertura de conta bancária, permanecer e de reingressar em território brasileiro, são alguns dos direitos previstos na Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017).

Assim, a referida lei que promoveu novos preceitos de proteção dos estrangeiros e possibilitou aos estrangeiros a facilitação da aquisição e gozo de direitos civis dos estrangeiros, em maior consonância com a Carta Magna de 1988, mas que, na realidade, podem ser difíceis de serem instituídos pelo Estado brasileiro. Ao analisar a situação da migração dos venezuelanos no Brasil, evidencia a incapacidade de efetivação dos direitos sociais por parte do Estado brasileiro.

2.1.3 Atuação do estado brasileiro na efetivação dos direitos sociais aos refugiados venezuelanos

De acordo com a Agência das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), a Colômbia abriga o maior número de refugiados e migrantes da Venezuela, com mais de 1,1 milhão, em seguida o Peru, com 506 mil; o Chile, com 288 mil; o Equador, com 221 mil; a Argentina, com 130 mil; e o Brasil com 96 mil. O México e os países da América Central e do Caribe também recebem um número significativo de refugiados e migrantes venezuelanos.

Os venezuelanos entram no Brasil, em maior fluxo pelo Estado de Roraima, mais precisamente pelo município de Pacaraima, local onde há recepção e acolhimento em 13 abrigos, disponibilizados e geridos pelo Governo Federal, em cooperação com a Agência das Nações Unidas para refugiados (ACNUR), que abrigam, aproximadamente, 5422 imigrantes venezuelanos, mas quase todos encontram-se lotados, e muitos venezuelanos se encontram nas ruas de Pacaraima, em situação de mendicância.

O Estado brasileiro, ao reconhecer a situação de vulnerabilidade dos venezuelanos que migram para o país, em busca de refúgio, por meio do Decreto nº 9.285, de 15 de fevereiro de 2018, editou a Medida Provisória n. 820 de 15 de fevereiro de 2018, convertida na Lei n. 13.684/18, que dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas, em situação de vulnerabilidade, que

decorrem de fluxo migratório, provocado por crise humanitária, conhecida como Operação Acolhida e, ainda, definiu a composição, as competências e as normas de funcionamento do Comitê Federal de Assistência Emergencial para acolhimento por meio do Decreto nº 9.286 da mesma data.

Criou também o Plano de Interiorização para atender a demanda emergencial e, de certo modo, no intuito de diminuir a quantidade de pessoas nas duas principais cidades, Pacaraima e Boa Vista no Estado de Roraima, que não possuem condições estruturais, financeiras, orçamentárias para arcar com toda a recepção e assim garantir direitos sociais para os que ali chegam.

A interiorização depende também da sinalização de interesse das cidades de destino e da existência de vagas em abrigo de gestão direta dos estados e municípios ou da sociedade civil, para os imigrantes, portanto, não são todos os Estados brasileiros que se disponibilizam a receber os imigrantes. No Ceará, por exemplo, foi implementada política pública de acolhimento em razão da chegada de 40 refugiados da Venezuela no Estado. Por meio da Pastoral do Imigrante, em conjunto com o Governo do Estado, foram disponibilizadas moradia, alimentação, atendimento médico para essas pessoas.

No entanto, em meio à atuação do Estado brasileiro, bem como os investimentos que já foram realizados, há desafios e direitos sociais a serem efetivados. A Operação Acolhida e o Plano de Interiorização são medidas importantes, porém, é necessário que haja políticas públicas que garanta saúde, educação, emprego e renda no Estado para o qual o refugiado foi deslocado.

Diante das considerações, a situação dos refugiados venezuelanos nos Estados brasileiros permanece em situação de vulnerabilidade, pois ainda que haja políticas públicas de acolhimento, proteção e integração, essas são insuficientes e ainda há muito que ser aprimorada. Para isso, medidas simples devem ser criadas para que essas pessoas tenham acesso à educação, ao trabalho, a saúde, pois são direitos que devem estar interligados.

Em relação à Educação, o idioma é o ponto de partida para a integração facilitar a integração, portanto, faz-se necessário garantir que a barreira linguística não seja um impedimento para o acesso aos serviços públicos, seja com contratação de profissionais que possam auxiliar no processo de tradução e interpretação, seja com a oferta de cursos de língua portuguesa para os migrantes que necessitem, de modo que uma

complemente a outra. A revalidação dos diplomas dessas pessoas que, muitas vezes, possuem formação acadêmica, ainda que não tenha havido a concessão do pedido de refúgio, uma vez que há resolução do Ministério da Educação nesse sentido, mas para aqueles que estão regularizados no país.

Quanto ao mercado de trabalho, a inserção dos imigrantes no mercado de trabalho é estratégia que permite o alcance da autonomia dos indivíduos e saída dos abrigos. Para isso, o incentivo à empresas faz-se necessário, para que esse direito se efetive.

Não é tarefa fácil, pois o Brasil encontra-se em situação de corte de recursos financeiros para estados e municípios. Essa falta de repasse também impede a efetivação de medidas que atendam as necessidades básicas dos migrantes advindos da Venezuela. O Brasil, por ser um país periférico e de desenvolvimento tardio, acaba por assumir papel de principal ator do desenvolvimento econômico, em que deve conciliar ordem econômica e ordem social, e gerar emprego e renda, além de estimular o desenvolvimento econômico, tem-se a imperiosa necessidade de efetivar direitos sociais.

Para que determinado Estado efetive direito social, exigem-se custos, portanto, leis orçamentárias são instrumentos indispensáveis à concretização de direitos fundamentais, de modo que prevê gastos necessários à efetivação de um determinado direito e, com isso, executar aquele orçamento público, é medida necessária, pois em regra, o administrador não deve realizar gastos que não estejam ali previstos.

No caso dos refugiados venezuelanos, nos últimos doze meses, o governo sacou 265,26 milhões de reais dos cofres públicos para apoiar as ações militares em Roraima, o que equivale a mais que o dobro da média anual que o Brasil dedicou às operações no Haiti, entre 2004 e 2017. O efetivo de oficiais brasileiros, deslocados para os trabalhos na fronteira, é de 620 militares, entre agentes da Marinha, Exército e Aeronáutica. O governo brasileiro mantém, em alojamentos, 8.500 venezuelanos refugiados e em uma conta rápida, são mais de 25.000 refeições, por dia.

Perceba-se que há investimentos, não se pode negar que o Brasil cruza os braços para a questão dos refugiados na Venezuela, porém os investimentos não são suficientes para efetivar os direitos sociais os quais eles têm direito, haja vista se encontrarem em situação de vulnerabilidade.

Tal situação remonta-se ao pensamento de Ferdinand Lassale (2001) em "A essência da Constituição". Para ele, a Constituição deve levar em consideração a realidade do país, sob pena de não ter efetividade, assim, há na Constituição Federal de 1988, muitos direitos que não se efetivam, de modo que determinados direitos não passam de uma mera folha de papel, como é o caso dos refugiados da Venezuela no Brasil, em que o Estado brasileiro encontra dificuldade em efetivar os direitos sociais que lhes são inerentes.

No caso dos refugiados venezuelanos, garantir os direitos sociais que lhe são inerentes, por meio de implementação de políticas públicas, é a atitude decisiva para a afirmação da democracia e da estabilidade social, é o Estado brasileiro cumprir com seu dever, e mais, é devolver a essas pessoas a dignidade que lhes foi retirada.

Sobre dignidade retirada, vale mencionar o pensamento de Hanna Arendt, no ensaio de 1951, intitulado "As origens do Totalitarismo", quando se refere aos refugiados, a autora menciona que a desgraça de indivíduos sem estatuto jurídico não consiste em ser privados na vida, da liberdade, da busca da felicidade, da igualdade perante a lei e da liberdade de opinião, mas em não pertencer mais a nenhuma comunidade..

Cumpre ressaltar, ainda, que muito além do dever do Estado brasileiro em efetivar direito social, o princípio da Fraternidade é um dever de agir de cada um dos seres humanos. Nessa linhaa de pensamento, Immanuel Kant, em "A metafísica dos Costumes", menciona que "Ser beneficente, ou seja, promover com os próprios meios à felicidade de outros seres humanos necessitados, sem esperar por algo em retorno, é o dever de todos, já que todo aquele que se acha em necessidade deseja ser ajudado por outros." (KANT, 2019, p. 296),

Todavia, há pensamentos diferentes em relação aos refugiados, pois há quem diga que o Brasil, por exemplo, não efetiva direitos sociais dos próprios brasileiros, não poderia, portanto, efetivar direitos sociais de refugiados e que a devolução ou a não aceitação seriam medidas necessárias para países periféricos, por exemplo. Nesse sentido, há relatos de rejeição, de crimes, de atitudes xenofóbicas dos próprios brasileiros para com os haitianos, venezuelanos, e outros que procuraram no Brasil, refúgio. Segundo Axel Honneth: "é um sentimento de desrespeito para com a vontade individual do outro" (HONNETH, 2003, p. 104).

Infelizmente, na história da humanidade, das sociedades com Estado, está presente a violência, a negação do outro e o desejo de aniquilação do próximo e a figura do poder, portanto, separado da comunidade e o desejo de dominação. A negação do indivíduo, todavia, gera na vítima consequências desastrosas, porque este, sem o devido reconhecimento de seus pares, alista-se em uma busca da reconstrução do reconhecimento e, nesta batalha, está disposto a colocar a própria vida em risco. Assim, este duelo se torna uma espécie de espiral, no qual um busca a aniquilação do outro, num processo sem fim.

Portanto, diante das considerações, conclui-se que além da atuação do Estado brasileiro em efetivar direitos sociais, ser beneficente, e não praticar atos que neguem o indivíduo, no caso, os refugiados da Venezuela é dever de todos, afinal essas pessoas não desejaram deixar suas casas, suas vidas para trás, e sim em razão das circunstâncias do país, de ordem política, econômica e social viram-se obrigadas a refugiar-se.

Conclusão

Diante das considerações, infere-se que a atuação do Estado brasileiro ao seu dever de efetivar direitos sociais aos refugiados da Venezuela, no país, é insuficiente, pois em que pese legislações nesse sentido, a situação social dessas pessoas ainda é de vulnerabilidade.

Percebe-se que há investimentos, criação de políticas públicas, por parte do Estado brasileiro, mas ainda são insuficientes frente à demanda de venezuelanos que chegam ao país e de desafios a serem enfrentados nos Estados e Municípios. Nesse sentido, o Estado brasileiro deve aprimorar suas políticas públicas, adotar medidas de integração na área da educação, em especial, cursos de idiomas, revalidação de diplomas a todos os refugiados, além de, inseri-los no mercado de trabalho, para que possam, inclusive, contribuir para a economia do país.

Referências

ACNUR. Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados. In IDEM. **Manual de procedimentos e critérios a aplicar para determinar o estatuto de refugiado.** Lisboa: ACNUR, 1996.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo**. Editora Companhia das Letras, 2013.

BRASIL. Lei n. 9.474 de 22 de julho de 1997. In ACNUR; IMDH. **Lei 9.474/97 e Coletânea de Instrumentos de Proteção Internacional dos Refugiados.** Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2019.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Polícia Federal Atualiza Dados sobre a Migração de Venezuelanos.** Disponível em: <http://www.casacivil.gov.br/central-de-conteudos/noticias/2018/outubro/policia-federal-atualiza-numeros-da-migracao-de-venezuelanos-em-rr>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. Ministério da Justiça. **Política de refúgio do Brasil consolidada.** Brasília, 2017. 128 p.

BRASIL.COM. Revista eletrônica. Bolsonaro Deixará Pacto de Migração. 10 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.brasil247.com/pt/247/brasil/377322/Bolsonaro-deixar%-e-deve-dificultar-entrada-de-refugiados.htm>. Acesso em: 15 mar. 2019. BRASIL.

BAUMAN, Z. **Capitalismo parasitário**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2013. 287 p.

CARVALHO, Danielle Brígida et al. **Refugiados no Brasil**: O tratamento jurídico-administrativo dos venezuelanos em situação de refúgio no território nacional. 2018.

SOARES, Carina de Oliveira. A importância da atuação da Defensoria Pública da União aos solicitantes de refúgio em território brasileiro: garantia de efetividade ao princípio do non-refoulement. **Revista da Defensoria Pública da União**, n. 07, 2014.

CLASTRES, P. **Arqueologia da violência**: pesquisa de antropologia política. Cosac &Naify, 2004.

Colóquio sobre proteção internacional dos refugiados na América Central, México e Panamá. Declaração de Cartagena de 1984. Disponível em <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena>. Acesso em: 21 mar. 2019.

Comissão econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL. Economic profiles. Regional Economic Profiles for Latin America and The Caribbean. Disponível em: <http://www.cepal.org/en/economic-profiles>. Acesso em 20 jun. 2019

CONARE. Refúgio em Números. 2017. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/04/refugio-emnumeros_1104.pdf >Acesso em: 15. jun 2019.

CONSELHO de Direitos Humanos critica 'acolhida humanitária militarizada' de venezuelanos em RR: é preocupante. G1. Maio 2018. Disponível em:<https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/conselho-de-direitos-humanos-critica-acolhidahumanitaria-militarizada-de-venezuelanos-em-rr-e-preocupante.ghtml>Acesso em: 10. Jun. 2019.

DOS SANTOS VASCONCELOS, Iana. Receber, enviar e compartilhar comida: aspectos da migração venezuelana em Boa Vista, Brasil. **Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana**, v. 26, n. 53, p. 135-151, 2018.

ESPAÑA, Luis P.; PONCE, M. **Encuesta sobre condiciones de vida en Venezuela**. IIES/UCAB, 2015.

FREIRE. Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. Rio de janeiro: Paz e Terra, 2011.

GALEANO, E. **Las Venas Abiertas de América Latina.** 34º ed. Colômbia: Editorial Presencia, 1985

HONNETH, Axel. **Luta Por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. 1ª ed. Tradução Luiz Repa. 34ª ed. São Paulo. 2003.

INSTITUTO MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS. **Migrantes: Quem são?** Disponível em: <http://www.migrante.org.br/IMDH/ControlConteudo. aspx?area=8d00b920-e735-4147-87a6-c1caa8feb528>. Acesso em: 10. jun. 2019.

IPEA. **Migrantes, Apátridas e Refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil**. 2015. Disponível em: <42http://pensando.mj.gov.br/wpcontent/uploads/2015/12/PoD_57_Liliana_web3. pdf>. Acesso em: 10. jun. 2019.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.** São Paulo: Método, 2007.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes-Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito**. Leya, 2019.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MAHLKE, Helisane. **Direito internacional dos refugiados: novo paradigma jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Mais da metade dos migrantes venezuelanos não quer ficar no Brasil, diz OIM.** 2018. Disponível em: https://nacoesunidas.org/mais-dametade-dos-migrantes-venezuelanos-nao-quer-ficar-no-brasil-diz-oim/. Acesso em: 23 de outubro 2018.

TEIXEIRA, Duda. Dez anos que arruinaram a Venezuela. **Veja.** São Paulo, p. 74-76. 2009

ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. (2010). **Processo penal eficiente e ética da vingança**: em busca de uma criminologia da não violência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

VIANA, Sarah Araújo. Constituição, Estado e Economia: um estudo de caso da República Bolivariana da Venezuela. In: POMPEU, Gina; HISSA, Carolina (Orgs.). **O escopo dos Estados e das Instituições nos países da América do Sul e a inserção na economia global**. Fortaleza: Premius, 2010, p. 197-218.

11. PEDIDO DE FECHAMENTO DA FRONTEIRA BRASILEIRA DURANTE A CRISE HUMANITÁRIA VENEZUELANA À LUZ DA TEORIA DA TRANSNORMATIVIDADE

BRAZILIAN REQUEST FOR BORDER CLOSURE DURING HUMANITARIAN CRISIS IN VENEZUELA IN LIGHT OF THE THEORY OF TRANSNORMATIVITY

https://doi.org/10.36592/9786587424187-11

Simone Mayara Paiva Ferreira[1]

Resumo

Por meio do trabalho que ora se apresenta tem-se o escopo de analisar a situação multifacetada que engloba razões econômicas, políticas e jurídicas inerentes à crise de migração venezuelana, agravada em 2018. Primeiro, apresenta a interdependência entre os países e a conjuntura venezuelana que deu início ao fluxo migratório e aos fatos ocorridos em agosto de 2018, objeto dessa pesquisa. Em seguida, apresenta a teoria da transnormatividade no Direito Internacional. A problemática do trabalho reside na identificação da transnormatividade internacional na legislação do país relativa à migração. Percebe-se a insuficiência da transnormatividade internacional do direito diante da resolução do caso concreto. A metodologia envolve pesquisa interdisciplinar com orientação epistemológica na teoria crítica, congrega teoria e práxis e articula Direito e Economia. O texto adota os raciocínios indutivo e dedutivo com as técnicas de análise documental e de revisão bibliográfica. Os resultados da pesquisa apontam para a carência de adequação legislativa entre fatos e norma e concluem as decisões políticas tomadas durante o episódio não podem ser vistas unicamente como regressão dos Direitos Humanos mas como resultado da adoção de parâmetros internacionais descolados da realidade da região sul-americana que se mostraram ineficazes diante da crise migratória tratada.

Palavras-chave: Transnormatividade. Internacionalização do Direito. Migração. Cidadania Universal.

[1] Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito Constitucional UNIFOR; Trabalho desenvolvido durante a disciplina Direito Constitucional Comparado da América Latina.

Abstract

The work aimes to analyze the multifaceted situation that encompasses economic, political and legal reasons inherent to the Venezuelan migration crisis, aggravated in 2018. First, it presents the interdependence between countries and the Venezuelan conjuncture that began the migratory flow and the facts that occurred in August 2018, object of this research. Then, presents the theory of transnormativity in international law. The main question of the work lies in identifying international transnormativity in the country's migration legislation. It is noticed the insufficiency of the international transnormativity of the law in front of the resolution of the concrete case. The methodology involves interdisciplinary research with epistemological orientation in critical theory, congregates theory and praxis and articulates Law and Economics. The text adopts the inductive and deductive reasoning with the techniques of document analysis and bibliographic review. The research results point to the lack of legislative adequacy between facts and norm and conclude the political decisions made during the episode cannot be seen solely as a regression of human rights but as a result of the adoption of international parameters detached from the reality of the South American region. that proved ineffective in the face of the treated migration crisis.

Keywords: Transnormativity.Law internationalization. Migration. Universal Citizenship.

Introdução

O final do século XX e início do século XXI marcam o agravamento da crise social, política e econômica na Venezuela. Esses fatores resultaram em volume considerável de pessoas que passaram a emigrar do país, de acordo com os dados do ACNUR, para outras regiões sul-americanas. O fluxo migratório se intensificou entre os anos 2017 e 2018 para outros Estados da subrregião sul americana que mostraram-se despreparados para receber os imigrantes.

Diante disso, o artigo tem o escopo de analisar até que ponto a constituição dirigente brasileira alcança grau de efetivação no que concerne à concretização de Direitos Humanos no âmbito dos seu território nacional. Ressalta-se a defesa dos direitos fundamentais em toda a legislação do neoconstitucionalismo latino-americano porém, vale refletir que a cada direito social implicam em repercussão orçamentária.

O contexto migratório venezuelano constitui parte central do trabalho que ora se apresenta. Assim como a maneira como o Estado brasileiro reagiu a esse acontecimento à luz de sua constituição e tratados dos quais é signatário. Nesse sentido, para analisar com mais clareza, urge um recorte temporal. Por isso a seleção de agosto de 2018.

O mês foi marcado por aumento significativo no fluxo diário de pessoas deixando a Venezuela e como resposta decisões sucessivas de países da América do Sul quanto ao arrefecimento para permissão de entrada de imigrantes venezuelanos em seus territórios, como exemplo os casos de Peru, Equador e Colômbia. Dentro do recorte temporal, o trabalho avalia as decisões políticas do Brasil frente à situação, cita o tratamento do governo federal, mas o destaque está no estadual.

No período destacado, o governo de Roraima editou decretos que determinavam a limitação do ingresso de refugiados venezuelanos como forma de compatibilizar a capacidade do Estado Brasileiro de prover as necessidades básicas daqueles que chegavam, como previsto na lei. Contudo, foram alvo de contestação na Suprema Corte brasileira e invalidados, aqui destaca a Ação Cível Originária 3.121.

A princípio pretende-se examinar a influência política da Venezuela na América do Sul no final do século XX e início do XXI. Em seguida, são apresentados os acontecimentos que levaram ao fechamento consecutivo de fronteiras ao imigrantes do país na América do Sul. Então é apresentada a Teoria da Transnormatividade em Direito Internacional e por fim, o objeto desse trabalho que é a análise comparativa entre a previsão legal relativa ao acolhimento de imigrantes e as decisões políticas tomadas quando da crise migratória no país à luz da teoria.

1 O papel político da Venezuela na América do Sul

O aumento das interações transnacionais e o histórico partilhado fazem com que os efeitos da crise humanitária venezuelana causem consequências aos países da América do Sul. Será apresentada a influência que a Venezuela tem na região e o histórico da crise política, social e econômica que causou a crise humanitária e resultou no episódio estudado no trabalho que ora se apresenta.

1.1 Uma região interdependente

A história política da América do Sul comunga similaridades, o fim do período ditatorial seguido de governos liberais ao final do século XX é parte da biografia da maioria dos países. Ao fim dos anos 1990, os partidos de direita ou centro-direita representavam o liberalismo, modelo econômico que nesse período demonstrava abatimento e era contestado em seu alinhamento ao chamado "Consenso de Washington".

O ciclo político seguinte foi de ascensão da esquerda, trouxe a doutrina bolivarianista à chefia de Estado em países do subcontinente e teve como doutrina política o "socialismo do século XXI"[2]. O bolivarianismo é um conjunto de doutrinas políticas nomeado em homenagem a Símon Bolívar, general venezuelano, símbolo da luta independentista da América Latina [3].

O que o artigo chama período bolivarianista tem início com a eleição de Hugo Chávez como presidente da Venezuela em 1998. Hugo Chávez assumiu a presidência afirmando levar os ideais de Simon Bolívar e foi o responsável por popularizar o termo "socialismo do século XXI", criado pelo sociólogo alemão Heinz Dieterich. Esse fato influenciou o movimento político que se seguiu em toda a sub-região, o que demonstra interdependência entre os países.

Com o apresentado, é possível observar a interação entre o local e o regional n região sul-americana. A realidade de um fenômeno local é estendida dentro do movimento global de intercâmbio (MENEZES,2010.p.65). A partir disso é possível compreender a relevância do papel da situação do país para o equilíbrio regional.

1.2 O histórico da crise

Hugo Chávez era tenente-coronel do Exército da Venezuela e fundador do Movimento Bolivariano Revolucionário 200 (MBR-200), após uma sequência de golpes de Estado liderados por ele, Chávez venceu a eleição presidencial de 1998 em meio a profunda crise econômica e política. A literatura jornalística usualmente

---

[2] o trabalho utiliza o conceito em Kennemore e Weeks (2011. p.2): *el Socialismo del Siglo XXI lo que busca es retomar los elementos positivos del Socialismo Real, para aplicarlo en conjunto con nuevas visiones y nuevas perspectivas de acuerdo a la actual dinámica mundial.*

[3] BARROS, Pedro Silva. Venezuela:mudanças e perspectivas- A razão Chavista. In: GUSMÃO, Fundação Alexandre de (Comp.). Venezuela:mudanças e perspectivas. Brasília: Funag, 2007. Cap. 2. p. 57-111.

chamou "guinada à esquerda" que Hugo Chávez governou até março de 2013, quando de sua morte.

Foi no contexto de crise do modelo neoliberal que grupos de esquerda e centro-esquerda chegam ao poder na maior parte dos países da região. Quando de sua eleição, o presidente venezuelano era uma exceção, afora Cuba, contudo, a partir do ano 2000 outros governantes da mesma vertente chegam ao poder[4]. O contexto global de crise somado às questões locais resultou nos países da região opção política por modelo parecido.

Ao assumir, Chávez teve como principal objetivo da política externa rearticular a OPEP, o êxito desta estratégia somado a questões exógenas foi o aumento do valor do petróleo. O enriquecimento gerado serviu de base para a manutenção da estabilidade macroeconômica criou ambiente favorável para a estabilidade interna e a efetivação das diretrizes bolivarianas. O controle econômico e a Constituição Bolivariana, promulgada em 1999 foram a base para o governo de Chávez[5] .

Após tentativa de golpe de Estado em 2002, a Petróleos de Venezuela (PDVSA) responsável pela produção de petróleo foi controlada pelo Estado. Foi criado fundo conjunto com o BANDES (banco de Desenvolvimento Econômico e Social), que se destinava a efetuar os pagamentos de programas e projetos relacionados a programas e projetos para o desenvolvimentos de infra-estrutura, saúde e educação no país. As emissões não eram ligadas a nenhum ministério, o que facilitou a apropriação das repartições públicas [6].

Seu sucessor é o vice-presidente Nicolas Maduro, eleito em abril de 2013. Durante o governo de Maduro, a queda nos preços do petróleo foi o estopim econômico para a crise, a perda de receita impossibilitou a manutenção dos programas internos que estruturavam o país. O resultado foi a piora nos indicadores econômicos e sociais e, consequentemente, crise política. Esses acontecimentos já poderiam ser previstos por uma leitura de cenário econômico como feito por Leonardo Monteiro[7] .

---

[4] HARNECKER, Marta. **Inventando para no errar.:** América Latina y el socialismo del siglo XXI. p. 51.

[5] BARROS, Pedro Silva. Venezuela:mudanças e perspectivas- A razão Chavista. In: GUSMÃO, Fundação Alexandre de (Comp.). **Venezuela:mudanças e perspectivas,**p.89-90

[6] BARROS, Pedro Silva. Venezuela:mudanças e perspectivas- A razão Chavista. In: GUSMÃO, Fundação Alexandre de (Comp.). **Venezuela:mudanças e perspectivas.** p.**91**

[7] MONTEIRO, Leonardo Valente: A política externa venezuelana no século XXI. In: GUSMÃO, Fundação Alexandre de (Comp.). **Venezuela:mudanças e perspectivas.** p, **154**

O enfraquecimento do governo pôde ser visto nas eleições legislativas de 2015 quando a coalizão opositora, Mesa da Unidade Democrática (MUD), foi eleita para a maioria das cadeiras. Marca também o início do arrefecimento da crise social fruto da instabilidade política que tem, como uma de suas consequências, o aumento do fluxo migratório e, consequentemente, o conflito que o artigo ora analisa.

O Tribunal Supremo de Justiça, suprema Corte venezuelana, decidiu em 2017 que, enquanto os legisladores estivessem "em desacato", a Corte assumiria as funções legislativas, o que anulava os poderes da Assembleia Nacional[8]. A decisão deu início a protestos que duraram meses, com confrontos entre civis e forças de segurança.

Organizações de Direitos Humanos denunciam abusos das forças de segurança e alto número de mortes de civis. Por fim, a Suprema Corte revogou a decisão e, depois de um mês de protestos, o presidente Nicolás Maduro pediu uma Assembleia Constituinte para substituir a atual Constituição, que foi marcada por um boicote da oposição e uma eleição com maioria partidária do governo.

Diferente do previsto em lei, a Assembleia Constituinte convocou as eleições. Tradicionalmente esse é o papel da Assembleia Nacional, e as eleições que costumam ser realizadas em dezembro, foram adiantas para maio de 2018. A realização do pleito com parte dos representantes da oposição presos ou desqualificados para participar é o último.

Pelo histórico exposto, é possível compreender as raízes da instabilidade política que resultou na situação que, pelos dados apresentados nesse trabalho, é classificado como crise social e econômica e também o alcance de suas consequências. Destaque para os eventos ocorridos em 2017 que causaram aumento da instabilidade e desequilíbrio até o ano de 2018 e, por consequência, resultaram na intensificação do fluxo emigratório que já tinha números relevantes a essa altura.

Os dados do Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR) no Relatório sobre deslocamento forçado no ano de 2018 [9] mostram que 3,4 milhões de venezuelanos vivem fora do país. A média diária de emigração, em 2018, foi de 5 mil pessoas. Esse é o segundo maior fluxo migratório internacional do mundo. Os países da América Latina e do Caribe são os maiores receptores, abrigam cerca de 2,7 milhões de venezuelanos,

[8] http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197364-156-29317-2017-17-0325.HTML
[9] p. 24-26.

De acordo com os dados do ACNUR, a Colômbia abriga o maior número de refugiados e migrantes da Venezuela, com mais de 1,171.600 milhão. O país é seguido por Peru, com 428.200 mil. Em quarto lugar Equador, 256.300 mil e em sexto Brasil, 81 mil. México e países da América Central e do Caribe também recebem um número significativo de refugiados e migrantes venezuelanos[10].

Pelo breve histórico e pelos dados apresentados o artigo pretende demonstrar a influência política da Venezuela na América do Sul e o quanto o estágio atual de conexão e interdependência entre os países, implica sinergia de ações e reações. Portanto, a crise institucional na Venezuela é o eixo de fatos relevantes e dos conflitos normativos da região que aqui serão estudados especificamente no Brasil.

2 Agosto de 2018: o ápice da crise e a reação política no Brasil

A crise econômica e política na Venezuela agravou-se em 2018 e por consequência a crise humanitária. Nessa seção o trabalho observa as consequências para o Estado brasileiro e as decisões excepcionais tomadas no contexto.

2.1 Brasil

A Venezuela faz fronteira com os estados brasileiros de Amazonas e Roraima, no entanto, por razões geográficas, o estado de Roraima tem sido o principal destino daqueles que optam por sair da Venezuela para o Brasil. Em 2018 o país recebeu 80 mil pedidos de asilo, 61.600 foram de Venezuelanos, contra os 33.800 pedidos no ano anterior[11] .

A maioria dessas pessoas chega pela fronteira terrestre, o município de Pacaraima em Roraima, onde o agravamento da crise venezuelana teve consequências diretas bem como na capital do estado, Boa Vista. Em razão disso, em 1º de agosto de 2018 o governo do estado publicou o Decreto 25.681-E que teve como objeto "decretar atuação especial das forças de segurança pública e demais agentes públicos do Estado de Roraima em decorrência do fluxo migratório de estrangeiros".

A justificativa da medida está na insuficiência do aparato estadual e das ações federais no controle de fronteira, permitindo que pessoas que não se enquadram na

[10] ACNUR,2019. p.25.
[11] ACNUR,2019. p.43.

situação de refugiados ingressem em território nacional de forma indiscriminada e sem as cautelas sanitárias e de antecedentes criminais diante da intensificação do fluxo migratório de pessoas oriundas da Venezuela.

Outro motivo é o aumento da demanda dos serviços públicos estaduais para imigrantes, principalmente nos hospitais e escolas, e o aumento da criminalidade envolvendo imigrantes. O documento ressalta que mesmo com o reforço provido pela Operação Acolhida, do governo federal, desde janeiro de 2018, a situação está fora de controle. O decreto foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em razão da falta de competência do estado para tratar de certas matérias.

2.1.1 A inovadora legislação brasileira sobre migração

A migração internacional no Brasil era regulada até 2017 por normas legais implementadas no período do Regime de exceção, nas quais predominava o enfoque da segurança nacional, que previa a necessidade de manter fora do país aqueles que ofereciam risco à ordem nacional. Contudo, a partir dos anos 1980, a questão migratória voltou a ter relevância social no Brasil[12].

As novas situações criadas, por exemplo a chegada de haitianos a partir de 2010, não eram alcançadas pelo controle do governo brasileiro o que requereu atualização. A lei da migração de 2017[13] é resposta ao anacronismo do tratamento anterior e trata dos direitos e os deveres do migrante e do visitante no Brasil. Estabelece alterações na nomenclatura do não nacional, substituindo a figura do "estrangeiro" para a do "migrante" e defere aos imigrantes prerrogativas que até então eram conferidos apenas aos nacionais[14].

Diferente do Estatuto do Estrangeiro, no qual a segurança era o eixo norteador, a nova Lei de Migração é fundamentada no artigo 5º da Constituição Federal que consagra o princípio da igualdade entre os brasileiros e os não brasileiros reforçando a substituição da segurança nacional pelos Direitos Humanos como fundamento do tratamento à questão.

[12] OLIVEIRA, 2017. p.172-175.
[13] Lei nº 13.445 de 2017.
[14] GUERRA, 2017. p. 1722.

3 Teoria da transnormatividade

A ordem mundial globalizada rege a sociedade contemporânea e as situações que surgem requerem do Direito uma resposta. Frente a isso, surge a teoria da transnormatividade do Direito Internacional. Nessa seção é feita uma contextualização da ordem mundial vigente, em seguida breve explicação sobre as teorias do Direito Internacional e, por fim, a teoria em destaque.

3.1 A ordem mundial contemporânea e a relação entre o Direitos interno e o internacional

A Ordem Mundial contemporânea, como trata Kissinger, foi criada em uma conferência de paz em Vestfália. Não houve envolvimento da maioria das outras civilizações. Contudo, assim surgiram, as características que marcam o mundo contemporâneo: multiplicidade de unidades políticas, muitas aderindo a filosofias internas contraditórias em busca de regras neutras que pudessem regular condutas e minorar conflitos[15].

O sistema vestfaliano estendeu-se por diversas culturas pelo mundo à medida que as nações europeias expandiram seus domínios. Contemporaneamente, o sistema é global e compromete-se a amenizar a natureza anárquica do mundo por intermédio de uma extensa rede de estruturas legais e organizacionais[16]. Nesse contexto, o Direito, como instrumento de regulação e expressão da vida social, é chamado a dar respostas às questões que surgem na realidade da sociedade internacional. No Direito Internacional, a interrelação entre os Estados, característica da globalização, oportuniza a discussão sobre as teorias monista e dualista e o desenho de uma nova: a teoria da transnormatividade[17].

3.2 Teoria da transnormatividade

O cenário contemporâneo amplia os mecanismos de interação entre Direito Internacional e Interno. Para Wagner Menezes [18] pode ser definida por uma

[15] KISSINGER,2015. p. 10-12.
[16] KISSINGER,2015. p.14.
[17] MENEZES,2007. p. 134 e 135).
[18] 2007.p.139-141

interpenetração cada vez mais profunda entre os dois ordenamentos jurídicos, induzida por uma série de fatores conjugados. O trabalho destaca:

> a) a ampliação da interpretação das normas de direitos humanos como um direito universal e sua subdivisão em várias ramificações normativas.(...)d) o desenvolvimento de multilateralismo estatal de tomada de decisões(...) f) o estabelecimento de uma agenda internacional com temas universais,que reclama sua regulamentação pelo Direito (...)g) abertura de canais políticos e ideológicos para redimensionamento das relações internacionais entre os Estados

A ideia cosmopolita presente na obra de Kant de 1795 foi reconstruída nos anos 1990 como orientação para uma política cosmopolita dos direitos humanos, contudo, nessa releitura esses direitos surgem manipulados com uma aparência de direitos morais que ultrapassam a ordem jurídica dos Estados-nações. Servem como instrumento de um Estado para atacar seu inimigo político ou subjugar outros em nome da humanidade[19]

3.3 Políticas migratórias do Brasil como exemplo da teoria da transnormatividade

A legislação migratória do Brasil será estudada à luz da teoria da transnormatividade, por isso faz-se necessário compreender o quadro internacional após o final da Segunda Guerra Mundial. Em uma nova sociedade marcada pelo fim do eurocentrismo, os Estados Unidos surgem como nova potência mundial e há a bipolarização da ordem mundial. Nesse período, conhecido como Guerra Fria, a América Latina alinha-se aos Estados Unidos, mediante tratados e acordos de cooperação[20].

Há um segundo momento nesse contexto, em que ocorre militarização dos governos,_a questão da migração é tratada pelo viés da segurança na "doutrina de segurança nacional" desenvolvida pelas ditaduras militares nos anos 1970 e 1980 nos países sul-americanos. De um ponto de vista crítico, a ilegalidade do migrante é uma construção social e política sujeita a determinadas estruturas, contextos e conjunturas sócio-históricas. Não é um fenômeno social fixo[21].

---

[19] NOUR, 2004. p.168
[20] MENEZES,2010.p.50-53
[21] DOMENECH,2017.p28-29

As legislações do período de militarização política da região são também exemplos da transnormatividade para alinhamento completo à potência militar e econômica que exercia influência dominante na região. O período histórico que se seguiu é o que Wagner Menezes [22] chama de um processo sincrônico de redemocratização dos governos e os discursos oficiais foram tomados pelo liberalismo econômico.

A dinâmica de internacionalização econômica traz consigo a internacionalização de mais temas jurídicos, estabelecendo novos paradigmas para o pensamento do próprio Direito Interno. Presos aos países centrais por uma dívida externa desestabilizante, os países da América Latina procuram adequar-se ao cenário internacional A busca por adequação somada ao contexto globalizado amplia o leque de temas que adquirem caráter global.

Exemplo da necessidade de adequação ao padrão dos países centrais e objeto desse trabalho, são as leis migratórias do Brasil que trazem em seu texto convergência à Constituição de 1988 influenciada pelo que Wagner Menezes chama de standardização dos Direitos Humanos (DH). A dos DH pelas constituições no Ocidente tem fundamento histórico no fim da Segunda Guerra Mundial em resposta ao positivismo como justificativa para as ações de governos totalitários no período anterior[23].

O reconhecimento do uso do cosmopolitismo kantiano como forma de controle na sociedade internacional, tratados anteriormente, apresentam-se como adequação para os países periféricos no contexto neoliberal de redemocratização e necessidade de aceitação. Contudo, o período seguinte, com o viés do socialismo do século XXI, manteve o padrão de interiorização da legislação internacional, principalmente de caráter humanista.

Após o exposto, o trabalho passa à demonstração de que é possível identificar o caráter de transnormatividade na legislação sobre migração no Brasil. O Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815/80, foi concebido sob a prioridade alicerçada em questões relativas à segurança nacional, aos interesses socioeconômicos do Brasil e ao trabalhador nacional. O caráter securitista e discriminatório do texto fez com que

[22] 2010.p. 59.
[23] LANDA, César. Dignidad de la persona humana. **Ius et veritas**, v. 10, n. 21, p.12-13

alguns de seus dispositivos fossem revogados por incompatibilidade após a promulgação com e os fundamentos e princípios da Constituição de 1988[24].

Diferentemente do estatuto do estrangeiro, a nova Lei de Migração trata o imigrante como um sujeito de direitos em condição de igualdade com os nacionais. Contudo, os princípios adotados traduzem a inter-relação entre os ordenamentos interno e internacional pelo mecanismo da *soft law* , com a adequação do ordenamento às normas prescritas em foros internacionais[25]. A mudança tem como parâmetro a Constituição brasileira de 1988, que é exemplo da incorporação da dignidade da pessoa humana por textos constitucionais como conceito jurídico aberto, sujeito a ser verificado em cada caso concreto[26].

A Lei de Migração é consequência disso. Seu texto converge com a previsão constitucional, o que consequentemente a faz marcada pela transnormatividade. A Lei prevê para o imigrante acesso igualitário e livre a serviços públicos, em destaque para o trabalho os de saúde, educação e assistência jurídica integral. Contudo mostrou-se ineficaz diante do relevante aumento da chegada de imigrantes venezuelanos em Roraima.

A situação comprovou que a capacidade econômica do Estado não estava alinhada aos deveres a que se propôs. A previsão causou o aumento da demanda de serviços públicos estaduais, especialmente nos municípios de Pacaraima e Boa Vista, o que causou colapso no serviço público de saúde das duas cidades e sobrecarregou a segurança pública e o sistema prisional do estado [27].Diante da situação, o governo do estado de Roraima publicou o Decreto 25.681em 1º de agosto de 2018 no qual apresenta a situação qualificada como de caos social e considera a recusa do Governo Federal em reconhecer a dívida de 184 milhões de reais com o Estado de Roraima e o não cumprimento do compromisso por parte do Governo Federal de instalar um hospital de campanha em Boa Vista decreta atuação especial das forças de segurança pública e demais agentes públicos estaduais em todo o território do Estado de Roraima.

O objetivo declarado no decreto é salvaguardar aos cidadãos brasileiros o acesso irrestrito a tais serviços e a paz social, tendo em vista a escalada de violência. Foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, mas a necessidade

[24] GUERRA, 2017.p. 1722.
[25] MENEZES,2005. p. 154.
[26] LANDA, César. Dignidad de la persona humana. **Ius et veritas**, v. 10, n. 21, p.14, 2000
[27] RORAIMA,2018

de suporte federal para o estado foi reconhecida. Como resposta houve a intensificação da "Operação Acolhida", força-tarefa logística humanitária para o estado de Roraima. Coordenada pelo Exército brasileiro, visa oferecer condições dignas aos imigrantes provenientes da Venezuela que se encontram em situação de vulnerabilidade.

Considerações finais

A sociedade internacional contemporânea marcada, pela interconexão e sinergia nas ações, desfavorece o padrão vestfaliano e relativiza o conceito clássico de fronteiras. Diante disso, são necessários instrumentos jurídicos para lidar com as questões que surgem. O trabalho trata especificamente do conflito resultante do processo migratório no âmbito do panorma das relações internacionais.

O trabalho faz apresentação das teorias clássicas que explicam a relação entre Direito Internacional e Direito interno. Mas, é à luz da transnormatividade do Direito Internacional que o trabalho analisa o evento proposto. A teoria é uma reflexão jurídica da edificação da sociedade internacional em que legislação internacional e interna estão em constante contato e aquela termina por reger essa em alguns assuntos.

É à luz dessa teoria que o trabalho analisa a reação do Brasil ao ápice, até então, da crise humanitária na Venezuela. Primeiro é realizada apresentação do contexto histórico que levou à crise econômica, política e social. Depois é apresentado o episódio de fechamento sincrônico das fronteiras de países vizinhos à Venezuela em agosto do ano de 2018, ano que, pelos dados apresentados, representa aumento substancial da crise.

O trabalho enfoca o Brasil por apresentar legislação fortemente influenciada por documentos internacionais sobre os Direitos Humanos, com clara influência kantiana ao igualar nacionais e imigrantes. Contudo, quando do episódio da crise humanitária e consequente recepção de relevante contingente de venezuelanos. Nesse contexto, o país, bem como Estados vizinhos, teve de optar por medidas de arrefecimento de controle das fronteiras.

A justaposição entre os dois fatores: legislação humanista e decisão pelo fechamento demonstra o conflito que surge quando da não coerência econômica e estrutural do país para cumprir exigências da sociedade internacional quanto às questões de Direitos Humanos. Nesse diapasão conclui-se que a legislação inerente à

matéria continua sob um viés ideológico e simbólico haja vista que não implica na obrigatoriedade política de inclusão de destinação orçamentária suficiente e bastante para a efetivação de direitos sociais.

Referências

BARROS, Pedro Silva. Venezuela:mudanças e perspectivas- A razão Chavista. In: GUSMÃO, Fundação Alexandre de (Comp.). Venezuela:mudanças e perspectivas. Brasília: Funag, 2007. Cap. 2. p. 57-111.

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

BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração.

DEFESA, Ministério da. Operação Acolhida. Disponível em: <http://www.eb.mil.br/operacao-acolhida>. Acesso em: 19 jun. 2019.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ROTTA, Diego Guilherme. CONSIDERAÇÕES SOBRE A ANÁLISE DO PROCESSO MIGRATÓRIO A PARTIR DA COMPLEXIDADE EM EDGAR MORIN. Revista Brasileira de Direito Internacional, Maranhão, v. 3, n. 2, p.40-58,jul/dez 2017.

DOMENECH, Eduardo. Las políticas de migración en Sudamérica: elementos para el análisis crítico del control migratorio y fronterizo. Terceiro Milênio: Revista Crítica de Sociologia e Política, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p.19-39, jan a jun 2017.

GUERRA, Sidney. A nova lei de migração no Brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos. Revista de Direito da Cidade, [s.l.], v. 9, n. 4, p.1717-1738, 23 out. 2017. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. http://dx.doi.org/10.12957/rdc.2017.28937.

HARNECKER, Marta. Inventando para no errar.: América Latina y el socialismo del siglo XXI. Caracas: El Viejo Topo, 2010.

KISSINGER, Henry. Ordem Mundial. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015. Tradução de : World Order. LANDA, César. Dignidad de la persona humana. **Ius et veritas**, v. 10, n. 21, p. 10-25, 2000.

LANDA, César, Teorías de los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales [en linea] 2002, (enero-julio) : [Fecha de consulta: 20 de agosto de 2019] Disponible en:<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88500603> ISSN 1405-9193.

MENEZES, Wagner. Derecho internacional en américa latina. Brasília: Funag, 2010.

MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. Pensar, Fortaleza, v. 12, n. [], p.134-125, mar. 2007.

MENEZES, Wagner. Ordem global e transnormatividade. Ijuí: Editora Ijuí, 2005.

MONTEIRO, Leonardo Valente: A política externa venezuelana no século XXI. In: GUSMÃO, Fundação Alexandre de (Comp.). Venezuela:mudanças e perspectivas. Brasília: Funag, 2007. Cap.3. p. 117-157.

NOUR, Soraya. A Paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relaçoes internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. Rev. bras. estud. popul., São Paulo , v. 34, n. 1, p. 171-179, Apr. 2017 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982017000100171&lng=en&nrm=iso>. access on 02 July 2019. http://dx.doi.org/10.20947/s0102-3098a0010.

REFUGIADOS, Alto Comissariado das Nações Unidas Para. Global trends forced displacement in 2018. Nova York: Acnur, 2019.

RORAIMA. Decreto nº 25.681, de 01 de agosto de 2018. Roraima.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Ação Cível Originária 3.121, 24 de agosto de 2018.

12. O NÃO NACIONAL NO BRASIL E A LEI DE MIGRAÇÃO N. 13.445/2017

https://doi.org/10.36592/9786587424187-12

Marcelo Ribeiro Uchôa[1]

A migração é um fenômeno geográfico, com reflexos políticos, sociais, econômicos e jurídicos. Consiste num deslocamento populacional, a priori, permanente ou de larga duração, tomando como referência um território. Em 13 de setembro de 2016, com o objetivo de tornar mais esclarecidos e ordenados os aspectos concernentes aos institutos do refúgio e da migração, em resposta à recorrência de crises humanitárias que vêm assolando o planeta nas últimas décadas e implicam em grandes deslocamentos sugestivos de refúgio ou migração em massa, a Assembleia-Geral da ONU aprovou, em Nova York, a Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes[2]. Na esteira, elaborou em julho e 2018, fazendo aprovar na Conferência de Marrakesh, nos dias 10 e 11 de dezembro de 2018, o Pacto Global de Migração (Pacto Mundial para Migração Segura, Ordenada e Regular)[3] que, apesar de não vinculativo, consagra importantes princípios migratórios e objetivos assecuratórios à hipótese.

A Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes de 2016, em amplo texto, reafirma o compromisso da sociedade internacional com os valores que contornam o disciplinamento do direito internacional voltada aos direitos humanos em geral, e, especificamente, aos grandes deslocamentos de pessoas, sejam derivados de situações de busca por refúgio (pelas próprias concernentes, estabelecidas em

---

[1] Professor Doutor de Direito Internacional Público da Universidade de Fortaleza/UNIFOR. Autor do livro Curso Crítico de Direito Internacional Público, editora Lumen Juris, 2019. Integrante da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD) – Núcleo Ceará.

[2] Cf. NACIONES UNIDAS. NACIONES UNIDAS. NU. *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*. A/71/L.1. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/L.1&Lang=S>. Acesso em 20 ago. 2019. Cf. _____. ACNUR/UNHCR. *Declaração de Nova Iorque para Refugiados e Migrantes*. Encarte. Disponível em: <http://www.globalcrrf.org/wp-content/uploads/2018/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-de-Nova-Iorque-para-Refugiados-e-Migrantes.pdf>. Acesso em 20 ago. 2019.

[3] NACIONES UNIDAS. UN. *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*. A/CONF.321/3. Disponível em: <https://undocs.org/es/A/CONF.231/3>. Acesso em: 31 dez. 2018. Cf. UNIÃO EUROPEIA. UE. Comissão Europeia. *O que é o Pacto Global para Migrações Seguras, Ordeiras e regulares?* In Ficha informativa. Disponível em: <file:///D:/usuario/Downloads/MEMO-18-6417_PT.pdf>. Acesso em 20 ago. 2019.

pactos correspondentes globais e regionais) ou de migração, em tese, forçosa, por motivos humanitários, derivados de razões ambientas ou político-econômico-sociais, ambas as situações com repercussões semelhantes para os deslocados e para as nações de acolhida, apesar das causas e motivações distintas. Reafirma o compromisso com a tutela da dignidade humana, o direito ao deslocamento (mesmo em massa), bem como com a abertura de fronteiras e a eventual acolhida digna, inclusive associada à programação de políticas públicas envolvendo Estado envolvidos e iniciativa privada, com apoio da sociedade internacional, para real efetivação da acolhida com integração social do refugiado ou migrante à comunidade de suporte, compromissos assumidos como objetivos da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.

Na Declaração, os Estados partes comprometem-se adotar inúmeros entendimentos, entre os quais, além do aperfeiçoamento permanente das regras concernentes do refúgio, a elaborar, desde ali, um marco específico voltado à migração segura, ordenada e regular[4]. Na esteira, foi concebido, em 2018, o referido pacto, o qual assegura como princípios transversais e independentes: o concentrar-se nas pessoas, a cooperação internacional, a soberania nacional, o Estado de direitos e garantias processuais, o desenvolvimento sustentável, os direitos humanos, a perspectiva de gênero, a perspectiva das crianças, a abordagem governamental transversal e a abordagem multissocial.[5] Em seu marco de cooperação o Pacto Global

[4] Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes, de 13 de setembro de 2016.
Anexo II - Rumo a um pacto global de migração segura, ordenada e regular
Introdução
1. Este ano iniciaremos um processo de negociações intergovernamentais que culminará com a aprovação de um pacto global para uma migração segura, ordeira e regular.
2. Este pacto global estabeleceria uma série de princípios, compromissos e entendimentos entre os estados membros sobre migração internacional em todas as suas dimensões. Seria uma contribuição importante para a governança global e melhoraria a coordenação em relação à migração internacional.
Ofereceria um marco para a ampla cooperação internacional em matéria de migrantes e mobilidade humana. Abordaria todos os aspectos da migração
internacional, como os humanitários, os de desenvolvimento e direitos humanos, entre outros. Seguiria o caminho marcado pela Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável e pela Agenda de Ação de Addis Abeba da Terceira Conferência Internacional sobre
Financiamento ao Desenvolvimento e seria baseada na Declaração do Diálogo Conferência de Alto Nível sobre Migração Internacional e Desenvolvimento, aprovada em outubro de 2013. (Tradução livre) Cf. NACIONES UNIDAS. NACIONES UNIDAS. NU. *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*.

[5] 15. Estamos de acordo que este Pacto Mundial se baseia num conjunto de princípios formadores, que são transversais e interdependentes, a saber:
a) Concentrar-se nas pessoas. O Pacto Global tem um importante dimensão humana, inerente à própria experiência da migração. Por ele promove-se o bem-estar dos migrantes e dos membros das comunidades no países de origem, trânsito e destino. Assim, o Pacto Global se concentra em pessoas;
b) Cooperação internacional. O Pacto Global é um quadro de cooperação juridicamente não vinculativo que reconhece que nenhum Estado pode responder à migração sozinho porque este é um fenômeno

de 2018 propõe a assunção de 23 objetivos concretos[6], todos voltados à segurança, ordem e regularidade migratória. A despeito da fundamentalidade dos princípios

intrinsecamente transnacional que requer cooperação e diálogo em nível internacional, regional e bilateral. Sua autoridade deriva da sua natureza consensual, da sua credibilidade, da sua titularidade coletiva e do fato que sua aplicação, acompanhamento e exame sejam conjuntos;
c) soberania nacional. O Pacto Global reafirma que os Estados têm a direito soberano de determinar sua própria política de migração e a prerrogativa de regular a migração dentro de sua jurisdição, de acordo com o direito internacional. Dentro de sua jurisdição soberana, os Estados poderão distinguir entre o status migratório regular e irregular, inclusive ao decidir com que medidas legislativas e normativas aplicarão o Pacto Global, levando em consideração as diferentes realidades, políticas e prioridades, e os requisitos para entrar, residir e trabalhar no país, de acordo com o direito internacional;
d) Estado de direito e garantias processuais. O Pacto Global reconhece que o respeito pelo Estado de direito, o devido processo e o acesso à justiça são fundamental para todos os aspectos da governança migratória. Isso significa que o Estado e as instituições e entidades públicas e privadas, bem como as suas próprias pessoas, estão sujeitas às leis que se promulgam publicamente, se fazem cumprir igualmente e se aplicam com independência, e são compatíveis com o direito internacional;
e) Desenvolvimento sustentável. O Pacto Global baseia-se na Agenda 2030 para Desenvolvimento Sustentável, onde se reconhece que a migração é uma realidade abordagem multidimensional de grande relevância para o desenvolvimento sustentável dos países de origem, trânsito e destino que exige respostas coerentes e integrais. A migração contribui para alcançar resultados positivos no desenvolvimento e para alcançar objetivos da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, especialmente quando ela é bem gerenciada. O objetivo do Pacto Global é aproveitar o potencial de migração para alcançar todos os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, bem como a repercussão que este benefício terá sobre a migração no futuro;
f) Direitos humanos. O Pacto Global baseia-se no direito internacional direitos humanos e defende os princípios da não-regressão e não discriminação. A implementação do Pacto Global garantirá respeito, proteção e o cumprimento efetivo dos direitos humanos de todos os migrantes, independentemente do status migratório, durante todas as etapas do ciclo de migração. Também reafirmamos o compromisso de eliminar todas as formas de discriminação contra os migrantes e suas famílias, como o racismo, a xenofobia e intolerância;
g) Perspectiva de gênero. O Pacto Global garante que os direitos humanos de mulheres, homens, meninas e meninos em todas as áreas estágios da migração, que são adequadamente compreendidos e satisfeitos necessidades específicas, e que eles são capacitados como agentes de mudança. Incorpora a perspectiva de gênero e promove a igualdade de gênero e empoderamento de todas as mulheres e meninas, reconhecendo sua independência, capacidade de agir e sua liderança, para deixar de perceber os migrantes quase exclusivamente do prisma da vitimização;
h) Perspectiva das crianças. O Pacto Global promove obrigações legais acordos internacionais em relação aos direitos da criança, e defende o princípio da do melhor interesse da criança em todos os momentos, como uma consideração primária qualquer situação que afeta menores no contexto da migração internacionais, incluindo menores desacompanhados e separados;
i) Abordagem governamental transversal. O Pacto Global considera migração é uma realidade multidimensional que não pode ser abordada por um único setor normativo do governo. Formular e aplicar políticas e práticas de migração eficaz, é necessário adotar uma abordagem governamental transversal que assegure a coerência normativa horizontal e vertical em todos os setores e níveis de governo;
j) Abordagem multissocial. O Pacto Global promove uma ampla colaboração entre múltiplas partes interessadas na abordagem da migração em todas as suas dimensões com a inclusão dos migrantes, as diásporas (dispersões por motivos gerais), as comunidades locais, a sociedade civil, os círculos acadêmicos, o setor privado, os parlamentares, os sindicatos, as instituições nacionais de direitos humanos, os meios de comunicação, comunicação e os outros interessados na governança da migração. (Tradução livre) Cf. NACIONES UNIDAS. UN. *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*. Cit.

[6] "Art. 16. Objetivos para uma migração segura, ordenada e regular
1. Recompilar e utilizar dados precisos e sistemáticos para formular políticas com base fundamentada;
2. Minimizar os fatores adversos e estruturais que obrigam as pessoas a deixarem seus países de origem;
3. Fornecer informações precisas e oportunas em todos os estágios da migração;
4. Zelar para que todos os migrantes tenham identidade legal e documentação apropriada;

consagrados e dos objetivos propostos, o Pacto Global, por previsão dispositiva própria (art. 15b, vide nota exposta), não é norma vinculativa, submetendo-se, em excesso, à manifestação volitiva de cada Estado nos procedimentos de incorporação e efetivação de seus fundamentos às ordens domésticas. Apesar da promulgação em dezembro de 2018 haver contado com a adesão imediata de 164 países, certas nações importantes, que lidam recorrentemente com situações migratórias delicadas e de ressonância social grave, não firmaram o documento global, caso, por exemplo, dos Estados Unidos, que sequer participaram do seu processo de elaboração.

Na esteira norte-americana, distorcendo uma lógica de política exterior republicana arraigada no tempo, o governo brasileiro principiado em 2019 comunicou nos primeiros dias de mandato a retirada do Brasil do Pacto[7]. A medida demarca retrocesso civilizatório no país, uma vez que os pressupostos recomendados na norma

---

5. Aumentar a disponibilidade e flexibilidade dos meios de migração regular;
6. Facilitar a contratação equitativa e ética e salvaguardar as condições que garantizem o trabalho decente;
7. Abordar e reduzir as vulnerabilidades da migração;
8. Salvar vidas e empreender iniciativas internacionais coordenadas sobre migrantes desaparecidos;
9. Reforçar a resposta transnacional ao tráfico ilícito de migrantes;
10. Prevenir, combater e erradicar o tráfico de pessoas no contexto da migração internacional;
11. Gerenciar as fronteiras de forma integrada, segura e coordenada;
12. Aumentar a certeza e previsibilidade dos procedimentos migratórios para a verificação de antecedentes, avaliação e os encaminhamentos adequados;
13. Utilizar a detenção de migrantes apenas como último recurso e procurar outras alternativas;
14. Melhorar a proteção, assistência e cooperação consulares ao longo de todo o ciclo migratório;
15. Fornecer aos migrantes o acesso a serviços básicos;
16. Empoderar os migrantes e as sociedades para alcançar a plena inclusão e coesão social;
17. Eliminar todas as formas de discriminação e promover um discurso público com base fundamentada para modificar as percepções sobre a migração;
18. Investir no desenvolvimento de competências e facilitar o reconhecimento mútuo de vocações, qualificações e competências;
19. Criar as condições necessárias para que migrantes e diásporas (dispersões por motivos gerais) possam contribuir plenamente para o desenvolvimento sustentável em todos os países;
20. Promover transferências de remessas mais rápidas, seguras e econômicas e promover a inclusão financeira dos migrantes;
21. Colaborar para facilitar o retorno e a readmissão em condições de segurança e dignidade, bem como a reintegração sustentável;
22. Estabelecer mecanismos para a portabilidade da seguridade social e de benefícios adquiridos;
23. Fortalecer a cooperação internacional e as parcerias mundiais para a migração segura, ordenada e regular. Cf. NACIONES UNIDAS. UN. *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*. *Cit*.

[7] "O Ministério das Relações Exteriores pediu nesta terça-feira (08/01), através de telegrama, que os diplomatas brasileiros comuniquem às Nações Unidas a saída do Brasil do Pacto Global para a Migração da ONU.
No documento, o Itamaraty solicita às missões do Brasil na ONU e em Genebra que informem o secretário-geral das Nações Unidas, António Guterres, e o diretor-geral da Organização Internacional de Migração, António Vitorino, que o Brasil se dissocia do Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular". In Brasil deixa pacto de migração da ONU, 9 de janeiro de 2019. Deutsche Welle. DW. Internacional. Disponível em: < https://www.dw.com/pt-br/brasil-deixa-pacto-de-migra%C3%A7%C3%A3o-da-onu/a-47005898 >. Acesso em 20 ago. 2019.

global adequam-se perfeitamente aos fundamentos assecuratórios da migração consagrados na Constituição nacional e na lei específica brasileira sobre o assunto. Ademais, configura-se vexatória para a imagem exterior brasileira, uma vez que o Brasil comprometeu-se perante a comunidade internacional com a pactuação migratória participando ativamente da elaboração e, efetivamente, do processo de adoção.

De toda sorte, o fato é que o Brasil já possui regulação própria sobre o assunto fundada nos pressupostos internacionais, a Lei de Migração (Lei n. 13.445/17), a qual precisa ser necessariamente observada por qualquer governo do país.

Segundo a Lei de Migração (Lei n. 13.445/17), o fenômeno migratório pressupõe trabalho ou residência e estabelecimento, temporário ou definitivo, no Brasil (art. 1º, § 1º, II)[8], isto é, sendo necessário para sua configuração a existência de um *animus* em residir, ainda que temporariamente, no país.[9] Por consequência, não são considerados migrantes os visitantes em geral, cuja passagem pelo Brasil é de curta duração, sem intenção residencial temporária ou definitiva, por exemplo, a turismo, negócios, exercício de certas atividades especificadas em lei (por exemplo, artísticas ou desportivas) ou trânsito. Os residentes fronteiriços (do país vizinho) e apátridas também não são considerados propriamente migrantes, apesar de poderem vir a gozar de tratamento especial no país, os primeiros, por exemplo, com facilitação da circulação para realização de atos da vida civil (o que inclui o trabalho); os outros, com acolhimento territorial e eventual facilitação nos processos de permanência e até de nacionalização.

A lei também deixa esclarece (art. 2º)[10] que, em razão do caráter e da representação das atividades que vêm desempenhar no país, também não são considerados migrantes os agentes diplomáticos ou o pessoal diplomático, bem como os agentes consulares e o pessoal consular, além dos titulares de vistos oficiais e de cortesia. Asilados e refugiados, os quais são nacionais de países estrangeiros ou

---

[8] Art.1º (...)
§ 1º. Para os fins desta Lei, considera-se:
II - imigrante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil; Cf. BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração. Planalto. Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em 20 ago. 2019.

[9] Cf. BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração, *cit*.

[10] Art. 2o Esta Lei não prejudica a aplicação de normas internas e internacionais específicas sobre refugiados, asilados, agentes e pessoal diplomático ou consular, funcionários de organização internacional e seus familiares. Cf. BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração, *cit*.

apátridas em mesma situação, que possuem condições de reconhecimento jurídico diferenciadas em função de proteção contra perseguições ou de acolhimento humanitário em situações específicas de deslocamento, também não são imigrantes, segundo os contornos qualificativos legais e tradicionais, possuindo *status* próprios de asilados e refugiados. [11] Pela Lei de Migração, todos os citados no parágrafo (pessoal diplomático, consular, funcionários de organização internacional, asilados, refugiados e familiares) são qualificados consoante as normas internacionais e nacionais concernentes às hipóteses, mantendo direitos próprios.

A Situação jurídica do visitante estrangeiro e do migrante no Brasil

A Constituição da República dispõe no art. 5º, que, nos termos das liberdades fundamentais dispostas no corpo do respectivo artigo, 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"*. [12] A Lei de Migração, que revogou inteiramente o antigo Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980), replica no caput do art. 4º o entendimento preconizado no *caput* constitucional: *"ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade"*. [13] Assegura, porém, no corpo do mesmo dispositivo, ao lado de certas liberdades fundamentais, uma série de direitos específicos à condição migratória, vide nota.[14]

---

[11] Cf. BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração, *cit*.
[12] Cf. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Planalto. Acervo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2019.
[13] Cf. BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração, *cit*.
[14] Art. 4º. Ao migrante é garantida..., bem como são assegurados:
I – direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos;
II – direito à liberdade de circulação em território nacional;
III – direito à reunião familiar do migrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes;
IV – medidas de proteção a vítimas e testemunhas de crimes e de violações de direitos;
V – direito de transferir recursos decorrentes de sua renda e economias pessoais a outro país, observada a legislação aplicável;
VI – direito de reunião para fins pacíficos;
VII – direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos;
VIII – acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;
IX – amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

As garantias dispostas no art. 4º da Lei de Migração de 2017 marcam importante diferença de filosofia com o fundamento incorporado no Estatuto do Estrangeiro de 1980. Reconhece-se, com boa margem de avanço, presunção de boa-fé nas intenções de deslocamento do migrante e do visitante, circunstância que não se via anteriormente na norma revogada, fruto dos anos de chumbo do regime ditatorial civil-militar então em vigor, a qual, ancorada no suposto risco à segurança nacional, em tudo se orientava à criminalização da atividade migratória. A perspectiva intimidatória do Estatuto do Estrangeiro ia de encontro às premissas de liberdade de locomoção previstas pelo sistema global de proteção dos direitos humanos, vide, por exemplo, o que dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, nos artigos 13 e 14.[15] Afrontava, igualmente, a liberdade de circulação pressuposta pelo sistema interamericano de proteção de direitos humanos, observe-se a redação do Pacto de San José da Costa Rica de 1969, art. 22.[16]

X – direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;
XI – garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;
XII – isenção das taxas de que trata esta Lei, mediante declaração de hipossuficiência econômica, na forma de regulamento;
XIII – direito de acesso à informação e garantia de confidencialidade quanto aos dados pessoais do migrante, nos termos da Lei no 12.527, de 18 de novembro de 2011;
XIV – direito a abertura de conta bancária;
XV – direito de sair, de permanecer e de reingressar em território nacional, mesmo enquanto pendente pedido de autorização de residência, de prorrogação de estada ou de transformação de visto em autorização de residência; e
XVI – direito do imigrante de ser informado sobre as garantias que lhe são asseguradas para fins de regularização migratória". Cf. BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração, *cit*.

[15] "Artigo 13.
I) Toda a pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.
II) Toda a pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.
Artigo 14.
1 Toda a pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.
II) Este direito não pode ser invocado em casos de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas". Cf. Nações Unidas no Brasil - ONUBR. *Declaração Universal dos Direito Humanos de 1948*. Sobre a ONU. Documentos. Disponível em < https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf >. Acesso em 20 ago. 2019.

[16] "Artigo 22. Direito de circulação e de residência
1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais.
2. Toda pessoa tem o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio.
3. O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.
4. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público.

O Estatuto de 1980 era de tal maneira hostil ao deslocamento de não nacionais pelo Brasil, que chegava a referir-se ao estrangeiro sem documentos, pejorativamente, como se fosse clandestino ou estivesse dolosamente irregular, vedando-lhe, por conseguinte, a legalização da estada e a transformação em permanente de vistos de trânsito, de turista, temporário e de cortesia (art. 38)[17]; dispunha, pressupondo que sua vinda poderia ser prejudicial ao país, que o mesmo poderia entrar, permanecer e sair do Brasil, satisfeitas as condições legais, "em tempo de paz" e resguardados os interesses nacionais (art.1º). [18] Não deixando quaisquer dúvidas sobre a indisposição com o recebimento de visitantes ou migrantes, o Estatuto dispunha, no art. 2º, que *"na aplicação desta Lei atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional."* [19] Rezava antigo Estatuto, *"o visto concedido pela autoridade consular configura mera expectativa de direito"* (art. 26). Por sua vez, *"o impedimento (de entrada) de qualquer dos integrantes da família poderá estender-se a todo o grupo familiar"*. (art. 26, § 1º). [20]

Enfim, vedações e vedações eram impostas aos estrangeiros (art. 106, por exemplo)[21], sobretudo migrantes, até mesmo à naturalização brasileira condicionava-

5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional, nem ser privado do direito de nele entrar.
6. O estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte nesta Convenção só poderá dele ser expulso em cumprimento de decisão adotada de acordo com a lei.
7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais.
8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.
9. É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros". Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. OEA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969. Sobre a OEA. Nossa Estrutura. Sobre a Comissão. Documentos básicos. Disponível em <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm>. Acesso em 20 ago. 2019.

[17] Cf. BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração (*Estatuto do Estrangeiro*). Planalto. Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em 20 ago. 2019.

[18] Cf. BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração (*Estatuto do Estrangeiro*). Planalto. Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em 20 ago. 2019.

[19] Cf. BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro), *ci*t.

[20] Cf. BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro), *ci*t.

[21] Estatuto do Estrangeiro. Artigo 106 - É vedado ao estrangeiro:
I - ser proprietário, armador ou comandante de navio nacional, inclusive nos serviços de navegação fluvial e lacustre;
II - ser proprietário de empresa jornalística de qualquer espécie, e de empresas de televisão e de radiodifusão, sócio ou acionista de sociedade proprietária dessas empresas;

se à exigência de "boa saúde" do estrangeiro (Estatuto do Estrangeiro, art. 112, VIII[22]). Isto porque, segundo o parágrafo único do art. 16, a imigração teria que objetivar, *"primordialmente, propiciar mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional, visando ao aumento da produtividade, à assimilação de tecnologia e à captação de recursos para setores específicos"*. [23]

Já a Lei de Migração caminhou ao encontro dos fundamentos adotados na Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes, aprovada pela Assembleia-Geral da ONU em setembro de 2016, eventualmente geradora do Pacto Global sobre Migração, normas às quais o Brasil voluntariamente não apenas aderiu, como participou ativamente de suas elaborações[24]. Apesar disso e dos argumentos jurídicos expostos, a aprovação da Lei de 2017 não se furtou de receber inúmeras críticas de certos setores da sociedade brasileira, recebendo mais de uma dezena de vetos, inclusive sobre dispositivo que anistiava imigrantes em situação irregular ou que tivesse processo de regularização em andamento. Ainda assim, foi aprovada consagrando uma série de princípios alocados no art. 3º.[25]

III - ser responsável, orientador intelectual ou administrativo das empresas mencionadas no item anterior;
IV - obter concessão ou autorização para a pesquisa, prospecção, exploração e aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica;
V - ser proprietário ou explorador de aeronave brasileira, ressalvado o disposto na legislação específica;
VI - ser corretor de navios, de fundos públicos, leiloeiro e despachante aduaneiro;
VII - participar da administração ou representação de sindicato ou associação profissional, bem como de entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada;
VIII - ser prático de barras, portos, rios, lagos e canais;
IX - possuir, manter ou operar, mesmo como amador, aparelho de radiodifusão, de radiotelegrafia e similar, salvo reciprocidade de tratamento; e
X - prestar assistência religiosa às Forças Armadas e auxiliares, e também aos estabelecimentos de internação coletiva.
§ 1º - O disposto no item I deste artigo não se aplica aos navios nacionais de pesca.
§ 2º - Ao português, no gozo dos direitos e obrigações previstos no Estatuto da Igualdade, apenas lhe é defeso:
a) assumir a responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa das empresas mencionadas no item II deste artigo;
b) ser proprietário, armador ou comandante de navio nacional, inclusive de navegação fluvial e lacustre, ressalvado o disposto no parágrafo anterior; e
c) prestar assistência religiosa às Forças Armadas e auxiliares. Cf. BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro), *cit*.

[22] Estatuto do Estrangeiro. Artigo 112 - São condições para a concessão da naturalização:
(...)
VIII - boa saúde. Cf. BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro), *cit*.

[23] Cf. BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro), *cit*.

[24] Apesar do país haver comunicado formalmente sua retirada do Pacto Global de Migração de 2018, segundo já explicitado.

[25] "Art. 3º. A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:
I – universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos;
II – repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação;
III – não criminalização da migração;

Com efeito, do ponto de vista normativo, a Lei de Migração, ao desconstituir a presunção de risco da atividade migratória, fez justiça ao que já pressupunha, por sua teleologia e análise sistêmica, a Constituição da República (art. 5º, *caput*, combinado com art. 5º, § 2º e art. 4º, incisos II, IX, X e parágrafo único), [26] bem como semelhantemente idealizavam várias convenções internacionais concluídas pelo Brasil, representando, portanto, dever jurídico internacional do Estado brasileiro, que assume, desde então e doravante, a obrigação de não apenas não coibir a entrada de estrangeiros no país (sejam visitante, migrante ou apátrida), como procurar assistir sua permanência com adoção de políticas públicas de inserção e integração social.

Sob essa perspectiva social, a promulgação da Lei de Migração representa a vitória do país sobre uma incoerência grave contra a própria história, pois os alicerces de formação Estado brasileiro foram sedimentados pela atividade migratória, institucionalmente estimulada pelo Brasil, sobretudo no período de desmobilização da escravatura e pós-abolição[27], quando buscou-se a ocupação de postos de trabalho

IV – não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional;
V – promoção de entrada regular e de regularização documental;
VI – acolhida humanitária;
VII – desenvolvimento econômico, turístico, social, cultural, esportivo, científico e tecnológico do Brasil;
VIII – garantia do direito à reunião familiar;
IX – igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares;
X – inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas;
XI – acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social;
XII – promoção e difusão de direitos, liberdades, garantias e obrigações do migrante;
XIII – diálogo social na formulação, na execução e na avaliação de políticas migratórias e promoção da participação cidadã do migrante;
XIV – fortalecimento da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, mediante constituição de espaços de cidadania e de livre circulação de pessoas;
XV – cooperação internacional com Estados de origem, de trânsito e de destino de movimentos migratórios, a fim de garantir efetiva proteção aos direitos humanos do migrante;
XVI – integração e desenvolvimento das regiões de fronteira e articulação de políticas públicas regionais capazes de garantir efetividade aos direitos do residente fronteiriço;
XVII – proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante;
XVIII – observância ao disposto em tratado;
XIX – proteção ao brasileiro no exterior;
XX – migração e desenvolvimento humano no local de origem, como direitos inalienáveis de todas as pessoas;
XXI – promoção do reconhecimento acadêmico e do exercício profissional no Brasil, nos termos da lei; e
XXII – repúdio a práticas de expulsão ou de deportação coletivas". Cf. BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração, *cit*.

[26] Cf. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, cit.*

[27] *"O período que registra a entrada do maior número de imigrantes no Brasil vai de 1880 a 1920, quando chegaram mais de 3 milhões de estrangeiros. Desse total, mais da metade dirigiu-se para o estado de São Paulo. Inicialmente, algumas famílias fixaram-se em núcleos coloniais, sobretudo nos estados do Sul, mas a grande maioria foi destinada ao trabalho nas grandes propriedades dedicadas*

anteriormente preenchidos por negros afro-brasileiros, primeiro por europeus, depois por asiáticos, inclusive, almejando-se um "embranquecimento" do perfil étnico nacional, segundo as orientações de um condenável racismo científico promovido pelo Estado[28].

No que toca aos direitos políticos dos não brasileiros no país, segundo já visto, a Constituição impõe-lhes restrições aos direitos de votar e serem votados (art. 14, §2º e § 3º, I),[29] exceto os portugueses, desde que satisfeitas as condições do inciso II, § 1º, do art.12: *"Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição"*. [30] Cumpre ressaltar que o Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta, entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, celebrado em Porto Seguro em 22 de abril de 2000 (Dec. 3927, de 19 de setembro de 2001), também dispõe sobre o tema.[31]

Como dito, a Lei 13.445 de 24 de maio de 2017 revogou inteiramente o antigo Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/80), passando a dispor sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regulando entrada e estada no país e estabelecendo

---

ao cultivo de café". Luciana Cammarota. *Imigrantes nas cidades no Brasil do século XX*. São Paulo: Atual, 2007. (A vida no tempo das máquinas), p. 7.

[28] *"Desde o final do século XIX, o discurso de muitos intelectuais e políticos brasileiros esteve permeado de preconceitos sobre imigrantes, ainda que estes tenham sido incentivados a vir para cá na esperança de se resolver a questão da falta de mão-de-obra, além de se acreditar que eles poderiam contribuir para o branqueamento da população brasileira. Por esse motivo, dava-se preferência aos europeus brancos e católicos, como espanhóis, italianos e portugueses, e evitava-se o incentivo à vinda de asiáticos, como japoneses, chineses, sírios e libaneses, considerados raça inferior e de difícil adaptação à cultura brasileira"*. Luciana Cammarota. *Imigrantes nas cidades no Brasil do século XX*, *cit., p. 31.*

[29] "Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
(...)
§ 2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.
§ 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei:
I - a nacionalidade brasileira"; Cf. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, cit.*

[30] Cf. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, cit.*

[31] " Art. 17.
1. O gozo de direitos políticos por brasileiros em Portugal e por portugueses no Brasil só será reconhecido aos que tiverem três anos de residência habitual e depende de requerimento à autoridade competente.
2. A igualdade quanto aos direitos políticos não abrange as pessoas que, no Estado da nacionalidade, houverem sido privadas de direitos equivalentes.
3. O gozo de direitos políticos no Estado de residência importa na suspensão do exercício dos mesmos direitos no Estado da nacionalidade". BRASIL. Decreto n. 3.927, de 19 de setembro de 2001. Promulga o *Tratado de Amizade*, Cooperação e Consulta entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, celebrado em Porto Seguro em 22 de abril de 2000. Planalto. Legislação. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3927.htm>. Acesso em 31 dez. 2018.

princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante, disciplinando, também, sobre apátridas e residentes fronteiriços e sobre emigração, especialmente no que toca apoio ao emigrante brasileiro no exterior [32]. Por sua vez, a lei é regulamentada pelo Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017, que esmiúça pontos relevantes sobre toda complexidade temática.

A Lei de Migração consagrou princípios internacionais relacionados ao direito de toda pessoa à livre locomoção entre os Estados, à boa-fé do migrante, a importância da migração para o desenvolvimento das nações e à paz universal, o acolhimento humanitário em motivos extremos de necessidade e mesmo a facilitação de regularização documental de entrada e permanência no país e naturalização para estrangeiros, e, sobretudo, apátridas.

No que pese o reconhecimento do direito internacional de livre circulação e de facilitação da entrada e estadia do não nacional no Brasil, a Lei de Migração impõe a satisfação de alguns requisitos. A mais elementar das exigências para a entrada é o porte do passaporte, documento policial de trânsito internacional emitido pela nação de origem, com o visto brasileiro, documento emitido, via de regra, pelas repartições consulares do país no exterior, que permite à entrada por certo período, para o exercício de dadas finalidades.

O passaporte é um documento fundamental à entrada do estrangeiro, mas a Lei de Migração prevê, no art. 5º, outras espécies de documentos de viagem, a depender do tipo de trânsito: passaporte; laissez-passer; autorização de retorno; salvo-conduto; carteira de identidade de marítimo; carteira de matrícula consular; documento de identidade civil ou documento estrangeiro equivalente, quando admitidos em tratado; certificado de membro de tripulação de transporte aéreo; e outros que vierem a ser reconhecidos pelo Estado brasileiro em regulamento". [33]

---

[32] Para os fins da Lei de Migração, consideram-se (art. 1º, § 1º):
"I - (VETADO);
II - imigrante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil;
III - emigrante: brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior;
IV - residente fronteiriço: pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiriço de país vizinho;
V - visitante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que vem ao Brasil para estadas de curta duração, sem pretensão de se estabelecer temporária ou definitivamente no território nacional;
VI - apátrida: pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, ou assim reconhecida pelo Estado brasileiro". Cf. BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração, *cit*.

[33] Cf. BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração, *cit*.

Já quanto aos vistos, a Lei estabelece nos arts. 12 e seguintes existência de hipóteses para visita; temporário; diplomático; oficial; e de cortesia. Pela inteligência do art. 13, o visto de visita poderá ser concedido ao visitante que venha ao Brasil para estada de curta duração, sem intenção de estabelecer residência, em casos de turismo, negócios, trânsito, atividades artísticas ou desportivas e outras hipóteses definidas em regulamento. Ao beneficiário de visto de visita é vedado exercer atividade remunerada no Brasil, contudo, é possível o recebimento de pagamento do governo, de empregador brasileiro ou de entidade privada a título de diária, ajuda de custo, cachê, pró-labore ou outras despesas com a viagem, bem como concorrer a prêmios, inclusive em dinheiro, em competições desportivas ou em concursos artísticos ou culturais. O visto de visita não será exigido em caso de escala ou conexão em território nacional, desde que o visitante não deixe a área de trânsito internacional.

Segundo o art. 14, o visto temporário poderá ser concedido ao imigrante que venha ao Brasil com o intuito de estabelecer residência por tempo determinado e que se enquadre em qualquer das seguintes hipóteses: I - o visto temporário tenha como finalidade: a) pesquisa, ensino ou extensão acadêmica; b) tratamento de saúde; c) acolhida humanitária; d) estudo; e) trabalho; f) férias-trabalho; g) prática de atividade religiosa ou serviço voluntário; h) realização de investimento ou de atividade com relevância econômica, social, científica, tecnológica ou cultural; i) reunião familiar; j) atividades artísticas ou desportivas com contrato por prazo determinado; II – o imigrante seja beneficiário de tratado em matéria de vistos; III – outras hipóteses definidas em regulamento.[34]

[34] Art. 14. § 1º. O visto temporário para pesquisa, ensino ou extensão acadêmica poderá ser concedido ao imigrante com ou sem vínculo empregatício com a instituição de pesquisa ou de ensino brasileira, exigida, na hipótese de vínculo, a comprovação de formação superior compatível ou equivalente reconhecimento científico.
§ 2º. O visto temporário para tratamento de saúde poderá ser concedido ao imigrante e a seu acompanhante, desde que o imigrante comprove possuir meios de subsistência suficientes.
§ 3º. O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento.
§ 4º. O visto temporário para estudo poderá ser concedido ao imigrante que pretenda vir ao Brasil para frequentar curso regular ou realizar estágio ou intercâmbio de estudo ou de pesquisa.
§ 5º. Observadas as hipóteses previstas em regulamento, o visto temporário para trabalho poderá ser concedido ao imigrante que venha exercer atividade laboral, com ou sem vínculo empregatício no Brasil, desde que comprove oferta de trabalho formalizada por pessoa jurídica em atividade no País, dispensada esta exigência se o imigrante comprovar titulação em curso de ensino superior ou equivalente.

Não se exigirá do marítimo que ingressar no Brasil em viagem de longo curso ou em cruzeiros marítimos pela costa brasileira o visto temporário de trabalho, bastando a apresentação da carteira internacional de marítimo, nos termos de regulamento. É reconhecida ao imigrante a quem se tenha concedido visto temporário para trabalho a possibilidade de modificação do local de exercício de sua atividade laboral. O visto para realização de investimento poderá ser concedido ao imigrante que aporte recursos em projeto com potencial para geração de empregos ou de renda no País.

O art. 15 dispõe que os vistos diplomático, oficial e de cortesia serão concedidos, prorrogados ou dispensados na forma desta Lei e de regulamento. Os vistos diplomático e oficial poderão ser transformados em autorização de residência, o que importará cessação de todas as prerrogativas, privilégios e imunidades decorrentes do respectivo visto. Ambos poderão ser concedidos a autoridades e funcionários estrangeiros que viajem ao Brasil em missão oficial de caráter transitório ou permanente, representando Estado estrangeiro ou organismo internacional reconhecido, podendo ser estendidos aos dependentes. Aos titulares de tais vistos não se lhes aplicam as disposições da legislação trabalhista brasileira. Pelo art. 17, o titular de visto diplomático ou oficial somente poderá ser remunerado por Estado estrangeiro ou organismo internacional, ressalvado o disposto em tratado que contenha cláusula específica sobre o assunto. O dependente de titular desses vistos, por sua vez, poderá exercer atividade remunerada no Brasil, sob o amparo da legislação trabalhista brasileira, desde que seja nacional de país que assegure reciprocidade de tratamento ao nacional brasileiro, por comunicação diplomática.

O empregado particular titular de visto de cortesia somente poderá exercer atividade remunerada para o titular de visto diplomático, oficial ou de cortesia ao qual esteja vinculado, sob o amparo da legislação trabalhista brasileira, é o que dispõe o art. 18 da Lei de Migração. O titular de visto diplomático, oficial ou de cortesia também será responsável pela saída de seu empregado do território nacional". [35]

O art. 45 da Lei de Migração estabelece que *"ninguém será impedido de ingressar no País por motivo de raça, religião, nacionalidade, pertinência a grupo*

§ 6º. O visto temporário para férias-trabalho poderá ser concedido ao imigrante maior de 16 (dezesseis) anos que seja nacional de país que conceda idêntico benefício ao nacional brasileiro, em termos definidos por comunicação diplomática.

[35] Cf. BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração, *cit*.

social ou opinião política", mas a solicitação de entrada poderá ser negada, a depender de certos critérios.[36] Em síntese, a regra geral empreendida pela Lei de Migração é não impedir a entrada do não nacional no país, menos ainda se houver obtido o visto brasileiro anteriormente à entrada no país. Não há mais espaço, como havia segundo o Estatuto do Estrangeiro, para a liberalidade do agente policial migratório agir segundo sua livre intuição. A ótica de que a concessão do visto era mera expectativa de concessão de entrada, podendo de nada valer, foi superada pela Lei de Migração. A permanência no país, com a transformação do visto de visita em autorização residência, a renovação de vistos e a conversão de um tipo em outro, tudo isso foi facilitado pela lei de 2017.

Segundo o art. 38 da Lei de Migração, *"as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteira serão realizadas pela Polícia Federal nos pontos de entrada e de saída do território nacional"*. [37]

Diferentemente do antigo Estatuto do Estrangeiro, a Lei de Migração prevê, no art. 40, que a admissão no território nacional poderá ser autorizada a pessoa que se encontre sem visto brasileiro, desde que de posse de visto de viagem (art. 40, I), o mesmo sendo permitido, a titular de visto emitido com erro ou omissão (art. 40, II), a quem haja perdido a condição de residente por ter permanecido ausente do país, detendo, porém, condições objetivas para nova autorização de residência (art. 40, III), ou de criança ou adolescente desacompanhado de responsável legal e sem autorização

---

[36] "Art. 45. Poderá ser impedida de ingressar no País, após entrevista individual e mediante ato fundamentado, a pessoa:
I – anteriormente expulsa do País, enquanto os efeitos da expulsão vigorarem;
II – condenada ou respondendo a processo por ato de terrorismo ou por crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão, nos termos definidos pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, promulgado pelo Decreto no 4.388, de 25 de setembro de 2002;
III – condenada ou respondendo a processo em outro país por crime doloso passível de extradição segundo a lei brasileira;
IV – que tenha o nome incluído em lista de restrições por ordem judicial ou por compromisso assumido pelo Brasil perante organismo internacional;
V – que apresente documento de viagem que:
a) não seja válido para o Brasil;
b) esteja com o prazo de validade vencido; ou
c) esteja com rasura ou indício de falsificação;
VI – que não apresente documento de viagem ou documento de identidade, quando admitido;
VII – cuja razão da viagem não seja condizente com o visto ou com o motivo alegado para a isenção de visto;
VIII – que tenha, comprovadamente, fraudado documentação ou prestado informação falsa por ocasião da solicitação de visto; ou
IX – que tenha praticado ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal". Cf. BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração, *cit*.

[37] Cf. BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração, *cit*.

expressa para viajar desacompanhado, independentemente do documento de viagem que portar, devendo doravante haver encaminhamento imediato ao Conselho Tutelar ou, em caso de necessidade, a instituição indicada pela autoridade competente (art. 40, V). [38]

Medidas compulsórias de retirada de estrangeiro do Brasil

A regra geral do direito internacional é que o não nacional permaneça no país de destino até que as razões de sua visita se exaurem e retorne normalmente ao país de origem ou siga viagem. Nem sempre isso ocorre sem incidências traumáticas, há situações em que a permanência do não nacional no país se torna inviável, seja por decorrência de uma entrada irregular não regularizada posteriormente, uma estada ou domicílio em desconformidade com as prescrições legais cabíveis, devido ao não nacional haver-se tornado, de alguma maneira, nocivo ao país, ou mesmo por razões de extradição, em decorrência de colaboração internacional. O Capítulo V da Lei de Migração (Lei n. 13.445/17) trata das Medidas de Retirada Compulsória do estrangeiro do Brasil.

Pela Lei de Migração, tais medidas compulsórias de saída devem observar o disposto no Estatuto dos Refugiados, bem como nos tratados, instrumentos e mecanismos que discorram sobre apátridas ou situações humanitárias, o que significa dizer que não serão levadas a efeito caso o não nacional esteja sob a proteção de citados postulados (art. 46). Segundo a lei, as hipóteses de retirada compulsória do estrangeiro, uma vez justificadas, dar-se-ão para o país de nacionalidade ou de procedência do migrante ou visitante, ou para outro que o aceite, em observância aos tratados dos quais o Brasil seja parte (art. 47).

São medidas de retirada compulsória de estrangeiro, segundo reza o art. 47 da Lei de Migração: a repatriação, a deportação e a expulsão.

I. Repatriação

Segundo o art. 49, *"a repatriação consiste em medida administrativa de devolução de pessoa em situação de impedimento ao país de procedência ou de*

[38] Cf. BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração, *cit*.

nacionalidade". [39] O ato fundamentado de repatriação deve ser comunicado imediatamente à empresa transportadora ou à autoridade consular de procedência ou de nacionalidade do migrante ou visitante, ou a quem lhe represente. A defensoria pública da União também deverá ser comunicada para, querendo, assistir o repatriado.

II. Deportação

Já pelo art. 50 da Lei de Migração, lê-se que "*a deportação é medida decorrente de procedimento administrativo que consiste na retirada compulsória de pessoa que se encontre em situação migratória irregular em território nacional".* Pelos termos do parágrafo primeiro a deportação será precedida de notificação pessoal ao deportando, da qual constem, expressamente, as irregularidades verificadas e prazo para a regularização não inferior a 60 (sessenta) dias, podendo ser prorrogado, por igual período, por despacho fundamentado e mediante compromisso de a pessoa manter atualizadas suas informações domiciliares".[40] A Lei de Migração estipula que a notificação prévia para regulamentação da deportação não impede a circulação do estrangeiro no país, mas este deverá informar às autoridades competentes sobre seu domicílio e atividades em âmbito doméstico. Além disso, deverá observar o prazo de regularização estipulado, sob pena de efetivação da deportação. Em todo caso, os procedimentos condizentes à deportação devem respeitar o contraditório, a ampla defesa, e resguardar a garantia de suspensão a eventual recurso. A defensoria pública da União também deverá ser notificada. Para todos os efeitos, a saída voluntária equivale ao cumprimento da notificação de deportação para todos os fins.

Em casos de apátridas, a deportação dependerá de prévia autorização das autoridades competentes. Não se procederá à deportação no caso de extradição inadmitida pela legislação brasileira.

III. Expulsão

Segundo o art. 54 da Lei de Migração: *"a expulsão consiste em medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território*

[39] Cf. BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração, *cit*.
[40] Cf. BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração, *cit*.

nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado". [41] Trata-se de uma situação mais complexa em que a simples ausência de regularização documental, pressupondo o cometimento de um crime. Segundo o § 1º do art. 54, poderá dar causa à expulsão a condenação com sentença transitada em julgado relativa à prática de crimes dispostos em seu corpo normativo. [42] Pela lei, a autoridade competente deve resolver sobre a expulsão, a duração do impedimento de reingresso e a suspensão ou a revogação dos efeitos da expulsão, observado a lei doméstica. O processamento da expulsão em caso de crime comum não prejudicará a progressão de regime, o cumprimento da pena, a suspensão condicional do processo, a comutação da pena ou a concessão de pena alternativa, de indulto coletivo ou individual, de anistia ou de quaisquer benefícios concedidos em igualdade de condições ao nacional brasileiro. [43] Segundo o art. 55, não se procederá à expulsão quando: I – a medida configurar extradição inadmitida pela legislação brasileira; II – o expulsando: a) tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela; b) tiver cônjuge ou companheiro residente no Brasil, sem discriminação alguma, reconhecido judicial ou legalmente; c) tiver ingressado no Brasil até os 12 (doze) anos de idade, residindo desde então no País; d) for pessoa com mais de 70 (setenta) anos que resida no País há mais de 10 (dez) anos, considerados a gravidade e o fundamento da expulsão.

Na hipótese de subsistência dos impeditivos do artigo a situação migratória do expulsando cujo processo estiver em curso deverá ser considerada regular (art. 59). No processo de expulsão serão garantidos o contraditório e a ampla defesa (Art. 58) e a Defensoria Pública da União será notificada da instauração de processo de expulsão, se não houver defensor constituído (art. 58, § 1º). Caberá pedido de reconsideração da decisão sobre a expulsão no prazo de 10 dias, a contar da notificação pessoal do expulsando (art. 58, § 2º). A existência de processo de expulsão não impede a saída voluntária do expulsando do País (Art.60).

---

[41] Cf. BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração, *cit*.

[42] "I – crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão, nos termos definidos pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, promulgado pelo Decreto no 4.388, de 25 de setembro de 2002; ou
II – crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização em território nacional". Cf. BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração, *cit*.

[43] Cf. BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração, *cit*.

Finalmente, cumpre dizer que a Lei de Migração inova o ordenamento nacional incorporando importantes conceitos relacionados ao impedimento de aplicação de medidas compulsórias de retirada de não nacionais inexistentes durante a égide do antigo Estatuto do Estrangeiro, por exemplo: a) não se procederá no país à repatriação, deportação ou expulsão coletivas, ou seja, não individualizadas (art. 61); b) igualmente, não se procederá à repatriação, deportação ou expulsão de nenhum indivíduo quando subsistirem razões para acreditar que a medida poderá colocar em risco a vida ou a integridade pessoal (art. 62); c) a Lei de Migração define como processo de cooperação, e não como medida de retirada compulsória, a extradição de não nacional (art. 81 e seg.).

Medidas de colaboração internacional: extradição

Acerca da extradição de não nacionais, segundo definido pela Lei de Migração como medida de cooperação internacional, não mais como de retirada compulsória, a exemplo do que pressupunha o antigo Estatuto do Estrangeiro, os seguintes dispositivos da lei migratória expostos em nota são autoexplicativos.[44]

[44]"Art. 81. A extradição é a medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e outro Estado pela qual se concede ou solicita a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso.
§ 1º. A extradição será requerida por via diplomática ou pelas autoridades centrais designadas para esse fim.
§ 2º. A extradição e sua rotina de comunicação serão realizadas pelo órgão competente do Poder Executivo em coordenação com as autoridades judiciárias e policiais competentes.
Art. 82. Não se concederá a extradição quando:
I – o indivíduo cuja extradição é solicitada ao Brasil for brasileiro nato;
II – o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;
III – o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;
IV – a lei brasileira impuser ao crime pena de prisão inferior a 2 (dois) anos;
V – o extraditando estiver respondendo a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;
VI – a punibilidade estiver extinta pela prescrição, segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;
VII – o fato constituir crime político ou de opinião;
VIII – o extraditando tiver de responder, no Estado requerente, perante tribunal ou juízo de exceção; ou
IX – o extraditando for beneficiário de refúgio, nos termos da Lei no 9.474, de 22 de julho de 1997, ou de asilo territorial.
§ 1º. A previsão constante do inciso VII do caput não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração à lei penal comum ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal.
§ 2º. Caberá à autoridade judiciária competente a apreciação do caráter da infração.
§ 3º. Para determinação da incidência do disposto no inciso I, será observada, nos casos de aquisição de outra nacionalidade por naturalização, a anterioridade do fato gerador da extradição.

§ 4º. O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crime político o atentado contra chefe de Estado ou quaisquer autoridades, bem como crime contra a humanidade, crime de guerra, crime de genocídio e terrorismo.
§ 5º. Admite-se a extradição de brasileiro naturalizado, nas hipóteses previstas na Constituição Federal.
Art. 83. São condições para concessão da extradição:
I – ter sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado; e
II – estar o extraditando respondendo a processo investigatório ou a processo penal ou ter sido condenado pelas autoridades judiciárias do Estado requerente a pena privativa de liberdade.
Art. 84. Em caso de urgência, o Estado interessado na extradição poderá, previamente ou conjuntamente com a formalização do pedido extradicional, requerer, por via diplomática ou por meio de autoridade central do Poder Executivo, prisão cautelar com o objetivo de assegurar a executoriedade da medida de extradição que, após exame da presença dos pressupostos formais de admissibilidade exigidos nesta Lei ou em tratado, deverá representar à autoridade judicial competente, ouvido previamente o Ministério Público Federal.
§ 1º. O pedido de prisão cautelar deverá conter informação sobre o crime cometido e deverá ser fundamentado, podendo ser apresentado por correio, fax, mensagem eletrônica ou qualquer outro meio que assegure a comunicação por escrito.
§ 2º. O pedido de prisão cautelar poderá ser transmitido à autoridade competente para extradição no Brasil por meio de canal estabelecido com o ponto focal da Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol) no País, devidamente instruído com a documentação comprobatória da existência de ordem de prisão proferida por Estado estrangeiro, e, em caso de ausência de tratado, com a promessa de reciprocidade recebida por via diplomática.
§ 3º. Efetivada a prisão do extraditando, o pedido de extradição será encaminhado à autoridade judiciária competente.
§ 4º. Na ausência de disposição específica em tratado, o Estado estrangeiro deverá formalizar o pedido de extradição no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data em que tiver sido cientificado da prisão do extraditando.
§ 5º. Caso o pedido de extradição não seja apresentado no prazo previsto no § 4º, o extraditando deverá ser posto em liberdade, não se admitindo novo pedido de prisão cautelar pelo mesmo fato sem que a extradição tenha sido devidamente requerida.
§ 6º. A prisão cautelar poderá ser prorrogada até o julgamento final da autoridade judiciária competente quanto à legalidade do pedido de extradição.
Art. 85. Quando mais de um Estado requerer a extradição da mesma pessoa, pelo mesmo fato, terá preferência o pedido daquele em cujo território a infração foi cometida.
§ 1º. Em caso de crimes diversos, terá preferência, sucessivamente:
I – o Estado requerente em cujo território tenha sido cometido o crime mais grave, segundo a lei brasileira;
II – o Estado que em primeiro lugar tenha pedido a entrega do extraditando, se a gravidade dos crimes for idêntica;
III – o Estado de origem, ou, em sua falta, o domiciliar do extraditando, se os pedidos forem simultâneos.
§ 2º. Nos casos não previstos nesta Lei, o órgão competente do Poder Executivo decidirá sobre a preferência do pedido, priorizando o Estado requerente que mantiver tratado de extradição com o Brasil.
§ 3º. Havendo tratado com algum dos Estados requerentes, prevalecerão suas normas no que diz respeito à preferência de que trata este artigo.
Art. 86. O Supremo Tribunal Federal, ouvido o Ministério Público, poderá autorizar prisão albergue ou domiciliar ou determinar que o extraditando responda ao processo de extradição em liberdade, com retenção do documento de viagem ou outras medidas cautelares necessárias, até o julgamento da extradição ou a entrega do extraditando, se pertinente, considerando a situação administrativa migratória, os antecedentes do extraditando e as circunstâncias do caso.
Art. 87. O extraditando poderá entregar-se voluntariamente ao Estado requerente, desde que o declare expressamente, esteja assistido por advogado e seja advertido de que tem direito ao processo judicial de extradição e à proteção que tal direito encerra, caso em que o pedido será decidido pelo Supremo Tribunal Federal.
Art. 88. Todo pedido que possa originar processo de extradição em face de Estado estrangeiro deverá ser encaminhado ao órgão competente do Poder Executivo diretamente pelo órgão do Poder Judiciário responsável pela decisão ou pelo processo penal que a fundamenta.

Quando se refere à extradição a Lei de Migração também disciplina sobre as hipóteses de transferência de execução da pena.[45] Desde o Império, o Brasil mantém

§ 1º. Compete a órgão do Poder Executivo o papel de orientação, de informação e de avaliação dos elementos formais de admissibilidade dos processos preparatórios para encaminhamento ao Estado requerido.
§ 2º. Compete aos órgãos do sistema de Justiça vinculados ao processo penal gerador de pedido de extradição a apresentação de todos os documentos, manifestações e demais elementos necessários para o processamento do pedido, inclusive suas traduções oficiais.
§ 3º. O pedido deverá ser instruído com cópia autêntica ou com o original da sentença condenatória ou da decisão penal proferida, conterá indicações precisas sobre o local, a data, a natureza e as circunstâncias do fato criminoso e a identidade do extraditando e será acompanhado de cópia dos textos legais sobre o crime, a competência, a pena e a prescrição.
§ 4º. O encaminhamento do pedido de extradição ao órgão competente do Poder Executivo confere autenticidade aos documentos.
Art. 89. O pedido de extradição originado de Estado estrangeiro será recebido pelo órgão competente do Poder Executivo e, após exame da presença dos pressupostos formais de admissibilidade exigidos nesta Lei ou em tratado, encaminhado à autoridade judiciária competente.
Parágrafo único. Não preenchidos os pressupostos referidos no caput, o pedido será arquivado mediante decisão fundamentada, sem prejuízo da possibilidade de renovação do pedido, devidamente instruído, uma vez superado o óbice apontado.
Art. 90. Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão.
(...)
Art. 92. Julgada procedente a extradição e autorizada a entrega pelo órgão competente do Poder Executivo, será o ato comunicado por via diplomática ao Estado requerente, que, no prazo de 60 (sessenta) dias da comunicação, deverá retirar o extraditando do território nacional.
Art. 93. Se o Estado requerente não retirar o extraditando do território nacional no prazo previsto no art. 92, será ele posto em liberdade, sem prejuízo de outras medidas aplicáveis.
Art. 94. Negada a extradição em fase judicial, não se admitirá novo pedido baseado no mesmo fato.
Art. 95. Quando o extraditando estiver sendo processado ou tiver sido condenado, no Brasil, por crime punível com pena privativa de liberdade, a extradição será executada somente depois da conclusão do processo ou do cumprimento da pena, ressalvadas as hipóteses de liberação antecipada pelo Poder Judiciário e de determinação da transferência da pessoa condenada.
§ 1º. A entrega do extraditando será igualmente adiada se a efetivação da medida puser em risco sua vida em virtude de enfermidade grave comprovada por laudo médico oficial.
§ 2º. Quando o extraditando estiver sendo processado ou tiver sido condenado, no Brasil, por infração de menor potencial ofensivo, a entrega poderá ser imediatamente efetivada.
Art. 96. Não será efetivada a entrega do extraditando sem que o Estado requerente assuma o compromisso de:
I – não submeter o extraditando a prisão ou processo por fato anterior ao pedido de extradição;
II – computar o tempo da prisão que, no Brasil, foi imposta por força da extradição;
III – comutar a pena corporal, perpétua ou de morte em pena privativa de liberdade, respeitado o limite máximo de cumprimento de 30 (trinta) anos;
IV – não entregar o extraditando, sem consentimento do Brasil, a outro Estado que o reclame;
V – não considerar qualquer motivo político para agravar a pena; e
VI – não submeter o extraditando a tortura ou a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.
Art. 97. A entrega do extraditando, de acordo com as leis brasileiras e respeitado o direito de terceiro, será feita com os objetos e instrumentos do crime encontrados em seu poder.
Parágrafo único. Os objetos e instrumentos referidos neste artigo poderão ser entregues independentemente da entrega do extraditando". Cf. BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração, *cit*.

[45] "Art. 100. Nas hipóteses em que couber solicitação de extradição executória, a autoridade competente poderá solicitar ou autorizar a transferência de execução da pena, desde que observado o princípio do non bis in idem.
Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a transferência de execução da pena será possível quando preenchidos os seguintes requisitos:

tratados de extradição com diversas nações, os quais, com o passar dos anos, foram se estendendo cada vez mais. Atualmente, o país mantém acordos de colaboração do tipo com todos os países da América do Sul, exceto a Guiana. Possui, também, tratados com Alemanha, Angola, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Cazaquistão, China, Coréia do Sul, Espanha, Estados Unidos, França, Guatemala, Grécia, Ilha de Man, Índia, Irã, Israel, Itália, Líbano, Lituânia, México, Moçambique, Portugal, Reino Unido e Irlanda do Norte, Países Baixos, Panamá, República Dominicana, Romênia, Rússia, Suíça, Ucrânia[46]. Há, ainda, outros tratados em trâmite.

A extradição é um processo judicial. No Brasil, a competência para julgar o pedido de extradição é do Supremo Tribunal Federal, segundo o art. 102, I, g, da Constituição. Para declarar a extradição, o STF, em tese, não entra no mérito da apuração sobre o fato criminoso causador do pedido, apenas avalia se: a) há tratado de extradição entre os Estados envolvidos; b) se o pedido está de acordo com a lei doméstica; c) se configura dupla tipicidade nas legislações de ambos os países; d) se não há prescrição do crime objeto do pedido.

No tocante ao ato de determinar a extradição, a doutrina se divide entre aqueles que defendem que é de competência do STF, pois ao julgar o seu pedido procedente, automaticamente estaria determinando sua realização, e aqueles que defendem que o STF apenas decide sobre a possibilidade legal do pedido, sendo do Presidente da República a competência para efetivar ou não a extradição, em função das competências privativas do art. 84, da Constituição, relativas à representação exterior do Estado. Na definição do caso Cesare Battisti (STF/Ext n.1085), o STF decidiu por esta última hipótese.

I – o condenado em território estrangeiro for nacional ou tiver residência habitual ou vínculo pessoal no Brasil;
II – a sentença tiver transitado em julgado;
III – a duração da condenação a cumprir ou que restar para cumprir for de, pelo menos, 1 (um) ano, na data de apresentação do pedido ao Estado da condenação;
IV – o fato que originou a condenação constituir infração penal perante a lei de ambas as partes; e
V – houver tratado ou promessa de reciprocidade.
Art. 101. O pedido de transferência de execução da pena de Estado estrangeiro será requerido por via diplomática ou por via de autoridades centrais.
§ 1º. O pedido será recebido pelo órgão competente do Poder Executivo e, após exame da presença dos pressupostos formais de admissibilidade exigidos nesta Lei ou em tratado, encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça para decisão quanto à homologação". Cf. BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração, *cit*.

[46] BRASIL. Ministério das Relações Exteriores - MRE. In. Concordia. Busca extradição. Disponível em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/pesquisa?s=extradi%C3%A7%C3%A3o&tipoPesquisa=1>. Acesso em 20 ago. 2019.

No Brasil, não se concede extradição de nacionais, salvo do naturalizado se o fato motivador da medida se deu antes da naturalização. O fato do extraditando ser casado com conjugue brasileiro ou possuir filhos brasileiros não impede a extradição. Não se concede extradição para interrogatórios, nem em casos em que haja extinção de punibilidade. Não se concede extradição, também, por crimes de natureza civil, fiscal ou político (CF, art. 5º, LII), porém, não é considerado político os crimes de genocídio, terrorismo e crimes contra a paz e humanidade. Igualmente não se concede extradição em processos nos quais haja violação de direitos e garantias fundamentais, por exemplo, em processos por preconceito racial, em que haja pena cruel como amputação de órgãos e membros, ou quando para julgamento em tribunal de exceção ou à revelia. E também não se concede extradição por razões de humanidade, por exemplo, quando o extraditando está enfermo ou muito senil. Outrossim, quando há possibilidade de condenação de pena de morte ou de prisão perpétua no exterior, o Brasil somente extradita o estrangeiro se houver compromisso de comutação de tais penas em pena privativa de liberdade por, no máximo, 30 anos (sanção limite do país[47]).

Com efeito, são princípios fundamentais da extradição reconhecidos pelo Brasil: a) Ou se dá ou se julga (*aut dedere aut judicat/punire*): o Estado ao qual se solicita a extradição compromete-se a julgar o extraditando, segundo o crime motivador da extradição, caso o pedido de extradição seja negado; b) Dupla incriminação/identidade: Somente haverá extradição se o crime objeto do pedido de extradição for tido como crime nos dois Estados; c) *Non bis in idem*, não ocorrerá extradição de pessoa julgada por tribunal nacional e com decisão transitada em julgado; d) Especialidade: o extraditando somente será julgado pelos crimes especificados no pedido de extradição.

Excepcionalmente, também são reconhecidos pelo país os princípios: e) extradição supletiva; e f) purga de extradição. A extradição supletiva é a autorização

---

[47] BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Planalto. Legislação. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 31 dez. 2018.
(Limite das penas) Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.
§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.
Cf. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal Brasileiro, cit.*

do Estado extraditante ao extraditado para que julgue o extraditando por outros crimes mesmo após já formulado pedido inicial de extradição por crime diverso. A purga de extradição, por sua vez, considera que havendo sido descobertos outros crimes cometidos pelo extraditando após o processo de extradição, deve-se conceder-lhe prazo de 3 a 6 meses, após o cumprimento da pena pelo crime motivador da extradição, para que saia do Estado em que cumpriu a condenação, sob pena de poder ser novamente julgado e condenado.

A Portaria n. 666 do Ministério da Justiça

No dia 26 de julho de 2019, o Ministério da Justiça do Brasil publicou a Portaria nº 666, dispondo sobre o impedimento de ingresso, a repatriação e a deportação sumária de pessoa perigosa ou que tenha praticado ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal. A medida, considerada atentatória aos pressupostos concessivos da Lei de Migração de 2017, foi editada no auge das revelações publicitadas pelo site *The Intercept Brasil* que denunciavam, na série de matérias "Vaza Jato", a existência de um conluio arbitrário entre o atual Ministro da Justiça, ex-juiz federal titular da operação Lava-Jato, Sérgio Moro, e procuradores do Ministério Público Federal, especialmente no âmbito da ação penal que resultou na prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Segundo especularam à época importantes entidades jurídicas brasileiras[48] a Portaria nº 666 tinha como possível objeto a deportação sumária do jornalista e advogado constitucionalista Glenn

[48] Segundo a Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD):
Os questionamentos de cunho jurídico sobre a Portaria 666/2019 podem ser de variadas ordens. Contudo, o que nos causa espanto é o senso de oportunidade do senhor ministro da Justiça, de editar um documento com esse conteúdo, no exato momento político em que o debate que ocorre no Brasil relaciona-se com sua total animosidade em relação a um jornalista em específico, que mora e trabalha no Brasil. Demonstra com isso o senhor ministro Sérgio Moro, sem sombra de qualquer dúvida, o uso do cargo público para prática de atos com desvio de finalidade, aumentando o clima de perseguição à atividade jornalística, de liberdade de expressão e de imprensa.
A Constituição brasileira garante aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos mesmos direitos fundamentais dispostos no caput de seu art. 5º: à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. As limitações a esses direitos não podem nos remeter de volta a tempos sombrios de nossa história.
É desse modo que a Associação Brasileira de Juristas pela Democracia – ABJD aponta a Portaria nº 666/2019, do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, como ato administrativo eivado de caráter desviante de finalidade e impessoalidade, utilizado para promover intimidação. Cf. Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD). Arquivo ABJD. Notas. Em nota, ABJD diz que Portaria 666 de Moro tem desvio de finalidade e promove... Disponível em: <http://www.abjd.org.br/2019/07/abjd-diz-que-portaria-666-de-moro-tem.html>. Acesso em: 20 ago. 2019.

Greenwald, editor-fundador de citado site, o qual, embora cidadão norte-americano, é domiciliado há anos no Brasil, inclusive sendo casado com brasileiro e pai de crianças brasileiras[49].

A notícia foi negada pelo governo brasileiro, embora os fatos demonstrem haver uma franca indisposição do estafe político do Executivo nacional com o jornalista implicado. Independentemente das razões da Portaria, a medida confronta dispositivos assecuratórios, não apenas da Lei de Migração, como também da Constituição da República, consoante destacado, não devendo prosperar ante eventuais ações judiciais propostas contra seu teor.[50]

Considerações finais

Temas concernentes à situação do não nacional no Brasil são, ainda, asilo e refúgio,[51] mas por tratarem de questões específicas à parte as disposições migratórias da Lei n. 13.445 de 24 de maio de 2017, opta-se por não trazer à nesta oportunidade. Em outra perspectiva, porém, conquanto seja a nacionalização em brasileiro uma opção facilitada ao nacional vale a pena mencionar que o inciso II do art. 12 da CF/88 prescreve que a estrangeiros oriundos de países de língua portuguesa lhes são requeridas domicílio no Brasil por um período mínimo de um ano ininterrupto e idoneidade moral (inciso II, alínea a), já para os demais estrangeiros não falantes de língua portuguesa a requisição de tempo mínimo de residência no país é de 15 anos ininterruptos[52], não podendo haver condenação penal (inciso II, alínea b).

Citado inciso II se refere à aquisição da nacionalidade brasileira "na forma da lei", de modo que a naturalização deve ser requerida administrativamente, sendo sua

---

[49] O jornalista é reconhecido mundialmente por haver tornado público, em 2013, através de série de matérias no jornal britânico The Guardian, as denúncias de Edward Snowden, ex-funcionário da CIA e ex-administrador de sistemas da Agência de Segurança Nacional dos Estados Unidos (NSA), sobre a existência de programas secretos de vigilância global norte-americano (espionagem dissimulada) por meios digitais. Greenwald é vencedor de inúmeros prêmios internacionais. As reportagens sobre a NSA elaboradas para o jornal The Guardian receberam o Prêmio Pulitzer de 2014 na categoria Serviço Público. Com a documentarista Laura Poitras, recebeu um Oscar de melhor documentário, em 2015, por Citizenfour. Cf. The Intercept Brasil_ Sobre e contatos. Sobre nós. Editores fundadores. Glenn Greenwald. Disponível em: <https://theintercept.com/staff/glenn-greenwald-brasil/>. Acesso em 20 ago. 2019.

[50] Requer-se atenção ao descortinamento dos fatos.

[51] já que banimento e abdução internacional não são permitidos.

[52] Prazo que poderá ser diminuído, a depender das hipóteses legais, segundo será visto adiante.

concessão uma faculdade do Executivo[53], deliberada pelo Ministério da Justiça. A presença dos requisitos formais estipulados pelo art. 12, II e alíneas, da Constituição não garantem ao naturalizando o direito à naturalização. Sendo-lhe, contudo, denegada administrativamente a nacionalidade derivada brasileira, lhe é possibilitado requerer-lhe judicialmente, na Justiça Federal[54], mediante procedimento contencioso, através de questionamento sobre a pertinência e a licitude dos critérios administrativos utilizados na decisão denegatória. Independentemente do pedido de naturalização ser homologado administrativamente, autorizado via portaria do Ministério da Justiça, ou decidido em eventual juízo contencioso, incumbirá ao magistrado federal competente à entrega solene do certificado de naturalização ao naturalizando, estando este, apenas a partir desse momento, com nacionalidade brasileira reconhecida.

Importante salientar que a naturalização de um estrangeiro não implica em aquisição automática da nacionalidade brasileira a outros membros de sua família (cônjuges e filhos), nem lhes autoriza ou obriga a entrar ou radicar-se no país. A Lei n. 13.445/17 tem o capítulo VI destinado ao disciplinamento da opção de nacionalidade e da naturalização. Ao discorrer sobre as formas de naturalização, estipula no art. 64 que a naturalização pode ser: a) ordinária; b) extraordinária, c) especial; ou d) provisória[55].

A *naturalização ordinária* será concedida ao estrangeiro que possua capacidade civil de acordo com a lei brasileira, tenha residência no país no prazo mínimo de 4 anos, possua domínio da comunicação em português e não tenha condenação penal ou já esteja reabilitado (art. 65 da Lei de Migração). Este prazo de 4 anos será reduzido para, no mínimo, 1 ano, se o estrangeiro preencher uma das seguintes condições: tiver filho brasileiro; possuir conjugue ou companheiro brasileiro, não estando separado deste, legalmente ou de fato, na ocasião da naturalização; houver prestado ou poder prestar serviço relevante ao país; tiver naturalização recomendada em razão de sua capacidade profissional, científica ou artística. (art. 66 da Lei de Migração) A *naturalização extraordinária* contempla a hipótese do art. 12, II, alínea b, da Constituição. Será concedida à pessoa de qualquer

[53] Lei n. 13.445/17 (Lei de Migração). Art. 71. O pedido de naturalização será apresentado e processado na forma prevista pelo órgão competente do Poder Executivo, sendo cabível recurso em caso de denegação.
[54] Competente para a matéria, segundo prescrição do supracitado art. 109, x, da Constituição.
[55] Cf. BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração, *cit*.

nacionalidade fixada no país há mais de 15 anos ininterruptos, sem condenação penal, desde que a requeira (art.67 da Lei de Migração). A *naturalização especial* poderá ser concedida ao estrangeiro nas seguintes condições: se ele for conjugue ou companheiro, há mais de 5 anos, de integrante do Serviço Exterior Brasileiro em atividade ou de pessoa a serviço do país no exterior; ou se tiver sido empregado em missão diplomática ou repartição consular do Brasil por mais de 10 anos ininterruptos (art. 68 da Lei de Migração). Para a concessão da naturalização especial o estrangeiro deve possuir capacidade civil segundo a lei nacional, comunicar-se em português, além de não ter condenação penal ou já estar reabilitado, nos termos da lei (art. 68 da Lei de Migração). Por fim, a *naturalização provisória* será concedida ao migrante criança ou adolescente que tenha fixado residência no país antes de completar 10 anos de idade, devendo ser requerida pelo representante legal (art. 69 da Lei da Migração). A naturalização será convertida em definitiva se, dentro do prazo de 2 anos após atingida a maioridade, o naturalizando assim o requerer expressamente (art.70, parágrafo único, da Lei de Migração).

Consoante já frisado, o art. 12, inciso II, § 1º, da Constituição prescreve que *"aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição"*.[56] Por outro lado, o § 2º dispõe que *"a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição"*[57].

Os direitos políticos são vedados aos estrangeiros, salvo se houver regras de reciprocidade (por exemplo, o Tratado da Amizade entre Brasil e Portugal), mas se os estrangeiros se naturalizam brasileiros, passam a fazer jus ao gozo de tais direitos, exceto em relação aos cargos privativos de brasileiros natos. Reza a Lei de Migração no art. 72, que: *"no prazo de até 1 (um) ano após a concessão da naturalização, deverá*

---

[56] Redação da Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 7 de junho de 1994.
[57] Com efeito, a Constituição estabelece no § 3º do Art. 12:
§ 3º - São privativos de brasileiro nato os cargos:
I – de Presidente e Vice-Presidente da República;
II – de Presidente da Câmara dos Deputados;
III – de Presidente do Senado Federal;
IV – de Ministro do Supremo Tribunal Federal;
V – da carreira diplomática;
VI – de oficial das Forças Armadas.
VII – de Ministro de Estado da Defesa. Cf. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, cit.*

o naturalizado comparecer perante a Justiça Eleitoral para o devido cadastramento"[58]. Uma vez naturalizados, já na condição de brasileiros, os nascidos no estrangeiro poderão, com fulcro na autorização dos parágrafos 2º e 3º, do art. 14, da Constituição[59], votar para cargos eletivos e serem votados para cargos não privativos de brasileiros natos. Além disso, por interpretação de outros dispositivos constitucionais, poderão pertencer a partidos políticos, ser servidor público, alistar-se nas forças armadas não assumindo condição de oficial, etc. A Constituição prevê mais distinções entre brasileiros natos e naturalizados, relativamente à participação no Conselho da República (art. 89, inciso VI); a propriedade de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens após (art. 222); a extradição por crime comum se o fato motivador da extradição tiver ocorrido antes da naturalização ou se comprovado seu envolvimento em tráfico ilícitos de entorpecentes e drogas afins (art. 5º, LI), a perda da nacionalidade brasileira por sentença judicial, situação possível ao naturalizado (art. 12, § 4º). A propósito, a Constituição dispõe no art. 12, § 4º, sobre hipóteses de perda da nacionalidade brasileira as quais são restritas e excepcionais quando a contragosto do brasileiro.[60] O art. 75 da Lei de Migração complementa o dispositivo constitucional salientando que *"o naturalizado perderá a nacionalidade em razão de condenação transitada em julgado por atividade nociva ao interesse nacional, nos termos do inciso I do § 4º do Art. 12 da Constituição Federal"*[61]. O parágrafo único do mesmo artigo dispõe: *"o risco de geração de situação de apatridia será levado em consideração antes da efetivação da perda da nacionalidade"* [62].

---

[58] Cf. BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração, *cit*.

[59] "Art. 14...
§ 2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.
§ 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei:
I - a nacionalidade brasileira; (...)"
Cf. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, cit.*

[60] "Art. 12, § 4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:
I – tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;
II – adquirir outra nacionalidade por naturalização voluntária.
II – adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos:
a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira;
b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis;" Cf. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, cit.*

[61] Cf. BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração, *cit*.

[62] Cf. BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração, *cit*.

Com efeito, observa-se que a perda da nacionalidade só alcançará ao brasileiro nato se, por opção, ele adquirir outra nacionalidade. Mesmo que uma nova nacionalidade lhe seja atribuída ou imposta por um país estrangeiro, como reconhecimento legal (por exemplo, por decorrência de casamento com nacional estrangeiro) ou condição para permanência e exercício de direitos civis no exterior (por exemplo, para exercício de trabalho), a Constituição garante ao brasileiro nato a manutenção de sua nacionalidade originária. Nestes casos, o brasileiro nato será beneficiado com a condição de polipátrida.

Por outro lado, a naturalização, isto é, a nacionalidade adquirida derivadamente, pode ser cancelada, por sentença judicial, pela motivação exposta no § 4º, I, do art. 12: em virtude de atividade nociva ao interesse nacional. Importante esclarecer que o cancelamento ou a perda da nacionalidade é individual, não se transferindo a cônjuges, filhos, etc. Se a mesma dá-se por aquisição voluntária de outra nacionalidade, a reaquisição dependerá de decreto da Presidência da República, devendo o solicitante residir novamente no país. No caso de cancelamento de naturalização por sentença judicial (no caso, sentença judicial transitada em julgado), em virtude de prática de ato nocivo, a nacionalidade somente poderá ser readquirida por decisão transitada em julgado de ação rescisória contra a sentença que determinou a perda da nacionalidade.

Destarte, observa-se que a provocação da perda da nacionalidade depende, no primeiro caso, do próprio brasileiro, ao optar por outra nacionalidade. Um eventual ato do Presidente da República que determina a perda da nacionalidade brasileira por aquisição de outra nacionalidade possui caráter meramente declaratório, não constitutivo[63]. Já no segundo caso, a motivação se dá por punição. Uma eventual ação judicial de cancelamento da naturalização pode ser ajuizada pelo Ministério Público, pelo Ministério da Justiça (por representação) e mesmo por qualquer cidadão, (por solicitação).[64] Segundo o art. 76 da Lei de Migração, *"o brasileiro que, em razão do previsto no inciso II do § 4º do art. 12 da Constituição Federal, houver perdido a nacionalidade, uma vez cessada a causa, poderá readquiri-la ou ter o ato que*

[63] Cf. Valerio de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional*, 10. ed. comemorativa. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, *p. 772*.
[64] Cf. Valerio de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional*, *cit., p. 773*.

declarou a perda revogado, na forma definida pelo órgão competente do Poder Executivo"[65].

A requisição da nacionalidade gerará efeitos *ex nunc*. Apesar de haver na doutrina quem sustente que o *status* da nacionalidade readquirida devesse conservar a natureza da nacionalidade inicialmente existente, o novo *status* readquirido será de brasileiro naturalizado por se tratar de nova aquisição de nacionalidade[66]. Ainda que o processo de reaquisição seja menos burocratizado pelo fato de se tratar de uma pessoa nascida originariamente no Brasil, que seguramente possui importantes vínculos que lhe ligam ao país, as consequências e benefícios da nacionalização serão distintos dos atinentes à condição de brasileiro nato[67].

[65] Cf. BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração, *cit*
[66] Cf. Valerio de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional*, *cit., p. 778*.
[67] Valerio de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional*, *cit., p. 777*.

PARTE III

DIREITOS FUNDAMENTAIS, EMPRESAS, TRIBUTAÇÃO E ORÇAMENTOS

13. EMPRESAS TRANSNACIONAIS EM PAÍSES PERIFÉRICOS: POLÍTICA ECONÔMICA E INDICADORES SOCIAIS EM UM CONTEXTO DE RACISMO AMBIENTAL NA AGRICUTURA LATINO-AMERICANA[1]

TRANSNATIONAL COMPANIES IN PERIPHERAL COUNTRIES: ECONOMIC POLITICS AND SOCIAL INDICATORS IN A CONTEXT OF ENVIRONMENTAL RACISM IN LATIN AMERICAN AGRICULTURE

https://doi.org/10.36592/9786587424187-13

Érica Valente Lopes[2]

Resumo

Por meio do artigo, ora apresentado, pretende-se analisar a relação econômica e social adotada pelos países da América Latina e a entrada de empresas transnacionais e seus produtos na agricultura interna, como as sementes transgênicas e os agrotóxicos, sob a promessa de crescimento econômico e desenvolvimento humano nesses países. Há posicionamentos e argumentos em cada parcela envolvida, contudo, propõe-se a averiguar os dados estatísticos destas 'novas' formas de manusear a agricultura de forma a ampliar o debate na abordagem do direito à informação, à liberdade econômica, ao princípio da precaução, sem olvidar a saúde ambiental e a segurança alimentar. Respalda-se na preocupação ambiental contida no objetivo 12 da Organização para o Desenvolvimento Sustentável (ODS), integrante da Agenda 2030 das Nações Unidas. Visa guardar relação intrínseca à manutenção de uma produção e consumo sustentável, precursores da sadia qualidade de vida. No intuito de comprovar a hipótese, inicialmente expõem-se dados de crescimento econômico e desenvolvimento humano Latino-americanos, no fito de averiguar a efetividade social do alegado crescimento econômico. Após, analisa-se a forma de manuseio da agricultura num contexto de plantações transgênicas e uso combinado a agrotóxicos. Tem o escopo de averiguar a existência de racismo ambiental no campo. Por fim,

[1] Artigo desenvolvido na Disciplina de Direito Constitucional Comparado na América Latina ministrado pela Professora Dra. Gina Pompeu.

[2] Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa CNPQ – Relações Econômicas, Políticas, Jurídicas e Ambientais na América Latina – REPJAAL. **Lattes:** http://lattes.cnpq.br/5242391048637150

colacionam-se jurisprudências internacionais questionadoras desse modelo econômico. A metodologia envolve pesquisa interdisciplinar com orientação epistemológica na teoria crítica, a congregar teoria e práxis na articulação do Direito Ambiental e da Economia. O texto adota raciocínios indutivo e dedutivo, em pesquisa qualitativa, com as técnicas de análise documental, estatísticas e de revisão bibliográfica.
Palavras-chave: Empresas Transnacionais. América Latina. Racismo Ambiental. Crescimento Econômico. Desenvolvimento Humano.

Abstract

This article intends to analyze the economic and social relationship adopted by the Latin American countries and the arrival of transnational companies and their products into domestic agriculture, such as transgenic seeds and pesticides, under the promise of economic growth and human development in these countries. There are positions and arguments in each part involved, however, it is proposed to verify the statistical data of these 'new' ways of handling agriculture in order to broaden the debate on the right to information, economic freedom, the precautionary principle, without neglecting environmental health and food safety. It is supported by the environmental concern contained in Objective 12 of the Organization for Sustainable Development (SDG), part of the United Nations Agenda 2030, in order to maintain an intrinsic relationship to the maintenance of sustainable production and consumption, precursors of healthy quality of life. In order to prove the hypothesis, data are initially presented on Latin American economic growth and human development, in order to ascertain the social effectiveness of the alleged economic growth. After that, we analyze the way of handling agriculture in the context of transgenic plantations and combined use with pesticides This intends to verify the existence of environmental racism in the field. Finally, international jurisprudence questioning this economic model is collected. The methodology involves interdisciplinary research with epistemological orientation in critical theory, bringing together theory and praxis in the articulation of Environmental Law and Economics. The text adopts inductive and deductive reasoning, in qualitative research, with the techniques of document analysis, statistics and literature review.

Keywords: Transnational Companies. Latin America. Environmental Racism. Economic Growth. Human development.

Introdução

A agricultura, ao mesmo tempo que garante a subsistência alimentar do ser humano, é responsável por um emaranhado de relações políticas e econômicas, dentre as quais nem sempre a saúde pública e ambiental são o cerne da consternação. Como reflexo dessa conjuntura, acompanha-se o crescimento do mercado de sementes transgênicas e agrotóxicos no cultivo nas culturas alimentares humanas. Mercado capitaneado por empresas transnacionais, como: Monsanto, Syngenta, Dow Chemical, dentre outras.

Essas companhias possuem sede em países desenvolvidos da Europa e Estados Unidos, porém, com fábricas e filiais produtivas instaladas em países com desenvolvimento ainda não consolidado, leis amenas e população desinformada e vulnerável, os países periféricos, conforme intitulação concebida por Raúl Prebisch. Muitas dessas empresas estão instaladas na América Latina, o que se faz questionar a existência de uma nova forma de racismo ambiental. Como exemplo, utiliza-se o Brasil, uma das maiores agriculturas exportadoras de alimentos, em contrapartida o maior importador de agrotóxicos do mundo desde 2008, segundo pesquisa do Dossiê Abrasco de 2015.

Sabe-se que o crescimento econômico não é mais visto de forma isolada, mas unido à questão ambiental, ao desenvolvimento sustentável e à garantia de bem-estar social a culminar na integração do meio ambiente à conhecida tríade: Sociedade, Estado, Economia[3]. O surgimento das Constituições Ambientais, com ápice na Constituição do Equador e a titularidade dos direitos da natureza, resplandece o viés sustentável de que a natureza necessita ser preservada e remanejada pelo ser humano com os mínimos danos no fito de assegurar a proteção dos direitos fundamentais e direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado paras as presentes e futuras gerações.

[3] LANDA, César. **Principios de la Constitución Ambiental**. Revista de Direito Brasileira, v. 16, n. 7, p. 412-427, 2017.

O estudo científico objetiva analisar a relação econômica e a política adotada pelos países da América Latina relacionadas à permissão da entrada de empresas transnacionais e seus produtos na agricultura interna. Respaldadas pelo discurso do crescimento econômico, não se observam melhoras nas condições mínimas sociais de sobrevivência. Dá-se enfoque ao crescente uso de sementes transgênicas combinadas com agrotóxicos e o possível risco advindo da liberação de substâncias tóxicas em produtos alimentícios, repercutindo diretamente na saúde ambiental e segurança alimentar de um consumidor, muitas vezes, desinformado.

A importância da pesquisa tem suporte na seara internacional, destacada no objetivo 12 da Organização para o Desenvolvimento Sustentável (ODS), contido na Agenda 2030 das Nações Unidas (consumo e produção responsáveis), dentre outros documentos internacionais. Na América, a Convenção Americana de Direitos Humanos protege o meio ambiente sadio[4] e o Protocolo de São Salvador inseriu no rol de proteção da Convenção Americana uma série de direitos sociais, como o direito à alimentação adequada.

A metodologia envolve pesquisa interdisciplinar com orientação epistemológica na teoria crítica, a congregar teoria e práxis na articulação do Direito Ambiental e da Economia. O texto adota raciocínios indutivo e dedutivo, em pesquisa qualitativa, com as técnicas de análise documental, estatísticas e de revisão bibliográfica.

1 Empresas transnacionais e o falso do crescimento econômico latino-americano

Com o enrijecimento das leis pátrias, a escassez de bens naturais próprios e a globalização, empresas nacionais estrangeiras passaram a expandir seu raio de atuação para instalarem-se em países periféricos. Apesar do discurso da inserção de investimentos, geração de empregos, aquecimento da economia; as empresas transnacionais têm, crescentemente, sido envolvidas em casos de degradação ambiental, além de questionado crescimento econômico, no qual não se majora efetivamente o nível de desenvolvimento humano, conforme será visto no desenrolar desta seção.

[4] Art. 11.1 Toda pessoa tem direito a viver em ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos. 2. Os Estados-Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente.

Essa forma de desenvolvimento econômico, há anos é combatida e alertada por estudiosos e economistas como um crescimento econômico não real, mas que prevalece concentrada em parcela mínima detentora de recursos em detrimento do restante da população. Raúl Prebisch, nos estudos publicizados há mais de 50 (cinquenta) anos na CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina), reconheceu a ineficiência da industrialização e competitividade Internacional instalada pela política econômica dos países Latino-americanos[5]

O economista argentino percebeu que América Latina não seguia uma trajetória universal de desenvolvimento. A esses países intitula periféricos, com economia baseada na exportação de produtos primários, sem estímulo à industrialização, dotados de estrutura produtiva heterogênea (na medida em que existem setores com alta produtividade, agroexportadores e setores com baixa produtividade) e especializada, com produtos primários destinados à exportação. Alerta, também, sobre a incapacidade de o setor primário exportador difundir o progresso técnico para o restante da economia, o que encobre um falso crescimento econômico.[6]

---

[5] Convencido de la imperiosa necesidad de crear un conjunto de ideas coherente para analizar y pensar de manera específica los fenómenos de América Latina, Prebisch construyó un pensamiento propio a partir de una visión del desarrollo económico y de la inserción internacional de la región; en otros términos, mediante un acto creativo, intuitivo e inductivo que precede y también es condición previa a la investigación analítica, Prebisch concibió intelectualmente la dinámica del proceso de desarrollo en la región. (CALDENTEY, SUNKEL, OLIVOS, 2015, p. 05)
Tradução: Convencido da necessidade imperativa de criar um conjunto coerente de idéias para analisar e pensar especificamente sobre os fenômenos da América Latina, Prebisch construiu seu próprio pensamento a partir de uma visão de desenvolvimento econômico e da inserção internacional da região; Em outras palavras, através de um ato criativo, intuitivo e indutivo que precede e é também um pré-requisito para a pesquisa analítica, Prebisch concebeu intelectualmente a dinâmica do processo de desenvolvimento na região.

[6] Prebisch (1981) sostenía que “el capitalismo periférico se basa fundamentalmente en la desigualdad. Y la desigualdad tiene su origen [...] en la apropiación del excedente económico que captan principalmente quienes concentran la mayor parte de los medios productivos”. Esta afirmación no pierde vigencia 30 años después, a la luz de los indicadores de distribución del ingreso. Los procesos de concentración se han agudizado con la globalización, en favor de los grupos económicos locales y transnacionales. Se hace más imperativo y complejo superar la desigualdad y la lenta difusión del progreso técnico en la periferia, requisito fundamental para llevar adelante una transformación productiva con equidad, como lo ha venido sosteniendo la CEPAL después de Prebisch desde los años noventa. (CALDENTEY, SUNKEL, OLIVOS, 2015, p. 32)
Tradução: Prebisch (1981) argumentou que "o capitalismo periférico é fundamentalmente baseado na desigualdade. E a desigualdade tem sua [...] origem na apropriação do excedente econômico que é captado principalmente por aqueles que concentram a maior parte dos meios produtivos ". Esta declaração não perde sua validade 30 anos depois, à luz dos indicadores de distribuição de renda. Os processos de concentração tornaram-se mais agudos com a globalização, em favor de grupos econômicos locais e transnacionais. Torna-se mais imperativo e complexo superar a desigualdade e a lenta difusão do progresso técnico na periferia, um requisito fundamental para realizar uma transformação produtiva com eqüidade, como a CEPAL vem apoiando desde Prebisch desde os anos 90.

Por outro lado, afirma estarem os países de centro, dotados de estrutura produtiva homogênea, com produtividade em níveis similares em todas as atividades e diversificada, composta por um amplo espectro de atividades econômicas. Isso por que o progresso técnico difunde-se para a totalidade do aparelho produtivo de forma breve, o que reflete no aumento real de salários, de forma a impulsionar as inovações tecnológicas que são destinadas a substituir trabalho por capital. Conforme se pode inferir da tabela a seguir:

■ Cuadro 1 ■
AMÉRICA LATINA: TASAS MEDIAS DE CRECIMIENTO ANUAL DEL PIB PER CÁPITA, 1941-1959
(En porcentajes)

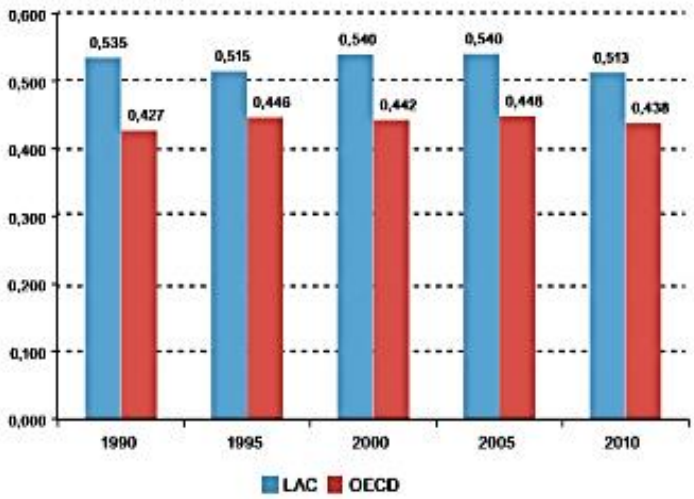
Países	1941-1949	1950-1959
Argentina	2,3	0,8
Bolivia (Estado Plurinacional de)	0,6	-1,7
Brasil	1,6	3,6
Chile	1,5	1,3
Colombia	1,6	1,8
Costa Rica	4,7	2,8
Ecuador	4,1	2,4
El Salvador	9,3	1,8
Guatemala	0,3	0,5
Honduras	1,5	-0,1
México	3,7	3,1
Nicaragua	4,2	2,4
Panamá	-2,2	1,8
Paraguay	0,6	-0,7
Perú	2,5	3,0
República Dominicana	3,0	3,4
Uruguay	2,5	1,0
Venezuela	6,7	2,9
Promedio	2,7	1,7

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de cifras oficiales.

Corrobora com entendimento de Prebisch, o sociólogo, Alain Touraine, que na obra "Palavra e Sangue" também alerta para o falso desenvolvimento econômico da América Latina e o faz a elencar elementos negativos e positivos do crescimento econômico exponencial na década de 60. Expansão que não observou aumento nos índices de desenvolvimento humano, de forma a permanecer a discrepância social no seio da população, contendo pessoas sem condições dignas de sobrevivência, uma vez que os direitos sociais não foram implementados com efetividade durante esses anos, por outra via, a permanecerem os investimentos concentrados nas mãos de pequena parcela da população[7].

[7] TOURAINE, Alain; POLETI, Iraci D. **Palavra e sangue: política e sociedade na América Latina.** Ed. da UNICAMP, 1989.

■ Gráfico 7 ■
AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE Y OCDE, COEFICIENTE DE GINI, 1990-2010
(Promedios simples por región)



Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos de la CEPAL y la OCDE.

Conforme visto, à internacionalização do comércio, confere uma permissão velada de que países estrangeiros invistam, mas também, às custas das riquezas naturais abundantes em países latinos e pouco desenvolvimento social. Consternação que motivou as Organizações das Nações Unidas a publicarem, em junho de 2011, "Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos", elaborados pelo Professor John Ruggie, Secretário-Geral das Nações Unidas em exercício. Dentre estes, destacam-se os princípios operacionais relacionados com a interação entre políticas públicas, empresas, respeito à proteção ambiental e aos direitos humanos [8]. Neste sentido, não se pode olvidar a finitude da natureza e de seus recursos ecológicos, que, vindo à escassez, culminará no que Garrett Hardin alertou ser a "tragédia dos comuns", caso não sejam repensados os valores humanos econômicos dos povos Latino-americanos.

[8] PRINCÍPIO 3
Em cumprimento de sua obrigação de proteger, os Estados devem:
A. Fazer cumprir as leis que tenham por objeto ou por efeito fazer as empresas respeitarem os direitos humanos, avaliar periodicamente se tais leis resultam adequadas e remediar eventuais lacunas;
B. Assegurar que outras leis e diretrizes políticas que regem a criação e as atividades das empresas, como o direito empresarial, não restrinjam mas sim que propiciem o respeito aos direitos humanos pelas empresas;
C. Assessorar de maneira eficaz as empresas sobre como respeitar os direitos humanos em suas atividades;
D. Estimular e se for preciso exigir que as empresas informem como lidam com o impacto de suas atividades sobre os direitos humanos.

2 Racismo ambiental no campo

Aborda-se o termo "racismo ambiental", frequentemente, para situações de perigo ou desastres ambientais consolidados. Ambos refletem a aplicação *in concreto* do principio do poluidor-pagador, entretanto, pode-se evitar o dano socioambiental caso seja aplicado o princípio da precaução. Dessa forma, o que se propõe expor na seção em deslinde são situações de racismo ambiental na agricultura, mais precisamente, nos campos de países da América Latina.

2.1 Origem do termo

A expressão, empregada primordialmente por Benjamim Chavis, em 1982, em decorrência da contaminação por rejeitos químicos tóxicos no ambiente em que viviam negros norte-americanos descendentes de escravos, no Condado de Warren, Carolina do Norte. A localidade era utilizada para descarte de produtos químicos há mais de dez anos. No momento em que foi descoberto pelas autoridades o alto teor tóxico da substância, optaram por deixá-la em operação até atingir a capacidade máxima para, somente após, desativar o depósito.

No caso real explicitado, nota-se que, em momento algum, a decisão das autoridades considerou a qualidade de vida da população local ou eventuais danos à saúde desta. Esse tipo de comportamento traduz o descaso e a sensação de impunidade de empresas que, durante sua atividades, denegriram o meio ambiente próximo à moradias de populações vulneráveis, quer por sua pobreza, quer pela falta de conhecimento, ou mesmo, pelo estigma de marginalizado à sociedade.[9]

Com o passar dos anos, o movimento liderado por Chavis ampliou a abrangência dos pacientes, pois foi notado que comunidades indígenas, quilombolas, pescadores regionais, populações imigrantes, latinos e asiáticos eram também alvo da discriminação e da ausência de preocupação ambiental pelas autoridades. Este aumento instigou a preocupação existente na Conferência das Nações Unidas sobre o

[9] CHAVIS, Benjamin. **Toxic Waste and Race in the United States. Comission for Racial Justice, 1987**. Disponível em: <www.ucc.org/about-us/archives/pdfs/toxwraces87.pdf.> Acesso em: 03 jun 2019.

Meio Ambiente, ECO 92, a colaborar com a criação do Grupo de Trabalho de Racismo Ambiental, em 2005, integrante da Rede Brasileira Ambiental, originada em 2002.

A esta ampliação da abrangência, novas situações perpassadas por populações vulneráveis e sem voz encaixaram no termo, tal como se vê no *modus operandi* da Agricultura em países latinos. Empresas de países que não possuem terras em extensão para plantio ou políticas estatais mais rigorosas frequentemente migram para os que não oferecem essa política econômico-social. Disso surgem as empresas transnacionais e o racismo ambiental no campo Latino-americano, que será abordado no tópico a seguir:

2.2 O Incentivo ao Cultivo de Sementes Transgênicas e Agrotóxicos em Países Periféricos

Sabe-se que, com o desenvolver da indústria de alimentos, a ânsia pela produção da riqueza, trouxe à tona a discussão dos riscos oriundos das inovações alimentícias[10]. A liberação descontrolada do registro de agrotóxicos, em oposição aos estudos existentes pela sua periculosidade, ou mesmo, a aprovação destes sem estudos técnicos conclusivos, faz inserir a coletividade em uma sociedade de incertezas, na qual mercantilizam-se os riscos em prol da produção social da riqueza numa decisão, muitas vezes, política em que o direito fundamental necessariamente a ser protegido é posto em situação social de ameaça[11].

Nesse interim, insere-se o racismo ambiental no contexto politico das culturas agrícolas brasileiras. Países como a Alemanha, sede da Bayer e Monsanto (incorporada em 2016); Suiça, onde Syngenta está situada, não utilizam seus produtos no local de origem, mas destacam-se em vendas, lucros provenientes de suas empresas em países periféricos. Isso, pois, a União Europeia detém uma política rígida em relação ao cultivo, uso de pesticidas, o que não ocorre no Brasil, cuja agricultura é pioneira, desde 2008, na aquisição de agrotóxicos.

As empresas transnacionais adentram os países com a promessa de trazerem desenvolvimento econômico, empregos e oportunidades, contudo, o que está por trás do discurso é a realidade da necropolítica, defendida pelo teórico político camaronês,

[10] BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade.** 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 15.
[11] BECK, Ulrich. op. cit., p.23-28.

Achille Mbembe. Por meio do discurso do crescimento econômico, o qual sabe-se ser para parcela ínfima da população, justifica-se à entrada de culturas agressivas, intoxicantes a serem implantadas em solos nos quais vivem populações não informadas, vulneráveis e, portanto, permitidas a morrer[12].

A necropolítica apresenta-se num contexto em que se sabe previamente os possíveis danos de uma medida econômica, porém, prefere-se investir em países com leis mais brandas e povos desinformados. Mascara-se a realidade em detrimento dos malefícios a quem é previamente sentenciado a morrer. Essa forma de manejo político ocorre, com frequência, nos locais em que se instaura o racismo ambiental.[13]

Em junho de 2018, o Ibama (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) embargou o plantio ilegal de soja transgênica em terras indígenas no Mato Grosso (MAISONNAVA, 2019). Entretanto, o posicionamento do chefe de estado em exercício e da Ministra da Agricultura não foi de repressão, mas de contentamento pela revolução indigenista na produtividade da agricultura ao dissabor de uma das causas de danos à saúde preponderantes entre os índios, *vide* tabela abaixo:

Tabela 2 – Relação entre populações e principais agravos/danos à saúde*

Agravos e danos à saúde \ Populações atingidas	Povos indígenas	Quilombolas	Pescadores artesanais	Moradores de locais inóspitos	Total
Violências (ameaças, assassinatos, coações físicas e lesões corporais)	48	41	14	5	108
Doenças não transmissíveis	28	13	17	65	123
Insegurança alimentar	32	31	16	5	84
Falta de atendimento médico	32	31	0	10	73
Doenças transmissíveis	31	6	3	13	53
Desnutrição	18	6	3	2	29
Total	189	128	53	100	470

* Cada conflito pode estar associado a diversos tipos de agravos ou danos à saúde simultaneamente.
Fonte: Elaborado pelos autores com base nos dados do Mapa de Conflitos Envolvendo Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil.

[12] [...] pressupõe que a expressão máxima da soberania reside, em grande medida, no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer.1 Por isso, matar ou deixar viver constituem os limites da soberania, seus atributos fundamentais. Exercitar a soberania é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação de poder. (MBEMBE, 2018 , p. 123).

[13] Diante de risco significativo para a vida humana e para o meio ambiente a informação deve ser prestada imediatamente. A informação há de ser capaz de dar a dimensão do perigo captado pelo órgão informante, como deve dar sugestões válidas e aptas para um comportamento seguro dos informados. [...]
A informação ambiental abarca o direito difuso ou coletivo. O meio ambiente é de quem procura, deseja ou quer a informação, como é também de quem está apático, inerte, ou não pediu para ser informado. Os interesses difusos ambientais sempre existiram, mas não eram classificados como direitos. Por isso ficavam na categoria de coisas abandonadas ou coisas de ninguém, e acabavam degradando-se, pois não se dava oportunidade para "qualquer do povo" tomar consciência do que ocorria com seu "meio ambiente". (MACHADO, 2018, p. 97-98).

A crescente inserção de sementes transgênicas e agrotóxicos combinados despertou o interesse dos cientistas, mais precisamente, biólogos, economistas, geógrafos. Como fruto das pesquisas e averiguações, em 2017, Larissa Bombardi publicou estudo estatístico e qualitativo da situação do Brasil enquanto permissivo a essa política, o "Atlas da Geografia do Uso de Agrotóxicos no Brasil e Conexões com a União Europeia", propositalmente lançado na Alemanha no ano de 2019.

Dentre os exemplos citados por Larissa Bombardi[14] está o do ingrediente ativo acefato, proibido na Europa, o terceiro mais vendido no Brasil. Mesmo com o Relatório Técnico da Anvisa, que concluiu pela acentuada neurotoxicidade, restou aprovado pelo Ministério da Agricultura, numa clara infração ao artigo 3º, §4º da Lei nº 7.802 de 1989 (Lei dos Agrotóxicos), cujo conteúdo giza pela responsabilidade da autoridade responsável que não tomar imediatas providências frente ao alerta de risco proveniente de outros órgãos internacionais afins.

Ainda nesta senda, alguns dos registros mais recentes contêm princípios ativos já autorizados para uso, mas sem avaliação da periculosidade toxicológica e dos riscos de suas combinações. Portanto, não se sabe o impacto a ser gerado da liberação dessas centenas de produtos ao meio ambiente e à saúde da população. Pesquisas científicas apontam que os alimentos absorvem os agrotóxicos, alguns em maior quantidade que outros, o que traz à tona o alerta do perigo à segurança alimentar.

Segundo o Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos[15], um terço dos alimentos cotidianos brasileiros estão contaminados pelos agrotóxicos. A Organização Mundial da Saúde estima 20 mil mortes por ano por conta da manipulação e consumo direto de agrotóxicos. Se for levada em conta as aproximadas 500 mil toneladas de agrotóxicos utilizadas na agricultura, a isso equivale 7 litros de consumo por brasileiro ao ano.

Na contração da política econômica aplicada em países latinos, como o Brasil, há o projeto de lei nº 6.670 de 2016 que institui a Política Nacional de Redução de Agrotóxicos – PNARA, a primar pela defesa do meio ambiente, da saúde pública e, consequentemente, a melhorar a qualidade de vida e os índices de desenvolvimento

---

[14] BOMBARDI, Larissa. **Atlas: Geografia do Uso de Agrotóxicos no Brasil e Conexões com a União Europeia**, 2017.

[15] ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos (PARA). Relatório de Atividades de 2011 e 2012**. Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2013.

humano. Contudo, apesar de existir a inciativa na propositura de leis benéficas à sociedade, os países de centro avançam ao patamar dos tribunais de justiça.

2.3 Precedentes Jurisprudenciais Interamericanos

A jurisprudência tem evoluído no que tange à proteção ambiental, fenômeno que passou a ser denominado "greening" ou esverdeamento. Os órgãos interamericanos, como a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) atuam de forma independente e autônoma a promover a observância e defesa dos direitos humanos dos países signatários situados no continente Americano, a atuar como órgão consultivo e contenciosa, respectivamente.

Alguns dos casos enfrentados na Corte Interamericana demonstram a mudança no comportamento da sociedade latina que busca, por intermédio do órgão, a mudança do quadro de exploração em que se encontra e um novo posicionamento jurídico da comissão de 7 (sete) juízes integrantes. A citar exemplos, há dois casos em que o esverdeamento pautou-se no cerne da discussão, como o caso "Comunidade de La Oroya vs. Peru" e "Claude Reyes e outros vs. Chile". No primeiro, a Corte deferiu medidas cautelares para evitar o agravamento do quadro de poluição, proveniente de um complexo metalúrgico, especialmente a visar a proteção da saúde dos habitantes em uma cidade de trinta mil habitantes. O segundo, tratou de situação de desflorestamento de áreas e a sentença garantiu o direito à informação na seara ambiental, pois os cidadãos possuem o direito em saber a data, legalidade e amplitude de investimentos estrangeiros que promovam degradação ambiental.

Vislumbra-se, na América Latina, algumas mudanças no comportamento das populações vulneráveis e passivas a uma realidade de racismo ambiental. Na política dessa transmutação, o Brasil formalizou convite para que a Comissão Interamericana efetivasse uma visita *in loco*, realizada em novembro de 2018. Objetivava-se analisar a situação dos direitos humanos no país. Entretanto, na visita realizada à aldeia Açaizal no Pará, a equipe foi recebida de forma intimidatória pelos produtores de soja do Planalto Santareno, que tentaram impedir a realização da reunião com o povo indígena em vias de expulsar o comissariado da região.

O ocorrido reflete a situação de grave conflito e violência promovida pelos setores ligados ao agronegócio, que historicamente atuam no sentido da apropriação e

pilhagem das terras e territórios dos povos tradicionais, originários, e dos povos do campo do Oeste do Pará em geral. A conclusão, externada no Comunicado nº 238/2018, ressalta a situação violenta, precária e de risco que os trabalhadores rurais se encontram[16]:

As decisões judiciais nos países de centro, conforme divisão trazida por Raúl Prebisch, desenvolveram-se em maior grau, vez que a população tem acesso efetivo à informação e maior conscientização ambiental, ambos reflexos da junção do crescimento econômico e desenvolvimento humano elevados. Notam-se que suas decisões, não necessariamente, adentram a Corte Europeia, mas resolvem-se nas cortes jurisdicionais internas ou, até mesmo, em sede executiva exarada por decisões políticas.

A exemplo, a França proibiu, em 2019, os agrotóxicos neonicotinoides, por enfraquecerem o sistema imunológico das abelhas, podendo levá-las à morte. Isso ocorreu devido a observância de perda de até 30% do número do inseto no inverno. Assim como, na Áustria, o pesticida glifosato está proibido desde 2019 e, na França, a partir de 2022. O princípio ativo ainda se encontra sob processo de reavaliação no Brasil.

Ressalta-se que a substância é alvo de milhares de ações judiciais movidas por fazendeiros norte-americanos que desenvolveram câncer e possuem laudos periciais médicos comprovando a relação entre a doença e o contato com o glifosato, vendido sob o nome Roundup (BOMBARDI, 2017, p.38). A empresa alemã Bayer sofreu condenação a pagar US$ 289 milhões e está recorrendo.

Nessa esteira, o Tratado de livre comércio entre a União Europeia e o Mercosul, celebrado em Junho de 2019, sofreu restrições econômicas pela França que recusa-se a transacionar com o Brasil, por possuir política ambiental discrepante frente à proteção socioambiental francesa. Argumentou pelo risco que o alimento brasileiro traz à saúde europeia pelo alto uso de agrotóxicos, inclusive, de alguns proibidos no

[16] 18. A CIDH quer chamar a atenção para algumas situações urgentes que exigem das autoridades nacionais e da sociedade em seu conjunto a devida visibilidade, atenção e solução urgente:
[...]
c. a violência no campo que afeta trabalhadores rurais que lutam pelo direito à terra, e as condições de trabalho a que muitos desses trabalhadores são submetidos, por vezes extenuantes, trabalhando em situações análogas à escravidão. Além disso, é alarmante a insegurança que atinge a muitos em razão do uso indiscriminado e sem a devida proteção de substâncias químicas como agrotóxicos e outros defensivos que afetam sua saúde e colocam em risco suas vidas.

país, como também, na desigualdade concorrencial, pois os franceses possuem legislações mais rígidas relacionadas à agricultura e à segurança alimentar.[17]

As pressões comerciais são uma resposta à "Tragédia dos Comuns", de Garret Hardin, pois trazem novos paradigmas de escolha entre produzir mais, à custa da degradação do bem comum ambiental ou na elevação do índice de desenvolvimento humano, na conferência do patamar mínimo civilizatório à população, refletindo nos índices de crescimento econômico real e não no enriquecimento de parcela da população.

Considerações finais

Por meio de estudo bibliográfico, documental e na análise qualitativa de dados estatísticos disponibilizados por órgãos oficiais, analisou-se a estrutura político econômica a permitir a entrada de empresas transnacionais em solos brasileiros de maneira a inserir uma cultura agrícola baseada no aumento da produtividade a despeito da poluição dos ecossistemas e do risco à saúde ambiental e à segurança alimentar.

Inseridas num contexto social econômico de racismo ambiental, as empresas transnacionais optam por instalarem-se em países periféricos da América Latina devido a não rigidez das leis, a fiscalização ineficaz e pouca insurgência coletiva. Sob a afirmação do impulsionamento e crescimento da economia local, findam por degradar a natureza e a não observar os princípios ambientais, como o da precaução e prevenção.

O que se observa, a partir da análise de dados e estudos de economistas, sociólogos e juristas é que o alegado crescimento econômico concentra-se em uma ínfima parcela da população Latino-americana. Vale ressaltar que a América Latina ainda apresenta baixo desenvolvimento humano. Excetua-se o Chile que já alcançou o

[17] De forma complementar, o Greenpeace publicou em 2017 um estudo sobre a presença de agrotóxicos em alimentos básicos como mamão formosa, tomate, couve, pimentão verde, banana, café e arroz. Os resultados demonstraram que 60% das amostras continham resíduos de agrotóxicos e 36% apresentavam algum tipo de irregularidade. Diversos alimentos revelaram resíduos de mais de um tipo de agrotóxico, podendo acarretar no que é conhecido como "efeito coquetel": a mistura de diferentes substâncias químicas que levam a efeitos desconhecidos e dificultam o tratamento dos danos que provocam (GREENPEACE, 2017). É valido destacar ainda que dos 23 diferentes agrotóxicos encontrados, um é proibido no Brasil e dez são proibidos na Europa e em países como Austrália, Canadá e Estados Unidos. (PREISS, VASCONCELOS, SCHNEIDER, 2018, p. 44)

índice 0,84. Desta forma, conclui-se que os países Latino-americanos ainda não modificaram sua forma de crescimento econômico, o que perfaz ainda serem denominados como países periféricos, pois, apesar de dotarem de economia em crescimento, não desenvolveram os índices humanos sociais de qualidade de vida da população.

O que se vislumbra, na realidade, é a permanência como países monocultores de exportação a sacrificar população vulnerável e desinformada dos riscos advindos da cultura agrícola reinante baseada em sementes transgênicas e agrotóxicos em detrimento da saúde ambiental e da segurança alimentar. Contudo, aponta-se uma mudança no perfil e comportamento do cidadão exposto a esse modelo de política econômica por intermédio do crescimento de decisões judiciais favoráveis à tutela ecológica equilibrada.

Cumpre, por fim, enaltecer o empenho das Nações Unidas ao definirem os 17 ODS, dos quais 8 (oito) são relacionados às questões ambientais, bem como a decisão em promover política e pressão positiva para que as empresas adotem o modelo de Responsabilidade Social que concilie lucro e respeito aos Direitos Humanos e Fundamentais.

Referências

ABRASCO. Associação Brasileira de Comércio Orgânico**. Dossiê Abrasco 2015: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde.** Disponível em: <http://www.abrasco.org.br/dossieagrotoxicos/wp-content/uploads/2013/10/DossieAbrasco_2015_web.pdf> Acesso em: 26 mar 2019.

ABRASCO. Associação Brasileira de Comércio Orgânico. **Dossiê Científico e Técnico contra o Projeto da Lei do Veneno 6299/2002.** Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/wp-content/uploads/2018/08/DOSSIE_NOVO_26_JULHO_Final-compressed2.pdf> Acesso em: 26 mar 2019.

ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos (PARA). Relatório de Atividades de 2011 e 2012**. Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária; 2013.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade.** 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

CALDENTEY, Esteban; SUNKEL, Osvaldo; OLIVOS, Miguel. **Raúl Prebish (1961-1986): Un Recorrido por las Etapas de su Pensamiento sobre el Desarollo Economico**. CEPAL: Nações Unidas, 2015.
CHAVIS, Benjamin. **Toxic Waste and Race in the United States. Comission for Racial Justice, 1987**. Disponível em: <www.ucc.org/about-us/archives/pdfs/toxwraces87.pdf.> Acesso em: 03 jun 2019.

ESTORNINHO, Maria João. **Segurança Alimentar e Protecção dos Consumidor de Organismos Geneticamente Modificados.** Coimbra: Edições Almedina, 2008.
FURTADO, Celso**. Estado e Empresas Transnacionais na industrialização periférica**. Revista de Economia Política. Vol 1, nº 1, jan-março, 1981.

GOMES, Carla Amado. **Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Protecção do Ambiente.** Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

HARDIN, Garrett. **The tragedy of the commons.** Science, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, 1968.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte.** São Paulo: N-1 Edições, 2018.

MELLO, João Ozório. **Tribunais dos EUA Condenam Duas Grandes Fabricantes de Agrotóxicos.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/tribunais-eua-condenam-duas-grandes-fabricantes-agrotoxicos>. Acesso em: 28 jun 2019.

NETO, Roberto Grassi. **Segurança Alimentar da Produção Agrária à Proteção do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2014.

OEA, Organização dos Estados Americanos. **CIDH conclui visita ao Brasil.** Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2018/238.asp>. Acesso em: 23 jun 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável,** 2015.

_____. **Empresas e Direitos Humanos: Parâmetros da ONU para Proteger, Respeitar e Reparar Relatório Final de John Ruggie – Representante Especial do Secretário- Geral**. São Paulo, 2012.

_____. **Relatório Anual do Programa das Nações Unidas do Brasil**, 2017.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PORTO, Marcelo Firpo; PACHECO, Tania; LEROY, Jean Pierre., orgs. **Injustiça Ambiental e saúde no Brasil: o Mapa de Conflitos.** Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2013.

PREISS, Potira; VASCONCELOS, Fernanda; SCHNEIDER, Sérgio. **Relatório Verde 2018: Agricultura e Alimentação para o Século 21 – Novas Referências, Desafios e Perspectivas**, 2018.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira Ribeiro; PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de Pinho. **Os Contratos Internacionais no Agronegócio Brasileiro: A Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadoria (CISG) e os Projetos do Código Comercial.** Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **O "Esverdeamento" da Convenção Européia de Direitos Humanos: Vícios e Virtudes**. vol. 10, nº. 02, Rio de Janeiro, 2017.

TOURAINE, Alain; POLETI, Iraci D. **Palavra e sangue: política e sociedade na América Latina.** Ed. da UNICAMP, 1989.

WELLE, Deutsche. **França proíbe cinco inseticidas para preservar meio ambiente e vida das abelhas.** Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2018/08/30/franca-proibe-cinco-inseticidas-para-preservar-meio-ambiente-e-vida-das-abelhas.ghtml>. Acesso em: 04 de jul 2019

14. DIREITO E ECONOMIA: UMA ANÁLISE TRIBUTÁRIA E ORÇAMENTÁRIA EM JUAZEIRO DO NORTE/CE, BRASIL

RIGHT AND ECONOMY: A TRIBUTARY ANALYSIS AND BUDGETARY IN JUAZEIRO DO NORTE/CE, BRAZIL

https://doi.org/10.36592/9786587424187-14

Anderson Alcântara de Medeiros[1]
Francisco Roberto Dias de Freitas[2]

Resumo

Materializado no CTN, o tributo é visto como uma prestação pecuniária expressando uma relação de obrigação tributária principal envolvendo um credo ou sujeito ativo e um sujeito passivo. É nesse sentido que o estudo analisa economicamente a tributação em Juazeiro do Norte/CE no interstício de 2013 a 2015. Para as etapas que compõem os procedimentos metodológicos, o método fenomenológico é recorrente durante o desenvolvimento da pesquisa. Em seguida foram coletadas informações e dados junto ao portal de transparência do município de Juazeiro do Norte/CE, bem como realizou-se uma análise descritiva da relevância da arrecadação dos impostos de competência municipal. Para uma melhor compreensão acerca do assunto, verificou-se uma pesquisa bibliográfica que serviu como instrumento para uma análise mais eficiente da situação socioeconômica de Juazeiro do Norte/CE. Como ferramenta para se corrigir a inflação entre os períodos analisados e assim obter uma conclusão mais eficiente, utilizou-se o IPCA que é o índice inflacionário oficial no país, avaliando assim não apenas em termos absolutos os diferentes anos, mas comparando-os frente a um ajuste inflacionário temporal.

Palavras - Chave: Lei; Constituição; Tributação; Direito; Imposto.

[1] Professor do Departamento de Economia da Universidade Regional do Cariri, Crato/CE (Brasil). Bacharel em Ciências Econômicas por esta Instituição de Ensino Superior (IES). Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Damásio. E-mail: andersonalcmed@hotmail.com

[2] Professor do Departamento de Economia da Universidade Regional do Cariri, Crato/CE (Brasil). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). E–mail: profrobertodias@gmail.com

Abstract

Materialized in the CTN, the tax is seen as a pecuniary benefit expressing a relation of principal tax obligation involving a creed or active subject and a taxable person. It is in this sense that this the study economically analyzes taxation in Juazeiro do Norte / CE in the interstitice from 2013 to 2015. For the steps that make up the methodological procedures, the phenomenological method is recurrent during the development of the research. Next, information and data were collected from the transparency portal of the municipality of Juazeiro do Norte / CE, as well as a descriptive analysis of the relevance of municipal tax collection. For a better understanding on the subject, a bibliographical research was also carried out and served as an instrument for a more efficient analysis of the socioeconomic situation of Juazeiro do Norte / CE. As a tool to correct inflation between the periods analyzed and obtain a more efficient conclusion, the IPCA was used, which is the official inflation index in the country, thus evaluating not only in absolute terms the different years, but comparing them with a temporary inflation adjustment.

Keywords: Law; Constitution; Taxation; Right; Tax.

1 Introdução

Conforme o art. 3º da Lei nº 5.172 de 25/10/1966 publicada no Diário Oficial da União (DOU) em 27/10/1966 o conceitua o tributo como *"toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada"*[3]. Diante dessa definição, podem-se deduzir muitas características e peculiaridades dos tributos.

A primeira importante característica retirada direto da definição de tributo trazida pelo CTN é que este é uma prestação pecuniária. Para[4] a prestação pecuniária é o objeto de uma relação de obrigação tributária principal envolvendo um credor ou sujeito ativo e um sujeito passivo. O primeiro corresponde ao Fisco ou Fazenda que tem o direito de exigir tributo decorrente de uma competência constitucional. Já o

[3] BRASIL *Código Tributário Nacional*. 2ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012

[4] MARTINS, Alan; SCARDOELLI, Dimas Yamada. *Direito Tributário Para Concursos*. 2ª Ed. Rev. Atul. e Ampl. Salvador/BA: Editora *Jus* Podivm, 2017.

segundo deve levar o dinheiro aos cofres públicos, podendo ser um contribuinte pessoa que tenha relação pessoal e direta com o fato gerador ou um responsável (um terceiro constante em lei, não contribuinte, vinculado ao fato gerador).

Depreende-se a partir desta definição também que o tributo é uma prestação compulsória. Dada esta informação, conclui-se que o tributo não é contratual, voluntária ou facultativa. Uma das mais marcantes características do tributo é exatamente a sua obrigatoriedade, sendo impossibilitado ao contribuinte a não opção pelo pagamento do tributo, uma vez que este possui natureza não voluntária.

Tributo não pode ser confundido com multa, assim como multa não pode ser considerado tributo. Multa é uma resposta do Direito a um ato realizado em desconformidade com os princípios legais. De forma mais simples, multa é uma punição – sanção – ao descumprimento de algo previsto em lei. A multa pode surgir do descumprimento de uma obrigação tributária, seja esta uma obrigação tributária principal – obrigação de pagar – ou seja, esta uma obrigação tributária acessória – obrigação de fazer.

Verifica-se através do parágrafo 1º do art. 45 do Código Penal (CP)[5] sob o Decreto-Lei nº 2.848/1940, a multa simbolizando a prestação pecuniária e

> consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

Por sua vez, o tributo como princípio da legalidade deve ser instituído por lei. A cobrança de algo não previsto em lei não pode ser considerada correta e consequentemente, o valor cobrado não pode ser considerado tributo, haja vista que tributo é uma prestação instituída em lei. Conforme o CTN, o mesmo compreende uma prestação cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Logo, cabe o destaque ao fato de que esta cobrança não é ato discricionário, ou seja, não depende dos requisitos da oportunidade e conveniência. Uma vez instituído por lei e passado a vigorar, o tributo deve ser cobrado sem a análise subjetiva do poder público. Por ser uma prestação cobrada por lançamento, não é auto executório. Assim sendo, o inadimplemento deve ser discutido judicialmente, não podendo o poder

[5] BRASIL. *Código Penal.* Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

público se utilizar de meios coercitivos que visem compelir o contribuinte a efetuar o recolhimento do gravame[6].

Os tributos são regidos pelos princípios do Direito Tributário, que são normas constitucionais que limitam o poder de tributar e regulam a prática da competência tributária. Dentre os principais princípios, tem-se o Princípio da Legalidade, o Princípio da Isonomia ou Igualdade, o Princípio da Capacidade Contributiva, o Princípio da Vedação ao Confisco, o Princípio da Irretroatividade, o Princípio da Uniformidade Geográfica, o Princípio da Não Cumulatividade dentre outros mais, fazem com que alguns valores tenham maior representatividade e eficiência no ordenamento jurídico. Vale ressaltar que para que um tributo seja considerado constitucional, este deve estar inserido em todos esses princípios, de forma que o desrespeito a qualquer um deles enseja na inconstitucionalidade da cobrança do mesmo.

O Princípio da Legalidade tem sua base constitucional no art. 150, I da Constituição, que estabelece que *"é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça"* [7] Se não houvesse esse princípio, a população teria pouca segurança quanto aos tributos cobrados, pois o Estado teria poder absoluto de criação de tributos, o que tornaria a carga tributária brasileira ainda mais pesada.

Quanto ao Princípio da Isonomia ou Igualdade, temos que a igualdade jurídica dos cidadãos é proclamada no art. 5º da Constituição, que *afirma "todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza"*[8]. O fato é que esta igualdade de tratamento é vista de forma que o Estado não pode tratar os iguais de maneira diferente, assim como também não pode tratar os desiguais de maneira uniforme. Logo, a regra é tratar os iguais entre si da mesma forma e estabelecer formas diferentes de tratamento para os desiguais entre si, de forma a trazer uma justiça social.

Esta noção de tratamento desigual entre os desiguais é fortalecida pelo Princípio da Capacidade Contributiva, respaldo no art. 145, parágrafo primeiro, da Constituição de 1988. A redação se dirige literalmente aos impostos, circunstância erigida como importante para aqueles que entendem a capacidade contributiva como

[6] SABBAG, Eduardo de Moraes. *Elementos do Direito Tributário*. 8ª Ed. São Paulo: Premier máxima, 2006.
[7] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Lex, 1998.
[8] Idem.

princípio aplicável somente a esse tipo de tributo[9].

O Princípio da Vedação ao Confisco afirma que para a cobrança dos tributos é necessário a aplicação de uma razoabilidade por parte do Estado. O fato é que a cobrança do tributo não pode ser excessiva e antieconômica, devendo o Estado, de modo geral, não instituir tributo que ultrapasse o patrimônio pessoal do contribuinte. Este princípio não se aplica em relação aos impostos extrafiscais e nem ao imposto sobre produtos industrializados.

O Princípio da Irretroatividade veda a incidência de tributos sobre fatos geradores ocorridos antes da vigência da lei. Ou seja, para que a incidência de um tributo seja considerada constitucional, é necessário que o fato gerador tenha ocorrido depois da data em que a lei que o institui entre em vigor. Consoante[10]foi elevado à categoria de princípio constitucional na Constituição de 1988, e uma vez prescrito literalmente no texto constitucional, restou consagrado como especialização de direitos e garantias individuais, perfazendo o que usualmente se costuma chamar de estatuto do contribuinte.

No que diz respeito o Princípio da Uniformidade Geográfica proíbe que a União estabeleça qualquer vantagem entre as regiões na instituição de um tributo. Vale ressaltar que estas diferenças somente são aceitas se em favor de regiões que apresentem notadamente, um menor desenvolvimento. No caso dos incentivos fiscais, [11] afirma que essa diferenciação gira em torno da promoção do equilíbrio socioeconômico entre as regiões do Brasil e cita como exemplo a zona Franca de Manaus.

O Princípio da Não Cumulatividade se aplica a três impostos: Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e impostos residuais da União. Deve-se compensar o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal.

---

[9] ANJOS, P*edro Germano dos*. *"Princípio da Capacidade Contributiva:* novas considerações e aspectos conforme a Teoria dos Princípios". *Direito UNIFACS – Debate Virtual, n.112, 2009, pp.1-50*.

[10] RIBEIRO, Rodrigo Araújo. *"O princípio constitucional da irretroatividade e a correta aplicação da lei de vigência do fato gerador do imposto de renda em face da jurisprudência oscilante do Supremo Tribunal Federal" Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 21, n. 1, 2009, Brasília/DF, pp.93-106.

[11] MIRANDA, Maria Bernadete. *"Princípios Constitucionais do Direito Tributário". Revista Virtual Direito Brasil***,** v.3, nº 1, 2009, São Paulo, pp.1-11.

A Constituição da República traz entre seus princípios, a consagração do federalismo, delimitando entre as pessoas políticas, que são a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, o poder de tributar[12].

Nesse fio condutor a tributação cumpre uma função de extrema importância na sociedade contemporânea por ser utilizado não só como forma de arrecadação de capital para investimentos em políticas fiscais, como também para controle do nível de consumo e beneficiamento de alguns setores e regiões. A tributação também serve para uma redução no nível de desigualdades sociais e amenização dos problemas de concentração econômica identificados principalmente no atual modelo capitalista vigente, pois a partir de alíquotas com progressão, o governo é capaz de promover justiça social e equidade na arrecadação, para assim investir em políticas assistencialistas para o beneficiamento da minoria marginalizada.

Tomando como quadro teórico de referência os argumentos expostos acima, o presente estudo pretende analisar economicamente a tributação em Juazeiro do Norte/CE no interstício de 2013 a 2015. Vale assinalar que o supracitado município é o principal centro comercial da região sul do Estado do Ceará e conhecida pelos romeiros como um local de fé e de graças alcançadas tendo como expoente máximo a figura do Padre Cícero Romão Batista.

Para as etapas que compõem os procedimentos metodológicos, o método fenomenológico é recorrente durante o desenvolvimento da pesquisa, pois se trata de uma pesquisa prevalente qualitativa, onde através de uma pesquisa descritiva se pretende realizar o estudo do caso em questão, considerado de suma importância na compreensão econômica municipal.

Para tanto, foram buscadas informações e dados junto ao portal de transparência do município de Juazeiro do Norte/CE que apontaram e serviram de subsídio para uma melhor identificação da situação econômica do município, bem como realizou-se uma análise descritiva da relevância da arrecadação dos impostos de competência municipal. Realizou-se também uma pesquisa bibliográfica, por exemplo, livros, revistas especializadas, dentre outras mais, que serviram como instrumento para uma análise mais eficiente da situação socioeconômica de Juazeiro do Norte/CE, bem como das características e peculiaridades de cada imposto

[12] SABBAG, Eduardo de Moraes. *Elementos do Direito Tributário*. 8ª Ed. São Paulo: Premier máxima, 2006.

arrecadado. Como ferramenta para se corrigir a inflação entre os períodos analisados e assim obter uma conclusão mais eficiente, utilizou-se o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) que é o índice inflacionário oficial no país, avaliando assim não apenas em termos absolutos os diferentes anos, mas comparando-os frente a um ajuste inflacionário temporal.

2. Análise econômico tributária de Juazeiro do Norte/CE

A partir do ano de 2013 passou a vigorar um novo CTM em Juazeiro do Norte/CE, sendo por essa razão escolhido o período de 2013 a 2015 para análise do orçamento da cidade comparando o recolhimento dos impostos de competência municipal, com o devido reajuste da inflação pelo IPCA que é calculado mensalmente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e é considerado como o índice oficial de inflação no Brasil. Na comparação em valores absolutos das arrecadações, analisou-se todos os valores corrigidos e ajustados aos valores inflacionários referentes ao ano de 2015. É importante destacar que as Receitas Tributárias (RT) são as referentes a arrecadação com os impostos de competência municipal – a saber o ISS, ITBI e o IPTU – somado ao Imposto de Renda (IR) proveniente de qualquer natureza, as taxas e as contribuições de melhorias no Balanço Geral anual do município de Juazeiro do Norte/CE. Já os valores previstos para cada arrecadação, estes foram encontrados no comparativo da receita orçada com a arrecadada, presente também no Balanço Geral e apresentado conforme o exercício financeiro anual analisado.

2.1 Análise das receitas de Juazeiro do Norte/CE de 2013 a 2015

De acordo com a Tabela 1, percebe-se que tanto as receitas como a arrecadação de impostos cresceram nesse intervalo. Em valores relativos, pode-se afirmar que o crescimento para a Receita Tributária, Arrecadação com Impostos, Arrecadação de Impostos de Competência Municipal e Receita Total foram na ordem de 34, 98%, 37,41%, 37, 65% e 29,05%, respectivamente.

Juazeiro do Norte/CE apresentou uma receita tributária de R$ 34.977.618,53 no ano de 2014, sendo um total de 9,04% da receita total, que é um percentual abaixo

do valor da média dos municípios brasileiros, embora venha apresentando *"desde 2010 um crescimento do PIB per capita de R$ 479,53 superior do que o do Estado do Ceará de R$ 460, 63"*[13], influenciada por uma economia firmada em dependência pequena das arrecadações tributárias e com diversas outras fontes que mantém a economia local, haja vista ser um dos municípios mais importantes de todo o Estado do Ceará e com um ciclo econômico focado nas atividades comerciais provenientes das romarias e da fé do catolicismo que movimenta um alto capital no município em períodos específicos onde a atividade econômica se apresenta mais aquecida. Este não foi um fato exclusivo do ano de 2014, sendo notada no exercício de 2015 a participação da receita tributária em relação à receita total de 9,42% demonstrando uma tendência de crescimento da participação dos tributos na renda municipal.

O que se observa também nestes anos analisados é que boa parte da receita tributária é proveniente da arrecadação com impostos, ficando a arrecadação com Taxas e Contribuições de melhorias com apenas 8,95%, 6,94% e 7,31% da receita tributária para os exercícios de 2013, 2014 e 2015, respectivamente. Haja vista a inexistência de receita com Contribuição de melhoria nestes anos, estes valores correspondem unicamente às Taxas.

Tabela 1 – Receita de Juazeiro do Norte/CE, 2013 a 2015

Tipos de Receita (em R$)	2013	2014	2015
Receita Tributária	29.797.412,19	34.977.618,53	40.220.235,70
Arrecadação com Impostos	27.130.982,10	32.549.060,42	37.280.774,05
Arrecadação com Impostos de competência Municipal	21.221.215,16	25.237.344,26	29.211.091,44
Receita Total$^{\Phi}$	**330.705.008,04**	**387.321.192,31**	**426.787.703,13**

Onde Φ corresponde a soma das receitas tributárias, Contribuição para custeio do serviço de iluminação pública, Transferências constitucionais, Patrimonial (Pela exploração econômica do patrimônio público do município (bens móveis e imóveis), mediante aplicações financeiras, venda de bens móveis e imóveis, aluguéis), de serviços e Outras receitas (Decorrentes de multas e outras penalidades administrativas (códigos de posturas, obras e outros regulamentos municipais, a atualização monetária e a cobrança da dívida ativa)).
Fonte: Dados fornecidos pela Prefeitura Municipal de Juazeiro do Norte/CE em 26/09/2016.

[13] Núcleo de Estudos em Saúde Pública (NESP**). Perfil do município de Juazeiro do Norte/CE: Análise do acesso e da qualidade da Atenção Integral à Saúde da população LGBT no Sistema Único de Saúde**. 2016. Disponível em: http://www.nesp.unb.br/saudelgbt/images.pdf. Acesso: 25 agosto 2019.

2.2 Análise das receitas tributárias da competência de Juazeiro do Norte/CE

Conforme a Tabela 2, a arrecadação com impostos de competência municipal compreende o IPTU, o ITBI e o ISS. A diferença entre a arrecadação com impostos e a arrecadação com impostos de competência municipal se dá pelo fato de que além desses impostos estão incluídos o ICMS e o Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza (IR).

O ISS aparece como o imposto responsável pela maior arrecadação no município como mostra a Tabela 2, representando aproximadamente a metade de toda a arrecadação tributária entre 2013 e 2015, assim como representa 73,41%, 74,49% e 68,05% do valor arrecadado dos impostos de competência municipal para os anos 2013, 2014 e 2015, respectivamente. Não é de se espantar a importância do referido imposto na receita tributária de Juazeiro do Norte/CE, haja vista a economia deste município desde a sua emancipação incentiva a prestação de serviço.

Apesar de Juazeiro do Norte/CE ser um município com uma alta *"taxa de urbanização de 95,33%"* [14] de todo seu território, bem como um alto valor venal das propriedades prediais urbanas, surpreende o baixo valor arrecadado do IPTU dentre o período analisado, que não chega ultrapassar 1,05% da receita total, um valor bem abaixo da média nacional, de acordo com[15] girando em torno do valor de 7%.

Nessa perspectiva, compreende-se que a falta de execução fiscal é a causa da baixa arrecadação. As taxas apresentaram uma redução perceptível na participação das entradas entre o ano de 2013 e o ano de 2014, não só em termos relativos como em termos absolutos.

---

[14] OLIVEIRA, Laís Catarine. **Espaço urbano e turismo religioso: avaliação da política de reordenamento do centro da cidade de Juazeiro do Norte–CE.** 2008.107f. Dissertação (Mestrado em Avaliação de Políticas Públicas) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2008.

[15] AFONSO, José Roberto Rodrigues; ARAUJO, Erika Amorim; NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **O imposto predial e territorial urbano (IPTU) no Brasil: um diagnóstico sobre o grau de aproveitamento do imposto como fonte de financiamento local.** 2013. Disponível em: https://www.lincolninst.edu/sites/default/files/pubfiles/2357_1697_Afonso_WP14JA1PO.pdf. Acesso em: 15 mai.2014.

Tabela 2 – Receita Tributária da Competência de Juazeiro do Norte/CE, 2013 a 2015

Tipos de Tributos (em R$)	2013	2014	2015
Taxas	2.666.430,09	2.428.558,11	2.939.461,65
ISS	15.578.058,79	18.798.462,84	19.878.236,66
ITBI	2.451.878,14	3.531.196,12	4.922.571.58
IPTU	3.191.278, 23	2.907.685,30	4.410.283,20

Fonte: Dados fornecidos pela Prefeitura Municipal de Juazeiro do Norte/CE em 26/09/2016.

2.3 Comparação entre a receita prevista e a receita arrecadada em Juazeiro do Norte/CE

A previsão das receitas com precisão possibilita ao Estado a elaboração de planos e projetos mais eficientes, haja vista que identificar corretamente os valores arrecadados diminui a margem de erro das políticas econômicas e consequentemente reduz a possibilidade de déficit orçamentário. A Tabela 3 apresenta os valores da receita prevista e da efetivamente arrecadada para a receita total e as arrecadações com os impostos de competência municipal. O que se observa é uma predominância para os exercícios analisados de uma previsão que subestimava o valor real e o potencial da arrecadação. Este erro para menos possibilita ao governo um risco menor de *déficit* orçamentário ao mesmo tempo em que inibe os gastos do governo.

Dessa forma abre-se uma lacuna em destaque para o crescimento não previsto da arrecadação do ITBI, que entre 2013 e 2015 apresentou um alto crescimento não acompanhado pela previsão governamental, revelando a necessidade de um melhor estudo acerca da situação econômica de Juazeiro do Norte/CE que levou a este aumento não acompanhado pelos especialistas em suas previsões. Quanto à receita total tiveram uma margem de erro pequeno para os exercícios analisados, favorecendo assim a tomada de medidas políticas e econômicas por parte do governo que pôde estabelecer metas e planos mais próximos da realidade orçamentária.

Em 2013 se superestimou a arrecadação do ITBI, enquanto para o ISS e o IPTU se observou que os valores estimados foram abaixo dos valores realmente arrecadados. Apesar de que para os impostos arrecadados se tenha tido um valor maior do que o esperado ao todo, as demais receitas apresentaram uma grande falha na previsão, haja vista que a Receita Total tenha tido um valor bem abaixo do estimado pelo governo.

Para 2014 somente IPTU apresentou uma arrecadação menor de 86,23% do que o estimado no começo do ano em razão da inexistência de uma execução fiscal eficaz, ou seja, a evasão fiscal foi à principal causa dessa diferença entre estimativa e valor arrecadado, uma vez que o fechamento de lojas ou empresas não encerrariam a obrigação de pagar o IPTU que tem como fato gerador a posse de propriedade em território urbano, enquanto as demais arrecadações e a Receita Total apresentaram um valor maior do que o que se esperava. Em 2015 se observa que todos os valores superaram o valor estimado.

Diante da crise que estava para se fortalecer em todo o Brasil, a cautela foi responsável pela elaboração de estimativas bem mais baixas, para assim evitar riscos maiores de endividamento público. O corte de gastos também foi recorrente nesse ano. No entanto, uma das principais causas para que o valor estimado fosse tão abaixo do valor arrecadado foi o alto índice inflacionário em 2015, que camuflou o valor real das receitas, fazendo parecer que ocorreu uma arrecadação bem acima do esperado, mas com consequência negativa de perda do poder econômico da administração pública, mesmo com um valor nominal maior de moeda em caixa.

Tabela 3 – Comparativo entre a Receita Orçada e a Receita Arrecadada em Juazeiro do Norte/CE, 2013 a 2015

Receita Orçada (em R$)	**2013**	**2014**	**2015**
Receita Total	351.988.979,28	382.507.187,00	421.809.776,00
Arrecadação ISS	12.700.000,00	13.880.000,00	14.144.000,00
Arrecadação ITBI	3.170.000,00	3.200.000,00	3.252.500,00
Arrecadação IPTU	2.700.000,00	3.372.100,00	3.632.200,00
Receita Arrecadada (em R$)	**2013**	**2014**	**2015**
Receita Total	330.705.008,04	387.321.192,31	426.787.703,13
Arrecadação ISS	15.578.058,79	18.798.462,84	19.878.236,66
Arrecadação ITBI	2.451.878,14	3.531.196,12	4.922.571,58
Arrecadação IPTU	3.191.278,23	2.907.685,30	4.410.283,20

Fonte: Dados fornecidos pela Prefeitura Municipal de Juazeiro do Norte/CE em 26/09/2016

2.4 Avaliação das receitas de Juazeiro do Norte/CE corrigidas pelo IPCA

Fazer a comparação de valores expressos em dinheiro sem a devida atenção para o processo inflacionário aumenta as possibilidades de se ter uma análise que não

expresse a realidade dos fatos, haja vista que os números por si só não podem expressar aumento ou redução do valor real indicado. Diante dos valores nominais se faz necessário a correção através de um índice inflacionário, onde nesta seção se escolheu o IPCA por ser um índice confiável e o índice de medida inflacionária oficial no Brasil. Para tanto, todos os valores expressos na Tabela 4 foram ajustados utilizando do IPCA de forma a demonstrar os valores que cada item possui para o ano de 2015, no dia 31 de dezembro. Desta feita, tornou-se possível comparar as arrecadações com uma margem de erro menor e uma maior precisão, apesar de que é necessário a compreensão de que nenhum índice inflacionário é capaz de expressar a realidade em todas as regiões do país, haja vista o Brasil ser um país territorialmente muito grande e com uma diversidade econômica e cultural ampla.

Segundo o que se observa a partir da Tabela 4, a arrecadação com o ITBI foi a única, entre as receitas analisadas, que entre 2013 e 2015 apenas aumentou. O fato é que, em termos reais, se observa um aumento de mais de 70% na arrecadação do ITBI. A receita total de Juazeiro do Norte/CE apresentou um alto avanço de 2013 para 2014, sofrendo uma queda no ano que sucede, mas ainda sendo o ano de 2015 muito superior em termos de receita total quando comparado ao ano de 2013. Já o IPTU teve uma queda entre 2013 e 2014 e voltou a crescer em 2015. Quanto ao ISS as variações em termos relativos não foram tão grandes, apresentando no primeiro período uma elevação na arrecadação, enquanto em termos reais apresentou uma redução na arrecadação entre 2014 e 2015.

A análise em termos reais nos permite ter uma visão mais ampla e com uma menor margem de erro do que ao se analisar apenas com base nos valores nominais. A compreensão da influência da inflação, definida como o aumento generalizado no nível dos preços, permite analisar não apenas em termo de valor recebido ou gasto, mas em termo de poder econômico e poder de compra da população. Um grande problema de se corrigir os valores com base em índices inflacionários nacionais é que, devido à grande extensão territorial brasileira, falar em um único índice inflacionário capaz de medir todo o território nacional é algo praticamente impossível, tendo cada região e localidade, devido à grande diversidade econômica nacional entre as regiões, um valor inflacionário diferente. No entanto, mesmo tendo em vista essa divergência entre os locais, é o IPCA o índice mais recomendado para a análise inflacionária.

O período entre 2014 e 2015 foi marcado no Brasil por uma crise política que influenciou diretamente a economia de todo o Brasil. A instabilidade do governo e a ingovernabilidade da presidência da república nesse período refletiram numa crise a nível nacional que também afetou a cidade de Juazeiro do Norte no Ceará, como se observa a partir da redução do nível da Receita Total em termos reais, ou seja, após a correção dos valores com o índice inflacionário. No entanto, cabe destaque para o aumento da arrecadação com o ITBI e com IPTU, revelando que o setor imobiliário permaneceu aquecido, haja vista a importância do município para as cidades vizinhas. Diante da crise o setor de prestação de serviços, o de maior representatividade econômica de Juazeiro do Norte, apresentou perdas consideráveis em números reais.

Tabela 4 – Valores das receitas de Juazeiro do Norte/CE corrigidas pelo IPCA, 2013 a 2105

Tipos de Receita (em R$)	2013	2014	2015
Arrecadação ISS	18.345.402,81	20.804.812,69	19.878.236,66
Arrecadação ITBI	2.887.438,85	3.908.078,79	4.992.571,58
Arrecadação IPTU	3.758.188,71	3.218.020,99	4.410.283,20
Receita Total	**389.452.669,58**	**428.659.775,38**	**426.787.703,13**

Fonte: Dados fornecidos pela Prefeitura Municipal de Juazeiro do Norte/CE em 26/09/2016.

Considerações Finais

O estudo da tributação para a compreensão da economia de uma região é de suma importância por ser a política tributária de grande relevância na determinação do nível de renda de uma cidade, haja vista que os tributos influenciam diretamente nos gastos das famílias, das empresas e do governo, assim como interfere diretamente nas relações comerciais entre municípios.

Dessa maneira o forte crescimento na economia e dos tributos alavancado pelas romarias, Juazeiro do Norte/CE atraiu para si investimentos diretos em diversos setores, beneficiando inclusive os municípios vizinhos de Crato e Barbalha com quem formam a Conurbação denominado de CRAJUBAR. Este último por sua vez, possui um dos maiores polos acadêmico do interior não somente do Estado do Ceará, mas de todo o Nordeste dos quais sobressai o Campus de Medicina da Universidade Federal do Cariri.

Ainda reportando a contemporaneidade, esse crescimento econômico juazeirense resultou em uma alta urbanização, que chega a ter mais de 80% de seu território urbanizado. No entanto, esse processo de urbanização se deu em muitas localidades de forma desordenada, sem a infraestrutura e planejamento adequados para que se proporcionasse um bem-estar à população, o que gerou problemas quanto ao lixo e quanto à acomodação dos romeiros durante as principais datas religiosas das quais o estudo cita a comemoração da morte do Padre ocorrida em 20/07/1934.

Apesar do alto crescimento econômico apresentado por este município desde a sua emancipação, o fato é que ainda há muitos aspectos que impossibilitam dizer que Juazeiro do Norte/CE é um município desenvolvido haja vista que desenvolvimento vai além de crescimento econômico, englobando aspectos sociais e melhor distribuição de renda, aumentos salariais, acesso a água tratada, acesso a saneamento básico, entre diversos outros aspectos que pouco se nota no município analisado, ainda que este seja apontado como um dos mais expressivos em influência econômica no Estado do Ceará e o maior da Região Metropolitana do Cariri (RMC).

Com uma receita total pouco dependente das arrecadações tributárias apesar de ter uma alta arrecadação com o ISS, Juazeiro do Norte/CE se mostra não tão dependente da arrecadação com impostos municipais, sendo evidente uma baixa arrecadação de IPTU apesar da alta taxa de urbanização, revelando que a falta de execução fiscal é a principal causa desta baixa arrecadação com IPTU. Observou-se também um crescimento acima do esperado na arrecadação do ITBI, sendo o valor previsto sempre abaixo do valor arrecadado para os anos avaliados. Esta correção inflacionária diminui os riscos de déficit orçamentário e possibilita a execução de políticas públicas mais eficientes.

A compreensão de políticas públicas inclui políticas fiscais e monetárias. As políticas fiscais se dão pelos gastos dos valores arrecadados pelo governo seja através de transferências para o setor privado ou através de investimento em infraestrutura. Já as políticas monetárias estão relacionadas ao controle da oferta da moeda para assim controlar em parte a inflação.

A correção da inflação pelo IPCA revelou que apesar do aparente crescimento da receita total entre 2014 e 2015 o que de fato correu foi uma redução no valor real dessa arrecadação. Esta correção inflacionária possibilita a análise pelos valores reais ao invés de valores nominais. Devido ao processo inflacionário ocorre alteração no

valor de compra da moeda o que torna ineficiente a avaliação apenas pelos valores expressos sem a devida correção e ajuste pelo poder de compra da moeda.

Por fim, conclui-se que é o processo histórico de Juazeiro do Norte/CE que justifica que este seja atualmente um dos municípios de maior PIB do interior do Estado e um município em pleno crescimento econômico.

Referências

AFONSO, José Roberto Rodrigues; ARAUJO, Erika Amorim; NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. *O imposto predial e territorial urbano (IPTU) no Brasil: um diagnóstico sobre o grau de aproveitamento do imposto como fonte de financiamento local*. 2013. Disponível em: https://www.lincolninst.edu/sites/default/files/pubfiles/2357_1697_Afonso_WP14JA1PO.pdf. Acesso em: 15 mai.2014.

ANJOS, P*edro Germano dos. "Princípio da Capacidade Contributiva:* novas considerações e aspectos conforme a Teoria dos Princípios". *Direito UNIFACS – Debate Virtual, n.112, 2009, pp.1-50*.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Lex, 1998.

_____. *Código Tributário Nacional*. 2ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

_____. *Código Penal*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

MARTINS, Alan; SCARDOELLI, Dimas Yamada. *Direito Tributário Para Concursos*. 2ª Ed. Rev. Atul. e Ampl. Salvador/BA: Editora *Jus* Podivm, 2017.

MIRANDA, Maria Bernadete. *"Princípios Constitucionais do Direito Tributário". Revista Virtual Direito Brasil***,** v.3, nº 1, 2009, São Paulo, pp.1-11.

Núcleo de Estudos em Saúde Pública (NESP**).** Perfil do município de Juazeiro do Norte/CE: Análise do acesso e da qualidade da Atenção Integral à Saúde da população LGBT no Sistema Único de Saúde. 2016. Disponível em: http://www.nesp.unb.br/saudelgbt/images/arquivos/Perfil_JuazeirodoNorte.pdf. Acesso: 25 agosto 2019.

OLIVEIRA, Laís Catarine. *Espaço urbano e turismo religioso: avaliação da política de reordenamento do centro da cidade de Juazeiro do Norte–CE*. 2008.107f. Dissertação (Mestrado em Avaliação de Políticas Públicas) – Curso de Pós – Graduação em Avaliação de Políticas Públicas. Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2008.

RIBEIRO, Rodrigo Araújo. *"O princípio constitucional da irretroatividade e a correta aplicação da lei de vigência do fato gerador do imposto de renda em face da jurisprudência oscilante do Supremo Tribunal Federal" Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 21, n. 1, 2009, Brasília/DF, pp.93-106.

SABBAG, Eduardo de Moraes. *Elementos do Direito Tributário*. 8ª Ed. São Paulo: Premier máxima, 2006.

15. O GASTO PÚBLICO COM PESSOAL E A LIMITAÇÃO DA GOVERNABILIDADE DOS ESTADOS BRASILEIROS

GOVERNMENT SPENDING WITH PUBLIC OFFICERS AND THE LIMITATION ON GOVERNANCE OF BRAZILIAN STATES

https://doi.org/10.36592/9786587424187-15

Thiago Sampaio Elias[1]

Resumo

O presente trabalho analisa os gastos públicos do Estado e a limitação destes gastos, segundo a Lei de Responsabilidade Fiscal e o orçamento público de cada Estado. Este estudo foi realizado utilizando gráficos e estatísticas, onde é possível perceber que muitos Estados estão em uma grave situação fiscal e gastam mais do que deveriam em despesas com funcionários públicos. Diante dessa realidade, o que se observa é uma limitação da governabilidade por parte da Administração Pública, haja vista que existe uma limitação – a econômico-financeira, impossibilitando o Estado de aumentar seus investimentos para que possa garantir a melhoria da prestação de serviços públicos à sociedade. Isto ocorre porque a maioria do orçamento público está comprometido com as chamadas despesas obrigatórias e os governadores tem poucos recursos para investirem no Estado, prejudicando a atuação governamental e a melhoria dos serviços públicos. A situação se agrava quando se percebe que muitos Estados estão bastante endividados e dependem muito dos recursos provenientes da União, não sendo, portanto, autossustentáveis financeiramente. Por fim, pretende-se traçar meios alternativos para que o Estado enfrente a crise fiscal existente e possa melhorar a situação financeira no futuro.

Palavras-Chave: Crise Fiscal, Lei de Responsabilidade Fiscal, Despesas com pessoal, Administração Pública.

[1] Mestrando em Direito Constitucional Público e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito e Processo Tributário pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogado.

Abstract

The present paper analyzes the public expenditures of the state and the limitation of these expenditures, according to the Fiscal Responsibility Law and the public budget of each state. This study was conducted using graphs and statistics, where it can be seen that where it can be seen that many states are in a difficult fiscal situation and spend more than they should on expenses with civil servants. Because of this reality, it is observed is a limitation of governability by the Public Administration, the economic and financial, making it impossible for the State to increase its investments so that it can guarantee the improvement of the provision of public services the society. This is because most of the public budget is committed to the so-called compulsory expenditures and governors have few resources to invest in the state, undermining government action and improving public services. The situation is more difficult when one realizes that many states are heavily indebted and heavily dependent on federal resources and not financially independent. Finally, we intend to devise alternative means for the state to face the existing fiscal crisis and improve the financial situation in the future.

Keywords: Fiscal Crisis, Public déficit, public administration.

Introdução

O presente estudo inicialmente abordará a Lei de Responsabilidade Fiscal, tratando tanto acerca de seu histórico como também de seus aspectos jurídicos, com o objetivo de traçar os fundamentos que levaram a criação desta Lei. Posteriormente pretende analisar os gastos públicos dos Estados em despesas com pessoal e se estes gastos estão em conformidade com o que prega a Lei de Responsabilidade Fiscal, onde prevê que as despesas com pessoal não podem superar 60% (sessenta por cento) das receitas correntes líquidas do Estado.

Analisando também o crescimento das despesas com pessoal ao longo dos anos e investigando sobre a crise fiscal dos Estados, que limitam o poder da administração pública em conseguir fazer investimentos necessários para a melhoria dos serviços públicos.

O presente trabalho foi desenvolvido a partir de uma pesquisa qualitativa e quantitativa, valendo-se da análise de gráficos acerca dos gastos públicos estaduais, bem como a dívida pública dos Estados.

Por fim, pretende-se investigar sobre a limitação desta governabilidade, analisando as dívidas dos Estados e a sua evolução ao longo dos anos, bem como traçando meios alternativos para amenizar a crise econômico-financeira enfrentada por muitos entes federativos no país.

1 A Lei de Responsabilidade Fiscal e a limitação de gastos com pessoal

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) é uma lei complementar brasileira que objetiva o controle dos gastos públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A justificativa desta lei se deve a reiterada ingerência dos administradores sob as contas públicas, causando um crescente endividamento, por aumentarem os gastos de forma desproporcional a arrecadação de tributos.

Por conta disto, as finanças públicas foram se desequilibrando, o que causou uma série de problemas para a administração pública, que não tinha recursos suficientes para honrar com as suas obrigações.

1.1 Histórico

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) é a Lei Complementar nº 101 e fora sancionada pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso em 2000 passando a vigorar em 2001. A Lei obriga que as finanças sejam apresentadas de forma detalhada ao Tribunal de Contas (do Município, Estado ou da União), onde serão analisadas podendo ou não ser aprovadas.

Caso as contas públicas sejam rejeitadas é instaurada uma investigação sobre a responsabilidade do órgão do Poder Executivo e seus titulares nas possíveis irregularidades cometidas nas contas públicas do Governo. A LRF prevê metas fiscais e o limite do endividamento público, forçando que o governo planeje receitas e despesas de forma mais criteriosa, e caso haja imprevistos na arrecadação governamental, seja obrigado a fazer contingenciamentos de recursos, sob pena de responder pelo descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A LRF foi um marco no controle de gastos governamentais, ocorrendo uma mudança substancial no planejamento e no controle dos públicos. A LRF teve como objetivo estabilizar o controle de gastos do país, para garantir a continuidade na estabilização da moeda Real, bem como reduzir o Risco País [2], atraindo novos investimento para o Brasil e gerando desenvolvimento.

Vale salientar, que além do rigoroso controle de gastos, a LRF também prevê que os gastos públicos executados pelo governo também sejam transparentes para os cidadãos, em respeito ao princípio da Publicidade. A partir disto, será debatido no próximo tópico os aspectos jurídicos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

1.2 Aspectos Jurídicos da LRF

A Lei de Responsabilidade Fiscal se apoia em quatro pilares para que possa atingir os seus objetivos. Estes pilares são o planejamento, a transparência, o controle de gastos e a responsabilidade fiscal.

A LRF veio com o objetivo de traçar normas gerais de finanças públicas para as três esferas administrativas – Federal, Estadual e Municipal, como determina a Constituição Federal em seu artigo 163[3], senão vejamos

> **Art. 163.** Lei complementar disporá sobre:
> **I - finanças públicas;**
> II - dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo poder público;
> III - concessão de garantias pelas entidades públicas;
> IV - emissão e resgate de títulos da dívida pública;
> V - fiscalização financeira da administração pública direta e indireta;
> VI - operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
> VII - compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional.

A Lei Complementar nº 101 visa atender também a outros dispositivos da Constituição Federal. A Constituição em seu art. 165[4], inciso II do parágrafo 9º, prevê

[2] Risco país é um termo econômico-financeiro que trata sobre a possibilidade de mudanças no ambiente de negócios de um determinado país.
[3] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 jun. 2019.
[4] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 jun. 2019.

que,

> Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:
> § 9º Cabe à lei complementar:
> I - dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual;
> II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

A Constituição também prevê a limitação dos gastos com servidores públicos em seu artigo 169[5], como pode ser observado abaixo:

> Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

Sobre o artigo supracitado da Constituição Federal, a Lei de Responsabilidade Fiscal prevê em seu artigo 19[6] os limites do Orçamento Públicos permitidos para a despesa total com o pessoal por cada exercício financeiro.

> Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:
> I - União: 50% (cinqüenta por cento);
> II - Estados: 60% (sessenta por cento);
> III - Municípios: 60% (sessenta por cento).
> § 1º Na verificação do atendimento dos limites definidos neste artigo, não serão computadas as despesas
> [...]
> VI - com inativos, ainda que por intermédio de fundo específico, custeadas por recursos provenientes:
> [...]

Vale ressaltar que este limite de 60% (sessenta por cento) somente contempla os servidores ativos, não contemplando os servidores inativos, conforme art. 19, § 1º, VI, da LRF.

Por conta disto, a folha de despesas totais com o pessoal ultrapassa, em muitos Estados, o limite de 60% (sessenta por cento) especificado na Lei de Responsabilidade

---

[5] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 jun. 2019.
[6] BRASIL. Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 03 jun. 2019.

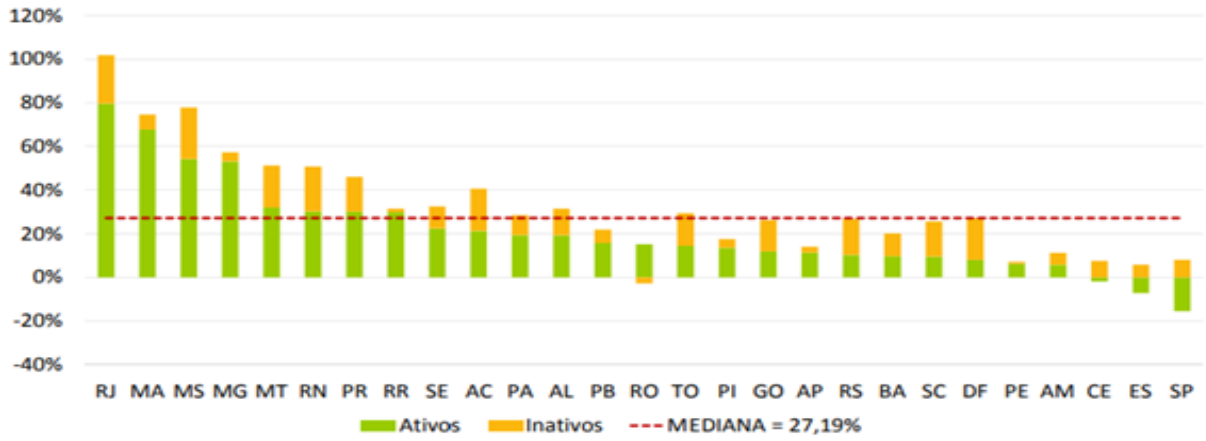
Fiscal, sem que haja qualquer descumprimento da LRF por parte do administrador público, entretanto colocam em risco as finanças públicas de Estados e municípios.

A questão dos gastos públicos dos Estados com o pessoal será discutido de forma mais ampla no tópico a seguir, onde será analisada a situação financeira dos Estados e a evolução das despesas com pessoal através de gráficos e estatísticas.

2 Gastos públicos dos estados com os servidores públicos estaduais

Os gastos públicos na maioria dos Estados da Federação com os servidores públicos estaduais vêm aumentando ao longo últimos anos, de acordo com os dados da Secretaria do Tesouro Nacional[7], como podem ser observados no gráfico abaixo.

Gráfico 1 – Crescimento real das despesas com pessoal entre 2011 e 2017



Fonte: Programa de Reestruturação e Ajuste Fiscal/Tesouro Nacional

No gráfico acima podemos observar que entre os anos de 2011 e 2017 o crescimento real das despesas com os ativos nos Estados do Rio de Janeiro e Maranhão ultrapassaram 60% (sessenta por cento). Vale ressaltar que ao somarmos o crescimento também dos inativos, o Estado do RJ teve um crescimento superior a 100% (cem por cento) entre os anos de 2011 e 2017.

[7] Boletim de Finanças dos Entes Subnacionais 2018. **Secretaria do Tesouro Nacional.** Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/0/Boletim+de+fina%C3%A7as+dos+entes+subnacionais+vers%C3%A3o+final+2/635d1169-777c-46bf-9e98-dab987e9f6f7>. Acesso em: 10 jun. 2019.

Em lado oposto, vale destacar que os Estados de São Paulo, Espírito Santo e Ceará reduziram sua despesa com os ativos no período mencionado, por mais que tenha aumentado a sua despesa real com os servidores inativos.

A crescente evolução dos gastos públicos nos Estados e o aumento da dívida pública destes com a União fez com que fosse criado o PAF – Programa de Ajuste Fiscal, através da Lei nº 9.496/1997[8].

Os Programas de Ajuste Fiscal foram firmados por 24 Estados e pelo Distrito Federal, com o objetivo de refinanciar as suas dívidas. Somente não refinanciaram suas dívidas os Estados de Tocantins e Amapá.

Pela metodologia do PAF, 14 (quatorze) Estados estão com as suas receitas correntes líquidas comprometidas por contas de despesas com pessoal superior ao limite de 60% (sessenta por cento). São eles: Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Norte, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Mato Grosso, Sergipe, Acre, Paraíba, Roraima, Paraná, Bahia, Santa Catarina e Alagoas.

Gráfico 2 – Relação entre a despesa com pessoal e a exercício de 2017

Fonte: Programa de Reestruturação e Ajuste Fiscal/Tesouro Nacional

O gráfico[9] acima demonstra a situação crítica de muitos entes federativos, entretanto é importante ressaltar que existem diferenças entre as metodologias

[8] BRASIL. Lei 9.496, de 11 de setembro de 1997. Estabelece critérios para a consolidação, a assunção e o refinanciamento, pela União, da dívida pública mobiliária e outras que especifica, de responsabilidade dos Estados e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9496.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

[9] Boletim de Finanças dos Entes Subnacionais 2018. **Secretaria do Tesouro Nacional.** Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/0/Boletim+de+fina%C3%A7as+dos+entes+subnacionais+vers%C3%A3o+final+2/635d1169-777c-46bf-9e98-dab987e9f6f7>. Acesso em: 10 jun. 2019.

sancionadas pelos respectivos Tribunais de Contas em relação aos cálculos da despesa com pessoal.

Há diversos critérios para estimar as despesas com pessoal. Nesse sentido, alguns Estados, por exemplo, não consideram em suas despesas com pessoal, alguns pontos importantes como as despesas com pensionistas, imposto de renda retido na fonte e as despesas com obrigações patronais.

Por conta disto, há uma discrepância entre os dados do PAF e do RGF (Relatório de Gestão Fiscal) de cada Estado, como é observado na tabela a seguir.

Tabela 1 – Comparativo despesa com pessoal 2017 - PAF x RGF

UF	Despesa Pessoal/RCL PAF	Despesa Pessoal/RCL RGF
AC	63,53%	63,75%
AL	60,56%	58,76%
AM	55,61%	57,04%
AP	56,58%	53,26%
BA	60,95%	53,56%
CE	55,94%	53,40%
DF	55,72%	50,21%
ES	54,63%	53,43%
GO	58,37%	48,51%
MA	57,32%	51,80%
MG	79,18%	60,81%
MS	76,77%	61,47%
MT	64,92%	58,85%
PA	57,88%	54,74%
PB	63,17%	58,23%
PE	58,48%	59,44%
PI	54,83%	58,04%
PR	61,07%	53,88%
RJ	70,80%	69,23%
RN	72,07%	52,49%
RO	55,19%	54,24%
RR	62,04%	63,14%
RS	69,14%	56,12%
SC	60,57%	59,98%
SE	63,74%	49,29%
SP	54,45%	51,67%
TO	55,76%	67,94%
Mediana	60,56%	56,12%

Fonte: Programa de Reestruturação e Ajuste Fiscal/Tesouro Nacional e Siconfi

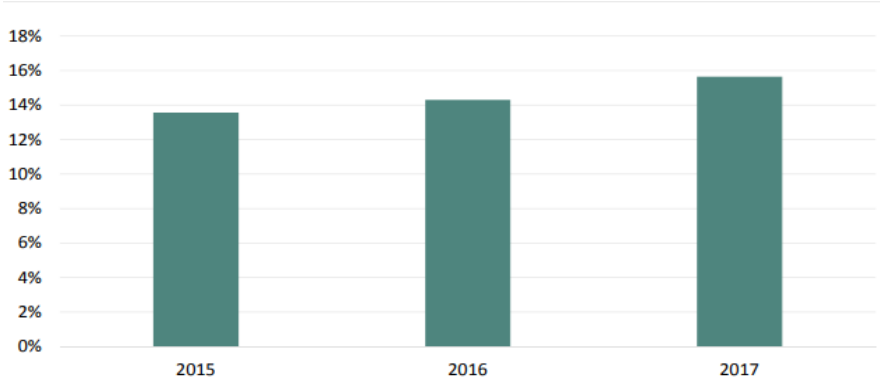
Na tabela acima nota-se que mesmo com as diferenças entre metodologias, muitos Estados continuam a enfrentar um sério problema fiscal com as despesas de pessoal, isso pode ser explicado em parte pela elevação do déficit previdenciário dos Estados, ou seja, dos gastos públicos com os inativos que não são comportados pelas fontes de financiamento, reguladas na LRF, senão vejamos:

> Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:
> [...]
> § 1º Na verificação do atendimento dos limites definidos neste artigo, não serão computadas as despesas
> [...]
> VI - com inativos, ainda que por intermédio de fundo específico, custeadas por recursos provenientes:
> a) da arrecadação de contribuições dos segurados;
> b) da compensação financeira de que trata o § 9o do art. 201 da Constituição;
> c) das demais receitas diretamente arrecadadas por fundo vinculado a tal finalidade, inclusive o produto da alienação de bens, direitos e ativos, bem como seu superávit financeiro.

Dito isto, há uma significativa evolução dos gastos com os inativos nos últimos anos na maioria dos Estados brasileiros. Vale ressaltar que a evolução dos gastos públicos estaduais com os inativos se refere ao déficit previdenciário, ou seja, a diferença entre a despesa com os inativos e os valores arrecadados.

No gráfico abaixo é demonstrada a evolução média dos gastos previdenciários pelos Estados da federação brasileira proporcionalmente sobre as receitas correntes líquidas.

Gráfico 3 – Relação entre a despesa com pessoal e a exercício de 2017



Fonte: Programa de Reestruturação e Ajuste Fiscal/Tesouro Nacional

Este crescimento exponencial com os gastos previdenciários é um indicio da insustentabilidade dos regimes previdenciários estaduais, tendo em vista que ao longo dos anos estão sendo consumidos mais recursos que poderiam estar sendo direcionados para aperfeiçoar os serviços básicos estatais e assim melhorar a qualidade de vida da população, em especial dos mais pobres, que são os que mais necessitam destes serviços prestados pelo estado.

Neste sentido, no próximo tópico será abordado acerca da limitação da governabilidade de um estado que possui uma alta despesa pessoal em relação à sua receita corrente líquida. Em suma, um estado que possui a maioria de suas receitas comprometidas com despesas em pessoal tem uma limitação econômico-financeira em ser governado, por possuir recursos que poderão ser direcionados para investimentos em serviços básicos à população.

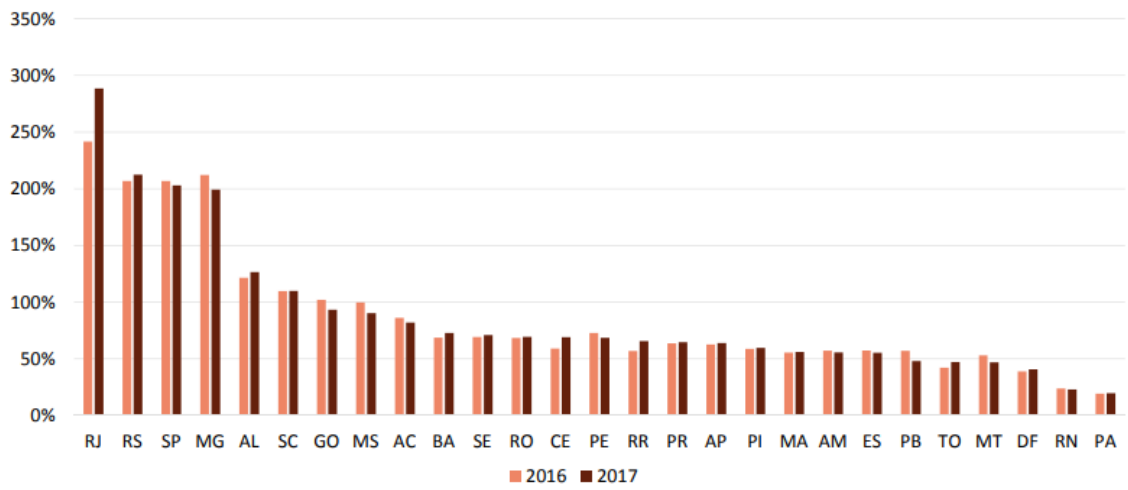
2 A limitação da governabilidade

A limitação da governabilidade pode ser entendida como uma grave situação fiscal de um estado que limita o poder do administrador público de governar, por conta da escassez de recursos financeiros para ampliar investimentos ou melhorar serviços básicos oferecidos à sociedade.

Neste sentido, pode-se verificar através do gráfico abaixo o alto endividamento de muitos Estados brasileiros percentualmente sobre as receitas correntes líquidas, onde Estados como o Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, São Paulo, Minas Gerais, Alagoas e Santa Cataria possuem uma dívida consolidada que corresponde a 100% (cem por cento) ou mais de toda a receita corrente líquida do ano de 2017.

A situação mais grave é do estado do Rio de Janeiro, que possui um endividamento próximo de 300% (trezentos por cento), com um crescimento substancial da dívida entre o ano de 2016 para o ano de 2017. Além disto, a despesa com pessoal do estado do Rio de Janeiro corresponde a cerca de 70% (setenta por cento) da receita corrente líquida do estado.

Gráfico 4 - Dívida Consolidada x Receita Corrente Líquida



Fonte: Programa de Reestruturação e Ajuste Fiscal/Tesouro Nacional

Neste diapasão percebe que o estado do Rio de Janeiro encontra-se em uma grave situação fiscal e, isto, obriga-o a reduzir seus investimentos limitando assim a sua governabilidade.

No ano de 2017 foi aprovada a Lei Complementar nº 159/2017[10], que versa sobre o Regime de Recuperação Fiscal (RRF). Este Regime tem como objetivo auxiliar os Estados brasileiros que se encontram em grave desequilíbrio financeiro fornecendo instrumentos para os ajustes de suas contas.

Para o RRF considera-se um Estado em grave desequilíbrio financeiro aquele que atender estes três requesitos cumulativamente, quais sejam: 1) sua receita corrente líquida (RCL) anual for inferior à dívida consolidada do ano anterior; 2) o somatório das suas despesas com pessoal, juros e amortizações seja igual ou maior que 70% (setenta por cento) da RCL; 3) valor total de obrigações seja superior às disponibilidades de caixa.

O Estado que se encontrar nesta situação e tiver interesse em participar do RRF deve apresentar um Plano de Recuperação Financeira ao Ministério da Economia, com

[10] BRASIL. Lei Complementar n. 159, de 19 de maio de 2017. Institui o Regime de Recuperação Fiscal dos Estados e do Distrito Federal e altera as Leis Complementares nº 101, de 4 de maio de 2000, e nº 156, de 28 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/59.htm>. Acesso em: 13 jun. 2019.

medidas que visem a sua recuperação financeira para que consiga obter alguns benefícios financeiros por parte da União.

O Rio de Janeiro teve o seu RRF aprovado e com isto obteve a suspensão do pagamento de suas dívidas, sendo elas refinanciadas e garantidas pela União, além de ter obtido o direito a um novo cálculo do seu saldo devedor.

Assim sendo, o Regime de Recuperação Fiscal (RRF), é uma importante alternativa aos Estados que se encontram em grave crise fiscal, como forma de reequilibrar as suas contas públicas e retornar a saúde financeira, garantindo assim a sua capacidade de governabilidade, podendo direcionar recursos para assegurar serviços de melhor qualidade a população.

Não se pode olvidar também que é necessário que haja uma Reforma Previdenciária que abranja os Estados da federação, como forma de reduzir ou ao menos estabilizar o aumento de gastos previdenciários nos Estados. Estes gastos estão crescendo de forma acelerada e impactando negativamente nas contas públicas estaduais, prejudicando investimentos em serviços públicos que deveriam ser a maior prioridade da Administração Pública.

Conclusão

A partir deste estudo foi possível concluir que muitos Estados da federação enfrentam uma grave crise financeira com um alto endividamento e com suas receitas correntes líquidas comprometidas em boa parte com despesas com pessoal, além do permitido pela Lei de Responsabilidade Fiscal em seu art. 19.

Vale salientar também que a despesa com pessoal vem crescendo, na maioria dos Estados da federação, também influenciada pelo déficit previdenciário estadual, que vem consumindo uma parte significativa dos recursos públicos, demonstrando a grave crise na previdência enfrentada pelos Estados.

É importante ressaltar também que, além de existir um alto comprometimento das receitas líquidas correntes dos Estados, também há um alto endividamento dos Estados, o que compromete as contas públicas estaduais.

Portanto, o alto comprometimento das contas do govermo limita o poder de governabilidade da administração pública, por conta da escassez de recursos financeiros impossibilitando o Estado exercer a sua função de forma plena.

Por fim, reconhecendo a grave situação financeira dos Estados, recomenda-se medidas com o objetivo de amenizar os impactos ao longo prazo da limitação dos recursos públicos, como por exemplo, a adesão ao Regime de Recuperação Fiscal (RRF), bem como uma Reforma Previdenciária para que possa manter o sistema previdenciário estadual sustentável e que a administração pública possa exercer a sua função de forma mais eficiente possível.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 jun. 2019.

BRASIL. *Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 03 jun. 2019.

BRASIL. *Lei Complementar n. 159, de 19 de maio de 2017.* Institui o Regime de Recuperação Fiscal dos Estados e do Distrito Federal e altera as Leis Complementares nº 101, de 4 de maio de 2000, e nº 156, de 28 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp159.htm>. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. *Lei 9.496, de 11 de setembro de 1997.* Estabelece critérios para a consolidação, a assunção e o refinanciamento, pela União, da dívida pública mobiliária e outras que especifica, de responsabilidade dos Estados e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9496.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

Boletim de Finanças dos Entes Subnacionais 2018. *Secretaria do Tesouro Nacional.* Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/0/Boletim+de+fina%C3%A7as+dos+entes+subnacionais+vers%C3%A3o+final+2/635d1169-777c-46bf-9e98-dab987e9f6f7>. Acesso em: 10 jun. 2019.

PARTE IV

DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E EFETIVIDADE DAS TÉCNICAS JUDICIÁRIAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

16. PROTEÇÃO JUDICIAL DE VULNERÁVEIS NAS HIPÓTESES DE INGRESSO EM DOMICÍLIO SEM MANDADO

https://doi.org/10.36592/9786587424187-16

Jorge Miranda

Resumo

O objetivo geral é aquilatar a importância das decisões judiciais para a definição dos parâmetros de ingresso em domicílio sem mandado judicial, nas hipóteses autorizadas pelo ordenamento, como instrumento de proteção das populações vulneráveis. A pretensão de realizar adequadamente o mandamento normativo importa remeter à razão prática a distribuição do ônus da prova, a admissibilidade delas e as presunções derivadas dos fatos. Toma-se por hipótese que o sistema de investigação montado no Ceará acolhe forte tendência para a seleção adversa, há desestímulos sistêmicos para ação eficaz e como isso repercute no aprofundamento de vulnerabilidades de grupos excluídos. Entre os objetivos específicos cumpre distinguir o policiamento ostensivo e investigativo, as implicações da confusão entre as atribuições constitucionais dirigidas a instituições diferentes, a fragilização do agente policial e os direitos fundamentais. A incursão sobre o componente sociológico da persecução do crime de tráfico prepara a transição necessária da abordagem que prioriza o aproveitamento das diligências policiais em detrimento da sua regularidade, preocupa-se em promover a irradiação da jurisdição constitucional. O método foi de revisão bibliográfica, com aproveitamento dos relatórios e discussões promovidas nas disciplinas do doutorado da Unifor, bem como da experiência colhida na condição de juiz da 4ª vara de delitos de tráfico.

Palavras-chave: Decisão Justa; Escolha difícil; Inviolabilidade de domicílio; Papel do Judiciário.

Abstract

The general objective is to assess the importance of court decisions for the definition of parameters for entering a home without a warrant, in the hypotheses authorized by the ordinance, as an instrument of protection of vulnerable populations. The claim to properly carry out the normative commandment must refer to practical reason the

distribution of the burden of proof, their admissibility, and the assumptions derived from the facts. It is hypothesized that the research system set up in Ceará has a strong tendency towards adverse selection, there are systemic disincentives for effective action and how this affects the deepening of vulnerabilities of excluded groups. Specific objectives include distinguishing between ostensive and investigative policing, the implications of the confusion between constitutional attributions directed at different institutions, the weakening of the police officer and fundamental rights. The foray into the sociological component of the prosecution of trafficking crime prepares the necessary transition from the approach that prioritizes the use of police diligence over its regularity, and is concerned with promoting the irradiation of constitutional jurisdiction. The method was a bibliographic review, taking advantage of reports and discussions promoted in the subjects of the doctorate program of the Unifor, as well as the experience gathered as a judge of the 4th branch of trafficking offenses.
Keywords: Fair Decision; Hard choice; Inviolability of domicile; Role of the Judiciary.

1 Componente Sociológico da Persecução do Crime de Tráfico

O policiamento ostensivo e investigativo é atribuição que torna o agente policial vulnerável em função do dever de agir em situações que obriga à fragilização de direitos fundamentais, sua ação, para ser eficaz o coloca na tênue fronteira da legalidade e do arbítrio, entre o dever de agir para prevenir ou reprimir sem descuidar da defesa dos direitos dos cidadãos, em cenário cujos protocolos e presunções são desprezados.

A forma como o sistema de investigação está montado acolhe forte tendência para a seleção adversa, há desestímulos sistêmicos ao lado de estímulos episódicos para ação efetiva. Entre os aspectos negativos poderia enunciar os riscos próprios da perseguição, a vingança dos seus alvos, além dos burocráticos e extenuantes procedimentos policial e judicial. Os estímulos episódicos de gratificações pecuniárias, folgas, ou condecorações são incertos e precários. Em função dessa díade (estímulos e desestímulos) mal formatada pode-se deduzir que a disposição para agir surge mais da motivação íntima de alcançar valor moral ou buscar proveito próprio, do que propriamente de acertos institucionais. Daí a percepção intuitiva da atitude policial pautada na lógica do inimigo e no uso indiscriminado da força, notadamente contra

populações vulneráveis e pessoas portadoras de antecedentes.

A par disso, conforme se extrai do Estudo Setorial Especial Segurança Pública e Justiça produzido em 2018 por iniciativa do governo do estado do Ceará, dois problemas se avolumam para colocar o policial militar na linha de frente de atribuições próprias da polícia judiciária.

> 1) Insistência, governo após governo, nas políticas de segurança pública centradas em ações de policiamento ostensivo, com custos altos em compras de equipamentos para serviços que não se mostraram eficiente s no controle social de crimes violentos letais e intencionais; 2) deterioração sistêmica dos aparelhos de Polícia Civil (PC) e das suas condições de trabalho investigativo, imprimindo dificuldades substantivas nas conduções de inquéritos policiais e diligências[1]

Portanto, pensar sobre o ingresso de policiais militares em domicílio precisa partir da concepção ampliativa de suas atribuições de polícia ostensiva, preventiva e dissuasória, para alcançar ações próprias da polícia judiciária, investigativa e repressiva como política sistematicamente adotada no estado do Ceará, não apenas opção disponível ao agente no momento do flagrante.

Por outro lado, o dever de agir e a política pública equivocada não são suficientes para respaldar a legalidade e coerência da ação, as motivações íntimas reprováveis de extorsão, ou de conveniência pessoal na seletividade da ação policial fazem do controle posterior parâmetro para orientar a postura institucional. Essa postura precisa ser considerada não apenas nas corporações militares e no Executivo, responsável por aparelhar sua destinação constitucional, mas também dos controles externos representados pelo Ministério Público e Judiciário.

Nesse sentido é preciso pensar as diretrizes normativas não no cenário ideal, mas no real. No contexto cearense há atividades próprias da polícia investigativa realizadas pela polícia ostensiva derivada de distorção praticada não pelo agente, mas pelo equivocado desenho institucional, concebido para acomodar orçamento insuficiente para aparelhar duas polícias. A interpretação propositiva não é aquela que reconhece a obviedade do desvio de função e da deficiência do aparato, mas sim

[1] BARREIRA, César; PAIVA, Luiz Fábio S. e RUSSO, Maurício. Estudo Setorial Especial Segurança Pública e Justiça. Fortaleza: Imprensa Oficial do Ceará, 2018. Acesso em: 12 de jun de 2019. Disponível em http://www.ceara2050.ce.gov.br/api/wp-content/uploads/2018/10/ceara-2050-estudo-setorial-especial-seguranca-publica-e-justica.pdf

quando, a despeito das distorções inalcançáveis, consegue repensar o organismo social e estabelecer os patamares de civilidade com critérios distintivos que justifiquem a diferença de atitude conforme o contexto onde se apliquem.

Pensar sobre o ingresso de policiais militares em domicílio precisa partir da concepção ampliativa de suas atribuições de polícia ostensiva (preventiva e dissuasória), não por escolha própria, mas institucional. Pela forma como se organiza a segurança pública no estado do Ceará e pela acomodação desses novos âmbitos de atuação segundo o qual a polícia civil cede espaço para a militar desempenhar ações próprias da polícia judiciária, investigativa e repressiva. Quanto mais se aprofundam essas escolhas, menos opção tem o policial militar no momento do flagrante.

Tendo em vista a previsão do delito de violação de domicílio no art. 150 do CPB a situação em estudo despreza todas as motivações ilícitas para centrar-se exclusivamente na dúvida legítima do policial que se vê na iminência do ingresso em domicílio alheio para buscar parâmetro de acolhimento na exceção prevista no parágrafo terceiro, notadamente a autorização para entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências a qualquer hora do dia ou da noite, quando um crime estiver sendo praticado ou em sua iminência de o ser.

A situação de escolha difícil delineada para análise constitui-se da busca domiciliar por policiais, sem a devida ordem judicial, diante da avaliação pessoal da ocorrência de flagrante. Essa hipótese exige a avaliação das sutilezas do cotidiano da ação policial, a liberdade de escolha e legitimidade da pessoa autorizadora do acesso (quando for o caso) e, principalmente, em que medida os argumentos das decisões judiciais contribuem para definir esses contornos.

Numa cidade como Fortaleza, onde as favelas encontraram espaço propício para se instalarem em áreas não edificantes, com baixa salubridade e segurança ambiental, criam-se microcosmos incrustados em regiões de grande valorização imobiliária, com regência própria distinta dos postulados definidos para os seus vizinhos de ocupação convencional, com aquisição de unidade imobiliária registrada e sujeita à fiscalização, sujeitos ao código de postura.

Por certo as gerações sucessivas se desconectam gradativamente da clandestinidade inspiradora da ocupação originária dos espaços urbanos, seja para legitimar os traçados e loteamentos que espoliaram a população nativa, seja para acomodar aquelas comunidades instaladas como resultante da pressão populacional

da periferia ou sem teto ansiosa por espaços privilegiados pela qualidade dos equipamentos públicos implantados.

Embora não se saiba distinguir exatamente bairros, ruas e casas derivadas desse processo histórico, é evidente sentimento local sobre os traçados e as fronteiras desses grupos sociais, obrigados a conviver no mesmo espaço urbano, com tratamento e serviços públicos bastante distintos. O preço pago pela clandestinidade tardia não é o mesmo da originária, criadora dos latifundiários urbanos, legitimados a partir do modelo oportunista, cartorário de conchavos.

Com toda essa carga política urbanística, o policial é colocado na rua com a obrigação de apaziguar zonas de conflito naturais, mais previsíveis nas fronteiras entre as populações ditas regularizadas e aquelas denominadas clandestinas (ou invasoras), ambas resultantes do mesmo processo de acumulação de terras e capital, para atender a conveniência de grupos privilegiados.

Ao agente da segurança pública também é destinada a obrigação de justificar a diferença de tratamento para realidades evidentemente díspares. Comunidades sem acesso ao saneamento básico, imóveis minúsculos de habitação multifamiliar, construídos em desrespeito ao código de postura são instalados em locais inviáveis para o ingresso de viaturas públicas, seja da polícia ou da coleta de lixo. Em cenários primitivos como esse o regramento do direito também segue a mesma lógica, o direito da força volta a reger as relações, a irregularidade nas edificações alcança patamares impensáveis de descaso e ameaça à vida dos próprios moradores.

Dentro desses limites geográficos, com serviços públicos de baixa qualidade ou inexistentes, prevalência do direito da força e alto grau de adensamento populacional surge ambiente propício para o ócio e a violência geratrizes da criminalidade. Essa percepção sistematizada é intuitiva no agente policial, mais um dos motivos do tratamento diferenciado entre populações aparentemente confinados no mesmo bairro.

A compreensão da necessidade de controle da atividade policial não pode se converter em ação imobilizadora da iniciativa bem intencionada. Nem toda violação domiciliar inadequada importa sancionamento disciplinar, mas isso não quer dizer da sua eficácia como prova no processo judicial. As provas obtidas de maneira ilícita devem ser excluídas se não puderam ser alcançadas por outra linha investigativa independente. Essa postura não deve ser tomada como ineficácia do sistema de justiça,

mas mecanismo de ajuste do seu acerto, por vezes com elevado ônus decorrente da absolvição de crimes graves.

2 A Irradiação da Jurisdição Constitucional

A posse do presidente Bolsonaro em 2018, dotado de formação básica militar e discurso de valorização de práticas persecutórias e de enfrentamento armado promove a expansão do poder punitivo e favorece o surgimento de segmentos categorizados como inimigos da sociedade. Como fenômeno social o problema tende a se agravar durante o seu mandato, mas não surge com a política do novo governo, o antecede.

O refreamento a essa tendência surge no processo histórico de constitucionalização, onde os direitos fundamentais incorporam o conteúdo material deste instrumento político e jurídico, ocupa o ápice desse sistema com premissa de rigidez e supremacia. Daí deriva sua força vinculante, inclusive na relação entre particulares, com influência no debate político [2]. Daí derivam interpretações extensivas, seletivas do valor e da moral a serem incorporados à análise jurídica, sindicável por critérios e mecanismos oferecidos pela teoria da argumentação.

Por esse motivo, os cenários de instabilidade criados pelos ocupantes provisórios de funções institucionais, fundado ameaça o direito de sancionamento das infrações dentro dos limites do direito penal, é mitigado. A previsão constitucional contida no artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal de 1988[3] assegura a casa como asilo inviolável do indivíduo se constitui questão suficientemente relevante em razão do reconhecimento de repercussão geral pelo STF no RE (Recurso Extraordinário) 603616-RO (Repercussão Geral) RO - Rondônia, Relator(A): Min. Gilmar Mendes, julgado pelo pleno em 05/11/2015.

Naquela decisão ficou assentado o controle judicial mesmo nas hipóteses de legitimação de "ingerências arbitrárias no domicílio" em função de flagrante delito. O reconhecimento da centralidade do sistema jurídico no juiz não exclui a necessária atuação de controle externo da atividade policial pelo ministério público, tampouco dispensa a ação das controladorias internas. Essa visão realça a importância do

[2] GRAJALES Amós Arturo e NEGRI Nicolás e ATIENZA, Manuel. Sobre la argumentación jurídica y sus teorías. Tradução . [S.l.]: Marcial Pons, 2018, p. 48

[3] art. 5º, X - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

processo judicial, com seus legitimados e possibilidade de intervenção construídos historicamente, sobre as bases do contraditório e ampla defesa, como sistema mais adequado. A previsão do sistema recursal, culminado por órgão colegiado de composição múltipla, com obrigação de fundamentar e dar coerência ao ordenamento jurídico, de modo a espelhar com o máximo de eficácia às garantias constitucionais, abre espaço para construção social do direito.

A decisão do RE 603616-RO não se limita a reconhecer o comprometimento do núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) ou da proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio previstos igualmente no Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1, mas também se propõe a oferecer balizas interpretativas de legitimação e dos procedimento de ingresso em domicílio sem ordem judicial para evitar a violação de direitos individuais.

Para a regular ação policial a situação de flagrância deve ser prévia, o ônus de demonstrar essa situação compete aos agentes e tais razões devem ser justificadas posteriormente (prévio, ônus, justificar). Ou seja, o ingresso em domicílio é exceção, sem ordem judicial deve acontecer em situações extremas. As circunstâncias autorizativas dessa medida extrema, deve ser prévia, demonstrável e necessariamente verificada por todos os encarregados em avaliar a licitude da medida, para torná-la justa. Essa sequência e gradação revelam que a situação de flagrância justificadora do ingresso em domicílio deve ser precedente e demonstrável, ou seja não basta a ocorrência de crime no interior da residência, constatável após o ingresso residencial, como mecanismo para justificar a medida.

A anterioridade demonstrável inibe busca aleatória de indícios de crime após o ingresso em domicílio, como forma de legitimar a ação policial, evita também o impulso para implantar indícios suficientes para afastar a responsabilidade do policial, incapaz de avaliar as circunstâncias justificadoras de maneira adequada. Sem pretender dimensionar a utilidade e validade do depoimento exclusivo dos policiais envolvidos na ação para serem aproveitados como prova do processo penal[4], é certo

[4] "O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso". (HC 165.561/AM, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 02/02/2016, DJe 15/02/2016). No mesmo sentido HC 281836 / SP Rel.Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca (1170). Quinta Turma. julgado 17/03/2016, DJe 30/03/2016.

que à Polícia Civil compete o exercício da polícia judiciária e às Polícias Militares o policiamento ostensivo.

Além das consequências processuais e disciplinares aos agentes policiais, é possível acrescentar a imediatidade e conexão como indicadores auxiliares para aferir adequação no momento do ingresso em domicílio sem ordem judicial. Eles colaboram tanto no momento da ação policial, como apontam critérios para as instâncias revisoras.

A imediatidade se refere à dimensão espacial e temporal. A presença dos elementos de convicção deve acontecer em local não muito distante de onde se encontram os policiais. Tão logo percebam que a situação recomenda a ação invasiva ela deve acontecer na sequência, após assegurado o êxito da investida e a segurança dos agentes, conforme reclamado pelas circunstâncias.

A conexão diz respeito à identidade dos indícios do crime objeto de perseguição com a materialidade revelada no interior da residência invadida. Considerando que a jurisprudência sugere anterioridade do crime, revela-se ilicitude de provas se essa anterioridade não se revela após o ingresso, daí deduzir-se a conexão como corolário dela.

A apuração dos fatos envolvendo o ilícito penal e a condução do inquérito policial competem à polícia judiciária; já a polícia preventiva age fardada com a missão de preservação da ordem pública e segurança interna, conforme art. 144 CR/88.

Aos poucos configura-se, pelas decisões dos tribunais superiores, a circunstância autorizadora de ingresso em domicílio, mais especificamente sobre o autorizativo do flagrante delito em curso no seu interior. Além da anterioridade, os agentes estatais devem ocupar-se na necessária demonstração futura da presença de elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida.

Diante dessa conjunção o horário deixa de ser relevante e inibe responsabilização disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados, como consequências necessárias à negligência ou ao desprezo violador intencional da inviolabilidade sistemática. O plenário do STF, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, sintetizou a matéria da seguinte forma:

> Tema 280 - Provas obtidas mediante invasão de domicílio por policiais sem mandado de busca e apreensão: "A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa

> ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados."

Embora se tenha chegado a uma síntese quanto aos pressupostos e consequências da inobservância ainda resta pendente a medida do acerto quanto a cada um desses indicadores, como a extensão das fundadas razões, quais instrumentos são suficientes para justificar o ingresso, ou ainda a natureza dos delitos. Para criar lógica de interpretação, útil ao agente no momento da ação, dirigida também ao detentor do direito de não ver seu domicílio ser violado e igualmente a todas as instâncias de aferição e controle do acerto da medida, para as posteriores repercussões de responsabilidade, as decisões proferidas pelo STJ são fortes aliados pela sua função de corte responsável por unificar o entendimento e definir o alcance da legislação infraconstitucional.

Como forma de segmentar as consequências jurídicas, para evitar inibir a ação policial legítima e ao mesmo tempo balizar seus limites, nem todo ingresso em domicílio importa necessariamente em procedimento apuratório da responsabilidade funcional e criminal do policial, suas consequências podem ficar restritas ao processo como aconteceu no REsp 1558004-RS (rel. Min. Rogerio Schietti Cruz T6 DJe 31/08/2017) em cujo voto ficou clara a inocorrência de flagrante demonstrativo de justa causa como forma de justificar a invasão de domicílio pela polícia.

Baseado na compreensão do domicílio como expressão do direito à intimidade, ele deve ser visto como asilo inviolável, por esse motivo o ingresso no seu interior, sem mandado, é exceção constitucional que desafia interpretação restritiva. Dessa constatação derivou para a sexta turma a nulidade das provas obtidas e a absolvição do crime imputado pela falta de outras capazes de serem produzidas em linhas investigativas independentes.

O reforço à importância e dimensão dessa proteção constitucional é trazido com expressões análogas da Convenção Americana de Direitos Humanos [5] e vem acompanhado do seu empenho em capturar a realidade social brasileira sujeita a situações incapazes de serem aquilatadas "no conforto de nossos gabinetes", mesmo assim revela o equilíbrio ao reconhecer a necessidade de conciliar a pretensão em dar

[5] art. 11.2 Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

efetividade à ação policial em circunstâncias adversas, com a pretensão de "inibir situações abusivas e arbitrárias, especialmente as que habitam comunidades socialmente vulneráveis e de baixa renda".

A decisão se revela perfeitamente conectada com a realidade, é contemporânea com os problemas dos grandes centros urbanos brasileiros, não desconhece a forma de agir do crime organizado, mas ressalta o imperativo de mudança de postura dos agentes do Estado no enfrentamento, demonstra-se sensível aos segmentos sociais das camadas mais precárias economicamente, carentes também da preservação mínima dos seus direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida, a qualquer hora do dia, por policiais, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção. No caso concreto havia exclusivamente a suposição de que o local seria ponto de tráfico de drogas ou de acobertamento de suspeito de tráfico. A decisão define de modo claro, instaura e reconhece a dificuldade reclamada pelo caso, seja na questão normativa, bem como da realidade prática cotidiana.

Embora a jurisprudência pretenda dotar o todos os envolvidos no problema de justificativas e elementos seguros para não aviltar a inviolabilidade domiciliar e ao mesmo tempo assegurar ação efetiva dos agentes públicos, compelidos pelo dever de agir conforme o uso prudente de sua discricionariedade na identificação de situações suspeitas.

Por esse motivo, a decisão coloca-se no estreito limiar da legalidade do ingresso para coibir a prática de ilícitos, em flagrância e ao mesmo tempo assegure a inviolabilidade de domicílio. A magnitude do crime justifica a medida de modo a evitar a conversão de domicílio em salvaguarda de crimes e criminosos. Das suas considerações pode-se extrair a necessidade de situação criminosa em curso, emergencial, incompatibilidade com a espera de momento adequado para entrada na residência ou local de abrigo, mediante mandado judicial.

Isso importa relacionar a emergência e magnitude do delito como pressupostos para o enquadramento nas exceções previstas no art. 5º, XI, da Constituição Federal, autorizativos do ingresso em domicílio alheio sem prévia autorização judicial. Como requisitos a fundada suspeita baseada em prévia investigação policial para verificar a veracidade das informações recebidas. Essas informações precisam ser robustas e atuais acerca da ocorrência de crime no local.

Mas, de que modo pode configurar-se informação robusta suficiente para autorizar o ingresso em domicílio? Quando a decisão exclui dessa categoria "vagas suspeitas sobre eventual tráfico de drogas perpetrado pela ré" ela descreve também que a suspeita se constituiu única e exclusivamente por informação de traficância naquela rua. Dessa combinação pode-se deduzir, *a contrariu sensu*, o significado da expressão informação robusta como sendo diverso daquela lançada singular e genericamente sobre moradores aleatórios.

Nem mesmo a realização de transação prévia com um casal, na porta do domicílio invadido justifica a invasão. Embora seja fácil concordar sobre a legitimidade da suspeita dos policiais acerca da ocorrência de tráfico, essa conjunção é incapaz de transpor o limite constitucional. Além de balizar o escrutínio sobre o qual recai a vedação a decisão tem o condão de orientar e compelir a adoção da ordem geral das prisões e investigações, sempre estas precedendo aquelas, ou seja primeiro investiga-se para depois prender, conforme os critérios próprios das prisões cautelares.

Desse modo, evita-se a concentração dos atos de polícia judiciária aos flagrantes derivados de ações ostensivas, cria-se ambiente propício para direcionar a ação policial à mobilização dos seus agentes como corpo, articulado e inteligente, focado em atos preparatórios e investigativos, com redução de danos e potencialização de resultados. A dimensão e as causas geradoras das ações criminosas são compreendidas em maior extensão, afasta-se da abordagem baseada no risco à segurança pessoal e funcional do agente, evita-se a mera intuição extraída das ações de rua.

Com a compreensão e extensão dos efeitos da decisão, no sentido de balizar os critérios de ingresso em domicílio sem mandado judicial, minimiza-se a necessidade de investigar a boa-fé dos policiais durante a ação, bem como retira-se deles a escolha difícil do momento de agir em locais sabidamente de grande permissividade. A preponderância de ações policiais aleatórias, baseadas em alto grau de violação de direitos individuais atrai a antipatia e baixa colaboração nas comunidades onde se dá esse tipo de abordagem. A certeza do ônus de demonstrar elementos objetivos, seguros e racionais para a justificar a invasão de domicílio, percebidos antes do ingresso, evita o comprometimento das provas daí derivadas.

Os elementos de prova colhidos no domicílio violado indevidamente são excluídos do processo como decorrência da Doutrina dos Frutos da Árvore

Envenenada (ou venenosa, visto que decorre da fruits of the poisonous tree doctrine, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da Constituição da República do Brasil, é nula a prova derivada de conduta ilícita - no caso, a apreensão, após invasão desautorizada.

Conclusão

Promover a eficácia da constituição e melhor arranjo para divisão de poderes também é papel do Judiciário. Não é ativismo a cobrança judicial de políticas públicas já definidas pelo Legislativo. A preocupação de ocupar o papel político, por meio dos instrumentos jurídicos, deve colonizar a ação jurisdicional na efetivação do princípio da inviolabilidade de domicílio.

Para capturar a dimensão adequada da norma é preciso reconhecer as injunções e anseios legítimos dos segmentos envolvidos na questão e, no caso do ingresso em domicílio sem ordem judicial, pode-se sintetizar em três: o morador, o cidadão interessado em segurança pública efetiva e o policial. Recai sobre esse último a zona de tensão dos outros dois e por esse motivo se torna mais vulnerável ao erro, daí a necessidade do seu estudo específico.

O incremento da importância da jurisprudência não vem apenas com a convergência entre os sistemas jurídicos de *common* e *civil law*, mas também por previsão expressa do Código de Processo Civil brasileiro de 2015. As decisões judiciais permitem a evidência e sistematização de juízos valorativos, para dar cabo à pretensão de construção de coerência no sistema jurídico a partir dos precedentes, com isso o Judiciário resgata sua relevância no Estado de Direito e equiparação com os outros dois poderes, pela potência que lhe é própria de atualizar a norma sem precisar alterar-lhe a redação. No entanto, essa prerrogativa, que também é dever e fardo, o coloca como destinatário dos anseios de mudança, de acerto e segurança jurídica, traduzida em estabilidade e previsibilidade das decisões.

O Estado de Direito é demandado por prestações positivas voltadas para a consolidação e atendimento dos direitos fundamentais, a cidadania reclama jurisprudência baseada em princípios e valores, com internalização da moral. Essa moral surge como reflexo do modo de ser coletivo, circunscrito a determinado tempo e espaço, configuração material na compreensão da mentalidade e ideia de justiça em

determinado espaço social. A interpretação, entendida como uma atividade guiada pela necessidade de satisfazer os fins os valores que dão sentido à prática.

Esse direcionamento é demonstrado e alcançado por meio da argumentação jurídica, ela vem ao encontro desse esforço de acerto, no sentido de definir os contornos e legitimidade para ingresso de policiais em domicílio sem mandado, quando da persecução de crime de tráfico de droga, no contexto do estado do Ceará.

Com o olhar voltado para a compatibilidade da preservação da inviolabilidade de domicílio, a realização de atos próprios da polícia judiciária feitos pela polícia militar, confrontada pela flagrância de crimes que reclamam ação enérgica e imediata, adota-se o reconhecimento de repercussão geral pelo STF no RE (Recurso Extraordinário) 603616-RO (Repercussão Geral) RO - Rondônia, Relator(A): Min. Gilmar Mendes, julgado pelo pleno em 05/11/2015 para permitir sintetizar os parâmetros do ingresso nos domicílios sem autorização judicial.

Naquela decisão ficou assentado o controle judicial mesmo nas hipóteses de legitimação de "ingerências arbitrárias no domicílio" em função de flagrante essa evidência deve ser prévia e atrai para o agente de polícia o ônus de reunir elementos capazes de demonstrar essa situação de modo a viabilizar o necessário mecanismo de controle interno, externo e judicial. Se o objetivo é regular o ingresso sem ordem judicial, na presença de flagrante demonstrável posteriormente, fica evidente a necessidade da colocação de todo a aparato material, de pessoal e mentalidade corporativa a serviço dessa lógica, por meio do cadastro de ordens de missão, comunicações via rádio ou registro histórico das notícias de crime autorizadoras da ação.

Além das consequências processuais e disciplinares aos agentes policiais, é possível acrescentar a imediatidade e conexão como indicadores auxiliares para aferir adequação no momento do ingresso em domicílio sem ordem judicial. Eles colaboram tanto no momento da ação policial, como apontam critérios para as instâncias revisoras.

Referências

BARREIRA, César; PAIVA, Luiz Fábio S. e RUSSO, Maurício. **Estudo Setorial Especial Segurança Pública e Justiça**. Fortaleza: Imprensa Oficial do Ceará, 2018. Acesso em: 12 de jun de 2019. Disponível em

http://www.ceara2050.ce.gov.br/api/wp-content/uploads/2018/10/ceara-2050-estudo-setorial-especial-seguranca-publica-e-justica.pdf

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 12 jun. 2019.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm . Acesso em 12 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). RE (Recurso Extraordinário) 603616/RO (Repercussão Geral). Relator: Min. Gilmar Mendes, em 05 de novembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). HC 165.561/AM. Relator: Min. Nefi Cordeiro, em 02 de fevereiro de 2016. Diário da Justiça de 15 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). HC 281836/SP. Relator:Min. Reynaldo Soares da Fonseca, em 17 de março de 2016. Diário de Justiça 30 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). REsp 1558004-RS. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Diário de Justiça 31 ago. 2017.

GRAJALES Amós Arturo e NEGRI Nicolás e ATIENZA, Manuel. Sobre la argumentación jurídica y sus teorías. Tradução . [S.l.]: Marcial Pons, 2018.

RORAIMA. O Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Criminal no 0090.10.000302-0 – Bonfim/RR.

17. A RELAÇÃO ENTRE CIÊNCIA JURÍDICA E CIÊNCIAS COGNITIVAS E INFLUÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DECISÓRIA

THE RELATIONSHIP BETWEEN LEGAL SCIENCE AND COGNITIVE SCIENCES AND INFLUENCE ON DECISION BASIS

https://doi.org/10.36592/9786587424187-17

Samara de Oliveira Pinho[1]

Resumo

Este breve estudo se propõe a apresentar a necessidade de se estabelecer um diálogo entre a Ciência Jurídica e as Ciências Cognitivas, extraindo destas algumas ferramentas teóricas indispensáveis a uma compreensão mais realista do objeto de estudo do jurista: a norma. Desse modo, pode-se conceder amparo científico às limitações e reais possibilidades de apreensão cognitiva dos significantes e significados dispostos normativamente. Percebeu-se, pois, a relevância de se obter conhecimento sobre os conceitos específicos das Ciências Cognitivas, especialmente institutos e ferramentas basilares desse campo de estudo para que se possa oferecer suporte ao exame da própria norma jurídica e de sua intepretação, demonstrando-se os benefícios da interdisciplinaridade respectiva, em consideração a alguns limites e possibilidades encontrados quando do estudo da mente humana (e, igualmente, da própria cognição). Afere-se a indispensabilidade de se estudar o Direito para além de sua própria gramática, institutos e técnica. O método de pesquisa será descritivo no sentido de possibilitar a análise, interpretação e valoração de toda a temática ora esboçada para estabelecer seus pressupostos e associações teóricas, por meio de levantamento bibliográfico, em atenção a obras diversas, dentre livros e artigos de periódicos.

Palavras-chave: Cognição. Direito. Limites. Possibilidades.

Abstract

This brief study proposes to present the need to establish a dialogue between Legal

[1] Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Sete de Setembro – Uni7. Advogada, inscrita na OAB/CE n. º 31.314. *E-mail*: samara.o.pinho@gmail.com

Science and Cognitive Sciences, drawing from these some theoretical tools indispensable for a more realistic understanding of the object of study of the jurist: the norm. In this way, scientific support can be granted to the limitations and real possibilities of cognitive apprehension of the normatively arranged meanings and meanings. Therefore, the relevance of obtaining knowledge about the specific concepts of the Cognitive Sciences, especially the institutes and basic tools of this field of study, was realized, so that the examination of the legal norm itself and its interpretation can be supported, demonstrating the benefits of the respective interdisciplinarity, in consideration of some limits and possibilities encountered when studying the human mind (and also cognition itself). The indispensability of studying law beyond its own grammar, institutes and technique is given. The research method will be descriptive in order to enable the analysis, interpretation and valuation of the whole theme now outlined to establish its assumptions and theoretical associations, through bibliographic survey, in attention to various works, including books and journal articles.
Keywords: Cognition. Right. Limits. Possibilities.

Introdução

O ser humano é um organismo complexo que, por sua vez, é composto por diversos sistemas, dentre eles, o sistema nervoso, em que se encontra o centro das percepções, ações e sensações do homem, isto é, o encéfalo. Sabe-se que os estudos sobre este órgão são permeados por dúvidas, mormente no que dizem respeito às consequências e causas do comportamento humano, uma vez que o encéfalo se encontra envolto a uma estrutura complexa de bilhões de neurônios e processos de transmissões sinápticas que têm a função de externar a linguagem, o movimento, as sensações, as decisões e, de modo geral, responsabiliza-se pelo funcionamento e desenvolvimento da cognição humana.

Todo esse conjunto biológico é parcela ainda não (inteiramente) desvendada pelo conhecimento científico, na medida em que é objeto de muitas suposições e "verdades provisórias" que ainda se busca compreender. Por esta razão, a cognição humana está sujeita a falhas, falsas impressões, erros de interpretação e formação de crenças equivocadas, das quais podem decorrer efeitos negativos, findando-se pela não

possibilidade de caracterizar-se as ações e reações do ser humano, em algum aspecto, como perfeitas.

Desta feita, imprescindível que à Ciência Jurídica sejam introduzidas noções elementares quanto aos estudos sobre a cognição humana, a fim de possibilitar uma visão mais realista das possibilidades da racionalidade no que diz respeito, especialmente, à atividade intelectual de interpretação e aplicação da norma, especialmente para o julgador.

Neste artigo, portanto, objetiva-se analisar ideias basilares oferecidas pelas Ciências Cognitivas, com o objetivo de entender um pouco sobre a mente humana e seu funcionamento, mais precisamente, o ato de "conhecer" e "fazer" do ser humano e suas reações, considerando seus acertos e falhas no que tange ao raciocínio, de forma a concentrar-se no momento em que este – o indivíduo – externa-se para o mundo.

As Ciências Cognitivas têm um papel essencial no desenvolvimento deste trabalho, servindo-se como pano de fundo a este, na medida em que se intenta imprimir na Ciência Jurídica a consciência e o entendimento de que não se pode ignorar o entroncamento e os reflexos diretos das acepções e institutos relacionados à cognição humana para a implementação e aprimoramento do Direito. A fim de sofisticar a própria cientificidade jurídica, intenta-se franquear suporte de caráter interdisciplinar para seu desenvolvimento, agregando parâmetros e ferramentas para compreender o raciocínio humano.

Este trabalho, portanto, não deixa de ser eminentemente jurídico, mas com pretensões interdisciplinares, que se exibem inevitáveis ao aprimoramento do estudo, na medida em que apresenta aspectos proeminentes da interação dessas duas Ciências – Jurídica e Cognitiva. Com esta pesquisa, objetiva-se entender o entroncamento entre as Ciências Cognitivas e a Ciência Jurídica, analisando conceitos específicos daquela área de estudo que podem influenciar diretamente nesta. Para tanto, far-se-á uma análise sobre os principais aspectos e acepções extraídas das Ciências Cognitivas, com o objetivo de enfrentar questões pouco debatidas na seara jurídica, mas que, na realidade, têm bastante relevância para esse campo de estudo.

Esta pesquisa será realizada com emprego do método descritivo, a partir de levantamento bibliográfico da doutrina nacional e internacional sobre a temática, de maneira específica e abrangente, para possibilitar a construção de analogias e/ou associações com a finalidade de auferir resultados contundentes.

1 Noções elementares sobre Ciências Cognitivas

Aquilo que se imputa como pensamento cartesiano diz respeito à famosa formulação de René Descartes[2] no que tange à seguinte proposição: "Penso, logo existo" ("*Cogito, ergo sum"*) de modo a caracterizar a racionalidade como algo separado de todo o organismo humano, ou seja, a capacidade de pensar racionalmente estaria completamente desvinculada do corpo humano e de seu funcionamento, havendo uma cisão entre mente e corpo[3]. Neste ensaio, admite-se que esta concepção é, no entanto, equivocada, além de ser prejudicial a diversos ramos do conhecimento e sua forma de compreender a vida, vez que restringe bastante as possibilidades da ação humana e de sua própria capacidade de raciocinar, desconsiderando as influências eminentemente corpóreas e naturais.

A nova realidade moderna revelou que a visão fragmentada de mundo não era suficiente, de modo que a concepção cartesiana não se mostrou como a mais adequada, nada obstante ainda persistia forte discussão nesse tocante, estando, porém, superada neste trabalho, vez que se entende que se exige uma postura consonante com a dinamicidade da sociedade e sua interligação, tendo em vista a interdependência entre os fenômenos biológicos, psicológicos sociais e ambientais[4]. Por isso, mais uma vez, uma análise cindida do pensamento e do raciocínio humano não se exibiu bastante, sobretudo ante a característica do homem como "biopsicossociocultural"[5], ou seja, percebeu-se que o homem, para além de suas características biológicas e fisiológicas, possui também qualidades definidas por seu perfil social, cultural e psicológico.

Em sentido semelhante, tem-se que o próprio conhecimento possui seu viés biológico, vez que, muito antes da própria formação da mente, percebeu-se a configuração de parâmetros químicos que já influenciavam no comportamento do "ser", ainda que numa composição bastante simplória, ressaltando a unicidade entre mente e corpo. A capacidade de racionalizar e processar pensamentos e informações é, porém, bastante peculiar e aprofundada, demandando a existência de uma composição neural mais complexa, vez que os ideários e o ato criativo penetram no

---

[2] DESCARTES, René. **Discurso do método.** Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996 (clássicos). *Passim*.
[3] CAPRA, Fritijof. **O ponto de mutação**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 37
[4] CAPRA, Fritijof. **O ponto de mutação**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2006. P 14.
[5] FELTES, Heloísa Pedroso de Moraes. **Semântica Cognitiva:** ilhas, pontes e teias. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007. P. 259.

que se denomina de "mente", cuja equivalência encontra-se no cérebro, de forma que a ausência de neurônios importa a ausência da própria mente[6].

Dessa forma, conclui-se que a mente não controla o corpo[7], mas, na verdade, há uma unidade de movimento, desempenho e resultados advindos de um só "lugar": o organismo humano, não havendo que se falar em divisão entre aspecto físico e mental do homem. O enfrentamento destas questões é realizado por diversos campos do conhecimento científico, mormente pelas Ciências Cognitivas – pano de fundo desta pesquisa –, as quais têm como objeto exatamente o estudo do cérebro e da mente[8], podendo ter a seguinte definição:

> A Ciência Cognitiva constitui um domínio cuja formação é o resultado de estudos oriundos de diferentes áreas do conhecimento. Sua característica essencial é a interdisciplinaridade e, contemporaneamente, a transdisciplinariedade. Os cientistas da cognição advêm de áreas, tais como: Inteligência Artificial, Psicologia, Linguística, Antropologia, Filosofia da Mente (e da Linguagem), Neurobiologia, para citar algumas, que se ocupam, sob alguma perspectiva epistemo-metodológica, da natureza, da estrutura e dos processos da cognição humana[9].

A cognição humana é, pois, a "protagonista" das Ciências Cognitivas, como a própria etimologia da expressão sugere, mas, nota-se, que tal ramo do conhecimento é preenchido por diversas outras "espécies" de ciências, resultando numa só ao final, enfatizando que o próprio estudo da relação entre mente e corpo não está adstrito a um modo de raciocinar ou a uma espécie apenas de sistema de entendimento.

As Ciências Cognitivas desenvolveram-se segundo duas gerações significativas, correspondendo, a primeira, à denominada Ciência da mente "desencorporalizada" ou "não-corpórea" e, a segunda, à geração quanto à ciência da mente corporizada. Com mais vagar, tem-se que na, primeira geração, a mente era tomada como uma espécie de computador, de modo a ser considerada como independente do corpo; já, a segunda geração, concebe a mente como corpórea, isto é, como dependente direta do corpo humano[10].

---

[6] DAMÁSIO, António R. **O erro de Descartes**: emoção, razão e o cérebro humano. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. 3 ed. 2 reimp. São Paulo: Companhia das letras, 2012. P. 71-78.
[7] CAPRA, Fritijof. **O ponto de mutação**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2006. P. 318.
[8] FELTES, Heloísa Pedroso de Moraes. **Semântica Cognitiva:** ilhas, pontes e teias. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007. P. 26.
[9] FELTES, Heloísa Pedroso de Moraes. **Semântica Cognitiva:** ilhas, pontes e teias. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007. P. 212.
[10] FELTES, Heloísa Pedroso de Moraes. **Semântica Cognitiva:** ilhas, pontes e teias. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007. P. 27.

A lógica e a racionalidade existentes no ambiente da Ciência Jurídica levam em consideração, sobretudo, as condutas humanas e a forma de regulá-las e controlá-las, denotando-se a necessidade de confluir as noções das Ciências Cognitivas para o âmbito de aplicação das normas, tendo em vista a energia cognitiva a ser despendida em tal processo de compreensão e apreensão do sentido e alcance normativo. Por isso, o estudo sobre os limites da cognição humana e das reais possibilidades de aferição dos conceitos e da simbologia das normas (para, em seguida, transpô-las ao mundo prático) deve ser introduzido no estudo da própria Ciência Jurídica.

2 Um conceito de mente humana

Como visto, existem duas principais gerações de pensamento no tocante ao estudo das Ciências Cognitivas, quais sejam: a geração da mente "não-corpórea" e a da mente "corpórea", que são diferenciadas justamente pela forma de conceituação da própria mente humana. Detalha-se que, na primeira, a mente é compreendida como se um computador fosse, ao agir por meio de operações nas quais símbolos se dirigem às mudanças ocorridas na "máquina", ou seja, como se a mente estivesse desprendida do corpo humano e este fosse um receptor de informações produzidas não fisicamente[11]. Na segunda, a mente tem "forte dependência de conceitos e razão sobre o corpo"[12], ou seja, a mente é a integração entre o aspecto físico e não físico do ser humano, o qual interage com o meio e os símbolos, revelando-se a mente, portanto, como parte do próprio corpo, baseando-se no desenvolvimento dos conceitos racionalizados pelo indivíduo. Em síntese:

> [...] defendem os estudiosos da mente corpórea que a cognição humana é, necessariamente, o resultado de uma interação do organismo como um todo com o meio ambiente, recusando a ideia de uma 'razão abstrata', que funciona da mesma maneira, como se independente do corpo e das possibilidades corpóreas[13].

Este trabalho filia-se à segunda geração mencionada, no entanto, antes de explicar as razões deste posicionamento, é preciso entender aspectos outros

[11] FELTES, Heloísa Pedroso de Moraes. **Semântica Cognitiva:** ilhas, pontes e teias. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007. P. 61.
[12] FELTES, Heloísa Pedroso de Moraes. **Semântica Cognitiva:** ilhas, pontes e teias. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007. P. 74.
[13] GUERRA, Marcelo Lima. **Prova Judicial:** uma introdução. Fortaleza: Boulesis, 2015. P. 40.

relacionados ao tema, no intuito de contextualizar a compreensão do próprio conceito de mente humana, apresentando um pouco sobre a evolução da conceituação ora apresentada.

Em primeiro lugar, importa narrar sobre um caso paradigmático e emblemático que representa a noção de que a mente (simbolizado pelo cérebro) e o corpo se equivalem: o do americano Phineas Gage. Em 1848, aos 25 anos de idade, este indivíduo sofrera um grave acidente na ocasião em que trabalhava na supervisão de uma ferrovia em Vermont (EUA). Em razão de uma explosão naquele local, uma barra de ferro, com mais de um metro de comprimento, atingiu o crânio de Gage, ao adentrar por sua bochecha e sair pelo topo de sua cabeça.

O mais surpreendente foi que Gage manteve-se completamente lúcido após o acidente, demorando ainda alguns minutos para perceber o que havia ocorrido consigo. Os médicos que o examinaram, à época, declararam-no, após um ano da extração do objeto, totalmente recuperado, sem quaisquer sequelas[14].

Dessa forma, os estudos despendidos sobre esse evento e seu protagonista começaram a apresentar conclusões contrárias as que, até então, eram prevalecentes, isto é, de que o cérebro, na verdade, não funcionava de forma fracionada, ou seja, não era dividido em partes específicas que estariam supostamente responsáveis por determinada função do corpo humano, uma vez que havia sido analisado que Gage tivera o cérebro danificado em partes teoricamente responsáveis pela linguagem e pelo controle motor, no entanto, permanecia como se isso não tivesse acontecido, restando a impressão de que o cérebro funcionava de forma holística.

Tempos depois, o médico John Harlow percebeu que, embora Gage não tivesse apresentado qualquer sequela ou deficiência aparente após o acidente, ele mudou veementemente sua personalidade e sua forma de lidar com as pessoas e as circunstâncias, exibindo-se como sujeito bastante frio e com dificuldades em tomar decisões, bem como de raciocinar segundo a moral[15]. Nesse sentido, descobriu-se que Gage, na verdade, sofrera uma lesão nos lobos frontais do cérebro, parte a qual é imputada como responsável pelas funções cognitivas, inclusive, decisórias e morais.

---

[14] HORGAN, John. **A mente desconhecida:** por que a ciência não consegue replicar, medicar e explicar o cérebro humano. Tradução de Laura Teixeira Motta. 1 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. P. 47.

[15] HORGAN, John. **A mente desconhecida:** por que a ciência não consegue replicar, medicar e explicar o cérebro humano. Tradução de Laura Teixeira Motta. 1 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. P. 48.

O caso Gage, até os dias atuais, tem extrema relevância para os estudos sobre as lesões cerebrais e sua repercussão na compreensão das ações, reações, sentidos e sentimentos humanos, oferecendo mais avanços sobre o entendimento da ligação entre cérebro (corpo) e mente. Este caso revela, ainda, uma relação direta e indissociável entre o aspecto físico e não físico do cérebro, ou melhor, que há uma clara equivalência entre o mental e o cerebral, inexistindo autonomia entre ambos, ou entre o que seja corpóreo e mental, de sorte que a concepção cartesiana de mente não se demonstra como mais adequada aos propósitos deste estudo e à própria evolução do conhecimento científico sobre o tema.

Por sua vez, Heloísa Feltes[16] arremata ao afirmar que a "cognição humana está inextricavelmente ligada à experiência humana, corpórea, social, cultural e histórica", ou seja, a construção da mente humana não depende só de si própria e do organismo do homem, mas também de um conjunto de interações com o ambiente em que se encontra inserido. De outro lado, o que se tem é uma verdadeira lacuna explicativa[17] no que concerne ao funcionamento do encéfalo como um todo, identificando-se uma incapacidade de ciências fisiológicas para explicar eventos psicológicos.

Na obra "*The Concept Of Mind"*, Gilbert Ryle[18] discorre sobre a admissão inicial de que a mente estaria distante e divergente da própria matéria, sendo apresentada uma divisão entre mundo externo e interno, em que este dizia respeito ao que não se podia, em tese, acessar e aquele concernente ao externado pelas ações humanas. O autor, então, formulou que, na verdade, Descartes cometera um erro de categoria ao supor que a mente seria uma variação do mecânico[19], ou melhor, ao propor que mente e corpo fizessem parte de categorias diversas quando, na realidade, são itens intrínsecos e indissociáveis um do outro.

A cartografia conceitual de Ryle[20] preconiza, nesse sentido, que o pensamento e o agir não são manifestações diferentes do homem, este, ao agir (andar, correr, levantar o braço, *etc.*) e ao raciocinar (pensar em um cálculo matemático, por exemplo) não está realizando dois eventos distintos, mas tão somente um; expondo, ainda, uma

---

[16] FELTES, Heloísa Pedroso de Moraes. **Semântica Cognitiva:** ilhas, pontes e teias. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007. P. 90.
[17] HORGAN, John. **A mente desconhecida:** por que a ciência não consegue replicar, medicar e explicar o cérebro humano. Tradução de Laura Teixeira Motta. 1 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. P. 26.
[18] RYLE, Gilbert. ***The concept of mind.*** London: Routledge, 2009. P. 3-4.
[19] RYLE, Gilbert. ***The concept of mind.*** London: Routledge, 2009. P. 8.
[20] RYLE, Gilbert. ***The concept of mind.*** London: Routledge, 2009. P. 23.

crítica veemente ao que denominou de "mito do fantasma da máquina", isto é, à concepção que identificava a mente como um lugar no qual existem pensamentos secretos e inatingíveis, ao refutar a tese de que o intelecto estaria ligado apenas ao fenômeno da teorização e não da prática. Ryle, assim, introduziu os aspectos do *know how* e do *know that*, os quais dispõem sobre a necessária compreensão de que a mente não é um espaço alheio ao corpo, na medida em que o homem, ao formular uma teoria, concebe-a em razão da interação de seu organismo com o meio e consigo mesmo, ou seja, não há pensamento ou raciocínio desprendido do próprio aspecto material do indivíduo.

Verifica-se, portanto, que a concepção de mente deve ser compreendida como corpórea, na medida em que não se distinguem manifestações físicas das não-físicas, tampouco se divide a unidade que é o organismo, razão pela qual toda a complexidade mental – que envolve ações, reações, pensamentos, reflexões, *etc.* – diz respeito à união entre corpo e mente.

2 O que isto tem a ver com o Direito? (Algumas repercussões sobre a fundamentação decisória)

Expostas todas noções gerais (e principais) sobre as Ciências Cognitivas, que são pertinentes a este trabalho, eis o momento de explicitar seu entroncamento com a Ciência Jurídica, de modo a também relacionar aos propósitos deste trabalho.

O objeto de estudo do Direito diz respeito, basicamente, à norma jurídica e suas repercussões no mundo fático, motivo pelo qual este "ramo" do conhecimento humano se encontra ligado diretamente às questões de julgamentos, interpretação e argumentação em consideração à conduta humana, vez que a análise da norma jurídica e sua aplicabilidade (ou não) demandam um trabalho cognitivo de apontar a melhor ou mais adequada "opção" interpretativa para determinado caso concreto.

Nesse sentido, a Ciência Jurídica, por óbvio, pressupõe o exercício da cognição humana, principalmente em consideração aos preceitos da teoria do conhecimento, segundo a qual é inerente à construção do conhecimento científico a sua característica falha e inacabada e, por sua vez – consoante já tratado –, a própria cognição humana é muito limitada frente as inúmeras e ainda desconhecidas possibilidade da mente humana, sendo este o primeiro ponto de convergência entre as Ciências Cognitivas e o Direito.

É latente, pois, a possibilidade de falibilidade na própria interpretação das normas, ressaltando-se que o Direito pode se revelar, muitas vezes, como uma Ciência não dogmática (zetética), no momento em que põe em questão, por exemplo, sua própria forma de expressão e/ou fonte de criação, se natural ou positivista[21].

Entretanto, esse caráter falível e de constante construção não afasta a necessidade de agregar segurança aos preceitos do Direito e, de igual modo, é necessário entender as possibilidades de erros e as razões pelas quais eles ocorrem, exibindo-se as Ciências Cognitivas como pano de fundo dessas questões, haja vista que seu objeto de estudo é justamente a manifestação e o exercício da cognição humana, a qual reveste a própria atuação do estudioso ou do profissional do Direito na formulação de teorias e práticas adotadas para a regulação do Estado e dos indivíduos.

Disto, obtém-se a relação direta entre o Direito e as Ciências Cognitivas, considerando o objeto de estudo daquele (a norma) que se expressa por símbolos e conceitos, os quais demandam uma análise de alcance e sentido, podendo ser realizada mediante a utilização de ferramentas propostas pelas Ciências Cognitivas, esta que, por sua vez, pressupõe uma acepção de mente humana corpórea e, consequentemente, a possibilidade de aferição das ações e das representações mentais dos sujeitos. A realidade é que a grande maioria dos estudiosos e profissionais do Direito ignora e sequer tem interesse em compreender as repercussões de exames cognitivos em sua forma de atuação, deixando de trazer para o Direito teorias mais viáveis quanto à cientificidade de aspectos valorativos, morais e emocionais no tocante à aplicação de normas, que exige conscientização das limitações cognitivas.

A discussão mais acalorada e recorrente no âmbito da Ciência Jurídica diz respeito à fundamentação das decisões judiciais, sendo decorrência do atual momento de uma sociedade inflada de expectativas[22], que exige respostas mais rápidas, as quais são apresentadas sem o esforço cognitivo adequado, como é o caso de algumas decisões judiciais em meio a um processo. Uma demanda judicial, portanto, tem por fim administrar essas expectativas[23], porém, ante o foco excessivo pela conclusão e o descrédito ao próprio percurso para alcançá-la, observa-se, cada vez mais, decisões

[21] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito:** conceito, objeto, método. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 134.
[22] MARDEN, Carlos. **A razoável duração do processo**: o fenômeno temporal e o modelo constitucional de processo. Curitiba: Juruá, 2015. P. 95.
[23] MARDEN, Carlos. **A razoável duração do processo**: o fenômeno temporal e o modelo constitucional de processo. Curitiba: Juruá, 2015. P. 17.

carentes de fundamentação, advindas de uma reflexão cognitiva apressada.

É preciso, no entanto, entender sobre as próprias limitações da cognição humana para, então, apontar soluções possíveis a uma adequada fundamentação das decisões judiciais, sem se desvincular dos efeitos concretos disso, aproximando as teorias da própria aplicabilidade e interpretação das normas em si. Nas palavras de Toulmin[24]:

> Sem dúvida, se nossos sentidos e intelectos fossem mais aguçados, uma quantidade menor de nossas previsões provar-se-ia de fato equivocada; porém, por mais aguçados que se tornassem, nós estaríamos tão distantes quanto antes de superar o risco em questão.

O trecho acima somente ressalta a insistente limitação da cognição humana em tentar minimizar suas falhas, ainda que haja mecanismos apropriados para controlar o pensamento ou que este próprio seja mais cauteloso, na medida em que as imprevisões sempre irão existir.

Por outro lado, a construção da fundamentação de uma decisão judicial não está numa linha tênue entre a razão e a emoção, na verdade, ambos os aspectos fazem parte da própria racionalidade do julgador, de modo que não interessa ao sujeito destinatário da deliberação entender sobre as vicissitudes do inconsciente do magistrado, mas, sim, a forma pela qual tais vicissitudes são manifestadas no ato de decisão e como elas podem ser corrigidas ou controladas, mediante a exposição das respectivas razões.

Destarte, a formação da própria convicção judicial perpassa por desafios de ordens volúveis e incontroláveis, todavia, no momento em que o julgador lhe concede a devida forma por meio de sua fundamentação, no bojo de uma decisão judicial, é factível a identificação de falhas conceituais de maneira mais objetiva quanto à cognição humana, minimizando erros e otimizando o controle de decisões construídas superfluamente, sendo esta a principal finalidade desta pesquisa, vez que a decisão judicial se assemelha a um compromisso[25], o qual é contraído pelo juiz perante o jurisdicionado, e este elo de confiança não pode ser desfeito por um dado incerto que seja, sob pena de não obter a devida legitimidade e confiabilidade em momentos posteriores.

---

[24] TOULMIN, Stephen E. **Os usos dos argumentos.** Tradução de Reinaldo Guaracy. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 339.

[25] SCHAUER, Frederick. ***Thinking like a lawyer:*** a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press. 2009. P. 179.

Os próprios métodos hermenêuticos, tanto clássicos como constitucionais, tornam-se insuficientes no momento da interpretação da norma jurídica e de sua aplicabilidade ao caso concreto quando se extrai que eles não comportam ou não consideram o real modo de raciocinar do ser humano e as próprias vicissitudes e vieses de sua cognição, na medida em que tais métodos são adotados independentemente de uma análise sobre o próprio funcionamento da mente humana e de suas limitações[26].

O Direito tem como principal ferramenta a utilização da linguagem e dos símbolos, os quais tem por finalidade a representação textual e semântica do julgamento racional realizado, contando com técnica e sistemática própria de manifestação de seus conceitos, no entanto, por vezes, esta Ciência intenta apropriar-se de conceitos não originalmente seus, incorporando-os à teoria jurídica sem antes examiná-los com detenção no que concerne à sua aplicabilidade efetiva, prejudicando o próprio entendimento sobre as limitações e possibilidades no processo de interpretação normativa.

Não deve ser estranha, portanto, a tentativa de atrelar estas Ciências (Cognitivas e a Jurídica) num estudo, no sentido de romper com a falsa ideia de que o Direito tem a capacidade de obter respostas em si mesmo, independentemente da articulação interdisciplinar com outras áreas do saber, muito pelo contrário, o Direito deve estar interligado com diversos ramos do conhecimento humano justamente para enriquecer os valores sociais que incorpora a seus conceitos e normas. É indispensável o diálogo intenso entre Ciência Jurídica e Ciências Cognitivas, considerando ainda os grandes avanços desta em relação ao funcionamento da mente humana, sendo este aspecto indissociável da análise do próprio exercício da função jurisdicional operada pelo homem, baseando-se diretamente em sua racionalidade.

Considerações finais

Em arremate a tudo que foi exposto, compreende-se que o element cognitive é permanente na construção de qualquer conhecimento e, no Direito, isso não deve ser diferente, especialmente diante da preponderância da atividade intelectual que é

[26] Por exemplo, quando se fala no método da literalidade não se atenta para o fato de que, ainda que algo seja dito de maneira literal e clara, nada garante que aquela determinada palavra pode apresentar diversos significados diversos em contextos também diversos. Da mesma forma, no que concerne ao método da interpretação ampliativa, não é possível aferir o limite concreto e objetivo de determinada ampliação, sendo algo completamente volúvel a depender da situação.

operada. Desse modo, as Ciências Cognitivas devem estar intimamente conectadas ao desenvolvimento da Ciência Jurídica, a qual não possui suficiência em si mesma, identificando-se a necessidade de um tratamento interdisciplinar e interdependente entre ambos os saberes.

Há necessidade, portanto, de que o Direito não seja visto como Ciência isolada, mas que esteja interligado com outros tipos de conhecimento, mormente aquele concernente à mente humana, a fim de estabelecer uma compreensão mais realista da problemática que enfrenta.

O resultado dessa interação de conhecimentos só pode ser bastante benéfico ao Direito e, especialmente, ao âmbito de interpretação e aplicação normativa, resultando também na avaliação dos processos judiciais, que é o campo efetivo e material de visualização da efetividade dos preceitos normativos, razão pela qual é imprescindível conhecer as reais possibilidades e limitações cognitivas do indivíduo-jurista. Ademais, o que se deixa claro com esta pesquisa é que aspectos ligados à cognição humana não devem ser ignorados pelo Direito, mas sim estudados e considerados na atividade interpretativa.

Concluiu-se, assim, que a mente não controla o corpo e nem pode ser desassociada dele, havendo uma unidade de movimento, desempenho e resultados advindos de um só "lugar": o organismo humano. Não há divisão entre aspecto físico e mental do homem. Esta percepção demonstra justamente insuficiência de um entendimento mecanicista para o Direito, vez que se observa que a cognição humana não é intransponível ou completamente inacessível, justamente em razão da unidade entre mente e corpo e as externalidades promovidas por esta junção.

Consequentemente, imprescindível a busca por mais informações a fim de divulgar e aprofundar os estudos sobre esse tema, no sentido de conscientizar a todos os estudiosos e profissionais do Direito, para prepará-los devidamente para lidar com o funcionamento (às vezes, inconstante) de sua própria mente, a fim de incrementar o próprio estudo da norma jurídica, a partir de uma concepção mais realista do que se pode idealizar e concretizar em termos do que a racionalidade pode oferecer.

Referências

CAPRA, Fritijof. **O ponto de mutação**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2006.

DAMÁSIO, António R. **O erro de Descartes**: emoção, razão e o cérebro humano. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. 3 ed. 2 reimp. São Paulo: Companhia das letras, 2012.

DESCARTES, René. **Discurso do método.** Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996 (clássicos).

FELTES, Heloísa Pedroso de Moraes. **Semântica Cognitiva:** ilhas, pontes e teias. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

GUERRA, Marcelo Lima. **Prova Judicial:** uma introdução. Fortaleza: Boulesis, 2015.

HORGAN, John. **A mente desconhecida:** por que a ciência não consegue replicar, medicar e explicar o cérebro humano. Tradução de Laura Teixeira Motta. 1 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

MARDEN, Carlos. **A razoável duração do processo**: o fenômeno temporal e o modelo constitucional de processo. Curitiba: Juruá, 2015.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito:** conceito, objeto, método. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RYLE, Gilbert. ***The concept of mind.*** London: Routledge, 2009.

SCHAUER, Frederick. ***Thinking like a lawyer:*** a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press. 2009.

TOULMIN, Stephen E. **Os usos dos argumentos.** Tradução de Reinaldo Guaracy. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

18. A DERROTABILIDADE DA REGRA DE COLABORAÇÃO PREMIADA NO ÂMBITO DA LEI Nº 12.850/2013

DEFEASIBILITY OF PLEA BARGAIN LEGAL RULE UNDER LAW LEI Nº 12.850/2013

https://doi.org/10.36592/9786587424187-18

Kennedy Josué Greca de Mattos[1]

Resumo

O escopo do presente artigo é discutir sobre como vem sendo operado o acordo de colaboração premiada previsto pela Lei 12.850/2015, trazendo uma análise à luz da teoria da derrotabilidade das normas jurídicas. Para a contextualização acerca do tema, apresenta-se a teoria da derrotabilidade no ordenamento jurídico moderno e o seu diálogo com teoria da norma jurídica. A conceituação de derrotabilidade, preconizada por Herbert Hart em seu artigo intitulado "The Ascription of Responsibility and Rights", caracteriza-se como um reconhecimento da existência de condições que poderiam derrotar a previsão de uma norma jurídica, mesmo diante da presença dos seus requisitos necessários e suficientes. A teoria surge para tutelar situações nas quais a dogmática tradicional não consegue dar respostas, ou as dá de maneira insuficiente ou em descompasso com a realidade. A derrotabilidade, parte do pressuposto de que as normas jurídicas condicionais preveem deveres e obrigações "prima facie". Assim, uma regra jurídica que expressa uma obrigação "prima facie" não exclui a possibilidade de que situações não contempladas anulem o dever estabelecido na regra. A obrigação "prima facie" tem validade jurídica e deve ser reconhecida e cumprida por seus destinatários legais. Ou seja, o fato de que em algum momento esta obrigação possa ser derrotada não lhe retira o caráter patentemente prescritivo. De posse dessas definições da teoria da derrotabilidade, questiona-se se é possível estabelecer outros benefícios penais ou processuais além daqueles previstos expressamente na lei, em verdadeira concretização da derrotabilidade da regra prevista no art. 4º da Lei 12.850/2015.

[1] Doutorando pelo Centro Universitário Autônomo Do Brasil, no Programa De Pós-Graduação Em Direitos Fundamentais e Democracia.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Teoria da derrotabilidade das normas jurídicas. Relativização da coisa julgada.

Abstract

The scope of this article is to discuss how the plea bargain, provided by Law 12.850 / 2015, has been operated, bringing an analysis in light of the theory of defeatability of legal rules. For the contextualization on the subject, we present the theory of defeatability in the modern legal system and its dialogue with theory of the legal norm. The conceptualization of defeatability, as introduced by Herbert Hart in his article entitled "The Ascription of Responsibility and Rights", is characterized as recognition of the existence of conditions that could defeat the provision of a legal norm even in the presence of its necessary and enough requirements. The theory arises to guard situations in which traditional dogmatics cannot give answers, or give them insufficiently or in disagreement with reality. Defeatability is based on the assumption that conditional legal rules provide for prima facie duties and obligations. Thus, a legal rule expressing a prima facie obligation does not preclude the possibility that situations not covered by this rule will nullify the duty laid down in the rule. The prima facie obligation has legal validity and must be recognized and enforced by its legal addressees. That is, the fact that at some point this obligation can be defeated does not detract from its patently prescriptive character. In possession of the aforementioned theory, it is questioned whether it is possible to establish other criminal or procedural benefits than those expressly provided for in the law, in real fulfillment of the defeatability of the rule provided for in art. 4 of Law 12.850 / 2015.

Keywords: Plea bargain. Theory of defeatability of legal norms. Relativization of the res judicata

1 Introdução

O objetivo do presente artigo é provocar uma discussão sobre como vem sendo operado o acordo de colaboração premiada previsto pela Lei 12.850/2015, trazendo uma análise à luz da teoria da derrotabilidade das normas jurídicas.

Para tanto, inicialmente pretende-se apresentar a teoria da derrotabilidade no contexto de ordenamento jurídico moderno e o seu diálogo com teoria da norma jurídica. Em seguida, será abordada a estruturação da colaboração premiada prevista

na Lei 12.850/2015 e os seus pressupostos legais específicos. Por fim, será demonstrado como a teoria da derrotabilidade vem sendo aproveitada para dar maior alcance às regras da colaboração premiada.

2 Teoria da derrotabilidade

Na trajetória que levou ao enfraquecimento do pensamento positivista, os princípios foram conduzidos ao centro do sistema jurídico, superando-se a crença anterior de que os mesmos possuíam tão somente uma dimensão axiológica[2].

Nesse contexto do pós-guerra, as Constituições dos Estados passaram a incorporar um grande número de princípios e direitos fundamentais, impondo aos seus Estados tanto o dever de não intervenção na esfera privada, como o desenvolvimento de políticas públicas em prol da efetivação de ditos direitos[3]. Como afirma Daniel Sarmento, "nesse quadro, a Constituição foi deixando de ser vista como mero repositório de conselhos para os poderes políticos e se convertendo em norma jurídica"[4].

Portanto, a onipotência do legislador passa a ser recusada em favor de uma "democracia constitucional", ou seja, uma democracia limitada por uma Constituição liberal na qual os "direitos fundamentais", como escreve Ferrajoli, são considerados inalienáveis e invioláveis e por isso indecidíveis por parte de qualquer maioria política e de qualquer poder, porque subtraídos a soberania popular. Para a tutela das liberdades, conta menos a rigidez constitucional ou sindicato de constitucionalidade das leis do que uma vigilante opinião pública, um debate político jurídico aberto e competente, uma permanente iniciativa popular que leve, entre outros, a uma tempestiva renovação legislativa das cartas constitucionais e das declarações dos direitos[5].

A lei, pela primeira vez nos tempos modernos, passa a ser sujeita a uma relação de adequação e, portanto, de subordinação, a um estrato superior de lei estabelecido

---

[2] Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 327.
[3] Pozzolo, Susanna. *Un constitucionalismo ambiguo*. In: Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.
[4] Sarmento, Daniel. *Umbiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. Revista de Direito do Estado 2, 2006.
[5] ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do estado de direito. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (ORGS). O estado de directo – história, teoria e crítica, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 03-94.

pela Constituição[6] e difundida a ideia de que os direitos fundamentais funcionam como um trunfo contra a maioria[7].

Assim, a nova dogmática jurídica passa a difundir o entendimento de que as normas em geral, em especial as normas constitucionais, enquadram-se em duas espécies diversas: princípios e regras, cuja distinção conceitual estruturou a base da teoria normativo-material dos direitos fundamentais e um ponto de partida para a resposta quanto aos possibilidades e limites da racionalidade no âmbito do direito[8].

Ronald Dworkin capitaneia a doutrina preocupada com a nova dogmática e estabelece que tanto as regras quanto os princípios "apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem"[9]. Assim, sustenta que as regras, se válidas, são aplicadas ao modo tudo ou nada (all or nothing), ou seja, sendo válida a regra, a resposta por ela oferecida deve ser aceita. De outro viés, sendo inválida, a regra não poderá ser aproveitada para o resultado da decisão.

Quanto aos princípios, Dworkin esclarece que as consequências jurídicas decorrentes do preenchimento das condições estabelecidas pelos princípios não são verificadas automaticamente[10]. Aliás, nem mesmo as condições que tornam a aplicação dos princípios como necessárias podem ser estabelecidas de forma prévia. Ao contrário, os princípios apenas anunciam "uma razão que conduz o argumento em uma certa direção", mas (ainda assim) necessitam de uma decisão particular[11]. Os princípios não determinam a decisão, mas somente os seus fundamentos, que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de princípios.

Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (ou importância), demonstrável na hipótese de colisão. Ou seja,

---

[6] HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.
[7] SANCHÍS, Luis Prieto. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Trotta: Madrid, 2003, p. 101-135.
[8] Virgílio Afonso da Silva alerta que é comum no Brasil que a teoria dos princípios de Robert Alexy e a teoria estruturante de Friedrich Muller sejam defendidas como se fossem compatíeis entre si. No entanto, o autor esclarece que ambas as teorias fundam-se em premissas bastante diversas, pois "Muller defende que a definição do âmbito de proteção de cada direito fundamental é feito de antemão, por intermédio dos procedimentos e métodos de sua teoria estruturante e, principalmente, sem a necessidade de sopesamente; enquanto Alexy defende que não há decisões correteas no âmbito dos direitos fundamentais que não sejam produto de um sopesamento" (Da Silva, Virgílio Afonso. *Interpretação Constitucional e sincretismo metodológico*. In: Da Silva, Virgílio Afonso (org.). Interpretação constitucional 1ª ed. – São Paulo: Melheiros, 2005, p. 137.
[9] Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. – São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.
[10] Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. – São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40.
[11] Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. – São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 41.

quando dois ou mais princípios intercruzam-se torna-se imperioso avaliar quais deles é mais importante para o caso, mas sem que isso implique na perda da validade daquele princípio que deve ceder. De outro lado, as regras não comportam essa mesma dimensão. Verificado o conflito entre regras, a decisão deverá verificar qual delas é válida e qual delas deve ser abandonada ou reformulada[12].

No entanto, embora as concepções de Ronald Dworkin tenham sido fortemente aceitas por outros autores, ainda assim pode-se identificar alguns pontos de divergências. Robert Alexy, por exemplo, aproveitou grande parte das considerações quanto a diferenciação entre regras e princípios[13], mas criticou Dworkin por considerá-lo muito simples[14]. Esse é o ônus de todo aquele que ousa ser o primeiro.

Robert Alexy também diverge de Dworkin por entender que não existe apenas uma diferença gradual entre regras e princípios, mas uma diferença qualitativa. Explica-se. Segundo Alexy, os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Eles não contém um mandamento definitivo, mas somente prima facie (mandamentos de otimização[15]). Já as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam[16]. Elas têm uma determinação da extensão do seu conteúdo em face das circunstâncias fáticas e jurídicas. Se essa determinação não falhar diante das possibilidades jurídicas e fáticas, então as regras assumem um caráter definitivo[17].

Esse autor estabelece, ainda, que a diferenciação entre regras e princípios também pode ser observada no caso de conflito entre elas. Em poucas linhas pode-se dizer que segundo Alexy, no caso de conflito entre regras a solução somente será

---

[12] Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. – São Paulo: Mar002, p. 42 e 43.

[13] Alexy e Dworkin diverge, por exemplo, quanto ao tipo de direitos englobados pelos princípios. Segundo Alexy, os princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto a direitos coletivos. A relação dos princípios com direitos coletivos exige a criação ou manutenção de situações que satisfaçam, na maior medida possível diante das possibilidades jurídicas e fáticas, critérios que vão além da validade e satisfação do direito. Sob outro ponto de vista, Dworkin defende que só existem princípios relacionados com direitos individuais. Normas que se referem à direitos coletivos podem ser consideradas como 'políticas'. Robert, Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 114/116.

[14] Robert, Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 104.

[15] No mesmo sentido: Silva, Virgílio Afonso da. *"Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia."* (2009). Em sentido oposto segue a teoria estruturante do direito de Friedrich Muller (Muller, Friedrich. Tesis acerca de la estrutura de las normas jurídicas. Madrid: CEPC, 1989).

[16] Para Hesse, a generalidade da lei envolve uma normatividade média, ou seja, é voltada para todos e naturalmente contém uma garantia contra o uso desenfreado do próprio poder legislativo. Em suma, a generalidade da lei é uma garantia da imparcialidade do Estado em relação aos componentes sociais, bem como a sua igualdade jurídica. HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.

[17] Robert, Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90 e 91.

alcançada caso se introduza em uma das regras uma **clausula de exceção** que elimine o conflito, ou se uma das regras for declarada inválida. Já em se tratando de colisão entre princípios, o autor entende que um dos princípios em jogo deve ceder, mas sem que isso implique na declaração de invalidade do outro, tão pouco introduzida uma clausula de exceção. Segundo defende, "o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta"[18]. Isso é o que o autor chama de "lei da colisão".

Em resumo, segundo Robert Alexy, o conflito entre regras ocorre na dimensão da validade, enquanto a colisão entre princípios ocorrem na dimensão de peso[19]. No caso de colisão entre princípios, Robert Alexy demonstra existir uma relação de tensão que não se resolve de imediato com a determinação de prevalência de um sobre o outro, mas sim em função da ponderação[20] entre os princípios colidentes, quando um deles, de acordo com o caso concreto, recebe a prevalência sobre o outro e cria uma verdadeira regra[21]. Os princípios possuiriam apenas uma dimensão de peso e não determinariam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras. Isso faz com que os princípios também sejam aplicados segundo o modo tudo ou nada.

É dentro desse contexto que se insere a tese da derrotabilidade das normas jurídicas. Conforme bem resumiu Fernando Andreoni Vasconcellos, "a ideia intuitiva de derrotabilidade reside no reconhecimento de que a norma jurídica pode possuir exceções (explicitas ou implícitas) não identificáveis de antemão"[22]. Ou seja, diante um determinado fato concreto, é possível identificar cláusulas de exceção que autorizam o afastamento de uma norma jurídica.

A conceituação de derrotabilidade iniciou-se no artigo de Herbert Hart intitulado "The Ascription of Responsibility and Rights", com o reconhecimento da existência de condições que poderiam derrotar a previsão de uma norma jurídica,

---

[18] Robert, Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 92 e 93.
[19] Robert, Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 94
[20] O conceito de ponderação para os efeitos aqui estudados pode ser resumido como " a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais" (Barcellos, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. In: Barroso, Luís Roberto (org.). A reconstrução democrática do direito público no Brasil – Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 262.
[21] Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 102.
[22] Vasconcellos, Fernando Andreoni. Hermeneutica jurídica e derrotabilidade. Curitiba: Juruá, 2010, p. 75.

mesmo diante da presença dos seus requisitos necessários e suficientes[23]. Segundo Herbert Hart:

> quando o estudante aprende que na lei inglesa existem condições positivas exigidas para a existência de um contrato válido, ele ainda tem que aprender o que pode derrotar a reivindicação de que há um contrato válido quando todas essas condições são satisfeitas -, daí porque, 'o estudante tem ainda que aprender o que pode seguir as palavras 'a menos que', as quais devem acompanhar a indicação dessas condições.

Anos mais tarde, Hart mudou sua ideia inicial, especialmente quando escreveu a obra "O Conceito de Direito", no qual desenvolveu a lição segundo a qual a regra que conclui com a expressão "a menos que..." continua sendo uma regra'"[24]. Tal obra é de grande significado histórico para o Direito, principalmente pela proposta consoante a qual a presença de uma exceção pode fazer com que, mesmo preenchidos os requisitos necessários e suficientes da norma jurídica, os seus efeitos jurídicos podem não se dar ou podem quedar-se afastados[25].

Assim, observa-se que a derrotabilidade está intrinsicamente ligada às normas jurídicas como gênero e não somente aos textos legais em si inseridos no direito positivo.

Aliais, quando tratamos da norma jurídica, automaticamente a atrelamos a um dever-ser, um modal deôntico que liga um fato da vida a um efeito jurídico, mediante aquilo que se convencionou chamar de imputação. Tal norma jurídica hipotético-condicional, possui uma estrutura bimembre, ou seja, é formada por "antecedente" e "consequente". O primeiro, representando a descrição de um evento necessariamente factível no mundo fenomênico, o segundo, prevendo os efeitos que a ocorrência de tal evento produz perante o Direito[26].

No que concerne a teoria da derrotabilidade, esta surge para tutelar situações nas quais a dogmática tradicional não consegue dar respostas, ou as dá de maneira insuficiente ou em descompasso com a realidade. A derrotabilidade, parte do pressuposto de que as normas jurídicas condicionais preveem deveres e obrigações "prima facie". Assim, uma regra jurídica que expressa uma obrigação "prima facie" não exclui a possibilidade de que situações não contempladas anulem o dever estabelecido

---

[23] VasconcelloS, Fernando Andreoni. Hermenêutica jurídica e derrotabilidade. Curitiba: Juruá, 2010.
[24] Vasconcellos, Fernando Andreoni. Hermenêutica jurídica e derrotabilidade. Curitiba: Ju**ruá**, 2010.
[25] Vasconcellos, Fernando Andreoni. Hermenêutica jurídica e derrotabilidade. Curitiba: Juruá, 2010.
[26] Vasconcellos, Fernando Andreoni. Hermenêutica jurídica e derrotabilidade. Curitiba: Juruá, 2010.

na regra. A obrigação "prima facie" tem validade jurídica e deve ser reconhecida e cumprida por seus destinatários legais. Ou seja, o fato de que em algum momento esta obrigação possa ser derrotada não lhe retira o caráter patentemente prescritivo[27].

Assim, quando inúmeras vezes, advogados, promotores e juízes, consciente ou inconscientemente, defendem urna solução excepcional a determinado caso concreto, ou seja, por meio de uma forma diversa daquela prevista literalmente no direito positivo para aquela situação, resultando, assim, a derrotabilidade da resposta oferecida pelo legislador[28].

Como veremos, é justamente o que ocorre quando da celebração de acordos de colaboração premiada, em substituição ou não a anterior, especialmente quando prevista a antecipação da pena do colaborador.

3 A colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro

Com o advento da Lei 12.850/2013, a colaboração premiada passou a ser interpretada como meio de prova[29] que autorizada o imediato reconhecimento da culpa aplicação da sanção através de homologação do acordo pelo juiz, que não está vinculado aos seus termos, tão pouco dando ensejo a formação de um direito subjetivo das partes à homologação[30][31].

Outrossim, apesar de não existir um procedimento uniforme para cada uma das hipóteses legais em que se reconhece a possibilidade de aplicação da colaboração premiada, constata-se que é possível identificar que o instituto vem sendo interpretado pelos tribunais superiores e pela doutrina especializada sob duas correntes distintas:

---

[27] Vasconcellos, Fernando Andreoni. Hermenêutica jurídica e derrotabilidade. Curitiba: Juruá, 2010.
[28] Vasconcellos, Fernando Andreoni. Hermenêutica jurídica e derrotabilidade. **Curitiba: Juruá**, 2010.
[29] Mendonça, Andrey Borges de Mendonça. A colaboração premiada e a nova lei de crime organizado (Lei 12.850/2013). In: Custos legis. Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao_Criminal/Artigos_e_Noticias/Colaboracao_Premiada/10%20-%20Revista%20Eletronica_Custus%20Legis_Andrey_A%20delacao_premiada.pdf. Acesso em: 22. Ago. 2019.
[30] Mendonça, Andrey Borges de Mendonça. A colaboração premiada e a nova lei de crime organizado (Lei 12.850/2013). In: Custos legis. Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao_Criminal/Artigos_e_Noticias/Colaboracao_Premiada/10%20-%20Revista%20Eletronica_Custus%20Legis_Andrey_A%20delacao_premiada.pdf. Acesso em: 22. Ago. 2019.
[31] Em sentido oposto, entendendo que o magistrado está vinculado ao acordo firmado entre as partes para que não se instaure um clima de insegurança jurídica: DA SILVA, Eduardo Araújo. Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12850/13, p. 63.

uma com visão conservadora e outra com visão mais arrojada.

Segundo a visão mais arrojada, que vem sendo aplicada especialmente nos processos envolvendo a "Operação Lava-Jato", a colaboração premiada assume a função de "acordo de reconhecimento de responsabilidade penal e cumprimento de pena", nos moldes do "plea bargain"[32] do direito norte-americano[33]. Em qualquer dessas visões exige-se que o acordo seja capaz de alcançar: a identificação de coautores e partícipes; revelar a estrutura hierárquica e divisão de tarefas da organização criminosa; prevenir outras infrações criminais; recuperar total ou parcialmente o produto ou proveito das infrações; e localizar eventual vítima.

Assim, para que a colaboração seja aproveitada em favor do colaborador não basta que a mesma seja celebrada entre as partes, sendo essencial que haja eficácia na colaboração. Ou seja, "não basta a boa vontade do agente em contribuir, sendo a colaboração uma "obrigação de resultado", por assim dizer, de sorte que somente se os resultados efetivamente forem atingidos é que o colaborador poderá ser beneficiado com os prêmios legais".[34]

Porém, a questão que fomentou o presente artigo e que vem sendo observada quando da utilização da Lei 12.850/2015, diz respeito a possibilidade de aplicação de outros benefícios legais além daqueles previstos, em uma verdadeira novel expressão da teoria da derrotabilidade.

4 A derrotabiliade dos benefícios da colaboração premiada

A Lei 12.850/2015 estabelece no art. 4º quais os benefícios poderão ser concedidos em favor do colaborador elencando a possibilidade de: a) Concessão de perdão judicial; b) Redução da pena privativa de liberdade em até 2/3 (dois terços) ou

[32] Nos Estados Unidos, a "plea bargain" é concebido como um gênero que comporta várias espécies de acordo, todos envolvendo o reconhecimento de culpa ("guilty plea") ou o compromisso de não contestar a imputação ("plea of nolo contendere").

[33] Cavali, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visão "conservadora" e "arrojada" do instituto na Lei 12.850/2013. In: Colaboração Premiada [livro eletrônico]. 1. ed. Em e-book baseada na 1ª ed. Impressa. Coord. MORA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo, Cruz. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2017.

[34] Mendonça, Andrey Borges de Mendonça. A colaboração premiada e a nova lei de crime organizado (Lei 12.850/2013). In: Custos legis. Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao_Criminal/Artigos_e_Noticias/Colaboracao_Premiada/10%20-%20Revista%20Eletronica_Custus%20Legis_Andrey_A%20delacao_premiada.pdf. Acesso em: 22. Ago. 2019.

substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; c) Deixar de ser oferecida a denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa ou for o primeiro a prestar efetiva colaboração; d) Quando a colaboração for depois à sentença, a pena pode ser reduzida até a metade ou estabelecida a progressão do regime, mesmo ausente os requisitos objetivos.

Todavia, questiona-se se é possível estabelecer outros benefícios penais ou processuais além daqueles previstos expressamente na lei, em verdadeira concretização da derrotabilidade da regra prevista no art. 4º da Lei 12.850/2015. Para aqueles que refutam essa possibilidade o fazem ao argumento de que o acordo firmado pelas partes não pode, por exemplo, prever a prévia fixação de um quantum de pena ao colaborador sob pena de imiscuir-se na atividade do julgador. Nesse sentido alerta o próprio "Manual da Colaboração Premiada" editado pelo Ministério Público Federal[35]:

> Importante ressaltar que não deve o magistrado homologar propostas que tragam preestabelecido o quanto de redução de pena. De um lado, porque não incumbindo ao Ministério Público ou ao delegado de polícia proferir sentença, não podem prometer algo que não podem cumprir; de outro porque, acaso tal cláusula fosse homologada nesse momento, tal proceder implicaria duplo julgamento antecipado do mérito da ação penal: a) o juízo de condenação e b) o juízo acerca da presença dos requisitos legais para a aplicação da causa de diminuição da pena.

Desta forma, não se poderia privar ao colaborador a observância do devido processo legal prévio, à aplicação de sua pena. A celebração do acordo não pode afastar a necessidade de obediência ao devido processo legal através do oferecimento de denúncia e processamento de toda a instrução processual necessária para aferir a culpabilidade do agente, o que pode resultar, até mesmo, na absolvição do colaborador-denunciado, ter a sua pena reduzida ou fixada em um patamar inferior àquele constante no acordo[36].

Por outro lado, a defesa quanto a possibilidade do que se denomina de derrotabilidade da regra da colaboração, também vem apoiada por fortes argumentos. O que se argumenta é que, não havendo proibição expressa no ordenamento jurídico, não há óbice para que sejam ofertados e celebrados acordos "ampliados" que sejam mais favoráveis ao réu (colaborador) e dentro de uma ótica da proporcionalidade[37].

---

[35]Manual da Colaboração Premiada. Disponível em: file:///D:/Usuarios/109449670337/20jan14.pdf
[36]Disponível em: file:///D:/Usuarios/109449670337/ 20jan14.pdf
[37] Mendonça, Andrey Borges de Mendonça. A colaboração premiada e a nova lei de crime organizado (Lei 12.850/2013). In: Custos legis. Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Disponível em:

Assim, questiona-se sobre a possibilidade de que, uma vez firmado o acordo e cumpridas as obrigações por parte do colaborador, se seria possível o reexame da validade de suas cláusulas?

Defensores da possibilidade de realização desse tipo de acordo, pensam que se deve aplicar ao caso o mesmo entendimento sobre os efeitos da homologação da transação (art. 76 da Lei 9.099/95) e da suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei 9.099/95). Ou seja, esse tipo de acordo homologado pelo juiz não dá ensejo à formação da coisa julgada material, logo autoriza que, uma vez descumpridas suas cláusulas retome-se a situação anterior possibilitando ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante o oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial[38].

Em verdade, na homologação do acordo de colaboração premiada não se estaria diante de uma sentença penal propriamente dita, mas sim "uma proposta de sentença, não totalmente rígida, a ser modelada pelo juiz, ao término do processo, conforme a eficácia da colaboração prestada"[39].

Mas, esse entendimento não é imune a críticas, visto que, diferentemente do que ocorre com a transação penal e a suspensão condicional do processo, concebidas como medidas despenalizadoras, a colaboração premiada é tratada pela Lei 12.850/2013 como um instrumento de justiça penal negociada[40].

Ou seja, não seria possível a revisão do acordo em que tenha sido prevista a prévia fixação da pena, uma vez que, tendo o mesmo sido homologado judicialmente surge para o colaborador uma expectativa legítima de serem garantidos os benefícios pactuados, o que deve ser assegurado pelo Estado-Juiz, sob pena de ofensa aos princípios da segurança jurídica e da moralidade administrativa[41]. Nesse sentido, o

---

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao_Criminal/Artigos_e_Noticias/Colaboracao_premiada.pdf. Acesso em: 22. Ago. 2019.

[38] SÚMULA VINCULANTE 35.

[39] Cavali, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visão "conservadora" e "arrojada" do instituto na Lei 12.850/2013. In: Colaboração Premiada [livro eletrônico]. 1. ed. Em e-book baseada na 1ª ed. Impressa. Coord. MORA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo, Cruz. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2017.

[40] Cavali, Marcelo Costenaro. *Duas faces da colaboração premiada*: visão "conservadora" e "arrojada" do instituto na Lei 12.850/2013. In: Colaboração Premiada [livro eletrônico]. 1. ed. Em e-book baseada na 1ª ed. Impressa. Coord. MORA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo, Cruz. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2017

[41] Cavali, Marcelo Costenaro. *Duas faces da colaboração premiada*: visão "conservadora" e "arrojada" do instituto na Lei 12.850/2013. In: Colaboração Premiada [livro eletrônico]. 1. ed. Em e-book baseada na 1ª ed. Impressa. Coord. MORA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo, Cruz. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2017.

STF já se posicionou[42]:

> Como consignado em julgado do STF, "ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal, a contrapasso do conteúdo do princípio que, no caput do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade."

Essa expectativa, só poderia restar frustrada caso se admita a derrotabilidade dos efeitos da sentença que homologa o acordo de colaboração premiada previsto na Lei nº 12.850/2013.

Considerações finais

Como se vê, a questão é deveras complexa e demanda forte e acalorado debate, que infelizmente não pode ser esgotado nas poucas linhas de um artigo acadêmico. No entanto, o maior intento do presente ensaio, mais do que proporcionar um estudo exaustivo sobre o tema, é trazer a baila o modo como os acordos de colaboração premiada vem sendo celebrados e homologados no país para possibilitar uma análise acadêmica e, talvez, até mesmo estimular mudanças legislativas para melhorar a utilização do referido instrumento processual.

Referências

Barcellos, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. In: Barroso, Luís Roberto (org.). A reconstrução democrática do direito público no Brasil – Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004.

Cavali, Marcelo Costenaro. *Duas faces da colaboração premiada*: visão "conservadora" e "arrojada" do instituto na Lei 12.850/2013. In: Colaboração Premiada [livro eletrônico]. 1. ed. Em e-book baseada na 1ª ed. Impressa. Coord. MORA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo, Cruz. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2017.

Da Silva, Eduardo Araújo. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12850/13*.

[42] HC 99.736/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Ayres Britto, j. 27.04.2010, DJe 21.05.10.

Da Silva, Virgílio Afonso. *Interpretação Constitucional e sincretismo metodológico*. In: Da Silva, Virgílio Afonso (org.). Interpretação constitucional 1ª ed. – São Paulo: Melheiros, 2005.

Dipp, Gilson. *A "delação" ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei*. Brasília: IDP, 2015. Disponível em: http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks. Acesso em 22.Ago. 2019.

Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Hesse, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.

Manual da Colaboração Premiada. Disponível em: file:///D:/Usuarios/109449670337/Downloads/Manual%20-%20ColaboPremiada%20-%20jan14.pdf

Mendonça, Andrey Borges de Mendonça. *A colaboração premiada e a nova lei de crime organizado (Lei 12.850/2013)*. In: Custos legis. Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao_Criminal/Artigos_e_Noticias/Colaboracao_Premiada/10%20-%20Revista%20Eletronica_Custus%20Legis_Andrey_A%20delacao_premiada.pdf. Acesso em: 22. Ago. 2019.

Pozzolo, Susanna. *Um constitucionalismo ambiguo*. In: Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

Robert, Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
_____. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2008.

Sanchís, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta: Madrid, 2003.

_____. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

Sarmento, Daniel. *Umbiquidade constitucional*: os dois lados da moeda. Revista de Direito do Estado 2, 2006.

Vasconcellos, Fernando Andreoni. *Hermeneutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

Zolo, Danilo. *Teoria e crítica do estado de direito*. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (ORGS). O estado de directo – história, teoria e crítica, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

19. O ATIVISMO JUDICIAL "ANTIDIALÓGICO" À LUZ DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA (DES)PROTEÇÃO DE GARANTIAS

"ANTIDIOLOGICAL" JUDICIAL ACTIVISM IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL MUTATION TO THE PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE: A (UN)PROTECTION OF GUARANTEES

https://doi.org/10.36592/9786587424187-19

Lívia Chaves Leite[1]

Resumo

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, fixou a tese de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição federal. Realizou, com isso, uma mutação constitucional, utilizando-se de uma prática ativista. Busca-se averiguar, a título de hipótese, se configura um caso de ativismo judicial "antidialógico" (*hard*), considerado uma forma ilegítima de ativismo judicial, violando, consequentemente, direitos e garantias individuais e a ordem constitucional. A pesquisa utiliza como referencial teórico a classificação das dimensões de ativismo judicial de Carlos Campos, valendo-se da abordagem de temas como ativismo judicial e mutação constitucional, bem como a teoria do sopesamento de princípios de Robert Alexy. Após realizar as devidas análises sobre o tema, concluiu-se que o Supremo, ao ponderar em detrimento do princípio da presunção de inocência, mitiga uma garantia individual e processual, ferindo a própria dignidade humana, atuando soberanamente diante da Constituição, numa postura antidialógica, com o intuito de fazer prevalecer sua vontade tal como se fosse o intérprete exclusivo, um verdadeiro "dono", e não guardião. Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram investigadas por meio de pesquisas bibliográficas. A abordagem é qualitativa, procurando aprofundar e abranger as ações e relações humanas,

[1] Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogada. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa CNPQ Estado, Política e Constituição, sob a orientação do doutor José Filomeno Moraes Filho**. E-mail: liviachavesadv@outlook.com.**

observando os fenômenos sociais. Quanto aos objetivos, é descritiva e exploratória, porque classifica, explica e interpreta os fatos, assumindo a forma bibliográfica, sem interferência do pesquisador.
Palavras-chave: Garantias individuais. Princípio da presunção de inocência. Ativismo judicial.

Abstract
The Federal Supreme Court, in the judgment of Habeas Corpus 126.292/SP, ruled that the execution of a conviction criminal action rendered in an appellate degree, even if a special or extraordinary appeal is presented, does not compromise the constitutional principle of the presumption of innocence by article 5, LVII, of the Federal Constitution. With this, it made a constitutional change, using an activist practice. It seeks to ascertain, by way of hypothesis, whether it is a case of "anti-dialogical" (hard) judicial judicial exercise, an illegitimate form of judicial activism, thereby violating individual rights and guarantees and a constitutional order. A research used as theoretical reference and the dimensions of a judicial initiative of Carlos Campos, with the approach of themes such as judicial activism and transformation, as well as Robert Alexy's theory of principles weighting. After conducting the appropriate analyzes on the subject, it was concluded that the Supreme Court, when considering the principle of presumption of innocence, with an individual and procedural promise, fulfilling a human dignity, acting in a preponderant manner on the constitution, in an anti-dialogical stance, in order to prevail his will to leave his own life, a true owner and does not keep. Regarding the methodological aspects, as hypotheses were investigated through bibliographic research. A qualitative approach is, seeking and encompassing human actions and relationships, observing social phenomena. To the objectives, is descriptive and exploratory, class, explain and interpret the facts, assuming the bibliographic form, without interference of the researcher.
Keywords: Individual guarantees. Principle of presumption of innocence. Judicial activism.

1 Introdução

O Supremo Tribunal Federal, corte de cúpula do Poder Judiciário, destacou-se no cenário jurídico-político brasileiro mormente após a promulgação da constituição

federal de 1988, diante de um contexto de redemocratização, no qual os cidadãos passaram a acionar com maior frequência o Judiciário para obter a satisfação de seus direitos e garantias.

Diante disso, viu-se uma prática crescente de decisões proativas por parte da Corte, nas quais o intérprete constitucional não mais aplica a norma ao fato numa subsunção, mas atua como criador do direito, julgando a partir de critérios que vão além da clássica hermenêutica, fenômeno denominado de ativismo judicial. Este pode ser observado sob diversos aspectos ou dimensões, a depender das causas que o induzem.

Em se tratando de interpretar o texto constitucional, amiúde o Supremo Tribunal Federal realiza a alteração difusa do texto, com o intuito de realizar uma perfeita simbiose entre a constituição e o meio social circundante. Essa alteração compreende o sentido, alcance ou significado da norma sem, contudo, alterar sua literalidade. É o caso do fenômeno da mutação constitucional, o qual, por tratar-se de manifestação do Poder Constituinte Difuso, não encontra formalidades específicas, o que, de outra mão, não o isenta de observar limites.

Com relação aos limites impostos às mutações constitucionais, em que pese não se possa estabelece-los objetivamente, há matérias vitais para o Estado Democrático de Direito que precisam ser observadas e, com isso, limitam a atuação do intérprete.

Nesse sentido é que se passa a analisar o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, que significou uma virada de jurisprudência do Supremo acerca da possibilidade da execução provisória da pena a partir de decisão condenatória em segunda instância, matéria que já foi objeto de mutação constitucional por duas vezes pela Corte, uma em 2009 e outra, mais recentemente, em 2016, quando firmou a tese de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

Passa-se a verificar os argumentos favoráveis à relativização utilizados pelos ministros, analisando o sopesamento realizado entre princípios, quais sejam, o da presunção de inocência e o da efetividade da prestação jurisdicional, e em que medida o menor peso atribuído àquele compromete e mitiga garantias e direitos fundamentais. Ademais, se tal decisão se trata de um caso de ativismo judicial antidialógico (*hard*),

considerado uma forma ilegítima de ativismo judicial, violando, consequentemente, a ordem constitucional.

Com relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram investigadas por meio de pesquisas bibliográficas. A abordagem é qualitativa, procurando aprofundar e abranger as ações e relações humanas, observando os fenômenos. Quanto aos aspectos metodológicos, trata-se de estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica e documental, abrangendo o estudo de legislação e jurisprudência nacionais, bem como dados publicados por fontes oficiais.

É uma pesquisa pura, pois se prestará a ampliar o conhecimento, por parte do pesquisador, do tema abordado, para tomada de nova posição, não implicando uma transformação direta na realidade; qualitativa, uma vez que tratará do aspecto comportamental humano diante de determinados fenômenos sociais e jurídicos, preocupando-se com o aprofundamento e a abrangência da compreensão das ações e relações humanas; descritiva, pois intenciona descrever, analisar, classificar e interpretar os fatos relativos ao problema apresentado; e exploratória, buscando reunir informações e opiniões diversas sobre o problema a ser investigado.

2 Ativismo judicial e sua dimensão antidialógica (*HARD*)

O ativismo judicial no Brasil ainda é um fenômeno recente se comparado à realidade de países como Estados Unidos e Alemanha, que, desde o século XIX, já têm lidado com atuações ativistas de suas Cortes. Consoante Valle[2], o termo foi cunhado pela primeira vez pela revista americana *Fortune*, num artigo denominado *The Supreme Court*: 1947, em que se discutia a ideologia e o perfil dos juízes que à época integravam a Suprema Corte, sendo estes ativistas e campeões de autocontenção.

A discussão acerca do tema ganhou vulto no cenário sociopolítico nacional a partir da ascensão do Poder Judiciário, com ênfase na atuação do Supremo Tribunal Federal, observada após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Com a redemocratização do país, assistiu-se ao reforço do papel institucional do Poder Judiciário, principalmente em razão da maior facilidade do acesso à Justiça através da criação de Juizados Especiais e da Defensoria Pública, por exemplo. Essa conjuntura

[2] Valle, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 19-20.

fez do Judiciário brasileiro um ator proeminente no controle dos poderes políticos e na solução dos conflitos[3].

A ideia de ativismo judicial está, pois, associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no âmbito de atuação dos outros dois Poderes[4]. Refere-se à superação da figura do "juiz boca da lei", atuando o magistrado como verdadeiro criador do direito, julgando para além do que prevê a norma, passando a utilizar como critérios hermenêuticos suas convicções morais e políticas.

Streck entende que "[...] um juiz pratica ativismo quando decide a partir de argumentos políticos, de moral, enfim, quando o Direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado"[5]. Assim, por um lado, o ativismo judicial é enaltecido como uma interpretação mais criativa e desejável por parte do Poder Judiciário; de outro, é identificado como uma tentativa de usurpação de funções próprias do Poder Legislativo.

Desse modo, o ativismo judicial pode ter várias formas de se expressar, fazendo-se mister a identificação e a categorização das diferentes dimensões do ativismo judicial no Brasil, posto que constitui fenômeno amplo e que advém de diversas causas, sendo adotada no presente trabalho a classificação utilizada por Campos, que o define em cinco dimensões.

A dimensão interpretativa diz respeito ao modo de interpretação dos dispositivos constitucionais, não se limitando à mera aplicação de normas, passando, pois, de mera "boca da lei" para um verdadeiro criador do direito, expandindo ou restringindo o sentido e o alcance das normas. Tem-se, nesta dimensão, a superação do parâmetro kelseniano do juiz constitucional como legislador negativo, passando-se, pois, a reconhecê-lo também como legislador positivo. Ao juiz não cabe mais apenas o conhecimento técnico, mas um lugar de coparticipante na criação do Direito[6].

---

[3] Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 181.

[4] Barroso, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 5.

[5] Streck, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Livraria Saraiva, 2011, p. 589.

[6] Barroso, Luís Roberto. "*Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*", em *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, 2005, Rio de Janeiro, Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas do Rio de Janeiro, pp. 1-42. p. 9.

A dimensão processual se refere à ampliação de instrumentos processuais que possibilitem que ela atue de forma mais intensa e ativa em processos, por meio da previsão de mais hipóteses de cabimento de ações constitucionais ou de recursos, como outrora se fez, a título de exemplo, com inovação jurisprudencial da reclamação constitucional baseada em poderes implícitos[7].

Por dimensão estrutural do ativismo judicial se entende o comportamento que, em detrimento da deferência aos demais atores políticos, acaba por interferir em suas decisões e atua livremente em áreas tradicionalmente reservadas a eles. A Corte se sente legitimada a interferir em qualquer matéria por compreender que sempre haverá questões constitucionais a serem levantadas, independentemente da manifestação dos demais Poderes, furtando-se, muitas vezes, da devida aplicação do texto constitucional.

Quando se trata do ativismo judicial de Direitos, fala-se da imposição às demais esferas de poder a realização de deveres negativos, referentes às ações estatais regulatórias, investigatórias e coercitivo-penais, e positivos, fundados na igualdade social e na garantia do mínimo existencial, interferindo no dever de legislar, nas políticas públicas e nas decisões alocativas de recursos do Estado[8].

Por fim, a dimensão antidialógica (*hard*) do ativismo judicial pode ser considerada uma forma ilegítima de ativismo, uma vez que se mostra danosa à harmonia do ordenamento jurídico, havendo uma postura soberana da Corte ante o texto constitucional, com o intuito de fazer prevalecer a sua vontade tal como se fosse o intérprete exclusivo, um verdadeiro "dono", e não guardião da Constituição.

É como se o STF tivesse a palavra final, única e decisiva acerca da interpretação das regras, dos princípios e dos valores contidos na Lei Maior, exercendo uma verdadeira supremocracia, expressão cunhada por Vieira[9], referindo-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes, rompendo com a harmonia entre as três esferas de poder do Estado.

De acordo com Campos, a dimensão antidialógica confere ao STF a tarefa exclusiva de interpretação do texto constitucional, o qual se autoproclama não apenas titular da palavra final sobre o que diz a Constituição, mas também seu único

[7] Supremo Tribunal Federal: Reclamação 141/SP, sentencia de fecha 25 de janeiro de 1952.
[8] Campos, 2014, p. 275.
[9] Vieira, Oscar Vilhena. "Supremocracia", en *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, 2008, São Paulo, Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas de São Paulo, pp. 441-464. p. 445.

intérprete. Essa dimensão é vista até mesmo como patológica, posto que estanca os demais Poderes em nome da hipertrofia do Judiciário.[10]

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, órgão de Cúpula do Poder Judiciário, ganha destaque quanto às decisões de cunho ativista, utilizando-se dessa prática, amiúde, para dar ensejo a alterações informais do texto constitucional, por meio da mutação constitucional. A alteração constitucional pode se diferenciar em reforma à constituição ou mutação constitucional.

3 Mutação constitucional e o *Habeas Corpus* 126.292/SP

Nesse sentido, além das alterações formalizadas no texto constitucional, como a revisão e as emendas constitucionais, merecem destaque as alterações difusas do texto constitucional, mediante processos não formais, como consequência das mudanças estabelecidas no ambiente social e político[11].

A mutação constitucional é a alteração informal do texto, modificando-se seu sentido, alcance ou significado, sem que se altere a literalidade. Está atrelada ao argumento de necessidade de atualização da Constituição por meio de uma interpretação evolutiva, que mantenha a sua força normativa, evitando que seu texto se torne engessado e destoante da realidade social[12].

Há, pois uma necessidade de adequação sociológica da constituição para que conviva em perfeita simbiose com o meio circundante, afinal, o direito não é ciência que se cultive com indiferença ao modelo de sociedade onde o homem vive e atua[13]. Todavia, uma vez sendo expressão do Poder Constituinte Difuso, essa modificação informal da Constituição não segue um padrão específico de formalidades, embora não prescinda de respeitar alguns limites.

Isto posto, entende-se que há matérias vitais para a existência e continuidade de uma constituição, sendo tais matérias limitadoras da atividade de alteração informal. Matérias diretamente ligadas ao Estado Democrático de Direito, ao Poder

---

[10] Campos, *op. cit.*, p. 282.
[11] Ferraz, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 2 ed. São Paulo: Edifieo, 2015, p. 6.
[12] Sacchetto, Thiago Coelho. "*As mutações constitucionais no contexto brasileiro de crise da representação democrática*", en *e-Pública*, v. 2, n. 1, 2015, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 123-140. p. 128. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v2n1/v2n1a07.pdf. Acesso em: 15 ago. 2019.
[13] Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 217.

Constituinte, a direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, por exemplo, caso sofressem a tentativa de serem subvertidas, seria como atentar contra a própria sobrevivência da Carta Magna. Estabelecer-se-iam, assim, limites axiológicos, fixando-se, *a priori*, a impossibilidade de modificá-los.

Destarte, o *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, julgado em 2016 pela Suprema Corte, foi considerado pelo ministro Roberto Barroso como um caso de mutação constitucional [14]. Trata-se de decisão paradigmática que modificou o entendimento do STF acerca da possibilidade da execução provisória da pena após confirmação da condenação em segunda instância, fixando a tese segundo a qual "[...] a execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade" [15]. Este tema se encontrava adormecido desde 2009, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 84078-MG[16], no qual ficou a execução da pena condicionada ao trânsito em julgado.

O princípio da não culpabilidade, positivado no ocidente desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789[17], está previsto no artigo 5º[18], inciso LVII, da Constituição Federal de 1988. Ele prevê que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Trata-se de uma proteção ao *jus libertatis* do indivíduo frente ao arbítrio do Estado na aplicação de seu *jus puniendi*. Tal princípio visa estabelecer uma série de garantias, mormente no âmbito do processo penal, evitando que o indivíduo sofra restrições à sua liberdade sem que os fatos a ele imputados sejam comprovados pelo órgão acusatório, pois, não os sendo, a absolvição é de rigor. Consoante Nogueira Alcalá:

> *La presunción de inocencia es así el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del*

[14] Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 126292/SP, sentencia de fecha 25 de janeiro de 1952, p. 35.
[15] Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 126292/SP, sentencia de fecha 25 de janeiro de 1952, p. 54.
[16] Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 84078/MG, sentencia de fecha 5 de fevereiro de 2009.
[17] França. Assembleia Nacional. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Paris: Assembleia Nacional, 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 12 ago. 2019.
[18] Art. 5º, LVII, CF/88: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória." (Brasil. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 17 ago. 2019).

> *ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir*.[19]

Numa leitura clara da literalidade do dispositivo, fica evidente o intuito de preservar o estado de inocência até que haja o trânsito em julgado. Todavia, sete ministros apresentaram argumentos favoráveis à relativização do princípio, sendo eles os ministros Teori Zavaski, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Dias Toffoli e Carmen Lúcia.

Os argumentos utilizados foram os de que o duplo grau de jurisdição ocorre genuinamente nas instâncias ordinárias, com a análise do acervo fático-probatório; que nenhuma norma pode ser considerada como um superprincípio, nem mesmo o da não culpabilidade; que a possibilidade de aguardar o trânsito em julgado dá ensejo a interposição indiscriminada de recursos protelatórios; que a havendo abusos ou irregularidades, o condenado disporá de remédios constitucionais com efeito suspensivo; que há um descrédito do sistema de justiça penal pelo sentimento de ineficiência; e que a presunção de inocência esperada pela sociedade não é a prevista na Constituição, mas na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU.[20]

4 Flexibilização do princípio da presunção de inocência e a (des)proteção de direitos e garantias fundamentais

Está-se diante de um sopesamento entre o princípio da não culpabilidade e o da efetividade da prestação jurisdicional. Os princípios, como mandamentos de otimização[21], na visão de Alexy, ao colidirem, são objeto de sopesamento, com o intuito de definir qual dos interesses, abstratamente, têm maior peso diante do caso concreto. Em que pese nenhum dos princípios seja absoluto, ou seja, goze de uma precedência, *a priori*, sobre o outro, não se pode crer que as condições do caso concreto fazem com

[19] Nogueira Alcalá, Humberto. "*Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia*", en *Revista Ius et Praxis*, v. 11, n. 1, 2005, Talca, Universidad de Talca, pp. 221-241.
[20] Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 126292/SP, sentencia de fecha 25 de janeiro de 1952.
[21] Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 99.

que se dê maior peso à efetividade da prestação jurisdicional em detrimento de uma garantia individual intimamente vinculada à dignidade humana.

O ministro Gilmar Mendes, inclusive, observou a repercussão internacional da jurisdição penal do país, aduzindo que, não faz muito, o *The Economist* fez uma análise negativa da jurisdição criminal no Brasil [22]. Todavia, priorizar a efetividade da prestação jurisdicional em detrimento de uma garantia individual considerada cláusula pétrea, não a torna efetiva, de fato, mas mitigadora de direitos e garantias processuais sem as quais não se pode conceber um Estado Democrático de Direito.

Essa interpretação não encontra respaldo no texto constitucional, mas busca responder a anseios sociais, justificando, de modo engenhoso, uma mutação constitucional para satisfazer a vontade dos intérpretes independentemente dos limites que o ordenamento jurídico impõe. Ao alterar a interpretação do princípio da não culpabilidade, deu-lhe um sentido absurdo que não encontra respaldo no ordenamento pátrio, criando exceções que a Constituição não prevê e ultrapassando os limites semânticos do próprio texto. Não há como ir além da taxatividade do dispositivo constitucional somente para satisfazer as intenções do intérprete e buscar respostas rápidas aos problemas relacionados à ineficiência da jurisdição criminal do país.

Desse modo, vê-se uma patologia hermenêutica intimamente vinculada à atuação proativa do Supremo Tribunal Federal, caracterizando a decisão como uma forma ilegítima de ativismo, posto que claramente há uma postura soberana da Corte ante o texto constitucional, com o intuito de fazer prevalecer a sua vontade tal como se fosse o intérprete exclusivo, um verdadeiro "dono", e não guardião da Constituição. Além de afrontar a ordem constitucional, rompe com a harmonia entre as três esferas de poder do Estado, fazendo as vezes do Legislador, além de ferir o Estado Democrático de Direito ao relativizar uma garantia fundamental.

Esse tipo de atuação da Suprema Corte imprime novos desafios ao Direito, contribuindo para legitimar uma crise de efetividade do programa jurídico-político dos direitos humanos e fundamentais [23]. A falta de efetividade dos direitos constitucionalmente garantidos leva a uma crescente desvalorização de sua força

[22] Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 126292/SP, sentencia de fecha 25 de janeiro de 1952, p. 64.

[23] Sarlet, Ingo Wolfgang. "*Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*", en Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.): *Direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Livraria do advogado, Porto Alegre, 1999. p. 140.

normativa e à falta de confiança no discurso dos direitos fundamentais. O Estado, em vez de proteger os direitos dos indivíduos expressamente previstos, aparece como devedor de uma postura ativa, no sentido de uma proteção integral e global dos direitos fundamentais[24]. Nesse sentido, Bazán aduz que:

> *Es preciso reiterar que el Estado contemporáneo es Estado Constitucional, en cuyo contexto la Constitución ocupa un lugar central en el sistema jurídico (junto a los instrumentos internacionales universales y regionales básicos en materia de derechos humanos con valencia homóloga a la de la Carta Fundamental) y ostenta fuerza normativa*.[25]

Outrossim, não se pode olvidar que é indissociável a relação entre dignidade da pessoa e os direitos fundamentais, mesmo onde a dignidade não esteja referenciada expressamente, na condição de valor informador da ordem jurídica[26]. Essa decisão, além de ferir a própria dignidade, dá ensejo a uma mudança na jurisprudência do STF fazendo com que se aplique indefinidamente em casos vindouros, numa contínua afronta constitucional, esvaziando a força normativa da Constituição, como nos *Habeas Corpus* 149120-AgR/PI[27] e 138.890-AgR/PE[28], em 2017, e no *Habeas Corpus* 152752-PR[29] do ex-presidente Lula em 2018.

Conclusão

Destarte, teceu-se considerações acerca da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126292/SP, buscando verificar se se trata de um ativismo judicial na dimensão *hard* ou antidialógica, com a consequente mitigação de direitos e garantias fundamentais, bem como da ordem constitucional. Para tanto, abordou-se, a temática do ativismo judicial, o qual pode ter

---

[24] Sarlet, Ingo Wolfgang. "*Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*", en Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.): *A constituição concretizada: construindo as pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 118.

[25] Bazán, Víctor. "*La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina*", en *Estudios Constitucionales*, año 5, n. 2, 2007, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 137-183. p. 144.

[26] Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 119.

[27] Supremo Tribunal Federal: Agravo Regimental no Habeas Corpus 149120 AgR/PI, sentencia de fecha 1º de dezembro de 2017.

[28] Supremo Tribunal Federal: Agravo Regimental no Habeas Corpus 138890 AgR/PE, sentencia de fecha 7 de março de 2017.

[29] Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 152752/PR, sentencia de fecha 7 de março de 2017.

várias formas de se expressar, razão pela qual se fez uma identificação e categorização das diferentes dimensões do ativismo judicial no Brasil. Ademais, buscou-se fazer uma análise do fenômeno da mutação constitucional a partir de seu conceito, seus pressupostos e seus limites. Abordou-se o princípio da presunção de inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que prevê que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sob à ótica do sopesamento de princípios.

Nesta senda, tendo em vista a decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 126292/SP, por 7 (sete) votos a 4 (quatro), fez-se, então, apurado dos fundamentos que embasaram os votos favoráveis. Dentre os argumentos, prevaleceram aqueles segundo os quais a espera do trânsito em julgado da ensejo a interposição sucessiva de recursos protelatórios e que a demora na execução da pena enseja um descrédito no sistema de jurisdição penal brasileira, com repercussão inclusive internacional.

Diante de tais argumentos, percebe-se um sopesamento entre os princípios da presunção de inocência e o da eficácia da prestação jurisdicional, no qual o STF pretere aquele, mitigando uma garantia constitucional do indivíduo considerada cláusula pétrea, comprometendo sua dignidade e também a própria força normativa da Constituição.

Constatou-se, pois, tratar-se de ativismo judicial em sua dimensão *hard* ou antidialógica, já que tal entendimento vai de encontro ao que prevê a Constituição, desrespeitando os limites impostos ao intérprete, como a ordem constitucional, os princípios constitucionais, os direitos e garantias individuais, bem como os próprios limites semânticos do texto, fazendo com que a Corte se autoproclame não apenas titular da palavra final sobre o que diz a Constituição, mas também seu único intérprete e "dono".

Referências

Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

Barroso, Luís Roberto. "*Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*", em *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, 2005, Rio de Janeiro, Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas do Rio de Janeiro, pp. 1-42.

Barroso, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Bazán, Víctor. "*La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina*", en *Estudios Constitucionales*, año 5, n. 2, 2007, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 137-183.

Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Brasil. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 17 ago. 2019.

Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Ferraz, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 2 ed. São Paulo: Edifieo, 2015.

França. Assembleia Nacional. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Paris: Assembleia Nacional, 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 12 ago. 2019.

Lima, Martonio Mont'alverne Barreto; Mota, Rafael Gonçalves. "*O julgamento do habeas corpus 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal sob a ótica do pensamento de Neil Maccormick sobre argumentação da decisão judicial*", en *Quaestio Iuris*, v. 11, n. 3, 2018, Rio de Janeiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, pp. 1704-1733.

Nogueira Alcalá, Humberto. "*Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia*", en *Revista Ius et Praxis*, v. 11, n. 1, 2005, Talca, Universidad de Talca, pp. 221-241.

Sacchetto, Thiago Coelho. "*As mutações constitucionais no contexto brasileiro de crise da representação democrática*", en *e-Pública*, v. 2, n. 1, 2015, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 123-140. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v2n1/v2n1a07.pdf. Acesso em: 15 ago. 2019.

Sarlet, Ingo Wolfgang. "*Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*", en Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.): *A constituição concretizada: construindo as pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. pp. 107-163.

Sarlet, Ingo Wolfgang. "*Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*", en Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.): *Direito público em tempos de crise: estudos em*

homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Livraria do advogado, Porto Alegre, 1999. pp. 140-175.

Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

Streck, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Livraria Saraiva, 2011.

Supremo Tribunal Federal: Agravo Regimental no Habeas Corpus 138890 AgR/PE, sentencia de fecha 7 de março de 2017.

Supremo Tribunal Federal: Agravo Regimental no Habeas Corpus 149120 AgR/PI, sentencia de fecha 1º de dezembro de 2017.

Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 126292/SP, sentencia de fecha 25 de janeiro de 1952.

Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 152752/PR, sentencia de fecha 7 de março de 2017.

Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 84078/MG, sentencia de fecha 5 de fevereiro de 2009.

Supremo Tribunal Federal: Reclamação 141/SP, sentencia de fecha 25 de janeiro de 1952.

Valle, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.

Vieira, Oscar Vilhena. "Supremocracia", en *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, 2008, São Paulo, Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas de São Paulo, pp. 441-464.

20. JUSTIÇA RESTAURATIVA: A INCLUSÃO DO EGRESSO DO SISTEMA PRISIONAL POR MEIO DO ACESSO AO TRABALHO

https://doi.org/10.36592/9786587424187-20

Victor Marcilio Pompeu[1]
Dennys Wellington Almeida Costa [2]

Resumo

Por meio do estudo que ora se apresenta, tem-se o objetivo de investigar a efetivação da Justiça Restaurativa, por intermédio da inserção laboral e capacitação profissional do egresso do sistema prisional com vistas à concretização do acesso ao trabalho digno. Diante da constatação numérica, apresentada pelo Conselho Nacional de Justiça brasileiro, sobre o do volume prisional, questiona-se quais os mecanismos que podem ser aplicados para a promoção da dignidade com base no acesso ao trabalho e na efetivação da busca do pleno emprego. A metodologia envolve pesquisa interdisciplinar com orientação epistemológica na teoria crítica, congrega teoria e práxis e articula Direito, Sociologia e Economia. O texto adota os raciocínios indutivo e dedutivo, em pesquisa qualitativa, com as técnicas de análise documental, estatísticas e de revisão bibliográfica. Tem como resultados esperados a perspectiva de contribuir para o desenvolvimento e a capacitação dos egressos do sistema prisional, por meio da Justiça Restaurativa e da Política Nacional de Trabalho que incentive às empresas a capacitar e inserir os migrantes no mercado de trabalho.

Palavras-chave: Egressos do sistema prisional. Justiça Restaurativa. Política Nacional de Trabalho. Empresas.

[1] Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2018). Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR (2015), tendo sido bolsista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIFOR (CAPES/PROSUP). Graduado em Direito pela UNIFOR (2012). Professor do Curso de Direito e Palestrante da UNIFOR. Pesquisador na área de Direito Penal, com foco na Justiça Restaurativa e análise prisional. É coordenador do Projeto Responsabilidade social das empresas alternativa para qualificação, reintegração e ressocialização de egressos no sistema penitenciário do Estado do Ceará contemplado pelo Edital Universal 2018. E-mail: victormpompeu@hotmail.com

[2] Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza e em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Ceará. Bolsista pela Fundação Edson Queiroz – PROBIC/FEQ. E-mail: dennyswell@edu.unifor.br

Abstract

This work aims to investigate the effectiveness of Restorative Justice programs through work opportunities and professional development of the penitentiary system egress. The numbers, presented by the brazilian Conselho Nacional de Justiça, over the prisional mass, proposes an analysis of the mechanisms capable of promoting dignity based on work opportunities and its life changing capability. The methodology used involves interdisciplinary orientation throughout the construction of a critic theory, congregating Law, Sociology and Economics. The work adopts inductive and deductive thoughts, qualitative research, documental analysis, statistics and bibliography. Expects to contribute with the develop and the capacitation of the penitentiary system egress, applying Restorative Justice and Work Policies to approach employers investment on the scenario.

Keywords: Restorative Justice. Penitentiary system egress. Work opportunities. Work Policies. Employers.

Introdução

O Estado, como titular exclusivo do poder de punir, respalda-se em diretrizes consoantes ao Código Penal Brasileiro para arbitrar sanção ao infrator, quais sejam, medidas suficientes para reprovar e prevenir o crime, como preceitua o artigo 59 da referida lei. Dentre as possíveis sanções, tem-se o cerceamento da liberdade, regido pelo Sistema Prisional Brasileiro, importando em segregação temporária do indivíduo com finalidade de retorno ao meio social após o cumprimento da pena arbitrada.

Dessa forma, haja vista o fim a que se propõe a privação de liberdade, aduz-se os seguintes propósitos da prisão: o retributivo, mediante o qual o Estado se responsabiliza institucionalmente por atribuir e executar a pena do infrator; o distributivo, por meio do qual se promoverá a reeducação do preso, enquanto sob tutela estatal; e o restaurativo, em que visa reinserir o detento, após o devido cumprimento da pena e reeducação, ao meio social do qual foi segregado. Esses propósitos encontram fundamento precípuo na Constituição Federal de 1988, ao adotar como centro axiológico da concepção do Estado Democrático de Direito o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como também na Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11 de julho de 1984), que assegura, em seu Capítulo II, uma série de

assistências ao preso, ao internado e ao egresso, com o objetivo de prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Portanto, este estudo pretende, primeiramente, analisar a forma como o Estado aplica esses propósitos à pratica, e se as condições impostas pela realidade fática do Sistema Prisional corroboram o cumprimento da função restaurativa da pena, sob a ótica da Lei de Execuções Fiscais (LEP) e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamentado na Constituição Federal de 1988. Ademais, pretende-se examinar o trabalho digno como meio pelo qual o egresso reconquistará seu espaço na sociedade, em cumprimento ao Objetivo 8 da Agenda 2030 da ONU, qual seja, promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos.

Em um segundo momento, analisar-se-á, a partir das percepções anteriores, como a criação de oportunidades de trabalho ao egresso do sistema penitenciário pelas empresas, no decorrer de sua função social, pode promover, efetivamente, sua ressocialização, ao passo que possibilitará, além do desenvolvimento humano, o crescimento econômico, haja vista a crescente população de ex-presidiários aptos ao mercado de trabalho, mas em situação de desemprego pelo estigma social de sua condição. Assim, examinar-se-á, também, iniciativas institucionais, no âmbito da América Latina, que visem viabilizar a oferta de emprego para o ex-carcerário e, por ventura, sua ressocialização.

Preliminarmente, cumpre ressaltar que diante da leitura do texto constitucional brasileiro, percebe-se o comprometimento do legislador constituinte ao inserir no direito positivo um sistema de proteção constitucional que legitime a dignidade por meio do trabalho. Isto porque a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece, no seu primeiro artigo, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como um dos fundamentos da República. Da mesma forma, insere, por intermédio do art. 6º, o direito social ao trabalho no arcabouço dos direitos e garantias fundamentais.

A gestão eficaz da Justiça Restaurativa no sentido de reinserir o egresso do sistema prisional na sociedade envolve pluralidade de ações, dentre as quais se inclui a qualificação e capacitação profissional. A relevância da matéria se dá também em razão de que, aqueles que já cumpriram suas penas são agentes capazes de contribuir para o desenvolvimento econômico e social.

Destarte, verifica-se que a Constituição Federal reconhece a essencialidade do acesso ao trabalho como instrumento de afirmação do ser humano. No bojo do art. 7º, dispõe acerca dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, e reitera no art. 170, a valorização do trabalho humano como meio de assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Vale ressaltar que a ideia de desenvolvimento não corresponde tão somente à geração de riquezas, mas também ao desenvolvimento humano e ao bem-estar social. Ressalta-se o papel do Estado como principal agente do crescimento econômico, ora relacionado à distribuição de renda, diminuição das desigualdades e promoção das capacidades dos indivíduos. Por meio das capacidades, os egressos do sistema prisional tornam-se agentes de mudança de seus próprios destinos e do progresso coletivo.

Para o desenvolvimento desta investigação, adota-se a metodologia descritivo-analítica, com pesquisa documental e bibliográfica, mediante explicações baseadas em trabalhos publicados sob a forma de artigos e textos bibliográficos que abordem direta ou indiretamente o tema em análise. Utilização de abordagem dos resultados será pura e qualitativa, a apreciar a realidade do tema com foco no Brasil e, comparadamente, na América Latina, sob análise constitucional, penal, sociológica, trabalhista e econômica.

Nesse viés, como fonte de pesquisa, são analisados documentos oficiais, instrumentos normativos, como o Decreto nº 9.450, de 24 de julho de 2018, que institui a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional, além de projetos sociais, com destaque naqueles realizados pela empresa PanoSocial, como também o programa chileno *Volver a Confiar*, e sua projeção no Brasil.

Função da pena

Como previsto no artigo 1º da LEP, a sanção penal deve ter como função, além do caráter retributivo, a de "reeducar" e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou do internado. Nesse viés, as instituições penitenciárias têm a atribuição de executar um conjunto de atividades que visem a esse fim. Essas atividades devem promover o "tratamento" penal com base nas assistências

material à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa e ao trabalho. Para isso, os estabelecimentos penais carecem ser dotados de estrutura física e humana.

No entanto, em face da precariedade dos presídios, decorrente da falta de administração eficiente, superlotação de celas, etc., aduz-se a incapacidade da prisão no que se refere à ressocialização do condenado. Dentre as críticas existentes ao sistema prisional como responsável pela ressocialização do detento e do egresso, tem-se a que advém da criminologia crítica, que aponta como problema a censura da ressocialização por implicar na violação do livre-arbítrio e da autonomia do sujeito, uma vez que a ideia de correção do indivíduo que sustenta essa perspectiva pressupõe que se deva anular a sua personalidade, suas ideologias e suas escalas de valores para adequá-lo aos valores sociais tidos como legítimos. Outra corrente crítica advém do paradoxo: como esperar que indivíduos desviantes se adequem às regras sociais segregando-os completamente da sociedade e inserindo-os em um microcosmo prisional com suas próprias regras e cultura? (Bitencourt, 2007), (Peter Filho, 2011).

Todavia, ainda que cumpram integralmente a execução de suas penas de prisão, o rótulo do condenado passa a integrar o seu corpo, a sua mente e o seu cadastro oficial, de forma a perpetuar a pena para além dos muros e grades do sistema prisional, por meio do estigma social. Nesse sentido, a condição de egresso da prisão dificulta ou, até mesmo, inviabiliza o processo de inclusão social e retorno ao convívio em sociedade. Contraditoriamente aos óbices impostos aos egressos, essa sociedade espera que os mesmos retornem ao convívio social de forma pacífica, ordeira e sem reincidência na ocorrência de novos delitos. Assim, a busca do pleno emprego se mostra como oportunidade viável de o ex-preso conseguir esse espaço, atendendo às expectativas sociais e firmando sua dignidade da pessoa humana.

Direito ao trabalho

A garantia de acesso ao trabalho digno alia-se a diversos fatores que dela repercutem, tais como a redução das desigualdades sociais, capacitação para o exercício da democracia, a superação da pobreza, ou o desenvolvimento sustentável. Na esfera internacional, estas ideias se reverberam tanto por meio do conceito de trabalho decente formalizado pela OIT – ora aplicável a todos os Estados que dela

participam – quanto por meio de Convenções e Recomendações Internacionais, ou mesmo de diretrizes comportamentais.

Neste viés, o trabalho consiste na forma elementar que permite a natureza do indivíduo como ser dotado de autonomia. Georg Lukács, (1980, p.112-113) ao tratar da natureza do ser social, aponta o trabalho como aspecto fundamental para a humanização do indivíduo, e determinante para a liberdade deste[3]. Para Ricardo Antunes, "o trabalho tem, portanto, quer em sua gênese, quer em seu desenvolvimento, em seu ir-sendo e em seu vir-a-ser, uma intenção ontologicamente voltada para o processo de humanização do homem em seu sentido amplo"[4].

> O trabalho, portanto, configura-se como *protoforma* da práxis social, como momento fundante, *categoria originária*, onde os nexos entre causalidade e teleologia se desenvolvem de modo substancialmente novo; o trabalho, como categoria de mediação, permite o salto ontológico entre os seres anteriores e o ser que se torna social. É, como a linguagem e a sociabilidade, uma categoria que se opera no interior do ser: ao mesmo tempo em que transforma a relação metabólica entre homem e natureza e, num patamar superior, entre os próprios seres sociais, autotransforma o próprio homem e a sua natureza humana. E como no interior do trabalho estão pela primeira vez presentes todas as determinações constitutivas da essência do ser social, ele se mostra como sua categoria *originária*[5]. [Grifos originais]. (LUKACS, 1980, p.112-113)

Ainda no que tange às atribuições da OIT, esta atua permanentemente na elaboração de normas internacionais referentes a trabalho, que se classificam em Convenções e Recomendações Internacionais. As Convenções consistem em tratados que, uma vez ratificados, possuem o encargo de produzir efeitos na legislação nacional dos Estados signatários. Ao passo em que as Convenções Internacionais são vinculantes e devem ser internalizadas no ordenamento jurídico pátrio dos países signatários, as Recomendações não possuem este caráter e usualmente servem para complementar uma Convenção. Ressalte-se que o Brasil constitui membro fundador

---

3 *"How fundamental labour is for the humanization of man is also shown in the fact that its ontological constitution forms the genetic point of departure for yet another question of life that has deeply affected men over the entire course of their history, the question of freedom"*. Tradução nossa: "O quão fundamental é o trabalho para a humanização do homem está também presente no fato de que sua constituição ontológica forma o ponto de partida genético para uma outra questão vital que afeta profundamente os homens no curso de toda a sua história: a questão da liberdade". LUKÁCS, Georg. **The ontogoly of social being**: labour. Londres: Merlin Press, 1980, p. 112-113.

4 ANTUNES, Ricardo Luis Coltro. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a negação e a afirmação do trabalho. 2. ed. 10. reimpr. rev. e ampl. São Paulo: Boitempo, 2009, p 142.

5 *Ibid*., 2009, p. 145.

da OIT, de tal maneira que participa das Conferências Internacionais do Trabalho desde sua primeira reunião[6].

O Objetivo de Desenvolvimento Sustentável número 8, oriundo do pacto da Organização das Nações Unidas, ODS 2030, trata sobre promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos, e tem uma relação direta com a ressocialização do egresso, haja vista que a renda é essencial para a efetivação das necessidades básicas, tais quais, alimentação, saúde e abrigo, como também para transcender essas necessidades rumo ao exercício de liberdades. A renda é um meio para uma série de fins, de modo a possibilitar a opção por alternativas disponíveis, e sua ausência pode limitar as oportunidades de vida.

Corrobora-se ao exposto o entendimento de Gina Pompeu, em que diz que "a valorização do trabalho e o respeito à diversidade cultural e de opiniões são qualidades inerentes ao cidadão brasileiro e ao cidadão do mundo. São essas características que engajam o homem na responsabilidade com a humanidade e sua emancipação" (POMPEU, 2013. p.14-39). Assim, o trabalho possibilita ao egresso, estigmatizado pela sociedade, a efetivação de seus direitos como cidadão, de forma a criar um sentimento de pertença desse egresso ao meio social do qual fora recluso e que, então, reinsere-se após o devido cumprimento da pena.

Portanto, percebe-se que o Estado deve oferecer trabalho prisional ao detento, que tem a faculdade de aceitá-lo ou não, e sua remuneração é obrigatória, não podendo ser inferior a três quartos do salário mínimo por mês. Além disso, o trabalho pode ser efetuado dentro da unidade prisional, especialmente voltado para o regime fechado, ao passo que, no regime semiaberto, as atividades laborativas têm um precípuo caráter de reintegração social.

Porém, mesmo com essa obrigação por parte do Estado, menos de um em cada cinco presos (18,9%) trabalha em 2019 no Brasil, o que corresponde ao total de 139.511 presos, segundo levantamento do **G1** dentro do Monitor da Violência, uma parceria com o Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da USP e com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública[7]. Por esse motivo, abordar o direito ao trabalho pode ajudar no

---

[6] Organização Internacional do Trabalho – OIT. História da OIT. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm. Acesso em: 15 jun. 2019.

[7] FONTE (https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/menos-de-15-do-presos-trabalha-no-brasil-1-em-cada-8-estuda.ghtml) Acesso em: 13.08.19).

processo de ressocialização dos ex-detentos, de modo a garantir que as pessoas que vivem nessa condição, e afetadas pelo estigma social, desfrutem de emprego pleno e produtivo. Então, para que isso seja possível, compete ao Estado, empresas e demais instituições, a iniciativa de promoverem projetos que visem à orientação e à criação de oportunidades de emprego destinados a detentos e egressos do sistema prisional.

Iniciativas estatais

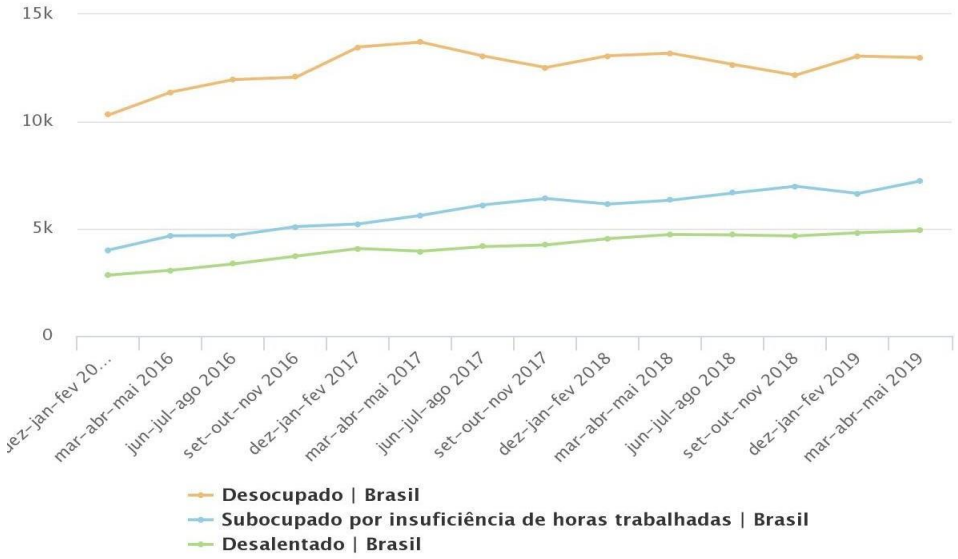
Com isso, o Estado, ao exercer seu poder regulador, busca garantir a efetivação dos direitos previstos na Lei de Execuções Penais, no tocante a colaborar com o egresso para a obtenção de trabalho, com a instituição da Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional – Pnat (Decreto federal nº 9.450, de 24 de julho de 2018), de modo a ampliar a oferta de vagas de trabalho destinadas às pessoas presas e egressas do sistema prisional.

O referido Decreto tem, como principal medida, a exigência de empregabilidade de mão de obra formada por pessoas presas ou egressas do sistema prisional na contratação de serviços acima de R$ 330.000,00 pela administração pública, com fundamento no §5º do art. 40 da Lei 8.666/1993, incluído em 2017, que prevê a possibilidade de a administração pública, nos editais de licitação para a contratação de serviços, exigir da contratada que um percentual mínimo de sua mão de obra seja oriundo ou egresso do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando, na forma estabelecida em regulamento.

Dessa forma, para atender a um dos objetivos da Lei de Licitações, qual seja, a promoção do desenvolvimento nacional e sustentável, a Pnat foi instituída sob as principais diretrizes de estabelecer mecanismos que favoreçam a reinserção social e de estimular a oferta de vagas de trabalho para pessoas em regime fechado, semiaberto e aberto e egressas do sistema prisional, de modo a possibilitar tanto o desenvolvimento humano, por meio dos princípios de dignidade da pessoa humana, ressocialização e humanização da pena, quanto o crescimento econômico, por meio da ampliação de alternativas para absorção econômica das pessoas egressas do sistema prisional, haja vista o aumento no índice de população subutilizada, de acordo com resultados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), divulgados pelo IBGE.

Conforme a supracitada pesquisa, o desemprego ficou estável e atingiu 13 milhões de pessoas em maio de 2019, porém o contingente de subutilizados foi o maior desde 2012, chegando a 28,5 milhões de pessoas. Este aumento ocorreu devido a outros dois indicadores, quais sejam, o de 7,2 milhões de subocupados e o de 4,9 milhões de desalentados.

Pessoas de 14 anos ou mais desocupadas, subocupadas e desalentadas



Fonte: IBGE – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua mensal

Fonte:[8]

Portanto, com o advento da política pública instituída pelo Decreto 9.450, tem-se como resultado esperado que os presos e egressos do sistema penitenciário possam se reinserir no mercado de trabalho e ajudar financeiramente suas famílias mediante a garantia de vagas de emprego, o que viabiliza a aplicação do disposto no Art. 27, da Lei de Execuções Penais, "O serviço de assistência social colaborará com o egresso para a obtenção de trabalho".

8 Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/24909-desemprego-fica-estavel-mas-populacao-subutilizada-e-a-maior-desde-2012. Acesso em: 29 jun. 2019.

Iniciativas Institucionais e a RSE

Estratégias restaurativas por meio de políticas públicas e privadas

Segundo o Conselho Nacional de Justiça, mediante o seu relatório anual "Justiça em Números" do ano de 2017, que tem por base os dados do ano de 2016, ao analisar os dados referentes à Justiça Criminal, concluiu-se que naquele ano base ingressaram no Poder Judiciário 3 (três) milhões de novos casos criminais, dos quais 1,9 milhão (62,9%) encontram-se na fase de conhecimento de 1º grau, 443,9 mil (15%) na fase de execução de 1º grau, 18,4 mil (0,6%) nas turmas recursais, 555,2 mil (18,7%) no 2º grau e 80,6 (2,7%) nos tribunais superiores. Apesar da redução de 1,8% no número de processos de conhecimento criminais, em relação ao ano de 2015, ainda houve um acréscimo ao acervo de 3,3%.[9] Ou seja, resta claro que os tribunais brasileiros não têm conseguido dar vazão às demandas processuais criminais que lhes são incumbidas, o que remete a um crescimento anual no acervo processual. Conforme depreende-se:

Figura 1 - Correlação entre casos novos e pendentes criminais (excluídas as execuções penais)[10]

Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números (2017).

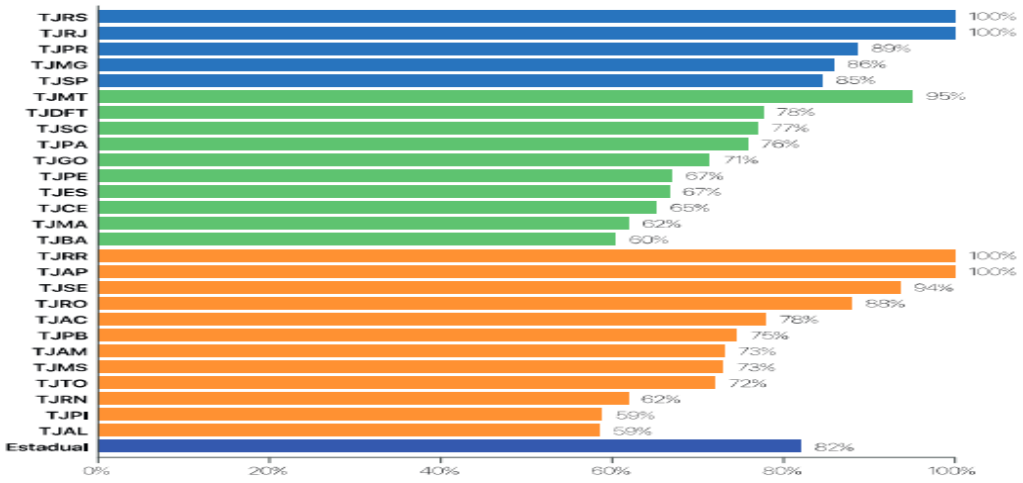
O Conselho Nacional de Justiça propõe em seu relatório "Justiça em Números" análise panorâmica e completa das características, circunstâncias e dinâmicas de todos os tribunais do País, inclusive constrói gráficos didáticos para ilustrar e comparar os

[9] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números,* 2017, p. 138. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf> . Acesso em: 14 jun. 2018.
[10] Ibid., 2017, p. 138.

diferentes cenários judiciários nacionais. Dentre as várias estatísticas construídas e abordadas, está o Índice de Produtividade Comparada da Justiça (IPC-Jus), que é um indicador, em medida única, que reflete a produtividade e a eficiência relativa dos tribunais. Segundo ainda o Conselho Nacional de Justiça, o IPC-Jus permite a comparação entre tribunais do mesmo ramo da Justiça, independentemente do porte, pois considera a produção em relação aos recursos e insumos disponíveis, evitando assim equiparações judiciais em cenários distintos.

Por meio da utilização de um sistema técnico chamado Análise de Envoltória de Dados, o Conselho Nacional de Justiça segmenta os tribunais nacionais em três grandes categorias e propõe análises interconexas, considerando o índice de produtividade dos magistrados (IPM), o índice de produtividade dos servidores (IPS), a Despesa Total do Tribunal e a Taxa de Congestionamento (TC), para contabilizar grau de eficiência que vai de 0 a 100 por cento, em que o alcance do nível máximo representa que o Tribunal foi capaz de baixar mais processos que os demais. Diante dessas diretrizes, vale observar quais os cenários construídos, pelo Conselho Nacional de Justiça, ao esquadrinhar referida análise do Judiciário, sobretudo da Justiça Estadual, que detém 92,8% (noventa e dois vírgula oito por cento) de representatividade na área criminal[11]. Observa-se:

Figura 2 - IPC-Jus por Tribunal[12]



Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números (2017).

[11] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números,* 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf> . Acesso em: 14 jun. 2018, p. 138.

[12] Ibid., 2017, p. 145.

As linhas azul, verde e laranja representam, respectivamente, os tribunais de grande, médio e pequeno porte, nos termos do Conselho Nacional de Justiça, que contingenciam suas peculiaridades com o estreito propósito de encontrar os sobreditos denominadores de produtividade comparada. Da análise da Figura 1, é possível inferir que os Tribunais nacionais, a despeito de seus aportes e características, mostram-se consideravelmente discrepantes e em geral medíocres em termos de produtividade, por exemplo: nenhum dos tribunais de médio porte foi capaz de alcançar um índice de 100% no IPC-Jus, diferentemente daqueles de grande e pequeno porte que, mesmo em números reduzidos, conseguiram alcançar referido patamar, além do que o índice médio dos Tribunais Estaduais é de apenas 82% (oitenta e dois por cento).

É certo que a atividade judiciária é subjetiva e reclama cuidado, fleuma e digressão características, com o propósito de aproximar, ao máximo possível, as demandas dos parâmetros de Justiça, sobretudo ao tratar de casos delicados que versam geralmente sobre direitos indisponíveis, como são os de natureza criminal. A processualística e o ritual procedimental visam resguardar, no que for possível, direitos e garantias das partes, o que se constitui, indubitavelmente, árdua tarefa. Contudo, conforme traz o Conselho Nacional de Justiça, é crescente o número de processos junto aos Tribunais de Justiça estaduais, conforme antedito: estes que são responsáveis pela quase totalidade dos processos de natureza criminal (92,8%). Diante deste quadro, intensivamente agravado pelas consequências fáticas que acarreta, analisadas no curso de todo este trabalho, faz-se imperiosa propositura de novas políticas, procedimentos, exercícios ou terapias alternativas e complementares a saldar ou, ao menos, mitigar essa situação.

As alternativas restaurativas podem trazer reais progressos no que concerne ao aprimoramento desses índices, tanto na redução de novas demandas de ordem criminal quanto na melhoria dos índices de eficácia dos tribunais envoltos, pois referidas alternativas podem representar caminhos alternativos ao processo ou ainda soluções atalhadas ao Judiciário, sempre esmerando aproximar-se dos subjetivos contornos de Justiça, ou ainda trabalhando nos propósitos últimos do próprio Direito Penal, como a ressocialização e a reintegração social dos condenados, como se observará no tópico seguinte. Tais propósitos podem ser atingidos ou, ao menos, visados mediante a estruturação de políticas públicas e programas que despertem e conscientizem a sociedade da importância de sua participação para o sucesso dos

programas, ou seja, permanece o incentivo à modelagem híbrida de responsabilização, estatal e social, ao enfrentamento desse dilema.

4.2.2 Responsabilidade social das empresas e os egressos do sistema penitenciário

Dias e Oliveira ressaltam o papel fundamental das empresas, no tocante à oportunização de vagas, para a inclusão dos egressos do sistema penitenciário na sociedade. Com fulcro no artigo 170 da Constituição[13], relembram que a atividade empresarial e a ordem econômica fundam-se nos ditames da justiça social. Ressaltam ainda o dever de fomento e desenvolvimento, tanto pelo Estado quanto pela sociedade, de políticas públicas sólidas visando à reintegração social, além da conscientização dos envolvidos, no tocante a direitos e deveres sociais.[14]

Políticas estas, inclusive, são passíveis de identificação no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, de maneira esparsa e efêmera. O próprio Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), enquanto primeiro órgão da execução penal no Brasil, vinculado ao Ministério da Justiça, dispôs, por meio da Resolução N.º 14, de 11 de novembro de 1994, as chamadas: REGRAS MÍNIMAS PARA TRATAMENTO DO PRESO NO BRASIL, em que são tratados diversos pontos acerca do adimplemento prisional, assim como da reinserção social no mercado de trabalho.[15] Contudo, apesar de orientar os rumos da execução penal nacional, desde sua instalação

---

[13] "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995). Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em [...]. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 jun. 2018.

[14] DIAS, Sandro; OLIVEIRA, Lourival José de. A reinserção social através do trabalho: Responsabilidade empresarial no resgate da dignidade da pessoa humana. *Revista Jurídica Cesumar* – Mestrado, Maringá, v. 14, n. 1, p. 143-169, 2014, p. 149. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/>. Acesso em: 03 abr. 2018.

[15] BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Resolução* nº 14, de 11 de novembro de 1994. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Outros/1994resolu14CNPCP.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2018.

(em junho de 1980), o CNPCP não tem obtido êxito na conformação e na efetivação dessas políticas prisionais no País.

Como se depreende da própria filosofia restaurativa, analisada no curso deste trabalho, mostra-se relevante a inter-relação social pautada no princípio da alteridade, em que os componentes de uma sociedade são capazes de enxergar e auxiliar nas necessidades de seus pares, após compreender seus dramas. Contudo, dada a organização econômica capitalista e intervencionista brasileira, além do fator financeiro no tocante à organização e à manutenção dos condenados dentro dos sistemas prisionais, a gestão de métodos de participação particulares e de subsídios de natureza privados é fundamental ao processo. Nesse viés, o estreitamento dos laços sociais pode ser fomentado, inclusive, por meio de incentivos e deduções fiscais, além de programas de conscientização.

Ademais, além da atuação direta do Estado, como visto anteriormente, iniciativas de ressocialização de egressos podem partir de instituições sociais que buscam conciliar lucro, planeta e pessoas, (John Elkington, 2012) como apresentadas a seguir: *VOLVER A CONFIAR: Caminos para la integración post carcelaria e* Portal de Oportunidades do CNJ e o o Pano Social.

O Centro de Estudos em Seguridade Cidadã (*Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana -CESC*) do Instituto de Assuntos Públicos, da Universidade do Chile, criou, em 2005, uma Área de Estudos Penitenciários que, ao coincidir com o objetivo institucional, tivesse a finalidade de contribuir com a criação e melhoramento de políticas públicas de reinserção social que garantissem o exercícios de direitos cidadãos.

Com isso, a tomar como base os resultados obtidos pelas investigações realizadas pela Área, nos anos anteriores, foi desenvolvido em 2007 o projeto de reintegração social pós-prisão "*Volver a confiar"*, que reconhece, como aspectos principais, a relevância do trabalho intersetorial, a integralidade da intervenção e a gestão local no processo de reinserção de quem cumpriu penas privativas de liberdade.

O programa implementado no Município de La Pintana, em Santiago, objetiva-se em dar suporte ao processo de reintegração social de condenados por infrações penais, por meio do qual se tem o acompanhamento individualizado do retorno dos egressos à comunidade, além de assegurar a esses egressos o amplo acesso a serviços e programas sociais que a própria comunidade disponibiliza.

Desta feita, com a aplicação do projeto durante os anos de 2008 e 2009 em homens e mulheres que haviam saído do *Centro de Detención Preventiva Santiago Sur* e do *Centro Penintenciario Femenino*, respectivamente, após cumprimento da pena e retorno ao Município de La Pintana, concluiu-se que: 1) existem profundas deficiências de informação que as pessoas têm ao sair do cárcere, o que incide em menores possibilidades de reinserção social; 2) existem áreas que apresentam maiores dificuldades para a reinserção, quais sejam, o trabalho, a educação, os direitos, dentre outras; 3) os primeiros dias após sair do cárcere são especialmente críticos, pois necessita-se realizar uma série de trâmites burocráticos, além da adaptação do egresso à comunidade após o período de reclusão.

Por estas razões, a Área de Estudos Penitenciários da Universidade do Chile elaborou o Manual "*Volver a Confiar: Los primeros 100 días en libertad*", em que abarca as sete áreas fundamentais para a reinserção daqueles que retornam à comunidade e às suas famílias. Essas áreas são: direitos, trabalho, família, saúde, educação, habitação e comunidade. Porém, para ater-se ao objeto temático deste presente artigo, explanar-se-á somente o tocante ao trabalho do egresso.

O Manual do Programa informa ao recém egresso do sistema carcerário o direito de abrir processo de omissão dos antecedentes criminais, para melhorar as condições pessoais e, sobretudo, de busca de emprego. Com esse processo iniciado, informa o Manual, o egresso deverá se dirigir à Prefeitura para se inscrever na Oficina Municipal de Intermediação Laboral (OMIL), onde será incluído na lista de postulantes e terá acesso aos possíveis trabalhos. Posteriormente, recomenda-se que procure um Patronato Penitenciário, onde poderá fazer parte de programas de capacitação profissional e de apoio psicossocial especializado, tanto para conseguir um trabalho, quanto para abrir o próprio negócio.

O paradigma do programa chileno *Volver a Confiar* teve, inclusive, repercussão em âmbito brasileiro, de modo a inspirar a criação do Projeto Voltar a Confiar, pela Vara de Execuções de Penas e Medidas Alternativas da Comarca de Porto Alegre – RS, em 2015, e se desenvolve, primeiramente, mediante conversa em que se coletam dados pessoais, e em seguida, é feito o encaminhamento em função das demandas específicas de cada indivíduo. Então, os participantes têm a oportunidade de frequentar a cursos do Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec), via Centro

de Referência de Assistência Social, para, assim, facilitar o acesso do egresso ao emprego pleno.

Ademais, o Conselho Nacional de Justiça também se inspirou no programa chileno para desenvolver o Projeto Começar de Novo, que busca reconstruir o caminho da cidadania e promover ações de reinserção social de presos, egressos do sistema carcerário e de cumpridores de medidas alternativas por meio da sensibilização de órgãos públicos e da sociedade civil para que forneçam postos de trabalho e cursos de capacitação profissional.

Para efetivar as diretrizes programáticas do Projeto, o CNJ criou o Portal de Oportunidades, que consiste em uma página na internet onde se encontram vagas de trabalho e cursos de capacitação oferecidos por instituições públicas e entidades privadas para presos e egressos. Com isso, efetiva-se, mesmo que a um alcance limitado, o disposto na Seção VIII – Da Assistência ao Egresso, da Lei de Execuções Penais, para que, por meio de projetos como esses, a reintegração do ex-presidiário seja amparada por orientação e apoio, além da viabilização de obtenção de trabalho.

Porém, para além das instituições públicas, tem-se também, em virtude da crescente preocupação corporativa com questões sociais, iniciativas provindas de empresas que se sensibilizam com causas sociais, como se verá a partir de então.

O exercício da atividade econômica, como dispõe o artigo 170 da Constituição Federal, deve ser realizado com a valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da propriedade privada (inciso II) e a função social da propriedade (inciso III). Este princípio da função social da propriedade, previsto também em art. 5, inciso XXIII, significa, para Comparato:

> A noção de função, no sentido em que é em pregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificam ente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica (COMPARATO, 1986, p. 71-79, 1986).

A partir desse conceito de propriedade vinculada a certo objetivo social, de interesse coletivo, Fábio Comparato realizou estudo sobre a função social de propriedade dos bens de produção, de modo a atrelar os interesses difusos e coletivos

à atividade empresarial, que decorre dos bens de produção pelos empresários. Decorre-se desse estudo o princípio da função social da empresa, a qual, conforme COELHO, estará satisfeita quando houver criação de empregos, pagamento de tributos, geração de riqueza, contribuição para o desenvolvimento econômico, social e cultural do entorno, adoção de práticas sustentáveis e respeito aos direitos dos consumidores. Decerto que algumas sociedades empresárias carecem de uma política ou ação não apenas nos lucros e dividendos sociais, mas na questão social como um todo.

Portanto, desse princípio, desenvolveu-se a concepção de Responsabilidade Social das Empresas (RSE), em que, de modo voluntário, as empresas e organizações corporativas decidem preocupar-se com problemas sociais, de modo a superar a ideia de maximização dos lucros frente a novos entraves decorrentes da globalização.

Para Pompeu e Santiago (2013. p.14-39), a responsabilidade social propõe um novo modelo de gestão, capaz de transpor questões econômicas ao compreender a relação entre a empresa e os atores da sociedade direta ou indiretamente vinculados a si. Alguns destes, inclusive, são agentes influenciados pelas atividades empresariais, *stakeholders*, e podem ser classificados como: primários, essenciais à sobrevivência da empresa; e secundários, que não estão envolvidos nas transações diretas, mas permanecem sob o raio de influência.

A identificação desses atores propõe, não só ventura econômica à empresa, mas também institui uma rede de relacionamentos, composta por vários públicos, que detêm o propósito último de melhorar a qualidade de vida da sociedade, justamente por meio dos processos de responsabilidade social. Na perspectiva de Studart, (2014, p. 1-16.) o escopo de ressocializar caracteriza-se por devolver ao detento e ao egresso a possibilidade de uma vida digna. Para tanto, o trabalho é fundamental no resgate dos presidiários e egressos, enquanto a falta de políticas públicas e de incentivos por parte do governo não favorece o processo de reintegração do apenado. Também ressalta que a LEP prevê, de forma geral, a ressocialização do preso por meio da assistência educacional e a responsabilidade do Serviço Social de amparar o condenado na consecução de sua inserção no mercado de trabalho.

Cumpre lembrar que segundo o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), existem programas de reinserção por intermédio da educação e profissionalização, bem como de fomento ao encontro de trabalho e renda. Tais programas são, atualmente, organizados em dois eixos básicos: (I) Formação

Educacional e Profissional dos Apenados, Internados e Egressos do Sistema Penitenciário Nacional, que trata da elevação da escolaridade e da educação profissional, após o cumprimento da pena privativa de liberdade; e (II) Assistência ao Preso, ao Internado, ao Egresso e aos seus Dependentes que, por sua vez, faz referência a um movimento de promoção dos direitos dos apenados, internados, egressos, dependentes e familiares, com vias de fomentar o exercício da autonomia.

A necessidade e as iniciativas que visam à reinserção dos egressos do sistema penitenciário podem ser encontradas por todo o País, contudo, estão pulverizadas e detêm amplitude eminentemente regional, tendo em vista que são propostas de maneira esparsa pelos próprios Estados, visando a soluções pontuais, nos moldes que lhes são convenientes. Conforme se salienta, é imperiosa a gestão e a padronização eficazes dessas políticas públicas que envolvam a sociedade. Coaduna-se a esse novo modelo de gestão o conceito de Empresa Social, teorizado por YUNUS, (2008) o qual defende que "tal como as outras empresas, ela emprega funcionários, cria bens ou serviços e fornece-os aos clientes a um preço compatível com seu propósito. Porém, o objetivo subjacente dessa nova empresa – e o critério pelo qual deve ser avaliada – é criar benefícios sociais para as pessoas cuja vida ela afeta."

Para então, com esse aparato teórico, visualizar de que forma as empresas podem viabilizar a reinserção do egresso à sociedade por meio do mercado de trabalho e garantir seu papel social na comunidade em que se estabelece, passa-se a analisar brevemente as diretrizes e o funcionamento da empresa PanoSocial, que se define como negócio social, pois usa sua produção para gerar impacto social.

Ressaltam-se alguns exemplos, tais quais, o Pano Social que consiste em uma marca de camisetas, ecobags e aventais feitos de algodão orgânico por ex-presidiários contratados pela empresa. Motivado a contribuir para que ex- detentos pudessem trabalhar com dignidade, seu fundador, Gerfried, decidiu empreender em um negócio social, de modo a reinvestir todo o lucro da empresa para expansão do negócio. Consoante a isso, YUNUS diz que "em vez de ser passado aos investidores, o excesso gerado pela empresa social é reinvestido nela própria", o que confirma a natureza de negócio social assumido pela empresa, pelos critérios do teórico.

Afirmam os sócios que o tempo dos funcionários é dividido em 80% para trabalho, 10% para capacitação profissional (por meio de parceria com oficineiros), e

10% para desenvolvimento humano (que inclui técnicas de meditação). Assim, é possível perceber que, por meio da oportunização de emprego, empresas como PanoSocial viabilizam a ressocialização do egresso, a prezar por sua dignidade humana.

Conclusão

O estudo analisou a Responsabilidade Social das Empresas e seu grau de comprometimento diante do contexto da política restaurativa frente aos egressos do Estado do Ceará. Constatada a preocupação do governo federal com a situação sub-humana vivida pelos atuais presos em todo o território nacional, decorrente da superlotação e da falta de infraestrutura, procurou-se alternativas para minorar a falta de cumprimento das garantias mínimas de dignidade do encarcerado asseguradas pela Constituição Federal de 1988, bem como por tratados internacionais firmados pela República Federativa do Brasil, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos e das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (Regras de Mandela).

Segundo informações constantes do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), nos períodos de 1990 a 2014, a população carcerária aumentou em 575%, o que demonstra que as políticas públicas já implementadas não estão conseguindo melhorar o sistema penal vigente, quiçá ressocializar os presos. Não bastasse esse quadro, a precarização das estruturas carcerárias corrobora para perpetuação da violência sistematiza no âmbito prisional, bem como para a depreciação da personalidade do preso.

Diante dessa situação, constata-se que o Estado de *per si* não consegue inverter essa situação, nesse diapasão é necessário que outros atores participem do processo de ressocialização dos egressos, como contributo pelas benesses recebidas da sociedade, a exemplo das empresas que recebem capital público. Urge que o Estado lance políticas públicas que visem encontrar parceiros privados que auxiliem no implemento da ressocialização dos egressos, nos moldes da que foi publicada pela portaria interministerial nº 3, de 11 de setembro de 2018, pelo Ministério da Segurança Pública, que obriga empresas contratadas pelo governo federal a empregar presos ou egressos do sistema prisional com o fito de torna-los aptos ao reingresso na sociedade de forma minimamente digna e com possibilidades de empregabilidade.

Reitera-se que a Justiça Restaurativa visa apresentar novas propostas acerca do tema, contudo, sem o intuito de substituir a lógica processual e procedimental vigente, mas sim auxiliar, complementar e construir caminhos a serem perseguidos em prol do bem-estar, não só daqueles constritos pelo Estado, mas da sociedade como um todo, além de cumprir os ideais e propósitos do próprio direito penal, sobremaneira no que diz respeito à reintegração e à ressocialização dos egressos do sistema penitenciário.

O sistema carcerário brasileiro enfrenta uma série de dificuldades, sobremaneira de ordem estrutural, as quais inviabilizam os propósitos outros da prisão que não a simples segregação social. A Lei de Execuções Penais, Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, resguarda aos presos e internados, enquanto dever do Estado, assistência: (I) material (alimentação, vestuário, instalações higiênicas e locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração Prisional); (II) à saúde (compreendendo atendimento médico, farmacêutico e odontológico); (III) jurídica (àqueles que não possuem condições financeiras de constituir advogados, deverá ser garantida pelas Unidades da Federação os serviços de assistência jurídica, de maneira integral, dentro e fora dos estabelecimentos prisionais); (IV) educacional (instrução escolar, ensinos de primeiro grau e médio ou formação profissional do preso e do interno); (V) social (acompanhamento dos presos e internos, amparo e preparação para o retorno à liberdade); e (VI) religiosa (liberdade de profissão e cultos religiosos), contudo, é profundo o abismo entre as previsões legais e a realidade fática.

Segundo levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2014, o Brasil detém a quarta maior população carcerária do planeta, com 567.655 detentos, não contabilizadas as prisões domiciliares. Perde somente para Estados Unidos da América, China e Rússia, que guardam respectivamente os primeiros lugares. Cumpre ressaltar que a preocupação brasileira para com as circunstâncias de seus constritos remonta ao Século XIX, quando a Constituição de 1824, já propunha, no Art. 179, inciso XXI, a inviolabilidade dos Direitos Civil e Políticos dos cidadãos brasileiros e, dentre eles, a segurança, limpeza e a organização das prisões de acordo com as circunstâncias dos presos.

Apesar da agenda secular, o País ainda caminha a curtos passos para a manutenção de um padrão mínimo de dignidade dentro do sistema prisional. São várias as semelhanças que podem ser identificadas entre os escritos de Howard e a

realidade prisional brasileira, com sua estrutura precária que remonta, em perfunctória leitura, aos contornos expostos há quase três séculos. Neste diapasão, eis que emerge a Justiça Restaurativa como instrumento alternativo e complementar de aplicação imediata, tanto no decorrer do processo criminal, como num momento posterior, com a finalidade de ressocialização do agente criminoso, ao assumir as consequências de seus atos, e perceber a nocividade, oportunidade em que assume a posição de cidadão.

Assim como o *empoderamento* das partes do conflito pode viabilizar rápida resolução, desde que espelhado nos interesses sociais e com o propósito de beneficiar a sociedade como um todo, a própria abstração do poder punitivo do Estado, a ressignificação do *jus punidendi,* ressignificados pelos conceitos da microfísica do poder de Foucault, permitem às partes identificar não só a solução do conflito, mas trabalhar numa perspectiva sociológica a raiz do problema. Todos participam ativa e coletivamente para a reconstrução do liame social e a reparação dos danos causados pela ocorrência do delito.

A Justiça Restaurativa pode ser vista como tentativa de rompimento com o modelo burocrático-retributivo da justiça criminal, e interage com a noção de justiça comunitária, na qual a comunidade, da qual fazem parte vítima e agente infrator, pode contribuir para a reparação dos danos causados pelos conflitos. Com a participação da sociedade, restaura-se a relação criminoso-vítima-comunidade, com o objetivo de reparação, por meio da quebra dos estereótipos.

Nesse sentido, expurgadas as ideias de monopólio, estaticidade e concentração do poder, no caso, do *jus puniendi*, a sociedade poderá gerir e administrar a resolução de conflitos, mediante regras mínimas de convivência, ao viabilizar o diálogo entre os interessados imediatos no conflito, subsidiados pela comunidade, ao possibilitar, assim, não só a retribuição do dano causado, mas também a ressocialização e a reintegração do agressor no seio social.

A Justiça Restaurativa não vai de encontro ao sistema processual tradicional, muito menos visa substituí-lo. A bem da verdade, constitui-se como alternativa ao procedimento dualista acusatorial e adversarial, em que o Ministério Público geralmente detém o monopólio da Ação Penal e acaba por menos caber aos atores do fato (vítima e ofensor). Contudo, mesmo com o propósito finalístico de promover a harmonia social e preservar a dignidade humana, é necessário, assim como a legislação

portuguesa já referenciada, estabelecer limites e estruturas de aplicabilidade aos procedimentos restaurativos.

A experiência estrangeira é de fundamental importância no tracejar de eventuais políticas públicas e legislação de natureza restaurativa no Brasil, inclusive, a Organização das Nações Unidas tem constantemente fomentado discussões e programas por todo o globo acerca do tema. Este que, conforme antevisto, é fonte tanto para a legislação lusitana quanto para as orientações do Conselho Nacional de Justiça, sobremaneira à Resolução 225/2016. Contudo, o País ainda carece de uma mentalidade restaurativa no tocante aos conflitos de natureza penal.

Reitera-se que a Justiça Restaurativa há de ser vista como uma sorte de lente de abordagem dos conflitos e, por mais válidas ou importantes que sejam as experiências estrangeiras, estas não comportam importação direta ou, até mesmo, implantação verticalizada institucional. É necessário que a lógica e a filosofia restaurativa sejam difundidas na sociedade, haja vista que, dada a voluntariedade dos procedimentos, mostra-se imperioso incutir aos pares o potencial reformador das propostas restaurativas.

Nesse sentido, os mecanismos de Responsabilidade Social das Empresas (RSE) ganham notória relevância como um meio de reinserção do preso na sociedade brasileira. As sociedades empresárias, em adesão voluntária, decidem preocupar-se com problemas que a sociedade enfrenta, haja vista que a mera expectativa e recepção de lucro, diante do mundo globalizado, não é suficiente para a manutenção das atividades empresariais.

É nesse contexto que se insere a Responsabilidade Social Empresarial que se apresenta como um dos atores mais capaz de promover a qualificação e reinserção do trabalho para essa classe, conferindo a estes a possibilidade de se desenvolverem e se capacitarem para um mercado futuro quando de sua saída do cárcere.

Referências

A PanoSocial emprega ex-detentos, usa algodão orgânico e mostra, na prática, outro caminho para a moda. Disponível em: <https://projetodraft.com/a-panosocial-emprega-ex-detentos-usa-algodao-organico-e-mostra-na-pratica-outro-caminho-para-a-moda/>. Acesso em: 04 jul. 2019.

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ALVES DE DEUS, Suelma Inês. À espera da liberdade: um estudo sobre o envelhecimento prisional**. Revista Sociologia Jurídica, São Caetano do Sul/SP**, n. 3, p.1-8, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://sociologiajuridica.net/a-espera-daliberdade-um-estudo-sobre-o-envelhecimento-prisional/>. Acesso em: 18 jun. 2018.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa** de 1976. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 1989.

BACQUE, Jorge A. **Derecho, filosofia y lenguaje**. Buenos Aires: Astrea, 1976.

BARROSO, Luís Roberto. **A interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITTAR, W. **A criminologia no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris e BCCRIM, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOYES-WATSON, C. **Community is not a place but a relationship: lessons for a organizational development**. Public Organization Reviewer: A Global Journal, 2005. Disponível Em:<http://www.instituteforrestorativeinitiatives.org.place.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2018.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Algumas observações sobre a justiça restaurativa na Europa e a mediação penal de adultos portugueses**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

CARDUCCI, Michele; SÁNCHEZ, Miguel Revenga. **Direito constitucional nas relações econômicas: entre crescimento econômico e o desenvolvimento humano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012.
COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. Revista de Direito Mercantil, v. 63, p. 71-79, 1986.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DECRETO Nº 9.450. Disponível em:<http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/34027085/do1-2018-07-25-decreto-n-9-450-de-24-de-julho-de-2018-34027061> Acesso em: 29 jun. 2019.

Desemprego fica estável, mas população subutilizada é a maior desde 2012. Disponível em:<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/24909-desemprego-fica-estavel-mas-populacao-subutilizada-e-a-maior- desde-2012> Acesso em: 29 jun. 2019.

ELKINGTON, Jonh. **Sustentabilidade, canibais com garfo e faca**. Tradução de Milton Mira de Assumpção Filho. São Paulo: M. Books do Brasil, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Dits et écrits. Édition Établie sous la direction de Daniel Defert et François Ewald**. Collaboration de Jacques Lagrange. Paris: Quarto Gallimard, 2001. v. I-v.II.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Org. e Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Grall, 1979.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** Org. e Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016.

FREYRE, Gilberto. **Ordem e progresso**. São Paulo: Global, 2004.

FURET, François; OZOUF, Mona. **Dicionário Crítico da Revolução Francesa.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 23. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

JACCOUD, Mylène. **Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa.** In: VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes.

Justiça restaurativa. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p.163-188.

JOBIM, Nelson. **A lei e a realidade**. In: SEMINÁRIO A DEFESA DA ORDEM ECONÔMICA, 1996, São Paulo. São Paulo: Fiesp/Ciesp, 1997.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes.** Tradução Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003.

LIBERTÉ, Egalité, Fraternité. Disponível em: <http://www.elysee.fr/lapresidence/liberte-egalite-fraternite/>. Acesso em: 20 nov. 2017.

LUKÁCS, Georg. The ontogoly of social being: labour. Londres: Merlin Press, 1980.

MACEDO, Maria Fernanda Soares**. Justiça restaurativa: a importância da participação da vítima na pacificação dos conflitos.** Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 81-94, abr. 2013.

OVANDO, Daniel Hernán Stoffel. O aspecto sociológico da pena privativa de liberdade no Brasil – ressocialização. 2013. 47p. Monografia (Especialização em Direito Penal e Política Criminal) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

PALLAMOLLA, Raffaella; ACHUTTI, Daniel. Justiça criminal e justiça restaurativa no Brasil – o impacto no sistema de justiça criminal. Revista Paradigma, Ribeirão Preto, n. 18, p. 215-235, 2011, p. 85. Disponível em: <http://www9.unaerp.br/revistas/index. Acesso em: 16 jun. 2017.

PARK, Robert. **Human migration and the marginal man**. American Journal of Sociology, Chicago: The University of Chicago Press, v. 33, n. 6,1928.

PARSE, R. R. Community: a human becoming perspective. Boston: Jones and Bartlett Publishers, 2003.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. Crescimento econômico e desenvolvimento humano: entre a soberania do Estado e a proteção internacional dos direitos do homem. Pensar, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 115-137, jan./jun. 2012.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; SANTIAGO, Andrea Maria. Responsabilidade social empresarial: nova forma de gestão. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da et al. (Coord.). Empresa, funcionalização do direito e sustentabilidade: função sócio-solidária da empresa e desenvolvimento. Curitiba: Clássica, 2013. p.14-39.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; SIQUEIRA, Natércia Sampaio. Liberdade e igualdade: condicionamentos democráticos para o desenvolvimento humano, para o crescimento econômico e à estabilidade social. In: POMPEU, Gina Vidal Marcílio.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; SIQUEIRA, Natércia Sampaio. Realização da justiça, oportunidade e capacidade: da igualdade formal à igualdade material no que concerne ao acesso à educação superior dos negros por meio do sistema de quotas nas universidades. In: ALEXY, Robert et al. Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: Unoesc, 2013. p. 611-639.

Projeto Começar de Novo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e- execucao-penal/pj-comecar-de-novo>. Acesso em: 04 jul. 2019.

Reflexões sobre a ressocialização do egresso: relatos da experiência chilena - volver a confiar. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/5287/1/RA20909480.pdf> Acesso em: 09 ago. 2019.

Relatório de Pesquisa Ipea. Disponível em:<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf> Acesso em: 29 jun. 2019.

SAMENOW, Staton E. **Inside the criminal mind**. New York: Broadway Books, 2014.

SANTANA, Selma Pereira; BANDEIRA, Rafael Cruz. **A justiça restaurativa como via de legitimação da punição estatal e redução de seus paradoxos sob ótica de teoria da argumentação**. Revista Mestrado em Direito, Osasco, ano 13, n. 1, p. 185-219, 2013.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Justiça restaurativa como solução (utópica) para o direito penal e para o processo penal?: Crítica a partir do conceito de comunidade. In: CALHEIROS, Maria Clara et al. Direito na Lusofonia. Diálogos constitucionais no espaço lusófono. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017. 2.v. p.153-160.

SANTOS, Cláudia Cruz. A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça. Porquê, para quê e como? Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SANTOS, Leonel Madaíl dos. Justiça restaurativa. A mediação em processo penal em Portugal até 2012. Lisboa: Universidade Autônoma de Lisboa, 2013. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11144/324>. Acesso em: 04 jun. 2018.

STUDART, Lucia Maria Curvello. A reinserção social dos egressos do sistema prisional. Revista Episteme Transversais, Volta Redonda/RJ, v. 6, n. 1, p.1-16, 2014. Disponível em: <http://revista.ugb.edu.br/index.php/episteme/article/download/80/63/>. Acesso em: 18 jun. 2018.

YUNUS, Muhammad. Um mundo sem pobreza: a empresa social e o filtro do capitalismo Editora Ática, São Paulo, 2008.

PARTE V
DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEGURIDADE SOCIAL, PREVIDÊNCIA, SAÚDE E ASSISTÊNCIA SOCIAL

21. DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL E RISCOS DE ADOÇÃO DE UM REGIME EXCLUSIVO DE CAPITALIZAÇÃO NO BRASIL

FUNDAMENTAL RIGHT TO SOCIAL INSURANCE AND RISKS CONCERNING THE ADOPTION OF AN EXCLUSIVE PRIVATE PENSION SYSTEM IN BRAZIL

https://doi.org/10.36592/9786587424187-21

Eduardo Rocha Dias[1]

Resumo

Examina-se neste estudo o direito fundamental à previdência social e a necessidade de garantir uma fonte de rendimentos suficiente para a pessoa, bem como os dados sobre pobreza e informalidade constantes da Síntese de Indicadores Sociais do IBGE, de 2018, para verificar se a proposta de adoção de um regime privado de previdência social pode levar a um aumento do risco de insegurança de renda e a uma diminuição da cobertura. Para esse fim, são analisadas experiências internacionais objeto de estudo da OIT, para se concluir que um sistema privado de previdência pode aumentar a desigualdade, a insegurança e a informalidade. É possível a participação do setor privado na complementação do sistema público de previdência e a adoção de reformas paramétricas que assegurem sua sustentabilidade. O combate à informalidade e a ampliação da cobertura e da equidade do sistema devem ser as prioridades a ser buscadas por referidas reformas, além da garantia de uma renda adequada e suficiente na inatividade. Deve-se ainda ampliar o diálogo social e incluir a segurança de renda no debate sobre reforma da previdência.

Palavras-chave: Direito fundamental à previdência social; reforma da previdência; previdência privada; informalidade no mercado de trabalho; segurança de renda.

Abstract

This study examines the fundamental right to social insurance and the imperative of implementing income security in pension systems. The paper also focuses on the data

[1] Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. Procurador Federal. E-mail: eduardordias@hotmail.com.

concerning poverty and informality, gathered by the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE) at the 2018 Social Indicators Synthesis. The analysis aims to assess if the adoption of a private pension system proposal can lead to an increase in the income insecurity risk and to a decrease in coverage. International experiences of pension systems' reversing privatization studied by the International Labor Organization are also examined leading to the conclusion that private pension systems increase inequality, insecurity and informality. Private sector participation is possible in order to supplement public pension schemes which can also benefit from parametric reforms that enhance their sustainability. Fighting informality and increasing pension systems' coverage and equity must be the priorities of such reforms if income security and adequacy are to be achieved. The paper concludes that more social dialogue is needed as well as the inclusion of income security in the debate concerning pension system reform.
Keywords: Fundamental right to social insurance; pension system reform; private pension system; informality in the labor market; income security.

1 Introdução

A recente PEC 6, de 2019, encaminhada pelo Governo brasileiro ao Congresso Nacional com a finalidade de alterar normas referentes à previdência social, previu, originariamente, a adoção de um regime de capitalização, a ser instituído na forma de lei complementar.

Muito embora não tenha sido mantido na versão aprovada pela Câmara dos Deputados em agosto de 2019, em dois turnos de votação, e posteriormente encaminhada ao Senado Federal, o regime de capitalização poderá voltar a ser discutido em outra proposta de emenda à Constituição[2].

Daí a oportunidade de examinar, a partir de experiências internacionais, coligidas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT)[3], e também a partir de

[2] Capitalização da Previdência irá ao Congresso em Nova PEC, confirma Onyx. Disponível em https://congressoemfoco.uol.com.br/economia/capitalizacao-da-previdencia-ira-ao-congresso-em-nova-pec-confirma-onyx/. Acesso em 21/08/2019.

[3] INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. *Reversing pension privatizations: Rebuilding public pension systems in Eastern Europe and Latin America*. Geneva: ILO, 2018. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/d/wcms_648574.pdf. Acesso em 08/06/2019.

dados constantes da Síntese de Indicadores Sociais, do IBGE, de 2018[4], os possíveis riscos decorrentes da adoção de um regime de capitalização no Brasil.

Em especial pretende-se examinar como um regime de capitalização repercutiria sobre o grau de cobertura dos trabalhadores brasileiros e seu possível impacto na redução da informalidade presente no país e na garantia futura de uma fonte de renda suficiente.

A abordagem será analítica e crítica, a partir de uma pesquisa documental e bibliográfica, de caráter qualitativa.

Inicialmente se analisará o direito fundamental à previdência social e a necessidade de garantir uma fonte de rendimentos suficiente para a pessoa. Em seguida serão referidos dados sobre pobreza e informalidade constantes da Síntese de Indicadores Sociais do IBGE, de 2018. Finalmente, após breve referência à previsão originária da PEC 6/2019 sobre o regime de capitalização, serão apontados possíveis riscos para a garantia de renda na inatividade e na velhice e para o nível de cobertura da previdência social brasileira.

2 O direito fundamental à previdência social

A previdência social tem como meta precípua garantir rendimentos para situações de perda de meios ou de aumento de encargos, decorrentes de contingências sociais. Trata-se de técnica surgida no contexto da questão laboral, baseando-se, portanto, na proteção da classe trabalhadora, a partir de um sistema de seguro social, financiado, conforme o clássico modelo bismarckiano, por contribuições dos trabalhadores, dos empregadores e do Estado.

É uma resposta coletiva e solidária a um conjunto de necessidades socialmente reconhecidas por meio do oferecimento de um conjunto de prestações[5].

A partir de contribuições do modelo universalista beveridgiano, a proteção previdenciária se amplia até a chamada seguridade ou segurança social, incorporando dimensões que ultrapassam o seguro social e buscam uma proteção mais ampla.

---

[4] BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf. Acesso em 07/06/2019.

[5] LOUREIRO, João Carlos. *Direito da segurança social: entre a necessidade e o risco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 47-48.

A Convenção 102 da OIT, de 1952, a propósito, aprovada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 269, de 2008, inclui a prestação de serviços médicos, auxílio-doença, seguro desemprego, benefício de velhice, benefícios por afastamento em razão de acidente de trabalho, benefício familiar, auxílio maternidade, benefício por invalidez e benefício por sobrevivência (pensão por morte) como prestações a serem oferecidas. A Convenção admite a utilização de seguro para atender a algumas prestações oferecidas, conforme consta em seu art. 6º, desde que controlados por autoridades públicas ou administrados de acordo com normas estabelecidas conjuntamente por empregadores e trabalhadores.

O direito à segurança social, como direito humano e fundamental, foi reafirmado pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), em seu art. 9º, que também autonomizou o direito à saúde em seu art. 12.

A Constituição Federal de 1988, adotando a expressão seguridade social, em seu art. 194, a define como um "conjunto integrado de ações dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social".

A previdência é tratada no art. 201 da Constituição, que prevê que será organizada sob a forma de um regime geral, de caráter contributivo e filiação obrigatória, observados critérios que preservem seu equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, determinadas contingências. São elas a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, idade avançada, a maternidade, o desemprego involuntário, encargos familiares por meio do salário-família (restrito aos segurados de baixa renda) e a reclusão, aos dependentes dos segurados de baixa renda. Também prevê, no § 10 do art. 201, a cobertura contra o risco de acidente de trabalho, "a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado". A PEC 6/2019, a propósito, altera a redação do § 10 do art. 201 e estende a possibilidade de cobertura pelo setor privado aos benefícios não programados, inclusive decorrentes de acidente de trabalho, na forma de lei complementar.

Verifica-se, portanto, que o Brasil atende integralmente ao que prevê a Convenção 102 da OIT. A previdência é prevista também no art. 6º da Constituição Federal de 1988 como um direito social. Seu perfil, de garantia de renda em substituição ou complementação à renda dos segurados e dependentes no caso de ocorrência de uma contingência social, permite enquadrá-la no conceito de direito

fundamental social de Robert Alexy, como direito a uma prestação em sentido estrito. Trata-se de assegurar algo ao indivíduo, em face do Estado, que, "se dispusesse de meios financeiros suficientes e houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares"[6].

A proteção decorrente da Constituição demanda estruturação por meio de lei, que irá densificar o sistema de previdência social. Trata-se de direito fundamental que assegura, portanto, direitos subjetivos, a serem concretizados pelo legislador, em razão de normas vinculantes. Há sem dúvida certa margem de concretização, que não deve, porém, descurar da adequada proteção material do indivíduo face às contingências acima referidas. Essa proteção adequada envolve uma garantia de renda suficiente e previsível na hipótese de ocorrência das contingências cobertas.

O regime geral de previdência alcançava um total de 51.138.581 de contribuintes em 2017[7]. Há também a previsão de regimes próprios de previdência para servidores titulares de cargos efetivos, no art. 40, da Constituição, além de inatividade remunerada para os militares, na forma do inciso X do § 3º do art. 42. Em 2017, o número total de servidores estatutários e militares alcançava 7.734.652.

O financiamento da seguridade social se dá na forma do art. 195 da Constituição, de forma direta por meio de contribuições sociais e de forma indireta através de recursos dos orçamentos fiscais dos entes federados. A receita de contribuições sociais integra o orçamento da seguridade social, previsto no § 5º do art. 165 da Constituição. O art. 167, XI, da Constituição, por sua vez, vincula à previdência social a arrecadação de algumas das contribuições sociais previstas, no caso as do art. 195, I, "a", e II, da Constituição.

Sobre a necessidade de uma reforma do sistema previdenciário brasileiro, cumpre referir auditoria realizada pelo TCU em 2017, analisando as contas da seguridade social no período de 2007 a 2016. Foram objeto de exame tanto o regime geral de previdência social, quanto o regime próprio dos servidores federais e os encargos previdenciários da União (EPU), que inclui pensões militares e pensões especiais. A conclusão da referida auditoria aponta para a existência de um desequilíbrio financeiro no orçamento da seguridade social, provocado em especial

[6] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 499.
[7] BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Boletim Estatístico da Previdência Social*. Vol. 26, nº 3. Março de 2019, p. 6. Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/05/beps19.03.pdf. Acesso em 07/06/2019.

pelas contas da previdência social. Nesse sentido, e conforme destacado por Strapazzon[8], entre 2007 e 2016 os gastos com saúde e assistência social permaneceram estáveis ao passo que os dispêndios foram maiores no RGPS, no regime próprio dos servidores federais e nos EPU, tendo as receitas previdenciárias crescido 43% ao passo que as despesas aumentaram 47%. Em 2016 a necessidade de financiamento era de R$ 227 bilhões. Desse total, 65,9% se referiam ao RGPS, 18,9% ao RPPS de servidores civis da União e 15,01% ao sistema de proteção social dos militares.

A partir desse cenário, a proposta original do Governo, relativa à PEC 6/2019, pretendia introduzir um regime de capitalização, por meio de contas individualizadas, diferente do regime de repartição simples atualmente existente. Antes de examinar essa proposta, que não permaneceu na versão da PEC aprovada pela Câmara dos Deputados, cumpre destacar que um dos problemas mais relevantes a serem enfrentados por uma reforma da previdência é o relativo à existência de trabalhadores não protegidos, situados na informalidade. Para compreender esse quadro, é importante examinar estudo do IBGE constante da Síntese de Indicadores Sociais divulgada em 2018.

2 Um diagnóstico da informalidade no mercado de trabalho brasileiro

Uma primeira observação importante referente ao estudo do IBGE é quanto ao critério de pobreza por ele considerado. Utilizou-se para esse fim, como limite de renda, o valor recebido por residentes em domicílios que alcançasse até US$ 5,5 PPC.

Entre os residentes em domicílios com 60 ou mais anos de idade, a proporção de pobres é menor do que a de outros grupos etários (7,6% em 2016 e 8,1% em 2017) contra, por exemplo, aqueles com 0 a 14 anos de idade (42,9% em 2016 e 43,4% em 2017) ou aqueles com entre 15 e 29 anos de idade (29,1% em 2016 e 30,1% em 2017). Houve um aumento da pobreza, mas os idosos, com 60 ou mais anos são menos pobres que os integrantes de outras faixas etárias. Um dos fatores que explica essa menor proporção de pobreza é o fato de muitos idosos receberem prestações previdenciárias ou da assistência social.

[8] STRAPAZZON, Carlos Luiz. "*A dança dos números – as contas da previdência e da seguridade social depois da auditoria do TCU de 2017*", em *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 18, n. 3, set./dez./2017, p. 808.

A informalidade e a insuficiente cobertura da previdência, por sua vez, mostram-se elevadas. Por informalidade, a Síntese de Indicadores Sociais considerou o conceito adotado pela OIT a partir da 17ª Conferência Internacional dos Estatísticos do Trabalho - CIET, em 2003. Esse conceito é duplo, considerando tanto setores informais, enquanto unidades produtivas, como o trabalho informal, que leva em conta a mão de obra ocupada, a precariedade do trabalho desempenhado e a falta de acesso a algum tipo de proteção social[9]. Segundo essa definição, em 2017, 37,3 milhões de pessoas estavam na informalidade, o que alcança 40,8% da população ocupada. Esse número supera o percentual de informalidade apurado em 2014, que alcançava 39,1% da força de trabalho ocupada.

Considerando um recorte por regiões, o maior nível de informalidade se encontra no Norte e no Nordeste brasileiros. Em 2017, a proporção de trabalhadores em ocupações informais alcançou 59,5% na Região Norte e 56,2% na Região Nordeste. As Regiões Sudeste e Sul, de outra banda, tinham menor grau de informalidade na força de trabalho, de 33,8% e 29,1% respectivamente.

Na Região Norte, o Estado do Pará, e, na Região Nordeste, o Estado do Maranhão, são aqueles com maior informalidade da força de trabalho, de 64,2% e 66,2%, respectivamente, em 2017. Por outro lado, Santa Catarina e Rio Grande do Sul apresentaram as menores proporções, de 23,3% e 29,8%, respectivamente.

Há ainda um recorte por raça que revela que o Estado do Amazonas foi onde havia a maior desvantagem para pessoas pretas ou pardas em termos de ocupação em trabalhos informais, com 62,9%. Para comparação, a proporção de pessoas ocupadas de cor branca em trabalhos informais naquela unidade da Federação foi de 48,7%, em 2017.

Quanto ao gênero, a proporção de homens e mulheres em trabalhos formais e informais mostra-se parecida, embora registre pesos distintos quando se analisam as diferentes categorias de trabalho informal. Enquanto os homens apresentam maior participação como empregados sem carteira, não registrados, e como trabalhadores por conta própria, as mulheres são mais numerosas em atividades de auxílio familiar e como trabalhadores domésticos não registrados.

---

[9] BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2018, p. 41. Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf. Acesso em 07/06/2019.

Considerando por tipo de atividade econômica, o estudo do IBGE aponta que as atividades que mais concentraram trabalhadores informais foram os serviços domésticos (70,1%) e a Agropecuária (68,5%), no ano de 2017. Nos serviços domésticos houve um aumento do número de trabalhadores, diferentemente da agropecuária, onde tem havido uma redução. Por outro lado, em decorrência da piora recente no mercado de trabalho, todas as outras atividades sofreram elevação na proporção de trabalhadores informais nos três últimos anos, com destaque para construção (4,7 pontos percentuais), indústria (4,4 pontos percentuais) e demais serviços (4,2 pontos percentuais), o que reverte uma tendência de queda que vinha sendo observada desde 2012.

Introduzindo uma consideração por sexo nas atividades econômicas, verifica-se que a participação das mulheres no trabalho informal é superior à dos homens para a maior parte das atividades examinadas. Já o recorte por cor ou raça indica que há maior participação da população preta ou parda em trabalhos informais (46,9%) quando comparada com os trabalhadores brancos (33,7%).

A partir do critério de pobreza adotado, a Síntese de Indicadores Sociais do IBGE identificou 55 milhões de pessoas vivendo com menos de US$ 5,50 PPC diários em 2017 (equivalente a por volta de R$406,00 mensais). Ou seja, 26,5% da população, ou quase 55 milhões de pessoas. Em 2016 o percentual era de 25,7% da população. A maior parte dessas pessoas (mais de 25 milhões) concentrava-se na Região Nordeste. O Nordeste era também a região com maior percentual de sua população com renda inferior a esta linha, 44,8%, ao passo que esta proporção era de 12,8% no Sul. Na Região Sudeste, por sua vez, houve aumento de 1,3 pontos percentuais, passando de 16,1% para 17,4% da população[10]. Identificou-se como um dos grupos mais vulneráveis os núcleos compostos por arranjos cujo responsável é mulher sem cônjuge com filhos de até 14 anos de idade (56,9%). Caso o responsável por esse tipo de domicílio (monoparental com filhos) seja mulher preta ou parda, a incidência de pobreza sobe ainda mais, para 64,4%. Da mesma forma, a pobreza atinge mais as crianças e

[10] BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2018, p. 57. Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf. Acesso em 07/06/2019.

adolescentes de até 14 anos de idade (43,4%) e a homens e mulheres pretos ou pardos[11]. Os idosos, portanto, se comparados ao restante da população, são menos vulneráveis.

3 A capitalização e seus limites a partir do exame da versão original da PEC 6/2019

A versão original da PEC 6/2019 pretendia efetuar profunda reforma do sistema previdenciário, desconstitucionalizando muitas de suas regras, que passariam a ser definidas em lei complementar, prevendo um regime alternativo de financiamento por capitalização, além de mecanismos que ampliam o tempo de contribuição e a idade, dificultando o acesso a benefícios.

O regime de capitalização foi abandonado na versão do Relator aprovada depois pela Câmara dos Deputados em dois turnos de votação. Seria disciplinado por lei complementar, conforme redação proposta para o art. 201-A da Constituição, na modalidade de contribuição definida, de caráter obrigatório para quem aderir, com a previsão de conta vinculada para cada trabalhador.

A versão original da PEC 6/2019 introduzia ainda o art. 115 nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, que previa que o novo regime de previdência social seria implementado alternativamente em relação ao regime geral de previdência social e aos regimes próprios de previdência dos servidores públicos, adotando, dentre outras diretrizes, previsão de garantia de um piso básico, não inferior ao salário mínimo, por meio de um fundo solidário, e a possibilidade de contribuições patronais e do trabalhador, dos entes federativos e do servidor, vedada a transferência de recursos públicos. Não definia, portanto, se seria obrigatória a contribuição do empregador – que constava como mera possibilidade. Previa, é certo, a garantia de um piso básico, não inferior ao salário mínimo, por meio de um fundo solidário, o que poderia minorar um dos problemas dos regimes de capitalização adotados em outros países, que é o baixo valor dos benefícios.

No entanto, a depender do número de anos de contribuição que viesse a ser exigido, poderia mostrar-se difícil preencher os requisitos de elegibilidade, o que

[11] BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2018, p. 60. Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf. Acesso em 07/06/2019.

levaria a que predominassem benefícios de valor mínimo ou que os trabalhadores tivessem de recorrer à assistência social. Pior, poderia levar a uma diminuição da cobertura e a maior informalidade.

Com efeito, estudos apontam que reformas privatizantes, que entreguem a entidades privadas a administração de recursos destinados ao pagamento de benefícios, não conseguem reverter, por si sós, o nível de informalidade[12]. Pode mesmo vir a aumentá-la, pois se instala uma seleção adversa, por aversão ao risco, que exclui do sistema privado trabalhadores de menor renda e mulheres, que tendem a ter uma maior rotatividade no mercado de trabalho e que assim dificilmente se tornam elegíveis para algum benefício por não conseguirem manter o nível de contribuições exigido[13]. A preocupação com a formalização consta também da agenda da Organização Internacional do Trabalho[14], assegurando trabalho decente a todos. Como visto nos dados da Síntese de Indicadores Sociais do IBGE, a informalidade no Brasil é elevada e aumentou com a recente crise econômica e com a piora no mercado de trabalho. É desigual, afetando mais mulheres, que homens, mais negros e pardos que brancos e mais o Norte e o Nordeste que o Sul e o Sudeste.

A OIT, em estudo de 2018[15], apontou que, entre 1981 e 2014, 30 países privatizaram total ou parcialmente seus sistemas obrigatórios de aposentadorias, sendo catorze na América Latina e catorze na Europa do Leste e na antiga União Soviética, além de Nigéria e Gana na África.

Na América Latina, em especial, merece referência a reforma chilena, pioneira, empreendida em 1981, e as alterações estruturais, promovidas com o incentivo de organismos financeiros internacionais[16], efetuadas ao longo da década de 1990 na previdência de vários países[17]. Seu foco era obter o equilíbrio das contas públicas no

---

[12] CLARAMUNT, Carlos Ochando. "*Assessing pension system reforms in Latin America*", em *International Social Security Review*, v. 57, n. 2, p. 28, abr-jun. 2004.

[13] DIAS, Eduardo Rocha e MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de Direito Previdenciário*. 3ª edição. São Paulo: GEN/Método, 2012, p. 130.

[14] INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. *The informal economy: enabling transition to formalization*. Geneva: ILO, 2007. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_110324.pdf. Acesso em 08/06/2019.

[15] INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. *Reversing pension privatizations: Rebuilding public pension systems in Eastern Europe and Latin America*. Geneva: ILO, 2018, p. 3. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/.pdf. Acesso em 08/06/2019.

[16] É famoso o documento do Banco Mundial, de 1994, denominado *Averting the old age crisis: policies to protect the old and promote growth*.

[17] Adotando um regime privado, baseado na capitalização individual, em substituição aos regimes públicos anteriormente existentes, têm-se as reformas feitas na Bolívia e no México, em 1997, em El

financiamento dos sistemas previdenciários. Também pretendia gerar um ciclo virtuoso de investimentos, pelo qual o mercado financeiro aplicaria os recursos obtidos dos trabalhadores em atividades econômicas gerando crescimento.

A posição da OIT, por outro lado, foi sempre crítica a essas propostas de privatização, defendendo a necessidade de: a) um pilar "zero", não contributivo, destinado a assegurar um piso de proteção a idosos, um mínimo de renda, como a assistência social no Brasil; b) um pilar de seguro social obrigatório, financiado com contribuições de trabalhadores e empregadores, destinado a garantir um nível de subsistência adequado após a aposentadoria, passível também de reformas paramétricas para garantir sua sustentabilidade; c) um pilar complementar, voluntário ou obrigatório, destinado a suplementar os pilares anteriores; d) um pilar também complementar de poupança individual voluntária, feita para aqueles com disponibilidade financeira, gerido por instituições privadas mas reguladas e fiscalizadas pelo Estado[18].

Dos 30 países examinados, 18 reverteram a privatização, em especial na América Latina e no Leste da Europa. Foram eles a República Bolivariana da Venezuela, em 2000, o Equador, em 2002, Nicarágua, em 2005, Bulgária, em 2007, Argentina, em 2008, Eslováquia, também em 2008, Estônia, Letônia e Lituânia, em 2009, o Estado Plurinacional da Bolívia, em 2009, Hungria, em 2010, Croácia e Macedônia, em 2011, Polônia, em 2011, a Federação Russa, em 2012, o Cazaquistão, em 2013, a República Checa, em 2016, e a Romênia, em 2017.

A tendência atual parece ser de reversão do processo de privatização dos sistemas de previdência e de ampliação da intervenção estatal com o fim de aprofundar exigências de direitos humanos e de direitos fundamentais referentes à previdência

Salvador, em 1998, e na Nicarágua, em 2001. Em tais países, houve uma transição gradual do regime público para o privado, extinguindo-se (ou prevendo-se a extinção) do primeiro. Outros países adotaram o regime privado de forma paralela e concorrencial com o público, como foi o caso do Peru, em 1993, e da Colômbia, em 1994. Os dois regimes, nesse caso, competem entre si. Por fim, há reformas que se podem denominar de mistas, em que se mantém o regime público, ao qual cabe conceder benefícios básicos, e um regime privado e complementar. É o caso das reformas ocorridas na Argentina, em 1994, no Uruguai, em 1996, na Costa Rica, em 2001, e no Brasil. Na Argentina, destaque-se, a partir de dezembro de 2008, em decorrência da Lei 26.425/2008, voltou-se a adotar um único regime previdenciário público, estatizando-se o sistema privado de contas individuais anteriormente existente.

[18] INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. *Reversing pension privatizations: Rebuilding public pension systems in Eastern Europe and Latin America*. Geneva: ILO, 2018, pp. 6-9. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/docu_648574.pdf. Acesso em 08/06/2019.

social[19]. O estudo da OIT é contundente ao afirmar que o experimento de privatização fracassou. E entre os motivos, tem-se a insegurança de renda, decorrente dos riscos do mercado de capitais, onde os recursos das contribuições são normalmente aplicados, e a baixa cobertura dos trabalhadores[20]. Os altos custos de transição, de um regime de repartição para outro de capitalização é um fator também a considerar.

A OIT é crítica de posições alarmistas referentes a crises causadas por aumento da longevidade e outras causas demográficas. Muito embora a maturação de sistemas de previdência acarrete aumento dos gastos, esse é um resultado esperado, a ser atacado por meio de reformas paramétricas que garantam a sustentabilidade do sistema. O desenho e a reforma de sistemas de previdência social, para a OIT, devem basear-se nos seguintes princípios: a) universalidade, decorrente do caráter de direito humano (e também fundamental) da seguridade ou segurança social, conforme deflui do art. 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, não se permitindo que ninguém fique de fora; b) solidariedade social e financiamento coletivo, que permitam redistribuição de renda na sociedade e evitem que os riscos sejam suportados pelos indivíduos apenas, o que ocorre com sistemas privados de aposentadorias e pensões; c) adequação e previsibilidade dos benefícios, que acarrete segurança de renda; d) responsabilidade primária e geral do Estado em garantir proteção social, assegurando sustentabilidade financeira, fiscal e econômica, com a devida consideração para a equidade e a justiça social; e) não discriminação, igualdade de gêneros e atenção a necessidades especiais, considerando, por exemplo, os problemas que decorrem para as mulheres, de permanecer no mercado de trabalho em razão da maternidade ou de tarefas de cuidado; f) sustentabilidade financeira, fiscal e econômica, atraindo a necessidade de avaliações atuariais periódicas e adoção de reformas paramétricas; g) transparência e gestão fiscal eficiente; h) envolvimento dos parceiros sociais e de outros detentores de interesses, impondo-se um diálogo social e a representação e consulta aos sujeitos protegidos e afetados por reformas[21].

---

[19] ORTIZ, Pablo Arellano. *Reto actual de las pensiones de vejez. Fin da las AFP? Regreso a reparto?* Santiago: Librotecnia, 2015, p. 39-40.

[20] INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. *Reversing pension privatizations: Rebuilding public pension systems in Eastern Europe and Latin America*. Geneva: ILO, 2018, p. 4. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/p74.pdf. Acesso em 08/06/2019.

[21] INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. *Reversing pension privatizations: Rebuilding public pension systems in Eastern Europe and Latin America*. Geneva: ILO, 2018, pp. 11-12. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/doc648574.pdf. Acesso em 08/06/2019.

O estudo da OIT apontou seguintes falhas nos sistemas privados com relação às quais é necessária atenção: a) taxas de cobertura estagnadas ou em decréscimo, isto é, houve redução do número de contribuintes em relação à força de trabalho total e aumento da ineficiência da arrecadação, que deixou de ser centralizada e passou a ser pulverizada entre instituições privadas, levando a uma diminuição do número de pessoas protegidas e consequente aumento da informalidade[22]; b) valor dos benefícios deteriorado, ou seja, redução da taxa de substituição, ou percentual da renda na atividade substituída pelo benefício, violando o princípio da adequação e suficiência e padrões mínimos prescritos, por exemplo, pela Convenção 102 da OIT[23]; c) ampliação da desigualdade de gênero e de renda; d) custos de transição elevados aumentando pressões fiscais; e) custos administrativos elevados; f) baixa governança com captura das funções de regulação e supervisão; g) concentração do setor de seguros privados; h) mais benefícios para o setor financeiro; i) efeitos limitados no mercado de capitais de países emergentes; j) riscos demográficos e de mercado financeiro transferidos aos indivíduos e k) deterioração do diálogo social.

Conclusões

Verifica-se que o nível de informalidade e de desigualdade de renda no Brasil é elevado e que é preciso considerar os riscos que a adoção de um sistema exclusivamente privado de previdência pode ensejar. A falta de um debate adequado, que considere as experiências internacionais e que permita a participação dos sujeitos afetados é preocupante.

É preciso considerar a experiência de outros países que reverteram a privatização de seus sistemas de previdência e a possibilidade de aumento da informalidade, da desigualdade e da insegurança de renda que tais sistemas acarretam, afetando negativamente o direito fundamental à previdência social. É possível utilizar o setor de seguros e previdência privada na complementação dos benefícios, como pilar adicional a um sistema público de previdência, sem desconsiderar a necessidade

[22] INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. *Reversing pension privatizations: Rebuilding public pension systems in Eastern Europe and Latin America*. Geneva: ILO, 2018, pp. 13-14. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect648574.pdf. Acesso em 08/06/2019.
[23] INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. *Reversing pension privatizations: Rebuilding public pension systems in Eastern Europe and Latin America*. Geneva: ILO, 2018, pp. 14-15. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/648574.pdf. Acesso em 08/06/2019.

de reformas paramétricas e que levem a maior sustentabilidade e equidade ao sistema atual.

O combate à informalidade e a inclusão dos trabalhadores que estão fora da previdência deve ser a prioridade de qualquer reforma da previdência de forma a estender a proteção social a todos, sem deixar ninguém para trás.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf. Acesso em 07/06/2019.

BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Boletim Estatístico da Previdência Social*. Vol. 26, nº 3. Março de 2019. Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/05/beps19.03.pdf. Acesso em 07/06/2019.

CLARAMUNT, Carlos Ochando. "*Assessing pension system reforms in Latin America",* em *International Social Security Review*, v. 57, n. 2, pp. 25-46, abr-jun. 2004.

CONGRESSO EM FOCO. *Capitalização da Previdência irá ao Congresso em nova PEC, confirma Onyx*. Disponível em https://congressoemfoco.uol.com.br/economia/capitalizacao-da-previdencia-ira-ao-congresso-em-nova-pec-confirma-onyx/. Acesso em 21/08/2019.

DIAS, Eduardo Rocha e MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de Direito Previdenciário*. 3ª edição. São Paulo: GEN/Método, 2012.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. *The informal economy: enabling transition to formalization*. Geneva: ILO, 2007. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_110324.pdf. Acesso em 08/06/2019.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. *Reversing pension privatizations: Rebuilding public pension systems in Eastern Europe and Latin America*. Geneva: ILO, 2018. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_648574.pdf. Acesso em 08/06/2019.

LOUREIRO, João Carlos. *Direito da segurança social: entre a necessidade e o risco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

ORTIZ, Pablo Arellano. *Reto actual de las pensiones de vejez. Fin da las AFP? Regreso a reparto?* Santiago: Librotecnia, 2015.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. "*A dança dos números – as contas da previdência e da seguridade social depois da auditoria do TCU de 2017*", em *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 18, n. 3, set./dez./2017, pp. 791-828.

22. JUDICIALIZAÇÃO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO MUNICÍPIO DE FORTALEZA

JUDICIALIZATION AND THE EFETIVATION OF HEALTH RIGHT IN THE MUNICIPALITY OF FORTALEZA

https://doi.org/10.36592/9786587424187-22

Mylena Maria Silva Reginaldo Ferreira Gomes

Resumo

Com o advento da atual Constituição Federal, o direito à saúde foi erigido à categoria de direito fundamental, de acesso universal e integral, tratando-se, ainda, de um dever do Estado. Em decorrência dessa constitucionalização do direito à saúde e da deficiência do Estado em promover políticas públicas de saúde, o Poder Judiciário tem sido acionado a se manifestar acerca da concretização desse direito fundamental, determinando, *v.g.*, que medicamentos, insumos, leitos de enfermaria e diversos procedimentos cirúrgicos sejam disponibilizados pela Administração Pública. Assim, o presente trabalho objetiva analisar em que medida as decisões judiciais de primeira instância têm contribuído para a efetivação deste direito fundamental, isto é, pretende observar quais os reflexos delas na Administração Pública, que é a responsável pela execução desse conjunto de ações governamentais na área de saúde. Como se trata de um âmbito de atuação amplo, o trabalho em apreço analisará as demandas de saúde ajuizadas, em primeira instância, na Comarca de Fortaleza, em face do Município desta mesma cidade, durante o ano de 2018. Além da pesquisa empírica, foi feita pesquisa jurisprudencial e bibliográfica. Portanto, por intermédio da análise empírica dos processos ajuizados e da pesquisa bibliográfica, verificou-se que a atuação judicial não tem se revestido na criação de políticas públicas em saúde. Ao revés, tem havido um deslocamento dos recursos destinados à saúde para cumprimento de decisões judiciais que afetam, principalmente, as políticas públicas voltadas para a atenção básica da saúde.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização.

Abstract

Through the advent of the Federal Constitution, the health right was promoted to the category of fundamental right, of universal access or, besides that, a duty of the State. Because of this constitutionalisation of the health right and the inefficiency of the State to promote public health policies, the Judiciary has been triggered to talk about the achievement of this fundamental right, determining, for example, that medicines, inputs, nursing beds and various surgical procedures can be available by the Public Administration. Thus, the present work aims to analyse to what extent the decisions of first instance have contributed to the realization of this fundamental right, in other words, intends to observe what the reflections of these decisions in the public administration, which is responsible for the implementation of a set of governmental actions in the area of health. As this is an area of extensive performance, the work in question shall examine the health demands filed in the trial court, in Fortaleza District Court, against the Municipality of this city, during the year of 2018. In addition to the empirical research, case law and literature search were made. Therefore, through empirical analysis of sober and bibliographical research processes, it has been found that the legal action has not been coated in the creation of public policies in health. On the contrary, there has been a displacement of health resources to ensure enforcement of judicial decisions that affect public policies focused on basic health attention.
Keywords: Judicialization. Health right.

Judicialização e a efetivação do direito à saúde no município de Fortaleza

Introdução

O direito fundamental à saúde nasceu com a CF/88, a qual determinou que a saúde é um direito de todos e cabe ao Estado assegurá-la, de forma universal e integral, por intermédio do Sistema Único de Saúde - SUS. Trata-se de um grande avanço, sem precedentes, em termos constitucionais, pois anteriormente não havia um sistema de proteção e de promoção da saúde pública e sim, de medidas verticalizadas e centralizadas no Governo Federal para a saúde. Muitas destas se resumiam ao controle

de epidemias e de saneamento, este último, principalmente, nas cidades portuárias[1].

Anteriormente à normatização imposta pela CF/88, o direito à saúde não possuía um comando constitucional expresso, apenas algumas disposições esparsas. Tratar o direito à saúde como um direito fundamental e voltar-se para sua sistematização, somente foi possível a partir desta[2]. Essa tomada de consciência da importância de conferir *status* constitucional a muitos direitos sociais, embora tenha se consolidado em 1988, no âmbito do Brasil, já estava consolidada em muitas constituições no plano internacional.

Historicamente, o primeiro país a albergar em seu texto constitucional os direitos sociais, econômicos e culturais, foi o México que, em 1917, ao dispor acerca da organização da atividade econômica, inseriu uma série de direitos sociais. Como informa Tavares (2017, p. 713), é esta a primeira constituição a prever expressamente direitos sociais em favor das classes mais desprotegidas. Anteriormente, tínhamos um constitucionalismo sem preocupação com assuntos socioeconômicos, de matriz político liberal, em que a pauta de reivindicações era a proteção à propriedade privada, à liberdade e a igualdade, esta última apenas formal[3].

Outro país a também introduzir direitos sociais no texto constitucional foi a Alemanha, que, por intermédio da Constituição de Weimar, a qual criou a Primeira República alemã em 1919, introduziu direitos sociais. Tal Constituição, segundo Auad

---

[1] Digno de registro que as primeiras medidas de saúde começaram a ser executadas ainda no período colonial, com o advento da família real para o Brasil, nos idos de 1808. Deste período pode-se exemplificar como medida de saúde: a criação das primeiras escolas de medicina no Rio de Janeiro e em Salvador, respectivamente, em 1813 e 1815. Durante o período republicano outras medidas de promoção da saúde pelo Estado também foram realizadas. A propósito cabe destacarmos o estudo feito pela pesquisadora Tatiana Wargas de Faria Baptista acerca da história das políticas públicas em saúde no Brasil, publicado pela Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ, no ano de 2007, em parceria com outros pesquisadores, sob o título Políticas de saúde: a organização do Sistema Único de Saúde, organizado por Gustavo Corrêa Matta e Ana Lúcia de Moura Pontes.

[2] Como informa Sarlet e Figueiredo (2008, p. 126), antes de 1988, o direito à saúde contava com algumas disposições esparsas nos textos constitucionais anteriores a 1988, dentre os quais pode-se citar: a garantia dos socorros públicos (art. 179, XXXI da Constituição Federal de 1824) e a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência (art. 113, caput da Constituição Federal de 1824). Indiretamente, no que concerne a competência entre os entes federados, que assim englobavam a saúde, podemos elencar: art. 5º, XIX, "c", e art. 10, II da Constituição Federal de 1934; art. 16, XXVII e art. 18, "c" e "e", da Constituição Federal de 1937; art. 5º, XV, "b" e art. 6º, da Constituição Federal de 1946; art. 8º, XIV e XVII, "c", e art. 8º, § 2º da Constituição Federal de 1967. Percebe-se que tratar o direito à saúde como um direito social e fundamental apenas pós 1988.

[3] De acordo ainda com Tavares (2017, p 708), não havia uma preocupação com a proteção de direitos que não apenas os individuais como os direitos sociais. Isto desencadeou a necessidade de que estes direitos, ditos sociais, também fossem albergados no texto constitucional, sob pena de perpetuação da invisibilidade do coletivo. A primeira Constituição a tratar dos direitos sociais foi a do México que rompeu com a lógico do individualismo exacerbado, de preocupação com o social, com a coletividade e seus interesses.

(2008, p. 338), possuía um núcleo voltado para a estrutura administrativa do Estado e um outro que dispunha sobre os direitos e obrigações do povo alemão, entre os quais, saúde, educação, proteção à infância e à maternidade e proteção do trabalho. Este segundo núcleo da Constituição de Weimar albergava a tutela dos direitos sociais.

Bastou, no entanto, em conformidade com Sarlet (2002, p. 335), que fossem contemplados no texto constitucional os direitos sociais, tais como saúde, educação, assistência social, previdência social, enfim, todos os direitos fundamentais que necessitem de atuação estatal positiva, inclusive com aporte de recursos materiais, para que se questionasse acerca da sua fundamentalidade. Diferentemente, do que se observa quando se analisa os direitos individuais, em que mecanismos processuais e de garantias são verificados[4].

No caso do Brasil, não havia preocupação com a proteção aos direitos sociais. Consoante já exposto, as disposições constitucionais que passaram a prever direitos sociais estiveram presentes de forma esparsa e não havia uma sistematização. Ora, o direito à saúde, por estar elencado entre os direitos sociais, não possuía esta proteção constitucional ampla que compreendesse suas múltiplas necessidades.

Quanto aos aspectos que dizem respeito ao direito fundamental à saúde, estes estão previstos no texto constitucional, tanto sob seu aspecto formal, quanto material. O direito fundamental à saúde, formalmente previsto na Constituição Federal, refere-se à sua positivação, que se desdobra em três elementos:

- como parte integrante da Constituição escrita, sendo que os direitos fundamentais se encontram no ápice;

- na condição de normas fundamentais insertas na Constituição escrita, encontrando-se submetidas a condições especiais para sua alteração, tanto materiais (cláusulas pétreas), quanto formais (procedimento agravado), da reforma constitucional;

- de acordo com o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, trata do caráter vinculante e diretamente aplicável das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Ou seja, neste último caso, não há que se esperar pela concretização do direito fundamental pelo legislador infraconstitucional. Já o direito fundamental à saúde, sob

[4] Aponte-se o *habeas corpus* (inciso LXVIII) e a proteção à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, previstos no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

seu ponto de vista material, diz respeito à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional.

Destaque-se que, de acordo com o art. 196 da CF/88, o direito à saúde, além de ser um direito do cidadão, é dever do Estado a sua promoção, razão pela qual se está diante de um direito e de um dever fundamental. Nessa perspectiva, Sarlet e Figueiredo (2008, p. 130-131), informam que os deveres fundamentais relacionados ao direito à saúde podem impor obrigações de cunho originárias, como as políticas de implementação do SUS, ou impor obrigações derivadas, que dependem da legislação infraconstitucional reguladora da matéria. Além do que a dimensão do direito fundamental à saúde, prevista no art. 196, alberga além da prevenção, a promoção e recuperação da saúde.

Quanto aos titulares do direito fundamental à saúde previstos constitucionalmente, tem-se que, dado o seu caráter universal, é reconhecido a todos o direito à fruição das políticas públicas de saúde, independentemente de estar ou não vinculada a critérios de renda ou de nacionalidade, estendendo-se a todos, brasileiros ou estrangeiros. Portanto, à evidencia de ainda ser um direito de caráter universal e que englobe todas as formas de promoção da saúde, quer preventivas ou curativas. Constitui, portanto, um bem essencial à pessoa humana, daí porque o seu caráter universal e voltado para a promoção de todas as formas de saúde.

No trabalho em apreço passa a analisar em que medidas as decisões judiciais proferidas pela Justiça Estadual do Ceará de primeira instância têm impactado, positiva ou negativamente, nas políticas públicas de saúde do Município de Fortaleza. Os dados empíricos colhidos levaram em consideração os processos judiciais aforados no decorrer do ano de 2018 pela Defensoria Pública do Estado do Ceará[5]. Registre-se ainda que a justificativa para a análise dos dados da Município de Fortaleza é que com a descentralização administrativa das ações de saúde uma das principais formas de atuação da saúde pública é na atenção básica à saúde, que é de responsabilidade da municipalidade.

[5] A justificativa apresentada para se analisar apenas os feitos judiciais ajuizados pela Defensoria Pública do Ceará e que esta possui um núcleo descentralizado que atua exclusivamente em demandas de saúde pública em face dos entes públicos, trata-se do Núcleo de Defesa da Saúde – NUDESA. Em ofício encaminhado ao núcleo verificou-se que no último ano foram interpostas 2.588 (duas mil, quinhentas e oitenta e oito) demandas de saúde. Deste total, 821 (oitocentas e vinte e uma) foram ajuizadas em face do Município de Fortaleza.

1 A judicialização do direito à saúde

Nas disposições constitucionais, o direito à saúde é exposto não apenas como direito dos cidadãos, mas, outrossim, como um dever do Estado, que deve ser assegurado mediante efetivas políticas públicas[6]. Nesta seção, passa-se a analisar as implicações das decisões judiciais em matéria de saúde pública.

Dessa forma, a implementação das políticas públicas, embora seja atribuição do Poder Executivo, inserida nos limites fixados pelo legislador, não pode permanecer ao alvedrio da Administração Pública sem que lhe sejam fixados parâmetros para efetivação dos ditames constitucionais. Não se está preterindo o entendimento de que as escolhas administrativas cabem ao Poder Executivo, mas que estas, desde que devidamente fundamentadas, devem ser respeitadas, não cabendo aos demais poderes usurpar as funções típicas de cada um dos outros poderes.

De acordo com Freitas (2004, p. 34), a função típica do Poder Executivo é a efetivação das políticas públicas, por meio da atuação administrativa que respeita sempre o princípio do interesse público, caracterizando-se este pela subordinação das ações administrativas à dignidade humana e ao respeito aos direitos fundamentais. Ocorre que o interesse público não deve ser confundido com o interesse do agente público, tampouco deve ser um interesse absoluto. Daí a razão pela qual a atuação dos demais poderes constituídos devem ser harmônicos e independentes. Isto não significa que as escolhas administrativas, não possam ser questionadas perante os demais poderes quando implicarem em atuação ineficiente ou inexistente, mormente no caso do direito fundamental à saúde.

Enfatize-se que o papel desempenhado pelo Poder Judiciário passa a ser relevantíssimo, pois, com o advento do constitucionalismo moderno, a antiga concepção do Judiciário, circunscrito apenas às questões entre particulares, não vigora mais. A jurisdição constitucional e a sua importância para a efetivação dos direitos sociais está atrelada à análise do papel desempenhado pelos tribunais, quanto ao tipo de postura que o tribunal vai adotar.

---

[6] Em conformidade com o que afirma Lopes (1998, p. 130), a importância da política pública é verificada à medida que os direitos, para terem eficácia, necessitam de uma ação concreta do Estado, e não apenas da possibilidade de agir em juízo. Para tanto, a prestação dos serviços públicos para efetivação do direito à saúde depende da existência de meios concretos: hospitais, postos de saúde, centro de reabilitação, *et coetera*. Assim, as políticas públicas englobam um complexo de decisões, normas e meios para sua efetiva promoção.

Assim, verifica-se que, no passado, conforme Santos *et al* (1995, p. 2), a atuação dos tribunais marcava-se por uma postura conservadora, sem assimilação das transformações sociais, culturais e econômicas. Em outras ocasiões, a atuação dos tribunais tem se mostrado garantidora dos direitos fundamentais por concretizá-los, mesmo quando inexistentes as políticas públicas que venham a implementá-los, tendo em vista que é frequente a omissão do Legislativo ou do Executivo.

A respeito do papel político desempenhado pelo STF, Cittadino (2000, p. 62-63) destaca que embora não tenha se convertido em uma Corte Constitucional, foi-lhe conferida a atribuição de guarda da Constituição, conforme previsto no *caput* do art. 102[7]. Assim, a função de guardião da Constituição imprimida pelo atual texto constitucional remete ao caráter político que se assume.

Em conformidade com o que preleciona Vianna *et al.* (2014, p. 47), o controle de constitucionalidade exercido a partir das ações diretas de inconstitucionalidade, das ações declaratórias de constitucionalidade, das ações de arguições de preceitos fundamentais e por meio do recurso extraordinário faz com que se tenha instrumentos de significativa importância tanto para a defesa dos direitos da cidadania, quanto para a racionalização da Administração Pública.

Desta forma, verifica-se a relevância que o Poder Judiciário passou a ter dentro das democracias modernas e, como consequência, as principais questões políticas, sociais e econômicas passam pelo controle do Poder Judiciário. A atividade jurisdicional, de acordo com o que ensina Citaddino (2000, p. 65), não pode ficar adstrita à legalidade positivista e abstrata, destituída de dimensão política, pois a função de declarar o sentido e o alcance das normas jurídicas, especialmente das normas constitucionais, possui uma clara conotação política. A judicialização é uma decorrência desse novo modelo de justiça, em que o Poder Judiciário, devidamente provocado, deve se manifestar. Sem embargo, a forma como se dará essa manifestação é que tem sido objeto de controvérsias.

Por certo, a atuação judicial de forma a conferir efetividade aos comandos constitucionais, tem desencadeado questionamentos acerca da legitimidade de tais decisões, mormente se forem analisadas as práticas para efetivação dos direitos fundamentais que, a princípio, são de atribuição do Poder Executivo, nos limites

[7] O *caput* do art. 102 da Constituição Federal tem a seguinte redação: compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição.

impostos pelo Poder Legislativo. No entanto, não se deve olvidar que a efetivação dos direitos fundamentais de caráter prestacionais deve ser objeto de análise do Poder Judiciário, quando este se deparar com a ausência de concretização destes direitos. Trata-se, portanto, de um uso legítimo da atuação judicial.

Impende gizar que a atuação paradigmática do STF em matéria de saúde pública aconteceu a partir do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, que teve Celso de Mello como Ministro Relator. Naquela oportunidade, o STF assentou o entendimento de que o fornecimento gratuito de medicamentos era um dever constitucional do poder público e que o direito à saúde era indissociável do direito à vida. Assim, a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente[8]. Esse julgamento tinha como objeto de análise a distribuição gratuita de medicamentos retrovirais pelo Poder Público. Esse entendimento foi reiteradamente aplicado pelo STF, não mais se restringindo aos medicamentos para portadores de HIV, e sim para vários procedimentos em saúde, que agora contavam com uma atuação do Judiciário para sua efetivação.

De início, conforme Wang (2013, p. 357), o tema da saúde era objeto de tutela perante o STF, mas não se analisavam questões atinentes aos custos destes direitos e orçamentos, pois estas questões eram secundárias e não poderiam obstar o direito à saúde. Posteriormente, o entendimento do acesso à saúde de forma irrestrita, desvinculado das questões de custos, passou por modificações na corte.

Com efeito, a partir de 2007, observou-se que várias decisões desta corte passaram a reconhecer o direito à saúde, contudo, sem se furtarem à análise das condições orçamentárias existentes para efetivação da saúde. Ademais, passou-se a analisar o direito à saúde conjugado a outros fatores como, *verbi gratia*, a disponibilização ou não de determinado medicamento pelo sistema público de saúde[9].

---

[8] Segundo WANG (2013, p. 353), os julgamentos efetuados pelo STF em matéria de saúde, até o ano de 2007, entendiam que o direito à saúde não poderia sofrer contingências financeiras, tratava-se de um direito fundamental e que era incumbência do poder público sua efetivação. A propósito, outros julgados do STF, em matéria de saúde, adotaram o mesmo entendimento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, *verbi gratia*, o RE 198.265 e o RE 232.335.

[9] Deve-se enfatizar que, anteriormente, não havia restrições para o deferimento por parte do STF em se tratando de medicamentos não disponibilizados pelo SUS, contudo, a primeira decisão negando um medicamento não fornecido pelo sistema público foi dada na Suspensão de Tutela Antecipada nº 91 do Estado de Alagoas, julgado pela Ministra Ellen Gracie. De acordo com WANG (2013, p. 357), nesse julgamento, o STF entendeu que o Estado não estava obrigado ao fornecimento de medicamentos não disponibilizados pelos SUS.

À guisa de explicação, constata-se que a atuação do STF, em matéria de saúde, de início, foi no sentido de conferir máxima efetividade à saúde pública, sem levar em consideração as consequências financeiras, como custo dos medicamentos, e as condições materiais, como a oferta destes medicamentos pela rede pública. Posteriormente, algumas decisões passaram a tratar dos custos que as decisões em saúde podem acarretar.

Consoante Maas e Leal (2018, p. 51), a primeira tentativa de sistematização dos requisitos que deveriam ser observados em se tratando de judicialização da saúde foi encampada pelo Ministro Gilmar Mendes, que, analisando os medicamentos de alto custo fornecidos pelo sistema público, através do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175[10] do Estado do Ceará e do Agravo Regimental em Suspensão de Liminar nº 47 do Estado de Pernambuco, fixou critérios que deveriam ser observados pelos demais tribunais nos julgamentos que envolvessem direito à saúde.

Por fim, impende gizar que em recente julgamento proferido pelo STF[11], em relação aos custeio de medicamentos de alto custo pelo Estado, sedimentou-se o entendimento, com repercussão geral, no caso, Tema 500, de que os medicamentos de alto custo podem ser fornecidos pela Administração Pública, desde que observados os seguintes requisitos: não se trate de medicamento experimental; que exista registro na ANVISA do medicamento, sendo excepcionalmente admitido o deferimento de medicamentos sem registro sanitário; as ações que demandem medicamentos sem registro na ANVISA devem ser ajuizadas em face da União.

À guisa de conclusão, verifica-se que o STF desempenha um relevante papel não apenas no que se refere a invalidar leis e atos normativos dos Poderes Executivo e Legislativo, mas é também representativo das demandas sociais que não são satisfeitas pelo Estado. Assim, diante de omissão verificada, é legítima a atuação do Poder Judiciário como forma de compelir o Poder Público à prestação do direito violado.

[10] Lapidar o entendimento do Ministro Gilmar Mendes acerca da necessidade de análise dos direitos sociais sob todos os aspectos "de toda forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos. " (STA AgR nº 175).

[11] Trata-se do Recurso Extraordinário nº 657.718/MG, que teve como relator o Ministro Marco Aurélio.

2 A judicialização da saúde e sua repercussão no município de Fortaleza

Em recente pesquisa apresentada pelo CNJ[12] verificou-se que, durante os anos de 2008 a 2017, na justiça estadual de primeira instância, foram ajuizados 498.715 (quatrocentos e noventa e oito mil, setecentos e quinze), que tratavam de saúde. Merece relevo que os dados apresentados na citada pesquisa, no que tange à quantidade de processos ajuizados em matéria de saúde, durante os anos de 2008 a 2017, tiveram um aumento de 130% (cento e trinta por cento) nas demandas que tramitaram perante os juízos singulares. Comparativamente, em relação aos processos de segunda instância, houve um aumento de 85% (oitenta e cinco por cento).

Ou seja, a pesquisa aponta que a judicialização do acesso à saúde pública tem sido um dos principais problemas levado pela população ao judiciário. Mostra ainda que, por mais avanços que se tenham verificados dentro do sistema público de saúde, como a distribuição de medicamentos para paciente com HIV e distribuição de vacinas, as políticas públicas devem ser ampliadas para maior acesso da população.

Entre as diretrizes do atual sistema público de saúde, encontra-se a descentralização administrativa, com direção única em cada uma das esferas de governo (inciso I, do art. 198, da Constituição Federal). A garantia constitucional de um sistema público de saúde, de maneira descentralizada, somente ocorreu com a edição das Leis nº 8.080 e 8.142, ambas de 1990. Estas leis, além de estabelecerem as normas gerais para o funcionamento da saúde, determinaram as transferências de recursos financeiros para que os serviços públicos de saúde fossem implementados a nível municipal. Daí a razão pela qual a municipalização dos serviços públicos de saúde é importante.

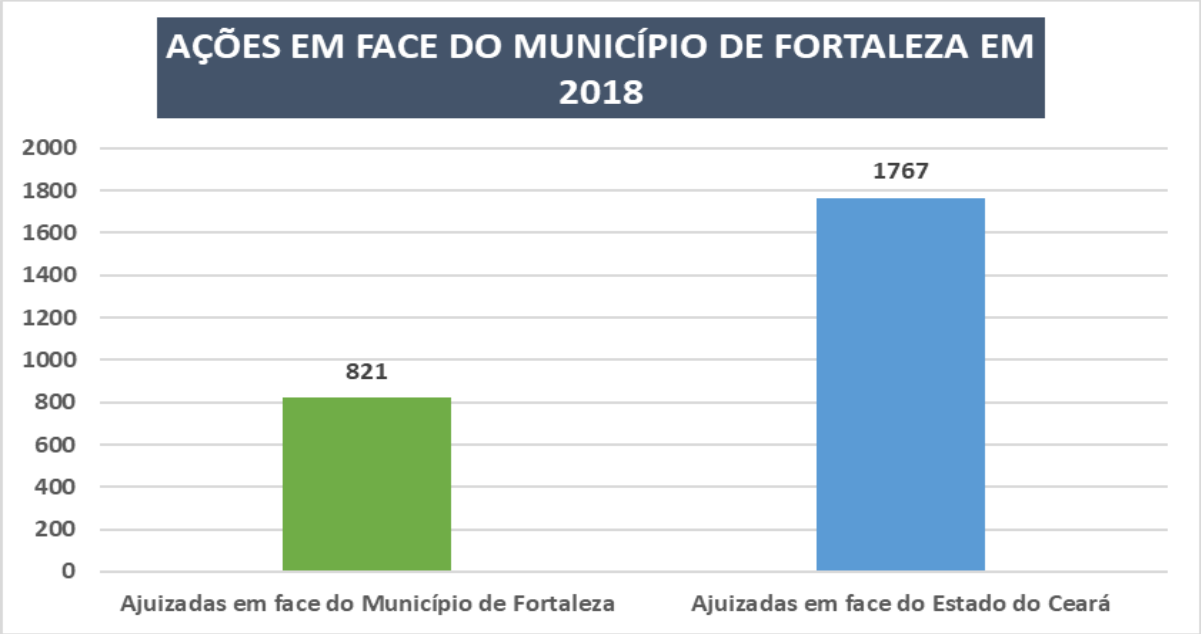
Levando em consideração, portanto, a descentralização das políticas de saúde, através da atenção básica à saúde, que é de competência dos municípios, é que se analisa, neste trabalho, as decisões judiciais em saúde pública que importem em obrigações de fazer para o Município de Fortaleza. Concernente ao levantamento de dados neste trabalho, durante o ano de 2018, foram ajuizados 2.588 (dois mil quinhentos e oitenta e oito) processos (Gráfico 01), referentes à saúde pública na justiça estadual de primeiro grau do Ceará. Desse total, 1.767 (hum mil setecentos e

[12] O último relatório do Conselho Nacional de Justiça foi publicado em maio de 2019. Disponível em <https://static.poder360.com.br/2019/03/relatorio-judicializacao-saude-Insper-CNJ.pdf. Acesso em: 30 maio de 2019.

sessenta e sete) processos foram em face do Estado do Ceará e 821 (oitocentos e vinte e um) em face do Município de Fortaleza. Ou seja, cerca de 68,27% dos processos tiveram como litigante passivo o Estado do Ceará e 31,73% o Município de Fortaleza.

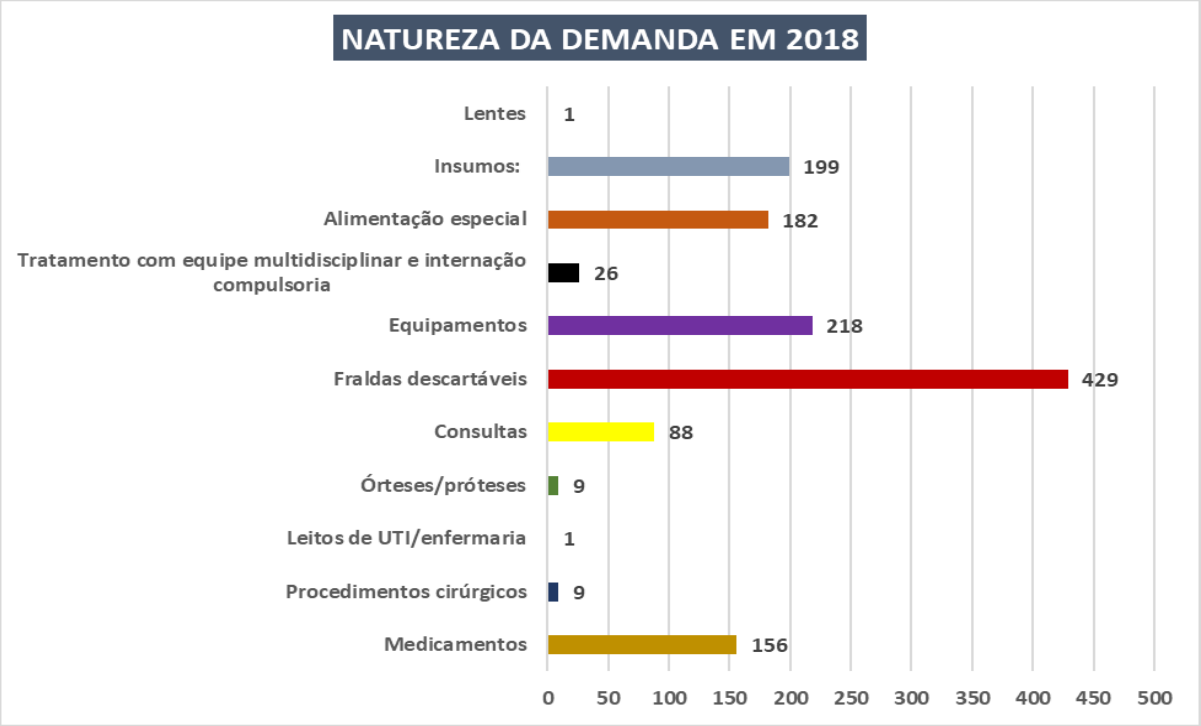
Com relação à natureza das demandas (Gráfico 02), os pedidos apresentaram-se diversificados: pedido de lentes, insumos, alimentação especial, tratamento com equipe multidisciplinar, internação compulsória, equipamentos, fraldas descartáveis, consultas médicas, órtese e prótese, procedimentos cirúrgicos, leitos, UTI e medicamentos. Os cinco maiores pedidos foram de fraldas, insumos, alimentação especial, equipamentos e medicamentos.

Gráfico 1 – Total de demandas em face do Município de Fortaleza em 2018



Fonte: Pesquisa de campo (2019).

Gráfico 2 – Natureza das demandas em 2018



Fonte: Pesquisa de campo (2019).

No caso do Município de Fortaleza, as principais demandas judicializadas dizem respeito a oferta de itens como fraldas descartáveis, equipamentos e insumos. O que se tem verificado é que não existe política pública de distribuição de fraldas descartáveis e equipamentos pela Secretaria de Saúde de Fortaleza, pois não fazem parte de relação de itens ofertados pelo Sistema Único de saúde – SUS. Observa-se, portanto, que um dos efeitos da judicialização através das demandas individuais, é que comprometem o planejamento e a gestão dos problemas efetivos de saúde em sua dimensão coletiva, acarretando a desorganização dos serviços (CHIEFFE; BARATA, 2010, p. 422).

Desta forma, o crescimento das demandas judiciais para fornecimento de prestações de saúde tem interferido na continuidade das políticas públicas de saúde, comprometendo o uso racional dos recursos públicos. Não se refletem, portanto, no desenvolvimento de políticas públicas de saúde efetivas.

Conclusão

O atual modelo de saúde pública, mais do que um direito garantido mediantes

políticas públicas, deve ser entendido como um direito fundamental inserido nos objetivos e nas proposições da República Federativa do Brasil, que tem como norma máxima a CF/88.

Com efeito, a saúde pública passou a ser entendida com um direito fundamental, de acesso universal, gratuito e assegurado a todos. Sua atuação não ocorre apenas de forma preventiva, mas está presente em todas as fases. Em verdade, o atual modelo de saúde pública deve ser entendido como uma das principais garantias do atual Estado Democrático de Direito e, neste ponto, funciona como provedor de um Estado Social, à medida que permite um acesso de forma gratuita e universal, tanto na prevenção como nas diversas fases curativas. Quando distribuído de forma descentralizada, fornece à atenção básica um papel relevante para o sucesso do sistema público de saúde.

A atuação estatal, em regra, ocorre por meio de prestações positivas, por meio das políticas públicas desenvolvidas pela Administração Pública. Contudo, quando esta atuação se mostra deficitária tem-se recorrido ao Poder Judiciário, como forma de assegurar que as prestações de saúde, previstas constitucionalmente, sejam asseguradas.

A questão da judicialização da saúde, muito mais do que possibilitar o acesso ou não às prestações de saúde, também engloba um outro aspecto que se encontra em pauta: sobre o fato de judicialização da saúde ser benéfica ou desfavorável ao desenvolvimento das políticas públicas.

Destarte, avolumaram-se as ações de saúde e as determinações judiciais para que os entes públicos passassem a fornecer variados procedimentos. Por conseguinte, cresceu o debate acerca da judicialização da saúde e da intervenção nas políticas públicas de saúde, já que os recursos destinados para esse fim, além de finitos, encontravam-se destinados somente para a cobertura de determinadas políticas públicas previamente aprovadas.

À guisa de conclusão, nos casos de pedidos de fraldas descartáveis, equipamentos de suporte, como camas, colchões, cadeiras de rodas, por não serem diretamente itens de saúde, o fato vem impactando negativamente nos valores públicos de saúde, pois não são itens da atenção básica, em que pese o poder público municipal, reiteradamente, ter sido compelido a fornecê-los. Assim, neste último caso, descobrem-se verbas da saúde para a compra destes itens.

Referências

Auad, Denise. "*Os direitos sociais na Constituição de Weimar como paradigma do modelo de proteção social da atual Constituição Federal Brasileira*", en Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 103, 2008, São Paulo, Universidade de São Paulo, pp. 337-355.

Wargas de Faria Batista, Tatiana. *"Políticas públicas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde*", en Corrêa Matta, Gustavo; Moura Pontes, Ana Lúcia (Coord.): *Políticas de saúde: organização e operacionalidade do Sistema Único de Saúde*. Rio de Janeiro, EPSJV/Fiocruz, 2007.

Chieffe, Ana Luíza; Barradas Barata, Rita de Cássia. *"Ações judiciais: estratégias da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos",* en: Revista Saúde Pública, v. 44, 2010, São Paulo, Universidade de São Paulo, pp. 421-429.

Cittadino, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

Freitas, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

Lima Lopes, José Reinaldo. *"Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de direito",* en Faria, José Eduardo (Coord.): *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo, Malheiros, 1998.

Maas, Rosana Helena; Hennig Leal, Mônia Clarissa. *"A decisão da saúde pelo Supremo Tribunal Federal: uma análise dos parâmetros para a judicialização da saúde*", en Revista de Direito Univille, v. 15, n. 82, 2018, Porto Alegre, Universidade da Região de Joinville, pp. 50-70.

Sousa Santos, Boaventura de Sousa; Leitão Marques, Maria Manuel; Pedroso, João. "*Os tribunais nas sociedades contemporâneas",* en Centro de Estudos Sociais, n. 65, 1995, Coimbra, Universidade de Coimbra, pp 01-64.

Wolfgang Sarlet, Ingo. *"Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição",* en Direito e democracia, v. 3, n. 1, 2002, Canoas, Universidade Luterana do Brasil, pp. 333-354.

Wolfgang Sarlet, Ingo; Filchtiner Figueiredo, Mariana. "*Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988",* en Revista de Direito do Consumidor, n. 67, 2008, Instituto Brasileiro de Política do Consumidor, pp. 125-172.

Ramos Tavares, André. *"Influência de 1917 na doutrina e nas Constituições econômicas brasileiras",* en Fix Zamudio, Héctor; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.): *Influencia extranjera y trascendencia internacional*. Ciudad de México, Universidade Nacional Autônoma de México, 2017.

Werneck Vianna, Luiz; Rezende de Carvalho, Maria Alice; Palacios Cunha Melo, Manuel; Baumann Burgos, Marcelo. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

Wei Liang Wang, Daniel. *"Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF". e*n Wolfgang Sarlet, Ingo; Benetti Timm, Luciano (Coord.): *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.

23. A EXEQUIBILIDADE DA UNIVERSALIDADE DA SAÚDE DOS REFUGIADOS: ANÁLISE DO CASO DOS IMIGRANTES VENEZUELANOS FRENTE AO DECRETO 25.681/2018 DE RORAIMA

THE FEASIBILITY OF THE REFUGEE HEALTH UNIVERSALITY: ANALYSIS OF THE CASE OF THE VENEZUELAN IMMIGRANTS IN FRONT OF DECREE 25.681/2018 OF RORAIMA

https://doi.org/10.36592/9786587424187-23

Thaís Araújo Dias[1]
Gina Vidal Marcílio Pompeu[2]

Resumo

Analisa-se o Decreto 25.68, de 1º de agosto de 2018 do Governo Estadual de Roraima no que concerne à restrição do acesso à saúde dos imigrantes sobretudo a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro e a efetivação dos direitos fundamentais. Diante dessa premissa, surge o conflito entre o princípio da Universalidade do Sistema Único de Saúde, sob o prisma da saúde como direito fundamental e o referido ato normativo. Com base nesse contexto, o estudo teórico apresenta como objetivo a análise hermenêutica da universalidade do direito subjetivo à saúde para observar sua exequibilidade quando requerida por imigrantes, refugiados venezuelanos. A relevância deste estudo consiste na análise do acirramento entre as leis que propõem prestações de serviços, a necessária destinação orçamentária, e a insuficiência da boa prestação para brasileiros e venezuelanos. A metodologia envolve pesquisa com orientação epistemológica da pesquisa qualitativa, do tipo analítico-crítico, congrega teoria e práxis e articula o âmbito normativo e principiológico do Direito a partir de fontes bibliográficas e documentais. Analisam-se os dados

[1] Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Público e Teoria Política da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Integrante do Grupo de Pesquisa Relações Econômicas, Políticas, Jurídicas e Ambientais na América Latina – REPJAAL. E-mail: thais_araujo_dias@hotmail.com.
[2] Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); Professora Titular de Direito Constitucional da UNIFOR e Coordenadora e Professora do Programa de Pós-Graduação de Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). É coordenadora do grupo de pesquisas REPJAAL, Relações econômicas, Políticas, Jurídicas e Ambientais da América Latina. E-mail: ginapompeu@unifor.br

disponibilizados pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), bem como a legislação destinada aos refugiados e aos imigrantes e os os princípios estabelecidos na Constituição Federal e na Lei Orgânica de Saúde. Tem-se como resultados que a análise hermenêutica da universalidade constitucional coaduna com os documentos internacionais de proteção aos refugiados, e a legislação local quando se tem como valor máximo a dignidade da pessoa humana. Por fim, compreende-se que o Decreto 25.681/2018 de Roraima, no dispositivo de limitação ao acesso à saúde, possui vícios de legalidade e de constitucionalidade.
Palavras-chave: Direito à saúde; Universalidade; Hermenêutica; Refugiados; Imigração.

Abstract

The Decree 25.681 of August 1, 2018 of the State Government of Roraima is analyzed regarding the restriction of access to health of immigrants, especially its compatibility with the Brazilian legal system. Given this premise, the conflict arises between the principle of universality of the Unified Health System under the prism of health as a right and the referred normative act. Based on this context, this theoretical study presents as objective hermeneutics analysis of the universality of the subjective right to health to observe the feasibility of this front to immigrants, especially to Venezuelan refugees. The relevance of this study is based on the mass departure of Venezuelans, since 2015, more than 85.000 of them sought refuge or residence in Brazil. The methodology involves research with epistemological orientation of qualitative, analytical-critical research, brings together theory and praxis and articulates the normative and principled scope of law from bibliographic and documentary sources. The data provided by the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), as well as the legislation for refugees and immigrants and the principles set out in the Federal Constitution and the Organic Health Law are analyzed. Hermeneutic analysis of constitutional universality in line with international refugee protection documents, and local legislation when the dignity of the human person is valued at its highest. Finally, it is understood that Roraima Decree 25.681/2018, in the device limiting access to health, has legal and constitutional defects.
Keywords: Right to health; Universality; Hermeneutics; Refugees; Immigration.

1 Introdução

A saúde no Brasil é considerada como direito universal, previsto na Constituição de 1988 e por meio Lei Orgânica da Saúde, Lei 8.080/90. As normas asseguram a todas as pessoas que estiverem em solo nacional o acesso à promoção, proteção e recuperação da saúde e prevenção de doenças, por meio do Sistema Único de Saúde – SUS.

Diante da relevância e da complexidade do direito à saúde, o legislador brasileiro delegou ao Estado, através do SUS, a competência de ser o provedor das condições essenciais para a proposição e execução das políticas, ações e serviços de saúde em estrito respeito às individualidades, a complexidade sanitária dos territórios, e ao cenário histórico de desigualdades sociais e econômicas do País. De maneira complementar, a legislação infraconstitucional que regulamentou o SUS determinou que os serviços de saúde sejam orientados pela universalidade de acesso e pela igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie. Cumpre, no entanto, salientar que o acesso ao SUS é dependente de dimensões econômica, política e social.

Diante do caráter universal do direito à saúde, o presente estudo propõe análise do Decreto 25.681 de 1º de agosto de 2018 do Governo de Roraima, que foi objeto de Ação Cível Ordinária (ACO) 3.121. Naquela ocasião, a ministra do Supremo Tribunal Federal Rosa Weber deferiu a liminar de suspensão do referido ato normativo, todavia, o teor da decisão da relatora na análise preliminar possuiu como objeto central a negativa do pedido de fechamento da fronteira Brasil-Venezuela localizada em Roraima. Ademais, não adentrou no mérito quanto à ilegalidade, inconstitucionalidade ou violação de tratados internacionais, ou restrição ao direito fundamental à saúde[3].

Pelo exposto, enseja-se agregar as perspectivas normativa, principiológica e constitucional por intermédio da análise hermenêutica da universalidade da saúde com o objetivo de aferir, ou não, juízo de legalidade e constitucionalidade ao Decreto que restringiu o acesso à saúde por parte dos imigrantes.

---

[3] "Sem adentrar no mérito quanto à ilegalidade, inconstitucionalidade ou mesmo violação de tratados internacionais, cuida-se, de forma evidente, da fixação de medidas alternativas restritivas a estrangeiros, especialmente venezuelanos, voltadas à tentativa de diminuição do fluxo migratório".
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Ordinária nº 3.1210/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Rosa Weber. ***Pesquisa de Jurisprudência***, 08 agosto 2018. Disponível em: <http://www.stf. jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ACO3121decreto.pdf >. Acesso em: 10 ago. 2019.

Apresenta-se como hipótese que a análise hermenêutica do princípio da universalidade coaduna com os documentos internacionais de proteção aos refugiados e a legislação local específica, quando se tem como valor máximo a dignidade da pessoa humana.

2 Universalidade do direito à saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana: da hermenêutica à normatividade

A universalidade da saúde como direito constitucional tem se configurado desafio de ordem hermenêutica e normativa. Compreende-se hermenêutica não somente um método ou técnica de interpretação/compreensão. Para Gadamer[4], a hermenêutica representada um valor existencial frente a todas as facetas do humano. Intenta aclarar o sentido das palavras, textos ou ajuizar uma intenção.

Desta feita, analisa-se o princípio da universalidade de modo a escapar de um entendimento raso. Trata-se de um ideário do movimento sanitário que se constitui como princípio, dado que é fundamento para a afirmação da saúde como direito de todos e responsabilidade.

Regulamentada na Lei 8.080/90, a atenção à saúde passou a ser indutora do cuidado integral e universal das pessoas, gerida pelas três esferas de governo com financiamento tripartite e competências definidas conforme o nível de atenção à saúde. Portanto, cabe ao Estado projetar mecanismos com vistas a garantia do acesso aos bens e serviços, de modo ilimitado e sem impedimentos[5]

O princípio da universalidade de acesso a integralidade da saúde, sob o prisma jurídico, ao ser violado fragiliza o mínimo existencial – a garantia da dignidade da pessoa humana como valor a ser assistido[6]. A Declaração Universal dos Direitos Humanos[7] reconhece que: "Todas as pessoas nascem livres e iguais a dignidade e

[4] GADAMER, Hans-Georg *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Enio Paulo Giachini. 9ª ed. Petrópolis: Vozes; 2008.
[5] VIEGAS, Selma Maria da Fonseca; PENNA, Cláudia Maria de Mattos. "O SUS é universal, mas vivemos de cotas." *Ciênc. saúde coletiva* [online]. V.18, n.1, 2013, pp.181-190.
[6] CARNUT, Leonardo; MASSERAN, Jorge Alberto Mamede. "Entre a filosofia jurídica e a saúde coletiva: o conceito de desempenho no decreto n. 7.508/2011 vis-à-vis a integralidade da assistência à luz do pós-positivismo." *Revista de Direito Sanitário*, v. 18, n. 1, 2017, p. 37-56.
[7] DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris*. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2019.

direitos". Este reconhecimento imputa em reconhecer que não pertence à ordem ontológica, mas a do deve, a do valor[8].

Enquanto fundamento de direitos e princípio norteador da ordem jurídica, a dignidade da pessoa humana relaciona-se diretamente com os direitos à vida e à saúde. Configuram-se, pois como direitos fundamentais. Esta defesa orienta-se pela compreensão de direito "fundamentalíssimo" de Ingo Sarlet, em que a ordem jurídica que assegura o direito à vida também protege a saúde[9].

No campo da normatividade, destaca-se a Lei Orgânica da Saúde, norma infraconstitucional reguladora do sistema de saúde. Nela observa-se o princípio da universalidade, o dever do Estado, e as respectivas ações e serviços públicos a serem prestados, em igualdade de assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie. [10]

Os dispositivos mencionados coadunam com a possibilidade de que o princípio da universalidade do acesso à saúde alcança os imigrantes. O *caput* do artigo 2º da Lei Orgânica da Saúde dispõe o direito à saúde como sendo fundamental ao ser humano, sem distinção de nenhuma espécie. Ademais, o inciso IV do artigo 7º do mesmo documento afirma que a assistência à saúde deve ser igualitária, sem preconceitos.

O destaque da temática é ressaltado ao reconhecer que, além do âmbito infraconstitucional, há referência constitucional sobre a pluralidade indeterminada de sujeitos que possuem o direito de ter acesso à saúde. O artigo 196[11] da Constituição Federal assevera tal direito ser pertencente a todos e dever do Estado. Ao abordar o teor constitucional, toma-se como referência Konrad Hesse que advoga sob á égide da relevância da aplicabilidade da força normativa da Constituição[12].

O construto sob a perspectiva deontológica constitucional de Hesse estabelece que esse documento não se configura apenas uma expressão de um ser, mas também

---

[8] ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. "Direitos dos refugiados: uma leitura com fundamento nos princípios constitucionais". *ius gentium*, v. 7, n. 1, 2016, pp. 219-241.

[9] SARLET, Ingo, Wolfgang. "Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988". *Direito e Democracia*. 2002. Salvador. pp. 333-354

[10] BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 8.080/1990, de 19 de setembro de 1990.* Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 10 de abril. 2019.

[11] Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 jun. 2019.

[12] HESSE, Konrand. *A Força Normativa da Constituição***.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

de um dever ser[13]. A vigência de uma ordem jurídica requer a relação harmônica entre a Constituição e a realidade e para a concretização dos seus dispositivos normativos é necessária a compreensão do seu conteúdo. O intérprete deve compreender o conteúdo da norma por meio da ideia expressa no conjunto do ordenamento jurídico. A interpretação constitucional deve alcançar além das regras tradicionais para que a resolução de problemas seja orientada por princípios como fulcros interpretativos[14].

A partir do exposto, é possível retomar a relevância principiológica que a dignidade da pessoa humana tem no âmbito constitucional brasileiro. Ela advém da premissa de que sua observação deve ser aplicada com a finalidade de justiça, de equidade ou outra dimensão moral. A perspectiva abordada por Dworkin[15] chama atenção pela defesa do *status* de normatividade[16]: os princípios predispõem à defesa de direitos. Alexy[17] destaca que princípios devem ser efetivados, dentro das possibilidades existentes, na maior medida possível. Ávila[18] assevera que princípios são normas que estabelecem fundamentos.

A abordagem tecida sobre princípios demonstra a relevância da aplicabilidade no âmbito jurídico e a necessidade de se fazerem presentes nas decisões de atos do executivo. A dificuldade encontrada pelos administradores, com destaque ao governo de Roraima, é oriunda do complexo equilíbrio entre a disponibilização de direitos sociais e os limites orçamentários.

Nesse contexto, cumpre ressaltar o pensamento de Amartya Sem, no que consiste ao intento de propor uma teoria da justiça pragmática, divergente da maioria das teorias éticas e políticas, as quais focam em analisar sociedades perfeitamente justas ou o conceito de justiça ideal. Deste modo, Sen objetiva promover a justiça de forma ampla e aplicável às mais diversas formas de sociedade, pelo método da diminuição das injustiças.

Nesse viés, Sen tece críticas ao "**institucionalismo transcendental**", a qual possui dois aspectos: a formulação do ideal de justiça perfeita, que visa tão somente determinar a natureza do que é justo; e a reiterada tentativa de formular arranjos

---

[13] Ibid.
[14] HESSE, Konrand. *Conceito e peculiaridade da Constituição*. Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.
[15] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério***.** Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
[16] No sentido de que deve ser aplicado, vinculante.
[17] ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales. 2001.
[18] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14ª edição, atualizada. São Paulo: Malheiros editores LTDA, 2013.

sociais perfeitamente justos. Isto de modo que o foco da visão institucionalista transcendental não consiste em comparar o justo e o injusto, tampouco identificar critérios de diferenciação entre "mais justo" ou "menos justo" no caso concreto. Ademais, a teoria não visa a própria aplicabilidade em sociedades existentes ou até mesmo tangíveis, mas, sim, preocupa-se em constatar características que não podem ser mitigadas para que haja a justiça perfeita.

Para o autor, "o institucionalismo transcendental concentra-se, antes de tudo, em acertar as instituições, sem focalizar diretamente as sociedades reais que, em última análise, poderiam surgir"[19]. Amartya Sen reitera o posicionamento de que a teoria institucionalista transcendental foca tão somente em sociedades utópicas.

Neste sentido, o pressuposto central da teoria de Amartya Sen é a promoção da justiça pela constatação e diminuição de injustiças latentes e remediáveis, fazendo uso de uma teoria comparativa de justiça. Assim entende o autor:

> A identificação de injustiças corrigíveis não é só o que nos anima a pensar em justiça e injustiça, ela também é central, como argumento neste livro, para a teoria da justiça. Na investigação aqui apresentada, o diagnóstico de injustiça aparece, com suficiente frequência, como o ponto de partida para uma discussão crítica[20].

Nessa perspectiva, o caso da garantia do acesso à saúde e demais direitos sociais enfrentados diante da crise humanitária venezuelana perpassa pela vertente da Teoria da Justiça calcada no "institucionalismo transcendental", que fundamentou a elaboração da Lei de Migrações brasileira de 2017, até a Teoria da Justiça aplicada no caso concreto, "focada em realizações" inerentes ao acolhimento, inclusão e garantia do acesso aos direitos sociais e ao emprego e à renda.

Já Sarlet convida o leitor a refletir sobre a escassez de recursos e que esta impõe ao Estado obrigações de controle do desperdício, transparência, informação, entre outras[21]. Ademais, o princípio da proibição ao retrocesso assegura oportunidades que possuem como feedback a prevenção ou redução dos impactos gerados pela crise.

---

[19] SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** Tradução: Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes – São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 27.
[20] SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** Tradução: Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes – São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 10.
[21] SARLET, Ingo. Wolfgang. "Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações". *Revista Espaço Jurídico Journal of Law,* Joaçaba, Editora Unoesc, v. 16, n. 2, 2015, pp. 459-488.

Contudo, enseja-se investigar os motivos ensejadores da saída dos venezuelanos e, qual a maneira para incluí-los como sujeitos de direito.

3 Refugiados como sujeitos de direitos

A complexidade que se apresenta diante do SUS é, por um lado, o reconhecimento internacional de um modelo universal ideal de sistema de saúde, por outro lado, apresenta uma demanda social elevada. No contexto da universalidade da assistência à saúde há o advento de inclusão de não segurados e da população mais pobre[22]. Dessa forma, a legislação específica do SUS apresenta substratos para que a universalidade inclua o contingente imigratório. Ademais, os princípios que regem a Constituição brasileira[23] coadunam nessa ótica.

O sistema de saúde brasileiro é destaque por ter como objetivo promover qualidade de vida para aqueles que gozam do referido sistema. Numa ótica internacional, a Declaração Universal de Direitos Humanos[24] expressa, no artigo 25, que toda pessoa possui o direito aos cuidados médicos. Nessa senda, compreende-se que o direito à saúde perpassa as fronteiras e torna-se um direito transnacional.

Afinal, há exequibilidade na universalidade do direito à saúde para os imigrantes, com destaque aos refugiados, ainda que o País esteja vivenciado um momento de aplicação maciça de políticas de austeridades? O presente estudo compreende que sim, pois, os reconhecem como sujeito de direitos.

A intensificação do fluxo migratório no Brasil, em especial dos venezuelanos, justifica a relevância da temática. Dado o agravamento da situação venezuelana no âmbito político, humanitário e econômico, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), lançou nota em 21 de maio de 2019, para auxiliar a definição de políticas governamentais dirigidas aos refugiados[25]. Até 11 de Abril de 2019, mais de 3,7 milhões de venezuelanos haviam se deslocado internacionalmente.

---

[22] PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. "A política social no contexto da seguridade social e do Welfare State: a particularidade da assistência social". *Serviço Social e Sociedade, a. XVIII,* N 55, 1997.
[23] BRASIL, 1988.
[24] DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948.
[25] ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. *Nota de orientação sobre considerações de proteção internacional para os venezuelanos:* Atualização I. Maio de 2019. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2019/05/Atualizac%CC%A7a%CC%830-Guidance-Note.pdf>. Acesso em: 30 de mai. 2019.

O ACNUR [26] declarou que a maioria dessas pessoas necessita de proteção internacional[27].

O alerta do referido documento está sob a égide da classificação dos perfis do contingente populacional da Venezuela em trânsito ou em chegada para novos países. Alicerçado na análise de dados e entrevistas com os venezuelanos que buscam assistência humanitária, o ACNUR compreende que as ameaças de morte e doenças são os principais motivos ensejadores dos deslocamentos [28]. Assim, a Nota de Orientação recomenda que os países que recebam o fluxo migratório venezuelano busquem, sempre que possível, classificá-los como refugiados, para que estes possam receber assistência humanitária.

Retomar as ideias propostas por Imannuel Kant (2008) é necessário nesse contexto, a partir da égide da hospitalidade universal em que todos os homens seriam cidadãos do mundo e que não cabe delimitações territoriais distinguir aqueles que serão sujeitos de direitos ou não. É fato que o pensamento filosófico do autor se apresente sob uma perspectiva utópica, todavia, nada obsta que ela seja utilizada como fulcro para um projeto construído cuidadosamente para o futuro. O fato é que a Constituição Federal bebe na fonte da filosofia criticista kantiana, pois, a base do ordenamento jurídico brasileiro permite inferir que a universalidade do direito à saúde também abrange os imigrantes e, sob uma ótica da Lei 9.474/97, um cuidado especial frente aos direitos dos refugiados.

A Constituição Federal possui cunho social e, por isso, consagra princípios, fundamentos e objetivos sob a égide da intervenção do Estado em prol da concretização dos direitos e garantias aos sujeitos de direitos. Embora não haja, de forma expressa, a proteção aos direitos dos refugiados no texto constitucional, autores realizam análises, sob o prisma da dignidade da pessoa humana, capazes de responder se há dispositivos compatíveis com a problemática do refúgio.

A dignidade da pessoa humana possui *status* de valor supremo da ordem jurídica, que não se restringe ao campo do direito, é princípio de ordem política, social

---

[26] Id. *Maioria das pessoas que foge da Venezuela necessita de proteção internacional para refugiados*. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2019/05/21/maioria-das-pessoas-que-foge-da-venezuela-necessita-de-protecao-internacional-para-refugiados/>. Acesso em: 22 de mai. 2019

[27] PORTAL OPERACIONAL SITUACIONES DE REFUGIADOS Y MIGRANTES. *Refugiados y migrantes de Venezuela*. Disponível em: <https://r4v.info/es/situations/platform>. Acesso em: 01 de mai. 2019.

[28] ACNUR. *Ameaças de morte e doenças são principais motivos para venezuelanos fugirem*. 21 de Maio de 2019. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2019/05/21/ameacas-de-morte-e-doencas-principais-motivos-para-venezuelanos-fugirem/>. Acesso em: 22 de mai. 2019.

e econômica. É um valor supremo, por compreender a base da vida da Nação[29]. Assim, a dignidade é orientação para a tomada de decisões por parte dos gestores, dos legisladores e daqueles que compreendem o judiciário. A valorização da pessoa humana e seus respectivos direitos significam ao Estado subordinação aos princípios e valores correlacionados a estes[30].

O Brasil é signatário de documentos internacionais que tutelam, resguardam e propõem ações de atuação estatal. Consideráveis passagens destes documentos focalizam os direitos humanos, dentre elas, a menção especial ao instituto do refúgio. São estes os documentos: a Convenção de Genebra de 1951, o Protocolo de 1967 e a Convenção de Cartagena.

O reconhecimento do País como signatário de compromissos com os direitos humanos está positivado na atual Constituição: o artigo 4º dispõe sobre quais princípios o Brasil deve ser regido nas relações internacionais. Destaca-se o inciso II: o princípio da prevalência dos direitos humanos. A nova perspectiva brasileira no âmbito internacional permitiu que o País estivesse em discussões sobre direitos humanos e, por conseguinte, também estivesse a par da problemática do refúgio [31].

O artigo 3º que dispõe dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, assevera em seu inciso IV, como objetivo do País, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem e quaisquer outras formas de discriminação[32]. E, em respeito à dignidade, reconhecida como valor supremo por José Afonso da Silva[33], não pode haver excepcionalidade na titularidade de direitos pelo fator da nacionalidade.

Direitos Fundamentais são conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. O caput do artigo 5º dispõe sobre quais são os sujeitos titulares dos direitos e garantias fundamentais. Embora o dispositivo limite a titularidade, é pacífico na jurisprudência[34].

Findado a análise da Constituição e dos seus respectivos dispositivo, objetivos e princípios foi possível observar que, embora indiretamente, há uma proteção

---

[29] SILVA, José, Afonso da. "A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia". *Revista de Direito Administrativo*, v. 212, 1998.
[30] LANDA, César Arroyo. "Dignidad de la persona humana." *Cuestiones constitucionales*, 2002, pp. 109-138.
[31] ANDRADE, José; MARCOLINI, Adriana. A política brasileira de proteção e de reassentamento de refugiados: breves comentários sobre suas principais características. *Revista Brasileira de Política Internacional,* v. 45, n. 1, 2002, pp. 168-176.
[32] BRASIL, 1988.
[33] SILVA. op. cit.
[34] É firme a orientação do STF sobre a utilização de uma intepretação extensiva na leitura do *caput* do referido artigo.

constitucional dos refugiados e dos solicitantes da concessão de refúgio. A análise do autor Leão[35], sinaliza que, o Brasil, a partir do advento da Constituição Cidadã, tem incorporando, de forma gradual, o espírito de Cartagena, por ter como valor supremo a dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, os refugiados são sujeitos de direitos.

A falta de verbas ou de recursos orçamentários não pode impedir o exercício desse direito, pois entre os valores postos em causa, devem prevalecer aqueles que tem a ver com a preservação da vida. Outrossim, sabe-se que a cada direito social relaciona-se um custo orçamentário. Portanto, acolher refugiados requer planejamento de políticas públicas[36].

4 Decreto 25.681/2018 de Roraima à luz dos princípios da dignidade humana e da universalidade da saúde.

O Decreto nº 25.681/2018 do governo de Roraima apresenta restrições no acesso aos serviços públicos de saúde do estado a estrangeiros:

> Art. 3º Determino que os serviços públicos prestados pelo Governo do Estado de Roraima diretamente à população sejam regulamentados para o fim de salvaguardar aos cidadãos brasileiros o acesso irrestrito a tais serviços.
> III – Parágrafo único. Para acesso aos serviços públicos oferecidos pelo Governo do Estado de Roraima a estrangeiros, com exceção de urgências e emergências, **é necessária a** apresentação de passaporte válido, a não ser os indivíduos oriundos de Argentina, Paraguai e Uruguai, que gozam dos direitos e prerrogativas do Mercosul, e que podem apresentar documento de identidade válido.[37]

Em que se pese a necessidade de analisar esse ato administrativo sob à égide do ordenamento jurídico, o texto do Decreto limita a aplicabilidade e, consequente, efetividade do princípio da universalidade, tal como disposto na Lei Orgânica da Saúde e na Constituição Federal que preconiza como valor máximo a dignidade da pessoa humana ao limitar o acesso dos imigrantes aos serviços de saúde.

A condicionalidade do acesso aos serviços públicos apresentados no Decreto ocorre diante do aumento do fluxo de saída de venezuelanos, tal falto justifica a

---

[35] LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro *"O reconhecimento do refugiado no Brasil no início do século XXI"*. In: BARRETO, L. P. T. F. (Org.). *Refúgio no Brasil*: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. Brasília: ACNUR, 2010, pp. 70 – 96.

[36] POMPEU, Gina Vidal Marcílio. e MAIA, Daniel. *"Imigração no Brasil e a natureza jurídica da concessão de vistos humanitários para os haitianos e a questão dos refugiados"*. In: SOUZA. M.C.S.A, OLIVEIRA, M. R (Org.). *Migrações e refugiados: um olhar multidimensional e os dilemas da contemporaneidade*. Belo Horizonte: Editora Vorto. 2017, pp. 99-125.

[37] RORAIMA, Diário Oficial. Nº. 3287. *Decreto 25.681-E*. Boa Vista,1º de agosto de 2018. P 2.

especificidade no ato do governo de Roraima. O crescimento é reconhecido pelo ACNUR, o qual demonstra que no final de 2015 havia cerca de 695 mil refugiados e migrantes venezuelanos. No âmbito internacional, esse número ascendeu para mais de 4 milhões até o início de 2019. Os países latino-americanos, com destaque aos países fronteiriços, recebem o maior percentual desse fluxo migratório, dentre eles, o Brasil que corresponde a 168 mil venezuelanos[38].

A situação emergente do contingente migratório venezuelano possui destaque no estado de Roraima, estado fronteira entre os países Brasil e Venezuela. Em setembro de 2018, a Polícia Federal [39] atualizou os números de migração de venezuelanos em Roraima. Entre os anos de 2017 e 2018, 176.259 entraram no Brasil através da fronteira de Pacaraima (RR).

Na perspectiva do poder executivo estadual de Roraima, o contexto atípico vivenciado pelo estado caracteriza-se motivo central para a elaboração do Decreto. Este estudo reconhece que, em meio ao constante crescimento do fluxo migratório, o estado passa por deveras mudanças de destinação orçamentaria, todavia, a instauração da obrigatoriedade do uso do passaporte como condição ao acesso à saúde viola princípios constitucionais e o compromisso internacional assumido pelo Brasil, frente aos refugiados.

A situação se agrava diante dificuldade de acesso do venezuelano ao passaporte pois, o salário mínimo local é de 4.500 bolívares soberanos – o que equivale aproximadamente a 21,05 euros – a emissão do passaporte custa quatro vezes esse valor – 18 mil bolívares soberanos, o que alcança 84,21 euros. A vulnerabilidade social enraizada no fenômeno da imigração tende a se agravar pois, o não acesso a serviços básicos pode ocasionar marginalização da população imigrante. Nessa senda, cabe a análise comportamental peculiar do Brasil diante de uma política migratória que, em certos momentos, se apresenta como restritiva.

A Lei no 13.445 de 24 de maio de 2017 institui a Lei de Migração e dispõe sobre os institutos normativos que regem a temática no Brasil. O artigo 4º garante a condição de igualdade do migrante com os nacionais no que tange a inviolabilidade de direitos. Ao prosseguir, o caput do referido artigo assevera que, ao migrante, é assegurado o

[38] ACNUR. *Nota de orientação sobre considerações de proteção internacional para os venezuelanos:* Atualização. Maio de 2019. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2019/05/Atualizac%CC%A7a%CC%830-Guidance-Note.pdf>. Acesso em: 30 de mai. 2019.

[39] BRASIL. Casa Civil. Central de Conteúdos. *Polícia Federal autualiza números da migração de venezuelanos*. 2019. Disponível em: <http://www.casacivil.gov.br/central-de-conteudos/noticias/2018/outubro/policia-federal-atualiza-numeros-da-migracao-de-venezuelanos-em-rr >. Acesso em: 05 mai. 2019.

acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória.[40]

Agregando o viés argumentativo que coaduna com a permissibilidade do acesso ao direito à saúde a partir da incompatibilidade jurídica do Decreto 25.681, a Lei no 9.474 de 22 de julho de 1997 dispõe que:

> Art. 43. No exercício de seus direitos e deveres, a condição atípica dos refugiados deverá ser considerada quando da necessidade da apresentação de documentos emitidos por seus países de origem ou por suas representações diplomáticas e consulares[41].

A restrição de acesso aos serviços públicos, com destaque a saúde – enquanto direito – rompe com a previsão constitucional e infraconstitucional de proteção aos refugiados. Condicionar o acesso a emissão de passaporte é barreira restritiva. Interpreta-se, numa perspectiva pós-positivista, que o decreto apresentado pelo governo de Roraima é violador de direitos, pois muitos dos estrangeiros que ali se encontram em território, estão em situação irregulares ou, até mesmo, em processos de solicitação de refúgio. Privá-los do acesso aos serviços de saúde é negar o valor máximo da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde, como garantias nacionais, ferindo a efetividade do princípio da universalidade.

O direito à saúde enquanto direito fundamental, vincula-se aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, portanto, não pode ser subtraído. Acrescenta que o Estado tem a obrigação de ofertar serviços de saúde na medida do possível. Métrica esta que só se efetiva quando os poderes públicos realizam tudo que for fática e juridicamente possível para sua concretude.

Ademais, o Decreto 25.681 do Governo de Roraima constitui caso clássico de cerceamento de direito universal à saúde, constituindo problema de validade jurídica no que tange a leitura hermenêutica e normativa sobre a qual se assenta. Constitui-se, pois, óbice interpretativo a finalidade da norma jurídica que deve primar pelos interesses públicos e vai de encontro aos cânones da filosofia jurídica.

Outrossim, as tensões entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial tem fomentado impasses. A garantia do mínimo existencial

---

40

41 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei no 9.474 de 22 de Julho de 1997.* Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília, DF, 1988.

convive com o princípio da reserva do possível, o qual repousa sobre a obrigação do Estado na garantia de direitos universais e integrais circunscritos a capacidade econômica e financeira para responder aos respectivos direitos[42]. No campo prático, o direito é comumente afetado pela reserva de financiamento possível. Esta afetação é significativamente realçada quando da interface do direito com o campo da saúde, ou seja, a exequibilidade do direito à saúde enquanto direito universal, no caso do Brasil. Visto que, a finitude orçamentária desobriga o Estado de atender situações que superem suas possibilidades por impossibilidade material.

Nesse óbice interpretativo, percebe-se descompasso do Decreto ora estudado frente aos princípios da dignidade da pessoa humana e da universalidade do SUS, sustentado pelo princípio da reserva do possível e da razoabilidade da administração pública. No entanto, defende-se a não violação do contrato social pelo poder público.

Preceitos normativos ainda que encontrem barreiras, são vinculantes e imperativos, competindo aos administradores torná-los reais. Para garantia dos direitos fundamentais é imperativa a ordem constitucional, ainda que haja limites de recursos posto que o que está em baila é a proteção à vida e à dignidade da pessoa humana.

Neste bojo interpretativo, Robert Alexy[43] assevera que os princípios devem ser usados como mandados de optimização em contexto de possibilidades jurídicas, defende um modelo no qual haja ponderação entre a reserva do possível e a razoabilidade esperada pelo indivíduo de modo a garantir a eficácia do direito[44]. O princípio da proteção integral da pessoa humana perpassa a premissa constitucional, com fulcro no substrato axiológico, e adentra nos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos[45].

O Decreto 25.681, com fulcro na *Teoria da Justiça* de Jonh Rawls[46], dificulta o acesso igualitário de direitos e, por ser a justiça a virtude primeira das instituições sociais, fragiliza, o princípio da justiça social por não permitir o acesso de oportunidades atribuído a todos. A justiça social deve ser vista como basilar do Estado Democrático de Direito que visa a maximização dos interesses coletivos. A assistência

[42] CARNUT; MASSERAN, 2017.
[43] ALEXY, 2001.
[44] MACIEL, Bruna de Oliveira. "Direito à Saúde e Hermenêutica Constitucional dos Direitos Fundamentais". *Nomos*, v. 30, n. 1. 2010.
[45] Bazán, Víctor. "La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina." *Estudios constitucionales* 5.2 (2007): 137-183.
[46] RAWLS, John. *A theory of justice*. Harvard university press, 2009.

à saúde, elemento necessário para tal, pode ser equalizada em prol dos mais necessitados.

Considerações finais

O direito à saúde no Brasil é considerado como direito subjetivo de aplicabilidade imediata e tem como princípio basilar a universalidade do acesso aos serviços públicos. O SUS representa o compromisso com a dignidade da pessoa humana e conquista reconhecimento internacional. Entretanto, convive com uma demanda social elevada com crescentes necessidades de saúde, o que resulta no empate entre a teoria da justiça da Justiça que tem como fulcro o institucionalismo transcendental, a vontade de constituição e os fatores reais do poder que determina destinação orçamentária para prestação de serviços inerentes à saúde.

A reestruturação do Estado Democrático de Direito no Brasil e Reforma Sanitária fomentaram um sistema de saúde que envolve os três entes federativos, em rede colaborativa, em prol da concretização do direito à saúde e serviços públicos correlatos. Ocorre, contudo, que, embora exista a proteção constitucional, o direito à saúde enfrenta dificuldades de consecução.

O presente trabalho realizou a análise de princípios constitucionais, normas infraconstitucionais e constitucionais para responder sobre a exiguidade da universalidade do direito à saúde perante a população imigrante, sobretudo perante a demanda de acesso pelos imigrantes venezuelanos. Haja vista que por ser país fronteiriço da Venezuela, o Brasil recebe alto fluxo migratório. Vale lembrar que a nota lançada, em maio de 2019, pelo ACNUR orienta que os países realizem esforços para o reconhecimento dos venezuelanos na categoria de refugiados pois, os motivos ensejadores tendem a ser grave e generalizada violação dos Direitos Humanos.

O Brasil é signatário dos principais documentos internacionais e regionais de proteção aos refugiados e, por meio de análise interpretativa, é possível encontrar elementos nos dispositivos constitucionais coadunam com a proteção dessa espécie de migração forçada. Ademais, a Lei 9.474/97 que regulamenta o instituto do refúgio é reconhecida pela Organização das Nações Unidas como destaque internacional. Somado aos regulamentos estritamente relacionados ao refúgio, os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e proibição ao retrocesso permitem, através de uma *ratio hermenêutica* a concretização dos direitos humanos.

Sob o ângulo jurídico e hermenêutico da valorização normativa dos princípios e da corrente teórica que fundamenta decisões em diversos âmbitos, inclusive, na administração pública, as autoras compreendem que é exigível a universalidade do direito à saúde aos refugiados e imigrantes venezuelanos. Dessa forma, o Decreto 25.681, do governo de Roraima não coaduna com os princípios da dignidade da pessoa humana e da universalidade do SUS. Por outro viés, o pacto federativo brasileiro deve superar a insinceridade normativa, quando elenca direitos sociais de aplicabilidade imediata, sem indicar de imediato a respectiva rubrica orçamentária e inclusão prioritária nas leis orçamentárias, planos plurianuais, lei de diretriz orçamentária e lei orçamentária anual.

Referências

ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. *Ameaças de morte e doenças são principais motivos para venezuelanos fugirem*. 21 de Maio de 2019. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2019/05/21/ameacas-de-morte-e-doencas-principais-motivos-para-venezuelanos-fugirem/>. Acesso em: 22 de mai. 2019.

ACNUR. *Maioria das pessoas que foge da Venezuela necessita de proteção internacional para refugiados.* Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2019/05/21/maioria-das-pessoas-que-foge-da-venezuela-necessita-de-protecao-internacional-para-refugiados/>. Acesso em: 22 de mai. 2019.

ACNUR. *Nota de orientação sobre considerações de proteção internacional para os venezuelanos***:** Atualização. Maio de 2019. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2019/05/Atualizac%CC%A7a%CC%830-Guidance-Note.pdf>. Acesso em: 30 de mai. 2019.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. "Direitos dos refugiados: uma leitura com fundamento nos princípios constitucionais". *ius gentium*, v. 7, n. 1, 2016, pp. 219-241.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales. 2001.

ANDRADE, José; MARCOLINI, Adriana. A política brasileira de proteção e de reassentamento de refugiados: breves comentários sobre suas principais características. *Revista Brasileira de Política Internacional,* v. 45, n. 1, 2002, pp. 168-176.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14ª edição, atualizada. São Paulo: Malheiros editores LTDA, 2013.

BAZÁN, Víctor. "La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina." *Estudios constitucionales* . p. 137-183, 2007.

BRASIL. Casa Civil. Central de Conteúdos. *Polícia Federal atualiza números da migração de venezuelanos.* 2019. Disponível em: <http://www.casacivil.gov.br/central-de-conteudos/noticias/2018/outubro/policia-federal-atualiza-numeros-da-migracao-de-venezuelanos-em-rr>.Acesso em: 05 mai. 2019.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 abril. 2019.

_____. *Lei no 9.474 de 22 de Julho de 1997*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília, DF, 1988.

_____. *Lei nº 8.080/1990, de 19 de setembro 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 10 de abril. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Ordinária nº 3.1210/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Rosa Weber. *Pesquisa de Jurisprudência*, 08 agosto 2018. Disponível em: <http://www.stf. jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ACO3121decreto.pdf >. Acesso em: 10 ago. 2019.

CARNUT, Leonardo; MASSERAN, Jorge Alberto Mamede. "Entre a filosofia jurídica e a saúde coletiva: o conceito de desempenho no decreto n. 7.508/2011 vis-à-vis a integralidade da assistência à luz do pós-positivismo." *Revista de Direito Sanitário*, v. 18, n. 1, 2017, p. 37-56.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris*. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2019.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério***.** Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Enio Paulo Giachini. 9ª ed. Petrópolis: Vozes; 2008.

HESSE, Konrand. *A Força Normativa da Constituição***.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Conceito e peculiaridade da Constituição*. Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

KANT, Immanuel. A paz perpétua: um projecto filosófico. *Covilhã: Universidade da Beira Interior*, 2008.

LANDA, César Arroyo. "Dignidad de la persona humana." *Cuestiones constitucionales*, 2002, pp. 109-138.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro *"O reconhecimento do refugiado no Brasil no início do século XXI"*. In: BARRETO, L. P. T. F. (Org.). *Refúgio no Brasil*: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. Brasília: ACNUR, 2010, pp. 70-96.

MACIEL, Bruna de Oliveira. "Direito à Saúde e Hermenêutica Constitucional dos Direitos Fundamentais". *Nomos*, v. 30, n. 1. 2010.

PEREIRA, Potyara Amazoneida. "A política social no contexto da seguridade social e do Welfare State: a particularidade da assistência social". *Serviço Social e Sociedade, a. XVIII,* N 55, 1997.

PORTAL OPERACIONAL SITUACIONES DE REFUGIADOS Y MIGRANTES. *Refugiados y migrantes de Venezuela*. Disponível em: <https://r4v.info/es/situations/platform>. Acesso em: 01 de mai. 2019.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. e MAIA, Daniel. "Imigração no Brasil e a natureza jurídica da concessão de vistos humanitários para os haitianos e a questão dos refugiados". In: SOUZA. M.C.S.A, OLIVEIRA, M. R (Org.). *Migrações e refugiados: um olhar multidimensional e os dilemas da contemporaneidade*. Belo Horizonte: Editora Vorto. 2017, p. 99-125.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Harvard university press, 2009.

SARLET, Ingo, Wolfgang. "Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988". *Direito e Democracia*. 2002. Salvador. pp. 333-354.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça***.** Tradução: Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes – São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. "Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações". *Revista Espaço Jurídico Journal of Law,* Joaçaba, Editora Unoesc, v. 16, n. 2, 2015, pp. 459-488.

SILVA, José, Afonso da. "A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia". *Revista de Direito Administrativo*, v. 212, 1998.

RORAIMA, Diário Oficial. Nº. 3287. *Decreto 25.681-E*. Boa Vista,1º de agosto de 2018.

VIEGAS, Selma Maria da Fonseca; PENNA, Cláudia Maria de Mattos. "O SUS é universal, mas vivemos de cotas." *Ciênc. saúde coletiva* [online]. V.18, n.1, 2013, pp.181-190.